

## UNCTAD MODEL REKABET KANUNU VE MUHTEMEL BİR ULUSLARARASI REKABET ANLAŞMASINA ULAŞILMASINDAKİ ROLÜ

### UNCTAD MODEL LAW ON COMPETITION AND ITS ROLE IN A POSSIBLE INTERNATIONAL COMPETITION AGREEMENT

Talat KAYA\*

#### Öz

Son 20 yıl içerisinde rekabetin korunmasına ilişkin kanun çıkaran ülke sayısında belirgin bir artış gözlemlenmektedir. Çoğunlukla gelişmekte olan bu ülkeler rekabet kanunlarını hazırlarken ABD ve Avrupa Birliği gibi gelişmiş ülke veya toplulukların tecrübelerinden yararlanmaktadır. Rekabet kanunu çıkaran veya mevcut kanunlarını değiştiren ülkelerin dikkate aldıkları diğer bir kaynak ise UNCTAD gibi uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan Model Rekabet Kanunlarıdır. UNCTAD Model Kanunu gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin tecrübeleri dikkate alınarak esnek yapıda hazırlanmıştır. Model Kanundan yararlanmak isteyen ülkeler, kanunu diledikleri değişiklikleri yaparak kullanma olanağına sahiptirler.

Model Kanunun rekabetin korunması konusundaki yaklaşımını ise, kanunda yer verilen amaç, kapsam, tanımlamalar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar konusundaki düzenlemeleri yansıtmaktadır. Kanunun rekabetin korunmasına ilişkin yaklaşımının incelenmesi sırasında, birçok ülke rekabet kanununa mehz teşkil eden ABD ve AB gibi gelişmiş ülke mevzuatları yanında, Türkiye ve yeri geldiğinde diğer gelişme yolundaki ülkelerin rekabet düzenlemelerinin göz önüne alınması konunun anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

Model Kanunun üye ülkeler tarafından benimsenmesi ve kanun yapma sürecinde kullanılması, üye ülkelerin mevzuatlarını yakınlaştıracaktır. Rekabet mevzuatı yakın olan ülkelerin ise uluslararası alanda gerçekleştirilecek müzakerelerde, pozisyonlarını birbirine yaklaştırmaları ve nihayetinde uluslararası bir rekabet anlaşması üzerinde uzlaşmaları kolay olabilecektir.

---

\* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora öğrencisi [kayatalat@gmail.com](mailto:kayatalat@gmail.com). Bu makaleyi titizlikle gözden geçiren Prof Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU ile makalenin değerlendirme aşamasında katkılarını sunan isimlerini bilmediğim Hakemlere teşekkür ederim.

**Anahtar Kelimeler:** UNCTAD, Model Rekabet Kanunu, Uluslararası Rekabet Anlaşması, Rekabet Anlaşması Müzakereleri, Rekabetin Korunması.

### **Abstract**

*Increasing number of countries has enacted competition laws over the past 20 years. In preparing their own laws, these countries, most of which are developing countries, benefit from the experiences of countries and communities such as United States and the European Union. The other source that the countries take into account in issuing or changing competition laws is the model competition laws, prepared by the international organizations like UNCTAD. UNCTAD Model Law has been prepared in a flexible structure, by taking into consideration of the experiences of the developed and developing countries. Countries, who wish to benefit from the Model Law, have the possibility to use it by making the changes as they wish.*

*Articles with regard to objective, scope, definitions, restrictive agreements, abuse of dominant position, mergers and acquisitions reflect the general approach of the Model law on the protection of competition. Taking into consideration developed countries' legislations, such as the US's and EU's, which serve as a source to many countries' competition laws, as well as the Turkish and other developing countries' competition regulations, would help to understand the general approach of the Model law on the protection of competition.*

*Adoption or the use Model law by the member countries during the law-making process, will make member countries legislations closer. Member countries, which own close competition legislations, would easily bring the positions closer to each other during the negotiations in international arena and ultimately may easily compromise on an international competition agreement.*

**Keywords:** UNCTAD, Model Law on Competition, International Competition Agreement, Competition Agreement Negotiations, Protection of Competition.

### **GİRİŞ**

Son 20 yıl içerisinde rekabetin korunmasına ilişkin yasa çıkaran ülke sayısında belirgin bir artış gözlemlenmektedir<sup>1</sup>. Çoğunlukla gelişmekte olan bu ülkeler

<sup>1</sup> NICHOLSON, M. W (2008), An Antitrust Law Index For Empirical Analysis Of International Competition Policy, *Journal Of Competition Law And Economics*, s. 1009; LEE, C. (2004) Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared, Centre for Regulation and Competition International Conference, <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/lee.pdf>, son erişim tarihi 28.07.2010 s. 1; FOX, E. (1997a), Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s. 128.

rekabet yasalarını hazırlarken Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Japonya, Almanya ve Avrupa Birliği (AB) gibi daha gelişmiş ülke veya toplulukların tecrübelerinden yararlanmaktadır. Bu kapsamda, örneğin, Türkiye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (bu aşamadan sonra “Türk Rekabet Kanunu” olarak anılacaktır.) sevk ederken büyük ölçüde AB’nin rekabete ilişkin düzenlemelerini esas almıştır<sup>2</sup>.

Rekabet yasası çıkararak veya mevcut yasalarını değiştiren ülkelerin dikkate aldıkları diğer bir kaynak ise Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD-Organisation for Economic Co-operation and Development), Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (UNCTAD-United Nations Conference on Trade and Development) gibi uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan metinlerdir. Uluslararası kuruluşlarca hazırlanan bu metinlerin başında ‘Model Rekabet Kanunları’ gelmektedir. Bu çerçevede, Dünya Bankası ve OECD tarafından 1999 yılında, bir model kanun<sup>3</sup> hazırlanmış iken, bu çalışmanın da konusunu oluşturan UNCTAD Model Kanunu’nun son hali 2007 yılında yayımlanmıştır<sup>4</sup>.

UNCTAD Model Kanunu, genel olarak tüm rekabet düzenlemelerinde yer verilen amaç, kapsam, tanımlamalar, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar ile rekabet otoritelerinin kuruluş ve çalışma usullerine ilişkin hükümler içermektedir. Kanun hazırlanırken gelişmiş ülkeler yanında gelişme yolundaki ülkelerin tecrübelerinden de yararlanılmış, bir anlamda bir sentez oluşturulmaya çalışılmıştır. Nitekim, Model Kanunun ilk bölümünde Rekabet Kanunlarında bulunması gereken esasa ilişkin hükümler yer almıştır. İkinci bölümünde ise, ilk bölümde yer verilen maddelerin yorumları, çeşitli ülkelerin rekabet kanunlarında var olan alternatif yaklaşımlara yer verilerek yapılmıştır. Bu

<sup>2</sup> ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa, s.32-33; AŞÇIOĞLU ÖZ G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayın No 51, Ankara, s. 34; GÜVEN P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, s.75-76; T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, s. 8; TIRYAKIOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İtilafları*, Ankara, s. 16; 1/95 sayılı Türkiye-Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı), <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/AB/ABKurumsalDb/1-95.pdf>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010, m.37.

<sup>3</sup> THE WORLD BANK and OECD (1999), *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, (Dünya Bankası/OECD Model Kanunu) [http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en\\_2649\\_34535\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1.00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1.00.html), Washington, D.C., Paris, Son Erişim Tarihi 29.09.2009.

<sup>4</sup> UNCTAD (2007), *Model Law on Competition*, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, United Nations Publication, New York and Geneva, (Model Kanun) [http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7rev3_en.pdf), Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

çerçeve, Model Kanunun çeşitli ülkelerin rekabete ilişkin düzenlemeleri ile benzerlikleri yanında farklılıkları da bulunmaktadır.

Bu çalışmada, Model Kanunun rekabetin korunması konusunda benimsediği yaklaşım ile Kanunun çok taraflı bir uluslararası rekabet anlaşmasına ulaşılmadaki rolü incelenecektir. İnceleme temel olarak üç kısım altında yapılacaktır. İlk kısımda UNCTAD ve Model Kanuna ilişkin genel bir açıklamada bulunulacaktır. İkinci kısımda Kanunun rekabetin korunması konusundaki yaklaşımı ele alınacaktır. Bu çerçevede, öncelikle Kanunun amacı, kapsamı ve bazı tanımlara değinilecek, sonrasında ise Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaya ilişkin hükümleri ele alınacaktır. İkinci kısımda yapılacak incelemede, bahsi geçen hükümler belli başlı hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak irdelenecektir. Bu kapsamda, özellikle birçok ülke rekabet kanununa mehzaz teşkil eden ABD ve AB mevzuatı göz önüne alınacaktır. Bu bölümde, ayrıca ülkemiz ile yeri geldiğinde diğer gelişmekte olan ülkelerin düzenlemelerine de değinilecektir.

Çalışmanın üçüncü kısmında ise; uluslararası alanda rekabet konusunda işbirliği ve anlaşma çalışmalarının tarihsel gelişimi, bu tür çalışmaların hangi kuruluşlar altında ve nasıl yürütüldüğü açıklanarak, uluslararası rekabet anlaşması yapılması önündeki engeller ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, Model Kanun'un uluslararası bir rekabet anlaşmasına ulaşılması yolunda ne gibi işlevler görebileceği açıklanacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise genel bir toparlama yapılarak, Model Kanunun uluslararası alanda kabul edilebilir ve referans bir metin haline gelmesi halinde, uluslararası rekabet anlaşmasına ulaşılması için gerekli zeminin hazırlanması noktasındaki rolüne vurgu yapılacaktır.

## **1. GENEL OLARAK UNCTAD VE MODEL KANUNU**

UNCTAD gelişmekte olan ülkelere iktisadi büyümeyi ve kalkınmayı hızlandırmak amacıyla 1964 yılında Birleşmiş Milletlerin ticaret, yatırım ve kalkınma konuları ile sorumlu organı olarak kurulmuştur. Bu tarihten itibaren UNCTAD barış, büyüme ve karşılıklı yarar temeline dayalı bir uluslararası ticari ve ekonomik düzenin kurulmasını sağlamaya çalışmaktadır. Hâlihazırda 193 ülkenin üye olduğu UNCTAD'ın Cenevre'de faaliyet gösteren bir de daimi Genel Sekreterliği bulunmaktadır<sup>5</sup>.

UNCTAD'ın rekabet hukuku ve politikası alanındaki çalışmaları, daha çok gelişmekte olan ülkelere ve geçiş ülkelerine rekabet kurallarını kabul etme

---

<sup>5</sup> Bkz: [www.unctad.org](http://www.unctad.org).

ve uygulama çalışmalarında yardımcı olma amacını taşımaktadır<sup>6</sup>. Bu kapsamda UNCTAD, talep eden ülkelere teknik destek sunmakta ve bu ülkelerin bu konularda kapasitelerini artırmalarına yardımcı olmaya çalışmaktadır.

UNCTAD'ın uluslararası düzeyde rekabet metni oluşturma çabaları ise, BM Genel Kurulu tarafından 1980 yılında kabul edilen ve "Set" olarak anılan "Kısıtlayıcı Ticari Uygulamaların Kontrolü ve Çok Taraflı Adil Ticari Kurallar Belgesi" ile başlamaktadır<sup>7</sup>. Bağlayıcı niteliği olmayan Belge ile uluslararası ticarete devlet engellerinin Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) ile azaltılması sonrasında, şirketler tarafından uygulanan özel kısıtlayıcı ticari uygulamaların bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.<sup>8</sup> Belgenin kabul edilmesi sonrasında ise belgenin üye ülkeler tarafından uygulanışını izlemek üzere UNCTAD bünyesinde Kısıtlayıcı Ticari Faaliyetler Hakkındaki Hükümetlerarası Uzmanlar Grubu kurulmuştur. Söz konusu grubun ismi 1997 yılında Rekabet Hukuku ve Politikaları Uzmanlar Grubu olarak değiştirilmiştir<sup>9</sup>.

Rekabet Hukuku ve Politikaları Uzmanlar Grubunun en önemli işlevlerinden bir tanesi, UNCTAD Sekretaryasına Rekabet Hukukuna ilişkin Model Kanunun hazırlanması ve üye ülkelerden gelen görüşler çerçevesinde güncellenmesi görevini vermesidir. Bu doğrultuda, Uzmanlar Grubu 2006 yılında yaptığı 7. dönem toplantısında UNCTAD Sekretaryasına, son olarak 2004 yılında yayımlanmış olan Model Kanunun gözden geçirilmesi ve güncellenmesi talimatını vermiştir. Bu talimat doğrultusunda, UNCTAD Sekretaryası tarafından hazırlanan Model Kanunun son hali 2007 yılında yayımlanmıştır<sup>10</sup>.

Model Kanunla UNCTAD henüz rekabet mevzuatını oluşturmamış ülkelere farklı model ve çözümleri içeren hazır bir metin sunmaktadır. Üye ülkeler kendi rekabet kanunlarını hazırlarken bağlayıcı niteliği olmayan bu

<sup>6</sup> UNCTAD'ın rekabet hukuku ve politikası konusundaki çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unctad.org/Templates/StartPage.asp?intItemID=2239&lang=1>, Son Erişim Tarihi: 20.10.2010.

<sup>7</sup> UNCTAD (2000), The United Nations Set Of Principles And Rules On Competition, TD/RBP/CONF/10/Rev.2, Geneva, <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

<sup>8</sup> UNCTAD (2000), s. 9; EZRACHI, A. (2004), The Role of Voluntary Frameworks In Multinational Cooperation Over Merger Control, *George Washington International Law Review*, No:36, s. 446.

<sup>9</sup> UNCTAD (1998), Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its first session, TD/B/COM.2/13 , TD/B/COM.2/CLP/5, Geneva, [http://www.unctad.org/en/docs/c2\\_clp98d5.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/c2_clp98d5.pdf), Son Erişim Tarihi: 15.07.2010, s. 4.

<sup>10</sup> Bkz yukarıda dipnot 5.

kanundan istedikleri ölçüde yararlanabilmekte ve bu haliyle Kanun rekabet kurallarını hayata geçirmek isteyen ülkeler için rehber niteliği taşımaktadır<sup>11</sup>.

