

**Citation:** SERTER, Y. S., TANOĞLU, A. (2022), Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Rekabet Kurumu Uygulamalarının Ekonomik Analizi, Baseak CORE Papers No:16, 2022.

## Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Rekabet Kurumu Uygulamalarının Ekonomik Analizi

*Dr.Y. Sertaç SERTER\**, *Av.Aysu TANOĞLU\*\**

### ÖZET

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında geniş yetkileri haiz Rekabet Kurumu'nun karşısında teşebbüslerin faaliyetlerini Rekabet Kurumu'nun hukuka uygun ve öngörülebilir uygulamalarına göre yürütebiliyor olmaları beklenmektedir. Bu bakımdan, Rekabet Kurumu, idari işlem ve eylemlerinde, Anayasa'da düzenlenen kanuni idare ilkesine ve hukuki güvenlik ilkesine riayet etmek zorundadır. Ancak Rekabet Kurumu'nun ve keza karar organı Rekabet Kurulu'nun kimi uygulamaları bakımından hukuki güvenlik ilkesine riayet edilmediği görülmektedir. Rekabet hukuku uygulamaları açısından hukuki güvenliğin sağlanması teşebbüs davranışlarına ilişkin aşırı uygulama (*over-enforcement*) ve eksik uygulama (*under-enforcement*) arasındaki dengenin kurulması ile yakından ilişkilidir. Bu makalede Rekabet Kurumu'nun kimi uygulamalarının hukuki güvenlik ilkesini nasıl zedelediği ortaya konulup bu ihlallerin ekonomik analizine ve Türkiye ekonomisine potansiyel etkilerine yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Hukuki Güvenlik İlkesi, Tip-1 ve Tip-2 Hata Riskleri

**JEL Kodları:** K21, L38, L44

### ABSTRACT

While the Turkish Competition Authority ("the TCA") has wide powers in finding the facts, undertakings are expected to be able to carry out their activities in accordance with the lawful and predictable practices of the TCA. In this respect, the TCA has to comply with the principle of legality and legal certainty, which are regulated in the Constitution, in its administrative acts and actions. However, it is seen that the principle of legal certainty is not complied with in terms of some practices of the TCA and also its decision-making body, the Competition Board. Ensuring legal certainty in terms of competition law practices is closely related to establishing the balance between over-enforcement and under-enforcement. This paper scrutinizes how some practices of the TCA harm the principle of legal certainty, and further assesses the economic analysis of these infringements and their potential effects on the Turkish economy.

**Keywords:** Rule of Law, Principle of Legal Certainty, Type-1 and Type-2 Error Risks

**JEL Codes:** K21, L38, L44

\* Anadolu Üniversitesi, [ysserter@anaolu.edu.tr](mailto:ysserter@anaolu.edu.tr)

\*\*Balcioğlu Selçuk Ardiyok Keki Avukat Ortaklığı, [atanoglu@baseak.com](mailto:atanoglu@baseak.com)

## I. Giriş

Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu'nun benzer meseleler hakkında farklı yönlerde vermiş olduğu karar sayısı son zamanlarda dikkat çekici şekilde artmaya başlamıştır. Rekabet Kurulu, daha önce vermiş olduğu bir kararına konu olan meseleye benzer bir mesele hakkında elbette önceki kararından farklı yönde karar verebilir ancak bunun için meşru ve tatmin edici bir gerekçe gerekmektedir. Aksi durumda hukuk devleti ilkesinin en temel unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesi ihlal ediyor demektir.

Hukuki güvenlik ilkesinin ihlali, ciddi ekonomik sorunları beraberinde getirebilir. Bu yazı, hukuki güvenlik ilkesi başta olmak üzere hukuk devleti ilkesinin diğer belli başlı unsurlarının ihlalinin ekonomiye muhtemel etkilerini ana hatlarıyla incelemek amacıyla yazılmıştır. Bu doğrultuda, Rekabet Kurumu'nun yürüttüğü faaliyetin niteliği bağlamında hukuki güvenlik ilkesinin ortaya koyduğu anlam ele alındıktan sonra Rekabet Kurumu'nun hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelecek kimi uygulamalarına kısaca yer verilecek ve nihayetinde bu yazıyı kaleme almamıza neden olan, Rekabet Kurulu'nun yerleşik içtihadından hukuka aykırı olarak sapmasının ekonomi üzerindeki etkileri tartışılacaktır.

## II. Rekabet Kurumu'nun yetkileri bağlamında hukuki güvenlik ilkesi

Rekabet Kurumu'nun, teşebbüslerin piyasadaki rekabete aykırı davranışlarını araştırmak ve cezalandırmak yönünden geniş yetkileri bulunmaktadır. Zira bir düzenleyici ve denetleyici kurum ve bir ekonomik kolluk makamı olan Rekabet Kurumu'nun, işlem tesis etmeden önce gerekli incelemeyi gerçekleştirerek, "*geçmişte yaşanmış bir olayın bugün delillerle ortaya konulmuş hali*" olarak tanımlanan "maddi gerçeği" bulması gerekir<sup>1</sup>. İdari yargılama usulünde söz konusu olan, idari yargı mercilerince "maddi gerçeğe" en uygun karar verilmesinde kamu yararının olduğu düşüncesinden<sup>2</sup> hareketle, idari yargı mercileri gibi

maddi gerçeği arayan Rekabet Kurumu'nun "maddi anlamda yargılama faaliyetinde" bulunduğu pekâlâ söylenebilir.

Bu doğrultuda, 16 Haziran 2020 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("**Kanun**") üzerinde değişiklikler yürürlüğe girmiş ve Rekabet Kurumu'nun yetkileri genişlemiştir. Nitekim ilgili Kanun değişikliği ile Rekabet Kurumu'na dijital ortamlarda yerinde inceleme yürütme, soruşturmayı uzlaşma veya taahhüt ile sonlandırma, ihlal tespit etmesi halinde teşebbüse yapısal tedbirler getirme yetkileri tanınmıştır. Buna karşın, teşebbüslerin ise, bir hukuk devletinde, faaliyetlerini, oldukça geniş yetkileri haiz Rekabet Kurumu'nun hukuka uygun ve öngörülebilir uygulamalarına göre yürütebiliyor olmaları beklendir.

Rekabet Kurumu ve onun karar organı olan Rekabet Kurulu, idari işlem ve eylemlerinde, Anayasa'nın 123. maddesinde ifadesini bulan kanuni idare ilkesine, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel unsurlarından hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik, hukuki istikrar, devlete güven ilkelerine ve hukuk devletinin anılan ilkelerini kapsadığını düşündüğümüz hukuki güvenlik ilkesine riayet etmek zorundadır. Keza doktrinde hukuki güvenlik ilkesinin gerekleri arasında; devlet faaliyetlerinin öngörülebilir, tahmin edilebilir olması, hukuki istikrarın sağlanması, idarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurullarla (kişilere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) kişiler ile idare arasında denge kurulması yer almaktadır<sup>3</sup>.

