

*Anne ve Babama
Şükranlarımla.....*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

<u>ÖNSÖZ</u>	vii
<u>YAZARIN ÖNSÖZÜ</u>	ix
<u>KISALTMALAR</u>	xi
<u>GİRİŞ</u>	1

Birinci Bölüm

REKABET HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

§ 1- Genel Olarak Rekabet Hukuku	3
I- Piyasa Ekonomisi ve Rekabet	3
II- Rekabet Hukukunun Konusu	6
III- Rekabet Hukukundan Beklenen Faydalar	8
A) Genel Olarak	8
B) Rekabet Hukukundan Beklenen Ekonomik Faydalar	9
1- Üretimde Verimlilik	9
2- Kaynak Dağılımında Verimlilik	9
3- Teknolojik İlerleme	10
C) Rekabet Hukukundan Beklenen Sosyal Faydalar	10
1- Tüketicinin Korunması	10
2- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması	11
D) Rekabet Hukukundan Beklenen Siyasal Faydalar	12
IV- Rekabet Hukuku Tarihine Kısa Bir Bakış	12
V- Rekabet Hukukunun İktisat Bilimi İle İlişkisi	13
VI- Rekabet Hukukunun Ekonomi Politikaları ile İlişkisi	14
VII- Rekabet Hukukunun Niteliği	14
VIII- Rekabet Hukukunun Özel Hukuk İle İlişkisi	16
§ 2- Türkiye’de Rekabet Hukuku	18
I- Genel Olarak	18
II- Türkiye’de Rekabet Hukukunun Gerekliliği	19
A) Anayasal Zorunluluk	19
B) Avrupa Birliği İle Olan İlişkiler Açısından	19
C) Fiili Ekonomik Durum Açısından	21
III- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dan Önceki Yasal Durum	22
A) Genel Olarak	22
B) Haksız Rekabet Hükümleri	23
C) Diğer Düzenlemeler	24
1- Ceza Hukuku Düzenlemeleri	25
2- Medeni Hukuk Düzenlemeleri	25
IV- Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Temel Özellikleri	26
A) Genel Olarak	26

B) Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Amacı	27
C) Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Kapsamı	28
1- Genel Olarak	28
2- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un	
Konu Bakımından Uygulama Alanı	28
a) Genel Olarak	28
b) Teşebbüs	29
ba) Kavram	29
bb) Özel Durumlar	32
bba- Ekonomik Bütünlük-Hukuki Kişilik	32
bbb- Rekabet Kuralları Açısından	
Kamu Kesimi	36
c) Teşebbüs Birlikleri	37
3- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un	
Yer Bakımından Uygulama Alanı	38
4- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un	
Zaman Bakımından Uygulama Alanı	41
Açıklamalar	42

İkinci Bölüm

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLER

§ 1- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar	73
I- Genel Olarak	73
II- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar	76
A) Anlaşma	76
B) Uyumlu Eylem	78
C) Teşebbüs Birliği Kararları ve Eylemleri	83
D) Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının	
Genel Değerlendirmesi	84
III- Genel Yasaklama Koşulu : Rekabetin Sınırlanması	87
A) Genel Olarak	87
B) İlgili Piyasa	88
C) Doğrudan ve Dolaylı Olarak Rekabetin Engellenmesi,	
Bozulması veya Kısıtlanması	90
1- Genel Olarak	90
2- Rekabetin Yatay ve Dikey Sınırlanması	92
3- Per Se ve Rule of Reason Yargısal Doktrinleri	96
4- De Minimis Doktrini	101
D) Amacı veya Etkisi	103
E) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Karar ve	
Uyumlu Eylem Örnekleri	106
1- Genel Bakış	106
2- Fiyat ve Diğer Alım Satım Şartlarının Tespiti	106
3- Piyasaların Paylaşılması	109

4- Arz ve Talebin Kontrol Edilmesi	112
5- Dışlayıcı Uygulamalar.....	114
6- Ayrımcı Uygulamalar.....	116
7- Olağandışı Yükümlülükler Öngörmek	120
IV- Muafiyet.....	125
A) Genel Olarak.....	125
B) Şartları	126
1- Genel Olarak	126
2- Ekonomik Fayda Şartı	127
3- Tüketicilerin Yararlanması Şartı	128
4- Rekabetin Ortadan Kalkmaması Şartı	129
5- Ölçülülük Şartı	131
C) Muafiyet Türleri.....	132
1- Bireysel Muafiyet	132
2- Grup Muafiyeti	137
Açıklamalar	142
§ 2- Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	244
I- Genel Olarak	244
II- Hakim Durum	245
A) Genel Olarak.....	245
B) İlgili Piyasa	246
1- Mal veya Hizmet Piyasası	247
a) Genel Olarak.....	247
b) Talep İkamesi	248
c) Arz İkamesi	248
2- Coğrafi Piyasa	249
3- Zamansal (veya Dönemsel) Piyasa.....	251
C) Hakim Durumun Belirlenmesi.....	251
1- Genel Olarak	251
2- Piyasa Payı	252
3- Giriş Engelleri	253
a) Kavram	253
b) Doğal Giriş Engelleri.....	253
c) Suni Giriş Engelleri	254
4- İlgili Teşebbüsün Davranışı	255
D) Birlikte (Kolektif)Hakimlik.....	256
III- Kötüye Kullanma	259
A) Genel Olarak	259
B) Kötüye Kullanma Kavramının Sınıflandırılması	261
1- Sömürüye Dayanan Kötüye Kullanmalar	261
2- Rekabet Karşısı Kötüye Kullanmalar	262
C) Kötüye Kullanma Örnekleri.....	262
1- Dışlayıcı Uygulamalar.....	263
a) Genel Olarak.....	263

b) Yıkıcı Fiyat Uygulamaları	264
c) Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetme	265
d) İndirim Sistemleri	266
2- Ayırıcı Uygulamalar	267
3- Ek (Olağan Dışı) Yükümlülükler Öngörmek	268
4- Bir Piyasadaki Hakim Durum Vasıtasıyla Başka Bir Piyasada Rekabeti Bozmak	270
5- Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Kısıtlanması	271
6- Diğerleri	272
a) Aşırı Fiyat Uygulaması	272
Açıklamalar	275
§ 3- Birleşme ve Devralmalar	314
I- Genel Olarak	314
II- Konsantrasyon	317
A) Kavram	317
B) Türleri	318
1- Yatay Konsantrasyon	318
2- Dikey Konsantrasyon	319
3- Karma Konsantrasyon	319
C) Konsantrasyonların Temel Görünümleri	320
1- Genel Olarak	320
2- Birleşme	321
a- Genel Olarak	321
b- Türk Hukukunda Birleşme	322
c- Rekabet Hukuku Açısından Birleşme	323
3- Devralma	324
a- Genel Olarak	324
b- Türk Hukukunda Devralma	325
c- Rekabet Hukuku Açısından Devralma	325
ca) Genel Olarak	325
cb) Kontrol	326
cc) Doğrudan ve Dolaylı Kontrol	329
cd) Tek Başına ve Birlikte (Müşterek) Kontrol	330
4- Ortak Girişim	332
a- Kavram	332
b- Ortak Girişimin Türleri	333
c- Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişim	334
D) Tebliğ Çerçevesinde Konsantrasyon Sayılmayan Haller	338
1- Genel Olarak	338
2- Nitelik İtibarıyla	338
3- Nicelik İtibarıyla	339
III- Konsantrasyonların Değerlendirilmesi	341
A) Genel Olarak	341
B) İlgili Piyasa	342
C) Hakim Durum	343
1- Genel Olarak	343

2- Tek Başına ve Birlikte Hakimlik	344
3- Hakim Durum Yaratılması	345
4- Hakim Durumun Güçlendirilmesi	346
D) Tebliğ'e Göre Değerlendirmede Dikkate Alınacak Hususlar	346
Açıklamalar	349

Üçüncü Bölüm

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLERE AYKIRI SÖZLEŞME VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ GEÇERSİZLİĞİ

§ 1- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırı Davranışların Hukuki Sonuçlarına Genel Bir Bakış	384
I- Genel Olarak	384
II- İdare Hukuku Alanındaki Sonuçlar	385
III- Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar	386
§ 2- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği	389
I- Genel Olarak	389
A) Geçersizlik Kavramı	389
1- Kesin Geçersizlik	391
2- Askıda Geçersizlik	393
B) Geçersizliğe İlişkin Olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Sisteme Genel Bir Bakış	393
II- Rekabeti Sınırlayıcı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği	396
A) Genel Olarak	396
B) Geçersizliğin Türü	398
C) Geçersizliğin Pratik Olarak Uygulanması	404
1- Genel Olarak	404
2- Grup Muafiyeti Açısından	405
a- Genel Olarak	405
b- Grup Muafiyetinin Geri Alınması	407
3- Bireysel Muafiyet Açısından	410
a- Genel Olarak	410
b- Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Önce Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu	411
c- Kanunun Yürürlüğünden Sonra Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu	414
ca) Bildirilen Hukuki İşlemler	415
caa- Süresinde Bildirilen Hukuki İşlemler	415

cab- Süresi Geçtikten Sonra Bildirilen	
Hukuki İşlemler.....	416
cb) Bildirimi Hiç Yapılmamış Hukuki İşlemler	417
d- Bireysel Muafiyet Kararının Geri Alınması	418
e- Bireysel Muafiyet Kararının Şart ve	
Yükümlülüklerle Bağlanması	419
4- Piyasa Şartlarındaki Değişmelerin	
Geçerlilik Üzerindeki Etkisi	421
D) Geçersizliğin Hükümleri ve Özellikle BK.md.65 Kuralı	425
E) Genel Değerlendirme ve Geçersizliğin Sınırlandırılması	428
1- Genel Olarak	428
2- Geçersizliğin Kısmi Geçersizlik Çerçevesinde	
Sınırlandırılması.....	431
a- Kısmi Geçersizlik Kavramı	431
b- Kısmi Geçersizliğin Rekabeti Sınırlayıcı	
Sözleşmelerdeki Uygulama Alanı.....	433
3- Geçersizliğin Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde	
Sınırlandırılması.....	436
III- Hakim Durumun Hukuki İşlem Yoluyla Kötüye Kullanılması	
Halinde Geçersizlik	439
IV- Birleşme ve Devralma İşlemlerinin (Sözleşmelerinin) Geçersizliği	443
A) Genel Olarak	443
B) İzin Kararına Tabi Birleşme ve Devralmalar	445
C) İzin Kararına Tabi Olmayan Birleşme ve Devralmalar	446
Açıklamalar	448
<u>SONUC</u>	498
<u>KAYNAKÇA</u>	503

ÖNSÖZ

Türkiye, serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunmasıyla ilgili sorunları uzun zamandır yaşayan bir ülke olmasına rağmen, bu konuyu doğrudan doğruya düzenleyen temel bir yürürlük kaynağı olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a ancak 1994 yılının son ayında kavuşabildi. O zamandan bugüne kadar geçen altı yıllık süreç içerisinde ise Rekabet Kurumunun teşkilatı oluşturuldu, anılan Kanun'un yaşayan bir hukuk metni olmasında önemli bir işlevi bulunan çeşitli Tebliğler yayınlandı ve Rekabet Kurulu ülkemizdeki rekabet özgürlüğünün korunmasını ilgilendiren çeşitli somut olaylar hakkında kararlar vermeye başladı. Amerika Birleşik Devletleri'nde ve onu takiben de Avrupa Birliği ile bu Birliğe üye olan ülkelerde önemli bir geçmişe sahip olan Rekabet Hukuku, böylece, ülkemizde de, bağımsız ve kendine özgü kural ve içtihatlarla dayanan (ve fakat gelişme sürecini tamamlaması için yine de zamana ihtiyaç gösteren) bir hukuk dalı haline geldi.

Türkiye'nin Rekabet Hukukuna kavuşması, elbette ki, bu hukuk dalı ile ilgilenen veya ilgilenmek zorunda kalan Türk hukukçularını da, bu hukuk dalının klasik hukuk dallarından farklı olan ve hatta klasik özel hukukun bazı kavramlarını (kendi alanı çerçevesinde) yadsıyan kurum ve kavramlarıyla karşılaşmak zorunda bıraktı. Diğer taraftan, Amerika ve Avrupa'da zaten uzun zamandır yerleşik olan "*hukuki işlem ve eylemlerin iktisadi analizi*" yaklaşımının Türk Hukukunda da yerleşmesi, özellikle Rekabet Hukuku bakımından, bir zorunluluk haline geldi. Ancak bununla birlikte, hukuk bir bütün olduğu için, Rekabet Hukukunda yasaklanan eylem ve işlemler ile bunlar için öngörülen yaptırımların, diğer hukuk dalları perspektifinden incelenmesinin gerektiği de, kaçınılmaz bir gerçek olarak ortaya çıktı.

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yüksek lisans programında öğrencim olan ve Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku derslerimi büyük bir özveriyle asiste eden Ar. Gör. Kerem Cem SANLI'nın kaleme aldığı önünüzdeki yüksek lisans tezi, bu son zikrettiğim gerekliliğe katkıda bulunmak amacını taşıyan çalışmalardan biridir. Kerem Cem SANLI yüksek lisans tezinde danışmanı olmamı istediği zaman, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un öngördüğü yasaklamalar ile bunlara aykırı anlaşma ve kararların tabi olduğu hukuki sonuçlar özel hukuk perspektifinden incelenmeye muhtaç olduğu için, kendisine bu konuyu teklif ettim. Kendisi de bu teklifimi istekle kabul ederek, yaklaşık bir buçuk yıl süren çok ciddi bir araştırma ve çalışma sonunda, gerek dayandığı literatür ve gerekse yararlandığı içtihatlar bakımından büyük bir emek mahsulü olan tezini

tamamladı. Tez Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ ve bu satırların yazarından oluşan jüri tarafından oy birliğiyle kabul edildi.

Öğrenme süreciyle birlikte kaleme alınan ve hacminin genişliği, bu süreçte toplanan bilgilerin büyük bir çoğunluğunu bir arada okuyucuya sunma kaygısından kaynaklanan bu eserden, Rekabet Hukukuyla henüz yeni tanışmış olan bütün Türk hukukçularının yararlanacaklarına inanıyor, tezin yazarı Ar. Gör. Kerem Cem SANLI'yı kutluyor ve tezin basılması imkanını tanıyan Rekabet Kurumuna içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Doç.Dr. Osman Berat GÜRZUMAR

YAZARIN ÖNSÖZÜ

Elinizdeki bu kitabın iki temel amacı var. Bunlardan ilki, Ülkemiz açısından yeni bir hukuk disiplini olan Rekabet Hukukunun temel kavram ve kurallarının okuyucuya tanıtılması, diğeri ise, maddi anlamda Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasıyla birlikte ortaya çıkması kaçınılmaz olan “*ticari işlemlerin hukuki geçerliliği*” sorununun Medeni Hukukumuz çerçevesinde incelenmesidir. Belirtmem gerekir ki, Rekabet Hukuku kurallarının yaygın uygulanabilme özelliği nedeniyle, bu iki hususun açık ve sistemli bir şekilde izah edilmesi, ticari hayatın işlerliği ve güvenirliliği açısından büyük önem taşımaktadır.

Bununla birlikte, Ülkemizde Rekabet Hukukunun henüz yeni gelişmekte olmasının ve bu hukuk dalının klasik hukuk dallarından dayandığı temel prensipler ve mukayeseli kaynaklardaki işleniş biçimi açısından farklılaşmasının, yukarıda andığım amaçların istenilen ölçüde elde edilmesini bir parça zorlaştırdığını belirtmeliyim. Yazarken karşılaştığım ve kanımca izaha ve yoruma muhtaç kavram ve meselelerin bolluğu, itiraf etmem gerekir ki, beklentilerimden en azından hacim olarak daha kapsamlı çalışmanın ortaya çıkmasına neden oldu. Bilhassa akademik kaygılarla, bu kapsamı oldukça uzun ve bazen bir o kadar da sıkıcı açıklamalar (orjinal halinde dipnotlar) yaparak bir ölçüde daraltmaya çalıştıysam da, bunda ne ölçüde başarılı olduğumun takdirini okuyucuya bırakıyorum.

Doğal olarak kitabın hazırlanmasında katkısı olanlara teşekkür etmem gerekir. Öncelikle çalışmamın bu aşamaya gelmesinde her açıdan büyük katkısı bulunan tez danışmanım kıymetli hocam Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR’a, gerek yapmış olduğu titiz incelemeler sonrasındaki zengin eleştiriler ve gerekse beni kırmayarak yazmış olduğu anlamlı önsöz için içten teşekkür ederim. Ayrıca tez savunması sırasında yaptıkları değerli eleştiriler için sayın hocalarım Prof. Dr. Cevdet YAVUZ ve Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK’e teşekkürlerimi sunuyorum. Bu vesile ile beni Rekabet Hukuku alanında çalışmaya ilk olarak yönlendiren değerli hocam Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a ve Fakülte’de dekan olarak görev yaptığı süre boyunca ilgisini esirgemeyip beni sabırla destekleyen sayın hocam Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN’a ayrıca şükranlarımı sunarım.

Büyük sabır göstererek, çalışmamın tüm aşamalarında benimle birlikte olan ve büyük bir özveriyle tashihleri yapmama yardımda bulunan sevgili arkadaşım Avukat Dilek BEKTAŞOĞLU’na ayrıca teşekkür etmem gerekir. Gerek kişisel

kütüphanesinden, gerekse değerli eleştiri ve fikirlerinden bolca faydalandığım Araç. Gör. Murat İNCEOĞLU'na ve özellikle tezin teslimi aşamasındaki sıkışık dönemde tashihlerde yardımcı olan Yrd. Doç. Dr. Leyla KESER, Araç. Gör. Erol KÖSE ve Göktürk UYAN'a da teşekkür ederim.

Nihayet çalışmamın basımını üstlenen Rekabet Kurumuna ve özellikle Başkan Yardımcısı sayın İsmail Hakkı KARAKELLE'ye ve yayın kuruluna, basım, yayım ve dağıtımda emeği geçen tüm çalışanlarına gösterdikleri ilgi ve anlayış için teşekkür ederim. Kitabın anılan amaçlara hizmet etmesini ve okuyucu açısından faydalı olmasını umuyorum

Kerem Cem SANLI

Boston/Cambridge

10/4/2000

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
AKÇTA.	: Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Antlaşması
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article
AT.	: Avrupa Topluluğu
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: (Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BK.	: Türk Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CFI.	: Court of First Instance
CMLR.	: Common Market Law Reports
CMLRev	: Common Market Law Review
Çev.	: Çeviren
DG.	: Directorate Generale
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
dpt.	: dipnot
E.	: Esas
EC.	: European Commission
ECJ.	: European Court of Justice
ECR.	: European Court Report
ECU.	: European Currency Unit
EEC.	: European Economic Community
EU.	: European Union
f.	: fıkra
FSEK.	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTC.	: Federal Trade Commission
gör.	: görüş
GATT.	: General Agreement on Tariffs and Trade
GW.	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HD.	: Hukuk Dairesi
HUMK.	: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
İSO.	: İstanbul Sanayi Odası
İTO.	: İstanbul Ticaret Odası
Iss.	: Issue
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK.	: İcra ve İflas Kanunu
JdT.	: Journal des Tribunaux
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı

K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükümünde Kararname
Koop. K.	: Kooperatifler Kanunu
Krş.	: karşılaştırınız
md.	: madde
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlararası Özel Hukuk Bülteni
MK.	: Medeni Kanun
MÖHUK.	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	: Numara
OJ.	: Official Journal
örn.	: örnek
RA.	: Roma Antlaşması
RG.	: Resmi Gazete
RKHK.	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
sect.	: section
sh.	: sahife
supp.	: supplement
sy.	: sayılı
Unctad.	: United Nations Conference on Trade and Development
US.	: United States Reports
T.	: Tüzük
t.	: tarih
tart.	: tartışmalı
Tat. K.	: Kanunu Medeninın Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TOBB.	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TSN.	: Ticaret Sicil Nizamnamesi
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
Uyuş.Mahk.K.	: Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu
Vol.	: Volume
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

GİRİŞ

Piyasa ekonomisi sisteminin temelini, “*rekabet*” kavramı oluşturur. Piyasa sisteminin etkin bir şekilde işlemesi ve kendisinden beklenen yararları gerçekleştirmesi, ancak piyasalarda rekabet ortamının yaratılması halinde mümkün olabilir. Bu ise, rekabetin kendi kendini tahrip eden özelliği karşısında, ancak rekabetin hukukten korunması suretiyle sağlanabilir. İşte bu amaçla öngörülen Rekabet Hukuku da, piyasadaki rekabeti koruyan ve teşvik eden düzenlemeler içerir. Rekabet Hukuku, piyasa ekonomisinin hukuki alt yapısı ve güvencesi sayılır.

Rekabet Hukuku, piyasa ekonomisini benimsemiş olan ülkelerde uzun yıllardan bu yana uygulanıyor olmasına karşılık, ülkemizde bu hukukun uygulamaya konması oldukça yenidir. Bu nedenle, henüz bu alanda yeterli bilgi birikimi ve deneyimin bulunduğunu söylemek güçtür. Oysa Rekabet Hukukunun iktisadi hayat açısından gösterdiği önem ve uygulanma alanının genişliği dikkate alındığında, bunun önemli bir eksiklik olduğu söylenebilir. Hatta Kanun’da yer alan hükümler incelendiğinde, bu eksikliğin aynı zamanda tehlikeli sonuçlara da yol açabileceği iddia edilebilir. Zira Kanun, yaygın olarak uygulanabilirliği dışında, oldukça etkin ve caydırıcı yaptırımlar içermektedir. Üstelik bu yaptırımların sadece İdare Hukuku değil, aynı zamanda Özel Hukuk boyutu bulunmakta ve bunların kendiliğinden uygulanabilme özellikleri, ticari yaşam ve hukuk güvenliği açısından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Dolayısıyla, Rekabet Hukukundan doğan yükümlülüklerin ve bu yükümlülüklerle aykırı davranmanın hukuki sonuçlarının bilinmesi, büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmanın temel amacı, Kanun’da yer alan yasaklayıcı hükümlerin kavramsal çerçevesinin çizilmesi ve bu yasaklayıcı hükümlere aykırı hukuki işlemlerin tabi olacağı geçersizlik yaptırımının tespit edilmesidir. Dolayısıyla çalışmamızın, Rekabet Hukuku, ve Özel Hukuku temel alan iki boyutunun bulunduğu söylenebilir. İnceleme, esas itibarıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan mevzuat çerçevesinde yapılacak olmakla birlikte, özellikle Rekabet Hukuku boyutuna ilişkin yeterli bilgi birikimi ve uygulamanın bulunmaması, mehz teşkil eden Avrupa Birliği Hukukundan faydalanılmasını zorunlu kılmaktadır.

Tezimiz üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, biri genel anlamıyla Rekabet Hukukunu, diğeri ise, Türk Hukuku bağlamında Rekabet Hukukunu inceleyen iki kısımdan ibarettir. İlk kısımda, hukukumuz açısından yeni bir hukuk dalı olduğu göz önünde tutularak, Rekabet Hukuku ile ilgili bazı genel açıklamalarda bulunulmuş ve özellikle, Rekabet Hukukunun genel hukuk

içerisindeki yerinin ve Özel Hukukla olan münasebetinin açıklanmasına çalışılmıştır. İkinci kısımda ise, değerlendirmeler ağırlıklı olarak iç hukuk çerçevesinde yapılmış ve Türk Hukuku açısından Rekabet Hukukunun neyi ifade ettiği, hangi alana ilişkin kurallar öngördüğü irdelenmiştir.

İkinci bölüm, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen maddi anlamda yasaklayıcı rekabet kurallarını konu almaktadır. Rekabet Hukukunun esası olduğunu söyleyebileceğimiz bu bölümde, Kanun'da yer alan yasaklayıcı hükümler sırasıyla açıklanmakta; daha doğru bir deyimle, yorumlanmaktadır. Hemen belirtelim ki, burada yasaklayıcı hükümler, uygulama değil, kavramsal boyutlarıyla ele alınmakta ve bu hükümlerin, Kanun'un ruhu ve Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında geliştirilen ilkeler ışığında yorumlanmasına çalışılmaktadır. Fakat bu yapılırken, sadece meselenin teorik ve kavramsal boyutu ile yetinilmemiş ve uygulamada karşılaşılması muhtemel bir takım sorunlara da işaret edilmiştir. Ayrı bir inceleme konusu teşkil eden, Rekabet Hukuku ile Fikri/Sınai Hukukun kesişme alanı ise, tamamen tezimizin kapsamı dışında bırakılmıştır

Üçüncü bölümde ise, yasaklayıcı hükümlere aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik yaptırımını ele alınmaktadır. Kanun, rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemleri esasen idari bir takım yaptırımlara tabi tutmuştur. Bununla birlikte, Rekabet Hukukunun Özel Hukuka ait yönü, bu yasakların ihlal edilmesi halinde, Özel Hukuka ait neticelerin doğmasını da kaçınılmaz hale getirmektedir. Bu özel hukuk neticelerinin en önemli ve etkili olanı, kanımızca geçersizlik yaptırımıdır. Özellikle yasaklayıcı hükümlerin kapsamına girebilecek hukuki işlemlerin çeşitliliği ve yaygınlığı göz önünde tutulursa, bu yaptırımın ne derece önemli olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır. Ayrıca, Kanun'da geçersizlik yaptırımının açık ve sistemli bir şekilde düzenlenmemiş olması ve düzenlemenin bir takım eksiklikler içermesi, geçersizliğe ilişkin olarak yapılacak incelemenin önemini arttırmaktadır.

Birinci Bölüm

REKABET HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

§ 1- Genel Olarak Rekabet Hukuku

I- Piyasa Ekonomisi ve Rekabet

18. Yüzyılın sonlarından itibaren sanayileşme olgusunun ortaya çıkması ve buna paralel olarak liberal düşüncenin önem kazanması, “*piyasa ekonomisi*” olarak adlandırılan iktisadi sistemin¹ doğmasına yol açmıştır. En genel anlamıyla devletin her hangi bir müdahalesi olmaksızın kendi dinamikleri özellikle arz ve talep kurallarına göre işleyen bir ekonomik sistemi ifade eden (serbest) piyasa ekonomisi, 20. yüzyıla kadar egemen iktisadi sistem olarak katıksız bir şekilde uygulanmıştır².

20. yüzyılda, düşünsel, siyasal ve sosyal alanda ortaya çıkan değişimler³ ve özellikle ekonomik düzendeki bozukluklar⁴, piyasa ekonomisine duyulan güveni azaltmış ve bu sistemin tamamen terk edilmesine kadar giden gelişmeler olmuştur. Öte yandan 20. yüzyılın son çeyreğine gelindiğinde piyasa ekonomisi tekrar önem kazanmış ve çağın gereklerine göre şekillenerek egemen konumuna kavuşmuştur. Özellikle günümüzde, dünyadaki ulusal ekonomilerin önemli bir kısmında çağdaş anlamıyla piyasa ekonomisi⁵ uygulanmakta ve küreselleşmenin getirdiği ekonomik entegrasyon olgusu, siyasal iktidarları bu iktisadi sistemi benimsemeye zorlamaktadır.

Günümüzde egemen iktisadi sistem olan “*piyasa ekonomisi*”nin genel olarak iki ana temele dayandığı söylenebilir⁶. Bunlardan ilki yaygın “*özel mülkiyet*”in varlığıdır. Piyasa ekonomisi, bireyselliğe ve ekonomik birimlerin karar ve davranış özgürlüğüne dayanır. Bu ise, ancak özel mülkiyet hakkının tanındığı bir hukuk düzeni içerisinde mümkündür. Bu açıdan bakıldığında “*özel mülkiyet*” piyasa ekonomilerinin ön koşulu olarak nitelendirilebilir.

Piyasa ekonomisinin diğer temelini ise; “*rekabet*” kavramı oluşturur. Piyasa ekonomisi sisteminin istenilen sonuçları, ancak “*rekabet*” ilkesinin ticari hayatın aktörleri tarafından benimsenmesi ve gerekli ölçüde uygulanmasıyla gerçekleşebilir⁷. Piyasa kurallarını iktisadi sisteme dönüştüren rekabetin koordinasyon fonksiyonudur⁸. Serbest piyasa ekonomisinde rekabet, ekonomik verimliliğin sağlanmasında da en etkili yoldur. Genel olarak ifade etmek gerekirse rekabet, kaynakların etkin kullanımı, maliyetlerin düşürülmesi, yeni teknolojiler bulunması, bu teknolojinin üretime yansıtılması ve fiyatların düşmesi gibi pek çok yarar sağlar. Şüphesiz bütün bu ekonomik faydalar, doğal olarak sosyo-politik alanda da önemli faydaları beraberinde getirir.

Rekabet şartlarının oluşmadığı veya rekabetin yeterince korunamadığı serbest piyasa ekonomilerinde ise; piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler,

kendilerini çok yönlü motive eden ve iktisadi davranışlarını kontrol eden bir motivasyondan yoksun olarak sahaya çıkarlar ve deyim yerindeyse serbest rekabet düzeni yerini, “*anarşi*” düzenine bırakır. Bu düzende, iktisadi özgürlüklerinin yerini kartelleşme ve ekonomik yoğunlaşma (*konsantrasyon*)⁹ olgusu alırken, toplum refahı ve tatminin yerine, kartel firmalarının refahı ve tatmini ön plana çıkar.

Rekabet kavramının çok çeşitli alanlarda ve özellikle günlük hayatta yaygın olarak kullanılması, bu kavramın anlamında farklılaşmaya sebep olmuştur. Bu bağlamda rekabet kavramının hukuken hangi anlama geldiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. İnceleme konumuz piyasa ekonomisindeki rekabet olduğuna göre; burada kastedilenin; “*sosyal*”, “*siyasal*” veya “*sportif*” anlamda rekabet değil, “*iktisadi*” anlamda rekabet olduğunu belirtmek gerekir. İktisadi rekabet ise ekonomik bir kavram olması itibarıyla, öncelikle bu kavramın iktisat bilimi açısından ne anlama geldiğini belirlemek gerekir.

İktisat biliminde rekabet kavramı üzerinde önceleri pek durulmamış ve günlük hayattaki kullanımına paralel olarak; iktisadi amaçlar¹⁰ için mücadele eden birimler arasındaki karşıtlık veya rakiplik durumunu ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.¹¹ Buradaki rakiplik durumunun bir sonucu olarak rekabet, ekonomik hayatta kim veya kimlerin daha iyi olduğunun belirlenmesinde kullanılan araç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamıyla rekabet dinamik bir süreci ifade etmekte olup; bilgi ve becerilerin maksimum düzeyde kullanılmasını ve kişilerin ekonomik anlamda başarılı olmaları için daha fazla gayret göstermelerini teşvik eden bir motivasyon niteliği taşımaktadır.

Ekonomi biliminde matematiksel düşüncenin öne çıkmasıyla birlikte, rekabet kavramı daha farklı bir anlam ve içerik kazanmıştır.¹² Modern ekonomi kuramına göre “*rekabet*”, bilgi akışının tam, malın homojen, hiçbir alıcı ve satıcının kendi başına fiyatı ve toplam arz miktarını etkilemek gücüne sahip olmadığı ve giriş ve çıkışın serbest olduğu bir piyasa şeklidir¹³. Buradaki anlamıyla rekabet; birimler arasında herhangi bir karşıtlık veya rakiplik durumundan ziyade; alıcı ve satıcıların davranışları ve özellikle faaliyette bulunulan piyasa yapısını ilgilendiren statik bir kavramdır. Yukarıdaki tanımda belirtilen özelliklere sahip piyasa ise, genellikle “*tam rekabet piyasası*” olarak adlandırılmakta, bu unsurlardan herhangi biri veya birkaçının yokluğu halinde de “*eksik rekabet piyasası*” söz konusu olmaktadır¹⁴.

Hukuki anlamıyla rekabet ise, daha çok yukarıda belirtilen ilk durumu ifade etmek üzere kullanılmakta ve aynı veya benzer amaçlar için özgürce mücadele eden kimseler arasındaki rakiplik durumunu ifade etmektedir¹⁵. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde de rekabet; “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” olarak tanımlanmış ve bu yaklaşım aynen benimsenmiştir. Keza aynı şekilde Kanun’un genel gerekçe kısmında da rekabet, aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır¹⁶. Bu anlamda rekabet, bir ekonomik

faaliyeti ifade etmesi itibarıyla, fiyat rekabeti, kalite rekabeti, hizmet rekabeti¹⁷, teknoloji rekabeti, reklam rekabeti gibi farklı görünümelerde ortaya çıkabilir¹⁸. Hiç şüphe yok ki bunlar arasında asıl önem taşıyan, fiyatlar açısından yapılan rekabettir.

Kanun'un rekabeti rakiplik durumu olarak tanımlamasına rağmen, Rekabet Hukuku açısından bu kavramın daha geniş bir anlama sahip olduğunu ve somut olayın özelliklerine göre yukarıda belirttiğimiz piyasa yapısını ifade etmek üzere kullanıldığını da belirtmek gerekir. Hatta Kanun'un maddi anlamda yasaklayıcı hükümlerini dikkate aldığımızda, esasen korunan rekabetin teşebbüsler arası mücadele sürecinden daha çok, bir piyasa yapısı olduğunu söylemek daha uygun olur. Bir başka ifadeyle, Rekabet Hukukunun amacı ve konusu göz önünde tutulduğunda "*rekabet*" terimiyle kastedilenin, bir davranış biçimi veya rakiplik durumundan ziyade; piyasa şekli olduğunu kabul etmek gerekir¹⁹. Kanımızca rekabet kavramının rakiplik durumu ile sınırlandırılması, Rekabet Hukuku kapsamına giren bazı hallerin kapsam dışı kalmasına neden olacağı gibi, Rekabet Hukukunun amacıyla da tam olarak bağdaşmaz²⁰. Dolayısıyla hukuka aykırılık açısından asıl önem taşıyan husus, taraflar arasındaki rekabetin sınırlanması veya ortadan kaldırılması değil, piyasadaki rekabetin düzeninin olumsuz etkilenmesidir. Bu bağlamda Kanun'da verilen tanımın, gerek teorik, gerekse pratik açıdan her hangi bir amaca hizmet etmediği söylenebilir.

Fakat rekabet kavramının bu şekilde yorumlanması, dinamik anlamdaki rekabetin dışlandığı, bunun Rekabet Hukukunda hiç bir yeri olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Her şeyden önce somut ifade tarzına göre rekabet kavramı bir piyasa şeklini ifade etmek amacıyla kullanıldığı gibi²¹, rakiplik durumuyla aynı anlama gelecek şekilde de kullanılmaktadır²². Bundan da önemlisi mücadele sürecini ifade eden dinamik anlamıyla rekabet, piyasa yapısı olan rekabetin önemli bir unsuru ve genellikle hukuka aykırılığın belirleyici özelliğidir²³. Bu nedenle bu iki kavramın kesin çizgilerle birbirlerinden ayrılması çoğu kez mümkün olmadığı gibi, esasen gerekli de değildir.

Fakat tekrar edelim ki, dinamik süreci ifade eden rekabet, -ki biz bu durumu "*dar anlamda rekabet*" olarak adlandırabiliriz-, piyasa yapısını ifade eden rekabet kavramından -ki bunu da "*geniş anlamda rekabet*" olarak isimlendirebiliriz- daha sınırlı bir anlam içermektedir. Bu bağlamda geniş anlamda rekabetin olumsuz etkilendiği ve hukuka aykırılığın söz konusu olduğu her durumda dar anlamda rekabetin de sınırlanması gibi bir durum söz konusu olmadığı gibi, dar anlamda rekabetin sınırlandığı her durumda da, geniş manadaki rekabetin olumsuz bir şekilde etkilendiği ve hukuka aykırılığın ortaya çıktığı şeklinde bir yorumda bulunmak mümkün değildir²⁴. Son olarak ifade edelim ki, Rekabet Hukuku açısından rekabetin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bu açıklamalarımız, gerek hukukçular, gerekse ekonomistler arasında oldukça tartışılmalı olan konulardır²⁵.

II- Rekabet Hukukunun Konusu

İktisatçılara göre serbest piyasa ekonomileri genel olarak “dahili” ve “harici” olmak üzere iki çeşit tehlikeyle karşı karşıyadır²⁶. “Harici tehlike”, devletin serbest piyasa ekonomisine, ekonomik sistemin doğal işleyişini bozabilecek biçimde müdahale etmesi halini ifade etmektedir²⁷. Devlet özellikle vergi, sübvansiyon, hukuk, dış ticaret ve para politikaları vasıtasıyla ekonomik hayata müdahale ederek, serbest rekabet düzeninin işleyişini bozabilir. Bu nedenle devletin sağlıklı bir rekabet politikasına sahip olması, piyasalarda serbest rekabetin temin edilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ekonomik hayata ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde bu politika dikkate alınmalı ve genel ekonomi politikaları rekabet politikasıyla eşgüdüm içerisinde uygulanmalıdır. Özellikle Türkiye gibi serbest piyasa ekonomisinin hukuki alt yapısının tam olarak kurulamadığı ekonomilerde, bu uyumsuzluk açık bir şekilde gözlemlenebilir.

Piyasaları tehdit eden ikinci tip tehlike ise, piyasaların içerisinde; bir başka deyişle ekonomik birimlerin kendisinden kaynaklanmaktadır. Temel olarak serbest rekabet düzenini veya rekabet özgürlüğünü hedef olan bu tehlike; rekabet hakkının kötüye kullanılması veya rekabet hakkının kısıtlanması olarak, iki farklı şekilde ortaya çıkabilir²⁸. Rekabetin kötüye kullanılması veya daha doğru bir ifadeyle “haksız rekabet”, rekabetin dürüstlük kuralı çerçevesindeki sınırlarının aşılması suretiyle ekonomik birimlerin ve buna bağlı olarak rekabet düzeninin zarar görmesini ifade eder²⁹. Bununla birlikte bu zarar, rekabet düzeninin bozulmasına sebep olacak boyutta değildir. Piyasalar için gerçek anlamda tehdit oluşturan; serbest rekabeti ortadan kaldırıcı veya kısıtlayıcı nitelikte davranışlardır ki, bu davranışlar da genellikle “iktisadi temerküz” şeklinde ortaya çıkarlar. Aralarındaki farkı kısaca belirtmek gerekirse, haksız rekabette ekonomik birimler arasında rekabet yaşanmakta, bahsi geçen zarar veya tehlike ise, aşırı rekabetten kaynaklanmaktadır. Oysa iktisadi temerküz halinde rekabet olgusu ortadan kaldırılmakta veya en azından büyük ölçüde sınırlanmaktadır.

İktisadi temerküzün, rekabetin korunmadığı piyasalar bakımından doğal bir süreç olduğunu da belirtmek gerekir. Zira piyasalarda faaliyet gösteren ekonomik birimler daimi olarak rekabetten kaçma eğilimi içerisindedirler³⁰. Kısaca özetlemek gerekirse, ekonomik birimler rekabetin var olduğu piyasalarda varlıklarını sürdürebilmek için düşük fiyatla mal satmak, reklam harcamalarında bulunmak, yeni mal ve hizmetler sunmak gibi fazla emek, maliyet ve zihinsel faaliyet gerektiren bir faaliyet sürecini göze almak ve ayrıca tüketicilerin taleplerine uygun davranmak zorundadırlar. Üstelik bu çabalarının neticesi her zaman istenen veya beklenen ölçüde gerçekleşmemekte, rekabet piyasalarındaki mücadele koşulları ve serbest rekabetin ekonomik birimler için yarattığı belirsizlik ortamı, onların piyasalardan silinmelerine yol açabilmektedir.

Oysa ekonomik birimler için nihai amaç rekabette bulunmak veya tüketicileri tatmin etmek değil, salt kar elde etmek ve piyasada hakim konuma gelmektir. Dolayısıyla amaç iktisadi menfaat temini olunca, ekonomik birimler daha basit olan yolu tercih edip rakipleriyle anlaşarak³¹ veya mümkünse kendi başlarına³², rekabet sürecini yönlendirme veya ortadan kaldırma yolunu tercih etmektedirler. Bu sayede hem rekabetin yaratacağı iktisadi belirsizlik ortadan kaldırılmakta, hem de daha az çaba ile aynı ve hatta daha fazla iktisadi menfaat temin edilebilmektedir³³. Dolayısıyla rekabetin korunmadığı düzenlerde rekabette bulunmak, iktisadi birimlerin varlıklarını sürdürebilmesi için zorunlu bir davranış olmayıp, belki de sadece ahlaki açıdan uyulması gereken bir prensip niteliğindedir.

Piyasaların kendi haline bırakıldığı takdirde, serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından tahrip edilmesi karşısında, rekabet düzeninin hukukten korunması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. İşte bu amaca hizmet eden Rekabet Hukuku da, piyasanın içerisinden gelen bu tür tehditleri ortadan kaldırmak ve serbest rekabet düzeninin işleyişini korumak ve hatta kurmak amacıyla getirilmiş kurallardan oluşmaktadır³⁴. Farklı bir ifadeyle Rekabet Hukuku, ekonomik birimlerin veya Kanunun terminolojisiyle “teşebbüs”lerin, serbest rekabet düzenine zarar verebilecek faaliyetlerini kontrol etmeyi ve etkisiz kılmayı amaçlamaktadır. Bu çerçevede genel olarak Rekabet Hukukunun konusunu, piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüslerin, serbest rekabeti sınırlayan veya rekabet düzeni açısından tehdit oluşturan her türlü davranış ve işlemlerinin oluşturduğu söylenebilir.

Rekabet Hukukunun yasaklayıcı hükümlerini göz önünde tuttuğumuzda, bu davranış ve işlemleri üç farklı grupta toplamak mümkündür. Bunlardan ilki; teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmaları ve ortak davranışlarıdır -ki, bunların en klasik örneğini rakip teşebbüsler arasında yapılan kartel anlaşmaları oluşturur- (RKHK.md.4), ikincisi hakim teşebbüsün tek başına yaptığı rekabeti bozucu davranışlarıdır (RKHK.md.6) ve nihayet sonuncusu da, piyasada rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açan birleşme ve devralmalardır (RKHK.md.7). Bir davranış veya işlemin belirtilen bu gruplardan birinin kapsamına girebilmesi için, mutlaka söz konusu işlemin fiilen uygulanması veya başarıya ulaşması ya da daha genel bir ifadeyle, rekabet düzeninin bundan zarar görmüş olması şart değildir. Potansiyel olarak rekabetin işleyişine zarar verebilecek her türlü davranış, rekabet kurallarına muhatap olma ve hukuki ve idari yaptırımlara uğrama riskini taşır. Bu durum Rekabet Hukukunun “önleyici olma” özelliğine işaret eder³⁵.

Rekabet kurallarının muhatabı, iktisadi faaliyette bulunan ekonomik birimler olmakla birlikte, rekabet kuralları doğrudan doğruya bu birimleri korumak amacını taşımazlar. Rekabet Hukukunun asli amacı, rekabetçi piyasa yapısının korunmasıdır. Ekonomik birimlerin veya teşebbüslerin korunması ise, ancak dolaylı olarak gerçekleşmektedir³⁶. Bu münasebetle belirtmek gerekir ki

korunmak istenen piyasa yapısı, yukarıda ifade edildiği gibi tam rekabet piyasası değil, ekonomik yaşamın gerçeklerine daha uygun olduğu kabul edilen “çalışabilir”³⁷ rekabet piyasasıdır.³⁸

Bir başka açıdan bakıldığında Rekabet Hukukunun iktisadi özgürlüklerin güvencesi olduğu söylenebilir. Maddi anlamda rekabet kurallarıyla piyasada ekonomik faaliyette bulunan teşebbüslerin iktisadi özgürlüklerinin sınırları çizilmekte ve bu sınırlar dahilinde teşebbüslerin eşit ve özgür bir biçimde rekabet edebilmeleri sağlanmaktadır. Teşebbüslerin serbestçe rekabet edebilmeleriyle ifade edilmek istenen ise, ticari hayatın olağan sınırları dahilinde girişimcilerin kendi ekonomik faaliyetlerinin geleceği için bağımsız karar verebilmeleri ve iktisadi özgürlüklerinin aşırı bir şekilde sınırlanmamasıdır. Bu anlamıyla serbest rekabet, teşebbüsler için hukuken korunan bir menfaat; dolayısıyla bir “*haktır*”. Bu sayede, kişi hak ve özgürlüklerinin bir parçası olan fırsat eşitliği ve girişim özgürlüğü de güvence altına alınmaktadır³⁹.

Özetle rekabet kuralları belirtilen bu özellikleriyle piyasa ekonomilerinin hukuki altyapısını oluştururlar ve ekonomik hayatın işlerliği açısından büyük öneme sahiptirler. Özellikle teşebbüsler açısından rekabet etmekten kaçınma eğiliminin piyasa kurallarına göre rasyonel sayılabilecek bir davranış biçimi olduğu göz önünde tutulacak olursa, piyasa ekonomisinin geçerli olduğu sistemlerde, Rekabet Hukukunun önemi ve gerekliliği kolaylıkla anlaşılabilir. Bugün modern anlamıyla serbest piyasa ekonomilerini uygulayan ülkelerin tümünde, rekabeti koruyucu yasal düzenlemeler bulunmaktadır.

III- Rekabet Hukukundan Beklenen Faydalar

A) Genel Olarak

Rekabet hukukundan beklenen faydalar, iktisadi anlamda rekabet kavramından beklenen faydalardan pek farklı değildir. Piyasalarda serbest rekabetin gerçekleştirilmesinden öncelikli olarak ekonomik faydalar umulmakta ve dolayısıyla, Rekabet Hukukunun öncelikli amacını ekonomik yaşamın serbest piyasa ekonomisi kurallarına göre şekillendirilmesi teşkil etmektedir. Doğal olarak bu ekonomik amaca ulaşılırken, bunun sosyal ve siyasal alandaki sonuçları kendiliğinden gerçekleşir. Bununla birlikte, hukuki açıdan rekabetin düzenlenmesi ve devletin iktisadi hayata rekabet yasaları eliyle müdahale etmesinin ardında sadece ekonomik nedenlerin bulunmadığını da belirtmek gerekir⁴⁰. Rekabet Hukuku ekonomik politikanın bir parçası olarak kabul edilince, bu kuralların öngörülmesinde iktisadi kaygılar kadar sosyal ve siyasal kaygıların bulunduğu kabul edilmelidir. Genel olarak rekabet hukuklarıyla izlenen amaçları üç grupta toplamak mümkündür⁴¹.

B) Rekabet Hukukundan Beklenen Ekonomik Faydalar

İktisadi özgürlüklerin sınırlanarak, serbest rekabetin yasalar eliyle düzenlenmeyle hedeflenen, öncelikli olarak serbest piyasa ekonomisinin işlerlik kazandırılması ve bu sayede ekonomik verimliliğin sağlanmasıdır⁴². Serbest piyasa ekonomisinin işlerlik kazandırılması, başlı başına bir ekonomik amacı yansıtır. Rekabet kuralları ile amaçlanan sosyo-politik faydalar ise ancak rekabetin iktisadi fonksiyonunun gerçekleşmesi ile ortaya çıkabilecek dolaylı sonuçlardır. Genel olarak Rekabet Hukukundan beklenen ekonomik faydaları üç grupta toplanmaktadır.

1- Üretimde Verimlilik

Ekonomik faaliyette bulunan teşebbüsler, varlıklarını korumak ve pazar paylarını artırabilmek için kar etmek durumundadırlar. Serbest rekabetin hakim olduğu piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin daha fazla kar edebilmesinin yolu ise, üretim maliyetlerinin düşürülmesinden geçer. Buna bağlı olarak teşebbüsler maliyetleri düşürmek amacıyla daha ucuza mal bulmak ve mevcut kaynakları daha etkin kullanmak zorunda kalırlar. Bunun doğal sonucu ise, üretimde verimliliğin sağlanmasıdır. Maliyeti gerektiği ölçüde düşüremeyen teşebbüsler ise, rakiplerin baskıları sonucu pazarlarını kaybederler.

Rekabetin bulunduğu bir pazarda teşebbüsleri daha rasyonel üretim yapmaya iten temel neden, rakipler karşısında üstün olabilmek için maliyet avantajı sağlama gereğidir. Rekabetin ve rekabet baskısının bulunmadığı tekel piyasalarında ise, kar ve pazar payı diğer teşebbüslerin ekonomik faaliyetlerinden etkilenmediğinden ötürü, tekel olan teşebbüs maliyetlerini düşürmek için çaba sarf etmeyecek ve üretimde verimliliği önemsemeyecektir. Aktüel veya potansiyel rakibi olmayan bir teşebbüsün daha rasyonel çalışmak için böyle bir baskıyı (*rekabet baskısı*) duymayacağı açıktır. Dolayısıyla tekel piyasalarında kaynakların verimli kullanılması tekel firma için zorunlu ve hatta rasyonel bir davranış biçimi değildir.

2- Kaynak Dağılımında Verimlilik

Kaynak dağılımında verimlilik belirli bir malın ne kadar üretileceği, toplumsal değerlerin ne şekilde tahsis edileceği ile ilgilidir⁴³. Bu ilke, ekonomi biliminde matematiksel düşüncenin öne çıkmasıyla ortaya çıkmıştır. Fiyatın arz ve talebe göre belirlenmesi, üretim faktörlerini en karlı alanlara yöneltir, böylece üretim faktörlerinin tam istihdamı sağlanmış olur. Rekabet piyasalarında toplumsal talebin iktisadi teşebbüsler tarafından dikkate alınması zorunluluğu, toplumsal kaynakların tahsisinde tüketicilerin etkin hale gelmesini ve ekonomik

verimliliği sağlar⁴⁴. Ayrıca kaynakların tüketicilerin malı elde etmek arzusu ve mala verdikleri ekonomik değere göre dağılması toplumsal tatminin gerçekleştirilmesinde büyük öneme sahiptir.

3- Teknolojik İlerleme

İktisadi faaliyette bulunan teşebbüslerin, maliyetlerini düşürmelerinde etkili olan bir diğer yol ise, malın üretiminde kullanılan yöntemlerde maliyetlerin düşmesini sağlayacak teknolojiler kullanılmasıdır. Daha fazla kar elde etmek amacıyla olan teşebbüsler, teknolojilerini yenileyip rekabet güçlerini artırmak için araştırma ve geliştirme (*ar-ge*) faaliyetlerine girişecekler; bu da teknolojik ilerlemeyi geliştirecektir⁴⁵. Teknolojik ilerleme sadece yeni bir üretim tekniği biçiminde değil, aynı zamanda yeni bir ürün, örgütlenme veya hizmet şeklinde de gerçekleşebilir. Bu açıdan rekabetin, teknolojik ilerlemeye ve dolayısıyla toplumsal refaha katkısı çok büyüktür.

C) Rekabet Hukukundan Beklenen Sosyal Faydalar

Ekonomi, toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren ve sosyal alandan soyutlanması mümkün olmayan bir alandır. Dolayısıyla rekabete dayalı bir piyasa ekonomisinin kurulması amacına yönelik olarak öngörülen rekabet kurallarının, ekonomik amaçlarına ulaşması ile birlikte sosyal hayata doğrudan veya dolaylı olarak etki yapması kaçınılmaz bir sonuçtur. Bu çerçevede Rekabet Hukukunun sosyal yararlarını, tüketicilerin korunması ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması olmak üzere iki başlık altında toplamak mümkündür⁴⁶.

1- Tüketicinin Korunması

Rekabet Hukuku mevzuatları, doğrudan doğruya tüketicilerin menfaatlerini gözeterek öngörülmediyse de, serbest rekabetin ekonomik sonuçlarından faydalanacak asıl kesim tüketicilerdir. Fiyatların düşmesi, ürün çeşitliliği, teknolojik gelişme, mal ve hizmetlerin dağıtım ve pazarlamasında meydana gelen ilerlemeler gibi rekabetin dolaylı etkilerinin tümü, tüketicilerin menfaatine gerçekleşmektedir. Bunun yanı sıra rekabet, teşebbüsleri tüketicilerin beklentileri doğrultusunda davranmaya zorlamakta ve bu sayede toplumsal tatmin sağlanabilmektedirler. Ayrıca, rekabetin genel refahı artırıcı fonksiyonu sebebiyle, herhangi bir malın doğrudan veya dolaylı olarak tüketicisi konumunda olmayan kimseler de rekabetin olumlu etkilerinden yararlanabilmektedir. Dolayısıyla rekabetin sosyal faydası salt ilgili ürün mal veya hizmetin tüketicileri üzerinde gerçekleşmemekte, daha kısıtlı olmakla

birlikte toplumun tamamı, rekabetin olumlu etkilerinden pay alma imkanına sahip olmaktadır.