Model Kanun 2 bölüm ve 13 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde kanun metni yer alırken, ikinci bölüm kanun maddelerinin detaylı analizine ve açıklamalarına ayrılmıştır. Kanunun amacı, kapsamı ve bazı kavramlarının tanımları ilk iki maddede düzenlenmiştir. Kanunun esası denilebilecek rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemler, hâkim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalara ilişkin hükümlere üçüncü ve altıncı maddeler arasında yer verilmiştir. Yedinci maddede rekabet otoritelerinin diğer düzenleyici otoritelerle ilişkisi düzenlenmiş iken, sekizinci madde de Kanunun tüketicinin korunması ile ilişkisi düzenlenmiştir. Kanunun son beş maddesinde ise Rekabet otoritesinin kuruluş, görev ve inceleme araştırmalarında uygulayacağı usuller ile cezalara ilişkin hükümler ele alınmıştır.

## **2. MODEL KANUNUN REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMI**

### **2.1. Amaç**

Model Kanunun ilk maddesinde kanunun amacı belirtilmiştir. Buna göre Kanun; ulusal veya uluslararası ticareti veyahut ekonomik kalkınmayı olumsuz yönde etkileyecek şekilde, pazara girişi engelleyen ya da haksız bir şekilde sınırlayan, teşebbüsler arasındaki kısıtlayıcı anlaşma ve düzenlemeler ile hakim durumdaki pazar gücünün ve/veya kötüye kullanılmasının, kontrolünü yada ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır<sup>12</sup>. Madde rekabetin korunması ya da geliştirilmesine ilişkin bir ibareye yer vermek yerine bu amaca yönelik olarak yapılması gereken işlemlere vurgu yapmaktadır. Bununla birlikte, Kanunun madde açıklamalarına ilişkin ikinci bölümünde, üye ülkelerin Rekabet Kanunlarını hazırlarken amaç kısmında rekabetin kontrolü ve geliştirilmesi yanında, sermayenin tek elde toplanmasının önlenmesi, sosyal refahın artırılması, tüketicin korunması gibi spesifik amaçlara yer verebilecekleri belirtilmiştir<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> KARAKOÇ, O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması Süreci ve Uluslararası Örgütler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 36.

<sup>12</sup> Maddenin orjinal hali şu şekildedir:

“ Chapter I

Objectives or purpose of the Law

To control or eliminate restrictive agreements or arrangements among enterprises, or acquisition and/or abuse of dominant positions of market power, which limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, adversely affecting domestic and international trade or economic development.”

<sup>13</sup> Model Kanun, s. 13.

Nitekim rekabetin korunması amacı yanında, Hindistan Rekabet Kanununda tüketicilerin korunması ve pazardaki ticaret serbestisinin sağlanması amaçlarına vurgu yapılmışken, Macaristan Rekabet Kanununda ekonomik etkinlik ve sosyal gelişimin sağlanması amaçlarına yer verilmiştir.<sup>14</sup>

Rekabet kurallarının amacı konusundaki ABD yaklaşımı ise Model Kanunda yer verilen amaç hükmü ile yakınlaşmaktadır. Her ne kadar, ABD’de rekabet mevzuatını oluşturan temel kanunlarda<sup>15</sup> rekabet kurallarının amacını düzenleyen bir hüküm bulunmasa da, Amerikan Yüksek Mahkemesi 1958 tarihinde *Northern Pacific Railway Co. v. United States* davasında vermiş olduğu kararında rekabet kurallarının amacını şu şekilde açıklamıştır: “Sherman Kanunu, serbest ve kısıtlanmamış rekabeti ticaretin bir kuralı olarak korumayı amaçlayan, ekonomik özgürlüğün kapsamlı bir belgesi olarak oluşturulmuştur. Kanun, sınırlanmamış rekabet güçlerinin karşılıklı etkileşiminin, ekonomik kaynaklarımızın en iyi şekilde dağıtılmasına, en düşük fiyata, en yüksek kaliteye ve en büyük maddi gelişmeye yol açacaktır. Bunu yaparken, bir yandan da demokratik, politik ve sosyal kurumlarımızın en iyi şekilde korunacağı bir çevre oluşturacaktır. Kanunun temelinde yatan politika, hiç tartışmasız bir şekilde rekabettir”<sup>16</sup>. Bu kapsamda ABD’deki rekabet (antitröst) hukuku uygulamasının temel amacı ekonomik anlamda etkinliğin, diğer bir anlatımla rekabetinin kendisinin korumasıdır<sup>17</sup>.

AB’de rekabeti düzenleyen Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın (bu aşamadan sonra AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma olarak anılacaktır.) 101 ve 102. maddelerine (Eski Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81 ve 82. maddeleri) bakıldığında ise amaca ilişkin bir ifadenin bulunmadığı görülmektedir<sup>18</sup>. Bununla birlikte, AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 3. maddesinde ortak pazarda rekabetin bozulmadığı bir sistemin

<sup>14</sup> Model Kanun, s. 13; The Competition Act, 2002 No. 12 of 2003, as amended by the Competition (Amendment) Act, 2007 (Indian Competition Act), [http://www.cci.gov.in/images/media/competition\\_act/act2002.pdf?phpMyAdmin=QuqXb-8V2yTtoq617iR6-k2VA8d](http://www.cci.gov.in/images/media/competition_act/act2002.pdf?phpMyAdmin=QuqXb-8V2yTtoq617iR6-k2VA8d), son erişim tarihi 25.08.2010 s.1; The Competition Act (Act LVII of 1996), last amendment 1 April 2010, (Hungarian Competition Act), <http://www.gvh.hu/domain2/files/modules/module25/129678A2868BD0C90.pdf>, Son Erişim Tarihi: 25.08.2010, s. Preamble.

<sup>15</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde rekabet kurallarını düzenleyen üç temel kanun bulunmaktadır. Bunlar: 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasası, ile 1914 yılında kabul edilen Clayton ve Federal Ticaret Komisyonu Yasalarıdır. <http://www.law.cornell.edu/uscode>, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

<sup>16</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958) çeviri için bkz ASLAN, Y. (1999), Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, s, 71.

<sup>17</sup> Aslan 1999, s, 87.

<sup>18</sup> Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of The European Union, Official Journal of the European Union C 115/49 9.5.2008, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF>, Son Erişim Tarihi: 28.07.2010.

kurulmasının ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli ve istikrarlı bir şekilde sürdürülmesi ve yüksek seviyede rekabetçiliğin sağlanması açısından önemli bir araç teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın gerek 3. maddesi gerekse 101 ve 102. maddelerinde ortak vurgu ortak pazarın kurulması olgusudur. Diğer bir ifade ile AB'deki uygulamanın esas amacı rekabeti korumanın ötesinde tek pazarın kurulması ve işlemesidir<sup>19</sup>.

Rekabet kurallarının amacı konusunda Türkiye uygulamasına bakıldığında ise Rekabet Kanununun<sup>20</sup> 1. maddesinde amacın şu şekilde ifade edildiği görülmektedir: “Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır”. Maddede her ne kadar rekabetin korunması kelimesi geçmekte ise de, esas vurgu, rekabetin kurulmasına ve korunmasına yönelik olarak kullanılacak araçlara yapılmıştır. Bu bakımdan, Türk Rekabet Kanununun amaca ilişkin 1. madde hükmü, UNCTAD Model Kanununun 1. maddesinde yer alan ifade ile paralellik arz etmektedir.

## **2.2. Kapsam ve Tanımlamalar**

Rekabet kanunlarının kapsamı, kanunun kişi ve konu bakımından uygulanacağı alanın belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Yine, kanunun uygulama alanı belirlenirken kullanılan kavramlarının ne anlama geldiğinin de kanunun bizatihi kendisi tarafından belirlenmesi, uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin giderilmesi bakımından önem taşır.

Model Kanun 2/II maddesine göre kanun;

- (a) tüm teşebbüslerin ticari nitelikteki anlaşma ve eylemleri ile mal, hizmet ve fikri mülkiyete ilişkin tüm işlemleri,
- (b) sahip, yönetici veya teşebbüs personeli sıfatıyla çalışan tüm gerçek kişilerin, kişisel kapasiteleri ile rekabetin kısıtlanmasına yönelik yardım, işbirliği ve direktifleri bakımından uygulanacak, buna mukabil;
- (c) devletlerin veya yerel hükümetlerin egemenlik haklarından kaynaklanan eylem ve işlemleri ile teşebbüs ve gerçek kişilerin devlet veya yerel

<sup>19</sup> Tiryakioğlu 1997, s. 18 ve 78; WEATHERILL, S. (2005) *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Press, s. 503-504.

<sup>20</sup> Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Resmi Gazete (RG) Tarih: 13/12/1994 Sayı: 22140.



hükümetler ile bunların organlarının zorlaması ya da yönlendirmesi ile yapmış oldukları eylemler bakımından uygulanmayacaktır<sup>21</sup>.

Model Kanun, uygulama alanı bakımından AB ve Türkiye uygulamasında da yer verilen teşebbüs (işletme) kavramını temel almıştır. Buna göre, kanun, tüm teşebbüslerin ticarî nitelikteki anlaşma ve eylemleri ile mal, hizmet ve fikrî mülkiyete ilişkin tüm işlemleri bakımından uygulanacaktır. Teşebbüs ise, Kanunun 2/I (a) maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Teşebbüs; özel kişi ya da devlet tarafından kurulması ve kontrol edilmesine bakılmaksızın şubeleri, bağlı ortaklıkları, girişimleri ve doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri her türlü kuruluşu kapsayacak şekilde ticari faaliyette bulunan firma, ortaklık, şirket, kurum ve diğer her türlü tüzel kişi anlamına gelmektedir”. Model Kanun, teşebbüs kavramının saptanmasında temel olarak teşebbüsün ticari faaliyette bulunmasını esas almıştır. Ancak, teşebbüs kavramını AB ve Türkiye uygulamasından farklı olarak tüzel kişiler ile sınırlamıştır. Oysa AB uygulamasına bakıldığında, teşebbüs kavramının, yasal statüsüne bakılmaksızın ekonomik aktiviteye katılan tüm gerçek ve tüzel tüm kişileri kapsadığı görülmektedir.<sup>22</sup> Bu kapsamda, AB uygulamasına göre sanatçılar, doktorlar, avukatlar ve mimarlar AB’nin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101 ve 102. maddeleri uyarınca teşebbüs olarak kabul edilmektedir.<sup>23</sup> AB uygulaması esas alınarak sevk edilen Türk Rekabet Kanununun 3. maddesinde teşebbüs kavramı tanımının gerçek kişileri de kapsadığı açık olarak vurgulanmıştır.

Model Kanun, teşebbüs kavramını tüzel kişiler ile sınırlamış olsa da, kanunun gerçek kişiler bakımından da uygulanacağını tereddüde yer vermeyecek şekilde belirtmiştir. Kanunun 2/II (b) maddesinin gerçek kişilerin ticari nitelikte olan, diğer bir ifade ile gerçek kişilerin şahıs şirketi yada tacir olarak teşebbüs sıfatıyla giriştiği eylem ve işlemlere uygulanacağı açıktır. Bununla birlikte, hükmün gerçek kişilerin teşebbüs sıfatıyla girişmediği eylem ve işlemler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususu açık olarak düzenlenmemiştir. Model Kanunun gerçek kişilerin teşebbüs sıfatıyla girişmediği eylem ve işlemler bakımından uygulanacağını kabulü, Kanunun bir şirket ile şirketin yöneticisi gerçek bir kişi arasında yapılan hizmet sözleşmesine de uygulanacağı anlamına gelmektedir ki; bu tür bir hukuki analiz, Kanunun ilk maddesinde öngörülen amaca hizmet etmeyeceği gibi, kanun uygulama alanını

<sup>21</sup> Model Kanun, m. 2/II.

<sup>22</sup> Case C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851, para 33-36; Güven 2008, s. 83-84; KORAH V., (2006) *Cases and Materials on EU Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, s. 3.

<sup>23</sup> Güven 2008, s. 84-85; KACZOROWSKA, A. (2008), *European Union Law*, Routledge-Cavendish Publishing, London and New York, s. 733.

da gereksiz olarak genişletecektir. Bu şekilde genişletici bir yorumun söz konusu olamayacağı maddenin açıklama kısmında da ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

Diğer yandan, Model Kanunun devlet ve devlet yönlendirmesi ile hareket eden teşebbüs ve gerçek kişilerin eylem ve işlemlerini kanun kapsamı dışında tutması bilinçli bir seçimi yansıtmaktadır. Adından da anlaşıldığı üzere UNCTAD Birleşmiş Milletlerin ticaret ve kalkınma ile sorumlu kuruluşudur ve üyelerinin çoğu gelişmekte olan ülkelerdir. Bazı gelişmekte olan ülkeler ise ekonomik kalkınma stratejilerinin bir parçası olarak devletin ekonomiye önemli ölçüde müdahalesini tercih etmektedir. Model Kanunun devlet ya da devlet yönlendirmesi ile hareket eden teşebbüslerin eylem ve işlemlerini kapsam dışında bırakmak yolu ile Kanunun devlet müdahalesini benimseyen ülkelere de kabulünü amaçladığını düşünmekteyiz. Bununla beraber, Kanunun söz konusu istisna hükmünün uygulanabilmesi için işlem ve eylemin devletin egemenlik hakkından kaynaklanması gerekmektedir. Bu nedenle, devletin ticari nitelikteki eylem ve işlemlerinin Kanunun kapsamında değerlendirilmesi ya da en azından kapsam dışında bırakılan eylem ve işlemler bakımından ilgili eylem ve işlemi yapan devlet birimi ile rekabet otoritesi arasında birtakım danışma mekanizmaların kurulması yerinde olacaktır<sup>25</sup>.

Model Kanuna benzer şekilde, ABD’de federal devlete ait ve devlet tarafından işletilen kuruluşların eylem ve işlemleri rekabet kuralları kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>26</sup>. Bu doğrultuda, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yakın zamanda verilen bir kararda söz konusu istisnanın Birleşik Devletler Posta İdaresini de kapsadığı belirtilmiştir<sup>27</sup>. Federe devletler ve yerel yönetimlerin eylem ve işlemleri ise Yüksek Mahkeme tarafından oluşturulan devlet işlemi doktrini (*state action doctrine*) çerçevesinde rekabet kanunları dışında kalabilmektedir.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Model Kanun, s. 19.

<sup>25</sup> Lee 2004, s. 7.

<sup>26</sup> OECD (2004), United States-Report on Competition Law and Institutions, <http://www.oecd.org/dataoecd/11/53/34427452.pdf>, Son Erişim Tarihi: 18.07.201, Paris, s. 13.

<sup>27</sup> *Postal Service V. Flamingo Industries (Usa) Ltd.* (02-1290) 540 U.S. 736 (2004).