Hukuki güvenlik ilkesi, idari makamların muhataplarının bağlı olacakları hukuk kurallarını ve karşı karşıya bulunmaları muhtemel idari yaptırımların kapsamını, niteliğini ve içeriğini önceden bilebilme ve davranışlarını buna göre şekillendirebilme imkânına sahip olmalarını gerektirir ve kişilerin bu yöndeki meşru ve makul beklentileri hukuk düzeni tarafından korunmaktadır<sup>4</sup>. İlâveten, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmeleri ve devletin de bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Çınar Can Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2020, s. 252.

<sup>2</sup> Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2021, s. 44.

<sup>3</sup> Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2009, 5.130.131.

<sup>4</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 13.7.1995 tarih ve E. 1994/85 ve K. 1995/32 sayılı kararı.

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarih ve E. 2020/15 ve K. 2020/78 sayılı kararı.

Dolayısıyla, bir idari makam olan Rekabet Kurulu'nun işlem ve eylemlerinin açık, istikrarlı, belirli ve anlaşılabilir olması zorunluluk arz etmektedir<sup>6</sup>. Teşebbüslerin ancak bu durumda kendilerine düşen yükümlülükleri öngörebilmeleri ve davranışlarını belirleyebilmeleri mümkün olmaktadır<sup>7</sup>.

### III. Rekabet Kurumu uygulamalarının hukuki güvenlik ilkesi kapsamında genel görünümü

Rekabet Kurumu'nun ve keza karar organı Rekabet Kurulu'nun keyfilik barındıran kimi uygulamaları bakımından hukuki güvenlik ilkesine riayet edilmediği görülmektedir. Gerçekten, Rekabet Kurulu bazı dosyalarda sözlü savunmalara teşebbüs başına 20 dakika ayırırken bazı dosyalarda gece yarısına kadar şirket yetkililerini dinleyebilmektedir. Bundan başka, kimi dosyalarda teşebbüslere 9/3 görüş yazısı gönderilebilirken, benzer özelliklere sahip soruşturmalarda salt idari para cezası uygulanabilmektedir. Keza Danıştay'ın bazı kararları benimsenebilirken, bazıları önemsenmeyebilmektedir. Yerinde incelemeler söz konusu olduğunda ise durum daha karmaşık bir hal almaktadır zira e-posta servis sağlayıcılarından silinen mesajların Rekabet Kurumu uzmanları tarafından geri getirilmesi durumunda yerinde incelemenin engellenmiş olup olmadığına yönelik istikrarlı bir yaklaşım görülememektedir.

Hukuki güvenlik ilkesi ile ilgili bir başka husus, teşebbüslerin, ön araştırma ve soruşturma süreçlerinde belirli bir safhaya kadar ne tür bir iddia ile karşı karşıya olduklarını anlayamıyor olmalarıdır. Nitekim somut deliller içermeyen, içerse de eylem-zarar bağlamında illiyet bağının kurulmadığı soruşturma bildirimlerinin tebliğ edilmesi, soruşturma raporlarında dahi hukuki nitelermeye yer verilmesi ve teşebbüsün nitelermeyi kendi aleyhine kurmaya zorlanması, hatta ve hatta gerekçeli kararlarda dahi zaman zaman zarar teorisine, ihlalin hukuki niteliğine, hareket-neticce-illiyet bağı ekseninde ihlale neden olan fiile açıkça yer verilmemesi, karşılaşılan problemlerden yalnızca birkaçını teşkil etmektedir. Dolayısıyla, Rekabet Kurumu'nun elinde ne tür deliller olduğunu ve ne tür bir ihlal iddiası ile karşı karşıya olduğunu bilmeyen teşebbüsler, la-yıkıyla savunma geliştirme hakkından yoksun bırakılmış olmaktadır. Benzer şekilde, teşebbüsler, bu bilinmezlik

karşısında soruşturma bildirimiminin tebliğinden sonra davranışlarına çekidüzen veremez hale gelmektedir. Buna karşın, soruşturma heyetleri soruşturma açıldıktan sonra teşebbüsün ihlale devam etmesi nedeniyle ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasını isteyebilmektedir.

Bu belirsizlik ortamı ise, teşebbüslerin hangi davranışlarının Rekabet Kurumu'nun radarına takılacağından emin olamamaları sebebiyle yatırım yapma niyetlerini engelleyebilir niteliktedir. Nitekim yatırım yaptıktan sonra kuraların değişmesi, yatırımın karşılığını almak ve değerlemesini yapmak bakımından problemlili olabilmektedir. Dolayısıyla kısa vadede pazardaki oyunculara, orta vadede oyuncu sayısına ve pazarın kendisine, uzun vadede ise makro ekonomik değişkenlere zarar verilmiş olmaktadır.

### IV. Yerleşik içtihattan sapma temelinde hukuki güvenlik ilkesi ihlalinin ekonomik analizi

Rekabet hukukunun piyasa ekonomisi vasıtasıyla elde edilecek toplumsal refahı arttırmak üzere tasarlanması beklenmektedir. Çünkü, piyasada rekabet sorunları yoksa teşebbüsler arasındaki etkileşimin ve rekabetin toplumsal refahı ençoklaştıracığı kabul edilir ve rekabet hukuku piyasalarda teşebbüslerin davranışlarından kaynaklanan rekabet sorunlarını ortadan kaldırmayı hedefler. Bu anlamda, bir yandan, rekabete aykırı teşebbüs davranışları cezalandırılıp caydırılmaya çalışılırken, rekabeti arttıran davranışların da teşvik edilmesi gerekir. Bu iki işlevin birlikte yerine getirilebilmesi için de hukuki güvenliğin sağlanması elzemdir.

#### IV.1. Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Tip-I ve Tip-II Hatalar

Rekabet hukuku uygulamaları açısından hukuki belirliliğin ve hukuki öngörülebilirliğin, dolayısıyla hukuki güvenliğin sağlanması teşebbüs davranışlarına ilişkin aşırı uygulama (*over-enforcement*) ve eksik uygulama (*under-enforcement*) arasındaki dengenin kurulması ve bunun sonuçları ile yakından ilişkilidir. Aşırı uygulama Tip-I hata riskine, diğer bir ifadeyle söz konusu teşebbüs davranışı ihlal değilken ihlal gibi değerlendirilme olasılığına işaret etmektedir. Eksik-uygulama ise Tip-II hata riskine, başka

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2003 tarih ve E. 2002/146 ve K. 2002/201 sayılı kararı.

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2013 tarih ve E. 2013/67 ve K. 2013/164 sayılı kararı.



bir ifadeyle ihlal söz konusu iken bunun ihlal olarak değerlendirilmemesi olasılığıdır.<sup>8</sup> Piyasa ekonomisiyle elde edilecek toplumsal refahın rekabet hukuku vasıtasıyla artırılması, bu dengenin sağlanmasına yönelik belirsizliklerin asgariye indirilmesi ile mümkün olabilecektir.