Yukarıda kısaca ifade edilen rekabetin toplumsal faydalarından ötürü; Rekabet Hukukunun temelinde yatan düşüncelerden biri de tüketicilerin korunmasıdır⁴⁷. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümlerde de⁴⁸ bunun izlerini görmek mümkündür. Örnek vermek gerekirse, dördüncü madde anlamında rekabeti sınırlayıcı ve dolayısıyla hukuka aykırı olması gereken bir anlaşma, 5. maddede belirtilen diğer koşullarla birlikte tüketiciler açısından yarar sağlıyorsa, bu anlaşma dördüncü madde yasağından kurtulabilecektir (RKHK.md.5/b)⁴⁹.

Yine benzer olarak, Kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümlerden dört ve altıncı maddelerin ihlali neticesinde fiyatlarda bir artış meydana gelmişse, tüketicilerin bu artış nedeniyle uğradıkları zararlarını telafi edebilmesi imkanı getirilmiştir (RKHK.md.57-59). Haksız fiil esaslarına dayalı bu imkan sayesinde, tüketiciler sadece zararın karşılanmasını değil, rekabeti ihlal eden teşebbüs veya teşebbüslerin kusurunun ağırlığına göre, oluşan zarar veya elde edilen menfaatin üç katına kadar tazminat talep edebilmekte (RKHK.md.58) ve şüphesiz bu durum tüketiciler (davacılar) için elverişli bir koruma vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

2- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Korunması

Rekabet Hukukunun asli amacı küçük ve orta ölçekli işletmelerin (*kobilerin*) korunması olmadığı gibi, Rekabet Hukuku mevzuatlarında kobilerin korunmasına ilişkin açık hükümlere yer verilmez. Bununla birlikte Rekabet Hukukunun amacı göz önünde tutulduğunda, kobilerin bu amacın gerçekleştirilmesinde önemli bir yere sahip olduğunu söylemek gerekir. Zira Rekabet Hukukunun amaçladığı “*çalışabilir rekabet piyasası*” olarak adlandırılan ideal model, ancak piyasadaki rekabet koşullarına etkide bulunamayacak güçteki çok sayıda teşebbüs varlığı halinde bir anlam ifade edeceğine göre, bu tip piyasaların doğal aktörleri, küçük ve orta ölçekli teşebbüsler olacaktır.

Gerçekten de Rekabet Hukukunun iktisadi yoğunlaşmayı ve kartelleşmeyi önleyici fonksiyonu, büyük teşebbüslerin ortaya çıkışını önlediği gibi, mevcut olanların piyasa davranışlarını da kontrol altına almaktadır. Rekabet kurallarının güvence altına aldığı girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması ve gelişmesini sağlar. Bu sayede piyasalar küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin ağırlıklı ve etkin konumda oldukları sağlıklı yapıya sahip olabilirler.

Yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen 6 ve 7.madde hükümlerinin, “*kobilerin*” korunması ve geliştirilmesinde etkin birer vasıta olarak kullanılabileceğini

söylemek yanlış olmaz⁵¹. Özellikle 6. maddenin amacı göz önünde tutulduğunda, söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağı hallerin önemli bir kısmı, pratikte kobilerin korunması amacına hizmet edecektir. Bunun yanı sıra, 7. maddeye dayanılarak çıkarılan “*Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ’de*”⁵² öngörülen yüksek ciro ve piyasa payı eşikleri, pratik olarak kobilerin korunması ve onların büyük teşebbüsler karşısında rekabet avantajı elde etmesine olanak sağlamaktadır⁵³.

D) Rekabet Hukukundan Beklenen Siyasal Faydalar

Kanun koyucular rekabet yasaları ile doğrudan siyasal bir fayda amaçlamazlar. Fakat rekabet kuralları ve bu kuralların sağladığı iktisadi özgürlükler siyasal hayatın, ve özellikle demokrasilerin önemli güvenceleri sayılabilir⁵⁴. Rekabetçi yapının kurulamadığı veya korunamadığı piyasalarda önemli oranda yoğunlaşma meydana gelir. Bu yoğunlaşmalar neticesinde meydana gelen ekonomik güç, piyasada faaliyet gösteren bir ya da bir kaç teşebbüs tarafından kontrol edilir ve bu durum iktisadi çok sesliliğin ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açar⁵⁵.

Bir teşebbüs herhangi bir yoldan piyasaya egemen konuma geldiği zaman, bu konumunu iyi niyetli amaçlar için kullanabileceği gibi, kötü amaçlar için de kullanılabilir. Serbest rekabetin korunmadığı düzenlerde, hakim durumda olan bir teşebbüsün ekonomik hayattaki davranışları tamamen kendi takdirine bırakılmıştır. Hakim teşebbüs, ekonomik gücünü kolaylıkla siyasi nüfuz elde etmek amacıyla kullanılabilir ve bu siyasi nüfuz vasıtasıyla iktisadi düzenin işleyişini kendi lehine bozar. Hatta bundan da önemlisi, siyasi karar alma sürecini kendi menfaatleri doğrultusunda etkileyebilir ve bu durum siyasal yaşamın geleceğini tehlikeye sokar.

İşte rekabet kuralları, teorik olarak bu tip olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını, iki farklı aşamada önleyebilme imkanına sahiptir. Her şeyden önce rekabet kuralları, ekonomik yoğunlaşma olgusuna sıcak bakmazlar ve gerek birleşme şeklindeki yapısal yoğunlaşmaları, gerekse kartel ve tröst benzeri işbirliği modellerini, rekabet kurallarına aykırı oldukları sürece yasaklarlar. Bundan başka, rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmeyen, kendi iç dinamikleri vasıtasıyla piyasada hakim duruma gelmiş olan bir teşebbüsün de, hakim durumunu kötüye kullanmasını önlemek amacıyla, iktisadi faaliyetleri kontrol altında tutularak, teşebbüslerin rekabet kurallarına uygun davranması sağlanır.

IV- Rekabet Hukuku Tarihine Kısa Bir Bakış

Toplumlarda ekonomik faaliyetlerin başlanmasından bu yana, iktisadi hayatta rekabet önemli bir yer teşkil etmiş ve eski çağlardan günümüze değin

kanun koyucular rekabet olgusunu doğrudan veya dolaylı olarak ele alan düzenlemeler yapmışlardır⁵⁶. Günümüz rekabet hukuklarından farklı olarak eski dönemlerde yapılan rekabet düzenlemelerinde görülen en belirgin özellik; bunlarda daha çok rekabet sınırlamalarının sosyal alanda beliren zararlı etkilerinin bertaraf edilmesinin amaçlanmış olmasıdır⁵⁷.

Modern anlamıyla ilk Rekabet Hukuku düzenlemesi ise, 1890 yılında “*Sherman Act*” ile Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmıştır⁵⁸. Amerika’da devletin ticari hayata müdahalede bulunmasına yol açan süreç; sermaye ve ekonomik gücün büyük ölçüde “*tröst*” ve “*kartel*” tipi örgütlenmelerin elinde toplanmasıyla başlamıştır. Ekonomik açıdan önemli güce sahip olan bu kesimin serbest rekabete dayanan ekonomik düzeni, fiyat ve pazar paylaşma anlaşmaları⁵⁹ yoluyla tahrip etmeye yönelmesi⁶⁰, toplumun geniş bir kesiminin tepkisine neden olmuş ve bu olumsuz durumun önüne geçmek amacıyla federal devlet serbest rekabeti koruyucu bir yasa yapma yoluna gitmiştir⁶¹. Bu yasanın çıkarılmasını takip eden süreçte de rekabet kurallarını daha etkin ve dinamik hale getirmek amacıyla ek bir dizi yasa daha yapılmış⁶² ve özellikle yargı kurumlarının uygulamaları⁶³ sayesinde başarılı ve örnek bir Rekabet Hukuku modeli oluşturulmuştur.

Avrupa’da ise gerçek anlamda Rekabet Hukuku düzenlemeleri, ancak II. Dünya savaşının sona ermesinden sonra başlamıştır. Özellikle Almanya ve İngiltere’de Rekabet Hukuku alanında önemli yasal düzenlemeler yapılmış⁶⁴ ve bu düzenlemeler Avrupa Rekabet Hukukundaki kanunlaştırma sürecini büyük ölçüde etkilemiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğunun kurulmasından sonra, Avrupa Rekabet Hukukunda ciddi gelişmeler olmuş ve bu gelişmeler ülkemiz dahil birçok Avrupa ülkesinde benzer yapıda rekabet yasalarının kabul edilmesine yol açmıştır⁶⁵. Günümüzde Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde uygulanan Rekabet Hukuku, genel olarak bu hukuk dalının en başarılı modelleri olarak kabul edilmektedir.

V- Rekabet Hukukunun İktisat Bilimi ile İlişkisi

Rekabet Hukukunun konusu ekonomik faaliyetler, amacı ise serbest rekabetin ve piyasa ekonomisinin işlerlik kazandırılması olunca, Rekabet Hukukunun ekonomi bilimiyle sıkı bir ilişkide olması olağan ve aynı zamanda zorunludur. Bu ilişki genel olarak iki şekilde karşımıza çıkar. Kısaca belirtmek gerekirse; öncelikle serbest rekabetten beklenen faydaların nasıl ve hangi şartlar altında gerçekleşeceği, ekonomi bilimi verilerine göre belirlenir. Ekonominin temel kural, kuram ve kavramları, Rekabet Hukukunun tam olarak kavranabilmesinde büyük öneme sahiptir⁶⁶. Bunlar göz önünde tutulmaksızın Rekabet Hukukunun sağlıklı bir şekilde uygulamak mümkün değildir. Dolayısıyla bu durum, Rekabet Hukukunun ekonomi bilimine uygun biçimde yorumlanması ve uygulanmasını gerektirir.

Buna bağı olarak Rekabet Hukuku ile iktisat bilimi arasındaki ilişkinin diğer boyutu, rekabet kurallarının tatbik edilmesi aşamasında karşımıza çıkar. Çoğu kez rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığı, ihlale konu olan ilişkinin örneğın bir anlaşmanın yorumlanması ile tespit edilemez. Bu sebeple hukuka aykırılığın belirlenmesinde genellikle karmaşık ekonomik analizlere başvurmak ve ekonomik verileri kullanmak gerekir⁶⁷. Bu açıdan rekabet kurallarının sağlıklı bir şekilde tatbik edilmesi, ancak hukuk ve iktisat bilimlerinin bir arada uygulanması ile mümkün olabilir.

VI- Rekabet Hukukunun Ekonomi Politikaları İle İlişkisi

Rekabet Hukuku piyasa yapısının alt yapısını oluşturduğuna göre, öncelikli olarak Rekabet Hukuku sisteminin ülkenin ekonomi politikaları ve dolayısıyla ekonomik düzeni ile uyumlu olması gerekir. Bu bağlamda kanun koyucuların rekabet yasalarını kendi ekonomik tercihlerine uygun düzenlemeleri ve bu düzenlemelerin büyük ölçüde ülkedeki ekonomik politikaların izlerini taşıması doğaldır. Rekabet Hukuku ile izlenen amaç rekabetin düzenlenmesi ve bu sayede serbest piyasa ekonomisinin hukuki temelini sağlamlaştırılması olunca, Rekabet Hukukun ekonomi politikalarıyla olan ilişkisi rekabet kurallarından beklenen amaçların gerçekleştirilebilmesi bakımından da büyük önem ifade eder. İktisadi açıdan rekabetten beklenen sonuçların gerçekleşmesi, ancak rekabet kurallarının diğer iktisadi politikalarla uyum içinde tatbik edilmesiyle mümkündür⁶⁸. Bu açıdan Rekabet Hukuku politikası genel iktisadi politikayla bütünlük arz etmelidir. Üstelik bu gereklilik sadece rekabet kurallarından beklenen sonuçların sağlanması açısından değil, özelleştirme, para, dış ticaret gibi bazı alanlara ilişkin ekonomi politikalarının başarıya ulaşması açısından da önem taşır⁶⁹.

VII- Rekabet Hukukunun Niteliği

Hukukun geleneksel olarak Kamu ve Özel Hukuk olmak üzere ikiye ayrılması, özellikle 20. yüzyılda devletin sosyal ve ekonomik sebeplerle hukuki ilişkilere daha fazla müdahale etmesi sonucu ortaya çıkan bazı hukuk dallarının nitelendirilmesinde yetersiz kalmıştır⁷⁰. Bununla birlikte bu ayırımın henüz değerini koruduğu genellikle kabul görmektedir⁷¹. Kanımızca en azından yeni bir hukuk dalı olması bakımından Rekabet Hukukunun genel hukuk içerisinde işgal ettiği yerin belirlenmesi, çalışmamız açısından önem taşımaktadır.

Bir hukuk disiplininin kamu veya özel hukuk olarak nitelendirilmesinde; “*menfaat*”⁷², “*emredicilik*”⁷³, “*yöneten-yönetilenler ayırımı*”⁷⁴, “*kuralın uygulama biçimindeki farklılık*”⁷⁵ ve “*egemenlik*”⁷⁶, gibi çeşitli kıstaslar kullanılmakta⁷⁷, fakat nitelendirmede bu kıstaslardan hangisinin üstün tutulacağı

veya hangisi ya da hangilerinin yeterli olacağı hususu tartışma konusu yapılmaktadır⁷⁸. Kanımızca Rekabet Hukukunun nitelendirilmesinde, bu kıstaslardan ikili bir ayırım yapılması suretiyle faydalanmak mümkün olabilir.

Rekabet Hukuku kurallarının; amaçları, uygulanma biçimi ve emredicilik vasıfları yönünden kamu hukuku kurallarıyla benzer özellikler gösterdiğinde hiç bir şüphe yoktur. Her şeyden önce Rekabet Hukuku, serbest rekabet düzenini korumayı hedeflemekte ve genel olarak ekonomik ve sosyal amaçlarla getirilmiş kurallardan oluşmaktadır. Rekabet kanunlarıyla korunan menfaat bireysel menfaat değil, kamu menfaatidir. Bu açıdan Rekabet Hukuku kamu hukukuna daha yakın bir hukuk disiplindir.

Bunun yanı sıra nitelikleri gereği Rekabet Hukuku kuralları emredici karakter taşımaktadır. Rekabet Hukukunun bu yönü de kamu hukukuna benzer nitelik gösterir. Ayrıca kamu hukuku kurallarında bulunan, kendiliğinden uygulanabilme ve etkin hukuki yaptırımlara tabi kılma özelliği, Rekabet Hukuku kurallarında belirgin bir nitelik olarak göze çarpmaktadır. Hatta Rekabet Hukukunu kamu hukukuna yaklaştıran en önemli özelliğin, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla öngörülen etkin idari mekanizmalar olduğu söylenebilir. Zira Rekabet Hukuku mevzuatlarının pek çoğunda, maddi nitelikli rekabet kurallarının etkin ve amaca uygun biçimde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla usuli, idari kurallar ve bağımsız idari örgütlenmelerin kurulması hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Özellikle Kara Avrupası rekabet hukuklarında görülen bağımsız idari örgütlenmeler ve bunlara verilen geniş yetkiler buna örnek teşkil eder. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri incelendiğinde, Rekabet Kurumu'nun idari örgütlenmesi, işleyişi, yetki ve görevlerine ilişkin hükümlerin önemli yer tuttuğu görülecektir. Kanımızca bu durum Rekabet Hukukunun bir özel hukuk dalı olarak nitelendirilmesinde kesin bir engel teşkil eder.

Buna karşılık kamu-özel hukuk ayırımında kuralların yöneldiği sùjeleri temel alan diğerk kıstasların, Rekabet Hukukunun özel hukuk yönüne işaret ettiği söylenebilir. Zira Rekabet Hukuku kurallarına muhatap olan teşebbüsler, genelde özel hukuk kişileridir (veya kişi gruplarıdır) ve rekabet kuralları, bu kişiler arasındaki özel hukuk münasebetleri düzenlemektedir. Daha somut bir ifadeyle, Rekabet Hukuku kuralları kişilerin sözleşme özgürlüğüne olumsuz bir müdahalede bulunarak, kişilerin irade serbestisini sınırlamaktadır. Prensip olarak teşebbüsler arasında her hangi bir altlık üstlük ilişkisi de bulunmamakta ve taraflardan birinin egemenlik hakkına dayanması da söz konusu olmamaktadır⁷⁹. Dolayısıyla yönetenler-yönetilenler ve egemenlik kriterleri çerçevesinde, Rekabet Hukukunun özel hukuka yaklaştığı söylenebilir. Fakat belirtmek gerekir ki, rekabet kuralları sadece taraflar arasındaki münasebetleri değil, taraflar ile idare arasındaki ilişkileri de düzenler ve kural olarak bu ilişkileri özel hukuka tabi olduğunu söylemek oldukça güçtür.

Netice itibarıyla Rekabet Hukuku, kuralların gösterdiği özellikler bakımından kamu hukukuna, kuralların yöneldiği sùjeler ve hukuki ilişkiler açısından ise daha çok özel hukuka yakınlık göstermektedir. Bu nedenle Rekabet Hukukunu bu ayırım çerçevesinde kesin sınıflamaya tabi tutmak güçtür. Nitekim doktrinde de bu konuda bir görüş birliği bulunmadığı söylenebilir. Rekabet Hukukunu kendine özgü bir hukuk dalı olarak niteleyenler olduğu gibi⁸⁰, özel hukuk dalı olarak kabul edenler⁸¹ ve kamu hukuku yönünün daha ağır bastığını ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁸². Kanımızca özellikle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan idare hukukuna ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, Rekabet Hukukunun kamu hukukuna daha yakın bir hukuk disiplini olduğunu kabul etmek en uygun yaklaşımdır.

VIII- Rekabet Hukukunun Özel Hukuk İle İlişkisi

Her ne kadar Rekabet Hukukunun kamu hukuku tarafı daha ağır basıyorsa da, Rekabet Hukukunun konusunun iktisadi hayatta faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki özel hukuk ilişkileri olduğu göz önünde tutulursa, bu hukukun özel hukuk dalları ve de özellikle Medeni ve Ticaret Hukuku ile yakın bir ilişki içerisinde olması kaçınılmazdır. Özel hukukun Rekabet Hukukuna olan etkisi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Özel hukuk kuralları, Rekabet Hukukunun uygulanmasında bir araç olarak kullanılabilirdiği gibi⁸³; bazı hallerde Rekabet Hukuku kurallarından bağımsız bir şekilde, ona paralel olarak veya genel hüküm sıfatıyla uygulanabilir. Öte yandan bazı hallerde ise, yapılan yollama gereği özel hukuk kaideleri uygulama bulabilir⁸⁴ veya Rekabet Hukuku kuralları özel hukuk esaslarından farklı düzenlemeler öngörmüş olabilir⁸⁵.

Medeni Hukukun Rekabet Hukukuyla kesiştiği pek çok alan bulunmaktadır. Her şeyden önce rekabet kuralları irade serbestisine müdahale etmekte ve bu yönüyle Borçlar Hukukundaki sözleşme özgürlüğünün sınırını teşkil etmektedir. Bu yönüyle Rekabet Hukuku kapsamına girebilecek durumların, yine sözleşme özgürlüğü ile ilgili "*kişilik hakları*", "*gabin*", "*ikrah*" ve "*ahlaka aykırılık*" gibi özel hukuk kavramlarıyla yakından ilişkisi bulunduğu söylenebilir. Hatta somut olayın özelliklerine göre, rekabet kurallarının ihlali teşkil eden bir durumun, aynı zamanda bu belirtilen kavramlar ile bir arada uygulanabilmesi dahi mümkündür⁸⁶.

Bunun yanı sıra Rekabet Hukukunun kurallarına muhatap olan teşebbüslerin hukuken nitelendirilmesi, Medeni Hukukun "*kişilik*" kavramı ile yakından ilişkilidir. Zira Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, "*teşebbüs*" terimini malvarlığına dayalı bir ekonomik birimi ifade etmek üzere değil, hak ve borç altına girebilen bir sùjeyi, daha doğru bir ifadeyle "*müteşebbis*"i ifade etmek üzere kullanmıştır. Bu itibarla Medeni Hukukun gerçek ve tüzel kişiler için söz konusu olan, kişiliğın başlangıcı, sona ermesi, hak ve fiil ehliyeti, kişiliğın korunması gibi kurallar Rekabet Hukuku açısından da uygulama alanı

bulacaktır. Öte yandan Kanun'da bir taraftan teşebbüs terimi ile esasen müteşebbisin kastedilmesi, diğer taraftan Rekabet Hukukunun amacı açısından hukuki kişiliğin değil, fiili bir duruma ilişkin olan ekonomik bağımsızlığın önem taşıması, Medeni Hukuk ve Rekabet Hukuku uygulanmasının birbirleriyle çatışmasına sahne olacak, daha somut bir deyişle tüzel kişilik perdesinin aralanması sorunu ortaya çıkacaktır⁸⁷.

Bunun dışında rekabet kurallarının uygulandığı özel hukuk ilişkilerinin hukuksal açıdan değerlendirilmesi de, hiç şüphe yok ki Borçlar Hukuku kavramlarının uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Özellikle hangi tür davranışların "hukuki işlem" sayılacağı, nelerin anlaşma, nelerin uyumlu eylem olarak kabul edileceği, aralarındaki sınırların tespit edilmesi ve bunların hukuksal sonuçları, temelde Medeni Hukukun inceleme alanı içerisindedir⁸⁸.

Rekabet sınırlamalarının özel hukuk alanında ortaya çıkardığı neticeler ise, Rekabet Hukukuyla özel hukukun en fazla iç içe geçtiği alan olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁹. Rekabet kurallarının ihlal edilmesi, sadece idari yaptırımlar değil, aynı zamanda özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasına sebep olmakta ve böylelikle özel hukuk kuralları yasaklayıcı rekabet kurallarının uygulanmasına önemli birer vasıta olmaktadır. Yasaklayıcı hükümlerin ihlal edilmesi, genel olarak Borçlar Hukukunun "geçersizlik" ve "haksız file" ilişkin hükümlerinin uygulanmasına yol açmaktadır. Şüphesiz özel hukuka ilişkin neticelerin uygulanması öncelikli olarak kendi özel şartlarına tabidir. Bununla birlikte gerek Rekabet Hukukunun niteliği, gerekse Kanun'da öngörülen çeşitli hükümler nedeniyle, genel esasların aynen uygulama alanı bulacağını söylemek güçtür. Bu nedenle kanımızca özel hukuka ait söz konusu hukuki sonuçların, ayrı bir incelemeye konu olması büyük önem taşır. Nitekim çalışmamızın son bölümünde, "geçersizlik" yaptırımının Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde nasıl ortaya çıktığı etraflıca incelenmiştir⁹⁰.

Rekabet kurallarının ticari ilişkileri düzenlemesi ve Rekabet Hukuku sükrelerinin önemli ölçüde Ticaret Hukuku hükümlerine tabi olması, Rekabet ve Ticaret Hukuku arasında da ortak bir alanın olduğuna işaret eder. Daha somut olarak ifade edecek olursak, ticari işletme ve tacirlere uygulanan ticari hükümler, büyük ölçüde teşebbüsler için de uygulama alanına sahiptir. Gerçi teşebbüsün tacir olması gibi zorunluluk bulunmasa da, olayların önemli bir kısmında teşebbüsün tacir sıfatı taşıyacağını kabul etmek gerekir. Üstelik rekabet kurallarının pratik uygulama sahası göz önünde tutulursa, teşebbüslerin daha çok ticaret ortaklığı görünümünde ortaya çıkacağı ve dolayısıyla Ticaret Hukukunun bu yönüyle de yaygın olarak uygulanacağı söylenebilir⁹¹. Özetle Ticaret Hukuku, rekabet kurallarının uygulanacağı sükreler açısından önemli bir tatbik alanına sahiptir.

Bundan başka, Rekabet Hukukunda yer alan birleşme ve devralmalara ilişkin kurallar da, Ticaret Hukuku ile yakından ilişkilidir. Her ne kadar Rekabet Hukuku açısından birleşme ve devralma kavramları daha geniş bir anlam

taşıyorsa da⁹², olayların bir kısmında bu iki kavram örtüşecek ve Ticaret Hukukuna ilişkin kuralların uygulanması gerekecektir. Bundan da önemlisi, teknik-hukuki anlamıyla birleşmenin ne olduğunun belirtilmesi ve kavramlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi, Rekabet Hukukundaki birleşmenin kavranmasında önemli fayda sağlayacaktır.

Rekabet Hukuku ve Ticaret Hukukunun kesişebileceği bir diğer alan, Rekabet Hukuku gibi iktisadi rekabetin düzenlendiği “*haksız rekabet*” konusudur. Temelde birbirlerinden farklı amaç ve nitelikleri olan bu iki yasal düzenleme, ancak istisnai bir takım hallerde bir arada uygulanabilme kabiliyetine sahiptir. Kanımızca haksız rekabetin konumuz açısından asıl önemi, hukuki anlamda rekabet kavramının neyi ifade ettiğinin belirlenmesi ve Rekabet Hukukunun hangi alana ilişkin olduğunun ortaya çıkarılması noktasında kendisini göstermektedir.

Sonuç olarak Rekabet Hukukunun, özel hukuktan ve özellikle Ticaret ve Medeni Hukuk dallarından soyutlanması mümkün değildir. Nasıl ki ekonomi bilimi kurallarını dikkate almaksızın Rekabet Hukukunu uygulamak mümkün değilse, aynı şekilde özel hukuk kavram ve kuramlarına başvurmaksızın, salt Rekabet Hukuku kurallarıyla bir meselenin çözümlenmesi de mümkün değildir. Rekabet Hukukunun sağlıklı bir şekilde tatbik edilmesi, ancak rekabet kurallarının özel hukuk ile bağlantısının kurulması ve her iki hukukun bir arada uygulanması ile söz konusu olabilir. Nitekim bu husus çalışmamız takip eden bölümleri çerçevesinde daha iyi anlaşılacaktır.

§ 2- Türkiye’de Rekabet Hukuku

I- Genel Olarak

İktisadi sistem olarak piyasa ekonomisinin uygulandığını söyleyebileceğimiz Türkiye’de, dağınık bir takım kanun hükümleri bir kenara⁹³ bırakılacak olursa, 1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kabulüne kadar serbest rekabet düzenini koruyucu yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Bu durum, özellikle 1980 yılı sonrası ekonominin liberalleşme sürecine bağlı olarak, ekonominin sağlıklı biçimde işleyebilmesi için rekabeti koruyucu etkin hukuki düzenleme yapılmasını gerekli hale getirmiştir. Bunun yanı sıra, 1982 Anayasası’nın kartelleşme ve tekelleşmeyi önlemeye yönelik olan hükmü ve Türkiye’nin Avrupa birliği ile olan ilişkileri çerçevesindeki taahhütleri, serbest rekabeti koruyucu hükümler içeren bir kanun hazırlanması hususundaki fiili gerekliliği, hukuki bir yükümlülük haline getirmiştir⁹⁴.

II- Türkiye’de Rekabet Hukukunun Gerekliliği

A) Anayasal Zorunluluk

1982 Anayasası’nın “*piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*” başlığını taşıyan 167. maddesinin ilk fıkrasına göre; “*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*”⁹⁵. Görüldüğü üzere serbest rekabeti koruyucu yasal bir mevzuat hazırlamak, en azından bu düzenleme nedeniyle Anayasal yükümlülüktür.

Anayasa’nın bu hükmüne yakından bakıldığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dan farklı olarak, piyasa kavramının sadece mal ve hizmet piyasalarıyla sınırlandırılmadığı, tereddüde yer bırakmayacak şekilde “*faktör*” piyasalarının da açık bir şekilde ifade edildiği görülmektedir. Öte yandan yine Kanun’dan farklı olarak, hüküm kartelleşmeyi hedef aldığı kadar, tekel halini de zararlı kabul etmekte ve başlı başına tekel halinin de önlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁶. Bu yönüyle 167. maddenin tekellere ilişkin düzenlemesinin, 4054 sy. yasadan daha katı bir anlayışın ürünü olduğu dahi ileri sürülebilir. Zira takip eden bölüm içerisinde açıklanacağı üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun başlı başına tekel olgusunu değil; “*tekel*”in veya Kanunun ifadesiyle “*hakim durum*”un kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır⁹⁷.

Anayasa’nın, doğrudan piyasaları ve rekabeti korumayı amaçlayan bu hükmünün yanı sıra, çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenlendiği 48. maddesinde de, özel teşebbüslerin varlıklarının ve faaliyetlerinin devamını sağlamak; kısaca özel teşebbüs hürriyetini güvence altına almak devlete bir görev olarak yüklenmektedir⁹⁸. Diğer hukuki şartlar gerçekleşmiş olsa da, serbest rekabeti koruyucu yasal düzenlemelerin bulunmadığı ve buna bağlı olarak kartel ve monopollerin hakim olduğu ekonomik düzenlerde, teşebbüslerin iktisadi hürriyetlerinin tam olarak sağlandığını veya korunduğunu söylemek güçtür. Rekabet Hukuku iktisadi rekabeti ve rekabet özgürlüğünü korumakla, aynı zamanda sözleşme özgürlüğünü de güvence altına almaktadır. Bu itibarla rekabeti koruyucu yasal düzenleme yapmak, bu hüküm açasından bakıldığında da anayasal bir görev olarak karşımıza çıkmaktadır.

B) Avrupa Birliği ile Olan İlişkiler Açasından

Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne entegrasyonu amacıyla yürüttüğü ilişkiler, genel olarak üç temel uluslararası belgeye dayanır. Bu belgeler kronolojik sırayla, 1963 yılında imzalanan ve Türkiye’nin Avrupa’nın bir parçası olmak yolundaki isteğinin ilk resmi adımı olan Ankara Antlařması⁹⁹, bu

antlaşmaya dayanılarak akdedilen ve uygulama antlaşması niteliğinde olan 1970 tarihli Katma protokol¹⁰⁰ ve son olarak 1995 yılında imzalanan gümrük birliğinin¹⁰¹ son döneminin uygulanmasına ilişkin kuralları belirleyen; 1/95 tarihli Ortaklık Konseyi kararıdır¹⁰². Bu belgelerin tümünde rekabet mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesi; daha doğru bir deyimle, Türkiye'nin Avrupa Birliği normlarına uygun bir rekabet mevzuatı benimseneceğine dair taahhütler bulunmaktadır¹⁰³.

Rekabet hukuklarının uyumlaştırılması hususu, ilk olarak Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında ortaklık yaratan Ankara Antlaşması'nın 16. maddesinde genel çerçeve içerisinde ifade edilmiştir¹⁰⁴. Bunun hemen ertesinde imzalanan Katma Protokol'de de, Rekabet Hukukunun AET. normlarına uygun hale getirilmesinin, hangi şartlarda yapılacağı esnek bir yaklaşımla dile getirilmiştir¹⁰⁵. 6 Mart tarihinde imzalanan ve 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe giren Gümrük Birliği kararında ise¹⁰⁶; diğer belgelerden farklı olarak, Rekabet Hukukuna ilişkin ikili bir ayırıma gidilmiştir. Kararın, yasaların yakınlaştırılması başlığı altındaki 4. kısmının ikinci bölümü rekabet kurallarına ayrılmış ve bu bölümde kendi içinde; "*gümrük birliğinin rekabet kuralları*" ve "*mevzuatların yakınlaştırılması*" alt başlıklarına ayrılmıştır. Her iki alt başlıkta da, diğer metinlere oranla oldukça ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Bu hükümler Avrupa Birliği rekabet kurallarının hemen hemen tıpkısıdır¹⁰⁷.

Karar'ın gümrük birliği rekabet kuralları alt başlığında; gümrük birliğinin işleyişi ile bağdaşmayan rekabet kurallarına yer verilmiştir. İşletmelere (teşebbüslere) yönelik rekabet kurallarının yer aldığı kısımdaki hükümlerin (md.32-33) Roma Antlaşması'nda öngörülen kurallardan tek farkı, Ortak Pazar ve üye ülkeler arasındaki ticareti etkilenmesi kıstasının yerine; gümrük birliğinin iyi işleyişi ve Türkiye ile Topluluk (Birlik) arasındaki ticaretin etkilenmesi kıstasları getirmesidir. Ortaklık Konseyi bu kuralların uygulanmasını sağlamak üzere Gümrük Birliği Kararı'nın yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde gerekli kuralları içeren bir karar almakla görevlendirilmiştir. Söz konusu karar alınıncaya kadar, rekabeti sınırlayıcı anlaşma karar ve uygulamalar ile hakim durumun suiistimaline ilişkin olaylarda karar verme yetkisi Türk ve Avrupa Birliği mercilerine bırakılmıştır. Gümrük Birliği Kararı'nın yürürlüğe girmesinden bu yana iki seneden fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen, henüz Ortaklık Konseyi böyle bir karar almamıştır.

Kanımızca gümrük birliğinin işleyişi ile ilgili rekabet kurallarının Türkiye açısından¹⁰⁸ doğrudan uygulanabilir bir özelliği yoktur¹⁰⁹. Bu nedenle, iç hukukta herhangi bir yasal düzenleme yapılmaksızın, bu kuralların Türk mercileri tarafından uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, gümrük birliğinin işleyişine etkide bulunan rekabeti sınırlayıcı uygulamaların, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yer itibarıyla uygulama alanına dahil olduğu söylenebilir¹¹⁰.

Gümrük Birliği Kararı'nın mevzuatların yaklaştırılması başlığı altında ise; Türk yasa koyucusu tarafından oluşturulacak olan rekabet hukuk sisteminin, Avrupa Birliği Rekabet Hukukuna temel olan Roma Antlaşması'nın 85 ve 86. maddesine dayanması ve ayrıca Birlik grup muafiyet tüzüklerinde ve Avrupa Birliği mercilerinin geliştirdiği içtihatla yer alan ilkeleri benimsemesi gerektiği kesin bir dille ifade edilmiştir¹¹¹. Bunun yanı sıra, Gümrük Birliği Kararı'nın yürürlüğe girmesinden evvel, etkin bir rekabet merciinin oluşturulması ve rekabet politikalarının koordineli olarak yürütülmesi hususunda Türk devletin görevler yüklenmiştir¹¹².

C) Fiili Ekonomik Durum Açısından

Yukarıda ifade edilen hukuki gereklerin yanı sıra, Türk ekonomisinde özellikle 1980 yılından bu yana uygulanan serbest piyasa sisteminin yarattığı fiili durum, rekabetin düzenlenmesi ve hatta yeniden tesisini gerekli kılmıştır. Bu gereklilik kendini, aynı zamanda karma ekonominin özelliklerini gösteren piyasa yapıları açısından da hissettirmektedir. Bilindiği üzere 80'li yıllara kadar Türk ekonomisi, serbest rekabet şartlarının olmadığı, rekabet kültürünün bulunmadığı¹¹³ ve devletin veya devlet tarafından himaye edilen teşebbüslerin piyasaya hakim olduğu bir yapıda bulunmaktaydı. 80'li yıllardan itibaren ithalat, para, teşvik ve rekabet gibi ekonomik politikalarda uygulanan liberalleşme süreci, Türk ekonomisinin anti rekabetçi, bozuk yapısını düzeltmede yeterli olmamıştır. Bilhassa ekonomik yoğunlaşma konusunda yapılan iktisadi analizler¹¹⁴, Türk ekonomisinde izlenen liberal politikaların piyasalardaki tekeli yapıyı fazla değiştirmedini ve rekabetçi yapının istenilen ölçüde yerleşmediğini ortaya koymaktadır¹¹⁵. Ekonomik yapıda ağırlıklarını koruyan kamu iktisadi teşebbüsleri ve rekabet düzenine alışık olmayan yerli sanayi, halen imtiyazlı durumlarını korumaktadırlar. Bu durum genel olarak ülke kaynaklarının savurgan kullanımına ve zaten var olan enflasyonist baskının daha da artmasına sebep olmaktadır.

Bu bozuk fiili durumun düzeltilmesi ve piyasaların rekabet yoluyla ıslah edilebilmesi ihtiyacı, serbest rekabetin yasal bir düzenleme yoluyla etkin şekilde korunmasını zorunlu kılmıştır¹¹⁶. Bu amaçla öngörülen 4054 sayılı Yasa, ekonomik düzendeki kartel anlaşmalarına ve ekonomik yoğunlaşmalara karşı etkin önlemlerle donatılmıştır. Fakat önemle ifade edilmelidir ki, salt Rekabet Hukuku düzenlemeleriyle rekabetin istenilen ölçüde korunması ve serbest rekabet ortamının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Yukarıda da değinildiği üzere; rekabet yasalarından beklenen faydalar, ancak siyasal iktidarlar tarafından tutarlı bir rekabet politikasının ve buna uyumlu ekonomi politikalarının izlenmesi ile gerçekleşebilir.

III- Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'dan Önceki Yasal Durum

A) Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kabul edilmesinden önce, Türk hukukunda serbest rekabetin düzeninin korunması hususunda yasal boşluk bulunmaktaydı. Siyasal iktidarlar tarafından bu boşluğun fark edilmesi ise, sanıldığı aksine 20 yıl öncesine; yani 70'li yıllara kadar uzanmaktadır¹¹⁷. İlk çalışmalar 1975 yılında hazırlanan "*Ticaretin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı*" ile başlamıştır. Bu tasarımı 1978 yılında hazırlanan "*İç ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı*" takip etmiştir. Ardından, yine Ticaret Bakanlığı bünyesinde; sırasıyla 1980 tarihli "*Ticarette Dürüstlüğün Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*", 1981 tarihli "*Ticari Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı*" ve son olarak 1983 tarihli "*Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmış, fakat bu tasarıların hiçbiri yasalaşma sürecine girememiştir. Bu çalışmalardaki ortak özellik; piyasa ekonomisi anlamında rekabet düzeninin korunmasının hedeflenmemiş olması ve tasarıların başlı başına rekabeti koruyucu kurallardan oluşmamasıdır.

Rekabetin korunmasına ilişkin ilk bağımsız ve sistematik düzenleme, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının birleşmesinden sonra, bu yeni bakanlık bünyesinde hazırlanan 1984 tarihli "*Rekabeti Sınırlayan Anlaşmalar ve Uygulamalar Hakkında Kanun Tasarısı*"dır. Bu tasarı 1985 yılında TBMM. önüne gelmiş, fakat 17. yasama döneminde sonuçlandırılmadığı için kanunlaşmamıştır. 1989 yılında bu tasarı tekrar ele alınmış; fakat yine bir sonuca ulaşılamamıştır. 1990 yılında bu kez TOBB. tarafından 1984 tarihli tasarının etkilerini taşıyan "*Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun Tasarısı*" hazırlanmış, fakat bu tasarı da kanunlaşmamıştır.

Nihayet 1992 yılında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon, 2 yıllık bir süre içerisinde inceleme konumuzu oluşturan; "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*"nı hazırlamış ve bu tasarı 7 Aralık 1994 tarihinde TBMM'de görüşülerek kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Kanun olarak Resmi Gazetede Yayınlanmıştır¹¹⁸.

Hemen belirtelim ki, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kabul edilmesinden önce de iktisadi rekabeti koruyan ve hatta Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlayıcı uygulamalara karşı tatbik edilebilmesi mümkün olan çeşitli hükümler bulunmaktaydı. Fakat çeşitli kanunlarda dağınık vaziyette olan bu hükümler, doğrudan serbest rekabet

düzeninin korunması amacını taşımadıkları gibi, rekabeti sınırlayıcı davranışların engellenmesi hususunda oldukça sınırlı uygulanabilme kabiliyetini haizdiler. Rekabet Hukukunun hukukumuz açısından neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulmasında, bu düzenlemelerin kısaca incelenmesi faydalı olacaktır. Genel olarak rekabet sınırlamalarına karşı uygulanabilme imkanı olan bu düzenlemeleri kanımızca “*haksız rekabet*” ve diğer hükümler olarak iki grupta incelemek mümkündür.

B) Haksız Rekabet Hükümleri

Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler; temel olarak Türk Ticaret Kanunu’nda yer almakla birlikte¹¹⁹, Borçlar Kanunu¹²⁰, FSEK,¹²¹ ve İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun¹²² gibi başkaca kanunlarda da haksız rekabeti düzenleyen çeşitli hükümler bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu’ndaki haksız rekabete ilişkin hükümler, 56 ve 65. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanun’a göre “*haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsniyet kurallarına aykırı sair surette iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir*”. Kanun’da öngörülen bu genel haksız rekabet halinin yanı sıra, tahdidi olmayan özel haksız rekabet halleri on bent halinde sıralanmıştır¹²³. Bu maddeleri takip eden maddelerde ise, haksız rekabet halinin ortaya çıkması durumunda bunun hukuki ve cezai sorumluluğunun ne şekilde ortaya çıkacağı, ayrıntılı ve etkin biçimde düzenlenmiştir¹²⁴.

Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülen düzenlemelerdeki temel amaç, ticari hayatın gerektirdiği dürüstlüğün ve ticari ahlakın korunmasını sağlamak ve ticaret serbestisini (rekabet özgürlüğünü) bu yönden sınırlamaktır¹²⁵. Bu kuralların dayandığı temel; ticari faaliyetlerin doğru ve dürüst ilkeleri çerçevesinde yürütülmesi ve rekabet hakkının Medeni Kanun’un 2. maddesi anlamında kötüye kullanılmamasıdır. Anılan hükümler rekabet hakkının çerçevesini dürüstlük kuralı ile çizmekte ve bu sınırların aşılması halinde, söz konusu davranış “*haksız rekabet*” olarak kabul edilmektedir.

Genel çerçevede değerlendirildiğinde; haksız rekabet kuralları ve Rekabet Hukuku kurallarının birbirlerini tamamlayan özellikleri olduğu görülür. Her iki düzenleme de; iktisadi rekabeti korumayı hedeflemekte, ticaret serbestisine sınırlamalar getirmekte ve ahlaki temellere dayanmaktadır. Fakat bu ve buna benzer ortak özelliklere rağmen, bu iki düzenleme arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla birbirlerinden ayrıldıkları hususların belirlenmesi önem kazanmaktadır¹²⁶.

Bu iki çeşit düzenleme arasındaki temel fark, kuralların yöneldiği menfaatler açısındandır. Rekabet Hukuku kuralları ile teşebbüslerin menfaati değil, sosyo-ekonomik amaçların gerçekleştirilmesi yoluyla kamu menfaatinin korunması amaçlanır. Rekabet Hukuku kuralları çerçevesinde teşebbüs ve kişilerin menfaati ancak ikinci planda kalır. Haksız rekabet kurallarında ise

korunmak istenen temel menfaat; kamu menfaati değil bireysel menfaattir. Haksız rekabet kurallarının amacı, rekabet hakkının suiistimal edilmesi sonucu ortaya çıkan durumun giderilmesi ve menfaati zedelenen rakip teşebbüsün zararının karşılanmasıdır¹²⁷.

Bunun yanı sıra Rekabet Hukuku kurallarının iktisat bilimi ile olan organik bağı ve bu kurallar vasıtasıyla ticari hayatın düzenlenmesinin öncelikle ekonomik amaçlara dayanması; haksız rekabet kurallarında görülmeyen bir özelliktir¹²⁸. Haksız rekabet kuralları ekonomik olgulara değil; ahlaki olgulara dayanır. Rekabet Hukukunun da ahlaki bir temeli olmasına karşın; bu temel haksız rekabet kurallarındaki önem ve ağırlıkta değildir.

Haksız rekabet teşkil eden bir davranış serbest rekabet düzenini, (rekabet kurallarını devreye sokan) rekabeti sınırlayıcı davranış nispetinde tehdit etmez. Haksız rekabet durumunda teşebbüslerin rekabet hakkının dürüstlük ilkesiyle çizilen sınırını rakip teşebbüs aleyhine aşması söz konusudur ve bu tip bir davranış sonucunda genel olarak sadece rekabet hakkı sınırlanan tarafın menfaatleri zedelenir. Oysa Rekabet Hukukunun ihlali teşkil eden bir davranış, rekabet düzenine zarar verir. Kıyaslamak gerekirse, haksız rekabetten farklı olarak rekabeti sınırlayıcı bir davranış, örneğin kollektif boykot halinde, genellikle diğer teşebbüslerin¹²⁹ rekabet edebilme imkanları ellerinden alınmakta ve rekabet hakkının özüne (rekabet hakkını ortadan kaldıran veya kullanılmayacak kadar kısıtlayan bir davranış söz konusu) yapılan bir müdahale söz konusu olmaktadır. Bu davranış neticesinde oluşan zarar genellikle kollektif bir nitelik arz etmekte ve rakiplerden çok toplum bundan zarar görmektedir. Bu açıdan haksız rekabet hükümlerine kıyasla, rekabet kurallarının daha üstün bir amaca hizmet ettiği söylenebilir.

Görüldüğü üzere haksız rekabet hükümleri ile serbest rekabeti koruyucu hukuk kuralları benzer konuları düzenlemekle birlikte; amaçları, korudukları menfaat ve dayandıkları temel esaslar yönünden birbirinden ayrılmaktadırlar¹³⁰. Bütün bu nedenlerle; haksız rekabet hükümleri Rekabet Hukuku kurallarının yerine getirdiği fonksiyonu gerçekleştirmekten uzaktır¹³¹. Bu iki kurumun birbirleriyle karıştırılmaması gerekir.

C) Diğer Düzenlemeler

Türk hukukunda haksız rekabet hükümleri dışında, rekabeti sınırlayıcı davranışlara karşı uygulanabilme imkanı olan başka bir takım hükümler de bulunmaktadır. Bu hükümlerin başlıcaları Türk Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Bu bağlamda, rekabeti sınırlayıcı davranışlara karşı uygulanabilecek hükümleri; Ceza Hukukunda ve Medeni Hukukta yer alan hükümler olarak iki grupta incelemek mümkündür.

1- Ceza Hukuku Düzenlemeleri

Türk Ceza Kanunu'nda rekabeti sınırlayıcı davranışlara uygulanabilecek mahiyetteki hükümler genel olarak; iş ve çalışma hürriyetine ilişkin 201. madde¹³², umumun sıhhatine yenecek ve içilecek şeylere müteallik cürümler başlığı altındaki 401. madde¹³³ ve ticaret, sanayi ve müzayedede hile ve fesat karıştırma başlığı altında yer alan 358¹³⁴, 366 ve 367. madde hükümleridir¹³⁵. Özellikle Ceza Kanunu'nun 201, 401 ve 358. maddeleri, diğer hükümlere nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Zira 366 ve 367. madde hükümleri sadece “ihale” esnasında yapılan rekabeti sınırlayıcı davranışları cezai yaptırıma bağlarken; 201. madde genel olarak ticaret serbestisini kısıtlama amacı taşıyan fiilleri, 358. madde piyasalarda fiyatın oluşumuna hile karıştırılarak piyasaların doğal akışını bozan eylemleri ve 401. madde de, sınırı oldukça geniş olarak belirlenmiş bir takım temel ihtiyaç maddelerinin karaborsacılığının yapılmasını cezai yaptırıma bağlamaktadır¹³⁶.

Bu hükümler rekabeti koruyucu kurallara kıyasla çok daha dar bir çerçeve çizmekle birlikte; bir anlamda, Rekabet Hukukunda öngörülen bir kısım yasaklayıcı düzenlemelerin Ceza Hukukuna özgü yansımalarıdır. Bu hükümlerde yer alan kanuni şartlar gerçekleştiği takdirde, somut rekabeti kısıtlayıcı davranışa hem Rekabet, hem de Ceza Hukuku kurallarının tatbik edilmesi mümkün olabileceğini belirtmek gerekir.

2- Medeni Hukuk Düzenlemeleri

Medeni Hukuk kapsamında yer alan düzenlemelerin hiçbirisi iktisadi rekabet kavramına ilişkin olmamakla birlikte, geniş bir alanda uygulanabilme özellikleri, rekabeti sınırlayıcı davranışlara da dolaylı olarak tatbik edilebilmelerine olanak tanır. Özellikle rekabet kurallarının altında yatan hukuka aykırılık düşüncesinin, kişi özgürlüğünün sınırlanması, aşırı faydalanma, ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırılık gibi çok çeşitli etik temellere dayanması; Rekabet Hukukunun ihlali teşkil eden davranışlara karşı sınırlı da olsa Medeni Hukuk vasıtalarının kullanılmasına imkan verir. Bu hususta özellikle; “dürüstlük kuralı” (MK.md.2)¹³⁷, “kişiliğin korunması” (MK.md.23-24)¹³⁸, “ahlaka aykırı fiillerden sorumluluk” (BK.md.41), “gabin” (BK.md.21)¹³⁹, “ahlaka aykırılık” (BK.md.19/2, md.20/1) ve “tehdide” (BK.md.29)¹⁴⁰, ilişkin hükümlerin uygulanması ilk olarak akla gelebilir. Bu kurumların ortak özelliği, hiç birinin herhangi biçimde rekabetin korunmasını hedef almamaları ve ekonomik değil, etik temellere dayanmalarıdır. Bu nedenle söz konusu hükümler rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemlere karşı etkin bir vasıta olmaktan uzaktır. Öte yandan, bir an için rekabeti koruyucu yasal düzenlemenin bulunmadığını varsaydığımızda, özellikle “gabin” ve “kişilik hakkının korunmasına” ilişkin

düzenlemelerin rekabeti sınırlayıcı uygulamalara karşı diğerlerine nazaran daha geniş uygulanma imkanına sahip olduğu söylenebilir.

IV- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Temel Özellikleri

A) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Türk Hukukunda serbest rekabetin korunması konusundaki yasal boşluğu doldurmuştur. Kanun, büyük ölçüde Avrupa Birliği Rekabet Hukuku kurallarından ve kısmen de Amerikan Antitröst Hukuku kurallarından örnek alınarak hazırlanmıştır¹⁴¹. Özellikle Avrupa Birliği Hukukundaki işletmelere yönelik rekabet kuralları, çok az bir değişiklikle Kanun'a aktarılmıştır¹⁴². Esasen bu durum, kara Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan Türk Hukukunun; Avrupa Birliği Hukuku ile girdiği uyumlaştırma sürecinin doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un iktisadi rekabetin korunmasına ilişkin yasal mevzuattaki boşluğu doldurmasının yanı sıra; Türk hukukuna getirdiği önemli bir yenilik; "*Rekabet Kurumu*" adı altında bağımsız bir idari örgütlenme ve bu örgütlenmenin işleyişine ilişkin çağdaş usuli hükümler öngörmesidir. Bu konu esas itibarla çalışmamızın dışında kalmakla beraber; getirilen yeniliklere kısaca değinmekte fayda vardır¹⁴³.

Kanun'la getirilen idari ve usuli yenilikleri kısaca; Kurum'un konumuna, kararlarına ve işleyişine ilişkin olmak üzere, üç grupta toplamak mümkündür. İlk olarak Kurum'un teşekkülü ve diğer kurumlarla olan ilişkileri açısından bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanmıştır. Özellikle Kurul üyelerinin atanması, görevleri ve Kurum'un mali özelliğine ilişkin düzenlemeler bunun açık göstergesidir (RKHK.md.20-26). Bunun yanı sıra, Kanun'un uygulanmasını göz etmek amacıyla kurulan Rekabet Kurumu; yasama ve yargı benzeri işlemlerde bulunabilmeyi de içeren, oldukça geniş yetkilerle donatılmıştır¹⁴⁴. Anayasa ve idare hukuku açısından bu yetkilerin ne şekilde yorumlanacağı büyük önem arz etmektedir. Son olarak Kurum'un çalışma esaslarına ilişkin düzenlemeler ise (RKHK.md.42-53), Türk İdare Hukukuna tamamen yabancı, farklı bir sistem getirmektedir. Türk İdare Hukukundaki idarenin karar alma sürecindeki "*gizlilik*" ilkesinin yerine¹⁴⁵, Rekabet Kurumu'nun teşebbüsleri ilgilendiren işlemleri için Amerikan hukukundaki "*alenilik*" ve "*şeffaflık*" ilkesi¹⁴⁶ tercih edilmiştir¹⁴⁷. Bu düzenleme, demokratik hukuk devleti olma yolunda, idari yapının yeniden teşkilatlandırılması için önemli ve örnek bir adımdır.

Kanun, sistematik açıdan altı kısım ve geçici hükümlerle birlikte altmış yedi maddeden oluşmaktadır. Bu maddelerin önemli bir kısmı, Rekabet Kurumu

teşkilatı ve rekabet usul hukukuna ait ayrıntılı düzenlemelere ilişkindir. Maddi hukuka ilişkin rekabet kuralları ise; sadece ikinci kısmın ilk bölümünde yer alan “*yasaklanan faaliyetler*” başlığı altındaki; rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasaklanması (RKHK.md.4) ve bunlara muafiyet verilmesi (RKHK.md.5), hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması (RKHK. md.6) ve birleşmelerin kontrolüne (RKHK.md.7) ilişkin düzenlemeler ile rekabet sınırlamalarının özel hukuku alanındaki sonuçlarının düzenlendiği beşinci kısımdır (RKHK. md.56-59). Ayrıca son yıllarda yürürlüğe giren kanunların genelinde olduğu gibi¹⁴⁸, Kanun’un ilk kısmında “*amaç*”, “*kapsam*” ve “*tanımlara*” ilişkin genel nitelikli hükümler bulunmaktadır.

B) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Amacı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ilk maddesinde Kanun’un amacı; “*Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak, rekabetin korunmasını sağlamak*” olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere maddede amaç ve bu amaca yönelik araçlar öngörülmüş, fakat her nasılsa yedinci maddede yer alan birleşme ve devralmalara ilişkin düzenleme kapsam dışında bırakılmıştır¹⁴⁹.

Kanun’da amaç maddesinin öngörülmesi yasa yapma tekniği açısından zorunlu bir unsur olmasa da; bu tarz düzenlemelerin kanun hükümlerinin yorumlanmasında yol gösterici olabileceği söylenebilir. Özellikle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan yasaklayıcı hükümlerin oldukça genel ve soyut ifadeler taşıması nedeniyle, bu hükümlerin yorumlanmasında Kanun’un amacı özel bir önem taşımaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da yasaklayıcı hükümlerin muğlak ifadesinin uygulamada yarattığı güçlükler, Roma Antlaşması’nın amacı¹⁵⁰ ışığında yorumlanarak aşılmaya çalışılmış¹⁵¹ ve genellikle yasaklayıcı hükümlerin geniş yorumlanması yoluna gidilmiştir.

Ne var ki Kanun’un ilk maddesinde ifade edilen “*amacın*”, bu şekilde, rekabet kurallarının yorumunda ne derece fayda sağlayabileceği şüphelidir¹⁵². Zira birleşme ve devralmalara ilişkin 7.madde hükmünün kapsam dışı tutulması bir kenara, Türkiye gibi istenilen ölçüde rekabetçi piyasa yapısının henüz pek çok sektör açısından tesis edilemediği ekonomilerde, Rekabet Hukukunun sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda kurulması amacına hizmet etmelidir. Bu nedenle rekabet kurallarının yorumunda bu hususun da özellikle dikkate alınması gerekir. Nitekim bu açıdan Kanun’un 20. maddesinde daha uygun bir ifadenin yer aldığı söylenebilir. Bu hükümde; “*Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini*” Rekabet Kurumu’nun genel vazifesi olarak öngörülmüştür.

Kanun'un bütününe dikkate alarak, yorumda bu hükmü esas almak daha uygundur¹⁵³.

C) Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Kapsamı

1- Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ikinci maddesi; Kanun'un kapsamını şu şekilde çizmektedir; *"Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu kanun kapsamına girer"*.

Bu hükmün rekabet kuralları açısından temel önemi; rekabet kurallarının kimlere ve hangi coğrafi sınırlar dahilinde uygulanacağını çerçevesinin çizilmesinde kendini gösterir. Hüküm kapsamında açıkça ifade edilmemekle birlikte, rekabet kurallarının uygulanmasında en az bu iki unsur kadar dikkate alınması gereken diğer bir husus; Kanun'un *"zamansal açıdan"* uygulanmasıdır. Bu bağlamda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un tatbikini *"konu"*, *"yer"* ve *"zaman"* açısından üç ayrı başlık altında incelemek mümkündür.

2- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı

a) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amacı, ekonomik yaşamı serbest rekabet ilkesine göre düzenlemek olunca, bu kurallarının muhatabı doğal olarak iktisadi hayatta rol alan ekonomik birimlerdir. İktisadi hayatta ise, şahıs işletmelerinden holdinglelere, kamu iktisadi teşebbüslerinden belediyelere, kooperatiflerden serbest meslek çalışanlarına kadar, birbirinden çok farklı nitelik ve amaçlarla faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlar yer almaktadır. Bu nedenle Rekabet Hukukunun konu bakımından uygulama alanının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Kanun, Rekabet Hukuku kurallarına muhatap olanları, bir başka deyişle Rekabet Hukukunun sükelerini genel olarak *"teşebbüs"* kavramı adı altında toplamış ve oldukça geniş biçimde tanımlamıştır. Kanun'un kapsamına ilişkin maddede değinilmemekle birlikte, takip eden maddelerde rekabet kurallarına muhatabı olarak ayrıca *"teşebbüs birliği"* kavramına yer

verilmiştir. Bu iki kavramın içeriğinin belirlenmesiyle, rekabet kurallarına kimlerin muhatap olacağı açıklığa kavuşacaktır.

b) Teşebbüs

ba) Kavram

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un konu bakımından uygulanmasında temel alınan kavram "*teşebbüs*"lerdir. Özellikle İdare ve Ticaret Hukuku açısından Türk hukukuna aşina olan "*teşebbüs*" terimi¹⁵⁴, Kanun'da farklı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır. Kanun'un 3. maddesine göre teşebbüs, "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlanmıştır. Kanun'un bu tanımı, teşebbüs kavramı hakkında oldukça genel bir çerçeve çizmekte ve bu genel çerçeve uygulamada da oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır.

Tanımda ilk dikkati çeken husus, "*teşebbüs*" kavramının bir hak objesi, örneğin ticari işletme gibi bir malvarlığını ifade etmek üzere kullanılmamış olduğudur. Zira tanımda belirtildiği üzere, ekonomik faaliyetin kendisi değil, bu faaliyeti yerine getiren kimse teşebbüs sıfatını haizdir. Daha anlaşılabilir bir ifadeyle, Rekabet Hukuku anlamında "*teşebbüs*", esasen "*müteşebbis*"i ifade etmektedir. Müteşebbis veya teşebbüsün ise, gerçek veya tüzel kişi olması da rekabet kurallarının uygulanması açısından farklılık yaratmaz¹⁵⁵. Bu husus tanımda açıkça ifade edilmiştir. Buna karşılık teşebbüs kavramının hukuken hak ve borç altına girebilen bağımsız bir hak süjesi ile sınırlı olmadığını da belirtmek gerekir¹⁵⁶. Hak ehliyetine sahip olabilen gerçek veya tüzel kişilik kavramı, "*teşebbüs*" kavramını açıklamada yetersiz kalmaktadır. Zira "*teşebbüs*" kavramı esasen hukuki değil, iktisadi bağımsızlık temeline dayanmakta ve bu iktisadi yaklaşım, özellikle bağlı işletme ilişkileri gibi iktisadi açıdan bağımlı ilişkilerde, hukuki kişiliğin ikinci planda kalmasına yol açmaktadır. Nitekim Kanun'daki, "*bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" ifadesi de, esasen bunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu konuya takip eden başlıklar altında kısaca değinilecektir¹⁵⁷.

Tanımdan yola çıkarak, teşebbüsün temel unsurlarını iki başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, her nasıl olursa olsun bir "*ekonomik faaliyeti yerine getirmek*" ve diğeri de bu ekonomik faaliyeti "*bağımsız*" olarak yürütmektir. Her ne kadar tanımda "*bağımsızlık*" sadece fiili gruplaşmalara ilişkin bir unsur gibi ifade edilmişse de, bunun gerçek ve tüzel kişileri de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira Rekabet Hukuku bakımından önemli olan "*hukuki bağımsızlık*" değil, "*ekonomik bağımsızlık*"tır. Gerçek ve tüzel kişilerin hukuki bağımsızlıkları bulunsa da, bu durum onların aynı zamanda ekonomik

açından bağımsız oldukları anlamına gelmez. Bu iki özelliğe sahip her türlü kişi veya kişi grubu, Rekabet Hukuku anlamında “teşebbüs” sıfatını haizdir ve Rekabet Hukuku kurallarının da muhatabıdır.

Teşebbüs kavramının açıklığa kavuşturulabilmesi için, bu iki unsur üzerinde kısaca durmak gerekir. Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla herhangi bir mal veya hizmet piyasasında, üretim, satış, pazarlama, dağıtım veya aracılık gibi ekonomik sürecin herhangi bir aşamasında faaliyet göstermek ve bu faaliyetten gelir elde etmek, “ekonomik faaliyet” unsuru açısından yeterli sayılmalıdır. Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında ekonomik faaliyet unsuru oldukça geniş yorumlanmakta ve bu bağlamda, kar elde etmek veya sadece bu amaçla faaliyet göstermek¹⁵⁸ dahi teşebbüs sayılabilmenin koşulu olarak aranmamaktadır¹⁵⁹.

Kanun’un çizdiği çerçeve açısından, piyasa veya teknik olmayan bir terimle; sektörler bakımından da bir sınırlama öngörülmemiştir¹⁶⁰. Dolayısıyla, tarım, hayvancılık, savunma, telekomünikasyon ve ulaştırma gibi sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler de, mevcut düzenleme itibarıyla rekabet kurallarının eşit olarak muhatabı durumundadır. Bu ve başkaca piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aidiyeti, daha açık bir deyimle kamunun veya özel kesimin kontrolünde olması da rekabet kuralları açısından önem taşımamaktadır. Bu bağlamda kamu tekeli olarak faaliyet gösteren teşebbüsler de Kanun’un kapsamında olacaklardır. Şüphesiz mevcut düzenlemenin bu şekilde olması, bunun ileride de aynen bu şekilde muhafaza edileceği anlamına gelmemelidir. Nitekim tarım, taşımacılık gibi bazı piyasaların rekabet açısından gösterdiği farklı özellikler ve de özellikle sosyal düşüncelerin etkisiyle Avrupa Birliği Hukuku rekabet kurallarının uygulanmasında özel rejimler öngörülmüş¹⁶¹ ve ayrıca kamu teşebbüsleri bakımından Roma Antlaşması’nın 90. maddesinde açık bir istisnaya yer verilmiştir¹⁶². Şüphesiz ülkemiz açısından bu gibi konularda Rekabet Kurumu’nun yayınlayacağı tebliğler büyük önem taşıyacaktır.

Teşebbüs kavramının diğer önemli unsuru ise; Avrupa Birliği uygulamasında en fazla uyumsuzluk çıkmasına neden olan “ekonomik bağımsızlık” unsurudur¹⁶³. Tekrar edelim ki Rekabet Hukuku açısından önem taşıyan “hukuki bağımsızlık” değil, “ekonomik bağımsızlık”tır. Ekonomik bağımsızlık denildiği vakit ise, genel olarak söz konusu birimin ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından kendi başına karar vermesi ve iktisadi politikalarını kendi tercihiyle göre oluşturması anlaşılır¹⁶⁴. Bu yerine göre bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişilik veya adi ortaklık benzeri bir yapı da olabilir. Örneğin bir ticari işletmeyi bağımsız olarak işleten tacir veya bir ticaret ortaklığını kontrol altında tutan pay sahibi, Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüstür. Aynı şekilde herhangi bir ekonomik gruba dahil olmayan ve bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürüten ticaret ortaklıkları da, Rekabet Hukuku anlamında birer teşebbüstür.

Buna karşılık, başka bir kişi veya kuruluşun iktisadi kontrolü altında bulunan veya başkası adına hareket eden ve kendi iktisadi politikasının oluşumunda söz sahibi olmayan kişi veya gruplaşmaların ekonomik anlamda bağımsız olduğu söylenemez¹⁶⁵. Bunun en açık örneğini hizmet ilişkisi içerisinde ekonomik faaliyet yürüten kişiler oluşturur¹⁶⁶. Bunun dışında bir holding etrafında kümelenen bağlı işletmeler de ayrı tüzel kişilikleri olsa dahi, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olarak nitelendirilemez¹⁶⁷. Zira bu gibi bağlı işletme ilişkilerinde, iktisadi kontrolün holdingin elinde olduğu varsayımı geçerlidir. Fakat önemle ifade etmek gerekir ki, kişinin iktisadi anlamda bağımsız olup olmadığı veya iktisadi kontrolün aidiyeti, fiili bir duruma ilişkin olması nedeniyle, tamamen somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu itibarla teşebbüs sıfatına ilişkin nitelendirmede, somut olayın özelliklerini dikkatle tetkik etmek gerekir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak, mehz teşkil eden Avrupa Birliği rekabet kurallarında, "*teşebbüs*"¹⁶⁸ kavramının tanımına yer verilmemiş ve bu kavramın neyi ifade ettiği Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarıyla tespit edilmiştir¹⁶⁹. Avrupa Birliği Hukukunda da, yukarıda belirtilen "*ekonomik faaliyet*" ve "*ekonomik bağımsızlık*" unsurları teşebbüsün belirlenmesinde merkezi önemi haizdir. Teşebbüs kavramı, ekonomik ve fonksiyonel bir yaklaşımla oldukça geniş yorumlanmakta¹⁷⁰, hukuki görünüm ise önem taşımamaktadır¹⁷¹. Buna bağlı olarak teşebbüsün hukuki görünümünde meydana gelen değişimler de, ekonomik faaliyetin süreklilik göstermesi şartıyla, teşebbüs sıfatına herhangi bir etkide bulunmamaktadır¹⁷².

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetin özelliklerine ilişkin olarak çeşitli kriterlerin de arandığını da belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, teşebbüsün yürüttüğü ekonomik faaliyetlerin belirli bir düzen ve süreye bağlı olması gerektiğidir¹⁷³. Kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetler, teşebbüs sıfatının kazanılmasında yeterli görülmemektedir. Ticari işletme kavramını çağrıştıran bir başka kriter ise, ekonomik faaliyetin kişisel ihtiyaç ölçüsünü aşması gereğidir¹⁷⁴. Alman kartel makamlarının, Avrupa Birliği Hukukunda da benimsenen ve teşebbüsün faaliyetini esas alan bu yönde bir tanımına göre; "*hukuki kalıbı ve kar amacı dikkate alınmaksızın, ekonomik faaliyetin dışında sayılamayacak ve münhasıran şahsi ihtiyaçların karşılanmasını aşan bağımsız faaliyetler Rekabet Hukukunun kapsamındadır*"¹⁷⁵. Dolayısıyla bu faaliyeti gerçekleştiren her türlü şahıs, teşebbüs olarak adlandırılabilir. Avrupa Birliği Hukukunun uygulama ile geliştirdiği bu kriterlerin, Türk hukukunda uygulanmaması için hiçbir neden yoktur¹⁷⁶.

Avrupa Birliği Hukukundaki içtihatlarla baktığımızda, avukatlar¹⁷⁷, sanatçılar¹⁷⁸, buluş sahipleri¹⁷⁹, vakıflar, ticaret ortaklıkları gibi her türlü gerçek ve tüzel kişiliğin, teşebbüs kavramı içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Bunun dışında teşebbüsün kamu veya özel kesime ait olması da nitelendirmede

önem taşımamakta, Roma Antlaşması'nın 90/2.maddesinde yer alan istisna dışında kamu kesimine ait teşebbüsler de rekabet kurallarına muhatap olmaktadır¹⁸⁰.

Bu açıklamalar göstermektedir ki; Rekabet Hukukunda kabul edilen teşebbüs kavramı, Ticaret Hukukundaki ticari işletme kavramıyla özdeş bir kavram değildir. Ticari işletmenin, Ticaret Kanunu'nda genel bir tanımı yapılmamakla beraber; çeşitli hükümlerdeki¹⁸¹ kıstaslardan¹⁸² faydalanmak suretiyle genel olarak; gelir sağlamak ve devam niyeti ile esnaf işletmeleri sınırlarını aşan ölçüdeki işletmeler olarak tanımlanmaktadır¹⁸³. Ticaret Hukukunda ticari işletmenin yanı sıra; teşebbüs kavramına da yer verilmiş ve özellikle işletme kavramı ile arasındaki genellik-özellik ilişkisi tartışma konusu yapılmıştır. Teşebbüs kavramı ve içeriği konusunda görüş birliği olmasa da¹⁸⁴, baskın görüş iktisadi teşebbüs kavramının ticari işletme kavramından daha geniş bir anlamı olduğu hususunda birleşmektedir¹⁸⁵. Fakat önemle ifade etmek gerekir ki Ticaret Hukuku anlamında gerek teşebbüs, gerekse ticari işletme, bir malvarlığı değerini ifade etmektedir. Oysa yukarıda ifade edildiği üzere Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs özel bir malvarlığından ziyade, ekonomik faaliyeti yerine getiren bir süreyi ifade etmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, ticari işletmenin kendisi değil, ancak ticari işletmeyi işleten veya onun iktisadi kontrolünü elinde tutan tacir veya tacirler Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olabilir. Fakat hemen belirtelim ki, her ne kadar uygulamada bu iki kavram genellikle örtüşecekse de, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs, tacirden geniş bir anlam ifade etmektedir.

bb) Özel Durumlar

Rekabet Hukukunun teşebbüs kavramına ilişkin ekonomik aktiviteleri baz alan fonksiyonel yaklaşımı, beraberinde bir takım sorunlar doğurmaktadır. Teşebbüs kavramına ilişkin olarak Avrupa Birliği uygulamasında da ortaya çıkan bu sorunları, genel olarak iki grupta toplamak mümkündür. Bunlardan ilki "*ekonomik bağımsızlık*" unsurunun yarattığı sorunlar, diğeri ise rekabet kurallarının uygulanmasında kamu kesiminin konumudur.

bba) Ekonomik Bütünlük-Hukuki Kişilik

Yukarıda da ifade edildiği üzere, teşebbüs bir malvarlığı veya ekonomik faaliyeti değil, ekonomik faaliyetin sahibini ifade etmekte ve bu anlamda özne sıfatını taşımaktadır. Bununla birlikte, bu öznenin hukuken bağımsız olarak hak ve borç altına girebilen hak öznesi ile özdeş olmadığını ve teşebbüs kavramının bundan daha geniş bir alanı kapsadığını belirtmek gerekir. Her ne kadar bu ekonomik faaliyetin yürütülmesi çoğu kez bağımsız hak süjesi konumundaki

gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilecekse de, bazı hallerde teşebbüs, gerçek veya tüzel kişilerden oluşan fiil bir gruplaşma veya Kanun'un ifadesiyle "*bağımsız karar verebilen ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden birim*" mahiyetinde de olabilir¹⁸⁶. Böyle bir ihtimal ise, çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Öncelikli olarak teşebbüsün ne zaman gerçek veya tüzel kişilik değil de, bu kişilerden oluşan bir ekonomik bütün olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespiti takiben, rekabet kurallarının bu "*ekonomik varlık*"¹⁸⁷ veya "*ekonomik bütünlük*" karşısında nasıl uygulanacağını, örneğin 4.madde anlamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın bu ekonomik varlığa dahil kişiler arasında uygulanabilip uygulanamayacağına değinmek gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere teşebbüs sıfatının belirlenmesinde önem taşıyan ekonomik birimin hukuki bağımsızlığı değil, iktisadi bağımsızlığıdır. İktisadi ve hukuki bağımsızlık ise, birbirleriyle özdeş veya örtüşen kavramlar değildir. Hak ehliyetine sahip ve hukuken bağımsız olan bir gerçek veya tüzel kişinin, ekonomik faaliyeti yerine getirirken iktisadi açıdan bağımlı olması, örneğin iktisadi kontrolünün bir başka teşebbüse ait olması mümkündür. Özellikle ticari hayatta yer alan ekonomik birimlerin, "*konsorsiyum*", "*konzern*", "*holding*" ve "*ortak girişim*" gibi karmaşık hukuki ve fiili şekillerde örgütlenmesi ve bunların içe ve dışa yönelik ilişkilerinin farklılaşması karşısında, rekabet kurallarının amaca uygun olarak tatbik edilebilmesi için iktisadi ve hukuki bağımsızlığın birbirlerinden ayrılması büyük önem taşımaktadır¹⁸⁸.

Genel olarak bir ekonomik birimin iktisadi açıdan bağımsız olup olmadığı, iktisadi politikaların ne şekilde oluşturulduğu, bu politikaların oluşumunda belirleyici etkinin kime ait olduğu meselesi ile ilgilidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, bir teşebbüs iktisadi politikalarını kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda, kendi bünyesi içerisinde oluşturup uygulayabiliyorsa, o takdirde söz konusu teşebbüsün iktisadi açıdan bağımsız olduğu söylenebilir. Aksi bir ifadeyle söz konusu ekonomik birim, faaliyetini başka bir teşebbüsün "*iktisadi kontrolü*"¹⁸⁹ altında olmadan yürütüyorsa ve karar ve politikalarında söz sahibi olan bizzat kendisi ise, iktisadi bağımsızlık koşulu yerine getirilmiş sayılmalıdır. Bu anlamda "*iktisadi kontrol*", hukuki değil, fiili bir duruma ilişkindir ve bu kontrolün hangi hukuki araçlarla sağlandığı önem taşımamaktadır. Önemli olan iktisadi kontrolün kalıcı ve sürekli olmasıdır. Burada söz konusu olan ekonomik birimlerin bir bütün olarak algılanması olunca, bir teşebbüsün bir ekonomik birimini iktisadi kontrolünü elde etmiş sayılması için basit bir etkileşim yeterli değildir. İktisadi kontrolün aidiyeti veya hukuki kişiliklerin ekonomik bir bütün teşkil edip etmediği, her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirilmelidir¹⁹⁰.

İşte yukarıda belirttiğimiz çerçevede iktisadi anlamda bağımsız olan ve herhangi bir başka teşebbüsün iktisadi kontrolü altında bulunmayan ekonomik birimler, hukuken bağımsız hak öznesi olup olmadığına bakılmaksızın Rekabet

Hukuku anlamında “teşebbüs” sayılırlar. Esasen bunlar aynı zamanda bağımsız birer hak öznesi, yani gerçek veya tüzel kişi ise, o takdirde ortaya herhangi bir problem çıkmaz. Söz konusu gerçek kişi veya tüzel kişi, -ki olayların önemli bir kısmında “tacir” sıfatını haiz olacaktır-, teşebbüs sayılacaktır. Bununla birlikte söz konusu ekonomik birim, hukuken bağımsız gerçek veya tüzel kişilerden meydana gelen bağımsız bir “ekonomik bütün” ise, o takdirde “kimin”, daha doğru bir deyişle “neyin” teşebbüs olarak nitelendirileceği meselesi ortaya çıkar.

Her ne kadar bu mesele tamamen yukarıda belirttiğimiz çerçevede iktisadi bağımsızlığın bulunup bulunmadığına göre çözümlenecekse de, bunun kolay bir değerlendirme olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira bu mesele, kimlerin Rekabet Hukuku yaptırımlarından sorumlu tutulacağı¹⁹¹, bu ekonomik bütüne dahil kişiler arasındaki ilişkinin Rekabet Hukuku kapsamına girip girmeyeceği, grup muafiyeti tebliğlerinin tatbik edilip edilemeyeceği¹⁹², hakimliğin tespitinde kim veya kimlerin esas alınacağı, yer itibarıyla yargılama yetkisi¹⁹³, gibi pek çok alt meseleyi beraberinde getirmektedir. Üstelik iktisadi bağımsızlığın izafi bir olgu olduğu ve sadece somut olayın özellikleri değil¹⁹⁴, aynı zamanda uygulanacak rekabet kurallarına bağlı olarak değişebileceği göz önünde tutulursa¹⁹⁵, bağımsız bir hak öznesi teşkil etmeyen gruplaşma veya birliklerin kavramsal ve hukuki bir temele oturtulması da kolay olmayacaktır. Kişilik teorisinin ve özellikle tüzel kişiliğin temelinde yatan “bağımsızlık-ayrılık”¹⁹⁶ ilkesinin göz ardı edilmesi bir kenara, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren kişiler arasındaki ekonomik bağımlılığın veya kontrolün çok farklı görünüm ve derecelerde ortaya çıkması¹⁹⁷, iktisadi bağımsızlık ve dolayısıyla “ekonomik bütünlük” teorisinin, pratik olarak da kolay bir şekilde uygulanmasına önemli bir güçlük yaratmaktadır¹⁹⁸. Bu durum ise, hukuki bağımsızlığın önemini artırmaktadır.

Kanımızca “ekonomik bütünlük” teorisinin ortaya çıkaracağı bu gibi problemlerin çözümünü genel bir kurala bağlamak mümkün gözükmemektedir. “İktisadi bağımsızlık” ve “ekonomik bütünlük” kavramlarının uygulanmasında katı bir yaklaşımdan ziyade, somut olay ve özellikle tatbik edilecek rekabet normlarının özelliklerini dikkate alan esnek bir yaklaşımı tercih etmek en uygun çözüm olacaktır. Bu tip bir incelemenin ise, çalışmamızın boyutlarını aşacağı açıktır. Bu itibarla burada sadece ekonomik bütünlük teorisinin uygulamada en sık rastlanılan görünümü olan “bağlı işletme ilişkileri” ve maddi anlamda rekabet kurallarının bu ilişkiler karşısındaki tatbikatı üzerinde kısaca durmak yeterli olacaktır.

Rekabet Hukukunun teşebbüs kavramına verdiği bu anlam, uygulamada bağlı işletme veya grup içi ilişkilerinde özel bir önem taşımaktadır. Hukuken bağımsız olmakla birlikte, iktisadi açıdan birbirlerine (çifte ortaklık) veya bir başka teşebbüse (holding, konzern) bağımlı konumda olan ortaklıklar arasındaki ilişkiyi ifade eden bağlı işletme ilişkileri, hukuki ve iktisadi bağımsızlığın birbirlerinden ayrıldığı en yaygın uygulama örneğini oluşturur. Genellikle tüzel

kişilik bünyesinde faaliyet gösteren yavru işletmelerin, iktisadi kontrol açısından ana teşebbüse bağımlı olduğu “*holding*” veya “*konzern*” tipi yapılanmalar şeklinde ortaya çıkan bağılı işletme ilişkileri, rekabet kurallarının uygulanmasında hukuki kişiliğin göz ardı edilmesi ve dolayısıyla yavru ortaklığın “*tüzel kişilik perdesinin aralanması veya yok sayılmasına*” sahne olmaktadır¹⁹⁹. Esasen tüzel kişilik perdesinin aralanması, sadece Rekabet Hukukuna özgü bir durum değildir. Başka hukuk dallarında da, “*dürüstlük kuralı*” çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin aralanabileceği kabul edilmektedir²⁰⁰. Fakat belirtelim ki Rekabet Hukuku bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanması “*dürüstlük kuralı*” değil, doğrudan bir Kanun hükmüne (RKHK.md.3) dayanmaktadır.

Meseleye maddi anlamda rekabet kurallarının uygulanması açısından baktığımızda ise, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin, Rekabet Hukuku kapsamına girmediğini kabul etmek gerekir. Zira prensip olarak yavru ortaklıklar iktisadi açıdan bağımsız olmadıkları gibi, bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz²⁰¹. Bu tür bağılı işletme ilişkilerinde iktisadi bağımsızlığın bulunmadığı karinesi geçerlidir. Şüphesiz bu durum, özellikle 4 ve 7. maddeler açısından önem taşıyacaktır. Zira Kanun’un 6. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanılması, daha çok dışa dönük ilişkiler bakımından bir anlam ifade eder.

Temel olarak rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarını önlemeye yönelik 4. madde hükmü, bağılı ortaklıklar arasındaki ilişkilerde gerçek anlamıyla bağımsız bir irade veya irade uyuşmasından söz edilemeyeceğinden ötürü uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Burada irade uyuşmasından ziyade, üstün bir iradeye uyulmasından söz etmek daha doğru olacaktır. Dolayısıyla şeklen rekabeti sınırlayıcı dahi olsa, yavru ortaklıklar veya bunlarla ana ortaklık arasındaki anlaşmalar 4.madde kapsamına girmemelidir Bu tip anlaşmalar için “*bildirim yükümlülüğü*” (RKHK.md.10) olmadığı gibi, “*muafiyet*” alma gereği de bulunmamaktadır (RKHK.md.5). Bunlar ancak “*menfi tespit belgesine*” konusu olabilir (RKHK.md.8). Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, Komisyon ve Adalet Divanı pek çok önüne gelen pek çok olayda²⁰² prensip olarak yavru ve ana ortaklık arasındaki anlaşmaların 85/1.madde anlamında rekabeti sınırlayıcı olmadığına karar vermiş ve bunu yukarıda ifade ettiğimiz “*ekonomik birlik*” teorisine dayandırmıştır²⁰³.

Aynen 4.maddede olduğu gibi, 7. maddenin de ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki birleşmelere uygulanması mümkün değildir. İktisadi bağımsızlığa bağılı olarak teşebbüs olma sıfatı bir kenara, 7. maddenin amacı da aksi bir yaklaşımın kabulüne imkan vermez. Zira 7. madde, piyasalarda ekonomik faaliyeti kontrol eden süjelerin azalmasını, kısaca yoğunlaşmayı önlemeye yönelik bir hükümdür. Bağılı işletme ilişkilerinde ise, iktisadi politikaların ana ortaklık tarafından belirlendiği varsayımı geçerli olduğuna göre,

ekonomik birlik içerisindeki birleşme ve devralmaların ekonomik faaliyeti kontrol eden sùjelerde bir azalmaya yol açtığını söylemek güçtür. Bu itibarla bağı ortaklıklar arasında gerçekleşen birleşme ve devralmalar Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bunun doğal sonucu ise, bu tip birleşmeler için izin mecburiyetinin bulunmamasıdır. Bununla birlikte, iktisadi bağımsızlığın tespit edilmesindeki güçlük ve bu kavramın izafiliği, izin mecburiyeti açısından hukuki bağımsızlığın esas alınmasını gerektirebilir.

Bağı ortaklıkların dışa yönelik faaliyetleri açısından ise, mesele daha karmaşık bir görüntü arz eder. Öncelikle ifade etmek gerekir ki burada sorun, bağı ortaklığın taraf olma sıfatı veya yukarıda olduğu gibi, söz konusu davranışın Rekabet Hukuku kapsamına girip girmediği ile ilgili değil, ana ortaklık veya ekonomik bütünlüğün teşebbüs kapsamına dahil edilip edilmeyeceği ile ilgilidir. Bu sorun daha çok söz konusu davranışın ekonomik gruba izafe edilebilirliği ile ilgili olmakla birlikte, özellikle 6 ve 7. maddeler için hukuka aykırılık açısından da önem taşır.

Belirtmek gerekir ki, dışa dönük faaliyetler açısından yukarıda olduğu gibi genel bir kural koymak mümkün değildir. İktisadi bağımsızlık ve buna bağı olarak ekonomik birliğin bulunup bulunmadığı, her olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Zira grup içi ilişkilerden farklı olarak, dışa yönelik faaliyetler açısından rekabet gibi bir kavramdan faydalanmak mümkün olmadığı gibi, bağı ortaklıklar dışa yönelik ekonomik faaliyetlerinde daha bağımsız hareket ederler. Özellikle günümüzde, işletme yönetiminde karar alma inisiyatifinin yerelleşmesi ve bağı ortaklıkların daha geniş bir hareket alanına sahip olması, dışa yönelik faaliyetlerin Rekabet Hukuku açısından daha farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir²⁰⁴.

bbb) Rekabet Kuralları Açısından Kamu Kesimi

Sosyal devlet ilkesinin bir doğal bir sonucu olarak, devletin ekonomik yaşama doğrudan müdahalede bulunması oldukça yaygın bir olgudur. Devletin genellikle kamu iktisadi teşebbüsleri eliyle yaptığı bu müdahalenin sonucu olarak; piyasalarda özel teşebbüslerin yanı sıra kamu kesimine ait teşebbüsler de ekonomik faaliyette bulunur. Eşitlik ilkesinin²⁰⁵ bir gereği olarak, piyasa ekonomisi sistemindeki düzenin tahrip olmaması için, özel teşebbüsler kadar kamu teşebbüslerinin de piyasa kurallarına, dolayısıyla serbest rekabetin gereklerine uygun biçimde davranmaları gerekir. Bu varsayımdan hareketle, Rekabet Hukuku kurallarının konu bakımından uygulanmasında genelde kamu ve özel teşebbüs ayırımı yapılmamakta ve rekabetin işleyişine olumsuz etkide bulunan davranışlar kimin tarafından yapıldığı dikkate alınmaksızın yasaklanmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ise, kamuya ait işletmelerin rekabet kurallarına muhatap olacaklarına ilişkin herhangi bir ifadeye yer

verilmemiştir. Öte yandan bunun aksi bir ifadeye de yer verilmemiş ve hatta 2. maddenin gerekçe kısmında, rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir²⁰⁶. Esasen özellikle piyasaların önemli bir bölümünde kamu teşebbüslerinin hakim olduğu ve uzun yıllar karma ekonominin uygulandığı Türkiye gibi bir ülkede, “*kamu iktisadi teşebbüsleri*”nin²⁰⁷ rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulması da gerçekçi bir yaklaşım değildir.²⁰⁸

Bununla birlikte Kanun’da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi, hiç bir istisna gözetilmeden tüm kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına muhatap olacakları şeklinde de yorumlanmamalıdır. Zira bazı hallerde, ekonomik faaliyetin yürütülmesindeki kamusal menfaat, rekabet kurallarının tatbik edilmesinden elde edilecek faydadan üstün olabilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının kapsamında olduğu 90. maddede açıkça ifade edilmekle beraber, yine aynı maddede²⁰⁹; genel ekonomik faydaya hizmetle görevlendirilmiş kuruluşlarla²¹⁰, mali tekel niteliğine sahip teşebbüsler²¹¹ için, onlara bırakılan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellediği ölçüde, rekabet kurallarının uygulanmasına istisna getirilmiştir²¹². Hemen belirtelim ki Adalet Divanı istisna kapsamındaki bu halleri oldukça dar yorumlamakta²¹³ ve rekabet kuralları kamu kesimine yaygın bir şekilde uygulamaktadır²¹⁴.

Türk Hukukunda ise, bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulup tutulmayacağı; eğer tutulacak olursa, muafiyetin şartları ve hangi teşebbüslerin bu kapsamda değerlendirileceği herhalde Rekabet Kurulu’nun yaklaşımına göre ortaya çıkacaktır. Bu yaklaşım ise büyük olasılıkla yayınlanacak tebliğlerde somutlaşacaktır.

c) Teşebbüs Birlikleri

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un konu bakımından uygulanmasında, “*teşebbüs*” kavramı nispetinde önemli olmamakla birlikte, göz önünde tutulması gereken bir diğer süje; “*teşebbüs birlikleri*”dir²¹⁵. Kanun’daki maddi yasaklayıcı kurallar açısından teşebbüs birliklerine ilişkin ifade sadece 4. madde çerçevesinde yer almıştır²¹⁶. Dolayısıyla uygulama alanının teşebbüslere oranla oldukça sınırlı olduğu söylenebilir. Teşebbüs birliği Kanun’un 3. maddesinde: “*teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik*” şeklinde tanımlanmış ve aynen teşebbüs kavramında olduğu gibi, burada da hukuki şekilden ziyade fiili durumu esas alan, oldukça geniş kapsamlı bir ifadeye yer verilmiştir. Bu çerçevede, “*teşebbüs birliği*” kavramının da hukuki kişilik kavramından daha geniş olduğunu, teşebbüslerin oluşturduğu tüzel kişiliği olmayan fiili

gruplaşmaların da, bağımsız birer hak öznesi teşkil etmemesine rağmen teşebbüs birliği kapsamında kabul edilebileceğini belirtmek gerekir²¹⁷.

Teşebbüs birliğinin varlığından söz edebilmek için, her şeyden evvel ortada son tahlilde²¹⁸ Rekabet Hukuku anlamında teşebbüslerden bir araya gelen bir gruplaşma ve fiili birliktelik olması gerekir. Bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunmayan ekonomik birimlerin oluşturduğu gruplar için “*teşebbüs birliği*” değil, duruma göre “*konzern*” veya “*holding*” sıfatı daha uygun düşer. Teşebbüs birliğinin mutlak suretle yukarıda belirttiğimiz özellikleri haiz teşebbüslerden oluşması gerekmektedir. Oluşturulan birlikteliğin mutlaka bir tüzel kişilik²¹⁹ bünyesinde faaliyet göstermesi gerekmez. Önemli olan belirli amaçlar²²⁰ için sürekli veya en azından süreklilik niyetiyle bir araya gelmektir²²¹. Sürekli olmayan fiili birliktelikler ise “*teşebbüs birliği*” olarak değil, koşulları gerçekleştiği takdirde ancak “*uyumlu eylem*” kapsamında mütalaa edilebilir²²². Ayrıca teşebbüslerin bir araya gelmesiyle güdülen amacın ticari nitelik taşıması gerekmediği gibi, teşebbüs birliğinin herhangi bir ticari ve ekonomik faaliyette bulunması da söz konusu değildir. Buna karşılık “*teşebbüs birliği*”, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunuyor ise, o takdirde kendisi de aynı zamanda “*teşebbüs*” olarak değerlendirilebilir²²³.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da kamu kurumu niteliğinde meslek teşekküllerine ilişkin olarak herhangi bir istisna öngörülmediğinden ötürü, yasalarla kurulan bu tip meslek kuruluşları da teşebbüs birliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da uygulama bu yöndedir²²⁴. Bu bağlamda ticaret, ziraat, sanayi odaları, barolar ve bunların bir araya getirdiği üst kuruluşlar Rekabet Hukuku kapsamında teşebbüs birliği olarak değerlendirilebilir. Fakat değerlendirme somut olay çerçevesi içinde yapılmalı ve özellikle kamusal niteliği olan bu teşebbüslerin yasadan kaynaklanan ve rekabete aykırı düşebilecek yetkilerinin kullanılmasının söz konusu işlem ve eylemlerde çekingen davranılmalıdır.

3- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Yer Bakımından Uygulama Alanı

Türk kanunları, kural olarak Türkiye sınırları içerisinde uygulanır. Milletlerarası hukukta “*ülkesellik ilkesi*”²²⁵ olarak adlandırılan bu prensip ışığında, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un da, Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilen Rekabet Hukuku ihlallerine uygulanması gerektiği söylenebilir. Buna göre, Kanun’un 4.maddesi ülke dışında akdedilen bir kartel anlaşmasına değil, ancak ülke içerisinde akdedilen bir kartele karşı uygulanabilir. Ülke dışında gerçekleşen Rekabet Hukuku ihlalleri, Kanun’un kapsamı dışında kalacaktır.

Bununla birlikte Rekabet Hukukunun yer itibarıyla uygulanmasına ilişkin meselenin bu kadar yalın olmadığını belirtmek gerekir. Öncelikle rekabeti sınırlayıcı davranışların nerede gerçekleştirildiğini daha doğru bir ifadeyle nerede ika edildiğini tespit etmek, her zaman çok kolay olmayabilir²²⁶. Günümüzdeki ekonomik ilişkilerin karmaşıklığı ve özellikle ticarete ulusal sınırların büyük ölçüde ortadan kalkması, Rekabet Hukuku ihlalinin nerede gerçekleşmiş olduğunun tespitini büyük ölçüde güçleştirmektedir²²⁷. Bundan da önemlisi, ihlalin nerede gerçekleştiği tespit edilse dahi, bunun etkisini gösterdiği yer ile gerçekleştiği yer farklılaşabilmekte ve hatta etki birden fazla devlette doğabilmektedir. Örneğin bir ihracat kartelinde anlaşma ihraç ülkesinde, zararlı etkiler ise, ithalat ülkesinde doğmaktadır. Böyle bir durumda ise, gerçek anlamda Rekabet Hukuku ihlalinin gerçekleştirildiği yerin, anlaşmanın akdedildiği yer olarak mı, yoksa zararlı etkinin gerçekleştiği yer olarak mı kabul edileceği tartışma konusu yapılabilir.²²⁸

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Rekabet Hukukunun sadece ülke sınırları içerisinde uygulanabileceğini söylemek gerçekçi bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Kanun'un amacının Türkiye sınırları içerisindeki piyasalarda rekabetin korunması olduğu düşünülecek olunursa, nerede gerçekleştiği dikkate alınmaksızın, etkisini Türk piyasalarında gösteren her türlü sınırlayıcı davranışın Kanun'un kapsamına girmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ulusal piyasadaki rekabetin etkin bir şekilde korunması, ancak Rekabet Hukukunun ülke dışındaki eylem ve işlemlere ve dolayısıyla yabancı teşebbüslere de uygulanması ile mümkün olur. Nitekim Dünya'daki uygulamaya bakıldığında, Rekabet Hukuku kurallarının ülke dışı tatbik edilebileceği genellikle kabul edilmekte²²⁹ ve bu konu, Devletler Hukukunda önemli tartışmalara sahne olmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da da, Rekabet Hukukunun ülke sınırları dışında uygulanabileceği dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Kanun'un 2. maddesine göre; "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*"

Kanun'un bu hükmü çerçevesinde; Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışın Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilmiş olması veya bu davranışı gerçekleştiren teşebbüsün Türkiye'de faaliyet göstermesi yahut ikametgahının Türkiye'de bulunması, rekabet kurallarının uygulanması açısından fark yaratmaz. Rekabet Hukuku kurallarının uygulanması için önemli olan, söz konusu Rekabet Hukuku ihlalinin olumsuz etkilerinin Türkiye'deki piyasalarda

gözlenmesidir. Bu sayede dış piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin de, Kanun hükümlerinin kapsamında olduğu esas kabul edilmiştir.

Bununla birlikte genellikle kabul edildiğinin aksine²³⁰, kanımızca Kanun'daki bu hükmün Rekabet Hukukundaki “*etki doktrinini*”²³¹ esas aldığını söylemek güçtür²³². Zira bu ifade dikkatle incelendiğinde görülecektir ki, burada sadece “*piyasaların etkilenmesi*” değil, bunun yanı sıra “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet göstermek*” kriteri öngörülmüştür. Dolayısıyla Türkiye’de mukim veya daha doğru bir ifadeyle Türkiye’de faaliyet gösteren her türlü teşebbüs kendiliğinden Kanun’un kapsamında olduğu gibi, Türkiye sınırları içerisinde faaliyet göstermemekle birlikte, davranışları ile Türk piyasalarını etkileyen teşebbüsler de Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kapsamında olacaktır.

Kanun’daki bu düzenlemeye bağlı olarak, Türkiye’de faaliyet göstermekle birlikte, Türk piyasalarını etkilemeyen “*ihracat kartelleri*” gibi uygulamalar²³³ Kanun’un kapsamına girebilecektir. Belirelim ki, “*etki teori*”sinin diğer boyutunu oluşturan bu durum, dış ticarete ulusal rekabet gücünü artırdığı için, genellikle ulusal mevzuatlarda veya yargı kararlarında hoş görü ile karşılanmaktadır²³⁴. Buna karşılık ülkemiz hukuku açısından, en azından Kanun hükmünün yorumundan çıkan anlama göre, bu tür uygulamalar rekabet kurallarına muhatap olacaktır.

Avrupa Birliği Hukukunda da rekabet kurallarının Birlik dışında uygulanabileceği ve yabancı teşebbüslerin rekabet kurallarına muhatap olduğu tereddütsüz kabul edilmekle birlikte²³⁵, bunun hangi temele dayandığı hususu tartışmalıdır²³⁶. Komisyon ve Adalet Divanı bu konuda net bir tutum sergilemekten kaçınmakta ve hatta zaman zaman birbirlerinden farklı yaklaşımlar sergilemektedir²³⁷. Bu nedenle ülke dışı uygulamaya ilişkin teorik değerlendirmeler genellikle somut olayla sınırlı kalmaktadır. Örneğin rekabet kurallarının Birlik sınırları dışındaki uygulamasına emsal teşkil eden olayların önemli bir kısmında ana-yavru ortaklık ilişkisi bulunması²³⁸, kuralların uygulamasını “*etki teorisini*”ne değil de, genellikle “*ekonomik bütünlük*” teorisine dayandırılmasına yol açmıştır²³⁹. Buna karşılık bir kısım kararlarda ise²⁴⁰ -ki bunlar özellikle yabancı ülkede mukim teşebbüslerin, araya herhangi bir yavru ortaklık girmeksizin doğrudan iç pazarda rekabeti fark edilebilir ölçüde kısıtlamasının söz konusu olduğu durumlara ilişkindir-, “*etki teorisinin*” izleri görülmektedir²⁴¹. Fakat belirtelim ki, özellikle Adalet Divanı bu doktrini açık bir şekilde telâffuz etmekten kaçınmakta²⁴² ve meseleyi daha çok “*ülkesellik prensibini*” geniş yorumlayarak çözümlene yolunu tercih etmektedir²⁴³.

Teorik açıdan rekabet kurallarının ulusal sınırlar dışında uygulanması Rekabet Hukukuyla izlenen amaca uygun gözükmeyle beraber, bu durumun aynı zamanda başka bir ülkenin yargılama yetkisine müdahale teşkil etmesi, Rekabet Hukukunun fiilen tatbikinde henüz açıklığa kavuşturulamamış önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar²⁴⁴. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da;

yabancı firmalardan bilgi alınması, yerinde araştırma yapılması, kararların tebliğ edilmesi ve hükmün icra edilmesi gibi çeşitli safhalarda, Komisyon güçlüklerle karşılaşmaktadır²⁴⁵.

4- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Prencip olarak kanunlar Resmi Gazete'de yayınlanmaları ile yürürlüğe girer ve bu tarihten sonra cereyan eden olaylara uygulanırlar²⁴⁶. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 64.maddesinde de, idari para cezalarına ilişkin olarak öngörülen bir yıllık geçiş süresi dışında bu genel kural benimsenmiştir. Bu düzenlemeye göre; Kanun, Resmi gazetede yayınlandığı gün olan 13 Aralık 1994 tarihinde, idari para cezalarına ilişkin düzenlemeler ise, bundan tam bir sene sonra; 13 Aralık 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun hukuken 1995 yılı başından bu yana yürürlükte olmakla beraber; Kanun'un gerçek anlamıyla uygulamasını sağlayacak olan Rekabet Kurumu; Rekabet Kurulu üyelerinin 27 Şubat 1997 tarihinde atanması nedeniyle, ancak 5 Kasım 1997 tarihinde teşekkül etmiştir²⁴⁷. Rekabet Kurumu, Kanun'un etkili biçimde uygulanmasında önemli bir yer tutan idari işlem ve yaptırımlar hususunda münhasır yetkilidir²⁴⁸. Bu itibarla Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasındaki bu gecikme, Kanun'un bu geçen süre içerisinde fiilen uygulanamamasına yola açmıştır²⁴⁹.

Yukarıda ifade edildiği üzere Rekabet Korunması Hakkında Kanun temel olarak yürürlükte bulunduğu süre içerisinde gerçekleşen olaylara uygulanır. Buna karşılık rekabeti sınırlayıcı davranışların genelde süreklilik göstermesi karşısında, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da etkilerini devam ettiren davranışlar için düzenleme yapma gereği doğmaktadır. Bu gerekliliği göz önünde tutan kanun koyucu, Kanun'un geçici 2. maddesiyle²⁵⁰ bu tip durumlar için, Rekabet Kurumu'nun teşekkül etmesinden itibaren 6 aylık bir geçiş dönemi öngörmüştür²⁵¹. Bu düzenleme çerçevesinde, Rekabet Kurumu teşkilatının oluşturulmasını izleyen 6 aylık süre içerisinde (5 Mayıs 1998), mevcut her türlü rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve kararların bildirilmesi gerekmektedir. Bildirimde bulunmak, özellikle idari para cezaları, muafiyet ve dolayısıyla rekabeti sınırlayıcı hukuki işlemlerin geçerlilikleri bakımından önemli sonuçlar doğurur²⁵².

AÇIKLAMALAR

¹ “İktisadi sistem”, kişisel refah düzeyini yükseltmek amacıyla izlenen yollara, uygulanan yöntemlere ve kullanılan araçlara verilen isimdir (Özgüven, sh. 20, 177).

² “Klasik liberalizm”, “liberal kapitalizm” ve “sanayi kapitalizmi” gibi değişik isimlerle adlandırılan bu dönem içerisinde, doğal hayatta olduğu gibi; ekonomik hayatta da herhangi bir müdahaleye gerek olmaksızın her şeyin kendi kuralları içinde daha iyi işleyeceği savunuluyordu. *Adam Smith*’in iktisadi liberalizminden kaynağını alan bu sistemde, hürriyetler sosyal ve iktisadi düzenin kendiliğinden dengeye gelmesi için yeterliydi ve devlet hiçbir şekilde iktisadi olayların akılını durdurmamalıydı (DPT., sh.1,2; Özgüven, sh.180,181).

³ 20. yüzyılın başından itibaren yaşanan büyük değişimler, toplumların yaşamlarını da büyük ölçüde etkilemiştir. Siyasal hayatta daha fazla katılımcı demokrasi, düşünsel alanda liberalizme ve iktisadi sömürüye tepki olarak ortaya çıkan sosyalizm, sosyal alanda işçi sınıfı hareketleri ve bunların dışında büyük yıkıma sebep olan iki dünya savaşı, serbest piyasa ekonomisinden sosyal piyasa ekonomisine doğru geçişin zeminini hazırlamıştır.

⁴ Klasik liberalizmin öngördüğü, küçük ekonomik birimlerden oluşan özgürlükler düzeni, 19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarından itibaren, şirketleşme, himayecilik ve kartelleşme sürecinin yarattığı ağır ekonomik ve sosyal buhranlar neticesinde tahrip olmuş ve devlet zorunlu olarak ekonomik hayat müdahalede bulunmuştur. Özellikle 1929 yılında baş gösteren ekonomik buhran, liberalizme olan güveni sarsmıştır.

⁵ Çağdaş anlamıyla serbest piyasa ekonomisinde liberal ekonominin temel ilkeleri korunmakla birlikte, devlet sosyal ve ekonomik mülahazalarla iktisadi hayatın sağlıklı biçimde işlemesine yönelik olarak müdahalede bulunmaktadır. Özellikle bu amaca yönelik olarak geliştirilen sosyal piyasa ekonomisi, sosyal devlet anlayışının getirdiği sosyal adalet düşüncesi ve piyasa ekonomisi etkinliği arasında başarılı bir sentez oluşturmuştur (Türk, Sosyal Piyasa Ekonomisi, sh. 120 vd.).

⁶ DPT., sh. 1

⁷ Rekabet teşebbüsler açısından etik temelleri olan bir davranış biçimidir. Rekabetin teşebbüsler tarafından yeterli ölçüde uygulanabilmesi ancak rekabet bilinci ve yeterli ölçüde rekabet kültürüne sahip toplumlarda gerçekleşebilir.

⁸ Erkan, Küçük İşletmeler, sh.19; D.P.T., sh.7; krş. Willimsky, sh.54

⁹ Ekonomik yoğunlaşma (*iktisadi temerküz*) öyle bir süreçtir ki, bu süreç içerisinde büyük işletme ve teşebbüslerin sayısı artarken, küçük işletme ve teşebbüsler ya ortadan kalkmakta ya da büyük teşebbüslere bağımlı hale gelmektedir. Bu süreç içerisinde büyük işletmelerin pazar payı, küçük ve orta boydaki işletmelerin zararına olarak çoğalmakta ve ekonomik güç belirli ellerde toplanmaktadır. Ekonomik gücün; işbirliği yapma, dikey bütünleşmeler, karteller, konzernler, birleşmeler ve pazara egemen teşebbüsler biçiminde gerçekleşmesi mümkündür (Özsunay, sh. 4 vd.).

Bu münasebetle belirtelim ki burada belirtilen “*iktisadi temerküz*” veya “*konsantrasyon*”, bağımsız teşebbüsler arasında birleşme düzeyine çıkmayan birliktelikleri de kapsayacak şekilde kullanılmakta ve dolayısıyla 7.madde çerçevesinde ifade ettiğimiz “*konsantrasyon*” teriminden daha geniş bir anlam taşımaktadır (bkz. aşağıda İkinci Bölüm/§3/II/A). Bu bağlamda, buradaki konsantrasyonu “*geniş manada konsantrasyon*”,

7. maddede ifade ettiğimiz konsantrasyonu ise, “*dar ve teknik manada konsantrasyon*” veya “*yapısal konsantrasyon*” olarak adlandırmak mümkündür.

¹⁰ Günlük kullanımda rekabet terimiyle, ortak amaçlar için mücadele eden kimseler arasındaki yarışma ve rakiplik durumu kastedilmektedir. İktisadi anlamda ise; teşebbüslerin fiyat ve fiyat dışı çeşitli araçlarla sürdürdükleri, piyasada en büyük payı elde etmeye yönelik yarışma süreci anlamına gelir. Belirtelim ki rekabet kavramına verilen bu anlam, klasik iktisat teorisinin bir yaklaşımıdır.

¹¹ Akıncı, sh.3; DPT., sh.4; Lagro, sh.13 vd.; Erkan, Küçük İşletmeler, sh.19; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.213; Smit/Herzog, sh.125; Whish/Sufrin, sh.1; İnan, RKHK., sh.249

¹² Ekonomi biliminde matematiği ön plana çıkararak, rekabete farklı anlam veren yaklaşım “*neo klasik*” ekoldür. Klasikler tarafından piyasa süreci olarak adlandırılan rekabet, neo klasikler tarafından piyasa yapısı olarak algılanmıştır.