<sup>28</sup> Devlet işlemi doktrini, ABD’nin federal yapısı dikkate alınarak 1929 büyük ekonomik buhranı sonrasında federe devletler tarafından desteklenen kartellerin oluşturulmasına yönelik olarak yapılan rekabete aykırı düzenlemelere izin vermektedir. Söz konusu doktrin özellikle ulaştırma, sağlık, hastane, perakende dağıtım, işyeri ve konut kiralari gibi alanlarda federe devletlere ait işletmeleri kapsamaktadır. Bununla birlikte, bahis konusu alanlarda düzenleme yapan federe devletin, düzenleme çerçevesinde, yapılan rekabete aykırı işlem ve eylemlere izin verdiğini basit olarak açıklaması yeterli değildir. Tam tersine, federe devlet, yaptığı düzenlemede rekabete aykırı eylem ve işlemi gerektiren kamu menfaatini ve düzenleme kapsamındaki eylemlerin kendinin gözetimi ve denetimi altında olduğunu açık olarak ortaya koymalıdır. Öte yandan, rekabete aykırı federe devlet düzenlemelerinin aynı faaliyet kolundaki özel teşebbüslerce sıkça şikayet edildiğinin

Devlete ait eylem ve işlemlerin rekabet kuralları kapsamı dışında tutulması konusunda benzer bir uygulama AB’de de geçerlidir. AB’de devletin egemenlik haklarından kaynaklanan işlemlerinin rekabet kuralları kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Ayrıca, AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2 maddesinde (Eski Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 86/2. maddesi) “genel ekonomik menfaate ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirilmiş veya malî tekel niteliği taşıyan teşebbüsler de bu Anlaşma kurallarına, özellikle de rekabet ile ilgili olanlara, uymakla yükümlüdür; şu kadar ki bu kuralların uygulanması, bu teşebbüslere verilen görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellememelidir. Ticaretin gelişmesi, Topluluğun çıkarlarına ters düşecek derecede etkilenmemelidir” denilerek genel ekonomik menfaate ilişkin hizmetleri yürütmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin, kendilerine verilen görevlerin rekabet kurallarından sapmayı zorunlu kılması halinde, bu kurallardan sapmalarına olanak tanınmaktadır.

Türkiye uygulaması da AB uygulamasına paralellik arz etmektedir. Genel olarak devletin egemenlik gücüne dayanarak yaptığı zorlayıcı işlemler devlet işlemi olarak kabul edilmekte ve bu tür işlemlerin Türk Rekabet Kanunu kapsamı dışında kaldığı kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Ayrıca, rekabet kanununda yer verilen teşebbüs kavramı özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren kamu işletmelerini de kapsamakla beraber, devlet, çıkarmış olduğu kanun, kararname ve diğer tasarruflarla işletmenin pazar davranışını hiçbir serbestlik bırakmayacak şekilde belirliorsa, söz konusu kamu işletmesi tarafından yapılan işlem rekabet kanunu kapsamında değerlendirilmeyecektir<sup>31</sup>. Diğer yandan, Türkiye her ne kadar AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2. maddesine uygun bir düzenlemede bulunmamışsa da Danıştay, Rekabet Kurumu tarafından BELKO bakımından açılan soruşturma ile ilgili verdiği kararında AB’nin İşleyişine Dair Anlaşma’nın 106/2. maddesini dikkate almıştır. Danıştay; rekabet kurallarına tâbi kamu teşebbüslerinin, ancak üstlendikleri faaliyetin rekabet kurallarının uygulanması halinde sürdürülemez hale geldiği durumlarda rekabet kurallarının uygulanmasından ayırık tutulabileceğini ifade etmiştir<sup>32</sup>.

Netice itibarıyla, Model Kanunun devlet işlemlerini kanun kapsamı dışında bırakması, küresel ölçekte rekabet düzenlemelerini etkileyen ABD ve AB rekabet düzenlemeleri ile paralellik arz etmektedir. Diğer yandan, gerek

belirtmesinde fayda bulunmaktadır. Devlet işlemi doktrini konusunda daha fazla bilgi için bkz. OECD 2004, s 11-14.

<sup>29</sup> OECD (2005), Competition Law and Policy in the European Union

<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>, Son Erişim Tarihi: 18.07.2010, s. 17.

<sup>30</sup> Aslan 2007, s. 77-79; Güven 2008 s.114-115.

<sup>31</sup> Aslan 2007, s. 77-80; Güven 2008 s.116-120.

<sup>32</sup> Danıştay 10. Daire Esas No:2001/4817 Karar No: 2003/4770.

ABD gerek AB uygulamasında tarım, savunma sanayi ve ulaştırma gibi rekabet kuralları dışında bırakılan sektörlere Model Kanunda kapsam dışında bırakılmamıştır. Model Kanunun herhangi bir sektörü kapsam dışında bırakmayan bu yaklaşım tarzı mantıklıdır. Zira Kanunun ihtiyarî olması ve UNCTAD'a üye 193 ülkenin kendi ihtiyaçları doğrultusunda Model Kanununda gerekli uyarılama ve değişiklikleri yapma yetkilerinin kabulü, kanunun bir takım sektörleri dışarıda bırakmasını anlamsız kılar. Böylelikle, üye ülkeler Model Kanunu temel alarak yapacakları rekabet düzenlemelerinde, kendi ihtiyaçları doğrultusunda bir takım sektörleri rekabet kuralları kapsamı dışında bırakabileceklerdir. Bu çerçevede, kapsam dışında bırakılan sektörler haricinde, üye ülke rekabet kurallarının yakınlaşması sağlanacak ve daha da önemlisi uygulamada paralellik yakalanabilecektir. Nihaî olarak ise, küresel ölçekte zorunlu bir rekabet anlaşmasının yapılması kolaylaşacaktır.

Rekabet kanunlarının uygulanmasında, kanunun kişi ve konu bakımından kapsamının belirlenmesi kadar, belirlenen kapsam içerisinde rekabetin sınırlandığı alanın tespiti de hayatî önemi haizdir. Bu alan "ilgili pazar" kavramı ile ifade edilmektedir. Model Kanunun 2/I (d). maddesinde ilgili pazar kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "İlgili pazar" alıcı ve satıcıların ürünlerini değiştikleri genel koşullara işaret eder ve ürüne ilişkin rekabetin potansiyel olarak sınırlandırabileceği alıcı ve satıcı gruplarını belirleyerek, sınırın nasıl tanımlanacağını gösterir. Bu durum, belirli bir ürün grubu için alıcı ve satıcıların fiyat ve çıktıyı belirlemek amacıyla etkileşimde buldukları ürün ve coğrafi pazar sınırlarının belirlenmesini gerektirir. Bu pazar, kısıtlama ve fiyatların önemsiz sayılmayacak bir miktarda artması halinde, tüketicilerin kısa dönemde yönelebileceği ikame ürün, hizmet ve yakındaki ürün ve hizmet sağlayıcılarını kapsamlıdır"<sup>33</sup>.

Model Kanunun "ilgili pazar" kavramı ile ilgili olarak yaptığı tanımlama, ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından 1992 yılında yayımlanan Yatay Birleşmeler Rehberine dayanmaktadır<sup>34</sup>. Bahis konusu rehber ile getirilen tanımlama Model Kanun yanında, rekabet kurallarını benimseyen ülkeler tarafından da genel kabul görmüş bir tanımlamadır<sup>35</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki ilgili pazar kavramı söz konusu rehberin

<sup>33</sup> Model Kanun m. 2/I (d), s. 3.

<sup>34</sup> United States Department of Justice/Federal Trade Commission (1992), Horizontal Merger Guidelines, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>, s. 4-8.

Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

<sup>35</sup> Model Kanun, s. 16; AB Rekabet Hukuku'nda da ilgili pazar kavramı benzer bir biçimde tanımlanmıştır. Bu konuda bkz. Commission of the European Communities (1997), Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of the Community Competition Law, OJ C 372/5.

yayımlanmasından çok önce de ABD uygulamasında kullanılan bir kavramdır. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1949 yılında *Standard Oil Co. vs. United States* davasında verdiği kararında, ilgili pazar, rekabet kısıtlaması ile karşı karşıya kalan firmanın da faaliyet gösterdiği etkin rekabet alanı olarak belirtilmiştir.<sup>36</sup>

İlgili pazar kavramı esas itibariyle, rekabet kısıtlaması ile karşı karşıya kalan firma bakımından rekabet kısıtlamasının var olup olmadığına ilişkin analizin yapılacağı çerçeveyi oluşturmaktadır. Söz konusu analizin yapılması bakımından ise; ilgili pazar tanımının iki temel alt bileşeni olan "ilgili ürün" ve "ilgili coğrafi pazar"ın belirlenmesi önem arz etmektedir.

İlgili ürün pazarının tanımlanması incelemeye konu firmalar tarafından üretilen ürünü yakın olarak ikame edebilecek ürünlerin belirlenmesi çabasıdır. Pratik açıdan ilgili ürün pazarı; ele alınan ürünlerin birbirini ikame edebilirliği ve talebin çapraz esnekliği testlerinin uygulanması suretiyle belirlenmektedir. İlk test, ürünlerin teknik özellikleri ile tüketici tercih ve alışkanlıklarının göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Talebin çapraz esnekliği bakımından ise fiyat en önemli faktördür. Bu bakımdan rekabet halindeki ürünlerden birinin fiyatındaki değişimin diğer ürüne yönelik talebi ne ölçüde artırdığının incelenmesi gereklidir. Herhangi bir ürünün fiyatındaki küçük bir artışın diğer bir ürüne yönelik talebi ciddi ölçüde artırması iki ürün arasındaki çapraz esnekliğin yüksek olduğunu gösterir. Sonuç olarak, iki ürün arasında ikame edilebilirlik ve çapraz esneklik yüksek ise, bu ürünlerin rekabet kurallarının uygulaması bakımdan aynı ürün pazarını oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>37</sup>

İlgili pazarının ikinci alt bileşeni olan ilgili coğrafi pazar ise en basit tanımı ile ele alınan ürün ya da hizmet bakımından alıcı ve satıcıların faaliyet gösterdikleri bölge olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan ilgili coğrafi pazar, küçük bir şehir olabileceği gibi küresel bir pazar da olabilir. İlgili coğrafi pazarın tanımlanması sırasında da pek çok faktör dikkate alınmaktadır. AB'nde örneğin, görelî fiyat değişimlerine diğer ekonomik operatörlerin tepkisi, talebin sosyo-kültürel özellikleri, ulaştırma gibi pazara giriş engellerinin varlığı ya da yokluğu, talebe yönelik trend gibi hususlar ilgili coğrafi pazarın tanımlanmasında göz önüne alınan faktörlerdir.<sup>38</sup> AB uygulaması bakımından yine hâkim durumun kötüye kullanılmasının tespitinde AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi uyarınca hâkim durumun ortak pazarın tamamı ya da onun bir bölümünde olması aranmaktadır. Benzer şekilde, Türk Rekabet

<sup>36</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949), footnote 5.

<sup>37</sup> Aslan 2007, s. 118.

<sup>38</sup> Güven 2008, s. 298; Model Kanun, s. 17.

Kanununda Türkiye'nin tamamı ya da bir bölümü ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilmektedir.<sup>39</sup>

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesi konusunda AB ve Türkiye uygulamasına benzer bir yaklaşımın Model Kanun tarafından da benimsendiği görülmektedir. Nitekim Model Kanuna göre ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde; incelenen bölgelerdeki mal ve hizmetin özellikleri, pazara giriş engellerinin varlığı, tüketici tercih ve alışkanlıkları, mal ve hizmet fiyatları bakımından hissedilir derecede bir farklılığın olup olmadığı gibi faktörler göz önüne alınmaktadır.<sup>40</sup>

Netice itibarıyla, ilgili pazar kavramı ile ilgili olarak Model Kanun tarafından geliştirilen yaklaşımın, ABD, AB ve ülkemizin bahis konusu kavrama yönelik yaklaşımı ile örtüşüğünü söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

### **2.3. 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 anlaşmalardır.<sup>41</sup> Bu kapsamda, örneğin, aynı sektörde faaliyet gösteren üreticiler arasında yapılan bir anlaşma yatay bir anlaşma iken, o sektördeki bir üretici ve toptancı arasında yapılan anlaşma dikey bir anlaşmadır. Benzer şekilde, aynı sektördeki toptancılar arasında yapılan anlaşma yatay anlaşma iken toptancı ve perakendeci arasında yapılan bir anlaşma dikey anlaşmadır. Genel olarak yatay anlaşmaların dikey anlaşmalara göre, rekabeti daha olumsuz etkilediği kabul edilmektedir.<sup>42</sup>

Model Kanununun kısıtlayıcı anlaşmalar ve kararlar başlıklı 3. maddesi yatay ve dikey anlaşma şeklinde bir ayrıma gitmemiş, rakip ya da potansiyel olarak rakip olabilecek firmalar arasında yazılı, sözlü, resmî yada gayrî resmî olarak yapılan hangi tür anlaşmaların yasak olduğunu sınırlayıcı olmamak üzere sayma yoluna gitmiştir. 3. maddeye göre;

<sup>39</sup> Güven 2008, s. 299.

<sup>40</sup> Model Kanun, s. 18.

<sup>41</sup> Aslan 2007, s. 247-248; Aşçıoğlu Öz 2000, s. 59-60; YAVUZ Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per se" veya "Rule of reason"*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, Bölüm 1.1.

<sup>42</sup> Güven 2008, s. 135; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282, 14.8.2008; Aşçıoğlu Öz, s. 60; KOÇ, A. (2005), *Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 4-5; ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, Giriş Bölümü.

- (a) uluslararası ticaret de dahil olmak üzere fiyat ya da diğer satış koşullarının tespitine,
- (b) ihalelerde ortak teklif verilmesine,
- (c) pazar ya da müşteri bölüşümüne,
- (d) kota da dahil olmak üzere, arz veya talebin sınırlanmasına,
- (e) uyumlu alım boykotuna,
- (f) uyumlu satış boykotuna,
- (g) rekabet için önem arz eden düzenleme veya birliklere ulaşımın ortaklaşa reddine ilişkin anlaşmalar yasaktır.

Bununla birlikte, Model Kanun, bahse konu anlaşmaların bizatihi kendilerinin varlığının mı (*per se*) yasaklandığı, yoksa bu tür anlaşmaların makul olup olmama (*rule of reason*) analizine mi tâbi tutulacağı konusunda, bir açıklama içermemektir<sup>43</sup>. Madde metnine ilişkin açıklama kısmında, söz konusu anlaşmaların rekabeti nasıl kısıtladığı anlatılmakta ve çeşitli ülke uygulamaları yansıtılmaktadır<sup>44</sup>.