Anılan dengenin sağlanması esasen anayasal bir yükümlülüktür. Zira Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi gereği:

*"Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."*

Dolayısıyla, özel teşebbüslerin sosyal fayda doğrultusunda çalışmalarını sağlamak devletin görevi olduğu kadar, özel teşebbüslerin hukuki güvenlik içerisinde faaliyette bulunmalarını temin etmek de devletin bir görevidir.

Aksi halde bu denge Tip-I hata riski lehine bozulduğunda, bu durum, teşebbüslerin yatırım yapma, yeni iş modelleri geliştirme ve benzeri motivasyonları üzerinde olumsuz etki yapacak; anılan denge Tip-II hata riski lehine bozulduğunda ise rekabete zarar veren teşebbüs davranışlarına seyirci kalmacaktır. Dengenin korunması ise gerek hukuki gerekse iktisadi anlamda öngörülebilir standartların belirlenmiş olması; daha açık ifadeyle rekabet otoritelerinin, yeterli ve makul gerekçe göstermeksizin yerleşik içtihtattan sapma başta olmak üzere keyfi uygulamalarına son vermeleri, adil yargılama ilkeleri ve masumiyet karinesini yakından ilgilendiren yeterli ispat standardına riayet etmeleri ile mümkün olabilecektir. Diğer taraftan rekabet kurallarının temelini sanayi iktisadi oluşturduğundan, yerleşik içtihtadın da belirli bir iktisadi temeli ve gerekçesi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla içtihtadın değiştirilmesi, kuralların farklı yorumlanması ancak ve ancak bu değişiklik ya da farklılığı gerekli kılan iktisadi dayanaklara sahip olmalıdır. Teorik ve/veya ampirik bu dayanaklar rekabet hukuku uygulamasını pozitif bilimlere yaklaştırır.

<sup>8</sup> Arndt Christiansen, / Wolfgang Kerber, Competition Policy With Optimally Differentiated Rules Instead of "Per Se Rules vs Rule of Reason", Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2(2), s. 225.

<sup>9</sup> Timur Kuran, Yollar Ayrılırken – Ortadoğu'nun Geri Kalma Sürecinde İslam Hukukunun Rolü, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ağustos 2012, s. 21.

<sup>10</sup> Daron Acemoğlu / James A. Robinson, Ulusların Düşüşü – Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Egmont Yayıncılık ve Yapımcılık Tic. AŞ, Nisan 2014, s. 74; Daron Acemoğlu / James A. Robinson, Why Nations Fail – The Origins of Power, Prosperity and Poverty, Londra, Profile Books, 2013, s. 73.

## IV.2. Kurumlar ve Ekonomi Arasındaki İlişki

Ekonominin gelişimi bakımından kilit kurumlar; ekonomik faaliyetleri mümkün kılan yasalar, düzenlemeler ile örgüt biçimleridir<sup>9</sup> ve ülkelerin ekonomik başarılarının kurumlara ve ekonominin işleyişini belirleyen kurallara göre farklılık gösterdiği ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Keza serbest piyasa ekonomisinin en temel hakkı addedilebilecek anayasal özel mülkiyet hakkının, kişilerin işletmelere ve mal varlıklarına sahip olabilecekleri ve bunların mülkiyetlerinin güvencede olacağı anlamına geldiği vurgulanmakta, kapsayıcı ekonomik kurumların mülkiyeti koruduğu, yasaları ve kuralları uyguladığı belirtilmekte ve ancak kapsayıcı ekonomik kurumları olan ülkelerin yerli ve yabancı yatırım çekeceği ifade edilmektedir.<sup>11</sup> Gerçekten, ekonomik kurumların kapsayıcı olabilmeleri için, güvence altına alınmış özel mülkiyete, tarafsız bir hukuk sistemine, sözleşme özgürlüğüne ve teşebbüslerin piyasalara girmeleri bakımından giriş engelleri yaratmayan bir sisteme sahip olmalarının gerektiği belirtilmektedir.<sup>12</sup>

Bununla birlikte, mülkiyet hakkını ve sözleşme hürriyetini güvence altına almakta başarısız olan, yasaları ve kuralları uygulamayan ve giriş engelleri koyarak piyasaların işleyişini neredeyse ortadan kaldıran ekonomik kurumlar ise, dışlayıcı ekonomik kurumlar olarak adlandırılmaktadır. Azerbaycan, Türkmenistan ve Özbekistan gibi eski Sovyet cumhuriyetleri, Myanmar, Pakistan, Arjantin, Guatemala, Peru, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Mısır ve Kenya dışlayıcı ekonomik kurumlara sahip piyasa ekonomisi örnekleri olarak gösterilmekte ve bu ülkelerin ortak özelliklerinin, mülkiyet hakkına riayet etmemeleri ve çoğunluğun yerine birtakım kişilere imtiyaz tanıyan olmaları olduğu vurgulanmaktadır.<sup>13</sup>

Keza kapsayıcı ekonomik kurumların; ekonomik faaliyetleri, verimlilik artışını ve ekonomik refahı artırırken dışlayıcı ekonomik kurumların bunları yapamadıkları ifade edilmektedir.

<sup>11</sup> Daron Acemoğlu / David Laibson / John A. List, Makroekonomi, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Nisan 2016, s. 178, 179. Künyesi verilen eserlerinin 178. sayfasında, müellifler, ekonomik kurumları, bir toplumun ekonomik işlemlerini ilgilendiren kuralların bütünü olarak tanımlamaktadır.

<sup>12</sup> Daron Acemoğlu / James A. Robinson, Why Nations Fail – The Origins of Power, Prosperity and Poverty, Londra, Profile Books, 2013, s. 74, 75.

<sup>13</sup> Daron Acemoğlu / David Laibson / John A. List, Makroekonomi, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Nisan 2016, s. 179.