¹³ Akıncı, sh.3,4; DPT., sh.5; Lagro, sh.13; Özgüven, sh.265; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.212; Whish/Sufrin, sh.1,2

¹⁴ Tam rekabet piyasası ideal olanı ifade etmekle birlikte, ekonomik hayatın gerçekleri karşısında ütöpik boyutta kalmaktadır. Keza aynı şekilde, tam rekabet piyasasının karşıtı olarak ifade edilen tekel piyasası da çok sık rastlanan bir piyasa şekli değildir. Günümüzde piyasaların önemli bir kısmı yukarıda bu iki piyasa türü arasında kalmaktadır.

¹⁵ Ticaret Hukuku ve Medeni Hukukta, rekabete ilişkin olarak yer alan düzenlemelerin tümünde; rekabet bir piyasa yapısından çok, davranış biçimi ve mücadele süreci anlamına gelecek biçimde kullanılmaktadır (bkz. aşağıda §2/III/B; ayrıca krş. Poroy, Ticari İşletme, sh.196,197; İmregün, sh.80)

¹⁶ RKHK.’nin genel gerekçesinde aynen şu ifadelere yer verilmektedir : “*Genel olarak piyasa ekonomilerinde rekabet; kar, satış miktarı ve pazar payı gibi belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtık şeklindeki ilişkiler süreci olarak tanımlanmaktadır. Rekabet firmaları daha verimli olmaya, kaliteli ve düşük bedelle daha fazla ürün ve hizmet sunmaya yönelten çok önemli bir süreçtir...*”

¹⁷ Hizmet rekabeti pek çok faaliyeti içeren üst bir kavramdır, dolayısıyla servis rekabeti, garanti rekabeti gibi farklı görünümdeki rekabet unsurlarını bünyesinde toplamaktadır.

¹⁸ Rekabet burada teşebbüsler arasındaki bir mücadele süreci veya rakiplik durumu olarak tanımlandığına göre; ekonomik anlamda mücadeleye konu olabilecek her türlü değerler Rekabet Hukukunun da konusu olabilir. Bu açıdan rekabetin ne şekilde ortaya çıktığı önem taşımaz. Şüphesiz mücadele temel olarak fiyat açısından cereyan etmekteyse de, bazı piyasa yapıları açısından fiyat rekabeti önem taşımaz. İşte bu gibi piyasalarda fiyat dışında kalan ve ikincil rekabet diyebileceğimiz, fiyat dışı rekabet görünümüleri önem kazanır. Dolayısıyla somut olayda rekabetin bu görünümlerinden herhangi biri hakkında yapılan kısıtlayıcı anlaşma, Rekabet Hukuku ihlali anlamına gelir. Örneğin rakip teşebbüsler bir araya gelerek yeni teknolojiler kullanmayacaklarına ilişkin bir anlaşma yaparlarsa veya tüketiciye sunacakları hizmetleri ve bunların niteliklerini birlikte tespit ederlerse, bu konulara ilişkin aralarındaki taahhütler rekabeti

sınırlayıcıdır. Fakat belirtmek gerekir ki, fiyat dışındaki konulara ilişkin yapılan bu gibi sınırlayıcı davranışların değerlendirilmesinde daha çekingен davranılmalıdır.

¹⁹ DPT., sh.5,17; Akıncı, sh.5; Türk, Sosyal Piyasa Ekonomisi, sh.126,127; Tiryakioğlu, sh.1

²⁰ RKHK.'nun amacı ve Kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümleri göz önünde tuttuğumuzda, rekabet kavramını rakiplik durumu veya mücadele sürecinden ziyade, piyasa şekli olarak algılamak daha doğru olur. Meseleye Kanun hükümleri çerçevesinde bakıldığı takdirde, bu durum açık bir şekilde görülmektedir. Örneğin birleşme ve devralmaların kontrol edilmesine ilişkin 7.madde hükmü, rakiplik ve mücadele sürecinin korunmasını değil, piyasa yapısının korunmasını amaçlamakta ve bu amaca yönelik yoğunlaşmaları denetlemektedir. Bu maddenin işletilebilmesi için taraflar arasında rekabet olgusunun bulunması şart olmadığı gibi, bulunsa dahi, bu durum hukuka aykırılığın ortaya çıkışı bakımından ikincil nitelik taşımaktadır. Zira burada önemli olan rekabetin sınırlanması değil, piyasadaki rekabetin azalması, daha doğru bir ifadeyle piyasanın yoğunlaşması ve yukarıda ifade edilen ideal piyasa şeklinden uzaklaşmasıdır. Rekabet teorisi bu piyasa modelinden uzaklaşdığı takdirde, rekabetten beklenen yararların gerçekleşmeyeceğini varsaymaktadır. Meseleye 6.madde açısından bakıldığında da, benzer bir durum karşımıza çıkar. Bilindiği gibi 6. madde hakim teşebbüsün ekonomik gücünü rekabeti bozacak şekilde kullanmasını önlemeye yönelik bir hükümdür. Faaliyetleri yasaklanan teşebbüsün hakim konumda bulunduğunu dikkate aldığımızda, hakimliğin bir sonucu olarak yasaklanan faaliyetlerin rekabeti kısıtlamasından ziyade, piyasa yapısı açısından tehlike doğurduğu kolaylıkla görülecektir. Zira hakim teşebbüsün büyük olasılıkla herhangi bir teşebbüs veya teşebbüslerle rekabet içerisinde olmadığı düşünülecek olunursa, rekabetin sınırlandırıldığından bahsetmek de güçleşir. Nitekim örnek kötüye kullanma hallerinden “b”, “c”, “d” ve “e” bentlerinde bu durum açıklıkla görülebilmektedir. 4.madde açısından da benzer bir durum söz konusudur. Burada da hukuka aykırılığın ortaya çıkması açısından rakiplik veya rekabet olgusunun bulunması gerekmemekte ve piyasadaki rekabetin olumsuz etkilenmesi yeterli ve gerekli olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu madde açısından rakiplik durumunun diğerlerine nazaran daha büyük önemi haiz olduğunu belirtmek gerekir. Kanun hükümleri dışında, meseleye Rekabet Hukukunun amacı açısından baktığımızda da, rekabet terimiyle bir piyasa şeklinin kastedildiğini kabul etmek gerekir. Zira Rekabet Hukukunun nihai amacı rekabet sürecinin korunması değil, piyasadaki rekabet yapısının korunması ve bu sayede rekabetten beklenen faydaların elde edilmesidir.

²¹ RKHK.' dan örnek vermek gerekirse, 4. madde açısından rekabetin bozulması denildiği vakit (krş. md. 6/2.d), buradaki rekabet kavramı rakiplik durumundan daha çok piyasadaki rekabet yapısını çağrıştırmaktadır. Keza 7. maddede ifade edilen rekabetin önemli ölçüde azalması, rakiplik durumunu değil, piyasa yapısındaki değişimleri ifade etmektedir. Aynı şekilde 5/c. maddesindeki rekabetin ortadan kalkmaması ile kastedilen de, rakiplikten ziyade, bir piyasa yapısıdır. Ayrıca 1.maddenin gerekçe kısmı ve 20.maddede, rekabet açıkça piyasa yapısı anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır.

²² RKHK.'nun başlangıç kısmı (md.3) ve genel gerekçe kısmı dışında, 4.maddedeki “rekabetin engellenmesi ve kısıtlanması” deyimleri ve 5. maddedeki; “rekabetin zorunlu

olandan daha fazla sınırlanmaması” şeklindeki ifadeler, piyasa yapısından ziyade rakiplik durumunu çağrıştırmaktadır.

²³ Her ne kadar rekabet terimiyle bir piyasa yapısı kastediliyor olsa da, rekabet süreci veya rakiplik olgusunun piyasa yapısından kesin bir şekilde ayrılmasının mümkün olmadığını ve hukuka aykırılık bakımından da rekabet sürecinin önem taşıdığını belirtmek gerekir. Bu durum 4 ve 7. maddeler açısından açık bir şekilde görülmekte ve rakiplik durumu, hukuka aykırılıkta belirleyici olmaktadır (bkz. İkinci Bölüm §1/III/C/2 ve §3/II/B/1).

²⁴ Bu ikinci duruma verilebilecek en güzel örnek, 4. madde çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı bir ilişkinin “*de minimis*” doktrini çerçevesinde piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyecek nispette olmaması ve bu nedenle hukuka uygun olarak nitelendirilmesidir (bkz. İkinci Bölüm §1/III/C/4).

²⁵ Rekabet kavramı, Rekabet Hukuku literatüründe her iki anlama gelecek şekilde kullanıldığı gibi, ekonomi biliminde de farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Hatta ekonomistler arasında rekabet kavramına ilişkin çok çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bu konuda, Chicago, Freiburg, Harvard ekolu gibi çeşitli ekoller ortaya çıkmıştır (bu konudaki farklı görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Lagro, sh.14,15; Çapoğlu, sh.6 vd.; Katırcıoğlu, sh.1 vd.).

²⁶ Kintner, sh.227; İnan, Maddi Hukuk, sh.68; Stockmann, sh.25 vd.; Ersin, Görüş, sh.39; Budak, sh.130; Poroy, sh.63; Türk, Sosyal Piyasa Ekonomisi, sh.124

²⁷ Devletin rekabetin olağan düzenini bozacak şekilde müdahale etmesi, rekabeti koruyucu ulusal hukuk düzenlemelerinin konusu dışındadır. Bu tip bir düzenleme, ancak Avrupa Birliği örneğinde olduğu gibi ulusal üstü hukuk düzenlerinde mevcut olabilir. Bu itibarla rekabet kuralları ve Rekabet Hukuku denildiği vakit, antitröst (*antitrust*) anlamında sadece ekonomik hayatta faaliyet gösteren birimlere veya Kanunun kullandığı terminolojiye uygun olarak “*teşebbüslere*” yönelik rekabet kuralları kastedilmektedir. Bu münasebetle ifade edelim ki, her ne kadar rekabete aykırı devlet işlem ve eylemleri genel olarak Rekabet Hukukunun kapsamı dışındaysa da, iktisadi kontrolü ve aidiyeti devlete ait olan teşebbüslerin rekabete aykırı faaliyetleri Rekabet Hukukunun kapsamına girer (bkz. aşağıda §2/IV/C/2/b/bb/bbb).

²⁸ Türk, Sosyal Piyasa Ekonomisi, sh.123; Aslan, AT., sh.47,48; krş. Poroy, sh.62

²⁹ Bkz. aşağıda §2/III/B

³⁰ Erkan, sh.33; Ersin, Görüş, sh.39; Barlas, sh.148

³¹ Teşebbüslerin rakipleriyle anlaşarak aralarındaki iktisadi rekabeti askıya almaları, en tipik Rekabet Hukuku ihlalini oluşturur. “*Kartel anlaşmaları*” olarak adlandırılan bu gibi birliktelikler, Rekabet Hukukunun önlemeyi hedef aldığı davranışların başında gelmektedir. Bununla birlikte ticari hayattaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların büyük çoğunluğu “*kartel*” gibi yatay anlaşmalar şeklinde değil, “*tek satıcılık*”, “*franchising*”, “*lisans*” gibi dikey anlaşmalar şeklinde ortaya çıkmakta ve rekabetin ihlal edilip edilmediği ekseriya bu gibi anlaşmalar bakımından tartışma konusu yapılmaktadır.

³² Olağan şartlar altında, teşebbüslerin tek başlarına rekabet sürecini yönlendirme veya piyasadaki rekabet şartlarına etkide bulunma gibi bir imkanları yoktur. Bu ancak belirli bir ekonomik güce sahip olmayı, daha açık bir deyişle, ilgili piyasada hakim durumda olmayı gerektirir. Gerçi ilgili piyasada hakim konumda, bir başka deyişle rekabet baskısından bağımsız olarak hareket edebilme imkanına haiz olmamakla birlikte, buna

yakın bir ekonomik güç de rekabet şartlarına etkide bulunmaya imkan verebilir. Bununla birlikte böyle bir durumda teşebbüsün rekabet şartlarını bozmaya yönelmesi, kendisi açısından rasyonel bir davranış olmaktan uzaktır.

³³ Yoğunlaşma olarak nitelendirdiğimiz bu süreç ve bu amaca yönelik faaliyetlerin teşebbüslere sağladığı faydalar, hiç şüphesiz bu ifade edilenlerden ibaret değildir. Rekabet, genel ekonomik düzen ve dolayısıyla toplum için ne kadar yararlıysa, rekabetin sınırlanması da, bunu gerçekleştiren teşebbüsler için o kadar yararlıdır. Teşebbüsler başka teşebbüslerle yaptıkları işbirliği ve hatta kurumsal birlikteliklerle, araştırma geliştirme harcamaları gibi teknik ve piyasalara giriş kolaylıkları, yeni yatırım alanları, dikey bütünlük sağlamak gibi ekonomik yararlar ve dolayısıyla rekabet avantajları elde ederler. Bunların yanı sıra, uluslararası rekabet gücünün artırılması ve çeşitli vergi avantajları sağlanması mümkün olabilmektedir (krş. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.933).

³⁴ RKHK.'nun genel gerekçe kısmında da ifade edildiği üzere, serbest rekabet düzenini korumayı amaçlayan bu gibi hukuki düzenlemeler, “*rekabet sınırlamaları hukuku*”, “*kartel hukuku*” ve “*antitröst hukuku*” gibi farklı isimler altında da ifade edilmektedir.

³⁵ İleride açıklanacağı üzere RKHK.'nun birleşme ve devralmalara ilişkin 7. maddesi ile, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin 4. maddesi, piyasadaki rekabet açısından zararlı sonuçlar gerçekleşmeden uygulanma imkanını haiz hükümlerdir. Bu durum 7. maddede benimsenen “*izin sistemi*” çerçevesinde açık bir şekilde görülebilmektedir. RKHK.'nun 6. maddesi ise daha çok eylem şeklinde ortaya çıktığından dolayı, bu madde kapsamında kötüye kullanma teşkil eden davranışların önceden tespit edilebilmesi güçtür. Bununla birlikte istisnaen de olsa bu imkanın mevcut olduğunu da kabul etmek gerekir.

³⁶ Yeri gelmişken belirtelim ki, her ne kadar Rekabet Hukuku kurallarının korumayı amaçladığı piyasadaki rekabet düzeni ve dolayısıyla korunan menfaat kamu menfaatiyse de, RKHK.'daki yasaklayıcı hükümler ve bunlara aykırı davranışların özel hukuk alanındaki sonuçları dikkate alındığında, meselenin bu kadar basit olmadığı kolaylıkla anlaşılır. Her şeyden önce Kanun'da yer alan yasaklayıcı hükümlerin tamamı sadece kamu menfaatinin korunması amacıyla konmamıştır. Özellikle 6. madde, sadece piyasadaki rekabeti değil, aynı zamanda hakim teşebbüsün kötüye kullanma teşkil eden davranışlarına muhatap olan teşebbüsleri, -ki bu teşebbüsler ekseriya ekonomik açıdan zayıf konumdadırlar- koruma amacı da taşımaktadır. Yine 4 ve 6. maddenin ihlali neticesinde ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğu da, kanımızca rekabet kuralları ile sadece genel kamu menfaatinin korunmadığının bir göstergesidir. Bu maddelerin ihlali neticesinde rakip teşebbüslerin zarara uğramaları halinde fail veya failerin bu zararı tazmin etmek zorunda olması, rekabet kuralları ile teşebbüslerin de menfaatlerinin ayrıca korunduğuna işaret etmektedir.

³⁷ “*Workable competition*”

³⁸ Tam rekabet modelinin ticari hayatta gerçekleşmesi güç bir model olması itibarıyla, Rekabet Hukukunun temel aldığı piyasa yapısı “*tam (atomistik) rekabet piyasası*” değil, “*çalışabilir rekabet piyasası*”dır. Bu piyasa yapısının özelliklerini belirtmek gerekirse; önemli ölçüde aynı olan ürün veya hizmet için uygun sayıda temin kaynağı ve uygun sayıda potansiyel müşteri bulunmalıdır; hiçbir teşebbüs rakiplerini zorlayacak kadar güçlü olmamalıdır; teşebbüsler kar ve zarar yoğunluğuna hevesli olmalıdır; piyasaya yeni girecek olanlar, diğerlerinin daha önce girmiş olmaları dışında başka engellerle karşılaşmamalıdır ve piyasada yasal politik veya ticari anlaşmalardan kaynaklanan bir

esas nedeniyle bir teşebbüs veya teşebbüs grubuna önemli bir ayrıcalık tanınmamış olmalıdır (Aslan, AT., sh.51-54; ayrıca krş. Jacquemin, sh.8; Roth, sh.158; Goyder, sh.10; Whish/Sufrin, sh.11; Craig/de Burca, sh.886).

³⁹ Aslan, sh.2

⁴⁰ Örnek vermek gerekirse, Avrupa Birliği Hukukunun temel metnini teşkil eden Roma Antlaşmasında öngörülen rekabet kurallarının altında yatan en önemli nedenlerden biri, “*tek pazar*” hedefinin gerçekleşmesidir. Rekabet Hukuku kuralları, bu pazarın oluşturulması bakımından önemli bir araç olarak görülmekte ve bu durum Komisyon ve Adalet Divanı’nın verdiği kararlarda ifadesini açık bir şekilde bulmaktadır (Aslan, AT., sh.12; Bellamy/Child, sh.33; Whish/Sufrin, sh.14,15; Tekinalp/Tekinalp, sh.328; Korah, sh.9; Pappalardo, sh.17; Delsaux, sh.23; Craig/de Burca, sh.887; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.2).

⁴¹ Aslan, sh.3 vd.

⁴² Akıncı, sh.7; Ersin, Görüş, sh.41; Aslan, sh.3; D.P.T., sh.8

⁴³ Akıncı, sh.15; Aslan, sh.3; DPT., sh.14

⁴⁴ Goyder, sh.9; Stockmann, sh.20,21; DPT., sh.14

⁴⁵ Stockmann, sh. 21,22; Goyder, sh.9; Aslan, sh.3

⁴⁶ Aslan, sh.5

⁴⁷ Nitekim 1982 Anayasasının tüketicilerin korunması ile ilgili 172. maddesinin gerekçesinde bu husus dolaylı olarak ifade edilmektedir. Gerekçeye göre :“*Tüketicinin korunması ancak serbest piyasa ekonomisinde mümkün olabileceğinden, bu piyasanın gereklerine uygun olarak serbest rekabet şartlarının sağlanması ve tekel ve kartellerin önlenmesi gerekmektedir.*”

⁴⁸ Tüketicilerin korunması düşüncesine örnek gösterilebilecek bir başka hüküm, 6. maddenin “e” bendinde yer alan; “*Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*” şeklindeki düzenlemedir (bu hükmün eleştirisi için bkz. Akıncı, Eleştiri, sh.56). RKHK.’ da yer alan hükümler dışında, 7. maddeye dayanılarak çıkarılan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 no’lu Rekabet Kurumu Tebliği’nde de, tüketicilerin menfaati birleşmelerin değerlendirilmesinde bir unsur olarak öngörülmüştür (md.6/1.b)

⁴⁹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/B/3

⁵⁰ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/§1/III

⁵¹ Aslan, sh.6

⁵² R.G., t.12.08.1997, S. 23078, Tebliğ No : 1997 /1

⁵³ Benzer şekilde 4. madde yasağı bakımından söz konusu olan “*de minimis*” doktrini (kavram için bkz. İkinci Bölüm/§1/III/C/4), pratikte kobilerin 4. madde yasağına tabi olmaması sonucunu doğuracak ve bu çaptaki teşebbüslerin fiilen Rekabet Hukuku kurallarından muaf tutulması gibi sonuç ortaya çıkacaktır.

⁵⁴ Willimsky, sh.54; Aslan, sh.7; Fikentscher, sh.728,729; Nitekim bu düşünce Anayasanın gerekçe kısmında aynen şu şekilde ifadesini bulmuştur : “*Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim hem de hizmet sektöründe önlemek, konzeronların hakimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır.*”

⁵⁵ Özellikle Amerikan Rekabet Hukukunun ortaya çıkışındaki temel neden, kişi özgürlükleri ve haklarının korunmasına bağlı olarak özel sektördeki ekonomik gücün

dağılması ve bu yolla demokrasinin güvence altına alınmasıdır. Bu felsefe kapsamında tekeller ve karteller politik gücü elde edebilecek demokrasi için tehlike olarak görülürler.

⁵⁶ Rekabeti düzenleyici yasalar çok eski tarihlere kadar uzanır. Örneğin Jules Caesar'ın İmparatorluğu döneminde çıkarılan "Lex Julia de Annona" ile o günün koşullarına göre en önemli mal olan, mısır piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı faaliyetler düzenlenmiştir. Yine Roma hukukunda Diocletian devrinde yapılan bir düzenlemeyle, fiyatların enflasyon nedeniyle artmaması ve malların arzının suni olarak kesilmemesi için önlemler alınmıştır (MS.301). Roma hukukunda rekabeti düzenleyici en geniş kapsamlı düzenleme İmparator Zeno döneminde, temel ihtiyaç maddelerinin ticaretini kartele benzer anlaşmalar ve tekeller yoluyla sınırlandırılması halinde müeyyideler öngören 483 tarihli Zeno Emirnamesi ile yapılmıştır (Fikentscher, sh.711 vd.; Akıncı, sh.41).

⁵⁷ Akıncı, sh.41; DPT., sh.10

⁵⁸ 27 Mayıs 1890 tarihli "Sherman Yasası" (*The Sherman Antitrust Act*) günümüze kadar pek fazla değiştirilmeksizin uygulanmış ve Amerikan Antitröst Hukukunun temelini oluşturma özelliğini kaybetmemiştir. Toplam 7 maddeden oluşan yasa, rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar (md.1) ve tekelleşme (md.2) durumlarını yasaklamakta; ve bunlara aykırı fiillerin hangi yaptırımlara tabi olacağını düzenlemektedir. Bunun yanı sıra söz konusu Yasa'da, bu gibi hukuka aykırı eylemlerin soruşturmasında başsavcılarının, yargılamalar için ise Federal mahkemelerin görevli olduğu öngörülmektedir (md.4).

⁵⁹ Söz konusu anlaşmalar hakkında bkz. İkinci Bölüm/§1/III/E/2 ve İkinci Bölüm/§1/III/E/3

⁶⁰ "Standard Oil" ile 1882 yılında başlayan tröstleşme süreci, viski, şeker ve pamuk sektöründe devam etmiş ve daha sonra yerini holdingleşme sürecine bırakmıştır. Amerikan Rekabet Hukukunun, "*antitröst hukuku*" (antitrust law) olarak adlandırılmasının altında yatan, tröstlerin engellenmesi düşüncesidir. Özellikle demiryolu taşımacılığında yaşanan kartelleşme ve tröstleşme olgusu (fiyat ayırimcılığı ve bağlama anlaşmaları), rekabeti koruyucu yasal düzenlemeler yapmayı zorunlu hale getirmiştir (Kintner, sh.8).

⁶¹ Bu zorunluluk ise kendini özellikle çiftçiler, işçiler ve küçük sanayiciler bakımından hissettirmiş ve bu kesimin baskılarıyla önce bir takım federe devletlerde (Illinois, Minnesota, Ohio vs..) ve daha sonra da Federal Devlet bünyesinde yasal düzenleme yapılmıştır (Kintner, sh.7 vd.). Serbest rekabetin düzenlenmesine olan ihtiyaç öylesine güçlü olmuştur ki, Sherman Yasası'nın bekleneni verememesi sebebiyle, 1912 başkanlık seçimlerinde Antitröst hukuku temel mesele olarak tartışılmıştır (Whish/Sufrin, sh. 17).

⁶² Sherman Yasası'ndan sonra Rekabet Hukukuna ilişkin çıkarılan temel yasalar 1914 tarihli Clayton (*Clayton Act*) ve yine aynı tarihli Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission Act*) yasalarıdır. Clayton Yasası Sherman Yasası'nda öngörülmeyen birleşme ve spesifik bir takım rekabet sınırlaması hallerini düzenlerken (yıkıcı fiyat, münhasır satıcılık gibi), Federal Ticaret Komisyonu Yasası, rekabet yasalarına aykırı davranışların önlenmesinde Amerikan başsavcısına yardımcı olmak üzere Federal Ticaret Komisyonu adı altında bağımsız bir soruşturma kurumunun kurulmasını öngörmektedir. Clayton Yasası ile Sherman Yasası hükümleri arasındaki temel farklılık, "*per se*" ihlaller dışında kalan durumlarda, bir davranışın Sherman yasasına göre yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu davranışın rekabete aktüel zararlı etkilerinin olması gereğidir. Buna karşılık Clayton Yasası'nda muhtemel zararlı etkileri olması

yeterli görülmektedir (Kintner, sh.22). Bu yasalardan sonra da rekabet kurallarını daha işler hale getirmek amacıyla; Robinson Patman Act (1936), Miller-Tydings Act (1937), Mc Guire Act (1951), Wheeler-Lea Act (1938) ve Antitrust Improvements Act olarak adlandırılan bir dizi yasa daha yapılmıştır.

⁶³ Özellikle “*per se*” ve “*rule of reason*” doktrininin yaratılması ve dinamik bir Rekabet Hukuku oluşturulmasında yüksek mahkemenin önemli payı bulunmaktadır (Akıncı, ABD. Rekabet Hukuku, sh.147,148; Özsunay, sh.25; Kintner, sh.21).

⁶⁴ Almanya’da 1923 yılında kabul edilen “*Ekonomik Gücün Kötüye Kullanılması Hakkında Kanun*”a rağmen 2. Dünya savaşının sonuna kadar olağanüstü boyutlarda kartelleşme ve tekelleşme gözlenmiştir. Savaş sonrasında ise, Freiburg ekolünün sosyal pazar ekonomisi anlayışını temel alan, 1958 tarihli “*Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun*” (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,-GW-) yürürlüğe sokulmuştur.

İngiltere’de ise 2. Dünya savaşını izleyen yıllarda sırasıyla; “*Tekeller ve Sınırlayıcı Uygulamalar Hakkında Kanun*” (Monopolies and Restrictive Practises Act), 1956 tarihli “*Kısıtlayıcı Ticaret Uygulamaları Kanunu*” (Restrictive Trade Practices Act) ve 1973 tarihli “*Dürüst Ticaret Kanunu*” (Fair Trading Act) kabul edilmiştir.

⁶⁵ Topluluk Rekabet Hukuku, rekabet yasası bulunmayan ülkelerde uygulanıyordu ama son yıllarda bu yeterli görülmedi ve Topluluk Rekabet Hukuku, üye devletlerce ulusal yasalar olarak kabul edildi. Daha önceden rekabet yasaları olan ülkeler ise, bu doğrultuda uyarlamalar yaptılar (bkz. Delsaux, sh.25).

⁶⁶ Örnek vermek gerekirse; monopol, oligopol ve tam rekabet piyasası gibi belirli piyasa yapıları ve bunlar hakkında, fiyatın oluşumu, teşebbüs davranışları gibi temel bilgilere sahip olmaksızın, Rekabet Hukukunu sağlıklı bir şekilde uygulamak oldukça güçtür.

⁶⁷ Örneğin ilgili teşebbüslerin ekonomik analizleri bir kenara, Rekabet Hukuku kapsamına giren olayların tamamında, “*ilgili piyasanın*” belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Başlı başına piyasanın belirlenmesi bile, çoğu kez kapsamlı ekonomik ve sosyal araştırmaları, örneğin tüketici anketleri yapılmasını gerektirir. Üstelik piyasanın tespit edilmesi, araştırma ve değerlendirmelerin sadece ilk aşamasını oluşturur. Bunun yanı sıra, piyasanın yapısal özellikleri, giriş engelleri, piyasanın yoğunluğu gibi çeşitli meselelerin de aydınlığa kavuşturulması gerekir (bu kavram hakkında bkz. İkinci Bölüm/§2/II/B). Bu incelemeler ve değerlendirmeler ise, ciddi emek, sermaye ve zamana ihtiyaç gösterir. Bu münasebetle belirtelim ki, Rekabet Hukukunun kısa bir geçmişi olan ülkemizde, bu konuda bir eksiklik duyulması kuvvetle muhtemeldir.

⁶⁸ Budak, sh.132

⁶⁹ Budak, sh.133

⁷⁰ Edis, sh.11 vd.; Güriz, sh.88; Aslan, sh.13; Tekinay, sh.17,18; Oğuzman, sh.2,3

⁷¹ Oğuzman, sh.3; Tekinay, sh.18; Güriz, sh.88; Edis, sh.11

⁷² Menfaat nazariyesine temel alan görüşe göre, kamusal menfaati ilgilendiren kurallar kamu hukukuna, buna karşılık ferdi menfaatleri ilgilendiren kurallar özel hukuka aittirler (Edis, sh.13,14; Güriz, sh.85).

⁷³ Emredicilik (irade hürriyeti) nazariyesine göre, kamu hukuku tarafların iradelerine rağmen onları yükümlülük altına sokan kuralların uygulama alanıdır, özel hukuk ise tarafların haklarını diledikleri gibi tasarruf edebildikleri bir alandır. Sonuç olarak bir kuralın aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmamasına göre yapılan bir ayırımdır (Edis, sh.15; Güriz, sh.85).

⁷⁴ Yönetilen-yöneten ayırımını temel alan kıstasa göre, yönetenlerle yönetilenler arasındaki ilişkiler hakkındaki kurallar kamu hukukunu, buna karşılık sadece yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen kanunlar ise özel hukuku meydana getirirler (Edis, sh.15).

⁷⁵ Uygulama biçimindeki farklılığa dayanan kritere göre; bir kural yetkili makamlar tarafından kendiliğinden uygulanıyorsa kamu hukuku alanına, aksi halde özel hukuk alanına girer. Kamu hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamak üzere etkin hukuki imkanlardan faydalanılır (Edis, sh.16).

⁷⁶ Bu görüş taraftarlarına göre kamu-özel hukuku ayırımı, hukuki ilişkinin taraflarının altlık üstlük ilişkisi içerisinde, ya da eşitlik esasına göre hareket edip etmediklerine göre yapılmalıdır. Burada temel alınan süjelerin hukuki durumlarıdır (Edis, sh.16 vd.; Güriz, sh.85).

⁷⁷ Güriz, sh.85,86; Edis, sh.12 vd.

⁷⁸ Adı geçen kıstasların eleştirisi için bkz. Güriz, sh.85-86; Edis, sh.11-18

⁷⁹ Özelleştirme idaresi tarafından yapılan özelleştirme suretiyle devirler, bu kuralın istisnasını teşkil ederler.

⁸⁰ Aslan, sh.17; krş. Tiryakioğlu, sh.20

⁸¹ Akıncı, sh.21

⁸² İnan, sh.48

⁸³ Özellikle haksız fiil esaslarına dayalı tazminat sorumluluğu bunun açık örneğini oluşturur (RKHK.md.57-59).

⁸⁴ Örneğin RKHK.'nın 56/1.maddesi, Kanun'un 4.maddesine aykırı olduğundan ötürü geçersiz olan anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceğini belirtmekte ve daha önce yerine getirilen edimlerin sebepsiz zenginleşme esaslarına göre yapılacağını hükme bağlamaktadır (BK.md.63,64).

⁸⁵ Örnek vermek gerekirse RKHK.'nın 56/2.maddesi, BK.'nın 65.maddesi hükmünün bu Kanun'dan doğan ihtilaflara uygulanmayacağını hükme bağlayarak, Borçlar Hukuku genel esaslarından ayrılmıştır.

⁸⁶ Örnek vermek gerekirse RKHK.'nın 6.maddesi anlamında hakim durumdaki bir teşebbüsün "kelepçeleme uygulaması" şeklindeki kötüye kullanma teşkil eden davranışı, aynı zamanda gabin kapsamında değerlendirilmesi mümkündür (BK.md.21). Şüphesiz böyle bir ihtimalde, gabin kurumunun şartlarının da gerçekleşmesi gerekmektedir.

⁸⁷ Bkz. aşağıda §2/IV/C/2/b/bb/bba

⁸⁸ Bkz. İkinci Bölüm/§1/II ve özellikle §1/III/D

⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm/§1/III ve özellikle Üçüncü Bölüm/§2

⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm/§2

⁹¹ Rekabet Hukuku kurallarının genel özelliklerinden hareketle, bu kurallarını uygulanmasına muhatap olan teşebbüslerin daha çok tüzel kişilik, daha doğru bir ifadeyle ticaret ortaklığı şeklinde ortaya çıkacağı rahatlıkla söylenebilir. Zira Kanun'da yer alan her üç yasaklayıcı hükmün uygulanması için de, teşebbüslerin belirli bir ekonomik güce sahip olması gerekecektir. Örneğin 4.madde açısından "*de minimis*" doktrini, 6.madde kapsamına giren teşebbüsün piyasada hakim durumda olma zorunluluğu ve nihayet 7/2.madde anlamında hakkında izin alınması gereken bir birleşme veya devralma işlemine taraf olan teşebbüslerin toplam cirolarının 25 trilyon

Türk Lirasını eşiğini aşması gereği (veya %25 piyasa payı), fiilen bu teşebbüslerin ancak ticaret ortaklığı görünümünde olmaları anlamına gelir.

⁹² Bkz. İkinci Bölüm/§3/II/C/2 ve İkinci Bölüm/§3/II/C/3

⁹³ Bu hükümler için bkz. aşağıda III

⁹⁴ Kanımızca, her ne kadar RKHK., Gümrük Birliğini gerçekleştirmek amacıyla 1994-95 yılları arasında yapılan önemli yasalama ve uyumlaştırma hareketi sırasında yasalama da olsa, bu kanunun hazırlanmasında temel etken piyasalarda görülen iktisadi yoğunlaşma ve bozuk piyasa yapısıdır. Avrupa Birliği ile olan ilişkiler ve Gümrük Birliği kararı ise; sadece 70'li yıllardan beri devam eden yasalama sürecini çabuklaştırmış ve yasanın içeriğini etkilemiştir.

⁹⁵ Anayasa ile devlete sosyal içerikli bir takım ekonomik ödevler verilmiştir. Bu ödevler esas itibarla planlı ve sosyal bir iktisadi anlayışın göstergesidirler. Piyasaların korunması ile ilgili olarak öngörülen 167. madde de bu anlayış doğrultusunda düzenlenmiştir. Yine bu maddeyle aynı bölümde düzenlenen, tüketicilerin korunması ile ilgili maddenin gerekçesinde de; devletin tüketicileri korumak için getireceği tedbirlerin tüketicileri koruyucu niteliği olduğu kadar, rekabeti teşvik edici ve koruyucu yönünün de bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Sosyal karakteri daha ağır basan 1961 Anayasasında ise, piyasalarda rekabeti korumaya yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁹⁶ Her ne kadar Anayasa'nın bu maddesi farklı şekillerde yoruma açıksa da, madde gerekçesi göz önünde tutulduğunda, maddenin tekelleşme yani iktisadi temerküz olgusunun önlenmesi ile yetinmeyip, tekelleşmenin kendisinin de önlenmesini amaçladığı görülebilmektedir. Gerekçeye göre; "*Tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları hem tüketim, hem de hizmet sektöründe önlemek, hakimiyetlerini dağıtmak, sağlıklı bir toplum ve sağlıklı bir demokrasi için vazgeçilmez şartlardır*".

⁹⁷ Bkz. İkinci Bölüm/§2/I

⁹⁸ Anayasa'nın ilgili hükmüne göre; "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*". Görüldü üzere her ne kadar söz konusu hükmün konusu rekabetin düzenlenmesi veya korunması değilse de, herkesin dilediği alanda sözleşme yapabileceği veya çalışabileceği düzen, hukuken değil, ama fiilen ancak serbest rekabetin korunduğu, daha teknik bir ifadeyle giriş engellerinin bulunmadığı piyasalarda söz konusu olabilir. Rekabetçi bir yapının tesis edilemediği ekonomilerde, sözleşme ve çalışma hürriyetlerinin gerçek anlamda sağlandığı söylenemez.

⁹⁹ Ankara Antlaşması bir ortaklık antlaşmasıdır ve esas itibarla Avrupa ile olan ilişkilerimizin ana esaslarını belirleyen çerçeve bir antlaşmadır. Antlaşma 4 yıllık bir müzakere dönemine dayanır ve zamanlama açısından temel neden Yunanistan'ın da müzakerelere girmesidir. 12 Eylül 1963 yılında imzalanan antlaşma, 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁰ Katma protokol, Ankara Antlaşması'nın 4. maddesinde belirtilen geçiş döneminin gerçekleştirme şartları ve usullerini belirleyen bir anlaşmadır. Bu itibarla, hazırlık dönemi için öngörülen koşulları gerçekleştirdiğini belirler. Katma Protokol Ortaklık Konseyi'nin 19 Kasım 1970 tarihli toplantısında kabul edilmiş ve sadece ticari hükümlerini yürürlüğe koyan geçici antlaşma 21 Temmuz 1971 tarihinde imzalanıp, 1 Eylül 1971 'de yürürlüğe

girmiştir. Protokolün bütünü ise, GATT. anlaşmasına üye ülkeler ve TBMM.'de kabul edildikten sonra, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe girmiş ve geçiş dönemi başlamıştır.

¹⁰¹ Gümrük birliği ülkeler arası ticaretin serbestleştirilmesini öngören geniş kapsamlı bir ekonomik bütünleşme türüdür. Uluslararası Adalet Divanı'nın bir kararına göre Gümrük birliği; "Birliğe üye olmayan devletlere karşı tek bir gümrük vergisinin var olduğu, birlik içerisindeki üyeler arasındaki mal alışverişlerinde uygulanan gümrük vergilerinin tamamen ortadan kaldırıldığı, üçüncü ülkelere gelen mallardan alınan vergilerin üyeler arasında paylaşıldığı bir birliklerdir." (Karluk, sh.24) Buna benzer bir tanımla, Ankara Antlaşmasının 10. maddesinde de görmek mümkündür.

¹⁰² Gümrük Birliği kararı, Ankara Antlaşmasıyla belirlenen ve AB. ile olan ilişkilerdeki son dönemi değil, sadece gümrük birliğinin son dönemini belirleyen bir metindir. (Tekinalp, Gümrük Birliği, sh. 42; Baydarol, sh. 114,116; aksi görüşte Karluk, sh.530)

¹⁰³ Ankara Antlaşması ve buna dayanarak oluşturulan mevzuat, temelde ekonomik bütünleşmeden çok siyasi bütünleşmeyi hedefler. Bu itibarla bu metinlerin tümünde sadece rekabet değil aynı zamanda vergileme, damping, sübvansiyon, fikri ve sınai mülkiyet gibi bir çok alanda yasal mevzuatların uyumlaştırılmasına dair hükümler bulunmaktadır.

¹⁰⁴ Antlaşmanın Ekonomik Nitelikteki hükümler başlığı altındaki 16.maddeye göre: "*Taraflar, topluluğu kuran Antlaşmanın (Roma Antlaşması) 3. bölümünün 1. kısmında yer alan rekabet, vergileme ve mevzuatın yaklaştırılması ile ilgili hükümlerde anılan ilkelerin ortaklık ilişkilerinde uygulanması gerektiğini kabul ederler.*"

¹⁰⁵ Katma Protokol'ün, rekabet, vergileme ve mevzuatın yaklaştırılması başlığını taşıyan 3. kısım 1. bölümündeki 43. maddesinde, protokolün yürürlüğe girmesinden sonra 6 yıllık bir süre içerisinde, Ortaklık Konseyi'nin Roma Antlaşması'nın 85, 86, 90 ve 92. maddelerinde belirtilen ilkelerin uygulanma şartlarını ve usullerini tespit edeceği öngörülmüştür. Geçiş döneminde Türkiye Roma Antlaşması'nın 92. maddesinin 3/a fıkrasında ifade edilen istisna kapsamına alınabilir. (Bu fıkra, yaşam standartları olağan dışı düşük ve işsizlik ciddi boyutlarda olduğu bölgelerden bahsedilmektedir.)

¹⁰⁶ Gümrük Birliği Kararı'nın hukuki niteliği Türk öğretisinde tartışmalı olmakla birlikte, uluslararası bir antlaşma olmadığı ve doğrudan etkisinin bulunmadığı genellikle kabul edilmektedir. (Tekinalp, Gümrük Birliği, sh.28,29; Toluner, sh.18,21; Karluk, sh.537; aksi gör. Esin, sh.84)

¹⁰⁷ Gümrük Birliği Kararı'nın 4. kısmının 2. bölümü rekabete ayrılmıştır ve bu bölüm toplam 12 maddeden oluşmaktadır. Bu hükümler sadece işletmelere yönelik kuralları değil, devletlere yönelik rekabet kurallarını da içermektedirler. Özellikle rekabete ilişkin bu hükümler, diğer uluslararası metinlere göre oldukça ayrıntılı düzenlemeler içermekte ve genel olarak bu metinlerde yer alan ilkelerin içeriğini belirlemektedir.

¹⁰⁸ İlgili rekabet kurallarının Türkiye açısından doğrudan bir etkisi olmadığı gibi, Avrupa Birliği açısından da böyle bir etkinin olması söz konusu değildir. Nitekim Avrupa Birliğinin gümrük birliği derecesinde olmamakla beraber, Orta ve Doğu Avrupa devletleriyle de ticaret antlaşmaları akdetmiştir ve bu antlaşmaların tümünde de rekabete ilişkin kurallar bulunmaktadır. Bu kuralların doğrudan etkisinin olmadığı genellikle kabul edilmektedir (EC. Report, sh.23; Gijlstra/Murphy, sh.51).

¹⁰⁹ Yukarıda da ifade edildiği üzere Gümrük Birliği Kararı'nın doğrudan bir etkisinin olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Bu karar uluslararası Antlaşmaya dayanılarak

akdedilen bir uygulama antlaşması olarak nitelendirilse bile, -ki bu mümkün gözükmemektedir-, Türklerin kişi hallerine doğrudan etkide bulunduğundan ötürü, yürürlüğe girebilmesi için ayrıca bir iç hukuk işlemi yapılması gerekmektedir.

¹¹⁰ Bkz. aşağıda IV/C/3, ayrıca benzer bir görüş için bkz.: Erol, Rekabet Kurulu, sh.41

¹¹¹ Türkiye'nin ilgili yasayı gümrük birliğinin yürürlüğe giriş tarihinden evvel; AB. hukuku içtihatları ve blok muafiyet düzenlemelerinde yer alan ilkeleri de, 1 yıl içinde benimsemesi gerektiği ifade edilmiş ve ayrıca diğer yasalarda da yapılması gereken değişikliklerin 1 yıl içinde yapılması ve bunların da Avrupa Birliği mercilerine bildirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Madde 39/2.a).

¹¹² Bu koordinasyon; yapılan mevzuat çalışmalarının ve yasal değişikliklerin bildirilmesi (md.39/2.a), rekabet yasaları uygulamalarının bildirilmesi, Türkiye'nin AB.' de karara bağlanan herhangi bir dosya hakkında bilgilendirilmesi (md. 40/2) ve rekabete aykırı uygulamaların bir tarafın çıkarlarını zedelemesi halinde, diğer tarafın durumdan haberdar edilebilmesi hallerini (md. 43/1) kapsayan geniş çaplı bir işbirliği ile sağlanır.

¹¹³ Ekonomik yaşamın serbest rekabet kurallarına göre düzenlenmesi, sadece rekabetin korunmasını sağlamak üzere öngörülen rekabet yasaları ve bu yasalarda öngörülen etkin denetim mekanizmaları ile sağlanamaz. Rekabet kurallarının emeğe dayanan etik yönü, aynı zamanda bu kuralların, daha doğru bir deyişle rekabet kültürünün toplum tarafından benimsenmesini zorunlu kılar. Oysa rekabetin Türk ekonomik hayatına yabancı bir kavram olduğu genellikle ifade edilmektedir (DPT., sh.18,19; Erkan, sh.34).

¹¹⁴ Türk ekonomisindeki pazara yapılarıyla ilgili olarak 1980 öncesi verileri dayanak alınarak iki çalışma yapılmıştır. Bunlardan Orta Doğu Teknik Üniversitesi'nin yaptığı çalışmaya göre; tüm imalat sektörünün %65'inde yoğunlaşma derecesi kritik düzeyin üzerinde seyretmektedir (Katırcıoğlu, Görüşler, sh.86). Bağrıaçık tarafından yapılan bir çalışmaya göre ise; rekabet koşullarında üretilen toplam mal sayısının tüm mal sayısına oranı %11,68, mutlak monopol oranı %16,32, kısmi monopol oranı %17,47, mutlak oligopol oranı %25,37 ve kısmi oligopol oranı da %29,16 olarak tespit edilmiştir. Sonuç olarak eksik rekabetin bulunduğu piyasaların tümüne oranı %72, kısmi oligopol piyasasının rekabete yakın bir piyasa biçimi olarak kabulü halinde ise bu oran %60 olmaktadır (Bağrıaçık, sh.132,133). 1980, 85 ve 90 yıllarında ise iktisadi yoğunlaşma açısından kritik düzeyi aşan sektör oranı %58 düzeyindedir. Bu veriler, Türk imalat sanayiinde rekabetin niteliği ile ilgili iki önemli bulguyu ortaya koymaktadır. Bunlardan birincisi, Türk imalat sanayiinin yarıdan fazlasında, rekabet süreci iyi çalışmamakta ve piyasalar oligopolistik firmaların egemenliği altındadır. İkincisi ise bu durum kronik bir hal almıştır (DPT., sh.22).

¹¹⁵ Ekonominin dış rekabete açılmasının rekabetin artmasında etkili olduğu ve fiyat ve maliyet etkinliği sağladığı kabul edilmektedir. Nitekim Türk ekonomisinde dışa açılan bazı sektörlerde karlılık azalmış ve göreceli olarak daha rekabetçi bir ortam sağlanmıştır (DPT., sh.23-25).

¹¹⁶ Türk ekonomisinde rekabet ortamının henüz yerleşmemiş olması nedeniyle; hazırlanan kanunun, sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda kurulması gibi bir amaca da hizmet etmesi gerekir. (Aslan, Kanun Önerisi, sh.36)

¹¹⁷ Türk hukukunda rekabet sınırlamalarına ilişkin olarak hazırlanan kanun tasarılarının tarihçesi ve içerikleri için bkz. Özsunay, sh.208-244,269-330; Aslan, Kanun Önerisi, sh.31-36; Aslan, sh.27-32; ayrıca DPT., sh.27; Ersin, Görüş, sh.40; Anık, sh.311

¹¹⁸ Kabul tarihi 7.12.1994, RG.13.12.1994, S.22140

¹¹⁹ TTK.'da haksız rekabete ilişkin temel düzenleme 56 ve 65.maddeler arasında bulunmakla birlikte, bunun yanında, haksız rekabetin şirketler hukukunda özel bir görünümü olan rekabet yasağına ilişkin muhtelif hükümler bulunmaktadır (bkz. TTK. md.335, 547, 172, 173, 250, 256, 483).

¹²⁰ Borçlar Kanunu'nda haksız rekabete ilişkin temel düzenleme, 48. maddede yer alan "gayri ticari haksız rekabettir". Bu düzenlemenin TTK. düzenlemesinden tek farkı, sadece tacir olmayan kişiler arasındaki haksız rekabet hallerine uygulanmasıdır. Bunun yanı sıra, yine BK.'da; haksız rekabetin özel bir görünümü niteliğinde olan ve TTK.'daki hükümlere paralellik arz eden rekabet yasağına ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örneğin; BK.'nun 348-352. maddeleri hizmet akdinde, 455.madde ticari vekillikte ve 526.madde de, adi şirkette rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler içerir.

¹²¹ Bkz. FSEK.md.83,84 ve 85

¹²² İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine Dair Kanun (No : 3577 14 Haziran 1989 tarihli Kanun) temel olarak; ithal edilen malın dumping veya sübvansiyona konu olması halinde, ülke sanayinde ve piyasalarda ortaya çıkabilecek olumsuz durumun telafi edilmesi ve ulusal sanayinin korunması amacını taşımaktadır. (md. 1). Kanun, dış piyasalardaki teşebbüslerin serbest rekabete dayanmayan faaliyetlerinin, ulusal piyasalardaki rekabet düzenini tahrip etmemesi ve ulusal sanayinin, dış piyasalar ile eşit şartlarda rekabet edebilmesini sağlamak amacıyla çeşitli mekanizmalar öngörmüştür (İthalatta Haksız Rekabeti Değerlendirme Kurulu). İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesine Dair Kanun, temelde haksız rekabet teşkil eden bir faaliyeti düzenlememektedir. Kanun, ülkedeki rekabet düzeninin korunmasını hedef almakla beraber, ortaya çıkışı, konusu ve kullandığı vasıtalar itibarıyla Rekabet Hukukundan önemli ölçüde farklıdır. Özellikle dış ticaret politikası vasıtası olarak, rekabet politikalarının oluşturulmasına ve rekabetin korunmasına tali katkısı söz konusu olabilir.

¹²³ Kanun'un 57. maddesinde sayılan özel haksız rekabet halleri şunlardan ibarettir: "1) Başkalarının faaliyetlerini yanlış ve lüzumsuz yere kötülemek; 2)başkalarının ahlakı veya mali iktidarı hakkında gerçeğe aykırı malumat vermek; 3)kendi faaliyetleri, iş mahsulleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek yahut, üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları daha üstün duruma getirmek; 4)paye şahadetname veya mükafat almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek, müstesna kabiliyete sahip olduğu zannını uyandırmak;5) başkasının emtiası, iş mahsulleri veya işletmesi ile iltibas meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait tedbirlere başvurmak, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan marka işaret gibi tanıtma araçları kullanmak; 6) üçüncü şahısların çalışanlarına vekillerine veya diğer yardımcılara, onlara görevlerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına çıkar sağlamak; 7) müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri kandırmak sureti ile istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek; 8) iyi niyet kurallarına aykırı biçimde elde ettiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak; 9) iyi niyet sahibi kişileri iğfal edebilecek surette gerçeğe aykırı iyi hal ve iktidar şahadetnameleri vermek; 10) rakipleri hakkında uygulanan kanun, tüzük, sözleşme yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunana iş hayatı şartlarına uymama".

¹²⁴ TTK.'nun 58. maddesi, haksız rekabetin ortaya çıkması halinde açılacak dava türlerini, 59 ve 60. maddeler istihdam edenin ve basının sorumluluğunu, 61. madde kararın ilanını, 62. madde zamanaşımını, 63. madde ihtiyati tedbirleri, 64 ve 65. maddeler ise cezai sorumluluğu düzenlemektedir.

¹²⁵ TD.'nin 25.6.1964 gün, E. 63/4736, K. 64/2275 sy. karar (BATIDER C.3, S.2 sh. 345-347)

¹²⁶ Haksız rekabet ile Rekabet Hukuku kuralları arasındaki benzerlik, hem terminolojik, hem de içerik açısından söz konusudur. Bu nedenle bu iki tür düzenleme birbirine karıştırılabilmektedir. Poroy'un öngörmüş olduğu sınıflamaya uygun olarak, Rekabet Hukukunu devlete yönelik kuralları da kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak ele alığımız vakit, konumuzu oluşturan rekabet kurallarının daha kolay kavranması mümkün olabilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi devlete yönelik rekabet kurallarının ulusal düzenlemelerde ele alınması anlamsızdır. Bu tip bir düzenleme, ancak AB Rekabet Hukuku gibi ulusal üstü hukuk düzenlerinde bir anlam ifade eder. AB. rekabet kuralları denildiği vakit; hem teşebbüslere yönelik kurallar (RA. md. 85-86) -ki bunlara antitröst anlamında rekabet kuralları da denebilir-, hem de devlete yönelik kurallar (md. 91-94) anlaşılır. Bu bağlamda işletmelere yönelik rekabet normlarını ise, Rekabet Hukuku ve haksız rekabet kuralları olarak ikiye ayrılabilir. Terminolojik açıdan karışıklığa sebebiyet vermemek için, ilkinin Rekabet Hukuku (veya rekabet sınırlamaları hukuku ya da kartel hukuku), diğerini ise haksız Rekabet Hukuku olarak adlandırmak, Türk hukuku açısından daha uygun bir çözümdür (Poroy, sh.62 vd.).

¹²⁷ Bununla birlikte modern anlamıyla haksız rekabete ilişkin düzenlemelerde sadece rakipler değil, aynı zamanda müşteri ve meslek teşekkülleri vasıtasıyla toplum menfaati de korunmaktadır (TTK.md.58/2,3). Fakat bu imkan, Rekabet Hukuku ihlali neticesinde ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğuna benzer olarak (RKHK.md.57-59), haksız rekabet kurallarının sevk edilme amaçları açısından tali bir öneme sahiptir.