Bu kapsamda örneğin Hindistan Rekabet Kanunu, üretim ve dağıtım zincirinin aynı seviyesinde bulunan firma, kişi ya da firma ya da kişi birlikleri arasında yapılan doğrudan veya dolaylı alım ya da satım fiyatının belirlenmesine, üretim, arz, teknik gelişme, yatırım ve hizmet sunumunun kontrol edilmesi ya da sınırlanmasına, pazar ya da müşteri bölüşümüne, ihalelerde ortak teklif verilmesine ilişkin anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkisini karine olarak kabul etmiştir.<sup>45</sup> Buna mukabil, üretim ya da dağıtım zincirinin farklı seviyesinde bulunan firma, kişi ya da firma ya da kişi birlikleri arasında yapılan bağlama, tek elden alım anlaşması, tek elden dağıtım anlaşması, anlaşma yapmayı reddetme ve yeniden satış fiyatının belirlenmesine

<sup>43</sup> Bir anlaşmanın *per se* olarak yasaklanması demek, bu anlaşmaların taraflarının pazar güçlerinin olmaması ya da anlaşmanın rekabet üzerinde etkisinin olmadığı gibi gerekçeler ile kanuna uygunluğunun savunulamayacağı anlamına gelmektedir. Bir anlaşmanın *Rule of reason* analizine tabi olması ise anlaşmanın net rekabet etkisinin araştırılması anlamına gelmektedir. *Rule of reason* analizi, öncelikle dâvacı tarafın anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkisini ispatlamasını gerektirmektedir. Dâvacı tarafın böyle bir ispatı yapması halinde ise ispat yükü dâvalı tarafa geçmekte ve dâvalı tarafın rekabet kurallarınca öngörülen yaptırımlardan kurtulabilmesi için yapılan anlaşmanın rekabete olumlu etkisinin olumsuz etkisinden fazla olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki *rule of reason* analizi dâvacı tarafın ilgili pazar, dâvalının pazar gücü gibi hususları ispatlamasını gerektirdiğinden ispat yükü bakımdan dâvacı taraf üzerindeki yük daha fazladır. *Per se* ve *Rule of Reason* kavramları konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz 2003, Bölüm 1.2; Ünlüsoy 2003 Bölüm 2.3.; AKINCI A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara, s. 214-230.

<sup>44</sup> Model Kanun, s. 22-27.

<sup>45</sup> Indian Competition Act, 3. Alt Bölüm; Model Kanun, s. 22.

ilişkin anlaşmaların ancak rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin ortaya konması halinde yasaklanabileceğini hükme bağlamıştır<sup>46</sup>.

Konuyla ilgili olarak, ABD uygulamasına bakıldığında, fiyat tespiti, arz ve talebin kontrolü ile pazar ve müşteri paylaşımına ilişkin yatay anlaşmaların *per se* olarak yasaklandığı görülmektedir<sup>47</sup>. Bu husus, ABD Yüksek Mahkemesinin *Northern Pacific Railway Co. v. United States* davasında bazı tür anlaşma ve eylemlerin rekabet üzerindeki yıkıcı etkisinin varlığının çok açık olması nedeniyle, bu tür anlaşma ve eylemlerin kesin bir zarara neden olduğunun ya da iş yaşamı üzerinde olumlu etkisinin araştırılmasına gerek olmadığı şeklinde ifade edilmiştir<sup>48</sup>.

ABD’de *per se* yaklaşımı dışında kalan yatay anlaşmalar ise *rule of reason* analizine tâbidir. Bununla beraber, ABD uygulamasında bazı anlaşmalar bakımından *per se* ve *rule of reason* analizi sınırının nerede başladığı konusunda çizgi bulanıklaşabilmektedir. Nitekim boykot konusunda, Yüksek Mahkeme, *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co* davasında yatay seviyede anlaşma yapmayı reddetme durumlarının tümünün *per se* uygulamasına tabi olmadığına karar vermiştir.<sup>49</sup> Davaya konu olan olayda bir toptan satın alma kooperatifi üyelerinden birini herhangi bir açıklama ya da bildirimde bulunmaksızın üyelikten çıkarmıştır. Üyelikten atılan firma ise bunun bir grup boykotu olduğunu, etkin rekabeti kısıtladığını ve *per se* olarak yasak olduğunu iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme ise kooperatiflerin genellikle ekonomik etkinliğin artırılması için kurulduklarını ve kooperatifin pazar gücüne sahip olduğu ya da etkin rekabet için gerekli bir unsura ulaşma konusunda münhasır hakkının olduğunun ortaya konmadıkça bir üyenin üyelikten çıkarılması işleminin *rule of reason* analizine tabi olduğuna karar vermiştir.<sup>50</sup> Buna mukabil Yüksek Mahkeme, *FTC v. Superior Court Trials Lawyers Ass’n*, davasında, grup üyelerinin verdikleri avukatlık hizmeti karşılığında verilecek fiyatın belirlenmesine yönelik grup boykotunun, boykota katılanların pazar gücüne bakılmaksızın *per se* olarak yasak olduğuna karar vermiştir.<sup>51</sup>

ABD’de dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin tespiti açısından ise kural olarak *rule of reason* analizi geçerlidir. *Per se* yaklaşımının, sadece üretici ile dağıtıcılar arasında yapılan ve minimum fiyat tespitini öngören

<sup>46</sup> Indian Competition Act, 3. Alt Bölüm; Model Kanun, s. 23.

<sup>47</sup> CALKINS, S. (2007), Competition Law in the United States of America, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07-14*, s. 18; OECD 2004, s. 3.

<sup>48</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958).

<sup>49</sup> *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, 472 U. S. 284 (1985).

<sup>50</sup> *NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, s. 298.

<sup>51</sup> *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association Superior Court Trial Lawyers Association* 493 U.S. 411 (1990).



anlaşmalar bakımından geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>52</sup>. Diğer yandan, ABD uygulamasında, satıcı konumundaki bir teşebbüsün bir ürünün satımını alıcının ayrı bir ürünü de alması koşuluna bağlaması olarak tanımlanan bağlama anlaşmaları bakımından *per se* yaklaşımı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, zamanla bu sert tutum ılımlı olma yönünde bir değişim göstermiştir. Bu kapsamda, halen *per se* ihlal kategorisinde yer alan bağlama anlaşmalarının yasaklanmasında mahkemelerce belli koşullar aranmıştır.<sup>53</sup> ABD de bunun dışında kalan, örneğin, tek satıcılık, dağıtım gibi dikey anlaşmalar *rule of reason* analizine tâbi tutulmakta ve bunlara çoğunlukla izin verilmektedir.

AB ve Türk hukukundaki uygulama ise, Model Kanun hükümleri ile benzeşmektedir. Nitekim rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemleri düzenleyen AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 4. maddesinde, Model Kanuna benzer şekilde yatay ve dikey anlaşma ayırımına yer verilmemiştir<sup>54</sup>. AB ve Türk rekabet düzenlemelerinde, rekabeti sınırlayıcı olup olmama kriterinden hareketle rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlere sınırlayıcı olmama üzere örnekler verilmiştir. Ancak; AB ve Türk mevzuatında yatay ve dikey anlaşma ayırımına gidilmemesi bir eksiklik de değildir. Nitekim, dikey kısıtlamalar içeren anlaşmalar da rekabete aykırı olabilirler, ancak bu tür anlaşmalara özellikle ürünün dağıtımında sağlayacağı iyileşmeler ve markalar arası rekabeti artırmaları nedeniyle daha esnek yaklaşmakta ve koşulları sağlamaları halinde muafiyet tanınmaktadır<sup>55</sup>.

Bu kapsamda, yatay veya dikey olmasına bakılmaksızın AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma ve Türk Rekabet Kanununda; mal ve hizmetlerin alım ve satım fiyatları ile her türlü alım ve satım şartlarının tespit edilmesi, mal ve hizmetlerin arz ve talep miktarlarının kontrolü, mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü, eşit durumdaki kişilerle yapılan sözleşmelerde farklı şartların uygulanması, bir mal ya da hizmetin diğer bir mal ya da hizmet ile birlikte satın alınmasını zorunlu kılan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları gibi haller rekabeti kısıtladığı gerekçesi ile yasaklanmıştır<sup>56</sup>. Ancak, AB ve ülkemiz uygulamasında, sayılan bu anlaşmaların rekabete aykırılıklarının incelenmesi bakımından aynı yaklaşım tarzı geçerli değildir. Nitekim, ABD uygulamasına benzerlik arz edecek şekilde fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, arz ve

<sup>52</sup> *State oil Co v. Khan*, 522 U.S 3 (1997); Calkins 2007, s. 22; OECD 2004, s. 3.

<sup>53</sup> Ünüsoy 2003, Giriş Bölümü ve Bölüm 2.3.

<sup>54</sup> Aslan 2007 s. 225; Koç 2005, s. 6.

<sup>55</sup> Güven 2008, s. 135-137.

<sup>56</sup> Rekabet Kanunu, m. 4; AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma m. 101/1; DPT 2007, s. 24; Cases-56/64 and 58/64 Establishments *Consen SA and Grunding GmbH v. Commission* (1966) ECR 199, (1966) CMLR 418.

talep miktarının kontrolünü öngören yatay anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları *per se* kuralına yakın bir yaklaşım tarzı ile ele alınmakta ve bu tür anlaşmaların rekabete olumsuz etkisi karine olarak kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bunlar dışında kalan anlaşmalar ise *rule of reason* analizine benzer bir şekilde ele alınarak pazar analizi yapılmakta ve anlaşmanın olumlu ve olumsuz etkileri değerlendirilmektedir.

Diğer yandan, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesi ile Türk Rekabet Kanununun 5. maddesindeki muafiyet hükümleri ve bu hükümlere dayanılarak yapılan düzenlemeler ile bazı özel tür yatay anlaşmalar ve dikey anlaşmalar rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulmaktadır. Bu çerçevede, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesi esas alınarak sevk edilen Türk Rekabet Kanununun 5. maddesine göre; Rekabet Kurulu:

- a) malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) tüketicinin bundan yarar sağlanması,
- c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

hallerinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarınının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir.

Ayrıca, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101/3. maddesine dayanılarak, bazı anlaşmalara ilişkin Blok Muafiyet Tüzükleri ile bazı sektörlere muafiyet tanıyan Tüzükler çıkarılmıştır. Bu kapsamda, örneğin, bazı tür dikey anlaşmalara, sigorta sektörü, motorlu taşıtlar, tarım, sigorta, posta hizmetleri, ulaştırma gibi alanlarda muafiyet tanıyan tüzükler çıkarılmıştır<sup>58</sup>.

Benzer şekilde, Türkiye'de Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği<sup>59</sup>, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>60</sup>, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki

<sup>57</sup> OECD 2005, s. 19.

<sup>58</sup> Muafiyet Tüzükleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>, Son Erişim Tarihi: 01.10.2010

<sup>59</sup> Rekabet Kurumu, Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği , Tebliğ No: 2008/3, RG Tarih: 01/02/2008 Sayı: 26774.

<sup>60</sup> Rekabet Kurumu, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/2, RG Tarih: 23/01/2008 Sayı: 26765.

Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>61</sup>, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>62</sup>, 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği<sup>63</sup> ile bazı tür anlaşmalar Rekabet Kanununun 4. maddesinin uygulanmasından muaf tutulmuştur.

Esasen, AB ve Türk rekabet hukukunda, bazı tür rekabete aykırı anlaşmalara izin verilmesi ya da bunların rekabet kuralları uygulamasından muaf tutulması Model Kanun hükümleri ile uyumaktadır. Şöyle ki; Model Kanunun 3. maddesinin II. paragrafı; I. paragrafta örnekleme yolu ile sayılan rekabete aykırı anlaşmaların önceden bildirilmesi ve anlaşmanın net kamu yararı etkisinin daha fazla olduğunun anlaşılması halinde, rekabet otoritesinin söz konusu anlaşmalara izin ya da muafiyet tanıyabileceğini öngörmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki; Model Kanunun bu hükmü, diğer hükümler gibi çok geneldir ve rekabet otoritelerine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bununla birlikte, Model Kanunun yaklaşım tarzı doğru olarak değerlendirilmektedir. Zira rekabet kanunlarının uygulamasından bağımsızlık sağlayacak izin ya da muafiyet hükmü ayrıntılı olarak düzenlenmiş olsa idi, hükmün üye ülkeler tarafından kabulü zorlaşacaktı. Oysa esnek düzenleme ile çok çeşitli kalkınmışlık ve ekonomik yapıya sahip devletler bakımından Model Kanunun bu hükmünün referans alınması ve kendi ihtiyaçları doğrultusunda uyarlanması kolaylaştırılmıştır.

#### 2.4. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Model Kanunun 4. maddesi, bir ya da birden fazla teşebbüsün birlikte belli bir mal yada hizmet veyahut belli bir mal ya da hizmet grubuna ilişkin pazardaki hâkim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. 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 kullanılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Kanunun hâkim durumda olmayı değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamış olduğu hususudur. Bu çerçevede, öncelikle teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığı, sonrasında ise bu durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının belirlenmesi gereklidir.

<sup>61</sup> Rekabet Kurumu, Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2005/4, RG Tarih: 12/11/2005 Sayı: 25991.

<sup>62</sup> Rekabet Kurumu, Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2003/2, RG Tarih: 27/08/2003 Sayı: 25212.

<sup>63</sup> 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2, RG Tarih: 14/07/2002 Sayı: 24815.

### 2.4.1. Hâkim Durum

Hâkim durumun nasıl belirleneceği konusunda Model Kanunun 4. maddesinde fazla bir açıklık bulunmamaktadır. Madde metninin incelenmesinden, bir ya da birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda olduklarından bahsedebilmek için bu teşebbüs ya da teşebbüslerin ilgili pazarı kontrol edebilecek güçte olmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda bu gücün nasıl tespit edileceği önem taşımaktadır.