*“Kapsayıcı ekonomik kurumlar ekonomik faaliyetleri, verimlilik artışını ve ekonomik refahı artırırken dışlayıcı ekonomik kurumlar genel olarak bunları yapmakta başarısız olurlar. Mülkiyet hakları bu ilkenin merkezindedir çünkü sadece güvence altına alınmış mülkiyet haklarına sahip olanlar verimliliğe yatırım yaparlar ve verimliliği artırırılar. Yatırım yapmaya ve inovasyon yapmaya girişmek şöyle dursun ürününe el konulacağını düşünen bir çiftçinin – çalışacak, elinden alınacak veya tamamı vergi olarak alınacak anlamında – çalışmak için çok az nedeni olacaktır. Çiftçiler, tüccarlar, iş adamları ve işçiler mülkiyet haklarına sahip olmadıklarında yatırım yapmaktan ve üretmekten vazgeçeceklerdir. Her şeyin ötesinde, özel sözleşmeler üzerlerine yazıldıkları kağıttan daha fazla bir değer etmedikleri veya bazı sözleşmeye dayalı anlaşmalar yasal sayılmadıkları zaman firmalar verimli bir şekilde iş yapmak için gerekli olan güven temelli ilişkileri kurmayı başaramayacaklardır. Son olarak onlar girişi destekleyen bir ortam oluşturmak yerine piyasaya giriş engelleri koyduklarından dolayı dışlayıcı ekonomik kurumlar verimsiz firmaları destekleme ve doğru iş koluna yeni fikirlerle giriş yapacak olan girişimcileri ve yeteneklerine en iyi uyan işlerde çalışacak olan işçileri engelleme eğilimindedir.”<sup>14</sup>*

Sözleşmelerin ve dolayısıyla sözleşme hukukunun ekonominin gelişmesindeki yerini yadsımamak gerekir zira sözleşme hukukuna riayet edilmeyen bir yerde, kişilerin yalnızca güvendikleri yakınlarıyla sözleşme yapabilecekleri, diğer bir anlatımla, sözleşme hukukunun yarattığı güven ortamının anonim hukuki ilişkilere yol açtığı ve ekonomik gelişime katkı sağladığı unutulmamalıdır<sup>15</sup>. Sözleşmelerden kaynaklanan haklarının ihlal edilmesi durumunda ilgili idari ve yargı mercileri nezdinde haklarını aramalarının imkânsız ya da çok zahmetli olduğunu bilen kişiler,

mülkiyet haklarını güvende görmeyeceklerinden tarafların refahlarını artırma potansiyeline sahip karşılıklı işlemler ve genel olarak yatırım yapmaktan imtina ederler. Zira ekonomik gelişimi tetikleyecek yatırımlar, ancak keyfilikten uzak, piyasaya giriş engellerinin olmadığı, öngörülebilir bir ortamda kendilerine yer bulabilir.

Gerçekten, birbirini hiç tanımayan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde, sözleşme yükümlülüklerinin ihlali durumunda etkin bir yaptırım sistemi de öngörülmediyse, sözleşme ihlallerinin artması çok muhtemeldir. Keza birbirini tanıyan, birbirlerine güvenen kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde ise, sözleşmenin ihlali durumunda başvurulacak etkin bir yaptırım mekanizması bulunmasa dahi sözleşmelerin ihlal edilmesinin düşük bir ihtimal olacağı söylenebilir zira kişiler itibar kaybetme riskini kolay kolay göze almak istemeyeceklerdir. Bununla birlikte, yalnızca birbirini tanıyan kişiler arasında akdedilecek sözleşmelerle, ticari hayatın sınırlı olacağı ve ekonominin gelişemeyeceği de aşıkardır. Buradan hareketle, rekabeti koruyan kurallara, esasen, ekonominin büyümesine ve gelişmesine olanak sağlayabilecek anonim piyasalarda ihtiyaç duyulacaktır.

Timur Kuran, bu iddialarımızı destekler şekilde, Ortadoğu’da, İslam dininin ilk yıllarında Ortadoğu’ya göre gelişmiş sayılacak bir sözleşme hukuku geliştirdiğini ve akraba olmayanların kaynaklarını bir araya getirmesini kolaylaştırarak İslami ortaklıkların yalnızca ticareti canlandırmakla kalmadığını, aynı zamanda tüccarların İslam’ı yerkürenin uzak köşelerine taşımalarını da sağladığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, müellif, tüzel kişilik olarak kurulan korporasyonların Ortadoğu’da Batı Avrupa’ya kıyasla çok geç benimsendiğini ve bu nedenle Ortadoğu’nun ekonomik olarak Batı Avrupa’nın gerisinde kaldığını vurgulamaktadır. Keza müellif, 19. yüzyılda küresel ekonominin en yoğun sermayeli ticari işletmelerinin, süresiz yaşamaları öngörülen, tüzel kişiliği haiz korporasyon biçiminde kurulduğunu ancak Ortadoğu’da borsaların, stan-

<sup>14</sup> Daron Acemoğlu / David Laibson / John A. List, Makroekonomi, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Nisan 2016, s. 179, 180.

<sup>15</sup> Timur Kuran, benzer şekilde, aile bağlarının kıdemin ve duyguların kararlara yön vermesine olanak tanıyarak, bilgi ve ehliyeti gölgede bırakabileceğini ve dolayısıyla akrabalık ilişkilerine dayanmayan iş birliği girişimlerini destekleyici kurumların toplumlara önemli yararlar sağlayabileceğini belirtiyor. Müellif, ayrıca, dünya dinlerinin büyük başarılarından birinin, akraba olmayanlar arasında güveni geliştirmek ve aralarında iş birliğini kolaylaştırmak olduğunu ifade etmektedir. Zira dinler, din kardeşliğini teşvik ederek ticari yayılmaya zemin hazırlamaktadır.

Dinsel bağların güçlendirilmesi doğal olarak yabancılarla (bir diğer ifadeyle başka dinlere mensup olanlarla) ticareti sınırlama riskini barındırır da müellife göre, İslam, değişik dinlere mensup kişiler arasındaki ticareti de geliştirmeye çalışmış, akraba olmayanların yanı sıra farklı dinlerin mensuplarını da kapsayan ortaklıkları düzenleyici kurallar koymuştur. Bkz. Timur Kuran, Yollar Ayrılırken – Ortadoğu’nun Geri Kalma Sürecinde İslam Hukukunun Rolü, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ağustos 2012, s. 70.

dart muhasebenin ve korporasyonlar gibi büyük kuruluşlara alışkın mahkemelerin yokluğunda, kişilerin korporasyonlara yatırım yapmaktan kaçındığını belirtmektedir.<sup>16</sup>

Görüldüğü üzere, mesele tarihsel bakış açısıyla ele alındığında da ekonominin gelişimi için anonim piyasaların oluşumuna yol açabilecek kurumların gerektiği ve bunun gerçekleşmesi için de kişilerin hukuki anlamda kendilerini güvende hissedebilecekleri, öngörülebilir bir ortamın elzem olduğu tartışmasızdır. Yine, ortaya çıkan bir başka sonuç da ekonomik gelişimin hukuk devleti ilkesi olmaksızın gerçekleşemeyeceği gerçeğidir. Zira hukuk güvenliği, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik ilkeleri, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarıdır.