¹²⁸ Haksız rekabet kurallarının ortaya çıkışı ekonomik değil, ahlaki sebeplere dayanmaktadır. Bu sebeple bu kuralların uygulanmasında baz alınan; mesleki doğruluk veya ticari ya da sınai sahadaki dürüst davranışlar gibi etik kriterlerdir. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, Rekabet Hukukunun ahlaki temellerden öte, ekonomik temelleri bulunmakta ve ahlaki kaygılar arka planda kalmaktadır.

¹²⁹ Rekabeti sınırlayıcı bir davranışın, mutlaka bir teşebbüsü hedef alması ve buna bağlı olarak belirli teşebbüslerin zarar görmüş olmaları gerekmez. Aksine Rekabet Hukukunun ihlali olarak nitelendirilebilecek davranışlardan zarar görenler genellikle ilgili piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüsler, potansiyel rakipler ve tüketicilerdir. Hatta Rekabet Hukukunun önleyicilik fonksiyonu çerçevesinde, Rekabet Hukukunun ihlali anlamına gelen bir davranışın mutlak suretle bir zarara yol açması da gerekli değildir.

¹³⁰ Parantez açıp belirtelim ki, TTK.'nun 57. maddesinin 10. bendinde yer alan düzenleme, Rekabet Hukuku kuralları ile haksız rekabet hükümlerinin bir arada uygulanmasına sebebiyet verebilir. Söz konusu hükme göre; "*Rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlere tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek*" bir haksız rekabet halidir. Bu hüküm geniş yorumlandığı takdirde, RKHK.'a göre rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemlerin aynı zamanda TTK. hükümlerine göre haksız rekabet teşkil edebileceği ve şartları oluşursa tazminata yol açabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

¹³¹ Haksız rekabet hükümlerine göre karara bağlanan bir Rekabet Hukuku davası için Bkz. Yılmaz, Kanun Önerisi, sh.11

¹³² Maddenin Rekabet Hukukuyla ilgili olduğu kısım daha çok ilk fıkradan ibarettir. Fıkraya göre : “Her kim cebir veya şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur”.

¹³³ Maddeye göre : “Gıda maddeleri ve kamuya gerekli şeylerden; halkın beslenmesi için gerekli temel gıda maddeleri; halkın ısınması, temizliği veya aydınlatılması için gerekli madde ve eşyalarla her türlü yakıtın; sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin; inşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılıp da, fiyatları bakanlar kurulu, ilgili bakanlıklar ve diğer yetkili mercilerce tespit ve ilan edilen eşya ve maddelerin; kamu için gerekliliği sebebiyle veya devletin genel iktisadi ve mali siyaseti gereği olarak fiyatları yetkili mercilerce tespit ve ilan edilen mal, eşya, gereç ve her türlü maddenin; imali, satımı, dağıtımı, depolanması veya her ne şekilde olursa olsun ticareti ile uğraşan, veya herhangi bir suretle kazanç amacı güden bir faaliyette bulunan kimse, bu erzak madde eşya veya malların satışından kaçınır, bunları saklar kaçırır satılmadığı halde satılmış gibi gösterir veya bunlardan satış fiyatı yetkili mercilerce tespit edilenleri fazla fiyatla satar veya satışa arz ederse Bir kimse her ne şekilde olursa olsun yalan haber yaymak, duyurmak veya başka hileler kullanmak suretiyle birinci fıkradaki erzak madde, mal ve eşyanın azalmasına darlığına veya fiyatlarının artmasına neden olursa”

¹³⁴ Maddeye göre “Her kim yalan havadis ve neşir işaasiyle veya sair hileli vasıtalarla umumi pazarlar yahut ticaret borsalarında amele ücretlerinin veya erzak veya emtia yahut umumi pazarlarda alınıp verilen veya esham borsalarına kabul edilen evrak ve senedat piyasasının artıp eksilmesine sebebiyet verirse ...”

¹³⁵ 366. maddeye göre : “Her kim Hükümet hesabına olarak icra kılınan müzayede ve münakasada şiddet veya tehdit veya hediye vait ve itasıyle veya sair menfaatler teminiyle veya gizli ittifak yahut sair hileli vasıtalar ile rekabeti men veya ihlal yahut müzayada veya münakasada pey sürenleri çekilmeye sevk ederse” 367. madde ise, “Gerek resmi daireler marifetiyle ve gerekse bil müzayede alınıp satılacak yahut kiraya verilip alınacak mal ve mülklerin müzayedesinde 366.madde gösterilen suretlerden biriyle rekabeti meni veya ihlal yahut müzayedeye pey sürenleri çekilmeye mecbur edenler”

¹³⁶ TCK.’nın ilgili maddesi, Rekabet Hukuku açısından oldukça ilginç bir özellik göstermektedir. Maddenin 2. fıkrası suç sayılan eylemi tarif ederken, bir taraftan Rekabet Hukuku amaçlarıyla paralellik göstermekte, diğer taraftan takip eden fıkrada Rekabet Hukukuna aykırı olabilecek bir davranış hukuken korunmaktadır. Zira fıkrada belirtilen “fiyat tespiti”, Rekabet Hukuku kurallarının tipik bir ihlali niteliğini taşır.

¹³⁷ “Dürüstlük kuralı” bütün hakların kullanılmasında genel olarak uyulması gereken bir kuralı ifade eder. Bir hakkın dürüstlük kuralına açıkça aykırı biçimde kullanılması, hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur. Her hak gibi; rekabet hakkının da dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması mümkündür. Hangi hallerde “açıkça dürüstlük kuralına aykırılığın” söz konusu olacağı, somut olayın özellikleri çerçevesinde tespit edilmesi gereken bir mesele olmakla birlikte, rekabeti sınırlayıcı davranışların genel özelliklerinden hareketle, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması, hakkın kullanılmasının sağlayacağı yarar ile başkasına vereceği menfaat arasında aşırı

nispetsizlik bulunması gibi, uygulamayla benimsenen genel kriterler açıkça kötüye kullanma halinin varlığının tespitinde amaca uygun düşmektedir. Özellikle rekabeti sınırlayıcı davranış tiplerinden, yıkıcı fiyat uygulamaları, boykot, sözleşme yapmaktan haksız yere kaçınmak gibi haller, somut şartlar altında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir. Fakat dürüstlük kuralı; genelliği ve amaca uygun olmaması nedeniyle, rekabeti sınırlayıcı davranışlar karşısında çok sınırlı hallerde uygulanma kabiliyetine sahiptir.

¹³⁸ Rekabet Hukuku anlamında rekabeti sınırlayıcı her davranış, aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin iktisadi özgürlüklerinin kısıtlanmasına yol açar. Rekabet kurallarının amacı rekabet hakkının serbestçe kullanılmasını sağlamak ve bu yolla iktisadi özgürlükleri korumaktır. Hukukumuzda kişilik haklarının ve dolayısıyla özgürlüklerin korunmasına yönelik genel hüküm; MK.'nın 23. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre, hukuka ve ahlaka aykırı biçimde özgürlüklerin kısıtlanmasına yönelik hukuki işlemlerin tümünü batıldır (MK.md.23/2, BK.m.19,20). Bu düzenlemeden yola çıkarak iktisadi özgürlüklerin, ahlaka aykırı olarak hukuki işleme kısıtlanması halinde geçersiz sayılması mümkündür. Fakat temelde kişilik haklarını koruyan genel nitelikli bu hüküm, rekabeti sınırlayıcı davranışların önlenmesinde oldukça etkisizdir. Zira hükmün amacı doğrudan iktisadi özgürlüklerin korunması olmadığı gibi, sadece ahlaka aykırı hukuki işlemleri kapsamaması, tatbik alanını oldukça daraltmaktadır.

¹³⁹ Rekabeti sınırlayıcı davranışlara uygulanabilme imkanı olan bir diğer düzenleme ise; Borçlar Kanunu'nda yer alan "gabin"e ilişkin hükümdür. Gabin halinde, karşılıklı taahhütleri içeren bir akdin edimleri arasında aşırı bir nispetsizlik bulunmakta ve bu nispetsizlik, sözleşen taraflardan birinin diğerini sömürmesinden kaynaklanmaktadır. Kanun sömürme durumunun, ancak kişinin zaruret hali, irade zayıflığı veya tecrübesizliğinden faydalanma biçiminde gerçekleşmesi halinde gabine yol açabileceğini öngörmektedir. Rekabeti sınırlayıcı davranışların bir kısmı; özellikle hakim durumun kötüye kullanılması bahsinde yer alan istismar edici kötüye kullanmalarda, sömürme olgusu belirgin bir şekilde gözlenmekle birlikte; gabin hükmünün, sömürüye verdiği bu dar anlam ve karşılıklı borç doğuran bir akdin olması gerekliliği bu kuralın tatbikini oldukça daraltmaktadır.

¹⁴⁰ Rekabeti sınırlayıcı davranışın "tehdit" ağırlığında olması halinde, BK. hükümlerinin tatbik edilmesi ve tehdide uğrayanın akitten kurtulması mümkündür. Özellikle rekabet sınırlayıcı davranıştan zarar gören rakip teşebbüs, hukuki işlemi, örneğin bir tekelden alım sözleşmesini, iktisadi malvarlığının zarara uğrayacağına dair esaslı biçimde korkutularak yapmaya zorlanmışsa o vakit, tehdide ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir. Fakat şüphesiz bu hükmün uygulama alanı da, diğerleri gibi oldukça dardır.

¹⁴¹ Bu itibarla, RKHK.'nın uygulanmasında ortaya çıkabilecek yorum problemleri bakımından Avrupa Birliği Hukuku uygulaması önemli bir kaynak teşkil edecektir. Bu sadece MK.'nın 1/2.maddesinin bir gereği değil, aynı zamanda Gümrük Birliği Kararı'ndan doğan bir taahhüdün sonucudur. Nitekim çalışmamızda da, Kanun hükümlerinin yorumlanmasında Avrupa Birliği Hukuku doktrin ve içtihatları esas alınmıştır.

¹⁴² AB. hukukunun rekabet kuralları temel olarak Roma Antlaşmasında (md.85-94) düzenlenmiştir. Bunlardan 85 ve 86. maddeler (RKHK.md.4, 6), işletmeler ile ilgili

maddi rekabet normlarını içermektedir. 87, 88 ve 89. maddeler ise, 85 ve 86 ile ilgili olarak Komisyon ve Konsey'in görev ve yetkilerine ve üye devletlerin alacağı hukuksal tedbirlere ayrılmıştır. 90.madde, genel çerçevede rekabet ile ilgili olarak üye devletlerin yükümlülüğü düzenlenmektedir. 91.maddeden itibaren üye devletlere yönelik, dumping (md.91), sübvansiyon ve devlet yardımlarına (md.92-94) ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu kuralların işletmelere yönelik olanları (md. 85-86) ve ayrıca bu kurallara dayanılarak (md. 87) çıkartılan ve onların uygulanabilme şartlarını düzenleyen ikincil mevzuatın önemli bir kısmı, çok az bir değişiklik yapılarak Türk hukukunda da benimsenmiştir.

¹⁴³ Bkz. bu konuda Akıncı, Rekabet Kurulu, sh.60-64; Erol, Rekabet Kurulu, sh.34-45

¹⁴⁴ Aslan, sh.152

¹⁴⁵ “Ülkemizde bireylerin hangi düzey ve aşamada olursa olsun, yönetimin karar alma sürecine demokratik yollardan ve hukuksal olarak katılabilme olanağı kesinlikle yoktur” (Özay, sh.8 vd.).

¹⁴⁶ “Yönetimin işleyişinin demokratik olabilmesi için, hukuksal düzeyde bireylerin idarenin karar alma sürecine katılarak onu etkileyebilme yeteneğine yasal olarak kavuşturmaları zorunludur. Amerika Birleşik Devletleri'nde yönetimde demokrasinin ilk koşulu olarak, bireylerin karar alma sürecine aktif biçimde katılabilme olanağı kabul edilmektedir. Bu sistemde yönetim tarafından alınan kararlar tek yanlı olmayıp karşılıklı tartışmalarla ortaya çıkmakta ve bireyler salt siyasal anlamda değil, teknik olarak da kendi kendilerini yönetmektedirler. Bu tip yönetim biçimi “*gün ışığında yönetim*” yahut “*saydam yönetim*” olarak da adlandırılmaktadır” (Özay, sh.9).

¹⁴⁷ İnan, sh.50; DPT., sh.35 vd.

¹⁴⁸ Örnek olarak : 3984 sy. 13.4.1994 tarihli Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 4077 sy. ve 23.2.1995 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 27.6.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında 556 sy. KHK., 27.6.1995 tarihli Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sy. KHK.

¹⁴⁹ Kanımızca bu düzenlemeyi gerekçelendirmek oldukça güçtür.

¹⁵⁰ Avrupa Birliği Hukukunda rekabete ilişkin 85 ve 86.maddeleri uygulanmasında, Roma Antlaşması'nın 3/g maddesinde yer alan “*Avrupa Birliği sınırları dahilinde rekabetin bozulmayacağı bir sistemin sağlanması amacı*” çeşitli kararlarda çok açık bir şekilde ifadesini bulmuş ve maddelerin yorumunda uygulayıcılara yol göstermiştir (bkz. Consten ve Grundig-Komisyon, dava 56&58/64, (1966) ECR. 299, 340 (1966) CMLR. 418,471, Commercial Solvents-Komisyon, dava 6&7/73, (1974) ECR.223 (1974) 1 CMLR 309). Bununla birlikte belirtelim ki, 3/g. maddede yer alan bu ifade, Roma Antlaşması'nın amacı değil, Antlaşma'nın ikinci maddesinde öngörülen “*Üye devletler arasında Ortak Pazarın kurulması ve ekonomik politikaların birbirine yaklaştırılması yoluyla Topluluk içerisinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu bir şekilde geliştirilmesi, dengeli ve sürekli bir büyümenin sağlanması, ekonomik istikrarın artırılması, yaşam düzeyinin hızla yükseltilmesi ve üye devletler arasında daha yakın ilişkiler kurulması*” şeklinde belirtilen amaca ulaşılmasında bir araçtır. Bu itibarla her iki hüküm de rekabet kurallarının uygulanmasında önemli rol oynamaktadır.

¹⁵¹ Whish/Sufrin, sh.28; Korah, sh.4,5; Aslan, sh.33; Goyder, sh.13; Craig/de Burca, sh.887

¹⁵² Aslan, sh.34; Budak, sh.136

¹⁵³ Aslan, sh.34

¹⁵⁴ RKHK. 'nun maddi hukuka (esasen Kanun'un bütünü açısından) ilişkin normlarında bahsi geçen "teşebbüs" terimi, tüm kullanımlarda aynı anlama gelmektedir. Bu nedenle burada tanımlanan ve kısaca özellikleri ifade edilen "teşebbüs" kavramı üzerinde 4, 6 ve 7. madde çerçevesindeki açıklamalarda tekrar durulmayacaktır.

¹⁵⁵ Tüzel kişiliğin hukuki niteliği de rekabet kurallarının uygulanması için herhangi bir fark yaratmaz. Derneklerden vakıflara, kooperatiflerden şirketlere kadar, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunan her türlü tüzel kişi, RKHK. anlamında teşebbüs sıfatını haizdir. Ayrıca, tüzel kişiliğin Türk hukuk düzenine göre kurulmuş olması veya ikametgahının Türkiye'de bulunması gibi bir gereklilik de bulunmamaktadır.

¹⁵⁶ Korah/Rothnie, sh.73; Whish/Sufrin, sh.188; Smit/Herzog, sh.95; Aslan, sh.46

¹⁵⁷ Bkz. aşağıda IV/C/2/b/bb/bba

¹⁵⁸ Avrupa Birliği uygulamasında, ekonomik faaliyetin yerine getirilebilmesi için kar elde edilmesinin gerekli olmadığına işaret eden pek çok karara rastlamak mümkündür. Örneğin Fedetab davasında (Van Landewyck- Komisyon, dava 209-15,218/78, (1980), ECR.3125) Benelux ülkelerinde faaliyet gösteren sigara üreticilerinin oluşturduğu birlik, 1990 dünya kupası biletleri davasında (World Cup Tickets, OJ.(1992), L.136/31) FIFA, İtalyan Futbol Federasyonu ve İtalyan Dünya Kupası organizasyonu, Höfner&Elser davasında (Höfner&Elser-Macroton, dava C-41/90, (1991) I ECR 1979, (1993) 4 CMLR 306), Alman işçi bulma kurumu ve P&I davasında (P&I clubs, OJ.(1985) L.376/2, (1989) 4 CMLR 178) sigortacılar birliği, rekabet kurallarının kapsamında sayılmışlardır.

¹⁵⁹ Green/Robertson, sh.294; Bellamy/Child, sh.39; Tekinalp, sh.452; Kerse, sh.4,5; Gijlstra/Murphy, sh.82; Tekinalp/Tekinalp, sh.334; Goyder, sh.80; Whish/Sufrin, sh.188; Bellamy/Child, sh.39; Öztürk, sh.492; Weatherill/Beaumont, sh.684; Akıncı, sh.322; EC.Report, sh.16; Esin Arif, sh.30; Alman hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmektedir : Heidehain/ Scheneider, sh.24

¹⁶⁰ RKHK. 'nun 3.maddesinin gerekçe kısmında, "Bir bedel veya menfaat karşılığı yapılan fikri, bedeni veya her iki beraber yapılan faaliyetler hizmet olarak tanımlanırken, tanım en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para kredi, sermaye ve sair unsurları da içermektedir. Kuşkusuz toplu pazarlık esasının kabul edildiği emek piyasası bu tanımın dışındadır." şeklinde bir düzenlemeye gidilerek sadece "emek" piyasasının rekabet kurallarının kapsamı dışında tutulduğunu belirtilmiştir.

¹⁶¹ Roma Antlaşması'ndaki teşebbüslere yönelik rekabet kuralları ilke olarak bütün sektörlerle uygulanır. Bununla birlikte bu ilkeye; taşıma, savunma sanayi, tarım, ve kömür çelik sektörlerinde istisnalar getirilmiştir (bkz. bu konuda : Tekinalp/Tekinalp, sh.330,331; Goyder, sh.72-28; Kerse, sh.24 vd.).

¹⁶² Bkz. aşağıda IV/C/2/b/bb/bbb

¹⁶³ Ekonomik faaliyet açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olması nedeniyle, teşebbüs kavramının belirlenmesinde daha fazla önem taşıyan kriter, "bağımsızlık" ilkesidir. Özellikle bağlı ortaklık, çok uluslu ortaklıklar, konzernler, holdingler gibi karmaşık yapıları ekonomik birimler nedeniyle ticari ilişkilerin karmaşık bir hal alması, "bağımsızlık" unsurunun önemini artırmaktadır.

¹⁶⁴ Ekonomik bağımsızlığın en iyi tanımı kanımızca şu şekilde yapılabilir : "Bir işletmenin ekonomik bakımdan bağımsız sayılabilmesi için, o işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim finansman ve sürüm politikasının kendi

ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesi içerisinde kalması, kısacası başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması gerekmektedir” (Türk, sh.13).

¹⁶⁵ Bağımsızlık unsurunun daha iyi kavranabilmesi açısından örnekleri çoğaltmak gerekirse; ticari ilişkilerin bütünlük arz etmesi karşısında, birbirlerine ticari mümessillik, vekillik, ticari işler tellâllığı, seyyar tüccar memurluğu ve iş akdi gibi hukuki ilişkilerle bağlanan kimseler, söz konusu ekonomik faaliyetlerinin geleceği açısından bağımsız olarak, kendi inisiyatifleriyle karar veremiyor iseler, -ki doğal olan odur- Rekabet Hukuku kapsamında ayrı teşebbüs olarak değerlendirilemezler. Bunun yanı sıra devletin egemenlik yetkisine dayanarak yaptığı işlemler karşısında, herhangi bir seçeneği olmaksızın bu işlem doğrultusunda hareket etmekle yükümlü olan teşebbüslerin eylemleri de rekabet kurallarından bağışık tutulabilir. Örneğin 1580 sy. Belediye Kanunu’ndaki yetkiye dayanarak, belediyelerin zaruri ihtiyaç maddelerinin fiyatlarını tespit etmesi halinde, bu işleme uygun şekilde hareket ederek fiyat uygulayan teşebbüslerin bir anlaşma veya uyumlu eylemde bulunarak rekabeti sınırladığı iddia edilemez.

¹⁶⁶ Bellamy/Child, sh.40; Whish/Sufrin, sh.189; EC.Report, sh.16; Smit/Herzog, sh.93

¹⁶⁷ Nitekim Rekabet Kurulu *BLAK* davasında verdiği kararında (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99), teşebbüs olma sıfatının belirlenmesinde önem taşıyan unsurun, hukuki değil, ekonomik bağımsızlık olduğunu belirtmiş ve aynen şu ifadelerle yer vermiştir : “Doğan Yayın Holding A.Ş., Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında buldukları için bu teşebbüsler (işletmeler kastediliyor), ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding A.Ş.’nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir” (bkz.2.4.6.).

¹⁶⁸ “Undertaking”

¹⁶⁹ Adalet Divanı tarafından yapılmış çeşitli tanımlar vermek gerekirse; “Kişisel, maddi ve manevi öğelerin, belirli bir hukuki amaç ve uzun dönemde ticari amaç elde etmeye yönelik olarak bir araya gelmeleri, teşebbüs olarak adlandırılmaları için yeterlidir”. Yine bir başka tanıma göre teşebbüs, “Şahsi, maddi ve manevi unsurlardan oluşan bir organizasyonun, bağımsız hukuki bir kişiliğe bağlı olarak, uzun dönemde ekonomik amaçları takip etmesidir.”

¹⁷⁰ Korah, sh.38; Green/Robertson, sh.293,294; Raybould/Firth, sh.211; Craig/de Burca, sh.888; Kerse, sh.4; Tekinalp, sh.456; Bellamy/Child, sh.38

¹⁷¹ Bellamy/Child, sh. 39; 24th Report, sh.299; Whish/Sufrin, sh.187; Craig/de Burca, sh.888; Green/Robertson, sh.294; EC.Report, sh.16; Heidenhain/Schenieder, sh.24; Akıncı, sh.321

¹⁷² Whish/Sufrin, sh.190; Craig/de Burca, sh.889; Korah, sh.39; Belamy/Child, sh.778,779

¹⁷³ Akıncı, sh.322; Tekinalp/Tekinalp, sh.330; Esin Arif, sh.30; EC, Report, sh.16; Green/Robertson, sh.294

¹⁷⁴ Green/Robertson, sh.294; Akıncı, sh.322

¹⁷⁵ Goyder, sh.80; Akıncı, sh.321

¹⁷⁶ Teşebbüs kavramı tespit edilirken, Avrupa Hukuku mercilerinin yaptığı gibi, her somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve teşebbüs kavramını dar bir kalıba sokmamak gerekir. Bu olayı yaklaşım tarzı Rekabet Hukukunun amacına daha uygun düşer.

¹⁷⁷ Reyners, dava 2/74, (1974) ECR.631

¹⁷⁸ Unitel, darar 78/516, OJ.1978, L.157/39, (1978) 3 CMLR 306 (opera sanatçısı)

¹⁷⁹ Remia-Komisyon, dava 42/84, (1985), ECR.2545, (1987), 1 CMLR 1

¹⁸⁰ Bellamy/Child, sh.41; Akıncı, sh.322; Whish/Sufrin, sh.188; Green/Robertson, sh.294,295; Raybould/Firth, sh.212, Craig/de Burca; sh.889; Kerse, sh.4; EC.Report, sh.17

¹⁸¹ Burada TTK.’nın 11,12.13 ve 17. ve TSN.’nin 14. maddeleri göz önünde tutulmaktadır.

¹⁸² Genel olarak, gelir sağlama amacı, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırını aşmak ölçütleri, ticari işletmeyi diğer teşebbüslerden ayırıcı kıstaslar olarak kabul edilmektedir (İmregün, sh.10 vd.; Karayalçın, sh.157 vd.; Poroy, Ticari İşletme, sh.36).

¹⁸³ İmregün, sh.13

¹⁸⁴ Karayalçın, sh.156; İmregün, sh.10; Poroy, Ticari İşletme, sh.27; Yasaman, sh.9

¹⁸⁵ Karayalçın, sh.155,156; İmregün, sh.10; Bozer/Göle, sh.6,7; Türk, sh.10

¹⁸⁶ RKHK.’nın 3.maddesinin gerekçe kısmında da, Kanun’un ekonomik bütünlük teorisini benimsediği açıkça ifade edilmektedir. Söz konusu ifade aynen şöyledir : *“Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir.”*

¹⁸⁷ *“Economic entity”*

¹⁸⁸ Bu kavramlar hakkında bkz. İkinci Bölüm/§3/II/C/2/c

¹⁸⁹ RKHK.’nın 7/2.maddesine dayanılarak Rekabet Kurumu tarafından yürürlüğe sokulan 1997/1 no’lu Tebliğ’de (RG.23078, 12.8.1997) teşebbüs ve dolayısıyla *“konsantrasyon”* kavramı açısından belirleyici unsur olan kontrolün nasıl elde edilebileceğine ilişkin ipuçları vermiştir. Tebliğ’in 2/2.maddesine göre kontrol, *“ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip haklar veya araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir”*.

¹⁹⁰ İktisadi kontrol hakkında bkz. İkinci Bölüm/§3/II/C/3/c

¹⁹¹ İktisadi açıdan bağımsız olmayan ekonomik birimlerin teşebbüs sıfatına sahip olmadıkları düşünülürse, kural olarak sorumluluğun da bu ekonomik birimin iktisadi kontrolünü elinde tutan teşebbüse ait olduğu esasını kabul etmek icap eder. Bu durum özellikle bağlı işletme ilişkileri açısından geniş uygulama alanı bulmaktadır. Bu tip ilişkilere dahil yavru ortaklığın rekabeti sınırlayıcı işlem ve eyleminden yavru ortaklık değil, yavru ortaklığın iktisadi kontrolünü elinde tutan ana ortaklık sorumlu tutulabilecek ve tüzel kişilik perdesi aralanacaktır. Nitekim Rekabet Kurulu, *BİAK* davasında verdiği kararda, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş.’nin rekabeti sınırlayıcı davranışları nedeniyle, bu işletmelerin iktisadi kontrolünü elinde tutan Doğan Yayın Holding A.Ş.’yi muhatap almıştır (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99, bkz.2.4.6.). Avrupa Birliği Hukuku

uygulanmasında da bu yönde kararlara rastlamak mümkündür (Dyestuffs, dava 48/69, (1972) CMLR.577, (1972) ECR.619, AEG.Telefunken-Komisyon, dava 107/82, (1984) 3 CMLR.325, (1983) ECR.3151, BPB Industries-Komisyon, dava T-65/89, (1993) II ECR.389).

Bununla birlikte meselenin bu kadar basit olmadığını kabul etmek gerekir. Her şeyden önce iktisadi bağımsızlığın bulunmadığı kabul edilerek ana ortaklık sorumlu tutulsa bile, bu yavru ortaklığın hiç sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Avrupa Birliği Hukukunda ana ortaklık ile birlikte yavru ortaklık da sorumlu tutulmaktadır. Bunun dışında bir bağlı işletme ilişkisinde ana ortaklığı da sorumlu tutabilmek için, somut davranışın gerçekleştirilmesinde kimin etkili olduğunu da ayrıca tetkik etmek gerekir. Zira yavru ortaklığın iktisadi açıdan bağımsız olmaması, onun her davranışını ana ortaklığın emir ve direktifleri doğrultusunda gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Dolayısıyla ancak bağlı işletme ilişkisinin çok sıkı olduğu olaylarda ana ortaklığı da sorumlu tutmak mümkün olmalıdır (krş.Green/Robertson, sh.297; Bellamy/Child, sh.777,778; Kerse, sh.6).

¹⁹² Takip eden bölümlerde açıklanacağı üzere, grup muafiyeti tebliğleri ancak iki teşebbüs arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara (ve uyumlu eylemlere) karşı tatbik edilebilir. Grup muafiyet kapsamına girebilecek bir sözleşmeye ikiden fazla teşebbüsün taraf olması, o sözleşmeyi kendiliğinden grup muafiyeti kapsamı dışında tutar. Uygulamada ise, grup muafiyet kapsamına girebilecek bir franchising veya tek elden dağıtım anlaşmasına, temsilci, garantör gibi sıfatlarla ikiden fazla kimse taraf olabilmekte ve çoğu kez bunlar iktisadi açıdan bağımsız hareket etmemektedir. İşte ekonomik açıdan bağımsız olmayan kişilerin, örneğin bağlı işletmelerden herhangi birinin de sözleşmeye taraf olması, sözleşmenin ikiden fazla tarafı bulunduğu şeklinde yorumlanmamalı ve diğer koşulların yerine getirilmiş olması şartıyla, söz konusu olan sözleşme grup muafiyeti kapsamına girebilmelidir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda bu yönde verilmiş kararlara rastlamak mümkündür (Hydroterm-Andreoli, dava 170/83, (1984) ECR.2999, (1985) 3 CMLR.224). Şüphesiz burada da iktisadi bağımsızlığın bulunup bulunmadığı, tarafların hangi amaçlarla sözleşmeye katıldığını dikkatle incelemek gerekir (Korah/Rothnie, sh.73; Bellamy/Child, sh.63; Whish/Sufrin, sh.567-568; Kerse, sh.7).

¹⁹³ Günümüzde yaygın bir şekilde görülen çok uluslu şirketler, aralarındaki bağımlılığın derecesi farklı olmakla birlikte, bir tür bağlı işletme ilişkisidir. Bu itibarla teorik olarak rekabet kurallarının uygulanmasında sadece yavru ortaklık değil, ana ortaklığın da sorumluluğu söz konusu olabilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, merkezi Birlik toprakları dışında olan pek çok yabancı teşebbüs, rekabet kurallarına muhatap olmaktan kurtulamamıştır (Tiryakioğlu, sh.96; Whish/Sufrin, sh.380). Ayrıca bkz. aşağıda IV/C/3.

¹⁹⁴ Bir teşebbüsün iktisadi açıdan bağımsız olması, söz konusu teşebbüsün iktisadi kararlarının alımında ve politikaların oluşturulmasında mutlaka tek başına hareket ediyor olması ile sınırlı değildir. Keza aynı şekilde bir ekonomik birimin iktisadi açıdan bağımlı olması veya farklı ifadeyle iktisadi kontrolün başka teşebbüsün elinde olması, mutlak suretle ekonomik birime ilişkin tüm karar ve politikaların kontrolü elinde tutan teşebbüs tarafından oluşturuluyor anlamına gelmez. Esasen bu iki durumda iktisadi bağımsızlık ve ekonomik birlik teorisinin uygulanmasında da herhangi bir zorlukla da karşılaşılmaz. Fakat gerçek yaşamdaki ticari ilişkiler, genellikle bu iki uçta yer alan durumun

arasındaki derecelerden oluşmaktadır. Bu durum ise iktisadi bağımsızlık kavramının tatbikinde olağan üstü güçlükler doğurmaktadır.

¹⁹⁵ Bu durum, bağlı işletme ilişkisine taraf olan ekonomik birimlerin içe ve dışa dönük ilişkilerinin farklılaşmasına bağlı olduğu kadar, rekabet kurallarının farklı konu ve amaçlara yönelik olması ile de ilişkilidir. Örneği idari para cezasına kimin muhatap olacağına ilişkin Kanun'un 16.maddesi ile, kimlerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya taraf olabileceği ile ilgili 4.maddenin uygulanmasında, "*iktisadi bağımsızlık*" olgusunun farklı değerlendirilmesi gerekir.

Ekonomik birimlerin içe ve dışa yönelik ilişkilerinin farklılaşması ile kastedilen ise, rekabet açısından grup içi davranışlar ile dışa yönelik davranışlar arasında önemli bir farklılık bulunduğuudur. Somutlaştırmak gerekirse, RKHK.'nın 4.maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişkinin tarafları, grup içinde yer alan bağlı işletmeler veya bağlı işletmeler ile holding ise, -ekonomik bağımlılık ve iktisadi kontrol gevşek olsa dahi-, bunlar arasında rekabetin gerçek anlamda sınırlandığını söylemek gerçekçi değildir. Zira bu işletmelerin iktisadi bağımsızlığının bulunmadığı bir kenara, bunlar arasında rekabet olgusu dahi yaşanmamaktadır. Rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarını yasaklayarak, ekonomik birimlerin özgürce karar vermelerini sağlamaya yönelik olan 4.madde hükmünün böyle bir durumda uygulanması mantıklı olmaktan uzaktır. Dolayısıyla bağlı işletmeler veya bu işletmeler ile ana ortaklık arasındaki ilişkinin 4.madde kapsamına girmesi neredeyse olanaksızdır. Böyle bir durumda Kanun'un 4.maddesi açısından ayrı bir teşebbüs değil, tek bir teşebbüs vardır, o da söz konusu holdingdir.

Bununla birlikte söz konusu bağlı işletmelerden herhangi biri, üçüncü kişilerle rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yaptığı takdirde, şartlar aksini gerektirmedikçe burada teşebbüs sıfatını haiz olan artık bağlı işletmenin bizzat kendisidir. Bir başka ifadeyle 3.kişilerle yapmış olduğu bu anlaşma bakımından teşebbüs olma sıfatı bizzat kendisi üzerinde doğmakta, ana ortaklık veya diğer ortaklıkların teşebbüs kapsamına dahil edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ana ortaklığın aynı piyasada faaliyet göstermesi veya yavru ortaklığın tamamen ana ortaklığını emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi ya da yavru ortaklığın idari yaptırımını karşılayacak finansal gücünün olmaması yahut ana ortaklığın yavru ortaklığı rekabet kurallarından sınırlamak için bir araç olarak kullanması gibi somut olayın özellikleri, yavru ortaklığın tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve ana ortaklığın sorumlu tutulmasına imkan verebilir. Bunun dışında özellikle 7.madde açısından, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığı ve hakim durumun yaratılıp yaratılmadığına ilişkin değerlendirmede, bu kuralın aksinin geçerli olduğu söylenebilir.

Keza benzer şekilde, ekonomik birliğe dahil işletmeler arasında yaşanan birleşme ve devralmaların gerçek anlamıyla konsantrasyona yol açtığını söylemek güçtür. Burada 7.madde anlamında teşebbüslerin varlığından söz etmek mümkün olmadığı için, 7.maddeye aykırılık da söz konusu olamaz. Bununla birlikte bağlı işletmelerden herhangi birinin, bir başka teşebbüs tarafından devralınması halinde, artık söz konusu olan bağlı işletmenin değil, ekonomik açıdan bağımlı da olsa bir teşebbüsün devralınmasıdır. Görüldüğü üzere teşebbüs olma sıfatı izafidir ve somut olayın özellikleri ve uygulanacak rekabet kurallarına göre farklı değerlendirmeyi gerektirmektedir.

¹⁹⁶ Tüzel kişi, kurucularından, üyelerinden ve organlarını oluşturan bireylerden ayrı, bağımsız bir hak öznesi sayılır. Bağımsızlık bünyesinde bulunan kişilere yani içe dönük olduğu kadar, üçüncü kişilere karşı da söz konusudur. Tüzel kişinin kazandığı malvarlığı değerleri, üye ve ortaklarının malvarlığı değerleriyle karışmaksızın tüzel kişiliğin olur

¹⁹⁷ Hukuki ve iktisadi bağımsızlığın birbirlerinden ayrıldığı pek çok ihtimal söz konusu olabilir. Örneğin tüzel kişiliği olmayan bir ticari işletmeyi ortaklaşa işleten gerçek veya tüzel kişiler hukuken bağımsız olmakla birlikte, bunlardan hiçbiri, başka bir ekonomik faaliyet yerine getirmediği sürece, yerine getirdikleri bu faaliyet açısından iktisadi anlamda bağımsız ve dolayısıyla birer “teşebbüs” olarak nitelendirilemez. Aynı şekilde özel bir malvarlığı değerini ifade eden ticari işletmenin de “teşebbüs” olarak nitelendirilmesi imkansızdır. Bu gibi durumlarda genel kaide, bunların bir araya getirdiği ve hukuken “adi ortaklık” temeline dayanan ve uygulamada genellikle “ortak girişim”, “konsorsiyum” olarak adlandırılan fiili gruplaşma veya birlikteliğin teşebbüs olarak nitelendirilmesidir. Bununla birlikte ticari işletme tüzel kişiliği haizse veya taraflar tüzel kişilik bünyesinde faaliyetlerini yürütmeyi tercih ederlerse, o takdirde artık teşebbüs sıfatını haiz olan adi ortaklık temeline dayan gruplaşma değil, büyük olasılıkla ticaret ortaklığı görünümündeki tüzel kişilik olacaktır. Görüldüğü üzere burada da esasen hukuki süjeleri ticaret ortaklıklarından oluşan bağlı işletme ilişkisine benzer bir ilişki bulunmaktadır.

Bununla birlikte bağlı işletme veya bağlı ortaklık ilişkisinin farklı görünümünün olabileceğini ve her zaman bunlar arasındaki ilişkilerin adi ortaklık temeline dayandırılmasının mümkün olmadığını da belirtmek gerekir. Örneğin bir veya birden fazla ticaret ortaklığının iktisadi kontrolünü elinde tutan bir başka ortaklığın, daha teknik bir ifadeyle bir “tabiiik esasına dayalı bir konzern” veya “fili bir konzern” ilişkisinin (krş. Barlas, sh.171,172), ya da bir “holding” ilişkisinin adi ortaklık temeline oturtulması hemen hemen imkansızdır.

Bir başka ihtimal, bir gerçek kişinin birden fazla ticaret ortaklığını iktisadi kontrol altında tutması halidir. Böyle bir durumda gerçek kişinin mi, yoksa ticaret ortaklıklarının mı teşebbüs olarak nitelendirileceği sorunu ile karşılaşılır. Bu ise esasen “holding” veya “tabiiik esasına dayalı konzern” ilişkisinden önemli bir farklılık arz etmez. Kural olarak bu gibi durumlarda da, uygulanacak rekabet kurallarına bağlı olarak, teşebbüs sıfatını haiz olan iktisadi kontrolü elinde tutan gerçek kişi olacaktır. Fakat dışa yönelik ilişkilerde hukuki kişiliğin yok sayılmasında çekingen davranılmalıdır.

¹⁹⁸ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. Akıncı, sh.324-345

¹⁹⁹ Yavru ortaklıklar, hukuki anlamda bağımsız olmakla beraber, genellikle iktisadi anlamda bir ana şirkete bağlı olarak faaliyet gösteren ekonomik birimler olarak karşımıza çıkarlar. Yavru ortaklık ile ana ortaklık arasındaki ilişkilerin, gelişen ticaret koşullarına bağlı olarak çok çeşitli görünüm ve yoğunlukta ortaya çıkması mümkün olmakla birlikte, bunların hemen hemen tamamında, yavru ortaklıklar ana ortaklığın (bazı hallerde de birbirlerinin) iktisadi kontrolü altında bulunmaktadır. Ana ortaklığın kontrolü altındaki şirketler, ana ortaklık tarafından belirlenen bir politikanın uygulayıcısı ve birbirlerinin de tamamlayıcısı durumundadırlar. Birbirlerine ters çıkar ve amaçlar izlemeleri, hayatın olağan akışına uygun bir durum değildir. Dolayısıyla bunların iktisadi politikalarını kendi menfaat ve çıkarları doğrultusunda, başka bir teşebbüsün etkisinde

kalmaksızın bağımsız olarak oluşturduğunu söylemek güçtür. Belirleyici anlamda ticari politikalar, genellikle ana ortaklık veya en azından ortak müzakereler neticesinde alınır. Bununla birlikte merkezi karar organının veya ortaklıklar arasındaki ekonomik bağın her türlü ilişkide aynı düzey veya sıklıkta olması gibi zorunluluk da bulunmamaktadır. Günümüzün ticari koşullarında, pek çok işletme organizasyonunda yavru ortaklıkların daha geniş bir hareket alanına sahip olduğu ve kendi iktisadi politikalarının oluşumunda önemli ölçüde söz sahibi olduğu bilinen bir gerçektir. Ticari yaşamın sürati ve işletme bilimindeki yaklaşımlar, karar almada inisiyatifin yerleşmesini ve dolayısıyla daha serbest türde yapılanmaların daha verimli olduğuna işaret etmektedir. Bu durum ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere, iktisadi bağımsızlığın her olay bakımından dikkatle tetkik edilmesini ve ekonomik birimler arasındaki ilişkilerin uygulanacak olan rekabet kuralına göre yorumlanmasını gerektirmektedir. Bunun ise basit bir inceleme olmadığını kabul etmek gerekir. Fakat yine de, hukuken bağımsız ve farklı kişiliklere sahip olmalarına rağmen, yavru ve ana ortaklığın tek bir teşebbüs olarak telakki edilmesi ve özellikle ana şirket ile yavru şirket arasındaki ticari ilişkilerin, Rekabet Hukukunun konu bakımından uygulamasının dışında kalması en gerçekçi yaklaşım tarzıdır.

²⁰⁰ Bkz. bu konuda; Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, sh.387 vd.; Serozan, Tüzel Kişiler, sh.7 vd.; Akunal, sh.16; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh.170,171

²⁰¹ Korah/Rothnie, sh.74

²⁰² Bkz. bu yönde kararlar : ICI.-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR. 619 (1972) CMLR 557, Beguelin Import-GL. Import Export, dava 2/71, (1971) ECR.949, (1972) CMLR 81, Re Christiani & Nielsen NV., OJ.(1969) L.165/12, (1969) CMLR.D.36, Viho/Toshiba, dava T-102/92, (1995), ECR.II-217, (1995) 4 CMLR.299, Bodson-Pompes Funebres, dava 30/87, (1988) ECR.2479 (1989) 4 CMLR 984, Centrafarm-Sterling, dava 15/74, (1974), ECR.1147, (1974), 2 CMLR. 480, CMR.8246

²⁰³ EC.Report, sh.32; Whish/Sufrin, sh.212 vd.; Bellamy/Child, sh.62 vd.; Akıncı, sh.336,337; Esin Arif, 46 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.352; Aslan, AT., sh.58 vd.; Kerse, sh.6; Green/Robertson, sh.297

²⁰⁴ Kanımızca meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekir. Her şeyden önce bir ekonomik bütünlüğe dahil olan bağlı ortaklığın kendi gerçekleştirdiği faaliyetler değil, fakat kendisine yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetler açısından teşebbüs sıfatına sahip olduğunu ve “ekonomik birlik” teorisinin bu gibi durumlarda uygulama alanı bulamayacağını belirtmek gerekir. Örneğin bağlı ortaklığın muhatap olduğu bir kötüye kullanma eylem ve işlemi neticesinde, “tüzel kişilik perdesinin aralanarak” ekonomik bütünün teşebbüs olarak nitelendirilmesine ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte 7.maddenin bu kurala bir kısmi bir istisna teşkil ettiğini de belirtmek gerekir. Zira 1997/1 No.’lu Tebliğ (RG.23078, 12.8.1997), izin mecburiyetine esas olan ciro ve piyasa payı açısından, sadece devralan ekonomik grubun değil, devralınan ekonomik grubun da değerlendirmeye katılacağını belirtmiştir (md.4/b). Bu durum her ne kadar birleşmeler açısından yerindeyse de, devralınan bağlı ortaklığın tabi olduğu ekonomik bütünün hangi amaçla hesaba katıldığını anlamak güçtür. Nitekim hukuka aykırılık değerlendirmesi açısından, devralınan bağlı ortaklığın evvelden tabi olduğu ekonomik bütün nazara alınmayacaktır.

Öte yandan bağlı ortaklıkların dışa yönelik faaliyetleri açısından, mesele daha karmaşık bir hal almaktadır. Burada da ekonomik bağımsızlık ilkesi uygulama alanı bulmakla

birlikte, bu durumun her zaman tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektirmemelidir. Özellikle 4. madde açısından mesele hukuka aykırılıktan ziyade, rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın izafe edilebilirliğinden ibarettir. Bu itibarla içe yönelik faaliyetler açısından ekonomik bir bütün teşkil eden bağlı işletmeler, dışa yönelik faaliyetler ana ortaklığa izafe edilemediği sürece tek başlarına teşebbüs olarak kabul edilebilir. Avrupa Birliği Hukukunda da mesele izafe edilebilirlik açısından çözümlenmekte ve ancak sınırlayıcı anlaşmanın akdedilmesinde ana ortaklığın etkisi veya en azından bilgisi bulunduğu hallerde ana ortaklık sorumlu tutulmaktadır (Dyestuffs, dava 48/69, (1972) CMLR.577, (1972) ECR.619, Re Zinc Producers Group, OJ.(1984), L.220/27, (1985) 2 CMLR.108, Viho/Toshiba, dava T-102/92, (1995), ECR.II-217, (1995) 4 CMLR.299)

Öte yandan Kanun'un 6 ve 7.madde hükümleri açısından, hukuka aykırılığın belirleyici unsuru olan "*hakim durum*", teşebbüs olma sıfatı ile doğrudan ilgilidir. Bu ise yapılacak değerlendirmenin önemini artırmaktadır. Kanımızca 6 ve 7. maddeler açısından, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe genel kuralı kabul etmek ve hakim olma koşulu açısından ekonomik bütünlüğü esas almak en uygun çözüm olacaktır. Nitekim 1997/1 no.'lu Tebliğ'de de, bu yaklaşımı görmek mümkündür (bkz.md.4).

²⁰⁵ Kavram için bkz. Karluk, sh.303; Tekinalp/Tekinalp, sh.406

²⁰⁶ RKHK. 'nun kapsamını düzenleyen 2. maddenin gerekçe kısmında, aynen şu ifade yer almaktadır : "*Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar Rekabet Hukukunda da kamu yararı veya kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da, genel menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu göreve yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir*". Görüldüğü üzere Kanun koyucu gayet açık bir şekilde, kamu kesiminin de rekabet kurallarının muhatabı olduğunu belirtmiş, hatta bu konuda hiç bir istisna da tanımamıştır. Bunun yanı sıra, 1982 Anayasası'nın 167.maddesinin gerekçe kısmında da, devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleri önleme görevi yüklenmiş ve takip eden cümlede; "*Bu görev hem özel, hem de kamu kesimi için öngörülmektedir*" ifadesine yer verilmiştir.

²⁰⁷ "*Kamu iktisadi teşebbüsleri*", sosyal ve ekonomik bir hizmet ifa etmek amacıyla devlet tarafından meydana getirilmiş olan ve bağımsız bir kişiliğe ve idari özerkliğe, ayrı gelir kaynaklarına sahip olan, dış ilişkilerinde özel hukuk ve Ticaret Hukuku kurallarına tabi olan ve fakat merkezi bir teşkilat vasıtasıyla yasama organının denetimine tabi olan kuruluşlar şeklinde tanımlanmaktadır. Türk hukukuna göre "*kamu iktisadi teşebbüsleri*"; "*iktisadi devlet teşekkülleri*" ve "*kamu iktisadi kuruluşları*" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. "*İktisadi devlet teşekkülleri*", sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyette bulunmak üzere kurulan teşebbüsleri, "*kamu iktisadi kuruluşları*" ise, yine sermayesinin tamamı devlete ait ve tekel niteliğinde mal ve hizmet üretmek ve pazarlamak üzere kurulan teşebbüsleri ifade eder. Türk idare hukukunda, bu kurumların gerçek hukuki mahiyetleri henüz tam olarak açıklığa kavuşturulamamıştır (Giritli, sh.113 vd.).

²⁰⁸ Aslan, sh.44

²⁰⁹ Söz konusu maddeye göre; "*Genel ekonomi yararına olan hizmetlerin yürütülmesiyle görevlendirilmiş, ya da mali tekel niteliğinde olan (a revenue producing monopoly)*

teşebbüslere antlaşma hükümleri ve özellikle rekabete ilişkin hükümler, bu hükümlerin uygulanması söz konusu işletmelere verilen özel görevin hukuki veya fiili bakımdan yerine getirilmesini engellemedikleri ölçüde uygulanır. Ticaretin gelişmesi, topluluğun çıkarına ters düşecek nispette etkilenmemelidir” (md.90/2).

²¹⁰ “Genel ekonomik menfaate hizmet”, kamu teşebbüsleri açısından oldukça geniş bir kriter oluşturmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında başkaca kriterler vasıtasıyla hangi teşebbüslerin genel ekonomik menfaate hizmet ettiği oldukça dar bir çerçevede belirlenmiştir. Bu hususta; “bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme yükümlülüğü”, “fiyatların sadece arz ve talebin katı kurallarına göre değil aynı zamanda sosyal ve politik gerekliliklere göre oluşması”, “teşebbüslerin işleyişlerinde bir takım kamu hukuku kaynaklı yetkilerin olması” ve “hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması”, gibi çeşitli ölçütler kullanılmakta ve fakat somut olaya göre bu kıstasların kapsamı değişebilmektedir (Goyder, sh.368 vd.; Green/Robertson, sh.294-296; Aslan, AT., sh.36 vd.). Bu ölçütler çerçevesinde; doğal gaz, havagazı, elektrik, su, telefon gibi toplum hayatı açısından hayati nitelikli hizmetleri yerine getiren teşebbüslerin, “genel ekonomik menfaate” hizmet ettiği kabul edilmektedir (Tekinalp/Tekinalp, sh.409; Bellamy /Child, sh.816,817).

²¹¹ Burada kastedilen, devlet bütçesine gelir sağlamak için monopol veya tekel haline getirilmiş teşebbüslerdir. Örneğin Almanya’da alkollü içkiler tekeli bu hükmün kapsamında kabul edilmektedir (Tekinalp/Tekinalp, sh.410; Bellamy/Child, sh.818).

²¹² Her ne kadar Roma Antlaşması’nın 90/2.maddesinde öngörülen bu istisna kamu ve özel teşebbüs ayrımı göz etmiyorsa da, uygulama alanı bulunduğu hallerin önemli bir kısmı doğal olarak kamu teşebbüsleri olmaktadır.

²¹³ Whish/Sufrin, sh.339; Kerse, sh.23; Bellamy/Child, sh.815

²¹⁴ Bkz. bu konuda: BRT-SABAM, Dava 127/73, (1974) ECR.313, (1974) 2CMLR.238, Züchner-Bayerische Vereinsbank, dava 172/80, (1981) ECR.2021 (1982) 1 CMLR.434, Sachi, dava 155/73, (1974) ECR 409, (1974) 2 CMLR.177

²¹⁵ "Association of undertakings"

²¹⁶ Bkz İkinci Bölüm §1/II/C

²¹⁷ Nitekim *BİAK* davasında, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden oluşan *BİAK* isimli koordinasyon kurulu, tüzel kişiliği haiz olmamasına rağmen, RKHK.’nın 4.maddesi anlamında “teşebbüs birliği” olarak nitelendirilmiştir (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99, bkz. 2.2)

²¹⁸ Avrupa Birliği Hukukunda, teşebbüs birliklerinin salt teşebbüslerden oluşabileceği gibi, teşebbüs birliklerinin bir araya gelmesiyle oluşturduğu federasyon ve konfederasyon gibi yapılanmalardan da oluşabileceği kabul edilmektedir (Korah, sh.42,43; Akıncı, sh.347; Bellamy/Child, sh.51; Raybould/Firth, sh.212). Türk hukukunda da, uygulama için pek çok açıdan emsal teşkil edecek *BİAK* kararında da (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99, bkz.2.2.), bu esas benimsenmiştir.

²¹⁹ Tüzel kişi teşebbüs birliklerinin, dernek, sendika, federasyon ve hatta vakıf gibi tüzel kişilik kılıflarında faaliyette bulunmasının, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanabilmesi bakımından önemi yoktur. Buna karşılık çalışanların (*işçilerin*) oluşturduğu sendikaların genellikle rekabet kurallarının kapsamının dışında kalacağı ifade edilmektedir (Goyder, sh. 326; Aslan, sh. 44). Nitekim Kanun’un 3.maddesinin gerekçe kısmında da bu yönde bir ifade yer almaktadır.

²²⁰ Teşebbüslerin hangi amaçlara yönelik olarak bir araya gelebilecekleri hususunda genel bir değerlendirme yapmak zor olmakla beraber, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ilişkin Anayasa'nın 135. maddesinde öngörülen amaçlar zikredilmeye değer niteliktedir : “ ..belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulankamu tüzel kişilikleridir.”

²²¹ Her ne kadar Rekabet Hukuku açısından tüzel kişilik şartı aranmıyorsa da, teşebbüs birliğinden bahsedebilmek için “devamlılık” (süreklilik) unsurunun bulunması gereklidir. Düzenlilik ve süreklilik özelliği göstermeyen toplantılar, tartışmalar ve sempozyumlar, teşebbüs birliği kapsamında mütalaa edilemez. Bunlar ancak uyumlu eylemin varlığında birer ispat vasıtası olabilir.