Polonya gibi ülkelerin rekabet kanunlarında belli bir oranda (% 40) pazar payına sahip olmak hâkim durumunda olmak için yeterli kabul edilmiş iken, Çek Cumhuriyeti gibi ülkelerde yasada yer verilen diğer göstergeler aksini göstermedikçe teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar payının %40'ın altında olması durumunda hakim durumun söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir.<sup>64</sup> Dünya Bankası/OECD Model Kanununda ise hâkim durum tespiti açısından % 35'lik pazar payı ön şart olarak sayılmıştır<sup>65</sup>. Model Kanun hakim durumun tespiti konusunda, niteliksel bir yaklaşım tarzı benimseyerek ilgili pazarı kontrol etme gücünden bahsetmektedir. Şüphesiz, ilgili pazarı kontrol etme gücünün belirlenmesi bakımından incelemeye konu teşebbüs veya teşebbüslerin pazar payları önemli bir gösterge olmakla birlikte yeterli değildir. İlgili teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar payları yanında, rakip teşebbüslerin pazar payları, pazara giriş engellerin var olup olmadığı gibi unsurlar hâkim durumun tespitinde rol oynayabilecek diğer faktörlerdir<sup>66</sup>.

Model Kanun ile paralel yazılış tarzını benimseyen AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 6. maddesi de hâkim durumun tespiti açısından pazar gücünün belirlenmesi kriterinden hareket etmektedir. AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesinde hâkim durum kavramı tanımlanmamış olmakla birlikte, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) 1973 yılında karara bağladığı *Continental Can* dâvasında hâkim durum kavramını tanımlamıştır<sup>67</sup>. Buna göre; hâkim durum teşebbüsün rakiplerinden, sağlayıcılarından ve müşterilerinden bağımsız davranarak etkin rekabeti önleme gücüdür. ATAD tarafından yapılan bu tanımlama AB uygulaması açısından genel kabul görmüş ve sonraki olaylarda kullanılmıştır<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Model Kanun, s. 35.

<sup>65</sup>; Dünya Bankası/OECD Model Kanunu s. 71 ve 142.

<sup>66</sup> YANIK, M. (2003), *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 26.

<sup>67</sup> C-6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can V Commission* (1973) ECR 215.

<sup>68</sup> Aşçıoğlu Öz 2000, s. 105.

Türk Rekabet Kanununun 3. maddesinde ise, yukarıdaki tanımı açıklar şekilde hâkim durum kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “hâkim durum: belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü” ifade eder. Bu tanımlamalar çerçevesinde, gerek AB uygulaması, gerek Türkiye uygulaması bakımından hâkim durumun tespitinde teşebbüsün pazar payı, rakip teşebbüslerin sayısı ve pazar payları gibi niceliksel ölçütler yanında teşebbüsün teknolojik üstünlüğü, ürüne bağımlılık, ilgili pazara girişin koşulları gibi niteliksel ölçütler dikkate alınmaktadır<sup>69</sup>. AB uygulamasında genel olarak teşebbüsün ilgili pazardaki payının % 25 altında olması onun hâkim durumda olmadığına göstergesi olarak kabul edilirken; teşebbüsün payının % 40-50 civarında olmasının teşebbüsün hâkim durumda olduğuna karine teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>70</sup>.

ABD’de ise, Model Kanunun 4. maddesine karşılık gelecek şekilde, Sherman Kanununun ikinci bölümünde tekel oluşturmak veya tekel oluşturmaya teşebbüs etmek cezalandırılmaktadır. AB uygulamasında olduğu gibi, ABD’de tekelden ne kastedildiği kanun tarafından tanımlanmış değildir. Kanun ve içtihatla tekel sayılmak bakımından belli bir kriter bulunmamakla beraber, kabul edilen görüş, teşebbüsün tekel olabilmesi açısından ilgili pazarın en az 2/3’üne sahip olması gerektiğidir<sup>71</sup>. Ancak aşağıda biraz daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, ABD uygulamasında da tekel olmak yasaklanmamakta, rekabete aykırı şekilde tekel olmaya çalışmak ya da teşebbüs etmek cezalandırılmaktadır.

#### 2.4.2. Kötüye Kullanma

Model Kanun, ABD, AB, Türkiye ve diğer ülke rekabet kanunlarında bir teşebbüsün tek başına ya da teşebbüslerin birlikte ilgili pazarda hâkim veya tekel durumunda olmaları rekabete aykırı sayılmamıştır. Rekabete aykırı olan hâkim veya tekel durumda olmak değil, bunun kötüye kullanılmasıdır. Esasen, bir teşebbüsün hâkim durumda olması teknolojik üstünlük, iyi yönetim gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Bu çerçevede rekabet kurallarının sırf hâkim durumda olmayı yasaklaması ekonomik gelişmenin önünü tıkayacağı gibi, tüketiciler açısından da refah kaybına neden olabilecektir. Buna karşılık, hâkimiyetin kötüye kullanılması fiyatların artması, üretimin azaltılması, teknolojinin gelişmemesi gibi olumsuz etkilere neden olabilecektir.

<sup>69</sup> Aşçıoğlu Öz 2000 s. 107-114; OECD 2004, s. 26.

<sup>70</sup> OECD 2004, s. 26.

<sup>71</sup> FOX, E. (1997b), “US and EU Competition Law: A Comparison”, J. David Richardson and Edward M. Graham (Ed.), *Global Competition Policy* içinde, s. 343.

Bu çerçevede, Model Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında, hâkim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüslerin hangi tür davranışlarının kötüye kullanma sayılacağı örnekler vermek suretiyle belirtilmiştir<sup>72</sup>. Maddeye ilişkin açıklama kısmında belirtildiği üzere, bu örnekler sınırlayıcı nitelikte değildir. Diğer bir ifade ile; hâkim durumdaki teşebbüs 4. maddenin ikinci paragrafında sayılan haller dışındaki eylem veya işlemleri ile de hâkim durumunu kötüye kullanabilir. Model Kanunun 4. maddesinde sayılan başlıca kötüye kullanma halleri şunlardır:

- Maliyet altında satış gibi rakip teşebbüslere yönelik yıkıcı davranışlar,
- Mal veya hizmet alım ve satımlarında eşit durumdaki alıcı ve satıcılar arasında haksız alış ve satış fiyatları ya da haksız ticaret koşulları koyma,
- İthal ve ihraç ürünleri de kapsayacak şekilde ürünün tekrar satışına ilişkin fiyat tespiti,
- İç piyasadaki fiyatların yapay olarak yüksek tutulması amacıyla aynı kişi ya da teşebbüse ait marka ile satılan ürünün ithaline yönelik kısıtlamalar,
- Kalite, güvenlik, yeterli dağıtım ya da hizmet gibi yasal ticârî amaçlar dışında
  - teşebbüsün alışlagelmiş ticârî koşulları ile kısmi ya da tam mal ya da hizmet tedarikinin reddi,
  - belli bir ürün tedarikinin, rakip ürün üretimin ya da dağıtımının kısıtlanmasına bağlanması,
  - ürünün kime, nereye veya ne miktarda sağlanacağı, tekar satışı ya da ihracına yönelik kısıtlamalar koyma,
  - belli bir ürün ya da hizmet tedarikinin teşebbüs ya da göstereceği teşebbüsten diğer bir ürün ya da hizmetin satın alınmasına bağlanması.

Yukarıda ki örneklere benzer şekilde, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 102. maddesi ve Türk Rekabet Kanununun 6. maddesinde de örnekler vermek suretiyle kötüye kullanma halleri sayılmıştır. En genel anlamda, gerek Model Kanun gerek AB ve Türk Rekabet uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüsün rekabete ve tüketici menfaatine aykırı şekilde, diğer teşebbüslerin pazara girişlerinin engellenmesi ya da hâkim durumun sağladığı avantajı devam ettirmek amacıyla giriştiği eylemler önlenmek istenmiştir.

---

<sup>72</sup> Model Kanun, s. 4.

Bu noktada, ABD uygulamasının Model Kanun ve AB uygulamasından bir ölçüde farklılaştığını ifade etmek yerine olacaktır. ABD uygulamasında yıkıcı fiyat uygulaması bakımından, doğrudan rakip firmaların devir alınması, tekel durumundaki firmadan başka bir firma ile sözleşme yapılması halinde cezâî şart içeren uzun dönemli sözleşmeler ve ticârî bir amaç dışında sırf rakip teşebbüse zarar vermek için yapılan sözleşmeler gibi örnekler dışında, tekel konumundaki firmanın yasal yollarla kazanmış olduğu durumunu muhafaza etmek için giriştiği agresif rekabetçi davranışlara izin verilmektedir<sup>73</sup>. Bu kapsamda, örneğin, tekel konumundaki firma, ürettiği mal ya da hizmetini dilediği fiyattan ve istediği miktarda satâbilme hakkına sahiptir<sup>74</sup>. Konuyla ilgili olarak Yüksek Mahkeme *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, ve *Cargill Inc. v. Monfort of Colo., Inc.* davalarında yıkıcı fiyat uygulamasından söz edebilmek için tekel durumundaki teşebbüsün maliyetinin altında bir fiyat uygulamasını ve tekel durumundaki teşebbüsün bu uygulama sonrasında piyasaya başka teşebbüsün girmemesi nedeniyle kayıplarını telafi edebilecek duruma gelebilmesi koşulunu aramıştır.<sup>75</sup> Bu çerçevede, Model Kanun, AB'nin İşleyişine Dair Anlaşma ve Türk Rekabet Kanunu hâkim durumundaki teşebbüsün faaliyetlerini düzenlemeyi amaçlamakta iken, ABD'de serbest piyasanın fiyatları ve optimum üretim miktarını belirleyeceği anlayışı hâkimdir.

Diğer yandan, Model Kanunun 4. maddesinin 3. paragrafı hâkim durumundaki teşebbüsün, kanun tarafından kesin olarak yasaklanmayan eylem ve işlemlerinin, net kamu menfaatinin fazla olması halinde, rekabet otoritesine bildirilmek suretiyle, kanunun uygulamasından muaf tutulabileceğini hükme bağlamaktadır. Bunun için bildirimde bulunan hâkim konumdaki teşebbüsün işlem ve eylem ile ilgili tüm olayları rekabet otoritesine doğru aktarması ve söz konusu eylem ve işlemde etkilenen taraf var ise bunların görüşlerinin alınması gerekmektedir. Rekabet otoritesi gerekli olması halinde kanunun amacına uygun olarak ilgili eylemin değiştirilmesini ya da yeniden düzenlenmesini isteyebilecektir<sup>76</sup>.

Model Kanunun hâkim durumundaki teşebbüsün rekabete aykırı eylem ve işlemleri bakımından getirdiği bu esneklik, UNCTAD'a üye bir takım ülkelerde yatırımların artırılması, teknolojik ve ekonomik gelişmenin sağlanması amacıyla bazı tür hâkim durumundaki teşebbüslerin faaliyet alanlarını korumak

<sup>73</sup> Fox 1997b, s. 343.

<sup>74</sup> Fox, 1997b, s. 344; OECD 2004, s. 4.

<sup>75</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993), s. 222-224; *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U. S. 104, 117 (1986), s. 117-119.

<sup>76</sup> Model Kanun, s. 27.

isteklerinden kaynaklanmıştır<sup>77</sup>. Diğer yandan, bankacılık, elektrik, gaz ve ulaştırma gibi bazı sektörlerin, başka düzenleyici kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve kontrol edilmesi, Model Kanunda izin ve istisna hükmüne yer verilmesinin diğer bir nedendir<sup>78</sup>.

## 2.5. Birleşme ve Devralmalar

Genel olarak belli bir pazarda faaliyet gösteren firmaların birleşmesi, ya da bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsü devralması ya da ortak girişim (*joint ventures*) gibi diğer yollarla iki veya fazla teşebbüsün güçlerini bir araya getirmesi; daha fazla gelir ya da mâli güç elde etme amacına yöneliktir. Birleşme ve devralmalar, yatay, dikey ya da aykırı birleşmeler (*conglomerate*) şeklinde gerçekleşebilmektedir. Yatay birleşme ve devralmalar bir mal veya hizmetin elde edilmesi sürecinin aynı aşamasında yer alan teşebbüslerin birleşmesi ya da birinin diğeri tarafından devralınmasını ifade eder<sup>79</sup>. Dikey birleşme ve devralmalar ise bir ürün ya da hizmetin üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan teşebbüsler arasındaki birleşme ya da devralmalardır<sup>80</sup>. Aykırı birleşme ve devralmalar ise aynı ürün ya da hizmet pazarında olmayan teşebbüsler arasında gerçekleştirilen birleşme ve devralmaları ifade etmek için kullanılmaktadır<sup>81</sup>.

Ne var ki, bazı tür birleşme ve devralmalar ekonomik etkinliği azaltmakta ve tüketiciler için refah kaybına neden olabilmektedir. Bu nedenle, rekabet düzenlemesine sahip birçok ülke, teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşme ve devralmaların kontrolü amacıyla, bu tür işlemlerin rekabet otoritelerine bildirimini şart koşmaktadır. ABD, AB, Türkiye, Meksika ve Polonya gibi ülkelerde zorunlu bildirim birleşme ve devralmadan önce, Endonezya, Japonya ve Rusya Federasyonu gibi ülkelerde ise birleşme veya devralma işleminden sonra yapılması gereklidir. Norveç, Yeni Zelanda ve Şili gibi ülkelerde ise bildirim zorunlu değil, ihtiyaridir<sup>82</sup>.

Üye ülkeler tarafından benimsenen sistemlerin bir sentezini oluşturacak şekilde Model Kanunun 6. maddesi ise, hangi tür birleşme ve devralmaların bildirimine tâbi tutulacağını, bunların hangilerinin yasaklanacağını ve inceleme sürecini düzenlemektedir. Bu çerçevede, 6. maddenin ilk paragrafında hangi tür birleşme ve devralmaların bildirimine tâbi tutulacağı açıklanmaktadır. Buna göre,

<sup>77</sup> Model Kanun, s. 28.

<sup>78</sup> Model Kanun, s. 29.

<sup>79</sup> Aslan 2007, s. 535; Güven 2008, s. 380.

<sup>80</sup> Aslan 2007, s. 536; Güven 2008, s. 381.

<sup>81</sup> Aslan 2007, s. 536-537; Güven 2008, s. 382-383.

<sup>82</sup> Birleşme ve Devralmalar konusunda üye ülke bildirim sistemleri Model Kanun EK II'sinde yer almaktadır. Bkz Model Kanun, Annex II, s. 81.



yatay, dikey veya aykırı şekilde gerçekleştirilen birleşme, devralma, ortak girişim ve yönetimin birleştirilmesini de içeren diğer devralmaların;

i) işletmelerden en az bir tanesinin ülkede yerleşik olması, ve

ii) birleşme ve devralma nedeniyle; özellikle pazar yoğunlaşmasının yüksek olduğu, pazara giriş engellerinin bulunduğu ve ikame ürünün olmadığı endüstrilerde, ülkenin tamamı veya belli bir bölümünde ortaya çıkacak pazar payının pazar gücü yaratabilecek seviyede olması halinde, bildirilmesi zorunludur<sup>83</sup>.