### IV.3. Rekabet Kurulu Kararlarının Ekonomiye Etkisi

Türk ekonomisinin kilit kurumlarından olan Rekabet Kurumu'nun karar organı olan Rekabet Kurulu'nun, kararlarını alırken hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerine riayet edip etmemesine göre, Türk ekonomisinin seyri değişecektir. Gerçekten, anayasal kanuni idare ilkesi doğrultusunda, hukuk devletinin temel ilkeleri olan hukuki güvenlik, hukuki belirlilik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleriyle sıkı sıkıya bağlı olması gereken ve beklenen Rekabet Kurulu'nun aksi yöndeki tutumu, ülkeye yapılan ve yapılacak olan yerli ve yabancı yatırımları doğrudan olumsuz etkileyecek; mevcut yatırımcıların ülkeden çıkmak istemesine, potansiyel yatırımların başka ülkelere yapılmasına neden olacaktır. Zira yukarıda aktarılmaya çalışıldığı üzere hiçbir yatırımcı, piyasaları destekleyen kapsayıcı ekonomik kurumların bulunmadığı, özel mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine saygı gösterilmeyen, kendini hukuken güvende hissetmediği, yatırımlarının geleceğini hukuken öngöremediği, kurumlarına ve mahkemelerine güvenmediği ülkeye yatırım yapmak istemez.

Bu nedenlerle, Rekabet Kurulu'nun son zamanlardaki kararlarında sıkça karşılaşılan, teşebbüsler lehine içtihadından; yeterli ve makul gerekçe göstermeksizin ve dolayısıyla yeterli ispat standardına riayet etmeksizin, kimi teşebbüsler aleyhine, keyfice ayrılmasına ve içtihadattan bu şekilde sapma nedeniyle hükmettiği idari para cezalarına son

vermesi beklenmektedir. Zira kararlarında yeterli ve makul gerekçe gösterme zorunluluğu, Rekabet Kurulu için hem yasal bir yükümlülüktür ve hem de yürüttüğü maddi anlamda yargılama faaliyeti kapsamında riayet etmekle mükellef olduğu bir adil yargılama ilkesidir.

Keza anayasal masumiyet karinesi ve hukukun genel ilkesi niteliğindeki “şüpheden sanık yararlanır (*in dubio pro reo*)” ilkeleri gereği, Rekabet Kurulu, elindeki geniş araştırma ve soruşturma yetkilerine rağmen ihlalin gerçekleştiğine yönelik en ufak bir şüphe duyuyorsa, yeterli ispat standardına riayet etme yükümlülüğü gereği, Tip-I hata riskini değil Tip-II hata riskini tercih etmelidir. Frank H. Easterbrook, benzer biçimde, şüphe uyandıran uygulamalar lehine yapılacak hataların birkaç nedenle tercih edilebilir olduğunu ifade ediyor. Zira müellife göre birçok iş birliği türü yararlıdır, dolayısıyla hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığımız belirli bir uygulamaya göz yummak muhtemelen bir zarara yol açmayacaktır. Ayrıca, ekonomik sistem, tekellerden kaynaklı meseleleri, hukuki hatalardan kaynaklanan sorunlara kıyasla daha kolay düzeltir. Keza birçok durumda, yanlışlıkla izin verilen tekellerin maliyeti azdır fakat yanlışlıkla hukuka aykırı telakki edilen rekabetin maliyeti ise büyüktür.<sup>17</sup> Yine, müellife göre, yargıçlar etkin uygulamaları hatalı biçimde hukuka aykırı kabul ederlerse, anılan etkin uygulamalar ortadan kalkar ve faydaları kaybolur. Bununla birlikte, yargıçlar hatalı olarak etkin olmayan uygulamalara göz yumarlarsa, hatayla göz yumulan bu uygulamalar, rekabet saldırısı altında yok olacaklardır. Hukuki hatanın maliyetini, etkin uygulamaları kaybeden ve buna karşılık hiçbir şey elde edemeyen tüketiciler çeker.<sup>18</sup>

Frank H. Easterbrook, mahkemelerin mükemmel bilgiye sahip olmaları durumunda etkin olmayan tüm uygulamaların hukuka aykırı telakki edilebileceğini belirtiyor. Zira müellif, belirli bir uygulamanın zararlı olduğu ve dolayısıyla bu uygulamaya son verilmesi konusunda yeterince emin olunması durumunda, hiçbir cezanın çok yüksek ya da hızlıca verilmiş olmayacağını vurguluyor. Buna karşın, müellife göre, mahkemeler mükemmel bilgiyi haiz değildir ve hukuki süreç hem yavaş hem de maliyetlidir. Dolayısıyla piyasalar hataları yavaş düzeltiyor diye yargıçların

<sup>16</sup> Timur Kuran, Yollar Ayrılırken – Ortadoğu'nun Geri Kalma Sürecinde İslam Hukukunun Rolü, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ağustos 2012, s. 359, 360.

<sup>17</sup> Frank H. Easterbrook, The limits of Antitrust, Texas Law Review, 1984, 63(1), s. 15 Anılan makaleye erişmek için linke tıklayınız:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles) (Erişim tarihi: 9. 2. 2022).

<sup>18</sup> Frank H. Easterbrook, The limits of Antitrust, Texas Law Review, 1984, 63(1), s. 21.



daha iyisini yapacağını düşünmek müellife göre doğru bir tutum değildir. Keza her iki sürecin de maliyetlerinin ve risklerinin karşılaştırılması gerekir. Yararlı uygulamaları engelleyen hatalı kararların maliyetleri dahil olmak üzere hukuki sürecin maliyeti dikkate alındığında, mahkemele- rin rekabeti azaltacak şekilde tutum almaktansa rekabetçi sürece izin vermeleri akıllıca olacaktır. Zira şayet bir uygulama gerçekten rekabeti engelleyici ve yararsızsa, zamanla ortadan kalkacaktır. Söz konusu uygulama var ol- maya devam ederse, buradan çıkarılacak sonuç, bu uygulama- nın rekabetçi yararlarının olduğudur. Anılan yararlar henüz anlaşılammış olabilir fakat bu durum söz konusu uygulamanın hukuka uygunluğunun tespiti bakımından bir koşul değildir.<sup>19</sup> Frank H. Easterbrook'un mahkemeler bakımından dile getirdiklerinin, “*uyuşmazlık çözme ve hukuka aykırılık iddiaları hakkında karar verme işleviyle tanımlanan yargılama yetkisi*”nden<sup>20</sup> hareketle, maddi anlamda yargılama faaliyeti yürüten rekabet otoriteleri söz konusu olduğunda da geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Gerçekten, en ufak bir şüphe olması durumunda, ihlal söz konusu iken bunun ihlal olarak değerlendirilmemesi olasılığının tercih edilmesi, hukuka uygun olan seçenek olacaktır. “Geçmişte yaşanmış bir olayın bugün delillerle ortaya konulmuş hali” olarak tanımlandığını belirttiğimiz maddi gerçek, Çınar Can Evren'in isabetle vurguladığı üzere,