²²² Nitekim ABD. Rekabet Hukuku mevzuatında, rekabet kurallarının muhatapları açısından “teşebbüs birliği” adı altında herhangi bir kavrama yer verilmemiş ve bu boşluk, “uyumlu eylem” kavramı vasıtasıyla doldurulmuştur (Akıncı, sh.217). Fakat şunu da ifade etmek gerekir ki, Kanun’da ayrıca “teşebbüs birliğinin” rekabet kurallarının muhatabı olduğunun belirtilmesi ve “teşebbüs birliği karar ve eylemlerinin” da açıkça yasaklanması, çeşitli kolaylıkları beraberinde getirmiştir. Her şeyden önce teşebbüsler arasında gerçekleştirilen uyumlu eylemlerin tespit edilmesi, Kanun’da yer alan karineye rağmen oldukça güçtür. Buna karşılık teşebbüs birliği karar ve eylemlerinin tespitinin daha kolay olduğu söylenebilir. Bundan da önemlisi, uyumlu eylemlerin tespiti ve dolayısıyla yasaklanması, ancak uygulama aşamasına geçildiği sırada mümkün olabilmekte, bu ise önleyicilik fonksiyonu ve etkin denetim yapılabilmesine engel teşkil etmektedir. Nihayet teşebbüs birliklerinin kendilerinin de cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalması, rekabet kurallarının caydırıcılığı bakımından önemli rol oynayacaktır (krş. Whish/Sufrin, sh193,194).

²²³ Nitekim Avrupa Komisyonu FIFA hakkında verdiği bir kararında (World Cup Tickets, OJ.(1992), L.136/31); FIFA'nın (Federation Internationale de Football Association) reklam ve televizyon yayın hakları konusunda antlaşmalar yapmak suretiyle ekonomik faaliyette bulunduğunu ve dolayısıyla bu niteliğinin 85. madde anlamında teşebbüs olarak vasıflandırılmasında yeterli olduğunu ifade etmiştir (EC.Report, sh.27; Whish/Sufrin, sh.188,194; Korah, sh.43).

²²⁴ Aslan, sh.75; krş. Korah, sh.43; Bellamy/Child, sh.51

²²⁵ "Territoriality Theory"

²²⁶ RKKH.'nin maddi anlamda rekabet kurallarından 4 ve 6.maddelerinin ihlal edilmesi aynı zamanda birer haksız fiil oluşturur. Bu nedenle gerek uygulanacak hukuk (MÖHÜK.md.25), gerekse milletlerarası yetki açısından (MÖHÜK.md.27, HUMK.md.21) esas alınması gereken, haksız fiilin ika edildiği yer olacaktır. Öte yandan Rekabet Hukuku ihlali teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği yer ile, zararın gerçekleştiği yer farklı olduğu hallerde ise, uygulanacak hukuk açısından zararın meydana geldiği yeri esas almak gerekecektir (MÖHÜK.md.25/2,3).

²²⁷ Bkz. bu konuda : Tiryakioğlu, sh.60-62.

²²⁸ Bkz. bu konuda : Tiryakioğlu, sh.62 vd.

²²⁹ Örneğin bu konuda, ABD., Avusturya, Kanada, Yunanistan, Avustralya, İsveç, Fransa ve Norveç genel olarak etki teorisine dayanmakta, İngiltere, Hollanda ve Japonya ise ika yerinin esas almaktadır (Tiryakioğlu, sh.75).

²³⁰ Türk hukukunda genellikle RKHK.'da etki teorisinin benimsendiği ifade edilmektedir (Tiryakioğlu, sh.72,73; DPT., sh.29,30; Budak, sh.137; Anık, sh.312; Erol, sh.36; krş. Ersin, sh.41,42) Nitekim RKHK.'nun 2.maddesinin gerekçe kısmında da etki doktrinin benimsendiği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu ifadeye göre; “*Rekabet Hukuku literatüründe “etki teorisi” isimlendirilen sistem, bu Kanun’da da benimsenmiştir. Başka bir ifadeyle, merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüsler de bu Kanun kapsamında bulunmaktadır*”

²³¹ “Effects doctrine”

²³² “*Etki doktrinine*” göre, Rekabet Hukukunun ihlali teşkil eden davranışın nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiği değil, zararlı sonucun nerede gerçekleştiği, hangi piyasaların bundan olumsuz etkilendiği önem taşır. Bununla birlikte her türlü zararlı etki, etki doktrininin uygulanmasında yeterli görülmemektedir. Bu konuda etkinin, “*esashi*”, “*doğrudan*”, “*derhal*” ve “*makul şartlar altında önceden öngörülebilir olması*” şartları aranmakta (bkz. Dyestuffs, dava 48/69, (1972) ECR.619, (1972), CMLR.557) ve bir anlamda etki doktrininin doğurabileceği sakıncalar bertaraf edilmektedir (bu şartlar hakkında açıklamalar için bkz. Tiryakioğlu, sh.84-93; Özel, sh.350,351).

²³³ Saf dış satım kartellerinde, karteletaraf teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları iç piyasaları olumsuz etkilemeyip, etkilerini sadece dış pazarda doğururlar. Buna karşılık ihracata yönelik söz konusu rekabeti sınırlayıcı anlaşma herhangi bir şekilde iç pazarı da olumsuz etkilerse, o takdirde bunların rekabet kurallarına muhatap olması gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, Batı Afrika Armatörleri davası (French-West African Shipowners Committees, OJ.(1992) L.134/1) bu duruma güzel bir örnektir. Söz konusu davada Komisyon, armatörler arasında Fransa ve Batı Afrika arasındaki kargo taşımacılığındaki pazar paylaşım anlaşmasını; Fransız gemilerinin bu hatlarda imtiyaz elde ederek diğer devletlere ve özellikle üye ülke karşı avantaj sağlaması ve Fransız ihracat ve ithalatçıları arasında rekabeti bozduğu gerekçeleriyle AB. içerisindeki ticareti de olumsuz etkilediği görüşüne varmıştır.

Bu ifade edilenler ışığında ülke içerisindeki rekabeti olumsuz etkilemeyen saf ihracat kartellerinin faaliyetlerini denetim altına almak ve önlemek, esasen ithalat yapan ülkelerin görev alanına girmektedir. Nitekim “damping” ve rekabet kuralları yukarıda belirtilenler çerçevesinde bu amaca da hizmet etmektedir. Avrupa Birliği otoriteleri uzun bir dönem, Türk hukuku sisteminde rekabeti koruyucu yasal düzenlemeler bulunmadığından ötürü kartelleşmenin bulunduğunu ileri sürerek ihracatçı firmaları damping soruşturmasına tabi tutmuştur

²³⁴ Krş. Ersin, sh.42; Budak, sh.138; Özsunay, sh.251,252; Bellamy/Child,sh.127; Goyder, sh.394,395

²³⁵ Bellamy/Child, sh.126; Kerse, sh.285; Report, sh.21; Green/Robertsom, sh.311; Aslan, AT. sh.42; Goyder, sh.386; Gijlstra/Murphy, sh.50; Whish/Sufrin, sh.368 vd.; Özel, sh.337,338

²³⁶ Whish/Sufrin, sh.378 vd.

²³⁷ Whish/Sufrin, sh.373,374; Tiryakioğlu, sh.73; Weatherill/Beaumont, sh.691; Özel, sh.354

²³⁸ Örnek vermek gerekirse, Dyestuffs karteli davasında (Dyestuff, dava 48/69, (1972) ECR.619, (1972), CMLR.557), 11 Dyestuffs üreticisinin yaklaşık aynı tarihlerde ve aynı oranlarda birbirleriyle uyumlu olarak fiyat artırımına gitmeleri, 85/1.madde çerçevesinde uyumlu eylem olarak değerlendirilmiş ve Komisyon söz konusu teşebbüslere para cezaları uygulamıştır. Bu olayda konumuz açısından önemli olan nokta, Komisyon'un ortak pazar dışında yerleşik firmalara da (İsviçre ve İngiliz firmalarına), ortak pazardaki ticaretin etkilendiği gerekçesiyle rekabet kurallarını uygulamasıdır. Bu karara karşı Adalet Divanı'na başvuran ICI (keza diğer İsviçre firmaları, Geigy ve Sandoz), kendisinin ortak pazarda yerleşik olmadığını belirterek, Komisyon'un yargı yetkisi olmadığını ileri sürmüştü; buna karşılık Adalet Divanı ise, ICI'nin ortak pazar dahilinde faaliyet gösteren yavru ortaklıkları vasıtasıyla rekabeti sınırladığı belirtmiştir. Bu görüşe karşılık olarak ICI, kendisinin ve yavru ortaklıkların ayrı tüzel kişiler olduğunu ve bu sebeple de, bu ortaklıkların davranışlarının birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür. Adalet Divanı ise, ICI'nin yavru ortaklıklarının faaliyetleri üzerinde kesin bir kontrolü olduğunu ve buradan hareketle; "*ekonomik bütünlük*" ilkesine uygun olarak; hukuki olarak farklı kişiliklerden dolayı ortaya çıkan bu şekli farklılığın, rekabet kurallarının amaçları açısından uygulamaya bir engel teşkil etmeyeceğini ifade etmiş ve meseleyi "*etki teorisi*" değil, "*ekonomik bütünlük*" teorisi ile çözümlenmiştir. Yine benzer mahiyetteki Commercial Solvent davasında (Commercial Solvent, dava 6-7/73, (1974), ECR.223, (1974), 1 CMLR.309), merkezi ABD'de bulunan CSC'ye bağlı ortaklık olan Istituto'nun faaliyetleri, mahkemece hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiş ve CSC ile Istituto'nun tek bir ekonomik birim sayılmasından hareketle ABD'deki CSC'ye de rekabet kurallarını tatbik edilmiştir.

²³⁹ Kerse, sh.288; Goyder, 388, vd.; Whish/Sufrin, sh.371,379

²⁴⁰ Örneğin bilya davasında (Franco Japanese Ball bearing case OJ.(1974), L.343/19, (1975) 1 CMLR D.8), Japon ihracatçıları ve Fransız üreticileri bir araya gelerek Japonya'dan ihraç edilecek bilyalı yatakların fiyatlarını Fransa'da üretilenlerin fiyatlarına uyumlu hale getirmek üzere anlaşmışlar ve Komisyon bu anlaşmanın kimler arasında ve nerede akdedildiğini dikkate almaksızın, tek pazarda rekabeti sınırlayıcı etkilerinin olduğunu kabul ederek 85. madde kapsamında değerlendirmiştir (Komisyon'un benzer yaklaşımlar sergilediği davalar için bkz. Ahlström ve diğerleri-Komisyon, dava OJ.(1985), L.85/1, (1985) 3 CMLR 474, Aliminium Imports from Eastern Europe, OJ.(1985), L.92/1, (1987) 3 CMLR.813)

²⁴¹ EC.Report, sh. 21; Goyder, sh.389; Kerse ,sh.290

²⁴² Tiryakioğlu, sh.73; Weatherill/Beaumont, sh.691; Whish/Sufrin, sh.379; Kerse, sh.288

²⁴³ Örneğin Woodpulp davasında (Ahlström ve diğerleri-Komisyon, dava OJ.(1985), L.85/1, (1985) 3 CMLR 474), rekabet kurallarının ortak pazar dışarısında uygulanabilirliğinin teorik tartışmalar yapılmış ve Komisyon ve Adalet Divanı arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Bu davada ortak pazar dışarısında mukim 41 tahta hamuru üreticisi ve bunların oluşturduğu iki ticari örgüt, ortak pazardaki alıcılarına uygulayacakları fiyat hususunda karar alarak uyumlu davranışta bulunmuşlar ve bu nedenle 85. maddeyi ihlal ettikleri iddiasıyla Komisyon ve Adalet Divanı önünde yargılanmışlardır. Dava önüne gelen Komisyon, söz konusu ortak davranışı ortak pazar dışında gerçekleşmiş olsa da, bunun olumsuz etkilerinin ortak pazarda oluştuğunu kabul

ederek olaya “*etki teorisi*”ni uygulamıştır. Adalet Divanı ise, Komisyon’un görüşünü yerinde bulmamış ve rekabet kurallarının uygulanması bakımından ülkesellik ilkesinin yeterli olduğunu kabul etmiştir. Adalet Divanı’na göre ortak pazar dahilinde rekabetin sınırlandırılmasına yol açan somut olay iki aşamadan oluşmaktadır; ilki anlaşma, uyumlu eylem ve kararın oluşumu, diğeri ise bunların hayata geçirilmesidir. Rekabet kurallarının uygulanması bakımından ise önemli olan bunların hayata geçirilmesi aşamasıdır; zira rekabet kurallarının uygulanmasının münhasıran ilk aşamaya dayandırılması, yurt dışında mukim teşebbüslerin kolaylıkla Rekabet Hukuku yaptırımlarından kurtulmalarına imkan verebilir. Somut olayda üreticiler tarafından ortak olarak kararlaştırılan fiyat, ortak pazar dahilinde uygulanmıştır ve bu durum ortak pazardaki rekabetin kısıtlanmasına yol açmıştır. Bu nedenle bu tip davranışlar karşısında rekabet kurallarının uygulanması ülkesellik prensibi çerçevesinde halledilebilir

²⁴⁴ Rekabet kurallarının ülke dışında etkin olarak uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, öncelikli olarak yapılması gereken rekabet otoriteleri arasında ve uluslararası platformda adli yardım antlaşmaları akdetmektir. ABD. kendi antitröst hukukunun ülke dışında uygulanmasını sağlamak amacıyla Almanya, Avustralya, Kanada ve AB. ile uluslararası antlaşmalar akdetmiştir. OECD, Unctad ve GATT. bünyesinde de bu konuda çalışmalar yapılmaktadır (bkz. Whish/Sufrin, sh.388 vd.). Nitekim bu hususta gümrük birliğinin işleyişine dair rekabet kurallarında, AB birliği mercileri ve Türkiye rekabet kurumuna yönelik görevler yükleyen hükümler (md. 40,43) işletildiği takdirde, AB. ile Türkiye arasında doğabilecek sorunları nispeten engelleme imkanına sahiptir.

²⁴⁵ Gijlstra/Murphy, sh.50; Whish/Sufrin, sh.374

²⁴⁶ Oğuzman, sh.60,61; Edis, sh.154,155

²⁴⁷ Bkz. Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulduğuna İlişkin Tebliğ, Tebliğ no 1997/5, RG.23160, 4.11.1997

²⁴⁸ Rekabet Kurumu’nun, bireysel ve grup muafiyet sağlamak, menfi tespit belgesi vermek, birleşme ve devralmalara izin vermek, hukuka aykırı eylem ve işlemler hakkında idari para cezaları ve diğer hukuki tedbirler uygulamak gibi pek çok görevi bulunmaktadır.

²⁴⁹ RKHK’nun uygulanmasında, her ne kadar Rekabet Kurumu asli yetkili olsa da, tek yetkili mercii değildir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, Kanun’un uygulanmasında aynı zamanda adli mahkemelere de büyük görevler düşmektedir. Buna rağmen bu ara sürede, mahkemelere intikal eden bir Rekabet Hukuku uyuşmazlığına rastlanmamıştır.

²⁵⁰ Nitekim geçici maddede yer alan bu düzenlemenin paraleli, Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun’un 10.maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında 1997/2 No.’lu Rekabet Kurulu Tebliği’nin 4.maddesi (RG.23078, 12.8.1997) ve Rekabet Kurumu Teşkilatı Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sy. Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 1997/6 No.’lu Tebliğ’in 3.maddesinde de yer almaktadır (RG.23167, 11.11.1997).

²⁵¹ Avrupa Birliği Hukukunda da, rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin çıkartılan 17 sy. 6 şubat 1962 tarihli tüzükte rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların bildiriminde benzer geçiş dönemi öngörülmüştür (OJ.13, 21.2.1962). Bu Tüzük’te sadece; tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar (*old-existing*

agreements, decisions and practises) için değil (md.5), aynı zamanda Birliğe yeni katılan ülkelerdeki mevcut anlaşmalar (*acession agreements*) için 6 aylık bir geçiş dönemi belirlenmiştir (md. 25). Bu anlaşmalar için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C/3/b

²⁵² Bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/1 ve Üçüncü Bölüm/§2/II/C/3/c

İkinci Bölüm

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLER

Ş1- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

I- Genel Olarak

Sosyal yaşamda olduğu gibi, ekonomik ve ticari yaşamda faaliyet gösteren kişi ve kuruluşların da çeşitli şekillerde bir araya gelerek işbirliği yapması ve müşterek davranışlar içine girmesi, olağan ve bazı şartlar karşısında zorunlu bir davranış biçimidir. Bu tip birliktelikler, izlenen amaca göre değişebilmekle birlikte; herhangi bir sözleşme unsurunu içermeyen ortak davranışlardan, işbirliğinin had safhaya vardığı hukuki anlamdaki birleşmelere¹ kadar çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilirler. Taraflar, gerçekleştirdikleri bu birliktelikler vasıtasıyla verimliliğin artırılması, ekonomik durgunluk veya kriz dönemlerinin aşılması, yüksek yatırım harcamalarının karşılanması, araştırma geliştirme (ar-ge) faaliyetlerinin yürütülmesi gibi çok çeşitli faydalar elde edebilirler. Dolayısıyla, genel olarak ortak davranışların, ekonomik açıdan belirli bir mantığa dayandığını söylemek mümkündür².

Bununla birlikte, bir birlikteliğin ticari ve ekonomik yaşam açısından olağan, rasyonel ve hatta zorunlu olması, onun aynı zamanda “*hukuken meşru*” olduğu anlamına gelmez. Daha önce de ifade edildiği üzere, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren kişi ve kuruluşların (teşebbüslerin) daimi olarak rekabetten sakınma isteği, bunlar arasında gerçekleştirilen bir birlikteliğin, aynı zamanda aralarındaki rekabeti sınırlamak amacına hizmet etmesi ihtimalini beraberinde getirir. Özellikle birlikteliğin rakip konumda olan teşebbüsler arasında gerçekleştiği hallerde, ihtimal belirgin bir şüphe halini almaktadır. Bu nedenle, mevcut tüm Rekabet Hukuku sistemleri, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüslerin bir araya gelerek, piyasalardaki rekabeti sınırlayıcı müşterek davranışlar içine girmesini kontrol eden düzenlemeler içerirler.

İşte bu amaca yönelik olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi de, “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak*” olduğunu hükme bağlayarak, teşebbüslerin ortaklaşa olarak rekabeti kısıtlamaya yönelik davranışlarını düzenleme altına almıştır. Bu genel yasaklama halinin yanı sıra, takip eden fıkrada örnek bir takım durumlar öngörülerek, uygulamada sıkça görülen rekabete aykırı davranış biçimlerini örnek kabilinden sayılmıştır.

Açıklıkla görüldüğü üzere 4. madde hükmü, birden fazla teşebbüsün bir araya gelerek, birbirleriyle uyumlu, koordineli davranışlarla rekabeti sınırlamaları halini düzenlemekte ve teşebbüsler arasındaki bu irade uyuşması ve işbirliğinin³, “anlaşma”, “uyumlu eylem” ve “karar” olmak üzere üç yolla gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Bu kavramların Rekabet Hukuku bakımından ne anlamda kullanıldıkları açıklandıktan sonra görülecektir ki, esasen teşebbüsler arasındaki bir uyuşmanın, bu üç yol dışında başka bir biçimde gerçekleştirilmesi imkanı da bulunmamaktadır. Bu itibarla 4. maddenin, karşılıklı uzlaşma ve uyuşmanın söz konusu olabileceği bütün ihtimalleri içerdiğini söylemek mümkündür.

Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi bakımından ise, bu işbirliği ilişkisinin, fiilen veya muhtemel, doğrudan ya da dolaylı olarak, rekabetin sınırlanması, bozulması veya kısıtlanmasına yol açması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla “anlaşma”, “karar” veya “uyumlu eylem” şeklinde ortaya çıkan bir ilişkinin Rekabet Hukuku kapsamına girebilmesi için, öncelikle bu ilişkinin “*iktisadi rekabet*” ile ilgisinin bulunması, yani piyasadaki rekabete etkide bulunacak konu ve kapasiteye sahip olması gerekir. Ticari yaşamdaki rekabet süreciyle hiçbir ilgisi olmayan⁴ veya ilgisi olsa da, piyasadaki rekabete etkide bulunacak öneme sahip olmayan ilişkiler⁵, Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilemez. Bunun yanı sıra, rekabete olan etkinin olumsuz bir nitelik göstermesi, yani, rekabetin bundan zarar görmesi veya en azından zarar görme tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Bu düzenleme tarzı ile, rekabete olumsuz bir etkinin gerçekleşebileceği her türlü durum, zararlı etkiler doğmamış olsa dahi hükmün kapsamı içine girebilecektir.

Bununla birlikte, rekabete aykırı ve bu nedenle 4. madde anlamında hukuka aykırı bir işbirliği ilişkisinin, 5. maddede yer alan koşulları yerine getirmesi halinde, 4. madde yasağından kurtulması imkanı vardır. Dolayısıyla 4. maddenin tam olarak kavranabilmesi, aynı zamanda 5. maddedeki muafiyet hükmünün de dikkate alınmasını gerektirir. Muafiyete ilişkin bu düzenleme, 4. madde yasağının katı bir şekilde tatbik edilmesi halinde doğabilecek sakıncaların giderilmesi ve bu maddenin uygulanmasında gerekli esnekliğin sağlanması amacıyla hizmet etmektedir. Kanun’un 4. maddesi hükmünün geniş ifadesine bağlı olarak, aslında ekonomik açıdan yararlı etkileri, rekabet üzerindeki zararlı etkilerinden daha ağır basan bir işbirliği ilişkisinin yasak kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. İşte muafiyet hükmü, bu gibi hallerde söz konusu ilişkiyi 4. madde yasağından istisna tutmaktadır.

Kanun’un 4. maddesi hükmünün diğer maddi rekabet normlarından farkı ve belirgin vasfı ise, söz konusu hüküm ile, teşebbüsler arasında rekabetin sınırlanmasına yönelik olan irade uyuşmalarının düzenlenmesidir. Avrupa Birliği Hukuku doktrininde tercih edilen terminolojiye uygun olarak ifade edecek olursak, 4. madde yasağı, teşebbüslerin “*danışıklı*”⁶ davranışlarla rekabeti sınırlamalarını konu edinmektedir. İleride görüleceği üzere 6. madde,

teşebbüs veya teşebbüslerin⁷ tek yanlı davranış ve eylemlerini⁸, 7. madde ise, iktisadi bağımsızlığın yitirilerek, bir başka teşebbüs veya teşebbüslerin iktisadi kontrolü altına girilmesiyle sonuçlanan karşılıklı ilişkileri düzenlemektedir⁹. Oysa 4. madde, birden fazla teşebbüsün rekabetin kısıtlanması hususunda birbirleriyle hukukten veya fiilen uyuştuğu, buna karşılık iktisadi bağımsızlığın korunduğu çok taraflı¹⁰ danışıklı ilişkileri düzenlemektedir. İktisadi bağımsızlığın korunmasının bir sonucu olarak, rekabeti sınırlamak üzere girilen danışıklılık ilişkisi neticesinde dahi, taraf teşebbüslerin ticari menfaatleri çatışmakta ve bu durum rekabeti sınırlayıcı irade uyuşmalarının zayıf noktasını teşkil etmektedir¹¹.

Avrupa Birliği Hukukunda ise¹², 4. maddenin paralel düzenlemesi Roma Antlaşması'nın 85. maddenin ilk paragrafında yer almakta ve bu iki düzenleme, çeşitli farklılıklar dışında büyük ölçüde birbirlerine benzemektedirler¹³. Farklılıklar hususunda ise; 85. madde hukuka aykırılığın ortaya çıkmasında “rekabetin olumsuz etkilenmesi” kriterinin yanında, Roma Antlaşması'nın niteliğinden kaynaklanan “üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi” kistasına da yer vermekte, buna karşın *belirli mal veya hizmet piyasası*” ve *etkinin doğabilecek nitelikte olması*” şartlarını içermemektedir. Ayrıca örnek olarak sayılan rekabet sınırlaması hallerinde de farklı düzenlemeler bulunmaktadır¹⁴.

Özetle 4. maddenin uygulanması için, birden fazla teşebbüsün varlığı, bunlar arasında “anlaşma”, “uyumlu eylem” veya “teşebbüs birliği kararları” şeklinde ortaya çıkan bir “irade uyuşması” (danışıklılık) ve bu irade uyuşması neticesinde de, rekabetin olumsuz bir şekilde etkilenmesi veya böyle bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmektedir. “Teşebbüs” kavramı daha önce açıklandığından burada tekrar üzerinde durmaya gerek yoktur¹⁵. Buna karşın, teşebbüsler arası irade uyuşması veya danışıklılığın kaynağı olarak öngörülen “anlaşma”, “uyumlu eylem” ve “teşebbüs birliği karar ve eylemleri” kavramlarının neyi ifade ettiğini açıklamak gerekir. Bu kavramları açıkladıktan sonra ise, rekabete olumsuz etkinin hangi durumlarda söz konusu olabileceği, bir başka ifadeyle hukuka aykırılığın ne şekilde ortaya çıkacağı belirlenmelidir. Tekrar ifade etmek gerekir ki, rekabeti olumsuz etkileyen veya etkileyebilecek olan her irade uyuşması veya danışıklı ilişki sonucunda hukuka aykırılık söz konusu olmamakta, 5. maddenin öngördüğü karmaşık muafiyet sistemi içerisinde yer alan olumlu ve olumsuz şartların gerçekleşmesi halinde, hukuka aykırılık ortadan kalkabilmektedir¹⁶. Bu itibarla, Kanun'un öngördüğü sistem açısından hukuka aykırılığın tespiti, 4 ve 5. maddelerin bir arada değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁷.

II- Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar

A) Anlaşma

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, karşılıklı irade uyuşması veya danışıklılığa ilişkin olarak öngörülen ilk vasıta, “*anlaşma*”dır. Kanun, medeni hukukumuzda karşılıklı mutabakatları ifade etmek üzere kullanılan; “*sözleşme*” veya “*akit*” terimlerine değil¹⁸; “*anlaşma*” terimine yer vermiştir. Oysa yine Kanun hükümleri incelendiğinde, irade uyuşmalarını ifade etmek üzere sadece anlaşma terimine değil, sözleşme terimine de yer verildiği görülmektedir¹⁹. Dolayısıyla, öncelikle Kanun'da kullanılan bu terimlerin, bilinçli bir tercihe dayanıp dayanmadığının belirlenmesi ve bu amaçla, “*anlaşma*” ve “*sözleşme*” terimleri arasında hukuki açıdan bir fark bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Genel olarak anlaşma terimiyle, iki veya daha fazla kişinin, belirli konu veya konular üzerindeki her türlü uyuşma ve mutabakatı kastedilir. Anlaşmadan bahsedebilmek için, mutabakatın mutlaka hukuk düzeni tarafından nazara alınan bir konuya ilişkin olması gerekmediği gibi; bu hususta kullanılacak olan vasıtaların da önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla yazılı, sözlü veya sadece fiili eylemler yoluyla varılan mutabakatlar, hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelmesin anlaşma olarak nitelendirilebilir. Burada önemli olan, taraf iradelerinin karşılıklı olarak uyuşmasıdır. Bu bağlamda hukuken bağlayıcı olmayan, sosyal ve ahlaki nitelikteki taahhütler de, anlaşma kapsamında değerlendirilebilir.

Her ne kadar uygulamada sözleşme ve anlaşma terimleri birbirlerinin yerine kullanılıyor olsalar da; gerek Anglo-amerikan Hukukunda²⁰ gerekse Kara Avrupası Hukukunda “*sözleşme*”, yukarıda ifade edilenlerden daha dar bir alanı kapsamaktadır. En genel anlamıyla “*sözleşme*”, iki veya daha fazla kişinin hukuki bir sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmalarıyla oluşturulan bir hukuki işlemdir²¹. Burada hukuki sonuç doğurmaya yönelmek, mutlaka hukuki sonucun bilinmesi veya istenmesi şeklinde değil, iradeye uygun bir hukuki sonucun ortaya çıkması şeklinde anlaşılmalıdır. Kavramsal açıdan anlaşma ve sözleşme arasındaki temel farklılık, karşılıklı uyuşma neticesinde arzu edilen hukuki neticenin meydana gelmesi ve tarafların anlaşma ile hukuken bağlanmaları noktasında ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz hangi koşullar altında hukuken bağlanma ve hukuki sonuca yönelme iradesinin bulunduğu, dolayısıyla ne zaman bir anlaşma veya sözleşmenin bulunduğu belirlenmesi çok kolay değildir.

Görülüyor ki günlük kullanımın aksine, anlaşma ve sözleşme terimleri birbirlerinden ayrılmaktadır²². Kanımızca kavramsal nitelikteki bu ayrılığın, Kanun koyucunun tercihinde de etkili olup olmadığının tespit edilmesi,

kavramların yorumu açısından önem taşımaktadır (*sübjektif tarihi yorum metodu*). Kanun koyucunun bu husustaki iradesinin belirlenmesinde ise, gerek 4. maddenin gerekçesi, gerekse örnek aldığımız Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama yeterince yol göstericidir. Kanun'un gerekçe kısmına baktığımızda, “*Maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.*” şeklindeki ifade, anlaşma terimine yer verilmesinin bilinçli bir tercihe dayandığı açıkça ortaya koymaktadır.

Nitekim Avrupa Birliği Hukuku²³ uygulamasında da, anlaşma kavramından sadece sözleşmelerin mi, yoksa hukuken bağlayıcı olmayan her türlü irade uyuşmalarının mı anlaşılması gerektiği tartışma konusu yapılmış²⁴ ve sonuç olarak, bu kavramın sözleşmelerin yanı sıra, hukuken bağlayıcı niteliği olmayan, “*centilmenlik anlaşmaları*”²⁵ türündeki irade uyuşmalarını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği şeklindeki görüş ağırlık kazanmıştır²⁶. Avrupa Birliği Hukukunda, Adalet Divanı ve Komisyon'un içtihatları incelendiğinde de, anlaşma kavramının hukuken bağlayıcı uyuşmalardan daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde yorumlandığı noktasında bir tereddüt bulunmadığı görülmektedir.²⁷ Ancak Avrupa Birliği Hukukunda danışıklı bir durumun, anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs kararlarından hangisi kapsamında değerlendirileceği hususunda, tutarlı bir uygulamanın bulunduğunu söylemek güçtür²⁸. Bu ise, değerlendirme neticesinde yapılacak olan ayırımın hukuki sonuç açısından bir fark yaratmaması ve esasen farkın, sadece semantik olması nedenine dayandırılabilir²⁹.

Komisyon ve Adalet Divanı'nın anlaşma kavramına verdiği geniş anlam çerçevesinde, 85. madde anlamında bir anlaşmadan bahsedebilmek için, taraflar arasındaki danışıklı ilişkinin hukuki niteliği veya şekli önem taşımamaktadır³⁰. Dolayısıyla anlaşma, yazılı³¹ veya şifahi³² olarak yapılabileceği gibi; açık veya zımnen³³ de yapılabilir. Önemli olan piyasada belirli bir şekilde davranmaya yönelik olarak ortak ve karşılıklı iradenin herhangi bir şekilde beyan edilmesidir³⁴. Değerlendirmeler somut olayın özelliklerine göre değişiklik göstermekte ve bu kapsamda hukuken bağlayıcı niteliği olan anlaşmalar -yani sözleşmeler-, bu anlaşmalar içerisindeki kayıtlar, anlaşmalara dayanılarak gönderilen sirküler³⁵ ve hatta baskı halinde ya da isteksiz olarak girilen ilişkiler³⁶ 85. madde anlamında anlaşma olabilmektedir³⁷. Bu örnekleri genişletecek olursak, genel işlem şartı mahiyetinde olan³⁸ ya da vadesi dolan sözleşmeler³⁹ veya birden fazla olmakla birlikte, fonksiyonel anlamda birbirine bağlı olan anlaşmalar da⁴⁰, 85. maddenin amacı ışığında anlaşma olarak nitelendirilebilmektedir⁴¹.

Görüldüğü üzere; Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında “*uyumlu eylem*” kavramına rağmen, “*anlaşma*” kavramı oldukça geniş yorumlanmakta ve bu bağlamda, rakip teşebbüslerin birbirleriyle temas halinde oldukları ve

“*zımmen de olsa*” bir uyuşmadan söz edilebileceği durumlarda, anlaşmanın bulunabileceği kabul edilmektedir. Şüphesiz böyle bir yaklaşım tarzı, yapılacak olan değerlendirmede tarafların içerisinde bulunduğu “*hal ve şartların*” üzerinde önemle durulması ve iradelerine esas olan davranışların yorumlanmasını gerektirmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un, Roma Antlaşması’ndaki rekabet kuralları ve Avrupa Birliği Hukukundan esinlenerek kaleme alındığı düşünülecek olunursa, kanun koyucunun bilinçli olarak anlaşma ve sözleşme terimlerinin kavramsal olarak birbirinden ayrılması iradesiyle hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, kanımızca söz konusu kavramın neyi ifade ettiği hususunda kesin bir kanaate varmadan önce, böyle bir ayırıma gidilmesinin 4. maddenin etkin biçimde uygulanması bakımından ne derece zaruri olduğunun belirlenmesi ve anlaşma kavramının, özel hukuk açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmenin ise, 4. madde açısından bütünlük arz eden, “*uyumlu eylem*” ve “*teşebbüs birliği kararları*”nın açıklanmasından sonra yapılması daha uygun olacaktır⁴².

Anlaşma açısından değinilmesi gereken diğer bir husus ise; yatay-dikey anlaşma ayırımıdır. Gerek Roma Antlaşması’nın 85. maddesi, gerekse Kanun’un 4. maddesi, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ekonomik süreç içerisinde faaliyet gösterdikleri düzleme göre, yatay veya dikey bazda gerçekleştirilen anlaşmalar ayırımına yer vermemiştir⁴³. Bu bağlamda birbirleriyle aynı piyasada faaliyet gösteren ve dolayısıyla rakip olan teşebbüsler arası anlaşmalar ile aynı piyasanın üretici, dağıtıcı veya perakendeci gibi farklı düzlemlerinde faaliyet gösteren ve bu nedenle doğrudan rakip konumda olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, teorik olarak aynı hukuki sonuçlara tabidir. Buna karşılık, Rekabet Hukuku literatüründe ve de özellikle Amerikan Rekabet Hukukunda, anlaşmanın bu iki türü, rekabete olan etkileri itibarıyla farklı değerlendirilmekte ve hatta bazı yazarlarca⁴⁴, dikey anlaşmaların rekabete olan olumsuz etkisi tartışma konusu dahi yapılmaktadır. Kanun’da kavramsal bir ayırıma gidilmemiş olmasına rağmen, çalışmamızda bu iki anlaşma türünü, veya daha doğru bir ifadeyle rekabetin bu iki anlaşma türü karşısındaki konumunu, birbirlerinden ayrı incelemek daha uygun gözükmektedir⁴⁵.

B) Uyumlu Eylem

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da, karşılıklı uyuşma veya danışıklılığa yol açan ikinci bir vasıta olarak “*uyumlu eylem*” kavramına yer verilmiştir. Hukukumuzda yabancı olan bu kavramı⁴⁶, madde bağlamında dilbilgisi açısından değerlendirdiğimizde, birden fazla kişinin (teşebbüsün) bilinçli olarak birbirleriyle paralel veya benzer davranışlarda bulunması ve bu yolla rekabeti kısıtlaması durumu akla gelmektedir. Dolayısıyla öncelikli olarak belirtilmesi gereken, burada anlaşma, ve kararlardan farklı olarak sadece bir

irade uyuşması değil, aynen 6. maddede olduğu gibi bir eylem ve davranışın da bulunduğudır. Her ne kadar “uyum” teriminden çok açık bir şekilde anlaşılmıyorsa da, 4. maddenin amacını göz önünde tuttuğumuzda, aynen anlaşma gibi, burada da irade uyuşması veya en azından uyuma esas olacak şekilde ortak iradelerin bulunduğu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, iradelerin mutlak surette eyleme dönüşmesi, yani “icra edilmesi” mecburiyeti, uyumlu eylemin ayırt edici özelliğidir. Bir başka anlatımla, henüz eylem ve uygulama aşamasına geçirilmemiş olan irade uyuşmalarının “uyumlu eylem” olarak değil, şartları gerçekleşiyorsa, ancak “anlaşma” veya “karar” olarak değerlendirilmesi gerekir. Söz konusu taraf iradeleri ise, söz ve yazı gibi açık beyanların değil, esasen birbirine benzerlik arz eden fiili davranışların değerlendirilmesi ile belirlenmektedir. Özetle, söz konusu uyumlu eylem bir mutabakata dayanmakta ve “uyum”, bunun temelindeki gizli iradelerden kaynaklanmaktadır.

Fakat tartışmalı olmakla birlikte belirtmek gerekir ki, uyumlu eyleme temel olan taraflar arasındaki mutabakatın, klasik anlamda irade uyuşması düzeyinde olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Böylelikle anlaşma ve sözleşme gibi irade uyuşmasının şart olduğu haller dışında, “bilinçli paralellik”⁴⁷ gibi hallerin de, uyumlu eylem ve 4. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Esasen bu yaklaşım tarzı, uyumlu eylemin lafzına da uygundur. Zira ifadede de vurgulandığı üzere, “uyum” irade için değil, öncelikle eylem bakımından aranmaktadır. Aksi bir yorumun kabulü, yukarıda ifade edilen anlamıyla anlaşmanın yanı sıra uyumlu eylem gibi bir kavrama yer verilmesini gereksiz kılabilirdiği gibi; gerçekten de bir anlaşma temeline çıkmayan ve açık bir irade uyuşmasına dayanmayan, dolayısıyla da 4. madde kapsamına girmeyebilecek olan bir takım paralel davranışların⁴⁸, Rekabet Hukuku denetiminden kurtulması sonucunu doğurabilecektir⁴⁹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, uyumlu eylem kavramını açıkça tanımlanmamış, buna karşılık çeşitli maddelerde oldukça açıklayıcı sayılabilecek hükümlere yer vermiştir. Kanun’da öngörülen ve temelde ispat külfetinin düzenlendiği bu hükümleri⁵⁰ amaca uygun olarak bir araya getirerek yorumlarsak, uyumlu eylem şu şekilde tanımlanabilir: “Uyumlu eylem, bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayandırılmayacak biçimde rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi ve özellikle, piyasaların fiilen paylaşılması, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasadaki fiyatların kararlılık göstermesi gibi hallerde ortaya çıkan teşebbüsler arası bir işbirliği durumudur”⁵¹.

Kanun hükümlerinden yola çıkarak dolaylı olarak yapılan bu tanımlama, “uyumlu eylem” kavramını büyük ölçüde açıklıyor olsa da, yine de tam

anlamıyla ifade etmekten uzaktır. Zira Kanun, uyumlu eylemi kavramsal olarak tanımlamaktan ziyade, bunun ispatlanması meselesiyle meşgul olmuş ve anlaşma-uyumlu eylem kavramları arasındaki farka değinmediği gibi, aksine, bu ikisinin bir arada bulunabileceğini belirtmiştir⁵². Bununla birlikte, uyumlu eylemin kavramının Kanun'a konuluş amacının 4. maddenin konusunu oluşturan irade uyuşmalarının ispatında kolaylık sağlamak olduğu göz önünde tutulursa, bu tarz bir düzenlemeyi olağan karşılamak gerekir. Bundan da önemlisi, esasen “*anlaşma*” ve “*uyumlu eylem*” arasında gerçek anlamıyla bir farklılığın bulunup bulunmadığı da tartışmalı bir konudur.

Kanun'da yer alan düzenlemelerin en önemli vasfı ise, teşebbüslerin belirtilen bir takım paralel davranışları sergilemeleri halinde, kural olarak onların uyumlu eylem içerisinde bulduklarının kabul edilmesi ve bu hususta gerek Kurumca, gerekse bu eylemden zarar gören taraflara, bir ispat kolaylığı tanınmasıdır (adi karine). Bu düzenlemenin temelinde ise, rekabet sürecinin çoğu kez aleni, yazılı bir sözleşme vasıtasıyla değil, gizli anlaşmalar ve hatta anlaşma seviyesine bile ulaşmayan bir takım paralel davranışlar yoluyla kısıtlanabileceği gerçeği yatmaktadır⁵³. Özellikle, kartel anlaşmaları gibi hukuka aykırılığın sabit olduğu ilişkilerde, ağır hukuki ve cezai yaptırımdan kaçınmak amacıyla, genelde gizli bir takım yollara başvurulmakta ve bunlar ancak, “*uyumlu eylem*” kavramı vasıtasıyla kontrol edilebilmektedir⁵⁴. Bu nedenle, gizli mutabakat ve hatta danışıklı paralel davranışların tespit edilmesinin güçlüğü karşısında, böyle bir karinenin öngörülmesi, ilk bakışta yerinde bir düzenleme yapıldığı izlenimini doğurmaktadır.

Buna karşılık uyumlu eylem karinesi mutlak değil, aksinin ispatı mümkün olan bir adi karinedir⁵⁵. Dolayısıyla, Kanun'da öngörülen durumlardan birinin ortaya çıkması (RKHK. md. 59)⁵⁶ veya (daha muğlak bir kriter olan) ilgili piyasa koşullarının rekabetin bozulduğu piyasalarla benzerlikler göstermesi halinde, uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilen teşebbüslerin, bu karineyi tersine çevirmesi imkanı vardır. Bu imkan ise 4. maddeyle, “*ekonomik ve rasyonel gerçeklere*” dayanılması şartıyla sınırlanmış ve kapsamı çok da belirli olmayan, fakat objektif bir kriter öngörülmüştür. Ekonomik gerçekler kriterine yer verilmesi, teşebbüsler arasındaki paralel davranışların aynı zamanda ekonomik yaşam ve ekonomi bilimi verilerine göre olağan ve mantıklı bir karşılanabileceği gerçeğine dayanmakta ve özellikle de “*oligopol*” piyasalarının kendine has özelliklerini dikkate almaktadır. Kanun'un getirmiş olduğu bu kriterin, genel olarak Avrupa Birliği uygulamasından esinlendiğini söylemek mümkündür.

Avrupa Birliği Hukukunda⁵⁷ Roma Antlaşması'nın ilgili maddesi, gerek uyumlu eylemin⁵⁸ tanımına, gerekse bunun ispatlanması meselesine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme öngörmemiş ve bu hususu uygulama ve doktrine bırakmıştır. Uygulamada ise, uyumlu eylem kavramının neyi ifade ettiği, çeşitli

kararlar neticesinde ana hatlarıyla belirlenmiş gözükmekte, buna karşılık özellikle uyumlu eylemlerin ispatlanması meselesi, belirsizliğini korumaktadır⁵⁹.

Adalet Divanı kararlarına bakıldığında, uyumlu eylem, genel olarak, “teşebbüsler arasında; anlaşma seviyesine varmayan; fakat rekabetin risklerinden kaçınmak üzere bilinçli olarak ikame edilen pratik işbirliğinden oluşan bir koordinasyon şekli”⁶⁰ olarak tanımlanmaktadır⁶¹. Böylece denilebilir ki, uyumlu eyleme dahil olan teşebbüsler, bağımsız davranarak rekabet etmek yerine⁶², işbirliği yapma yolunu tercih etmekte ve rekabet sürecinin getireceği belirsizliği bertaraf etme noktasında uyuşmaktadır. Yukarıdaki tanımda açıkça belirtilmemekle birlikte, iradelerin uyuşması uyumlu eylem kavramı bakımından da aranmakta⁶³ ve uyuşmanın gerçekleşmesi için ise, tarafların herhangi bir şekilde bir araya gelmesi dahi yeterli görülmektedir.

Doktrinde, Adalet Divanı kararları çerçevesinde uyumlu eylem kavramının unsurları, a) birden fazla teşebbüsün varlığı; b) bunlar arasında bilinçli davranışı veya farazi uyuşmayı sağlayacak bir sosyal temasın bulunması, c) bu temasın, gelecekteki piyasa davranışlarına etkide bulunma ve de özellikle, piyasadaki rekabet sürecinin belirsizliğini bertaraf etme amacına yönelmesi ya da teşebbüslerin ticari davranışlarını, piyasadaki rekabet baskısından farklı bir şekilde etkilemesi olarak üç grupta toplanmaktadır⁶⁴. Taraflar arasındaki temasın, hangi hallerde koordinasyon veya danışıklılığa yol açabileceği hususunda ise, Adalet Divanı ve Komisyon, bilgi değişimine yönelik olarak, bildirimler gönderilmesini⁶⁵, toplantılar yapılmasını⁶⁶, telefon ve teleks görüşmelerini⁶⁷ dahi yeterli olarak kabul etmiş ve hatta taraflar arasındaki paralel davranışların, plana dayalı olarak gerçekleşmesinin gerekli olmadığını belirterek, “uyumlu eylem” ve “bilinçli paralellik” kavramlarını birbirlerine oldukça yaklaştırmıştır⁶⁸.

Her ne kadar uyumlu eylemin çerçevesi kavramsal olarak belirlenmiş gözüküyorsa da, uygulama noktasında çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Teorik temellere dayandığı söylenebilecek olan ilk sorun, oligopol piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki paralel davranışların, uyumlu eylem kavramı karşısında nasıl değerlendirileceğidir. Zira ekonomik açıdan tartışılmalı olmakla birlikte, az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bu piyasalarda, teşebbüslerin birbirlerine karşı olan bağımsızlığının “sözde” olduğu, teşebbüslerin piyasa faaliyetlerine ilişkin kararlarını alırken diğer teşebbüslerin vereceği tepkileri dikkate almaları gerekeceği, bunun ise doğal olarak piyasada kendiliğinden paralel davranışlara neden olabileceği, ifade edilmekte⁶⁹ ve bu durum, özellikle bu piyasalar bakımından söz konusu olan bilinçli paralellik ile uyumlu eylem kavramının birbirinden ayrılması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.

Amerikan hukukunda da tartışma konusu olan bu mesele, Avrupa Birliği Hukuku doktrinini de meşgul etmektedir. Genel olarak, uyumlu eylemde buldukları iddia edilen teşebbüsler de, piyasanın oligopol yapıda bulunduğu ve bu nedenle de başlı başına bilinçli paralellik durumlarının 85. madde

çerçevesinde değerlendirilemeyeceği savunmasını yapmaktadırlar⁷⁰. Bu savunma, Avrupa Hukuku makamları ve de özellikle Adalet Divanı tarafından kabul görmekte ise de, piyasa, teşebbüsler ve malların gösterdiği çeşitli özelliklere bağlı olarak sınırlanmaktadır⁷¹. Bu bağlamda, her ne kadar iki kavram arasındaki sınırlar tam olarak belirlenmemiş olsa da, Avrupa Birliği uygulamasında, “*bilinçli paralellik*” durumlarının genel olarak uyumlu eylemin dışında görüldüğünü söylemek mümkündür⁷².

Uyumlu eylemin pratik açıdan uygulanmasında ortaya çıkan bir diğer sorun, yukarıda ifade edilenler açısından da söz konusu olan, uyumlu eylemin ispatlanması meselesidir. Zira uyumlu eyleme verilen anlam çerçevesinde, tarafların ne zaman uyumlu eylem içerisinde bulunduğu tespit edilmesi oldukça güç ve hassas bir meseledir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, sadece piyasadaki paralel nitelikteki davranışlar uyumlu eylemin bulunduğu hususunda yeterli görülmemekte, bu hususta taraflar arasında temasa dayalı bir uyuşma halinin de bulunması gerektiği (genel olarak) kabul edilmektedir. Buna karşılık böyle bir temasın ispatlanmasının güçlüğü karşısında, tarafların içerisinde bulunduğu hal ve şartlar ile özellikle ekonomik koşulların gösterdiği özellikler⁷³, uyumlu eylemin varlığı yönünde güçlü bir delil olarak kabul edilmekte ve sadece somut olay çerçevesindeki ekonomik koşulların analizine dayanarak, ispat yükümlülüğünün yerine getirildiği (sınırlı da olsa) kabul edilmektedir⁷⁴. Özellikle Komisyon, hal ve şartların değerlendirilmesini yeterli görececek şekilde, oldukça esnek bir yaklaşım sergilemekte ve bu yaklaşım, Adalet Divanı tarafından zaman zaman sınırlanmaktadır. Ayrıca Adalet Divanı ve Komisyon, uyumlu eylemin varlığı bir defa kabul edildikten sonra, bunun aksinin ispatına ilişkin tatmin edici kanıtlar gösterilmedikçe, bu eylemin sürdürüldüğünü varsaymakta⁷⁵ ve bu durum, özellikle verilen cezaların şiddetinde etken olmaktadır⁷⁶.

Sonuç olarak, Avrupa Birliği Hukuku uygulaması ve doktrininden etkilenen ve hatta bazı açılardan daha da ileri giden Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un uyumlu eyleme ilişkin olan düzenlemesi, uyumlu eylem karinesini öngörmekle, Rekabet Kurumu ve eylemden zarar gören kişilere önemli bir ispat kolaylığı sağlamaktadır. Buna karşılık, sadece piyasadaki paralel eylemleri yeterli gören veya “*rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik göstermesi*” gibi geniş bir kritere dayanan bir uyumlu eylem karinesinin, teşebbüsler üzerinde ağır bir ispat külfeti oluşturduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle Türk ekonomisinin büyük bir kesiminde görülen oligopol piyasaları⁷⁷, kronik enflasyon ve bozuk piyasa yapıları dikkate alındığında⁷⁸, sadece bazı soyut ekonomik değerlendirmeleri yeterli gören bir karinenin ne derece uygulanabilir olduğu, yukarıdaki yararlarına rağmen tartışma konusu yapılabilir.⁷⁹

Bu itibarla Rekabet Kurumu ve yargı organlarınca yapılacak olan değerlendirmelerde, uyumlu eylem kavramının çerçevesi açık bir şekilde tespit

edilmeli⁸⁰ ve uyumlu eylemin sadece soyut ekonomik değerlendirmeler vasıtasıyla değil, en azından teşebbüsler arasındaki uyuşmaya temel teşkil edebilecek bir takım ek faktörlerin de dikkate alınması suretiyle tespit edilmesi, kanımızca, sağlıklı bir çözüm tarzi olacaktır⁸¹. Özellikle rekabet sürecinin, ilgili piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında bir danışıklılık olmaksızın dahi tam olarak işlemeyebileceği varsayımında⁸², uyumlu eylem suçlamasına muhatap olan teşebbüsleri ispat külfeti altında bırakmak, amacı aşan bir düzenleme ile karşı karşıya bulunduğumuz izlenimi uyandırmaktadır.

C) Teşebbüs Birliği Kararları ve Eylemleri

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, uyuşma veya danışıklılığa ilişkin olarak öngörülen diğer bir vasıta ise; "*teşebbüs birlikleri kararları ve eylemleri*"dir. Daha önce de ifade edildiği üzere, rekabet kurallarının muhatapı sadece teşebbüs kavramıyla sınırlı değildir. Sınırlı bir çerçevede kalmak kaydıyla, teşebbüslerin çeşitli amaçlar için, (özellikle de mesleki dayanışma ve gelişimi sağlamak üzere oluşturdukları) örgütlenmeler de "*teşebbüs birliği*" adı altında 4. madde çerçevesinde Rekabet Hukuku süjesi olarak kabul edilmektedir⁸³. Böylelikle, rekabet kurallarının karar veya eylem yoluyla ihlali neticesinde sadece teşebbüslere karşı değil, doğrudan bu birlikler aleyhine soruşturma yürütülmesi ve yaptırım uygulanması da mümkün olabilmektedir⁸⁴.

Teşebbüslerin dayanışma amacıyla kurdukları birlikler, nitelikleri icabı, birliğe taraf olan teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlandırılmasına uygun bir ortam hazırlayacak mahiyettedir. Zira bu tip birlikler, rakip teşebbüslerin kolayca bir araya gelerek piyasadaki rekabet koşullarını müzakere etmelerine olanak sağlayarak ilgili piyasadaki bilgi değişiminin artmasına neden olmakta ve rekabet açısından potansiyel bir tehlike oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, teşebbüs birliği kararı, diğer birlikteliklerle ile kıyaslandığı vakit, çok sayıda teşebbüsün bir araya gelmesi imkanı ve karşılıklılığa ihtiyaç duyulmaması hususlarında, rekabetin kısıtlanmasında oldukça elverişli bir vasıta olarak karşımıza çıkmaktadırlar⁸⁵. Dolayısıyla teşebbüs birliği kararlarının, 4. madde uygulamasında önemli bir yerinin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz.