Bütün birleşme ve devralmalar pazar yoğunlaşmasına sebep olmadığı gibi, küçük ölçekte olmaları nedeniyle pazar gücü yaratacak seviyede de olmayabilir. Bu çerçevede, bildirim zorunluluğunun nerede başladığının tespit edilmesi önem arz etmektedir. Bununla beraber; madde metninde bu bildirim zorunluluğunun başlayacağı eşik değer konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak 6. maddenin açıklamasına ilişkin kısımda ve Kanunun Ek III'ünde yer alan listede bazı üye ülke uygulamaları örnek olarak sayılmıştır.

Konuyla ilgili ABD uygulamasına bakıldığında, bildirime tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşiklerin 1976 yılında yürürlüğe konulan *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* ile belirlendiği görülmektedir<sup>84</sup>. Yasada yer alan eşik değerler ise Federal Ticaret Komisyonu tarafından zaman içerisinde güncellenmektedir. 2008 yılı itibarıyla ABD'de gerçekleşen bir birleşme ya da devralmanın

- ticareti etkilemesi,
- teşebbüslerden birinin yıllık cirosunun veya varlık toplamının 126,3 milyon doları geçmesi ve diğer tarafın yıllık cirosu veya varlıklarının toplamının 12,6 milyon doları geçmesi ya da devir alanın hisse değerinin 252,3 milyon dolara ulaşması, ve
- birleşme veya devralma işleminin 63,1 milyon doları geçmesi halinde

bu işlemin Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı'na bildirilmesi gereklidir<sup>85</sup>.

AB'de ise bildirime tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşikler, 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (Birleşme Tüzüğü) ile belirlenmiştir<sup>86</sup>. Bu

<sup>83</sup> Model Kanun, s. 5.

<sup>84</sup> Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, Pub. L. 94-435, 90 Stat. 1390, <http://www.ftc.gov/bc/docs/statute.pdf>, son erişim tarihi 15.07.2010.

<sup>85</sup> Federal Trade Commission Revised Jurisdictional Thresholds For Section 7a Of The Clayton Act, <http://www.ftc.gov/os/2008/01/P859910sec7a.pdf>, son erişim tarihi 15.07.2010.

kapsamda, AB’de birleşme ve devralmaya konu teşebbüslerin, dünya çapındaki yıllık toplam cirolarının 5 milyar Avro’yu aşması ve teşebbüslerden her birisinin (ikiden çok ise en az ikisinin) toplam cirosunun 250 milyon Avro’yu aşması halinde Topluluk boyutunun olduğu varsayılır ve Avrupa Komisyonuna bildirim mecburiyeti doğar. Ayrıca, teşebbüslerin her birinin Topluluk çapındaki ciroların 2/3’ünü bir üye ülkede yoğunlaştırmaları halinde de, gerçekleştirilen işlem Toplulukla ilgili sayılmakta ve Komisyona bildirim gerekmektedir. Bunun dışında kalan birleşme ve devralmalar konusunda ise, üye ülkeler yetkilidir. Ancak işlemin en az üç üye ülke tarafından incelenmesi gerekiyor ise bu durumda birleşme tarafları incelemenin Komisyon tarafından yapılmasını isteyebilmektedir.

Türkiye’de ise, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 4. maddesi “...ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın % 25’ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirasını aşması halinde Rekabet Kurulu’ndan izin almaları zorunludur” diyerek bildirim tâbi birleşme ve devralmalar konusunda ikili bir eşik kabul etmiştir.<sup>87</sup>

Yukarıda sayılan örnekler esasen zorunlu bildirim tâbi birleşme ve devralmalar hakkında Model Kanun tarafından bir eşik konulmamasının haklılığını ortaya koymaktadır. Zira her ülkenin kendi ihtiyaçları doğrultusunda gerekli eşikleri koyması daha anlamlı bulunmakta ve Model Kanunun üye ülkelerce referans kabul edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu kapsamda örneğin AB’de ortak pazarın oluşturulmasına yönelik olarak bildirim tâbi birleşme ve devralmalara ilişkin eşik değerlerin yüksek tutulduğu görülürken, ABD’de bu değerler daha düşük tutulmuştur.

<sup>86</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 Of 20 January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (The EC Merger Regulation), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:EN:NOT>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

<sup>87</sup> Rekabet Kurumu tarafından hazırlanarak 7 Ekim 2010 tarihli Resmi 27722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1.1.2011 tarihinden itibaren geçerli olacak “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ”de ise ikili eşğin terk edilerek ciro eşğine dayalı yeni bir sistemin benimsendiği görülmektedir. Bkz. “Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Madde 7, [http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/teblig2010\\_4.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/teblig2010_4.pdf), Son Erişim Tarihi: 22.10.2010.

Hangi tür birleşme ve devralmaların yasaklanması gerektiği konusunda ise Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında şu ifadelerle yer verilmiştir:

• Gerçekleştirilmesi düşünülen işlemin pazar gücünü önemli ölçüde artırması (örneğin, teşebbüs ya da bir grup teşebbüsün fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde uzunca bir zaman tutma olanağı elde etmesi) ve

• ülkenin tamamı veya bir bölümde ortaya çıkacak pazar payının hâkim durumda bir firmanın oluşmasına ya da bir kaç firmanın hâkim olduğu bir pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanmasına

neden olması halinde bu birleşme ya da devralmanın yasaklanması gerekmektedir.

Birleşme ve devralma işlemi sonucunda ortaya çıkan pazar gücünün nasıl hesaplanacağı ya da hangi faktörlerin dikkate alınacağı konusunda ise, Model Kanun'da bir açıklama bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak gerek ABD ve gerek AB uygulamasında pazar yoğunlaşmasını ölçmek amacıyla *Herfindahl-Hirschman* Endeksi (*Herfindahl-Hirschman Index-HHI*) adı verilen bir endeks kullanılmakta ve yoğunlaşma sonrasında endeksin belli değerlerde artması pazardaki yoğunlaşma açısından veri kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Öte yandan, yoğunlaşma nedeniyle ortaya çıkan maliyetlerdeki düşüş sebebiyle, fiyatların gerilemesi gibi rekabet üzerindeki olumlu etkiler göz önüne alınmaktadır. Ayrıca, birleşme ya da devralmaya izin verilirken diğer firmaların pazara giriş imkânlarına sahip olup olmadığı ve tüketicilerin fiyat artışı halinde ikame ürünlere yönelmesinin kolay olup olmadığı gibi etkenler dikkate alınmaktadır. Son olarak, birleşen ya da devralınan firmalardan birisinin batma riskinin olması halinde bu tür işlemlere daha kolay izin verilmektedir<sup>89</sup>.

Model Kanunun 6. maddesinin son paragrafında ise, bildirim konu birleşme ve devralmaların nasıl inceleneceği konusu hükme bağlanmıştır. Ancak, burada da, Model Kanunun genelinde var olan yaklaşıma uygun olarak sürelerin belirlenmesi, yeni belgelerin istenmesi gibi konularda ilgili ülke yasa koyucuları ve rekabet otoritelerine geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu çerçevede, Model Kanunu esas alarak düzenlemede bulunacak ilgili ülke, kendi ihtiyaçları doğrultusunda inceleme usulü ve süreleri düzenleyebilecektir.

<sup>88</sup> *Herfindahl-Hirschman* Endeksi (HHI), ilgili pazarda faaliyet gösteren firmaların yüzde (%) olarak ifade edilen pazar paylarının karelerinin toplamını göstermekte olup, bu doğrultuda 0 ile 10.000 arasında değerler almaktadır. Bu kapsamda örneğin ilgili pazarda dört firmanın olduğu ve bunların pazar paylarının sırasıyla 30,30,20 ve 20 olduğu varsayıldığında HHI endeksi 2600 dür ( $30^2+30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ). HHI'yi 1000 ve 1800 arasında olan pazarlar orta yoğunluklu, 1800 üzerinde olanlar yoğunlaşmış pazar olarak kabul edilirler: Bkz. United States Department of Justice/Federal Trade Commission 1992, s. 15-16.

<sup>89</sup> OECD 2005, s. 30-32; OECD 2004, s. 3-4.

### 3. ULUSLARARASI REKABET ANLAŞMASI YAPILMASI ÇALIŞMALARI VE MODEL KANUN

Rekabet alanında uluslararası alanda işbirliği ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası rekabet anlaşması yapılması çabaları ile ikinci dünya savaşı sonrasında kurulan ve soğuk savaş sonrası dönemde ivme kazanan yeni ekonomik düzen arasında ciddi bağlantı bulunmaktadır. Yeni ekonomik düzenin en temel özelliği, dünya ekonomileri arasında yaşanan bütünleşme eğilimidir. Yaşanan bütünleşme sürecinde daha önce ulusal düzeyde faaliyet gösteren pek çok şirket uluslararası düzeyde faaliyet göstermeye başlamıştır. Bu dönemde, özellikle ticaret önünde tarife ve tarife dışı engel olarak adlandırılan devlet engellerin GATT altında yürütülen çok taraflı müzakereler ve devletlerin yaptıkları ikili anlaşmalar ile ortadan kaldırılması bütünleşme sürecini daha da hızlandırmıştır.<sup>90</sup>

Söz konusu anlaşmalara taraf olan ülkelerin temel amacı, kendi mal ve hizmetlerinin diğer taraf ülke pazarlarında herhangi bir engel ile karşılaşmadan eşit rekabet koşulları altında tüketicilere sunulması olmuştur<sup>91</sup>. Bununla birlikte, zaman içerisinde devlet engellerinin yerini şirketlerin rekabete aykırı davranışlarının alması amaçlanan hedeflerin tam anlamıyla gerçekleşmesini engellemiştir<sup>92</sup>. Bu nedenle, devlet engellerin kaldırılması ile bütünleşmesi öngörülen pazarlarda teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerin sınırlandırılması ve nihai olarak kaldırılması amacıyla uluslararası alanda ikili ve çok taraflı işbirliği girişimleri başlatılmıştır.

Bahse konu girişimlerin en yaygın olanı rekabete ilişkin ikili işbirliği anlaşmalarıdır<sup>93</sup>. İkili anlaşmaların 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 iki

<sup>90</sup> Bu kapsamda örneğin Türkiye bugüne kadar AB ile gümrük birliği ve dört EFTA ülkesi dahil olmak üzere toplam 27 ülke ile de Serbest Ticaret Anlaşması imzalamıştır. Ancak adet 10 STA, STA imzalanan ülkelerin AB'ne katılımları nedeniyle fesh edilmiştir. Bkz. <http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&dil=TR&yayinid=1130&icerikid=1236&from=home>, Son Erişim Tarihi: 23.09.2010.

<sup>91</sup> KUDRLE, R.T (2007), "The Globalization of Competition Policy", Sushil Vachani (Ed), *Transformations in Global Governance: Implications for Multinationals and Stakeholders* içinde, s. 22.

<sup>92</sup> Fox 1997a, s. 122-123; ZACH R. (1999), *Towards WTO Competition Rules, Key Issues and Comments on the Wto Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International, s. preface; MATSUSHITA M (1997), *Reflections on Competition Policy/Law in the Framework of the WTO, International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 1997*, s. 31; Karakoç 2003, s. 22.

<sup>93</sup> Fox 1997a, s. 132; WALLER S. W. (1997), *The Internationalization of Antitrust Enforcement, Boston University Law Review 343*, No 77, s. 361.

ülke rekabet kanunlarının yakınlaştırılması ve ortak uygulanması gibi alanları kapsayacak şekilde geniş kapsamlı olabilmektedir<sup>94</sup>.

Uluslararası alandaki diğer bir işbirliği çeşidi ise bölgesel ya da çoklu anlaşmalar yolu ile yapılan ve sınırlı sayıdaki ülkenin katılımına açık işbirliği anlaşmalarıdır<sup>95</sup>. Söz konusu anlaşmalar genellikle belli bir coğrafyada yer alan ülkelerin aralarındaki ekonomik entegrasyonun derecesi ile doğru orantılı olarak kapsamını belirledikleri düzenlemelerdir. Bu çerçevede örneğin, AB ülkeleri arasında rekabet düzenlemesi bölgesel ve uluslararası nitelikte olup, teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemlerine ilişkin soruşturmalar üye ülkeler adına bir ortaklık organı olan Avrupa Komisyonu tarafından yürütülmektedir<sup>96</sup>. Buna mukabil, Asya Pasifik Ekonomik İşbirliği'ne (APEC) dahil üyeler arasındaki işbirliği zayıf nitelikte olup, genellikle bölge ülkeleri arasında ikili işbirliği ve rekabet politikalarının yakınlaştırılması yolu ile çoklu bir anlaşmanın yapılmasını hedeflemektedir<sup>97</sup>.

Rekabet hukuku ve politikasına ilişkin uluslararası alandaki işbirliği çabalarının sonuncusu ise, bütün ülkelerin katılımına açık çok taraflı ve bağlayıcılığı olan uluslararası bir anlaşmanın yapılmasına ilişkin çabalar<sup>98</sup>. Esasen söz konusu çabalar, ikinci dünya savaşı sonrasında başlamıştır. Nitekim bu dönemde, uluslararası ekonomik ilişkilerin kurumsal bir temelde yeniden ele alınması amacıyla kurulması planlanan üç Bretton Woods kuruluşundan biri olan Uluslararası Ticaret Örgütü (International Trade Organisation ITO) Kuruluş Anlaşması'nda, rekabete ilişkin kurallar, uluslararası ticaret sisteminin temel yapıtaşlarından birisi olarak görülmüştür<sup>99</sup>. Nitekim ITO Anlaşması, fiyat tespiti, pazar bölüşümü ve toplu boykot gibi özel teşebbüslerin rekabete aykırı eylem ve işlemleri ile ilgili hükümler getirmiş ve ITO'ya rekabete ilişkin soruşturma yapma yetkisi tanımıştır<sup>100</sup>. Ne var ki diğer iki Bretton Woods kuruluşu olan Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu'nun hayata geçirilmesi

<sup>94</sup> TAYLOR M. D (2006)., *International Competition Law, A New Dimension For The Wto?*, Cambridge University Press, s. 109; Memorandum of Understanding Between the Government of New Zealand and the Government of Australia on Coordination of Business Law, [http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC\\_43982.aspx](http://www.med.govt.nz/templates/MultipageDocumentTOC_43982.aspx), Son Erişim Tarihi: 15.07.2010; WOOD P. D. (1994-1995), Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future; *DePaul L. Rev. 1289, No 44*, s. 1293.