*“dünün öğrenilmesini; maddi gerçeğin ortaya çıkarılması da soruşturma yapılmasını gerektirir. Dün hakkındaki şüphe soruşturma ilerledikçe azalır ve soruşturma sonucunda şüphe yerini belliliğe bırakırsa ilgili cezalandırılır. Esasen soruşturma sonucunda karar verecek makamda oluşan maddi gerçeğe ilişkin görüş bir kanaattir. Bu kanaat gerçeğin ta kendisi olmayabilir. Diğer bir deyişle maddi gerçek kararı verecek makamda oluşan kanaattir.”*<sup>21</sup>

Dolayısıyla elbette maddi gerçek, “gerçeğin ta kendisi” olmayabilir; önemli olan yapılan soruşturma sonucunda

maddi gerçeğe yönelik en ufak bir şüphe kalmaksızın bir kanaate ulaşılması ve karar alınması gerektiğidir. Rekabet Kurumu'nun elindeki yetkilere rağmen, karar organı olan Rekabet Kurulu'nun ihlale yönelik küçük bir şüphesi olması durumunda dahi, yapılması gereken, masumiyet karnesini ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkelerini uygulamak ve dolayısıyla idari para cezasına hükmetmemektir. Anayasal mülkiyet hakkına ve sözleşme hürriyetine ve elbette hukuk devleti ilkesine saygılı tutum bu olacaktır. Keza yukarıda, Anayasa'nın 48. maddesinde ifadesini bulan denge bakımından, rekabet ihlaline yönelik şüphe durumunda, özel teşebbüsün hukuki güvenliği tercih edilme- lidir.

Kaldı ki Rekabet Kurumu'nun bir (ekonomik) kolluk makamı olduğu unutulmamalıdır. Her kolluk makamı gibi Rekabet Kurumu da elbette (kamu) düzeni(ni) sağlamak için faaliyette bulunacaktır. Bununla birlikte, düzeni sağlamanın esasen bir amaç değil araç olduğu akıldan çıkarıl- mamalıdır. Gerçekten,

*“toplumsal yaşantı için bir düzenin sağlanması şarttır ama ‘düzeni sağlamak’ da tek başına bir amaç olarak kabul edilmemelidir. O, sadece, bir başka amaç için başvurulmuş bir ‘araç’ olarak görülmelidir. Buna göre, çağdaş bir toplumda, düzen; kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanabileceği uygun toplumsal ortamın (yapının) oluşmasının sağlanması amacıyla kurulmalı ve korunmalıdır. Düzeni sağlama faaliyeti; özgürlüklere dayanan bir toplumu yaratma ve koruma amacının bir aracı olarak görülmeli ve kabul edilmelidir. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel esasları (= özellikle Anayasa'nın 13. maddesi)<sup>22</sup> da bu çağdaş bakış açısını ifade eder niteliktedir. Buna göre, hukuk devletinde, düzen; yasağcı bir bakış açısıyla değil özgürlükçü bir anlayışla kurulmalı ve korunmalıdır. Çünkü hukuk devletinde, her kural gibi, düzeni kuran veya koruyan kural-*

<sup>19</sup> Frank H. Easterbrook, The limits of Antitrust, Texas Law Review, 1984, 63(1), s. 29.

<sup>20</sup> Gerçekten, Rekabet Kurumu, rekabet ihlallerine yönelik iddialar nedeniyle soruşturma yürütürken hukuka aykırılık iddiaları hakkında karar vermeye çalışmakta, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Üst Makamlara Başvurma” başlıklı maddesinde yer alan idari başvuru kendisine yöneltildiğinde ise uyuşmazlık çözme faaliyeti yürütmektedir. D. Çiğdem Sever, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, Ankara, Turhan Kitabevi, Mayıs 2021, s. 27.

<sup>21</sup> Çınar Can Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2020, s. 252. Müellifin kullandığı “belliliğe” kelimesinin “bellirliğe” olduğunu tahmin ediyoruz ancak aynen alıntı yaptığımız için müellifin yer verdiği kelimeyi aynen korumayı tercih ettik.

<sup>22</sup> Parantez içerisindeki vurgu tarafımızdan yapılmıştır.

ların da demokratik toplum gerekleri ile bağdaş-  
yor olması gerekmektedir. Ayrıca düzenin sağlan-  
ması için öngörülen tedbirler (düzenlemeler,  
ödevler, yaptırımlar) ... hem ... orantılı olmalı  
hem de ... hak ve özgürlüğün özüne dokunmama-  
lıdır. Örneğin, gece çoğalan düzen bozucu faali-  
yetlerin (suç artışının) önüne geçilebilmesi için  
'hava karardıktan sonra sokağa çıkma yasağı ko-  
nulması' şeklinde bir tedbir / yöntem akla gelebi-  
lecektir. Gerçekten de bu çözüm tarzı hava karar-  
dıktan sonra düzenin bozulmasını büyük ölçüde  
engelleyecektir. Bununla birlikte, bu yasak, hiçbir  
şekilde, özgürlüklere dayalı bir toplum düzeninin  
gereklerine uygun düşmeyecektir. Ayrıca, öngö-  
rülen yasak, hem seyahat özgürlüğünü ortadan  
kaldıracak (onun özüne dokunacak) ve hem de çok  
aşırı bir önlem getirmiş olması nedeniyle orantılı-  
lık ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Sonuç olarak de-  
nilebilecektir ki; eğer 'düzen' özgür bir toplumun  
mutlu ve huzurlu yaşaması için gereken 'araç'  
olarak değil de 'nihai bir amaç' olarak görülme-  
ye başlanırsa, Devlet sistemi de kaçınılmaz olarak  
baskıcı bir rejime doğru kaymaya başlayacaktır.  
İşte bu yüzden, kamu düzeninin korunması ama-  
cıyla yürütülen kolluk faaliyetleri ve kullanılan  
kolluk yetkileri incelenirken, düzenin bir hukuk  
devletinde kurulmaya ve korunmaya çalışıldığı  
gerçeği, akıldan çıkarılmamalıdır!"<sup>23</sup>

Dolayısıyla, ölçülülük (orantılılık) ilkesine ve masumiyet  
karinesine riayet edilmesi gereken, özgürlüğün kural, sı-  
nırlamanın istisna olduğu bir hukuk devletinde,

*"maddi gerçeğe, hukuka uygun davranılarak ula-  
şılmışsa maddi gerçek kıymetlidir. Bu açıdan tek  
amaç fiilin ve failin tespiti değildir. Diğer bir  
ifade ile amaç, her ne pahasına olursa olsun  
maddi gerçeğe ulaşmak değil, hukuka uygun ola-  
rak maddi gerçeğe ulaşmaktır."*<sup>24</sup>