Hukukumuz açısından bakıldığında, "*karar*" kavramı ile, bir şahıs topluluğunda hukuki bir sonucu gerçekleştirmek üzere iç ilişkiye dayanılarak yeter sayıda şahsın iradelerini aynı yönde açıklamaları ile gerçekleşen hukuki işlemler kastedilmektedir⁸⁶. Çok taraflı hukuki işlem olarak kabul edilen kararlar, topluluğun dış ilişkilerinde doğrudan etkide bulunmamakta ve kural olarak sadece iç ilişkide hüküm doğurmaktadır. Kararın ortaya çıkabilmesi için gerekli yeter sayı ise, iç ilişkiye göre tespit edilmekle birlikte, genellikle oy çokluğu yeterli olmaktadır. Dolayısıyla, anlaşmadan farklı olarak, kararın ortaya çıkabilmesi için irade beyanlarının karşılıklı olması gerekmediği gibi, taraflar arasında mutlak bir uyuşmanın bulunması da gerekli değildir.

Rekabet Hukuku bakımından ise, karar kavramının yukarıda ifade edilen anlamı içerdği hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, bu kavramın bundan daha geniş bir alanı kapsayacak şekilde kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu yapılabilir. Zira 4. maddenin amacı açısından, özellikle kararın hukuki muamele niteliğine sahip olmasının veya her durumda hukuki sonuca yönelmesinin ne derece gerekli olduğu soruları akla gelebilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, “*teşebbüs birliği kararı*”⁸⁷ kavramının kapsamı tartışma konusu yapılmış⁸⁸ ve neticede bu kavramın sadece hukuki muameleleri değil, hukuken bağlayıcı olmayan çok taraflı irade açıklamalarını da kapsadığı görüşü, ağırlık kazanmıştır⁸⁹. Ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da, karar kavramının yanı sıra, “*teşebbüs birliği eylemi*”⁹⁰ ifadesine de yer verilmiş olması, aynı tartışmanın hukukumuz bakımından önemini ortadan kaldırmaktadır⁹¹.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, uygulamada, “*teşebbüs birliği kararları*” kavramı “*uyumlu eylem*” ve “*anlaşma*” kavramlarının varlığına rağmen oldukça geniş yorumlanmakta ve hukuki işlem niteliği taşıyan kararların yanı sıra⁹², bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararları da 85. madde çerçevesinde değerlendirilebilmektedir⁹³. Buna karşılık, tavsiye kararları bakımından yapılacak değerlendirmede, alınan tavsiye kararlarına üyelerce uyulmasının beklenebilirliğine ilişkin bir takım göstergeler aranmakta ve bu hususta özellikle, geçmişte alınan bu neviden kararlar karşısındaki birlik üyelerinin tutumları belirleyici olmaktadır⁹⁴. Ayrıca kararlara verilen geniş anlam çerçevesinde, birliğin kuruluş ve iç ilişkilerini düzenleyen ana sözleşme hükümleri⁹⁵ sadece birlik genel kurulu tarafından değil, diğer yetkili organ ya da kişilerce alınan karar ve açıklamalar da, somut olayda “*karar*” olarak nitelendirilebilmektedir⁹⁶.

D) Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Genel Değerlendirmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 4. maddede kullanılan terimler, teşebbüsler arasında danışıklılık veya irade uyuşmasının olabileceği her türlü ihtimali kapsamaktadır. Bu bağlamda, her ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, rekabeti sınırlayan bir danışıklı ilişki, hiç tereddütsüz 4. madde kapsamına girecektir. Bununla birlikte, 4. maddenin tatbik edilmesinde ortaya çıkabilecek muhtemel tereddütleri gidermek bakımından, Kanun’un sistemi çerçevesinde, bu terimlerin kavramsal çerçevesini çizmek ve -eğer varsa- aralarındaki farkları tespit etmek gerekir. Şüphesiz bu tespit, “*teşebbüs birliği karar ve eylemleri*” değil, “*anlaşma*” ve “*uyumlu eylem*” kavramları açısından önem taşır. Zira bir “*teşebbüs birliği karar ve eyleminin*” söz konusu olabilmesi için aranan koşullar ve de özellikle teşebbüs birliğinin bulunması şartı, bu kavramları, anlaşma ve uyumlu eylemlerden belirgin bir şekilde farklılaştırmaktadır⁹⁷.

Öte yandan kanımızca üzerinde durulması gereken bir başka mesele, bu kavramların özel hukuk açısından ne şekilde nitelendirilmesi gerektiğidir. Her ne kadar, terimlerin anlamı ve Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşımın yeterince açık olduğu ve dolayısıyla bu hususta bir tartışmaya yer olmadığı ileri sürülebilirse de, Kanun'un bütününe göz önünde tuttuğumuz takdirde, bazı hususların açıklığa kavuşturulması gerektiği görülmektedir. Üstelik yapılacak olan bu nitelendirme, yukarıda değindiğimiz meselenin çözümünde de belirleyici olacaktır. Bu itibarla, öncelikle bu kavramların hukuki niteliği üzerinde durmak faydalı olacaktır⁹⁸.

“Anlaşma” ve “karar” kavramları açıklanırken belirtildiği üzere, Rekabet Hukukunda baskın görüş, uyumlu eylem kavramına rağmen anlaşma ve kararları hukuki işlem ile sınırlandırmamakta ve sadece hukuken bağlayıcı ve geçerli beyan ve davranışlar değil, bunların dışındaki kalan danışıklı ilişkileri de, “anlaşma” ve “karar” kapsamında kabul etmektedir. Nitekim bu yaklaşım, Kanun'da da ifadesini bulmuş ve “sözleşme” yerine “anlaşma”, “karar”ın yanı sıra “eylem” terimlerine yer verilerek, bu hususta ortaya çıkması muhtemel bir yorum problemi ortadan kaldırılmıştır. Bu çerçevede teşebbüs birliği kararı, bir hukuki işlemi, teşebbüs birliği eylemleri ise, bunun dışında kalan her türlü davranışları ifade etmektedir⁹⁹. Anlaşma terimiyle ise, sadece hukuki işlemler değil, bunun dışında kalan, “centilmenlik anlaşmaları” gibi haller de kastedilmektedir¹⁰⁰.

Ancak Kanun'un genel sistematigi göz önünde tutulunca, “anlaşma” terimine verilen bu anlamın yerinde olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir¹⁰¹. Zira her şeyden evvel “uyumlu eylem”, hukuki işlem türü irade uyuşmalarını kapsadığı gibi, hukuki işlem niteliği taşımayan irade uyuşmalarını da kapsamaktadır. Oysa anlaşma kavramının geniş yorumlanması, büyük ölçüde bu kavramı boşa çıkarmaktadır. Öte yandan, Kanun'un, 56. maddesi, “Bu Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararı geçersiz” olduğunu hükme bağlamıştır. Hukuki işlem niteliği taşımayan bir irade beyanının geçersizliği söz konusu olamayacağına göre, bu düzenleme çerçevesinde sadece kararların değil, anlaşmaların da hukuki işlem niteliğine sahip olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁰². Ayrıca bu yaklaşım tarzı, anlaşma ve uyumlu eylemlerin kolayca birbirinden ayrılabilmesine imkan verecek ve herhangi bir terminoloji sorunu, ya da bir kavram karmaşası yaratılmayacaktır.

Buna karşılık, anlaşma kavramının hukuki işlem olarak nitelendirilmesi, her durumda 4. maddenin amacına uygun sonuçlar meydana getirmeyebilir. Öncelikle Rekabet Hukukunun genel özellikleri açısından, böyle bir nitelendirmenin ne derece gerekli olduğu tartışma konusu yapılabilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, Rekabet Hukukunun uygulanması bakımından önemli olan, rekabetin sınırlanması veya rekabetin sınırlanması tehlikesidir. Bir davranışın rekabete aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, bunun hukuki niteliği önem taşımamakta, rekabet üzerinde yarattığı veya yaratabileceği etkiler

dikkate alınmaktadır. Bu itibarla, yapılacak olan nitelendirmede hukuki değil, fiili durum belirleyici olmakta ve bu da, kavramların hukuki kimliğinden bağımsız olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.

Bundan da önemlisi, pratik açıdan bakıldığında, bu kavramın sadece hukuki işlem ile sınırlı görülmesi, bazı hallerde Rekabet Hukukunun etkinliği ve önleyici olma işlevinin sınırlandırılmasına yol açabilir¹⁰³. Zira anlaşmanın bir hukuki işlemden ibaret olarak görülmesi, hukuken bağlayıcı niteliği olmayan anlaşmaların, sadece uyumlu eylem vasıtasıyla kontrol edilmesine imkan verir. Bu ise, uyumlu eylemin ancak icra aşamasına geçilmiş olan uyuşmaları kapsamaması nedeniyle, henüz icra edilmemiş olan anlaşmaların, rekabeti sınırlayıcı amaçları olsa da, 4. madde yasağından kurtulabilmesine yol açar¹⁰⁴. Bu itibarla, 56. maddedeki düzenlemeye rağmen, kanımızca Rekabet Hukukundaki baskın görüşü tercih etmek ve kullanılan terminolojiye de uygun olarak, anlaşmayı hukuki işlem ile sınırlandırmamak, en uygun yaklaşımdır¹⁰⁵.

Hukuki nitelik meselesini takiben, üzerinde durulması gereken diğer mesele, yukarıda da belirtildiği üzere, anlaşma ve uyumlu eylemlerin birbirinden ayırt edilmesidir. Öncelikle belirtelim ki, bu mesele, sadece uygulamaya konmuş veya icra edilmiş olan irade uyuşmaları için bir anlam ifade eder. Zira henüz eyleme dönüşmemiş bir mutabakatın, uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla ortaya bir ayırt etme sorununun çıkması mümkün değildir. Böylelikle anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki ilk farklılık da, uyumlu eylemin ancak icrasına başlanmış uyuşmaları, anlaşmanın ise, her iki durumu da kapsıyor olduğudur.

İcrasına başlanmış irade uyuşmalarının ise, uyumlu eylem mi, yoksa anlaşma mı olduğunun belirlenmesi, fevkalade güçtür. Özellikle anlaşmaların geniş yorumlanması, bu iki kavram arasındaki sınırların belirsizleşmesine yol açmaktadır. Kanımızca bu hususta bir değerlendirme yapmadan önce, bu kavramların birbirinden ayrılmasının gerekli olup olmadığını belirlemek gerekir. Zira doktrinde bir görüş¹⁰⁶, 4. maddenin uygulanması için bu iki kavramın birbirlerinden ayırt edilmesinin gerekli olmadığını kabul etmektedir. Buna göre, birden fazla teşebbüsün danışıklı davranmak suretiyle rekabeti kısıtlaması, 4. maddenin uygulanması bakımından yeterlidir. Danışıklılığın, uyumlu eylem, karar veya anlaşmadan kaynaklanması, 4. maddenin uygulanması açısından herhangi bir fark yaratmaz. Her ne kadar bu kavramların anlamı birbirlerinden farklı da olsa, temelde yatan davranış aynıdır ve esasen, ortaya çıkan hukuki neticeler açısından da önemli bir farklılık bulunmaktadır.

Buna karşılık Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri incelendiğinde, ilk bakışta uyumlu eylemler ile anlaşma ve kararlar arasında, hukuki neticeler açısından farklılık bulunduğu söylenebilir. Zira Kanun, anlaşma ve kararlar için "geçersizlik" ve "özel hukuk cezası" öngörmüş, buna karşılık uyumlu eylem için bu yaptırımlardan bahsetmemiştir. Yukarıda geçersizliğe ilişkin olarak belirtilen 56. maddenin yanı sıra, rekabeti sınırlayıcı bir davranış

sonrasında ortaya çıkabilecek olan zararların tazminini düzenleyen 58/2. madde; “...Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir” hükmünü getirmiş ve karar ve anlaşmalar açısından, görünürde farklı bir hukuki sistem öngörmüştür.

Hemen belirtelim ki, Kanun’daki bu hükümlerin, anlaşma ve uyumlu eylem arasında hukuki sonuçlar açısından herhangi bir farklılık yarattığı söylenemez. Zira her şeyden önce geçersizlik, ancak hukuki işlemler açısından söz konusu olan bir yaptırımdır. Uyumlu eylemin, niteliği icabı geçersizlik yaptırımına tabi olamayacağı gerçeği bir kenara, 4. maddenin felsefesinin, uyumlu eylemin geçersiz kılınmasıyla bağdaşmayacağı dikkate alındığı takdirde, söz konusu maddede, niçin “uyumlu eylem” kavramına yer verilmemiş olduğu kolaylıkla anlaşılır. Üstelik anlaşma kavramına verdiğimiz geniş anlam çerçevesinde, 56. maddedeki düzenlemenin, anlaşma ve uyumlu eylem arasında hukuki sonuçlar açısından farklılık yaratması da mümkün değildir. Zira söz konusu maddede kastedilen anlaşma değil, sözleşmedir.

Kanun’un 58/2.maddesindeki düzenleme de, benimsediğimiz yorum çerçevesinde, anlaşma ve uyumlu eylem arasında tabi olunan hukuki neticeler açısından bir farklılık yaratıldığı düşüncesine esas olamaz. Söz konusu hükümdeki “anlaşma ve kararı” ifadesinden anlaşılması gereken, tarafların “kasden” hareket etmiş olmasıdır. Burada, hükmün lafzı ile ruhunu bağdaştırmak mümkün olmadığı için, örtülü kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Netice olarak, somut olaydaki bir danişıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi, doğuracağı hukuki neticeler açısından herhangi bir farklılık yaratmaz. Bu itibarla, sadece teorik açıdan önem taşıyan ve kanımızca çözümü de mümkün olmayan bu mesele üzerinde durmaya gerek bulunmamaktadır¹⁰⁷. Bu iki kavram arasındaki tek fark, yukarıda değinildiği üzere, uyumlu eylemin sadece eyleme safhasına geçen mutabakatları kapsaması, anlaşmanın ise, eyleme dönüşmemiş irade uyuşmalarını da kapsayacak bir anlama sahip olmasıdır.

III- Genel Yasaklama Koşulu: Rekabetin Sınırlanması

A) Genel Olarak

Yukarıda genel çerçevesi ile açıklamaya çalıştığımız bir danişıklı ilişkinin, Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için, şüphesiz bu ilişkinin belirli bir piyasadaki rekabet sürecine veya rekabet düzenine olumsuz biçimde etkide bulunması veya en azından potansiyel olarak etkide

bulunabilecek niteliğe sahip olması gerekmektedir. Zira rekabete herhangi bir şekilde etkide bulunmayan¹⁰⁸ veya etkide bulunmakla beraber, zararlı sonuçlar meydana getirmeyen anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin, Rekabet Hukuku kurallarına muhatap olması mümkün değildir. Genel yasaklama koşulu olarak nitelendirilebileceğimiz bu koşul, 4. maddede, “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan... .. hukuka aykırı ve yasaktır*”, şeklinde ifade edilmiş ve takip eden fıkrada da, bu kapsam içerisinde değerlendirilebilecek örnek bir takım rekabet sınırlamaları belirtilmiştir.

Açıkça görülebileceği üzere, aynen danışıklı ilişkinin vasıtaları olarak öngörülen, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarda olduğu gibi, genel yasaklama ifadesinin kapsamı da oldukça geniş tutulmuş ve rekabete olumsuz etkinin gerçekleşebileceği bütün olasılıkların, hükmün kapsamına alınması amaçlanmıştır. Bu ifade dikkatle incelendiğinde ise, kanımızca üç hususun birbirinden ayırt edilmesi ve 4. maddenin uygulamasında ayrıca göz önünde bulundurulması gerekir.

Bunlardan ilki, rekabete olan etkinin belirli bir piyasa bazında değerlendirilmesi mecburiyetidir. Zira Kanun, belirli bir mal veya hizmet piyasasından bahsettiğine göre; öncelikle rekabetin kısıtlandığı, engellendiği veya bozulduğu (veya bir üst kavram olarak sınırlandırıldığı) piyasanın belirlenmesi mecburiyeti bulunmaktadır. İkinci olarak göz önünde tutulması gereken husus ise, rekabetin engellenmesi, bozulması ve kısıtlanması ifadelerinin ne anlama geldiğidir. Yasaklama koşulunun özü olarak nitelendirilebileceğimiz bu ifadelere verilecek anlam, 4. maddenin kapsamının tayininde doğrudan etkiye sahiptir. Nihayet genel yasaklama ifadesi bakımından değinilmesi gereken diğer husus ise, somut olaydaki danışıklı ilişkinin aktüel olarak rekabete etkide bulunup bulunmadığının, bir başka deyişle danışıklı ilişki nedeniyle piyasada zararlı etkilerin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesidir.

B) İlgili Piyasa

Rekabetin piyasaya bağlı bir kavram olması nedeniyle, ilk aşamada, rekabet şartlarının zarar gördüğü iddia edilen piyasanın belirlenmesi gerekir. Nitekim Kanun, piyasanın “*belirli*” olmasından bahsederek bu hususu dolaylı olarak belirtmiş; fakat piyasanın nasıl belirleneceğine ilişkin açık bir ifadeye yer vermemiştir. Doktrinde genel olarak “*ilgili piyasa*”¹⁰⁹ şeklinde adlandırılan piyasa kavramı, Kanun’un ifadesine göre mal piyasası olabileceği gibi, hizmet piyasası da olabilir. Kanun’da, rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin olarak piyasalar bakımından herhangi bir sınırlama veya muafiyet rejimi öngörülmemiştir¹¹⁰. Ayrıca mal ve hizmet kavramlarından neyin anlaşılması gerektiği de, üçüncü maddede açık bir şekilde ifade edilmiştir¹¹¹.

Önemle ifade etmek gerekir ki, ilgili piyasanın belirlenmesi sadece 4. madde değil, 6. ve 7. maddelerin uygulanmasında da göz önünde bulundurulması gereken bir faaliyettir. Hatta 4. maddeyle kıyaslandığında, piyasanın belirlenmesi bu hükümler için daha büyük önemi haizdir. Zira ilgili piyasanın tespiti, her iki maddenin uygulanmasında ön koşul olduğu gibi, 7. maddedeki hakim durum değerlendirmesinde de dikkate alınması gereken belirleyici unsurdur.

Kanun'un 4. maddesinin uygulanması açısından ise, olayların önemli bir kısmında ilgili piyasanın belirlenmesi şart olmakla birlikte, özellikle piyasa üzerindeki etkilerin incelenmesine ihtiyaç duyulmadığı, sadece danişıklı ilişkinin amacından yola çıkılarak ön (*apriori*) denetimin mümkün olduğu hallerde, ilgili piyasanın belirlenmesi önemli bir özellik arz etmez¹¹². Buna karşılık anlaşma veya kararın açıkça rekabeti sınırlama amacı taşıyıp taşımadığı veya uyumlu eylemin bulunup bulunmadığı ya da dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki etkilerinin araştırıldığı bütün durumlarda, ekonomik değerlendirmelerin önem kazanması nedeniyle, ilgili piyasanın belirlenmesi zorunlu bir faaliyet olarak ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Birliği Hukukunda da Roma Antlaşması'nda tanımlanmayan, buna karşılık Komisyon ve Adalet Divanı içtihatlarında başarılı bir şekilde ifadesini bulan "*ilgili piyasa*" kavramı, genel olarak mal ve coğrafya olmak üzere iki ayrı açıdan ele alınmaktadır. Genel olarak ifade etmek gerekirse, "*ilgili mal piyasası*"¹¹³, "tüketici açısından, nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla ikame edilebilir ve değiştirilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasa" şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere; Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında mal piyasasının belirlenmesinde, "*ikame edilebilirlik*" temel kriter olarak alınmakta ve değerlendirmeler ağırlıklı olarak talep ikamesi açısından yapılmaktadır. Coğrafi piyasa ise, rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve diğer bölgelerden bu şartlar bakımından önemli ölçüde farklılık gösteren bölgeler olarak tanımlanmakta¹¹⁵ ve malın fiziksel özelliklerine bağlı taşıma giderleri, ilgili coğrafyanın tespitinde belirleyici faktör olmaktadır¹¹⁶.

Kanımızca ilgili piyasa kavramının 6 ve 7. maddeler için gösterdiği öneme bağlı olarak, 4. madde çerçevesinde yukarıda genel olarak ifade edilenler yeterli görülmesi ve daha kapsamlı bilgi için, özellikle 6. madde kapsamındaki açıklamalardan faydalanılmalıdır¹¹⁷. Bunun yanı sıra Türk hukuku için pozitif düzenleme olması itibarıyla, 7/2. maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 No.'lu Birleşme ve Devralmalara İlişkin Rekabet Kurumu Tebliği'ndeki¹¹⁸ düzenlemeler de, ayrıca dikkate alınmalıdır¹¹⁹.

C) Doğrudan veya Dolaylı Olarak, Rekabetin Engellenmesi, Bozulması veya Kısıtlanması

1- Genel Olarak

Rekabet Hukukunun öncelikli amacı piyasalardaki etkin veya çalışabilir rekabetin korunması ve geliştirilmesi olduğuna göre, bir danışıklı ilişkinin 4. madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için, bu ilişkinin doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti sınırlaması, bozması veya engellemesi gerekmektedir. Evvelce de belirtildiği üzere, iktisadi rekabet ile herhangi bir şekilde ilgisi bulunmayan danışıklı ilişkilerin, Rekabet Hukuku kapsamı içerisinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, bu amaca yönelik olarak yalın bir ifadeyi yeterli görmemiş ve Roma Antlaşması'nın 85.maddesine benzer bir şekilde, rekabete zararlı etkinin söz konusu olabileceği çeşitli durumları kapsayacak nitelikte, geniş bir ifade tarzı kullanmıştır.

Her ne kadar 4. maddede, rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından farklı terimler kullanılmış olsa da, somut olayda sınırlama, bozma ve kısıtlama terimlerinden herhangi birinin tercih edilmesi, hukuki açıdan herhangi bir farklılık yaratmayacaktır¹²⁰. Dikkat edilirse, kullanılan terimlerin anlam itibarıyla ortak noktası, rekabete olumsuz¹²¹ bir şekilde etkide bulunma anlamını taşımalarıdır. Dolayısıyla 4. maddenin uygulanmasında önemli olan, rekabete olumsuz bir etkinin gerçekleşmesi veya gerçekleşebilme ihtimalinin bulunmasıdır. Yoksa bunun, engelleme veya bozma ya da kısıtlama şeklinde gerçekleşmesi, doğuracağı hukuksal netice açısından fark yaratmaz¹²².

Genel yasaklama koşulundaki terimleri açıklamadan evvel, dar anlamda rekabet kavramının özelliklerini dikkate alarak, danışıklı ilişkiler hakkında çeşitli saptama veya genellemeler yapmak yerinde olacaktır. Öncelikle dar anlamıyla rekabetin, teşebbüsler arasındaki bir mücadele süreci olduğu göz önünde tutulduğu vakit¹²³, rekabeti olumsuz etkileyen danışıklı ilişkilerin, ekseriya süreklilik gösterdiği ve bunların belirli bir dönem boyunca devam etmesi gerektiğini söylemek gerekir. “*Süreklilik*”, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilerin ortak vasfıdır¹²⁴. Hukuki açıdan baktığımızda ise, rekabet sınırlayıcı danışıklı ilişkilerin bir başka ortak vasfı, danışıklılığın, yani uyuşmanın konusunun bir “*borç ilişkisi*” olmasıdır. Şüphesiz bu durum, taraflar arasındaki münasebetin ancak hukuki muamele vasfı taşıması halinde söz konusu olabilir. Zira daha önce de değinildiği üzere, taraflar arasındaki ilişki genellikle hukuken korunmakla birlikte, ahlaki bir taahhütten de ibaret olabilir¹²⁵. Buna karşılık her iki ihtimalde de, rekabeti sınırlayıcı olduğu kabul edilen borcun (veya taahhüdün) konusu ya da dar anlamda borç (taahhüt), ekseriya “*yapma*” veya “*yapmama*” şeklindeki bir edimden oluşacaktır¹²⁶.

Kanun'daki bu terimlere bağımsız anlamların verilmesi ve uygulamadaki somut olayın özelliklerine göre kısıtlama, bozma veya engelleme terimlerinden herhangi birisinin tercih edilmesi de mümkündür¹²⁷. Örneğin dışlayıcı bir uygulama veya bir boykot durumu için (RKHK.md.4/2.d); “*rekabetin engellenmesi*” ifadesi¹²⁸, ayırımçı bir uygulama için ise (RKHK.md.4/2.e); “*rekabetin bozulması*” ifadesi daha uygun düşebilir¹²⁹. “*Rekabetin kısıtlanması*” ise, daha geniş bir alanı ifade edecek şekilde, örneğin : rakipler arasındaki tüm danışıklı durumları kapsayacak şekilde kullanılabilir¹³⁰. Buna karşılık yine de söz konusu terimler arasında kesin sınırlar çizmek ve bu terimleri kategorik bir sınıflamaya tabi tutmak amaca uygun bir yaklaşım değildir. Bu itibarla aynı olay çerçevesinde birden fazla terime yer verilmesi mümkün olduğu gibi, bu terimlerin birbirleri yerine geçecek şekilde kullanılması da düşünülebilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un sistemine göre, danışıklı bir ilişkinin 4. madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için, bunun rekabeti *doğrudan* veya *dolaylı* olarak sınırlamasının önemi bulunmamaktadır. Bu sistem içerisinde, rekabete doğrudan etkide bulunmayan, örneğin : danışıklı ilişki içerisinde yer alan taraflar arasındaki rekabeti sınırlamamakla birlikte, üçüncü şahıslar ile taraflardan birisi arasındaki rekabeti sınırlayan bir dikey anlaşmanın da 4. madde çerçevesinde yasaklanması mümkündür. Esasen genel yasaklama ifadesinin bütünü dikkate alındığında, böyle bir ayırımı yer verilmesinin ne derece gerekli olduğu da tartışma konusu yapılabilir. Zira bu ayırımı yer verilmemesi halinde dahi, belirli bir piyasada rekabeti sınırlayan veya sınırlama tehlikesi taşıyan danışıklı davranışların 4. madde çerçevesinde yasaklanması mümkündür¹³¹. Nitekim Roma Antlaşması'nın 85. maddesinde de, böyle bir ayırımı yer verilmemesine rağmen, rekabetin dolaylı olarak sınırlandırılmasına ilişkin durumlar da, rekabet kurallarına muhatap olmaktadır¹³².

Her ne kadar bu terimlerin neyi ifade ettiği dilbilgisi açısından bir sorun teşkil etmese de, rekabete olumsuz etkide bulunan bir ilişkinin, ne zaman hukuka aykırı olacağına belirlenmesi çözümü oldukça güç bir meseledir¹³³. Özellikle rekabet kavramına verilen geniş anlam karşısında, genel yasaklama koşulunun amaca uygun bir şekilde yorumlanması ve kapsamının belirlenmesi, kelimelerin açık anlamlarına rağmen zaruridir. Kanımızca bu hususta en sağlıklı yol, Rekabet Hukuku literatüründe üzerinde durulan bazı temel kavramların açıklanmasıdır. Bu kavramların açıklanması ve Kanun'da örnek olarak sayılan klasik bir takım rekabet sınırlamalarının belirtilmesiyle, genel yasaklama koşulunun çerçevesi büyük ölçüde ortaya çıkacaktır.

2- Rekabetin Yatay ve Dikey Sınırlanması¹³⁴

Ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki ilişkilerin, teşebbüsün piyasadaki ekonomik süreç içerisinde yer aldığı aşamaya göre, yatay veya dikey olarak iki farklı şekilde gerçekleşebileceğini söylemek mümkündür¹³⁵. Yatay ilişkiyle, belirli bir piyasadaki ekonomik faaliyet sürecinin aynı düzleminde veya aşamasında faaliyet gösteren teşebbüsler arası münasebetler kastedilir. Örneğin, beyaz eşya üreticisi olan iki teşebbüs arasındaki bir anlaşma veya bu üreticilere hammadde sağlayan teşebbüslerin kendi aralarındaki anlaşmalar, yatay ilişki kapsamında değerlendirilir. Bu bağlamda, dar anlamda rekabet olgusu, yatay ilişkinin temel özelliği ve aynı zamanda doğal sonucu olarak karşımıza çıkar.

Dikey ilişkiler ise, piyasadaki ekonomik sürecin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki münasebeti ifade eder¹³⁶. Mesela üretici ile dağıtıcı veya dağıtıcı ile perakendeci arasındaki bir ilişki bu kapsamda kabul edilir. Yatay ilişkilerden farklı olarak, bu tür bir ilişki içindeki teşebbüsler arasında doğrudan bir rekabet yaşanmamaktadır¹³⁷.

Bu açıklamaların doğal bir sonucu olarak, bir ilişkinin yatay veya dikey olarak kabul edilmesi, rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından farklı sonuçlara yol açacaktır. Bu durum ise, Rekabet Hukukunun genel mantığı çerçevesinde, yatay ve dikey ilişkilerin farklı şekillerde değerlendirilmesini gerektirir. Kolaylıkla anlaşılabilmesi üzere, yatay bir ilişkinin rekabet sınırlayıcı etkileri, dikey bir ilişkiye kıyasla daha ağırdır. Zira kural olarak, birbirlerinin rakibi olan teşebbüslerin aralarındaki her türlü danışıklı ilişkinin, “*prima facie*” rekabeti sınırlayıcı olduğu söylenebilir¹³⁸.

Kanun’da belirtilen, üretimin kısıtlanması (RKHK.md.4/2.c), pazar paylaşımı (RKHK.md.4/2.b) ve alım satım fiyatlarının tespiti (RKHK.md.4/2.a) gibi haller, rekabetin yatay sınırlanmasının en tipik örneklerini oluşturur. “*Kartel anlaşmaları*”¹³⁹ olarak da nitelendirilen bu neviden yatay ilişkilerde, ilişkiye taraf olan teşebbüsler, “*tekel kari*” olarak da nitelendirebileceğimiz normal karın üzerinde bir kazanç elde ederler ve bu türden kısıtlamalar, ekonomik düzen ve tüketiciler için olumlu hiçbir katkı sağlamazlar. Bu nedenle Rekabet Hukuku sistemlerinin tümü, yatay sınırlamalara karşı daha katı bir yaklaşım içerisindedir¹⁴⁰.

Buna karşılık, yatay sınırlamalar için bile genel bir kural benimsemek ve bu tür sınırlamaları, her durumda Rekabet Hukukuna aykırı olarak nitelendirmek uygun bir yaklaşım tarzı değildir. Zira araştırma geliştirme faaliyetlerinin yürütülmesi¹⁴¹ veya ağır ekonomik kriz dönemlerinin atlatılması¹⁴² ya da yüksek yatırım maliyetlerinin üstlenilmesi¹⁴³ gibi, ekonomik açıdan haklı görülebilir amaçlarla bir araya gelen “*rakip*” teşebbüslerin, yatay açıdan rekabeti sınırladıkları iddia edilse bile, bunun ekonomik açıdan yaratacağı etkilerle

birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde, hukuka aykırılıktan söz edilmemesi gerekir¹⁴⁴.

Rekabetin dikey biçimde kısıtlanması ise, Rekabet Hukuku açısından daha karmaşık bir problem olarak karşımıza çıkar¹⁴⁵. Zira aralarında doğrudan bir rekabet ilişkisinin dahi söz konusu olmadığı¹⁴⁶ ve iktisadi yaşamın devamı, mal ve hizmetlerin mübadelesi açısından bir zorunluluk olan dikey ilişkilerin, Rekabet Hukuku açısından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda genel bir yargıya varmak güçtür. Üstelik, somut olayın özelliklerine göre değişebilmekle birlikte, dikey ilişkilerin ekonomik açıdan çok çeşitli yararlarının¹⁴⁷ bulunduğu gerçeği karşısında, Rekabet Hukuku açısından bu ilişkilerin yatay ilişkilerden daha ayrıcalıklı olduğu, açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca dikey ilişkilerin ticari hayatın somut uygulaması içerisinde, “dağıtım anlaşmaları”¹⁴⁸, “arz anlaşmaları”¹⁴⁹ ve “lisans anlaşmaları”¹⁵⁰ gibi çok farklı şekillerde tezahür etmesi ve üstelik bu ilişkilerin sektörden sektöre çok farklı özellikler göstermesi¹⁵¹, bu türden ilişkilere karşı yeknesak bir yaklaşımın kabul edilmesini de zorlaştırmaktadır¹⁵². Dolayısıyla bu türden bir ilişkinin rekabet üzerinde etkisini tespit ederken, daha esnek bir yaklaşımla hareket etmek ve her olayın kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirme yapmak, daha uygun bir çözüm tarzı olarak gözükmektedir.

Dikey bir ilişkinin Rekabet Hukuku açısından yarattığı tehlike ise, taraflara çeşitli konularda tekel haklar sağlayan veya onların iktisadi özgürlüklerini kısıtlayan anlaşma koşulları nedeniyle söz konusu olmaktadır. Uygulamadaki dikey anlaşmalar genellikle, “alıcıya belirli bir bölgeyle sınırlı tekel hakkı tanınması”¹⁵³ veya “alıcının başka bir satıcının mallarını satmamaya ilişkin taahhüdü” ya da “satıcı tarafından tekrar satış koşullarına sınırlama getirilmesi”, gibi kayıtları içermektedir¹⁵⁴. Belirtilen ilk türden kayıtlar, ilişkinin ticari açıdan ortaya çıkardığı olağan riskin, karşılaşılması muhtemel rekabetin engellenmesi yoluyla bertaraf edilmesi amacına dayanmaktadır¹⁵⁵. Daha açık bir anlatımla, dikey bir anlaşmanın yaratacağı rekabet riski, bu türden himaye vasıtaları ile azaltılmakta ve anlaşmanın tarafların amacına uygun olarak tatbik edilebilmesi sağlanmaktadır. Diğer türden kayıtlar ise, daha çok dikey ilişkinin üst düzleminde bulunan teşebbüslerin menfaatlerini korumakta ve onun kendi ticari politikası uyarınca geliştirdiği pazarlama ve satış hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacına dayanmaktadır¹⁵⁶. Doğal olarak bu kayıtlar, taraflar arasındaki rekabetten ziyade, taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki rekabetin kısıtlanmasına yol açmaktadır¹⁵⁷.

Rekabetin dikey sınırlanması ile ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir başka nokta ise, hukuka aykırılığın belirlenmesinde belirleyici unsur olan, “markalar arası”¹⁵⁸ ve “marka içi”¹⁵⁹ rekabettir. “Markalar arası” rekabet kısaca, aynı ürün piyasasındaki birden fazla marka arasındaki rekabeti; “marka içi” rekabet ise, aynı markanın üretim, dağıtım veya satışı gibi farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti ifade eder. Doğal

olarak Rekabet Hukuku açısından esas korunması gereken, “markalar arası” rekabet sürecidir. Zira “marka içi” rekabetin, somut olaya göre değişebilmekle birlikte, tüketici veya teşebbüslerin seçim veya ticaret özgürlüğü üzerinde önemli bir etkisi olmadığı gibi, bilakis markanın dağıtım ve satışında optimum etkinliğin sağlanması açısından, markalar arası rekabete ve dolayısıyla ekonomik verimliliğe olumlu katkısı bulunmaktadır.

Bu itibarla, ilgili piyasada “markalar arası” rekabet yeteri derecede yaşatıldığı sürece, marka içi rekabetin sınırlanmış olması, Rekabet Hukuku açısından herhangi bir tehlike arz etmez. Buna karşılık ilgili piyasada “markalar arası” bir rekabetten söz açılmıyorsa, yani söz konusu marka sahibi teşebbüs, ilgili piyasada hakim durumdaysa, o takdirde “marka içi” rekabetin, “markalar arası” rekabetin yerini aldığı söylenebilir¹⁶⁰. Bu takdirde “marka içi” rekabetin sınırlanması, ilgili piyasadaki rekabetin önemli ölçüde sınırlanması anlamına gelir ve yukarıda belirtilen yararları da sağlamadığı varsayımı geçerli olacağı için, 4. madde yasağına tabi olur¹⁶¹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi, yatay ve dikey ilişkiler arasında herhangi bir farklılık gözetmemiş ve rekabeti sınırlayan ya da sınırlama tehlikesi taşıyan her türlü danişıklı ilişkinin, yasak kapsamına girdiğini ifade etmiştir. Şüphesiz maddenin bu ifadesi karşısında, yatay ve dikey ilişkilerin aynı yaklaşım tarzı içerisinde değerlendirileceği yargısına varılmamalıdır. Zira her şeyden evvel Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen muafiyet sistemi, rekabeti sınırlayıcı etkileri olan danişıklı ilişkilerin, maddede öngörülen olumlu ve olumsuz şartların varlığı halinde, 4. madde yasağından istisna tutulmasını sağlamaktadır¹⁶². Doğal olarak muafiyetin sağladığı bu imkan, ancak 4. madde yasağına tabi ilişkiler için söz konusu olmaktadır. Yoksa zaten 4. madde kapsamına girmeyen ilişkilerin muafiyete tabi olması düşünülemez. Bu sistem içerisinde, dikey sınırlamaların 5. maddenin getirdiği muafiyet veya bağışıklık sisteminden faydalanması pek muhtemeldir.

Kanımızca, 4. madde çerçevesinde, yatay ve dikey ilişkilere olan yaklaşımın belirlenmesinde asıl önem taşıyan, hükümde yer alan genel yasaklama koşulunun nasıl yorumlanması gerektiğidir. Her ne kadar maddenin lâfzında kesin bir dil kullanılmış olsa da, buradaki ifadeye ve de özellikle “rekabetin sınırlanması” kavramına verilecek olan anlam, 4. maddenin tatbik alanını büyük ölçüde etkileyecektir. 4. madde sisteminin kendi içerisinde yapılacak bir değerlendirme veya bir başka deyişle “rule of reason” analizi¹⁶³, özellikle dikey sınırlamalara olan yaklaşımın tespitinde belirleyici olacaktır. Ayrıca genel yasaklama koşulunun dar yorumlanması, 5. maddeye duyulan ihtiyacı da büyük ölçüde azaltacaktır. Mevcut durum bakımından Avrupa Birliği Hukukunda da dikey sınırlamalara karşı nasıl bir tutum sergileneceği, tam olarak kesinlik kazanmış değildir¹⁶⁴. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da olduğu gibi, yatay ve dikey anlaşmalar arasında fark gözetmeyen 85.madde sistemi,

1966 yılından bu yana dikey anlaşmalara da uygulanmakta¹⁶⁵ ve hatta bu tür anlaşmaları konu olan olaylar, uygulamada daha önemli bir yer tutmaktadır¹⁶⁶.

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, geleneksel olarak genel yasaklama koşulunun geniş olarak yorumlanması ve özellikle Ortak Pazar'ın bütünleşmesi kaygısı, dikey sınırlamalara karşı katı ve şekilci bir yaklaşımın benimsenmesine yol açmış ve dikey anlaşmalar, ancak 85/3.maddede yer alan, “*bireysel ve grup muafiyeti*” hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilmiştir¹⁶⁷. Komisyon, çeşitli dikey anlaşma türleri için grup muafiyeti tüzükleri yayınlamış¹⁶⁸ ve dikey anlaşmaların önemli bir kısmının, 85/2. maddenin katı geçersizlik yaptırımının dışında kalmasını sağlamıştır. Grup muafiyetinin, bildirim ve inceleme koşulu aranmaksızın geçerlilik sağlayabilmeleri¹⁶⁹, hukuki emniyetin sağlanmasında yeterli olabilmekte; buna karşılık grup muafiyeti tüzüklerinin kapsamı dışında dikey sınırlamaların, bireysel muafiyet rejiminin yetersiz kalan hükümlerine tabi tutulması¹⁷⁰, dikey ilişkilerin geçerliliğini tehlikeye düşürmektedir¹⁷¹.

Bu olumsuzlukların yanı sıra, dikey ilişkilerin değerlendirilmesinde, Komisyon'un olaya ilişkin somut verileri gerektiği ölçüde dikkate almaması ve de özellikle ilişkinin bütünü ekonomik düzen üzerinde yaratacağı etkiyi incelemeksizin, soyut değerlendirmeleri yeterli görmesi, genel olarak eleştiri konusu olmaktadır¹⁷². Nitekim gerek Komisyon, gerekse Adalet Divanı, son yıllarda bu yaklaşımı değiştirme eğilimine girmiştir¹⁷³. Bir yönüyle genel yasaklama koşulunun yorumu ile başlayan bu yeni eğilim, diğer yönüyle dikey anlaşmalara karşı farklı bir yasal düzenlemenin hazırlanmasıyla somut hale gelmiştir. Komisyon, “*Dikey Sınırlamalara İlişkin Yeşil Belge*”¹⁷⁴ ile dikey sınırlamaları tartışmaya açmış ve bu süreç sonrasında, çeşitli Tüzük tasarıları hazırlanmıştır¹⁷⁵.

Kanımızca Türk hukuku açısından dikey sınırlamalara ilişkin yaklaşımın belirlenmesinde, Avrupa Birliği Hukukunda son yıllarda hakim olmaya başlayan görüşlerin nazara alınması gerekir. Esasen dikey bir ilişkinin rekabeti sınırlayıp sınırlanmadığının tespit edilmesindeki en uygun yaklaşım, şekilci değil, somut olayın özellikleriyle birlikte ilgili piyasa koşullarını dikkate alan olaycı bir değerlendirme tarzıdır. Fakat dikey ilişkilerin ekonomik yaşamdaki yaygınlığı dikkate alındığı takdirde, somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilecek olan bu yaklaşımı tek başına benimsemek ise, ticari hayatın güvenliğini tehlikeye düşürebilir.

Bu itibarla dikey sınırlamalara ilişkin olarak, özellikle grup muafiyeti sistemini yaygın hale getirip ticari hayattaki hukuki ilişkilerde belirliliği sağlayan, geçersizlik rejimini revize eden ve bunların dışında, 4. madde çerçevesinde ekonomik analizlere yer veren daha esnek bir yaklaşım tercih edilmelidir. Avrupa Birliği Hukukundaki mevcut uygulama ise, ancak Birliğin ekonomik yapısının farklı özellikleri¹⁷⁶ ve pazar entegrasyonu hedefinden kaynaklanan kendine özgü hassas yaklaşımın dikkate alınması şartıyla¹⁷⁷,

sağlıklı bir kaynak teşkil edebilir. Kanımızca dikey ilişkilere karşı yaklaşımın oluşturulmasında, özellikle Rekabet Kurumu'na büyük görev düşmektedir.

3- Per se ve Rule of Reason Yargısal Doktrinleri

Amerikan Antitröst Hukukunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine karşılık teşkil edebilecek bir hüküm, Sherman Yasası'nın 1.maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hükümde, “*rekabetin bozulması, kısıtlanması veya etkilenmesi*” ifadelerinin yerine, “*ticaretin sınırlanması*”¹⁷⁸ kavramına yer verilmiştir. İlgili kavram ile Kanun'da yer alan “*rekabetin sınırlanması*” kriterinin aynı anlama geldiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu kavramın tam olarak neyi ifade ettiği, Amerikan Hukukunda da tartışma konusu yapılmaktadır. Zira aynı rekabetin sınırlanmasında olduğu gibi, ticaretin sınırlanması da oldukça genel ve muğlak bir kavramdır ve ekonomik yaşamdaki her türlü anlaşmanın, bir anlamda, ticareti (veya rekabeti) sınırladığını kabul etmek mümkündür¹⁷⁹.

İşte Sherman Yasası'nın bu ifadesinin yorumlanması faaliyeti, Amerikan Hukuku uygulamasında merkezi bir öneme sahip olan, “*per se*” ve “*rule of reason*” doktrinlerinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Yargısal içtihatların ortaya çıkardığı bu doktrinler, anlaşmaların Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesi ve ticareti (rekabeti) sınırlayan bir ilişkinin, hangi hallerde Rekabet Hukukuna aykırı olduğunun belirlenmesi açısından büyük rol oynamaktadır. Bu nazariyeler, Amerikan Hukukuna özgü olmakla birlikte, diğer hukukları ve farklı bir sistemi benimseyen Avrupa Birliği Hukukunu da etkilemiş¹⁸⁰ ve Rekabet Hukukunun amaca uygun bir şekilde tatbik edilmesine önemli katkılar sağlamıştır.

Sherman Yasası'nın uygulandığı ilk yıllarda, (ki bu bir asır önceye dayanır) yargıçlar 1. maddeyi lafzına sadık kalarak yorumlamış ve buna bağlı olarak, ticareti kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst veya başka şekildeki birleşme ve ya da gizli işbirliği, hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir¹⁸¹. Fakat kısa süre içerisinde, ticaretin (rekabetin) kısıtlandığı her durumun hukuka aykırı olarak kabul edilmesinin mantıksız sonuçlara yol açacağı bilincine varılarak bu yaklaşım terkedilmiş ve ancak, rekabeti “*makul ölçüler*” dışında sınırlayan anlaşmaların hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir¹⁸².

“*Rule of reason*” doktrininin de temelini teşkil eden bu yaklaşım, ilk yıllarda verilen kararlarda farklı ve dağınık bir takım mülahazalara dayanmakla birlikte¹⁸³, daha sonra verilen kararlarda daha açık bir şekilde ortaya konmuş ve doktriner bir yapı kazanmıştır¹⁸⁴. Kısaca ifade etmek gerekirse, “*rule of reason*” veya “*haklı sebep kuralı*”, rekabeti sınırlayıcı her anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarına aykırılık teşkil etmeyeceği görüşünü benimsemekte ve bu anlaşmaların piyasa üzerinde doğuracağı etkilerin, Rekabet Hukukunun

amaçlarından hareketle, ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu düşüncenin temelinde ise, ticari yaşamdaki anlaşmaların rakipler arasında dahi yapılsa, ekonomik veya sosyal açıdan olumlu yönlerinin bulunabileceği ve bunların dikkate alınmaksızın, anlaşmaların külliyen hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin gerçeklerle bağdaşmayacağı fikri yatmaktadır. Bu bağlamda “*rule of reason*” doktrini çerçevesinde, rekabeti sınırladığı iddia edilen bir anlaşma, piyasa üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileriyle bir arada değerlendirilmekte ve ancak bu değerlendirme neticesinde hukuka aykırılık tespit edilebilmektedir.

Dolayısıyla “*rule of reason*” prensibinin uygulandığı durumlarda, anlaşmanın hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için, bunun somut olayda piyasa üzerindeki etkilerinin ayrıca araştırılması gerekmektedir. Rekabet Hukuku ile izlenen amaçların farklı olması, yapılacak olan araştırmada, hangi kriterlerin temel alınması gerektiği noktasında ortak bir yaklaşımın benimsenmesini zorlaştırmaktadır¹⁸⁵. Buna karşılık genel olarak ifade etmek gerekirse, tarafların sübjektif amaçları, anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri, tarafların piyasadaki ekonomik güçleri¹⁸⁶, anlaşmanın ekonomik verimliliğe katkısı¹⁸⁷ ve rekabeti daha az sınırlayan alternatif bir yöntemin bulunması¹⁸⁸ gibi kriterler, hukuka aykırılığın belirlenmesinde önem taşımaktadır¹⁸⁹.

Rekabet Hukuku uygulamasının gelişmesine paralel olarak ortaya çıkan “*per se*” yasal doktrini ise, bazı türden anlaşmaların nitelikleri gereği rekabeti sınırladıklarını ve bu tür anlaşmaların piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin ayrıca araştırılmasına gerek olmaksızın hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Benzer yaklaşımlar, ilk yıllardaki kararlardan bu yana gözlemlenmekle birlikte¹⁹⁰, bunun açık ve kesin bir şekilde dile getirilmesi, ancak belirli bir yargısal birikim ve tecrübenin kazanılması ile mümkün olabilmıştır¹⁹¹. “*Per se*” doktrini, uygulamada ortaya çıkan çeşitli prensipler ışığında, bazı anlaşma çeşitleri için, rekabetin sınırlandığı faraziyesini kabul etmekte ve bu anlaşmaların değerlendirilmesinde, haklı sebeplerin bulunabileceği varsayımını peşinen reddetmektedir.

Şüphesiz “*per se*” yaklaşımının kabul edilmesinde, teorik düşüncelerin yanı sıra, usul ekonomisi, kesinlik ve hukuki güvenliğin sağlanması gibi, pratik bir takım kaygılar da etkili olmuştur¹⁹². Zira özellikle “*rule of reason*” analizi nedeniyle oldukça uzun zaman alan ve yüksek maliyet gerektiren Rekabet Hukuku davaları, “*per se*” doktrininin kabul edilmesiyle birlikte, herhangi bir piyasa analizine ihtiyaç duyulmaksızın kısa sürede sonuçlandırılabilir. Örneğin Amerikan hukukunda, fiyat belirleme, arzın kontrolü ve piyasa paylaşmaya yönelik yatay anlaşmalar, piyasa koşulları veya tarafların sübjektif amaçları gibi, başkaca faktörlerin incelenmesini gerektirmeksizin, “*niteliği gereği*” hukuka aykırı olarak kabul edilmekte¹⁹³ ve aksi yöndeki iddialar dikkate alınmamaktadır¹⁹⁴. Bunun temelinde ise, “*per se*” doktrini çerçevesindeki

anlaşmaların rekabete zararlı etkisinin sabit olduğu ve bu anlaşmaların hiçbir olumlu yönlerinin bulunmadığı düşüncesi yatmaktadır.

Yukarıda ifade edilenler çerçevesinde, her ne kadar iki doktrin birbirlerinin karşısı gibi gözükmekteyse de, temelde birbirlerini tamamlayacak şekilde tatbik edilmektedirler. Bir anlaşmanın Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde, öncelikle bu anlaşmanın amacının “*per se*” doktrini içerisinde görülüp görülemeyeceği araştırılmakta, görülemediği takdirde ise, “*rule of reason*” analizine tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla bu iki nazariyenin, birbirini reddetmediği söylenebilir¹⁹⁵. Hangi tür anlaşmaların nitelikleri gereği rekabete aykırı olduğunun tespit edilmesi, ancak bunların, ticaret üzerindeki etkilerinin tetkik edilmesi ile belirlenebilecek bir husustur. Dolayısıyla, bir anlaşmanın “*per se*” kategorisine girip girmediğinin tespiti için yapılan zihinsel faaliyet, zorunlu olarak, öncelikle ve bir ölçüde “*rule of reason*” analizini de içerir.

Görüldüğü üzere, bu iki nazariye Rekabet Hukuku kapsamına giren anlaşmaların amacı açısından değerlendirilmesi ve bu değerlendirmede izlenecek yöntemin belirlenmesi açısından, uygulamada büyük kolaylık sağlamaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, bu iki doktrin arasındaki sınırların belirlenmesi her zaman çok kolay olmadığı gibi, izlenen rekabet politikasının da zaman içerisinde değişebilmesi, aradaki sınırların tespitini iyiden iyiye güçleştirmektedir¹⁹⁶.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi ise, lafzı ve sistemi bakımından Sherman Yasası’nın 1. maddesinden farklıdır. Bununla birlikte, genel yasaklama koşulunda yer alan “*amacı ve etkisi*” ifadesinin, “*per se*” ve “*rule of reason*” doktrinlerini çağrıştırdığını söylemek mümkündür. Nitekim aşağıda açıkladığımız “*amacı ve etkisi*” ifadeleri, bu doktrinlere benzer bir şekilde yorumlanmakta¹⁹⁷ ve Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, bu doktrinlerin izleri açıkça görülebilmektedir.

Kanun’un düzenlemesini “*per se*” doktrini açısından değerlendirdiğimizde, 4. maddede yer alan “*rekabeti bozma, kısıtlama veya engelleme amacı taşıyan anlaşmalar*” ifadesinin, Amerikan hukukundaki uygulamaya paralel bir şekilde yorumlanabileceğini söylemek mümkündür. Nitekim aynı ifadeleri içeren Roma Antlaşması’nın 85.maddesi de, amacı rekabeti sınırlamak olan anlaşmaların, rekabet veya piyasa düzeni üzerindeki somut etkilerini incelemeye gerek olmadığı şeklinde yorumlanmakta ve “*per se*” doktrinine paralellik arz etmektedir¹⁹⁸.

Buna karşılık Kanun’daki düzenlemenin çeşitli noktalardan Amerikan hukukundan farklılıklar gösterdiğinin de belirtilmesi gerekir. Her şeyden evvel Kanun’un sistemine göre, “*per se*” doktrini içerisinde kabul edilen çeşitli rekabeti sınırlayıcı uygulamaların, 5. maddedeki muafiyet rejimi çerçevesinde ayrıca analiz edilmesi ve istisnaen de olsa hukuka uygun olarak nitelendirilmesi ihtimali bulunmaktadır¹⁹⁹. Amerikan hukukunda ise, “*per se*” kategorisindeki anlaşmalar nitelikleri gereği hukuka aykırı olarak kabul edildikleri için, bu

anlaşmaların piyasa üzerindeki olumlu etkilerine ilişkin herhangi bir analiz yapılmamaktadır.