<sup>95</sup> Fox 1997a, s. 133; Wood 1994-1995, s. 1294.

<sup>96</sup> Bkz. <http://ec.europa.eu/competition>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

<sup>97</sup> Taylor 2006, s 124.

<sup>98</sup> Fox 1997a, s. 133; Wood 1994-1995, s. 1295.

<sup>99</sup> Matsushita 1997, s. 31; Taylor 2006, s. 150-151.

<sup>100</sup> Final Act of The United Nations Conference on Trade and Employment: Havana Charter For an International Trade Organization, Madde 46-54, <http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf>, Son Erişim Tarihi: 16.07.2010.

mümkün olmuş iken, ITO'yu kuran Anlaşmanın Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Kongresi tarafından reddedilmesi sonrasında ITO'nun kurulması mümkün olmamıştır<sup>101</sup>.

ITO sonrası dönemde ise uluslararası alanda rekabet hukuku ve politikası çalışmaları UNCTAD, OECD, Uluslararası Rekabet Ağı (ICN) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesinde sürdürülmüştür.

Bunlardan UNCTAD'ın faaliyetlerine yukarıda değinilmiştir.<sup>102</sup> OECD'nin rekabet hukuku ve politikası çalışmaları ise 1967 Rekabet Komitesi'nin kurulması ile başlamıştır. 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<sup>103</sup>.

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 politikalarına ciddi etkileri olduğunu vurgulamak yerinde olacaktır. Söz konusu tavsiye kararlarından en önemli üç tanesi ise işbirliği<sup>104</sup>, uyuşmazlık<sup>105</sup> ve kartellere<sup>106</sup> ilişkin kararlardır. Bunun yanı sıra, OECD'nin Dünya Bankası işbirliği ile hazırlamış olduğu Model Rekabet Kanunu gelişme yolundaki ülkelerin rekabet

<sup>101</sup> Understanding the WTO, s. 16.

<sup>102</sup> Bkz. Genel Olarak UNCTAD ve Model Kanunu başlıklı kısım, s. 4.

<sup>103</sup> 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 değerlendirilmiştir, Bkz.

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=78>, Son Erişim Tarihi: 15.07.2010

<sup>104</sup> OECD (1986a), *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C(86)44 (Final).

<sup>105</sup> OECD (1986b), *Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Potential Conflict between Competition and Trade Policies*, C(86)65(Final).

<sup>106</sup> OECD (1998), *Recommendation of the OECD Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35/Final.

kanunları ile uygulamalarının uyumlaştırılması bakımından; bu alanda yapılmış önemli çalışmalardan bir tanesidir.<sup>107</sup>

Rekabet hukuku ve politikası konusunda çalışmalar yapan ICN ise, ulusal ve çokuluslu rekabet otoritelerinin gönüllülük esasına dayalı olarak katılım sağladığı bir ağıdır.<sup>108</sup> ICN'in temel amacı rekabet otoriteleri arasında deneyim ve en iyi uygulamaları yaygınlaştırmak, rekabet otoritelerinin rekabet savunuculuğu rolünü ve uluslararası işbirliğini güçlendirmektir.<sup>109</sup>

ICN'in uluslararası kural koyma gibi fonksiyonu bulunmamaktadır. ICN yapılanması çerçevesinde çalışmalar proje bazlı ve sonuç odaklı olarak yürütmekte olup, yapılan çalışmalar neticesinde oybirliği ile kabul edilen tavsiyeler veya en iyi uygulamaların uygulanması tamamen üye rekabet kurumlarının takdirine bırakılmaktadır.<sup>110</sup>

Bunlara ilave olarak ICN bünyesinde birleşme ve devralmalar, karteller gibi konularda çalışmak üzere alt çalışma grupları faaliyet göstermektedir. Çalışma gruplarına ilave olarak ICN, yılın belli dönemlerinde atölye çalışmaları ve ayrıca yılda bir kez büyük çaplı bir konferans düzenlenmektedir.<sup>111</sup>

Uluslararası bağlayıcılığı olan bir anlaşmanın yapılması konusunda asıl çabalar ise DTÖ bünyesinde ortaya konmuştur. DTÖ şemsiyesi altında ayrı bir rekabet düzenlemesine yer verilmesi girişimleri, daha DTÖ kurulmadan GATT altında yürütülen ve DTÖ'nün kurulmasını sağlayan "Uruguay Round" müzakereleri sırasında 1990'lı yıllarda başlamıştır.<sup>112</sup> Bu girişimlerden en kapsamlı olanı Münih Grubu olarak adlandırılan bir grup rekabet hukuku akademisyeni tarafından 1993 yılında önerilen Taslak Uluslararası Rekabet Kodu'dur (Draft International Antitrust Code-DIAC)<sup>113</sup>. Söz konusu Kod kapsamında yatay ve dikey anlaşmalar, birleşme ve devralmalar, uluslararası bir rekabet otoritesinin kurulması gibi rekabet hukukunun temel pek çok konusu düzenlenmiştir. Esasen Münih Grubu tarafından önerilen Kod, ITO Anlaşması'nın rekabete ilişkin bölümleri ile çok sayıda benzerlikler içermekte

<sup>107</sup> Bkz yukarıda dipnot 4.

<sup>108</sup> DPT 2007, s. 13.

<sup>109</sup> Bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=41>,  
Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

<sup>110</sup> Bkz. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>,  
Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

<sup>111</sup> Bkz. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.aspx>,  
Son Erişim Tarihi: 03.08. 2010.

<sup>112</sup> PETERSMAN E.U (1999), Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System- Proposals and Policy Options, (editor Roger Zach), *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International, s. 47.

<sup>113</sup> Taylor 2006, s. 300.

ve bu nedenle ITO sonrasında yapılan en kapsamlı uluslararası rekabet düzenlemesi önerisi olarak değerlendirilmektedir<sup>114</sup>.

Diğer yandan, Amerika Barolar Birliği tarafından 1991 yılında bir rapor yayımlanmış ve raporda kartellerin yasaklanması ve birleşme başvurularının uyumlu hale getirilmesi gibi temel bazı rekabet ilkelerine ilişkin bir uluslararası anlaşmanın yapılmasının yararına değinilmiştir<sup>115</sup>.

1995 yılında ise Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından bir araya getirilen bir grup uzman DTÖ altında rekabet kurallarının oluşturulmasına yönelik bir raporu Komisyona sunmuştur.<sup>116</sup> Rapor ülkeler arasında ikili anlaşmaların yapılması yanında, DTÖ altında çoklu bir anlaşmanın yapılmasını önermiştir<sup>117</sup>.

1996 yılına gelindiğinde Avrupa Topluluğu, 1995 yılında uzmanlara yaptırmış olduğu rapor temelinde, DTÖ bünyesinde ticaret ve rekabet ilişkisinin incelenmesine yönelik bir girişim başlatmıştır. Anılan girişim neticesinde 1996 yılında Singapur'da yapılan Bakanlar Konferansı'nda ticaret ve rekabet ilişkisini araştırmak üzere bir Çalışma Grubu kurulmuştur.<sup>118</sup>

1999 yılında Seattle'da yapılan Bakanlar Konferansı'nda ise rekabet politikası da dahil olmak üzere geniş kapsamlı yeni bir müzakere turunun başlatılması öngörülmüş, ancak; tüm müzakerelerin çökmesi neticesinde bu alanda müzakerelerin başlatılması mümkün olmamıştır. 2001 yılında Katar'ın başkenti Doha'da yapılan DTÖ Bakanlar Konferansı'nda ise Seattle'da yaşanan başarısızlık telafi edilmiş ve yeni bir müzakere turu başlatılmıştır. Rekabet Politikası konusunda ise üye ülkeler ikiye bölünmüştür. Bir kısım ülkeler müzakerelerin başlatılmasını savunmuş iken özellikle gelişme yolundaki ülkeler Çalışma Grubu'nun faaliyetlerini sürdürmesini talep etmiştir.<sup>119</sup> Bu nedenle, Doha Deklarasyonu her iki görüşü uzlaştıracak şekilde kaleme alınmıştır. Doha Deklarasyonu'nun 25. paragrafında; Cancun Bakanlar Konferansı'na kadar ki dönemde Ticaret ve Rekabet Çalışma Grubu'nun, şeffaflık, ayrımcı olmama ve prosedürel eşitlik, karteller hakkında hükümler dahil olmak üzere, esas ilkeler, işbirliğine yönelik usuller ve kapasite yaratılması yoluyla gelişme yolundaki

<sup>114</sup> Matsushita, s. 36; Taylor 2006, s. 302-3003.

<sup>115</sup> American Bar Association Section of Antitrust Law (1991), Report of the Special Committee on International Antitrust, [http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991\\_Full\\_Report.pdf](http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991_Full_Report.pdf), Son Erişim Tarihi: 01.10.2010.

<sup>116</sup> Commission of the European Communities (1996), Towards an International Framework of Competition Rules. Communication from the Commission to the Council. COM (96) 284 final.

<sup>117</sup> Matsushita, s. 36.

<sup>118</sup> World Trade Organization (1996), *Singapore Ministerial Declaration*, WT/MIN(96)/Dec, para. 20.

<sup>119</sup> Taylor, s. 406.



ülkelerin rekabet kurumlarının giderek güçlendirilmesine destek konularında çalışmalarına devam etmesinin karara bağlandığı açıklanmıştır.<sup>120</sup>

Ne var ki 2003 yılında yapılan Cancun Bakanlar Konferansı'nda müzakere usulleri ile ilgili olarak konsensüs sağlanamamıştır. Bununla birlikte, Bakanlar Doha'da alınan kararların uygulanması yolunda çalışmalara devam edecekleri yönündeki kararlıklarını dile getirmişlerdir.<sup>121</sup> 2004 yılına gelindiğinde ise rekabet politikası alanında bir uzlaşmanın mümkün olmayacağı anlaşılmış ve Temmuz 2004 paketi olarak adlandırılan DTÖ Genel Konseyi kararı ile rekabet politikası Doha kapsamından çıkarılmıştır.<sup>122</sup>

Bu doğrultuda, rekabet hukuku ve politikası konusunda çalışmalar yürüten kuruluşlar bünyesinde yürütülen girişimler, rekabet hukuku alanında uluslararası düzeyde bağlayıcılığı olan bir anlaşma ya da diğer bir metin oluşturmakta yetersiz kalmıştır.

Uluslararası bağlayıcılığı olan bir rekabet düzenlemesinde yer verilememesinin birden çok sebebi vardır. Bu sebeplerin başında, ülkelerin kendi piyasalarını etkilemeyen rekabete aykırı eylem ve işlemler ile ilgilenmek istememesi, hatta, ülke ekonomisine yararlı yanları var ise destekleyici olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, ülkeler kendi piyasasını etkilemediği ölçüde, ihracat kartelleri oluşturulmasına olumlu bakmakta, hatta teşvik etmektedirler.<sup>123</sup> Devletler kendi ülkesi dışında meydana gelen, ancak kendi ülkesini etkileyen eylem ve işlemler bakımından ise etki teorisi çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya gayret göstermektedir.<sup>124</sup>

Uluslararası rekabet alanında uzlaşmaya varılamamasının ikinci sebebi ise, ekonomik ve siyasi mülahazalar ile her ülkenin menfaatlerini böylesi bir metne yansıtmak amacını taşımalarından kaynaklanmaktadır. Bu noktada, öncelikle AB ve ABD gibi büyük ekonomilerin uzlaşmaya varması gerekmektedir. Diğer yandan DTÖ'nün 2003 yılında Cancun Bakanlar Konferansında görüldüğü gibi, gelişme yolundaki ülkeler de kendi menfaatlerini ilgilendiren konularda eskiye oranla daha fazla talepkâr davranmaktadırlar.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> World Trade Organization (2001), *Doha Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1, para. 25.

<sup>121</sup> World Trade Organization (2003), *Cancun Ministerial Declaration*, WT/MIN(03)/20, para 6.

<sup>122</sup> World Trade Organization (2004), *Doha Work Programme Decision*, Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579, para g.

<sup>123</sup> ÇATALCALI T. (2003), *Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 37.

<sup>124</sup> Tiryakioğlu 1997, s. 67-75; Çatalcalı 2003, s. 38, 63.

<sup>125</sup> Dış Ticaret Müsteşarlığı (2003), *Türkiye Açısından Değerlendirme DTÖ V. Bakanlar Konferansı Cancun (10-14 Eylül 2003)*,

Uluslararası alanda bağlayıcı bir rekabet düzenlemesinin hazırlanması önündeki başka bir engel ise bu metinden sapmaya olanak sağlayacak durumların belirlenmesinin zorluğundan kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda, özellikle, rekabet düzenlemesi dışında bırakılacak sektörlerin belirlenmesi güç gözükmektedir. Zira her ülke kendi menfaati doğrultusunda belli bazı sektörleri kapsam dışında tutmaya çalışacaktır. Bu durum ise, kapsam dışında bırakılacak alan sayısının artmasına ve düzenlemeden beklenen faydanın ulaşılamaz hale gelmesine neden olabilecek ve bazı ülkeler bakımından motivasyon kaybına neden olabilecektir.

Bağlayıcılığı olan bir rekabet düzenlemesine ulaşılması önündeki diğer bir engel ise rekabetin korunması konusunda ülkeler arasında ortak bir anlayışın, ortak bir kültürün olmamasıdır. Özellikle gelişme yolundaki ülkelerin bir çoğunun rekabet olgusu ile son 20-30 yıl içerisinde tanışmış olmaları ortak bir rekabet anlayışına ve düzenlemesine ulaşılmasını daha da güçleştirmektedir.