"Her ne pahasına olursa olsun" ekonomik kolluk faaliyeti  
yürütülemeyeceğinden, Rekabet Kurulu yeterli ve makul

gerçekçe göstermeksizin yerleşik içtihadından dönememeli,  
soruşturma sonucunda ihlale yönelik en ufak bir şüphe  
dahi söz konusu olsa, masumiyet karinesine ve yeterli ispat  
standartı yükümlülüğüne aykırı şekilde ihlale hükmedip  
idari para cezası verememelidir. Aksinin kabulü, anayasal  
mülkiyet hakkının ve sözleşme hürriyetinin anayasaya ay-  
kırı şekilde kısıtlanması sonucunu doğurur. Ayrıca, böyle  
bir tutumla, zamanla, rekabetin korunması gereken bir ser-  
best piyasa dahi söz konusu olmayabilir zira kendilerini  
hukuki anlamda güvende hissetmeyen teşebbüsler piyasa-  
ları terk eder. Bundan başka, toplumsal refahı hedefleyen  
bir rekabet politikası da esasen masumiyet karinesi dahil  
adil yargılama ilkelerini ve yeterli ispat standardı yüküm-  
lülüğünü önceleyen bir ekonomik kolluk faaliyeti gerekti-  
rir. Dolayısıyla ihlale yönelik şüphe bulunması durumunda  
Tip – II hata olasılığının tercih edilmesi, toplumsal refah  
artışını hedefleyen rekabet politikasının da gereğidir. Zira  
şüphe durumunda Tip – II hata tercih edildiğinde, rekabet  
otoritelerinin ulaştığı maddi gerçek (kanaat) ihlalin ger-  
çekleşmediği yönünde olacaktır ve fakat "gerçekte" ihlal  
gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda, hakkında soruşturma  
yürütülen teşebbüs veya teşebbüsler idari para cezası öde-  
meyeceklerinden bu durumdan yararlı çıkacaktır. Ancak  
rekabet ihlali nedeniyle kimi teşebbüs veya teşebbüsler ve  
esasen toplum zarar görecektir. Bu halde Pareto etkinliğin-  
den söz edilemez. Zira Pareto etkinliğine göre, değişiklik-  
ten herkesin yararlanması ya da en azından bir kişinin yar-  
arlanması ve fakat kimsenin zararlı çıkmaması gerekir.  
Kaldı ki politika değişikliklerinin (*policy change*) etkinli-  
ğini değerlendirmede bir araç olarak kabul ediliyor olsa da  
esasen kamu politikalarının (*public policies*) Pareto krite-  
riyle değerlendirilmesinin zor olduğu zira gerçek dünyada  
birçok politika nedeniyle en azından birilerinin zarar göre-  
ceği ifade edilmektedir<sup>25</sup>.

#### IV.4. Kaldor & Hicks Etkinliği Doğrultusunda Tip-II Hatanın Tercih Edilebilirliği

Pareto kriteriyle birçok kamu politikasının gerçekleştirile-  
meyeceğini gören ekonomistlerin, Pareto kriterinin kısıtla-  
malarının üstesinden gelebilmek amacıyla potansiyel Pa-

<sup>23</sup> Cem Ayaydın, İdare Hukuku'na Giriş (II), İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008, s. 69, 70.

<sup>24</sup> Çınar Can Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2020, s. 284. Müellif, Anayasa Mahkemesi'nin meseleye ilişkin içtihadının da bu yönde olduğunu belirtiyor.

<sup>25</sup> W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr., John M. Vernon, Economics of Regulation and Antitrust, 4. Baskı (fourth edition), MIT Yayınları (The MIT Press), 2005, s. 80; aynı yönde, Y. Sertaç Serter, "A brief survey on law & economics of contract law", Juridical Tribune, Cilt (Volume): 9, Sayı (Issue): 1, Mart 2019, s. 127, 128. Anılan makaleye ulaşmak için linke tıklayınız: <https://oaji.net/articles/2019/5275-1572185320.pdf> (Erişim tarihi: 6.1.2022)



reto gelişimi (*potential Pareto improvement*) olarak da adlandırılan Kaldor & Hicks etkinliği kavramını geliştirdikleri bilinmektedir<sup>26</sup>. Kaldor & Hicks etkinliğine göre, kamu politikaları nedeniyle elbette herkesin her durumda kazançlı çıkması beklenemez. Kimi zaman birileri, kimi zaman başkaları söz konusu kamu politikalarından kazançlı çıkacaktır. Dolayısıyla kazananlar da kaybedenler de olacaktır. Bununla birlikte, kazananlar, kaybedenlerin kaybettiklerinden çok kazanırlarsa, kazananların prensip olarak, kaybedenlerin zararını tazmin edebilecekleri ve bu durumda yine net kazanç ya da ekonomik fazla (*surplus*) mevcut olduğundan toplumsal refahın sağlanacağı ifade edilmektedir. Kaldor & Hicks etkinliğine göre gerçek tazminat gerekmez, kaybedenlerin kazananlar tarafından prensipte tazmin edilmelerinin mümkün olması yeterlidir.<sup>27</sup>

Anlaşılabileceği üzere, burada yapılan esasen maliyet – fayda (*cost – benefit*) analizidir. Maliyet – fayda analizine göre, fayda, maliyetten fazlaysa bir projeye başlanabilir ya da bir politika tercih edilebilir. Zira Kaldor & Hicks etkinliği gerçekleşmiş demektir ve bu, kazananların kaybedenleri prensip olarak tazmin edebiliyor olmaları anlamına gelir<sup>28</sup>. Burada, gerçekte tazmin zorunluluğu gerekmemesine rağmen kaybedenlerin hangi nedenle Kaldor & Hicks etkinliğinin sosyal refahı getireceğine yönelik inançları olacağı sorusu akla gelebilir zira sosyal refah esasen somut bir şey değildir. Buna verilecek cevap, *Kaldor & Hicks etkinliği bakımından kamu politikalarına bir bütün olarak bakılması gerektiği ve uzun vadede bu politikalarından herkesin kazançlı çıkacağı gerçeğidir*. Hatta, bu nedenle, uzun vadede Kaldor & Hicks etkinliğinin Pareto etkinliğine dönüştüğü dahi iddia edilebilir.<sup>29</sup>

Dolayısıyla, rekabet ihlalinin gerçekleştiğine yönelik şüphe durumunda, istikrarlı biçimde ve teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmaksızın ya da yukarıda ifade ettiğimiz şekliyle, “çoğunluğun yerine birtakım kişilere imtiyaz tanınmaksızın” Tip – II hata olasılığını tercih eden bir rekabet politikası, hukuka uygun bir politika tercihi olmanın yanında esasen toplumsal refaha da katkı sunar.

Gerçekten, teşebbüsler arasında ayırım yapmaksızın, tüm teşebbüsleri kapsayıcı şekilde, ihlale yönelik şüphe durumunda istikrarlı biçimde Tip – II hata olasılığını tercih eden bir rekabet politikası sonucunda, kimi durumlarda, gerçekte ihlal söz konusu olabileceğinden ve fakat yeterli ispat standardını sağlayamayan rekabet otoriteleri ihlalin olmadığı yönünde hükümler verdiklerinden bazı teşebbüsler ve toplum bu durumdan *o kararlarla sınırlı olmak üzere* zararlı çıkabilir. Bununla birlikte, her teşebbüs, rekabet otoritelerinin masumiyet karinesi ile diğer adil yargılama ilkelerine, yeterli ve makul gerekçe ile yeterli ispat standardı yükümlülüğüne, mülkiyet hakkına, sözleşme hürriyetine riayet ederek ve teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmaksızın, kapsayıcı şekilde kararlar verdiklerini bilecek ve kendilerini hukuki anlamda güven içerisinde hissettikleri, kapsayıcı ekonomik kurumları haiz bu ortamda elbette yatırım yapmaya devam edeceklerdir. Dolayısıyla *uzun vadede*, kapsayıcı ekonomik kurumları içeren böyle bir rekabet politikası toplumsal refaha önemli ölçüde katkı yapacaktır.

Kaldı ki, rekabet ihlalinin gerçekleştiğine yönelik şüphe durumunda dahi istikrarlı biçimde, teşebbüs davranışının ihlal teşkil etmemesine rağmen ihlalmiş gibi değerlendirildiği Tip-I hata olasılığını tercih eden bir rekabet politikası, esasen teşebbüsler bakımından piyasaya giriş engeli teşkil edecektir. Zira piyasaya girmek isteyen teşebbüsler, rekabet otoritesinin hukuki güvenlik ilkesine riayet etmediğini bilecek ve böyle bir ortamda yatırım yapmak istemeyeceklerdir. Ayrıca böyle bir politikanın tercih edilmesi durumunda, hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi bir yana, sosyal refahın zarar göreceği de kanaatimizce aşıkardır. Zira Tip-I hata olasılığının tercih edilmesi durumunda, esasen rekabet ihlali yapmamış teşebbüsler ihlalde bulunmuşlar gibi yaptırımlara tabi tutulacaklarından bu politikadan zararlı çıkacaklardır. Dolayısıyla burada Pareto etkinliğinden söz edilemez. Yalnızca (hukuka aykırı biçimde yaptırıma tabi tutulan) bu teşebbüslerin rakiplerinin bir an için Tip-I hatadan fayda sağlayacakları bir an için akla gelebilirse de, hukuki güvenlik ilkesine zarar veren bu politikanın uzun vadede Kaldor – Hicks etkinliğini sağlayacağı ve sosyal

<sup>26</sup> Robert B. Cooter Jr., Thomas Ulen, Law and Economics, 6. Baskı (sixth edition), Pearson New International Edition, 2014, s. 42.

<sup>27</sup> Robert B. Cooter Jr., Thomas Ulen, Law and Economics, 6. Baskı (sixth edition), Pearson New International Edition, 2014, s. 42; W. Kip Viscusi, Joseph E. Harrington Jr., John M. Vernon, Economics of Regulation and Antitrust, 4. Baskı (fourth edition), MIT Yayınları (The MIT Press), 2005, s. 80.

<sup>28</sup> Robert B. Cooter Jr., Thomas Ulen, Law and Economics, 6. Baskı (sixth edition), Pearson New International Edition, 2014, s. 42.

<sup>29</sup> Y. Sertaç Serter, A brief survey on law & economics of contract law, Juridical Tribune, Cilt (Volume): 9, Sayı (Issue): 1, Mart 2019, s. 128 vd.

refaha yol açacağı iddia edilemez. Keza anılan rakip teşebbüsler dahi sözleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkı gibi en temel hak ve özgürlükleri bakımından hukuken güvende hissetmeyeceklerinden böyle bir ortamda yatırım yapmak istemeyeceklerdir.

## V. Sonuç

Hukuki güvenlik ilkesi başta olmak üzere hukuk devletinin tüm unsurlarına riayet, ekonomik gelişme bakımından elzemdir. Bu nedenle, Rekabet Kurulu'nun bu ilkelere uygun kararlar vermesi, yalnızca hukuk devleti ilkesinin devamı için değil, Türkiye'de yapılmış ve yapılacak yerli ve yabancı yatırımların, dolayısıyla toplumsal refahın akıbeti bakımından da son derece önemlidir. Rekabet Kurumu ve diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların getirilmesinin temel amacının,

*“hassas belli sektör ve alanlarda siyasi iktidarın etkisinin minimuma indirilerek, kararların, siyasetin doğrudan etkisi dışında kalan ve teknik uzmanlığı ağır basan daha objektif kişilerce alınmasının sağlanması ve böylece o sektöre veya alanlara yatırım yapacak yerli veya yabancı girişimcilere güven verilebilmesi”*

olduğu akıldan çıkarılmamalıdır<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 254.

## KAYNAKÇA

Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2021.

Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Ankara, 2009.

Cem Ayaydın, İdare Hukuku'na Giriş (II), İstanbul, Yenilik Basımevi, 2008.

Christiansen, A. / Kerber, W., Competition policy with optimally differentiated rules instead of “per se rules vs rule of reason”, Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2(2), 215-244.

Çınar Can Evren, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Özelinde İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2020.

D. Çiğdem Sever, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, Ankara, Turhan Kitabevi, Mayıs 2021.

Daron Acemoğlu / David Laibson / John A. List, Makroekonomi, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, Nisan 2016.

Daron Acemoğlu / James A. Robinson, Ulusların Düşüşü – Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri, 3. Baskı, İstanbul, Doğan Egmont Yayıncılık ve Yapımcılık Tic. AŞ, Nisan 2014.

Daron Acemoğlu / James A. Robinson, Why Nations Fail – The Origins of Power, Prosperity and Poverty, Londra, Profile Books, 2013.

Easterbrook, F. H., Limits of antitrust, Texas Law Review, 1984, 63(1), 1–40.

Robert B. Cooter Jr./ Thomas Ulen, Law and Economics, 6. Baskı (sixth edition), Pearson New International Edition, 2014.

Timur Kuran, Yollar Ayrılırken – Ortadoğu'nun Geri Kalma Sürecinde İslam Hukukunun Rolü, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Ağustos 2012.

W. Kıp Viscusi/ Joseph E. Harrington Jr./ John M. Vernon/ Economics of Regulation and Antitrust, 4. Baskı (fourth edition), MIT Yayınları (The MIT Press), 2005.

Y. Sertaç Serter, A brief survey on law & economics of contract law, Juridical Tribune, Cilt (Volume): 9, Sayı (Issue): 1, Mart 2019, s. 127 vd.

## İÇTİHAT

Anayasa Mahkemesi'nin 7.4.2016 tarih ve E. 2015/109 ve K. 2016/28 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.7.1995 tarih ve E. 1994/85 ve K. 1995/32 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarih ve E. 2020/15 ve K. 2020/78 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2003 tarih ve E. 2002/146 ve K. 2002/201 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2013 tarih ve E. 2013/67 ve K. 2013/164 sayılı kararı.