Bu bakımdan, rekabet gibi ulusal ekonomik menfaatleri doğrudan etkileyen bir metin üzerinde kısa vadede uzlaşılması kolay görünmemektedir. Bu noktada güçlüklerin aşılması ve ortak bir anlayışın geliştirilmesi için OECD ve UNCTAD gibi kuruluşların çabaları daha da önem kazanmaktadır. Esasen, Rekabet hukuku da dahil olmak üzere uluslararası düzeyde bağlayıcı metin oluşturma çabalarının başlangıç noktası OECD ve UNCTAD gibi kuruluşlar nezdinde yürütülen faaliyetler ile başlamaktadır. Buralarda tartışılan ve belli bir olgunluğa getirilen metinler, bağlayıcı anlaşmaların oluşturulması çalışmalarında yol gösterici olacaktır. Model Kanunun bu anlamda iyi bir örnek olduğu değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede Model Kanun bağlayıcı uluslararası anlaşmaların oluşturulması çalışmalarında aşağıda sayılan işlevleri görebilecektir:

- Model Kanun her şeyden evvel henüz rekabet mevzuatı ve rekabet kültürü olmayan ülkeleri rekabet kavramı ve mevzuatı ile tanıştırmakta, bir anlamda öğretici bir rol üstlenmektedir. Nitekim, “Model Kanun’un Bölümleri Hakkında Açıklamalar ve Halihazırdaki Yasal Düzenlemelerdeki Alternatif Yaklaşımlar” başlıklı ikinci bölümde, rekabet kavram ve kurallarının ne almama geldiği ayrıntılı bir biçimde açıklanmış, ayrıca gelişmiş ve gelişme yolundaki ülkelerin rekabet düzenlemelerindeki alternatif yaklaşımlar açıklanmak suretiyle gelişme yolundaki ülkelerin bu alanda bilgilendirilmeleri amaçlanmıştır. Bu durum bir ölçüde gelişme yolundaki ülkelerde, rekabetin korunması konusunda

alt yapının hazırlanması veya var olan altyapının güçlendirilmesine de olanak sağlamaktadır. Böylelikle, uluslararası bir rekabet anlaşması görüşmelerine başlayan gelişme yolundaki ülkelerin müzakerelerin içeriği konusunda bilgi sahibi olmaları veya var olan bilgilerinin artırılması sağlanmış olacaktır.

- Model Kanun, ayrıca rekabet mevzuatı hazırlayan ya da değiştiren ülkelere hazır bir metin sunmaktadır. Diğer yandan, genellikle ilk defa rekabet mevzuatı hazırlayan ülkelerde mevzuat ile birlikte bir otoritenin kurulması söz konusu olmaktadır. Söz konusu mevzuatı uygulamakla sorumlu bu otoritenin yaptığı çalışmalar ve kanunu uygulamakta edindiği tecrübeler yanında mevzuatın ve otoritenin kurulması sonrasında akademik hayatın bu alana ilgi göstermesi, o ülkede rekabet alanında ciddi bir kapasitenin de oluşmasına olanak sağlamaktadır. Bu doğrultuda, mevzuat ve rekabet otoritesinin tesis edilmesi, uluslararası bir anlaşmayı müzakere etme kabiliyeti ve kapasitesini artırmaktadır. Bu kapsamda örneğin ülkemizde 1994 yılında Rekabet Kanununun kabul edilmesi ve 1997 yılında Rekabet Kurumu'nun tesis edilmesi sonrasında rekabetin korunması konusunda kaydedilen gelişme, bu alanda yetişen insan gücü ve yapılan çalışmalar ciddi bir alt yapının oluşmasını sağlamıştır.

- Model Kanun'un daha fazla ülke tarafından benimsenmesi aynı zamanda terim ve kavram birliğine de ulaşılmasını sağlayacaktır. Bu durum muhtemel bir müzakerede tarafların anlaşmasını kolaylaştıracaktır. Bu kapsamda örneğin; Model Kanun tarafından tanımlanan teşebbüs ve pazar kavramlarının müzakerelere başlayan tüm ülkeler bakımından aynı anlamı ifade etmesi, yanlış anlaşılmaların önüne geçerek müzakerelerin daha çabuk ilerlemesini sağlayacaktır.

- Model Kanun, mümkün mertebe gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin görüşlerini yansıtmaya gayret etmiş ve bir anlamda asgâri mutabakat sağlamıştır. Bu durum, muhtemel bir uluslar arası anlaşma müzakerelerinde müzakere taraflarının referans olarak kullanabilecekleri kavram ve metinlerin oluşmasına imkan tanıyacaktır.

- Model Kanunun mümkün olan en yüksek derecede esneklik ile hazırlanması, üye ülkelerin istedikleri ölçüde Model Kanundan yararlanma olanağına sahip olmaları ve gerektiğinde bazı bölümlerini kendi ihtiyaçları doğrultusunda değiştirerek kabul etmeleri, Kanun hazırlayan ülkeler bakımdan kabulünü kolaylaştırmaktadır. Model Kanunun esnek yapısı nedeniyle daha çok ülke tarafından kabul edilmesi, muhtemel bir uluslararası rekabet anlaşmasında başlayacak ülkelerin mevzuatlarının yakınlaşmasını sağlayabilecek niteliktedir. Rekabet Mevzuatı yakın olan ülkelerin ise uluslararası alanda gerçekleştirilen

müzakerelerde, pozisyonlarını da birbirine yaklaştırmaları ve nihayetinde bir uzlaşmaya varmaları daha kolay olabilecektir.

- Model Kanunda istisnalara yer verilmesi de uluslararası bir rekabet anlaşması müzakeresini kolaylaştıracaktır. Böylelikle, başta gelişme yolunda ülkeler olmak üzere, bir takım ülkelere en azından belli sektörlerini belli bir dönem ve sürekli olarak anlaşma kapsamı dışında tutmak imkanı verilmesi anlaşma görüşmelerini rahatlatacaktır.

## SONUÇ

İkinci dünya savaşı sonrasında kurulan ve soğuk savaş sonrası dönem de ivme kazanan yeni ekonomik düzen, firmaların ulusal ve uluslar arası düzeyde daha serbest bir ortamda hareket etmelerine olanak sağlamıştır. Firma davranışlarının ulusal veya uluslararası ticareti ve ekonomik kalkınmayı olumsuz yönde etkilememesi, diğer anlatımla genel ekonomik faydanın artırılması amacıyla ise giderek daha fazla sayıda ülke rekabet mevzuatı kabul etmektedir.

Daha fazla sayıda firmanın uluslararası düzeyde faaliyet göstermesine karşılık, rekabet mevzuatlarının ulusal düzeyde uygulanması, yurtdışında meydana gelen rekabete aykırı eylem ve işlemlerin ise ancak etki teorisi çerçevesinde incelenmesi, uluslararası boyutu olan bazı firma davranışlarına rekabet kurallarının uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Üstelik ulusal mevzuatların amaçları ve rekabet otoritelerinin uygulama önceliklerinin farklı olması uluslar arası boyutu olan rekabete aykırı firma davranışlarının incelenmesini daha da güçleştirmektedir.

Bu tür güçlükler rekabet alanında uluslararası alanda işbirliği ve bağlayıcılığı olan bir uluslararası rekabet anlaşmasına olan ihtiyacı her geçen gün daha da artırmıştır. Esasen, bu alanda bir anlaşmanın yapılması çalışmalarını ikinci dünya savaşı sonrasında başlamış ve 90'lı yıllarda yoğunlaşmış ise de ikili işbirliği anlaşmaları ve bölgesel düzeyde yapılan anlaşmalar dışında bu güne kadar ciddi bir ilerleme sağlanamamıştır.

Ülkelerin bağlayıcılığı olan bir uluslararası anlaşma yapmalarının önünde ekonomik ve siyasi engellerin yanısıra, rekabetin korunması konusunda ülkeler arasında ortak bir anlayışın, ortak bir kültürün olmayışından kaynaklanan sıkıntılar da bulunmaktadır. Bu bağlamda, özellikle gelişme yolundaki ülkelerin rekabet olgusu ile son 20-30 yıl içerisinde tanışmış olmaları ortak bir rekabet anlayışına ve düzenlemesine ulaşılmasını daha da güçleştirmektedir.

Bu güçlüklerin üstesinden gelmek üzere UNCTAD ve OECD gibi uluslar arası kurum ve kuruluşların çalışmaları önem arz etmektedir. Esasen bu

platformlarda tartişılan ve asgari mutabakatla belli olgunluğa eriştirilen metinler bağlayıcılığı olan uluslararası metinlerin yapılmasına zemin hazırlamaktadır.

Bu anlamda, UNCTAD tarafından hazırlanan Model Kanun uluslararası bir rekabet anlaşmasına ulaşılması için gerekli zeminin hazırlanması noktasında rol oynayabilecektir. Model Kanun'un öğretilici rolü, rekabet mevzuatı için hazır bir metin olması, rekabet alanında terim ve kavram biriliği sağlamak üzere taşıdığı rol ve esnek yapısı ile birlikte gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin görüşleri arasında asgâri mutabakat sağlama hedefi bu teknik zeminin hazırlanması noktasında dikkate değer öğelerdir.

## KAYNAKÇA

AKINCI, A. (2001), *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara.

AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW (1991), Report of the Special Committee on International Antitrust, [http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991\\_Full\\_Report.pdf](http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/1991/reports/1991_Full_Report.pdf), Son Erişim Tarihi: 01.10.2010.

ASLAN, Y. (1999), Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.

ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 4. Baskı, Bursa.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayın No 51, Ankara.

CALKINS, S. (2007), Competition Law in the United States of America, *Wayne State University Law School Legal Studies Research Paper Series No. 07-14*.

ÇATALCALI, T. (2003), *Kartel Teorisi, İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

DIŞ TİCARET MÜSTEŞARLIĞI (2003), Türkiye Açısından Değerlendirme DTÖ V. Bakanlar Konferansı Cancun (10-14 Eylül 2003), <http://www.dtm.gov.tr/dtmweb/index.cfm?action=detay&yayinID=156&icerikID=259&dil=TR>, Son Erişim Tarihi: 10.07.2010.

DPT (2007), *Dokuzuncu Kalkınma Planı, Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

EZRACHI, A. (2004), The Role of Voluntary Frameworks In Multinational Cooperation Over Merger Control, *George Washington International Law Review*, No: 36.

FOX, E. (1997a), Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*.

FOX, E. (1997b), "US and EU Competition Law: A Comparison", J. David Richardson and Edward M. Graham (Ed.), *Global Competition Policy* içinde.

GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara.

KACZOROWSKA, A. (2008), *European Union Law*, Routledge-Cavendish Publishing, London and New York.

KARAKOÇ, O. (2003), *Rekabet Kurallarının Uluslararasılaşması Süreci ve Uluslararası Örgütler*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KOÇ, A. (2005), *Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

KORAH, V. (2006) *Cases and Materials on EU Competition Law*, Third Edition, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon.

KUDRLE, R.T (2007), "The Globalization of Competition Policy", Sushil Vachani (Ed), *Transformations in Global Governance: Implications for Multinationals and Stakeholders* içinde, s. 22-48.

LEE, C. (2004) Model Competition Laws: The World Bank-OECD and UNCTAD Approaches Compared, Centre for Regulation and Competition International Conference,  
<http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/lee.pdf>,  
Son Erişim Tarihi: 28.07.2010.

MATSUSHITA, M. (1997), Reflections on Copetition Policy/Law in the Framework of the WTO, *International Antitrust Law&Policy: Fordham Corporate Law 1997* içinde, s. 31-51.

NICHOLSON, M.W. (2008), An Antitrust Law Index For Empirical Analysis Of International Competition Policy, *Journal Of Competition Law And Economics*, No. 4 (4), s. 1009-1029.

OECD (1986a), *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C(86)44 (Final).

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

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

OECD (2004), United States-Report on Competition Law and Institutions,  
<http://www.oecd.org/dataoecd/11/53/34427452.pdf>,  
Son Erişim Tarihi: 18.07.2010, Paris.

OECD (2005), Competition Law and Policy in the European Union  
<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>,  
Son Erişim Tarihi: 18.07.2010.

PETERSMAN, E.U (1999), Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System-Proposals and Policy Options, (editor Roger Zach), *Towards WTO Competition Rules*, Kluwer Law International.

TİRYAKİOĞLU, B. (1997), *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İtilafı*, Ankara.

UNCTAD (1998), *Report of the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy on its first session*, TD/B/COM.2/13, TD/B/COM.2/CLP/5, Geneva, [http://www.unctad.org/en/docs/c2\\_clp98d5.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/c2_clp98d5.pdf), Son Erişim Tarihi: 15.07.2010.

ÜNLÜSOY, K. (2003), *Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

WALLER, S.W. (1997), The Internationalization of Antitrust Enforcement, *Boston University Law Review* 343, No 77, *International Competition Law, A New Dimension For The Wto?*, Cambridge University Pres.

WEATHERILL, S. (2005) *Cases and Materials on EU Law*, 7th Edition, Oxford University Pres.

WOOD, P.D. (1994-1995), Internationalization of Antitrust Law: Options for the Future; *DePaul L. Rev.* 1289, No 44.

WORLD BANK and OECD (1999), A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, (Dünya Bankası/OECD Model Kanunu) [http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en\\_2649\\_34535\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1\\_0\\_0.html](http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_34535_1916760_1_1_1_1_0_0.html), Washington, D.C., Paris, Son Erişim Tarihi: 29.09.2009.

WORLD TRADE ORGANIZATION (1996), *Singapore Ministerial Declaration*, WT/MIN(96)/Dec.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2001), *Doha Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2003), *Cancun Ministerial Declaration*, WT/MIN(03)/20.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *Doha Work Programme Decision*, Adopted by the General Council on 1 August 2004, WT/L/579.

YANIK, M. (2003), *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.



YAVUZ, Ş. (2003), *Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per se" veya "Rule of reason"*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara.

ZACH, R. (1999), *Towards WTO Competition Rules, Key Issues and Comments on the Wto Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International.

## **MAHKEME VE KURUL KARARLARI**

### **AB**

Case-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851.

Case-6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can V Commission* (1973) ECR 215.

Cases-56/64 and 58/64 *Establishments Consen SA and Grunding Gmbh v. Commission* (1966) ECR 199, (1966) CMLR 418.

### **ABD**

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

*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U. S. 104, 117 (1986).

*Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958).

*Postal Service V. Flamingo Industries (Usa) Ltd.* (02-1290) 540 U.S. 736 (2004).

*Standard Oil Co. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

*Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US 1 (1958).

*NW Wholesale Stationers v. Pac. Stationery*, 472 U. S. 284 (1985).

*Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*  
*Superior Court Trial Lawyers Association* 493 U.S. 411 (1990).

*State oil Co v. Khan*, 522 U.S 3 (1997).

### **Türkiye**

Danıştay 10. Daire Esas No: 2001/4817 Karar No: 2003/4770.

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-106 Karar Sayısı: 08-50/722-282.