En azından teorik olarak mümkün olan bu ihtimalin yanı sıra, düşünülebilecek bir başka farklılık, rekabete hissedilir biçimde etkide bulunmayan anlaşmaların durumudur. Zira Amerikan hukukunda yer verilmemekle birlikte, örnek aldığımız Avrupa Birliği Hukukunda “*de minimis*” ilkesini benimsenmekte²⁰⁰ ve “*per se*” kategorisi içerisinde bulunan anlaşmalar, bu ilkenin koşullarını yerine getirdiği takdirde 4. madde yasağının kapsamı dışında tutulabilmektedir²⁰¹. Kanun’da “*de minimis*” ilkesine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemekle birlikte, hukukumuz açısından bunun idari veya yargısal uygulamalarla benimsenmesi yüksek bir olasılıktır. Bu olasılığın ise, “*per se*” doktriniyle bağdaşmayacağı açıktır.

Bunların dışında, 4. maddenin ikinci fıkrasında sayılan örnek durumlar da, “*per se*” doktrinin Kanun çerçevesinde benimsenmesini gereksiz hale getirmektedir. Sayılan haller, “*per se*” kategorisinde görülen anlaşmaları içermekte olduğu gibi, daha geniş bir alanı da kapsamaktadır. Belirtilen bu nedenlerden dolayı, kanımızca Rekabet Hukukumuz çerçevesinde ayrıca bir “*per se*” doktrinine yer vermek uygun düşmemektedir²⁰².

Kanun’un düzenlemesini “*rule of reason*” doktrini çerçevesinde değerlendirdiğimizde ise, öncelikle 5. maddede yer verilen muafiyet sisteminin, bu doktrinin fonksiyonunu büyük ölçüde yerine getirdiğini söylemek mümkündür. Zira muafiyet sistemine göre, 4. maddedeki genel yasaklama koşulu kapsamında rekabeti sınırlayıcı etkisi veya amacı olan bir anlaşma, 5. maddenin maddi ve şekli koşullarını yerine getirdiği takdirde, butlan yaptırımıyla karşılaşmayacak ve aynen “*rule of reason*” doktrininde olduğu gibi, yapılan ekonomik analize bağlı olarak, hukuka uygun kabul edilebilecektir. Böylelikle, ekonomik ve sosyal açıdan çeşitli faydaları taşıdığı iddia edilen anlaşmalar, gerek bireysel ve gerekse grup muafiyeti rejimi çerçevesinde geçerliliğini koruyabilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme, Avrupa Birliği ve Türk hukukunun, Amerikan antitröst hukukundan ayrıldığı en önemli noktalardan biridir.

Buna karşılık “*rule of reason*” doktrini bakımından kanımızca irdelenmesi gereken, 5. maddenin muafiyet rejimi değil; 4. maddenin genel yasaklama koşulu içerisinde “*rule of reason*” analizine yer vermenin mümkün olup olamayacağıdır. Zira her ne kadar muafiyet sistemi, bir takım değerlendirmelere bağlı olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların 4. maddedeki yasaklama kapsamı dışında bırakılmasını mümkün kılmaktaysa da, bu sistemin her zaman gerektiği gibi işlemesi mümkün gözükmemektedir²⁰³. Muafiyet sisteminin özelliklerine sonraki başlıklar altında değinilecektir²⁰⁴. Bununla birlikte, genel yasaklama koşulu çerçevesinde “*rule of reason*” analizine yer verilmesinin gerekli olup olmadığının belirlenmesi açısından, muafiyet sisteminin olumsuz yönleri üzerinde kısaca durmakta fayda vardır.

Her şeyden evvel muafiyet sağlanmasında Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkiye sahip olması, yapılacak bildirimlerin yoğunluğu karşısında, sınırlı imkanlara sahip olan Rekabet Kurumu'nun bu bildirimleri gerektiği gibi değerlendirmesini fiilen imkansız hale getirecektir²⁰⁵. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, yapılan bireysel başvuruların resmi bir kararla sonuçlandırılması oldukça uzun bir zaman almakta ve Komisyon genellikle gayri resmi yollardan soruşturmayı kapatmaktadır. Ülkemiz açısından da gerçekleşmesi muhtemel olan bu durumun, tarafların hukuksal güvenliğini sağlayamayacağı açıktır. Ayrıca, muafiyet koşullarının değerlendirmesi hususunda tek yetkili makamın Rekabet Kurumu olması, genel mahkemelerde açılan tazminat ve tespit davalarında, mahkemelerin takdir yetkisini oldukça kısıtlamaktadır²⁰⁶. Bu durum, genel mahkemelerden beklenen yararı azaltacak ve Kurum'un iş yükü, mahkemelerden gelen taleplerle artmaya devam edecektir.

Bunların dışında, yapılan bir bildirim muafiyet alabilmesinin 5. maddede belirtilen dört ayrı koşula bağlanması ve bu koşulların kümülatif olarak aranması, Kurum'un takdir yetkisini kısıtlamaktadır. Bu durum, “*dağıtım anlaşmaları*” gibi, bazı hallerde piyasa üzerindeki olumlu etkileri ağır basan anlaşmaların, aranan koşulların tümünü yerine getiremediklerinden dolayı geçersiz sayılmalarına yol açabilecektir. Ayrıca Kanun'un sistemi çerçevesinde, muafiyetin geri alınabilmesi, şarta bağlanabilmesi ve süreli olarak verilmesi imkanı, muafiyetten beklenen faydayı azaltmakta ve ticari hayatın sürekliliği ve istikrarını tehlikeye düşürmektedir²⁰⁷. Nihayet usul açısından değinilmesi gereken önemli bir nokta da, zamanında yapılmayan bildirimlerin geçerliliği meselesidir. Kanun'un benimsediği sisteme göre, süresinde bildirilmeyen anlaşmalar, Kurum tarafından yapılan inceleme neticesinde muafiyet alsa dahi, ancak bildirim yapıldığı tarihten itibaren geçerlilik kazanmaktadır. Bu düzenleme, tarafların birbirlerini ifaya zorlamaları noktasında hukuksal sorunlara neden olacak²⁰⁸ ve bildirim yapılmasındaki menfaati boşa çıkarabilecektir.

Muafiyet sisteminin yetersizliği dışında, 4. madde içerisinde “*rule of reason*” benzeri bir yaklaşımı haklı gören bir başka gerekçe ise, hükümde yer alan genel yasaklama koşulunun, Sherman Yasası'nın 1. maddesine benzer bir şekilde, oldukça genel ve muğlak bir ifadeye sahip olmasıdır. Rekabet kavramına verilen geniş anlam çerçevesinde, ticari yaşamdaki pek çok anlaşmanın 4. maddenin yorumuna bağlı olarak rekabete olumsuz etki yaptığı ileri sürülebilir. Üstelik Kanun'da, genel yasaklama koşulundan sıyrılmaya imkan veren muafiyet sisteminin bulunduğu dikkate alınacak olursa, uygulamada 4. maddenin geniş yorumlanması, kuvvetli bir varsayım olarak gözükmektedir²⁰⁹. Nitekim sistemini örnek aldığımız Avrupa Birliği Hukukunda da, Komisyon 85/1.madde'deki yasaklama koşulunu oldukça geniş yorumlamakta ve değerlendirmeyi ekseriya 85/3.madde kapsamında yapmaktadır²¹⁰. Bu itibarla, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların ekonomik etkilerini

dikkate alan ve genel yasaklama koşulunun uygulanmasında esneklik sağlayan “*rule of reason*” benzeri bir yaklaşımın benimsenmesi, 4. maddenin amaca uygun olarak tatbik edilmesi ve menfi tespit hükmünün işletilebilmesi (RKHK.md.8) bakımından bir zorunluluk olarak gözükmektedir²¹¹.

Avrupa Birliği Hukukunda da, 85.madde sisteminin “*rule of reason*” benzeri bir analize imkan verip vermediği tartışma konusu yapılmakta ve özellikle doktrin, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, bu tartışma karşısında olumlu bir yaklaşım sergilemektedir²¹². Uygulamaya bakıldığında ise, Komisyon’dan farklı olarak Adalet Divanı, ilk yıllarda verdiği kararlardan bu yana “*rule of reason*” benzeri bir değerlendirme yapmakta²¹³, bununla birlikte dayandığı olgular ve değerlendirmedeki kriterler, olaydan olaya farklılık göstermektedir²¹⁴. Adalet Divanı bazı kararlarında tali sınırlamalar doktrinini²¹⁵ temel almış²¹⁶; bazılarında ise, anlaşmanın rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkilerini birlikte dikkate alan, ekonomik değerlendirmeleri üstün tutmuştur²¹⁷. Nitekim son yıllarda, Komisyon’un da özellikle ortak girişim, franchising ve teknoloji lisansı anlaşmalarındaki bazı sınırlayıcı kayıtlar bakımından, 85/1.maddenin yorumunda “*rule of reason*” benzeri bir yaklaşım içerisine girdiğini söylemek mümkündür²¹⁸.

4- De Minimis Doktrini

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesindeki genel yasaklama koşulu içinde yer alan; “*rekabetin bozulması, engellenmesi veya kısıtlanması*” ifadesinin, rekabete olumsuz biçimde etkide bulunan veya bulunabilecek nitelikte olan halleri kapsamak üzere kaleme alınmış olabileceğini belirtmiştik²¹⁹. Yukarıda sırası ile açıklamaya çalıştığımız, “*yatay ve dikey sınırlamalar*” ile genel yasaklama koşulunun yorumlanması sonucu ortaya çıkan “*per se*” ve “*rule of reason*” yargısal doktrinleri de, rekabet üzerindeki etkinin “*niteliği*”, bir başka deyişle; anlaşmanın rekabeti etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi veya etkiliyorsa, bunun derecesi ile ilgilidir²²⁰. Rekabete olan etkinin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir başka boyut ise; somut olaydaki ilişkinin, rekabete olumlu veya olumsuz etkide bulunup bulunmadığı değil, etkinin niceliğine ilişkin olabilir. Burada etkinin niceliği ile kastedilen ise, rekabet üzerindeki -olumlu veya olumsuz- etkinin hissedilir veya fark edilebilir büyüklükte olması veya daha farklı bir deyişle, rekabet üzerindeki etkinin ekonomik ve ticari gerçekler açısından, rekabet düzeni açısından tehlike yaratacak önemi haiz olup olmadığıdır.

Gerçekten de, ticari yaşamdaki anlaşmaların piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin doğru değerlendirilmesi, nitelikleri kadar, nicelik boyutuyla da yakından ilgilidir. Piyasadaki rekabet düzeni açısından önemli bir tehlike yaratmayan ve tatbik edildiği takdirde dahi, rekabetin işleyişine bir etkide bulunmayan sınırlayıcı anlaşmaların farklı değerlendirilmesi, mantıksal bir

zorunluluktur. Piyasadaki rekabeti etkileme gücünden yoksun teşebbüslerin, somutlaştırmak gerekirse, iki seyyar simit satıcısının anlaşarak simit fiyatlarını beraberce saptamaları veya simit satacakları bölgeleri paylaşmaları, teorik bazda rekabeti sınırlayıcı olmasına karşılık, bu anlaşma simit piyasasındaki rekabet üzerinde herhangi bir tehlike yaratmayacaktır²²¹. Her ne kadar 4. madde yasağının uygulanabilmesi için, mutlak suretle rekabetin olumsuz etkilenmesi şartı aranmıyor veya daha doğru bir ifadeyle, amacı açıkça rekabeti sınırlamak olan anlaşmaların fiilen uygulanması gerekmiyorsa da, herhalde bu yaklaşımı, uygulansa dahi rekabete olumsuz etkisinin bulunduğu iddia edilemeyecek olan anlaşmalar bakımından kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir anlaşmayı Rekabet Hukuku kapsamında kabul etmenin, ticari yaşamın gerçekleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Pek tabidir ki bu saptamanın geçerliliği, ilgili piyasanın kapsamı, özellikleri, yoğunlaşma derecesi, simit satıcılarının piyasa payları ve ekonomik güçleri gibi, başkaca faktörlerin de dikkate alınmasını gerektirir²²². Bu itibarla, anlaşmanın piyasada hissedilir derecede etkisinin bulunup bulunmadığı, tarafların ve piyasanın ekonomik analizini gerektiren izafi bir kavramdır.

İşte Avrupa Birliği Hukukunda, bu düşünceleri temel alan Adalet Divanı, hukuktaki “*de minimis non curat lex*” ilkesinden²²³ esinlenerek “*de minimis*” adı verilen doktrinin uygulanmasına ön ayak olmuştur. Kısaca ifade etmek gerekirse “*de minimis*” doktrini, teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı danişıklı ilişkilerin, rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece 85/1.madde yasağı kapsamı dışında görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. İlk olarak yargısal bir kararda²²⁴ ifadesini bulan bu doktrin, uygulamada karışıklığa ve hukuki belirsizliğe sebep olabileceği endişesiyle Komisyon tarafından objektif kriterlere bağlanmıştır. Bu amaçla yayınlanan Komisyon duyurularında²²⁵, hissedilir etkinin belirlenmesinde sadece piyasa payı kriteri temel alınmakta ve kapsamlı ekonomik analizlere yer verilmemektedir. 1997 yılında yayınlanan en son Komisyon duyurusunda, evvelden uygulanmakta olan ciro kriteri de yürürlükten kaldırılmış²²⁶ ve yatay-dikey anlaşmalar için farklı kriterler öngörülmüştür. Şu an için uygulanmakta olan bu duyuruya göre, yatay anlaşmalara taraf olan teşebbüslerin piyasa paylarının %5, dikey bir anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin paylarının %10’dan aşağı olması halinde, söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, 85.madde yasağı dışında kabul edilmekte ve bu bağlamda, söz konusu danişıklı ilişki hakkında bildirim ve idari para cezası gibi hükümler uygulanmamaktadır.

Dolayısıyla Avrupa Birliği Hukukunda mevcut durum bakımından, bir anlaşmanın 85.madde kapsamında kabul edilmesi için, bunun rekabeti kısıtlayarak ticareti etkilemesinin yanı sıra, bu etkinin hissedilir derecede olması gerekmektedir. “*De minimis*” doktrini, Rekabet Hukukunun ekonomik ve ticari yaşamın gerçeklerine uygun olarak tatbik edilmesinde önemli bir rol üstlendiği gibi, küçük ve orta ölçekli işletmelere yönelik ılımlı bir politikanın yürütülmesi,

Komisyon'un bildirimler neticesinde artan iş yükünün azaltılması, ve bunlardan da önemlisi, duyuru kapsamına giren anlaşmalar bakımından, hukuki belirsizliğin bertaraf edilmesi gibi, faydalı başkaca amaçlara da hizmet etmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ve buna dayanılarak çıkarılan tebliğlerde ise, “*de minimis*” doktrinin benimsendiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, 85.maddedekinin aksine, 4. madde lâfzında, bu doktrine dayanak oluşturabilecek herhangi bir ifadeye de yer verilmemiştir²²⁷. Ancak bu durum, hukukumuz çerçevesinde “*de minimis*” doktrinin benimsenmesine engel olarak görülmemelidir²²⁸. Zira Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, her ne kadar Komisyon yayınladığı duyurular neticesinde bu doktrini rekabet politikası aracı olarak uygulamaktaysa da, bu duyuruların bağlayıcı bir yönü bulunmadığı gibi, her olayda mutlak olarak uygulanmamaktadır²²⁹. Yayımlanan duyurular daha ziyade, hukuki belirsizliğin bertaraf edilmesi amacıyla dayanmakta ve uygulama bakımından teşebbüslere yol gösterici olmaktadır. Bu itibarla, Rekabet Kurumu'nun da benzer bir yöntemi benimsemesinde hukuki bir sakınca olmadığı gibi, bu doktrinin kabulü, uygulama açısından önemli yararlar sağlayacaktır. Nitekim Rekabet Kurumu'nun kararlarına bakıldığında, bu doktrinin benimsenebileceğine ilişkin çeşitli emarelerin bulunduğunu söylemek mümkündür²³⁰.

D) Amacı veya Etkisi

Genel yasaklama koşulunun ifadesine göre, “*amacı, aktüel etkisi veya muhtemel etkisi*” rekabeti olumsuz biçimde etkilemek olan danışıklı ilişkiler, 4. madde bağlamında hukuka aykırı ve yasaktır. Bu ifadenin lâfzından üç aşamalı ve terditli bir anlamın çıktığı söylenebilir²³¹. Buna göre, öncelikle bir anlaşmanın amacının göz önünde tutulması ve bu amacın rekabeti sınırlayıcı olduğunun açıkça anlaşıldığı durumlarda, bu anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri araştırılmaksızın, hukuka aykırılığa karar verilmesi gerekir. Rekabeti sınırlayıcı amacın açıkça anlaşılamadığı hallerde ise, anlaşmanın piyasa ve rekabet üzerinde yaratacağı somut ve aktüel etkiyi dikkate almak ve ancak buna göre yargıya varmak gerekir. Kanun, anlaşmanın etkilerinin değerlendirilmesi hususunda Roma Antlaşması'nın metninden ayrılmış ve sadece aktüel etkinin değil, ileride doğması muhtemel etkinin de dikkate alınması gerektiğini belirterek, potansiyel rekabet olasılığını da açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede danışıklı ilişki, gerek amacı, gerekse aktüel etkisi bakımından piyasadaki rekabeti olumsuz etkilememekle birlikte, ileride böyle bir etkinin gerçekleşmesi muhtemel ise, o vakit Kurul veya mahkeme danışıklı ilişkin 4. madde kapsamına girdiğine ve hukuka aykırı olduğuna karar verebilecektir.

Sadece danışıklı ilişkinin yöneldiği amaçtan yola çıkarak yapılacak değerlendirme, özellikle usul ekonomisi açısından Rekabet Kurumu ve

mahkemelere kolaylıklar sağlayacak olsa da, ilişkinin konusunun veya yöneldiği açık amacın nasıl belirleneceği ve belirlenen amacın, hangi hallerde rekabeti sınırlayıcı özellikler gösterdiğinin tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Danışıklı bir ilişkinin, örneğin bir anlaşmanın konu veya amacının belirlenmesi, doğal olarak öncelikle anlaşmanın yorumlanmasını gerektirir. Bu hususta Borçlar Hukukundaki yorum kurallarının uygulanması²³² ve bu bağlamda, anlaşmanın hükümleri, bunların anlaşmanın bütünü içindeki yeri, akit öncesi ve sonrası tarafların içinde bulunduğu hal ve şartlar²³³ ve anlaşmanın ekonomik açıdan gösterdiği özelliklerin değerlendirilerek sonuca varılması gerekir²³⁴. Sözleşme niteliği taşımayan anlaşmalarda ise, bu tür Borçlar Hukuku ilkeleri, birer kıyas kaynağı teşkil edebilir. Pek tabii ki, amacın tespitinde öncelikle nazara alınması gereken husus, anlaşmadan çıkarılan veya çıkarılması gereken objektif anlamdır. Tarafların sübjektif amaçları, anlaşmadan çıkarılan objektif anlam karşısında ancak ikincil nitelik taşır²³⁵.

Yorum sonucunda belirlenen amacın, rekabeti sınırlayıcı olup olmadığının tespit edilmesinde ise, Amerikan hukukundaki “*per se*” doktrinine benzer olarak, bazı türden ilişkilerin rekabeti sınırlamaktan başka bir amacının bulunmadığının kabul edilmesi, büyük kolaylık sağlar²³⁶. Nitekim hukukumuz açısından, 4. maddenin ikinci fıkrasında örnek olarak sıralanan rekabeti sınırlayıcı hallerden herhangi birinin varlığının belirlenmesi, yatay bir ilişki şeklinde ortaya çıkmış olması kaydıyla, büyük olasılıkla²³⁷, rekabeti sınırlayıcı amacın varlığı bakımından yeterli görülebilir ve ayrıca piyasa üzerindeki etkinin araştırılmasına gerek duyulmayabilir.

Bu münasebetle belirtmek gerekir ki, rekabeti sınırlamaktan başka bir amacı bulunmayan bu neviden danışıklı ilişkiler, yatay düzlemde gerçekleşmeleri kaydıyla, “*kartel anlaşmaları*” olarak nitelendirilmektedir²³⁸. 4. madde yasağının temel hedefi olan bu tür anlaşmaların rekabet açısından yarattığı tehdit, “*hakim durum*” kavramıyla benzer özellikler göstermektedir. Dolayısıyla kartel anlaşmalarının başarılı bir şekilde tatbiki, ancak anlaşmaya taraf teşebbüslerin ekonomik güçlerinin piyasada önemli bir ağırlığa sahip olabilmesine bağlıdır. Fakat hatırlatmak gerekir ki, bu neviden anlaşmaların hukuka aykırı olarak kabul edilebilmeleri için uygulamaya konmaları gerekli olmadığı gibi, rekabeti fiilen sınırlamış veya bozmuş olmaları da şart değildir²³⁹. Doğal olarak sadece amaç ile sınırlı kalınan değerlendirmelerde, özellikle kartel anlaşmaları geniş uygulama alanı bulacaktır.

Danışıklı ilişkinin amacının rekabeti sınırlayıcı olup olmadığına ilişkin açık bir kanaate ulaşılamadığı takdirde ise, bu ilişkinin rekabet düzeni üzerinde doğuracağı etkileri inceleyerek sonuca varmak gerekir. Yatay ilişkilerle kıyaslandığında, dikey ilişkiler bakımından amacın rekabete aykırı olduğunun kabul edilmesi, oldukça güçtür. Bu itibarla, özellikle bu neviden ilişkiler açısından, piyasadaki rekabete olan etkinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Yapılacak değerlendirme ise, somut olayın özelliklerini dikkate alacak şekilde,

ekonomik inceleme ve piyasa analizlerinin yapılmasını gerektirir. Daha önce de belirtildiği üzere, bu değerlendirmelerde tarafların aynı ve komşu piyasalarda faaliyet gösterip göstermediği, ekonomik güçleri, piyasadaki markalar arası ve marka içi rekabet, piyasanın genel yapısı, giriş engelleri, benzer anlaşmaların yaygınlığı gibi faktörler önem taşımaktadır. Şüphesiz yapılacak olan değerlendirmede, danışıklı ilişki ile inceleme neticesinde belirlenen olumsuz etki arasındaki illiyet bağının araştırılması ve tespit edilmesi de zaruridir. Öğretide²⁴⁰ etkisi bakımından rekabeti sınırlayan bu gibi ilişkiler, rekabeti ikinci dereceden sınırlayan anlaşmalar olarak da ifade edilmektedir²⁴¹.

Kanun'un ifadesine göre, bir anlaşmayı 4. madde açısından değerlendirirken, sadece mevcut fiili etkileri değil, muhtemel etkileri de dikkate almak gerekir. Bu bağlamda, değerlendirme esnasında olumsuz etkilenmenin söz konusu olmamasına rağmen, ileride olumsuz etkilerin doğabilme riskinin bulunması, 4. maddenin uygulanması için yeterli olacaktır. Bu geniş kapsamlı yaklaşım, bir taraftan rekabeti sınırlayıcı uygulamalara karşı etkin bir ön denetim yapılmasına imkan verirken²⁴², diğer taraftan, yapılacak değerlendirmenin faraziye ve varsayımlara dayanması ve dolayısıyla hukuki belirlilikten uzaklaşmasına neden olacaktır²⁴³. Dolayısıyla potansiyel rekabete olan etkinin değerlendirilmesinde, ihtiyatlı davranılmalıdır²⁴⁴.

Avrupa Birliği Hukukunda da, genel yasaklama koşulu içerisinde yer alan “*amacı veya etkisi*” ifadeleri terditli olarak yorumlanmakta²⁴⁵ ve bu bağlamda, öncelikle anlaşmanın amacının rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı araştırılmakta ve rekabeti sınırlayıcı açık bir amacın bulunmadığı hallerde, anlaşmanın piyasa üzerinde yaratacağı “*etki*”ye göre değerlendirme yapılmaktadır²⁴⁶. Amacın belirlenmesinde ise, anlaşmadan çıkan anlam esas alınmakta ve tarafların saikleri, objektif amaç karşısında dikkate alınmamaktadır²⁴⁷. Fakat özellikle Komisyon tarafından geliştirilen ve “*per se*” doktrinin izlerini taşıyan bu yaklaşım tarzının, Avrupa Birliği Hukukunda tamamen benimsendiğini ve her durumda uygulandığını söylemek güçtür²⁴⁸. Zira kararların bir kısmında “*amaç*” ve “*etki*” açısından kesin bir ayırma yer verilmediği gibi²⁴⁹, Adalet Divanı, verdiği bazı kararlarında²⁵⁰, bu yaklaşımı açıkça reddetmektedir²⁵¹. Ayrıca 85.maddenin uygulanması için, üye devletler arasındaki ticaretin etkilendiği ve bu etkinin hissedilebilir düzeyde olduğunun kanıtlanması mecburiyeti, değerlendirmenin sadece “*amaç*” ile sınırlı olmasını güçleştirmektedir.

Amacın açıkça rekabeti sınırlayıcı olmadığı hallerde ise, danışıklı ilişkinin rekabet üzerindeki etkileri incelenmekte ve ekonomik analizler çerçevesinde karar verilmektedir. Komisyon somut olayda rekabetin etkilenip etkilenmediğinde, sınırlayıcı anlaşmanın bulunmadığı bir varsayımda, ortaya çıkması muhtemel rekabet koşullarını ölçüt almaktadır²⁵². Ayrıca Roma Antlaşması'nda açık bir ifade bulunmamasına rağmen, sadece aktüel etki değil,

muhtemel etki dikkate alınmakta ve böylelikle potansiyel rekabetin korunması sağlanmaktadır²⁵³.

E) Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylem Örnekleri

1- Genel Bakış

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında, Roma Antlaşması'na benzer bir şekilde²⁵⁴, genel yasaklama koşulu kapsamı içerisinde görülebilecek bazı rekabeti sınırlayıcı uygulamalar, altı bent halinde tüketici olmayacak bir şekilde sıralanmıştır. Somut olayda, bu uygulamalardan herhangi birinin tespit edilmesi²⁵⁵, kesin olmamakla birlikte²⁵⁶, büyük olasılıkla, 4. madde yasağının uygulanması için yeterli olacaktır. Kanun'da öngörülen bu haller, esasen, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların biçim veya görünümüne değil; özüne veya amacına ilişkindir. Rekabeti sınırlayıcı uygulamaların, farklı görünümde; fakat aynı amaçlar etrafında gerçekleşmesi ise, somut olayda bu hallerin birbirlerinden ayrılmasını güçleştirecektir²⁵⁷. Bu nedenle, maddede örnek olarak belirtilen durumların, çoğu zaman bir arada bulunabileceklerini göz önünde tutmak gerekir. Nitekim özellikle kartel ve kartel benzeri ilişkilerde, olayların özellikleri genellikle karma nitelik göstermektedir.

Rekabet Hukuku uygulamasında sıkça görülen ve rekabet sınırlamalarının klasik örneklerini teşkil ettiğini söyleyebileceğimiz bu durumların kısaca açıklanması, kanımızca genel yasaklama koşulunun muğlak ve belirsiz ifadesinin açıklığa kavuşturulması ve somutlaşmasında yarar sağlayacaktır. Belirtmek gerekir ki, 4 ve 6. maddeler arasındaki tamamlayıcılık ilişkisine bağlı olarak, taraf teşebbüslerden birinin piyasada hakim teşebbüs konumunda olması, 4. maddenin yanı sıra, aynı zamanda 6. maddenin de uygulanmasını yol açabilir²⁵⁸. Dolayısıyla örnek kötüye kullanma halleri bahsinde yapılan açıklamalar da, örnek sınırlayıcı durumların kapsamı hususunda yol gösterici olması bakımından dikkate alınmalıdır.²⁵⁹

2- Fiyat ve Diğer Alım Satım Şartlarının Tespiti

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da sayılan sınırlayıcı uygulama örneklerinden ilki, teşebbüslerin bir araya gelerek, "*mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatlarının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile, her türlü alım yahut satım şartlarını tespit etmesidir.*" Rekabet Hukuku açısından, fiyat tespiti ya da fiyat karteli anlaşmalarının²⁶⁰, rekabet düzenine olan zararlı etkileri hususunda en ufak bir tartışma yoktur. Bu tür anlaşmalar, sınırlayıcı ilişkilerin en klasik ve aynı zamanda en zararlı türü olarak kabul edilmektedir. Buna

karşılık Kanun'daki ilgili hüküm, sadece doğrudan fiyat tespitini değil, fiyata dolaylı olarak yansıyan maliyet, kar gibi unsurları ve hatta işlem şartlarını da içermektedir. Dolayısıyla hüküm, sadece fiyat tespiti anlaşmalarına yönelik değildir. Ayrıca söz konusu hüküm, rekabet üzerindeki etkileri birbirinden oldukça farklı olan, yatay ve dikey anlaşmalar hususunda bir ayırım gözetmemiştir. Böyle bir ayırım gözetilmediğine göre, gerek yatay anlaşmalar (fiyat ve şart kartelleri), gerekse dikey anlaşmalar yoluyla fiyat ve alım-satım şartlarının tespit edilmesi, bu bent kapsamında görülmektedir.

Yatay ilişkiler açısından değerlendirdiğimizde, üçüncü kişilerle olan münasebetlere yönelik olarak fiyat veya başkaca alım-satım şartlarının²⁶¹ rakip teşebbüsler tarafından müştereken tespit edilmesi veya bu konuda ortak davranışlar sergilenmesinin²⁶², rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurduğunda hiçbir şüphe yoktur. Zira piyasa ekonomisinin en temel kuralı, fiyatın herhangi bir müdahale olmaksızın, piyasa koşullarına göre serbestçe oluşmasıdır. İşte rekabetin en önemli görünümü olan fiyatın, piyasa süjelerinin serbest ve özgür iradeleri yerine rakiplerin ortak iradeleri doğrultusunda oluşması, rekabeti “*per se*” kısıtlayıcıdır ve bu nedenle her türlü hukuk sisteminde, bu neviden kartel ilişkileri ağır yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Yine kartel anlaşmalarının genel bir özelliği olarak, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için, fiyat tespitine ilişkin anlaşmanın uygulanması gerekmediği gibi, anlaşmayla tespit edilen fiyatın makul olup olmadığı da dikkate alınmamaktadır²⁶³. Öte yandan, 4. maddenin uygulanan bir bir kartel anlaşmasına tatbik edilebilmesi için, söz konusu kartelin amacına ulaşmış olması veya daha doğru bir ifadeyle, başarılı olması gerekmez. Bilindiği üzere, diğer tüm kartel anlaşmalarında olduğu gibi, fiyat kartelinin de başarıya ulaşması için, karteğe taraf olan teşebbüslerin ilgili piyasada önemli bir güce sahip olması ve ilgili piyasada alternatif olabilecek aktüel veya potansiyel önemli bir rakibin bulunmaması gerekir. Oysa bu koşulları taşımayan bir kartel anlaşması da, hiç kuşku yok ki, 4. madde kapsamına girecektir.

Kanun'un ilgili bendi, sadece satış fiyatının değil, alış fiyatının da tespitine yönelik anlaşmaları aynı çerçevede düzenlemiştir²⁶⁴. Ayrıca fiyatın dışında kalmakla birlikte, fiyatı dolaylı olarak etkileyebilecek olan, ödeme koşulları, kredi, vade, indirim, faiz, satış sonrası hizmetler ve teslim şartları gibi hususlar, başkaca alım satım şartlarının tespit edilmesi şeklinde bende yansıtılmış ve fiyat tespitiyle aynı sonuca tabi kılınmıştır²⁶⁵. Rekabetin diğer görünümleri olarak ifade edebileceğimiz bu unsurların, doğrudan fiyat tespiti düzeyinde olmamakla birlikte, rekabet üzerinde benzer bir etki göstereceği muhakkaktır. Bu itibarla, bunlara karşı yatay ilişkiler çerçevesinde farklı bir yaklaşımın sergilenmesi söz konusu değildir.

Avrupa Birliği Hukukunda, bu bende karşılık teşkil eden “*a*” bendi ise, “*doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarının ya da başkaca ticari koşulların belirlenmesinin hukuka aykırı*” olduğunu hükme bağlamaktadır. Yatay olarak fiyat ve diğer ticari koşulların belirlenmesi, üye ülkeler arasındaki

ticarete etkide bulunması ve bu etkinin hissedilir derecede olması kaydıyla, niteliği gereği hukuka aykırı olarak kabul edilmekte²⁶⁶ ve bu neviden uygulamalara oldukça ağır para cezaları tatbik edilmektedir²⁶⁷. Ayrıca fiyat tespiti anlaşmalarının, Roma Antlaşması'nın 85/3. maddesine göre muafiyet alma imkanı da hemen hemen imkansızdır²⁶⁸. Fiyat tespitinin çok farklı şekillerde tezahür etmesine bağlı olarak, bentte yer alan “*fiyat*” terimi oldukça geniş yorumlanmakta ve hukukumuzdaki düzenlemeye benzer bir şekilde, ortak muhasebe teknikleri²⁶⁹, oran²⁷⁰, kar²⁷¹, rabat²⁷² ve indirim²⁷³ gibi konularda yapılan anlaşmalar, bu kapsam içerisinde kabul edilmektedir²⁷⁴. Ayrıca, fiyatı doğrudan tespit etmemekle birlikte, etkide bulunmayı amaçlayan, tavsiye²⁷⁵, hedef²⁷⁶, taban ve tavan fiyat uygulamaları²⁷⁷, kar denkleştirme anlaşmaları²⁷⁸, danışıklı teklifler²⁷⁹ ve hatta uygulamada çok önemli bir yer tutan bilgi değişimi anlaşmaları²⁸⁰ gibi danışıklı ilişkiler, fiyatın dolaylı olarak tespit edilmesine örnek olarak gösterilmekte ve 85/1.madde yasağı kapsamında değerlendirilmektedir²⁸¹.

Dikey ilişkiler açısından baktığımızda ise; durum farklılaşmaktadır. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere²⁸², dikey ilişkiye taraf olan teşebbüsler arasında doğrudan bir rekabet ilişkisi bulunmadığı gibi, kartel anlaşmalarından farklı olarak, bu ilişkilerde tarafların menfaatleri ve beklentileri ortak değil, karşılıklıdır. Bir başka deyişle, kartel anlaşmalarında tarafların amacı rekabeti kısıtlamak suretiyle piyasayı birlikte kontrol etmek iken; dikey anlaşmalarda bu amaç, somut olayın özelliklerine göre değişkenlik göstermektedir. Ayrıca ticari yaşam içerisinde dikey anlaşmalar, çok farklı şekillerde ve amaçlarla ortaya çıkarlar. Bu durum, dikey anlaşmalara karşı yeknesak bir tutumun sergilenmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Bunun dışında ekonomik açıdan dikey ilişkiler, dağıtım ve pazarlamayı rasyonelleştirmek, yeni piyasalara girişleri kolaylaştırmak, markalar arası rekabeti artırmak ve teknolojiyi üretime ve kullanıma açmak gibi, çok çeşitli faydalar sağlamaktadır. Bu faydaları karşısında, genel yasaklama koşulunda olduğu gibi, “*a*” bendindeki düzenleme açısından da, dikey ilişkileri farklı değerlendirme zarureti bulunmaktadır²⁸³.

Rekabet Hukuku uygulamalarına baktığımızda ise, gerek Amerikan hukuku²⁸⁴, gerekse Avrupa Birliği Hukukunda²⁸⁵, dikey fiyat tespiti anlaşmaları²⁸⁶, aynen yatay anlaşmalarda olduğu gibi, niteliği gereği hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, fiyat geniş yorumlanmakta ve fiyatı oluşturan unsurların tespit edilmesi veya fiilen uygulanan fiyat tavsiyeleri²⁸⁷ de, hukuka aykırı olarak kabul edilebilmektedir²⁸⁸.

Fiyat dışında kalan, alım satım koşullarının tespitine ilişkin dikey anlaşmalar için ise, farklı bir tutum sergilemek gerekir. Her şeyden önce, anlam bakımından oldukça muğlak olan söz konusu ifade, çok geniş bir alanı içermekte ve lâfzına bağlı kalınarak yorumlandığında, fiyat dışında kalan ticari şartları da kapsamaktadır. Oysa fiyat dışında kalan dikey sınırlamaların, temel olarak 4. maddede öngörülen “*b*”, “*e*” ve “*f*” bentlerinde düzenlendiği düşünülecek

olursa²⁸⁹, bu yaklaşımı maddenin bütünü ile bağdaştırmak mümkün olmaz. Özellikle “*f*” bendinin son cümlesinde yer alan, “*arz edilen bir malın, tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi*” ifadesi dikkate alındığında, fiyat dışında kalan bütün dikey sınırlamaların aslında “*f*” bendi kapsamına girdiği kabul edilebilir. Dolayısıyla dikey anlaşmalara ilişkin olarak, her türlü alım veya satım şartlarının tespit edilmesi durumunu, bu bent kapsamında değerlendirmek kanımızca daha uygun bir yaklaşım olacaktır²⁹⁰.

3- Piyasaların Paylaşılması²⁹¹

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen diğer bir sınırlayıcı uygulama durumu, “*mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrol edilmesi*”dir. Piyasa veya pazar paylaşmaya yönelik anlaşmalar, rekabete olan etkileri bakımından, “*a*” bendinde ifade edilen fiyat tespiti anlaşmalarından önemli bir farklılık arz etmez. Özellikle yatay anlaşmalar yoluyla piyasaların paylaşılması, rakip teşebbüsler arasındaki rekabetin ortadan kalkması, teşebbüslerin belirlenen pazarlar bakımından tekel benzeri bir konuma gelmesi ve alıcı veya tüketicilerin ticaret ve seçim özgürlüğünün sınırlanması gibi, son derece zararlı etkiler doğurmaktadır. Üstelik piyasa paylaşmaya yönelik anlaşmaların rekabet makamları tarafından tespit edilmelerindeki zorluk ve bu anlaşmaların ihlal edilmesi halinde, bu ihlalin taraf teşebbüslerce fark edilebilirliğindeki kolaylık nedeniyle²⁹², fiyat kartelleriyle kıyaslandığında rekabetin sınırlanmasında daha elverişli ve etkin bir vasıta olarak karşımıza çıkmaktadır²⁹³. Bu özellikleri itibarıyla, uygulamada piyasa paylaşma kartellerine oldukça sık rastlanmaktadır.

Açıkça görülebileceği üzere, Kanun’da sadece mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi değil, piyasa kaynakları veya unsurlarının paylaşılması da, aynı hükümde düzenlenmektedir. Açık olmamakla birlikte, “*piyasa unsurları*” ifadesiyle kastedilmek istenen, piyasanın farklı boyut veya görünümleri olmalıdır²⁹⁴. Bu bağlamda, örneğin mal piyasalarının²⁹⁵ ya da malın kullanıcılarının²⁹⁶ veya uygulamada sıkça rastlanılan bir şekilde, coğrafi piyasaların teşebbüsler arasında paylaşılması, piyasa unsurlarının paylaşılması olarak nitelendirilebilir. Esasen piyasa kavramı, içeriği itibarıyla piyasa unsurlarını da kapsamaktadır²⁹⁷, dolayısıyla aynı bent içerisinde ayrıca piyasa unsurlarının zikredilmesinin çok gerekli olduğu söylenemez.

Piyasa unsurlarının yanı sıra zikredilen *piyasa kaynakları* ise, Roma Antlaşması’nın paralel hükmünde olduğu gibi, “*arz veya tedarik kaynakları*” olarak yorumlanmalıdır²⁹⁸. Tedarik kaynaklarının paylaşılması ise, teşebbüslerin belirli bir piyasadaki ticaretin akışını kontrol etmek amacıyla, malın elde edilebileceği kanalları ellerinde tutmak üzere anlaşmaları halinde söz konusu olur. Örneğin, teşebbüslerin bir araya gelerek hammadde girişini kontrol

etmeleri veya ilgili malın üretim/dağıtım/satış faaliyetinin belirli teşebbüsler eliyle yürütülmesi hususunda mutabakata varmaları, bu amaca yönelik uygulamaların başında gelir. Ayrıca bu tür uygulamalar, sadece piyasanın arz tarafındaki teşebbüsler tarafından değil, alım fiyatının tespit edilmesinde olduğu gibi, talep tarafındaki (talepte bulunan) teşebbüsler tarafından da gerçekleştirilebilir. Örneğin, yukarıda ifade edildiği gibi, hammadde girişinin belirli teşebbüsler tarafından kontrolünü sağlamak üzere, ortak alım anlaşmaları yapılması halinde, piyasanın paylaşılması arza değil, talebe ilişkin olmaktadır²⁹⁹. Bu neviden uygulamaların tümü, gerek tarafların, gerekse üçüncü kişilerin ticaret yapma özgürlüklerini sınırlamakta ve piyasada dışlayıcı bir etki yaratarak rekabetin bozulmasına yol açmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un genel sistemine uygun olarak, yatay ve dikey piyasa paylaşma anlaşmaları arasında bir ayırım gözetilmemiştir. Bununla birlikte, rakipler arasındaki piyasa paylaşma anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin, dikey anlaşmalara kıyasla daha ağır olduğunda hiçbir kuşku yoktur. Dikey anlaşmalar yoluyla piyasaların paylaşılması ise, Rekabet Hukukunun en tartışmalı konularından biridir. Zira bu neviden anlaşmalardaki piyasa paylaşmaya ilişkin kayıtlar, bir taraftan rekabeti sınırlayıcı etkiler doğururken, diğer taraftan da, taraflar ve ekonomik düzen açısından çeşitli yararlar sağlamakta ve bu durum, hangi yararın daha üstün tutulacağı meselesini beraberinde getirmektedir. Örneğin, coğrafi piyasa paylaşımına yönelen dikey ilişkiler, alıcının anlaşma ile üstlenmiş olduğu riskin asgariye indirilmesini sağlayarak taraf menfaatlerini dengelemekte ve daha da önemlisi, dağıtım ve sürümü rasyonel hale getirerek ekonomik fayda sağlamaktadır. Fakat bu neviden kayıtlar, aynı zamanda alıcının ticaret özgürlüğünü sınırlamakta ve belirlenen coğrafya içinde marka içi rekabeti ortadan kaldırılabilmektedir.

Uygulamada dikey anlaşmalardaki piyasa paylaşımına ilişkin kayıtlar ise, genellikle alıcılara sağlanan bölgesel (tekel-münhasır) koruma şeklinde tezahür etmektedir. Bölgesel koruma ise, sağlanan himayenin kapsamına göre, nispi veya mutlak nitelik gösterebilir. Nispi bölgesel korumada, satıcının alıcıya belirli bir coğrafi piyasayı tahsis etmesi ve kendisinin bu piyasaya girmeyeceğini, aralarındaki sözleşmeyle taahhüt etmesi söz konusudur. Mutlak bölgesel korumada ise satıcı, sadece nispi bir koruma sağlamayı taahhüt etmekle kalmamakta, bunun yanı sıra, üçüncü kişi alıcılarla yaptığı aynı tipteki sözleşmelere benzer kayıtlar dercederek, oluşturduğu dağıtım ve sürüm sistemindeki alıcıların birbirlerinin bölgelerine girmelerine engel olmaktadır³⁰⁰.

Şüphesiz bu ikinci durumda sağlanan bölgesel koruma, alıcı teşebbüslerin söz konusu marka bakımından tekel benzeri bir konuma gelmesine imkan vermekte ve bu durum, rekabet açısından daha büyük tehlike teşkil etmektedir. Özellikle ilgili piyasada markalar arası rekabetin bulunmadığı bir piyasada, sözleşmelerde yer alan mutlak bölgesel koruma kayıtları, dağıtıcı veya

alıcılar arasında dolaylı bir kartel ilişkisine benzer sonuçlar doğurabilmektedir. Bu itibarla, nispi bölgesel koruma sağlayan anlaşmaların genellikle 4. madde kapsamı dışında kaldığı söylenebilir de, aynı yorumu, mutlak koruma sağlayan kayıtlar, için yapmak mümkün değildir. Bu tip kayıtların 4. madde yasağı kapsamında değerlendirilmesi daha yüksek bir olasılık olarak gözükmektedir³⁰¹.

Fakat belirtmek gerekir ki, mutlak koruma sağlayan tekel kayıtlarının 4. madde bakımından değerlendirilmesinde sadece anlaşmanın amacından hareket etmek yerine, rekabet üzerindeki etkilerini dikkate almak ve “*rule of reason*” yaklaşımını benimsemek daha uygun gözükmektedir. Piyasadaki marka içi rekabet ve markalar arası rekabetin durumu, piyasanın konsantrasyonu, benzer sözleşmelerin yaygınlığı, piyasaya giriş engelleri, alternatif temin kaynakları, tarafların ekonomik güçleri ve anlaşmanın bütünü gibi başkaca faktörlerin dikkate alınması, anlaşmanın hukuka uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmede belirleyici olacaktır. Hukukumuz açısından bu değerlendirme, doğal olarak, özellikle ilgili kaydın dikey anlaşmalara ilişkin olarak yayınlanan grup muafiyeti tebliğleri dışında kalması halinde önem kazanacaktır³⁰². Zira kendiliğinden grup muafiyeti içerisinde kalan sınırlayıcı kayıtlar için, 4. madde içerisinde değerlendirme yapmaya gerek kalmaz.

Avrupa Birliği Hukukunda bu bende karşılık teşkil eden 85.maddenin “c” bendinde daha farklı bir ifade kullanılmış ve “*pazarın veya tedarik kaynaklarının paylaşılması*” hali, örnek sınırlayıcı uygulama olarak hükme bağlanmıştır³⁰³. Söz konusu hükmün etkin bir şekilde uygulanabilmesi, özellikle Roma Antlaşması’nda öngörülen pazar entegrasyonu hedefi nedeniyle özel bir önem taşımaktadır³⁰⁴. Komisyon, müşteri³⁰⁵, kullanım, mal³⁰⁶ ve de özellikle coğrafi piyasaların³⁰⁷ paylaşımını öngören veya bu etkiyi doğuran³⁰⁸ yatay anlaşmaları, bent kapsamında değerlendirmekte ve bunları niteliği gereği hukuka aykırı olarak kabul etmektedir³⁰⁹. Ayrıca temin kaynaklarının paylaşılmasına ilişkin anlaşmalar da, arz edenin (satıcının) ticaret özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle 85/1.madde yasağına tabi tutulmaktadır³¹⁰.

Dikey anlaşmalar bakımından ise, Ortak Pazar’ın bütünleşmesi kaygısına bağlı olarak, özellikle coğrafi piyasa paylaşmaya yönelik anlaşmalara karşı oldukça hassas bir yaklaşım sergilenmektedir³¹¹. Bu neviden anlaşmalar, özellikle paralel ticaretin kısıtlanması ve ulusal piyasaların birbirlerinden soyutlanması sonucunun ortaya çıkması halinde, 85/1.madde yasağı içerisinde kabul edilmekte³¹² ve “*per se*” doktrinine benzer bir yaklaşım içerisinde değerlendirilmektedir³¹³. Bununla birlikte, Komisyon’un dikey anlaşmalara ilişkin bu katı yaklaşımının, yayınlanan grup muafiyeti tüzükleri vasıtasıyla kısmen yumuşatıldığını söylemek mümkündür. Rekabet Kurumu’nun yayınlamış olduğu tebliğler çerçevesinde de benimsenen bu muafiyet rejimine göre, sadece nispi bölgesel koruma değil, mutlak bölgesel koruma sağlayan dikey anlaşmalar da muafiyetten kısmen yararlandırılmakta, bununla birlikte “*pasif satış kayıtlarına*” ilişkin sınırlayıcı kayıtlar muafiyet dışı kalmaktadır³¹⁴. Grup ve

bireysel muafiyet dışında kalan mutlak bölgesel koruma kayıtları ise, ancak küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması prensibi veya Adalet Divanı'nın geliştirmiş olduğu, “*tali sınırlamalar doktrini*” çerçevesinde, 85/1.madde kapsamı dışında tutulabilmektedir³¹⁵.

4- Arz ve Talebin Kontrol Edilmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen üçüncü sınırlayıcı hal, münhasıran yatay ilişkilere yönelik olarak kaleme alınan³¹⁶; “*mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi*”dir. Esasen Kanun'un “*a*”, “*b*” ve “*d*” bentlerinden bağımsız olarak düşünülemez bu örnek sınırlayıcı durum³¹⁷, fiyat ve fiyata ilişkin unsurların, piyasanın doğal işleyişi çerçevesinde serbestçe oluşmasını sağlamak amacıyla yönelmektedir. İktisat bilimi kuralları, piyasa ekonomilerinde fiyatın, arz ve talep kurallarına göre serbestçe oluştuğunu veya oluşması gerektiğini öngörmektedir³¹⁸. Dolayısıyla bu unsurlara yapılacak suni bir müdahale, aynı zamanda fiyata ve serbest rekabetin işleyişine bir müdahale anlamına gelir. Bu çerçevede arz ve talebin, yani dolaylı olarak fiyatın, teşebbüslerin müdahalesine maruz kalmaz³¹⁹, piyasadaki serbest rekabetin açık bir şekilde ihlali anlamına gelir. Şüphesiz kartel anlaşmalarının genelinde olduğu gibi, gerek arz, gerekse talebin fiyata etkide bulunabilmesi, ancak tarafların piyasaya hakim olmaları halinde mümkündür. Nitekim Kanun'da yer alan, “*arz ve talebin kontrolü*” ifadesini bu şekilde yorumlayarak, bu koşulun dolaylı da olsa ifade edildiği söylenebilir.

Rakip teşebbüslerin bir araya gelerek piyasaya arz edecekleri mal miktarı üzerinde anlaşmaya varmalarının, rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuracağı hususunda hiçbir şüphe yoktur. Rakip teşebbüsler, gerek arzı arttırarak, gerekse kısarak, piyasadaki fiyatın kendi istekleri doğrultusunda oluşmasını sağlayabilirler. Örneğin arzın kısılması, fiyatların yükselerek teşebbüslerin haksız kazanca elde etmesine imkan sağlarken³²⁰, arzın arttırılması, fiyatın düşürülerek, rakiplerin dışlanmasına yol açar. Belirtmek gerekir ki, teşebbüslerin arzı kısarak fiyatı yükseltebilmeleri, ancak yüksek giriş engellerinin bulunması halinde mümkün olabilir³²¹.

Alım fiyatlarının tespit edilmesi ile talep piyasalarının paylaşılmasının düzenlendiği “*a*” ve “*b*” bentlerinde olduğu gibi, talep miktarının da kontrol edilmesi mümkündür³²². Buna karşılık, piyasadaki talebin kontrol edilmesi, arzın kontrolüne kıyasla daha sınırlı uygulama alanı bulur. Her şeyden önce talebin sınırlanması, son tüketim aşamasında ve nihai olarak değil, ancak ara tüketim malları veya aşamaları için söz konusu olabilir. Zira henüz nihai tüketicileri bir araya getirerek, ortak davranmalarını sağlayabilecek bir örgütlenme modeli oluşturulamamıştır. Buna karşılık, nihai tüketime hitap etmeyen veya giriş engellerinin yüksek olduğu ekonomik aşamalardan geçmesi zorunlu bazı mallar

için, talep kontrol edilebilir. Talep miktarının kontrol edilmesi için, ilgili malın hitap ettiği piyasanın sınırlı olmasının yanı sıra, talep kısmındaki teşebbüslerin pazarlık güçlerinin yüksek olması, örneğin stoka sahip olması veya gerektiğinde ilgili malı başka piyasalardan temin edebilecek konumda bulunması gerekir.

Roma Antlaşması'nda ise, bu düzenlemenin paraleli olduğunu söyleyebileceğimiz hüküm daha farklı bir şekilde kaleme alınmış ve sadece arzın değil, “*üretimin, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımın kontrolü veya sınırlandırmasının hukuka aykırı ve yasadır*” olduğu hükme bağlanmıştır. Hükümde yer alan üretim ve yatırımın kontrol edilmesi ifadeleri, esasen arzın kontrol edilmesinden farklı bir anlam taşımaz. Zira üretimin kontrolü veya sınırlandırılması, mevcut olan arzın; yatırımların sınırlandırılması ise, potansiyel arzın sınırlandırılması anlamına gelir. Buna karşılık “*teknolojik ilerlemenin sınırlandırılması veya kontrolü*”, söz konusu hükmün alanını genişletmekte ve hükme farklı bir anlam kazandırmaktadır. Zira teknolojik ilerleme arzın doğrudan bir unsur olmadığı gibi, hüküm bu haliyle, 86. maddenin “*b*” bendine benzer olarak³²³, ekonomik ilerlemeyi engelleyen uygulamaların yatırım altına alınmasını amaçlayan bir düzenleme izlenimi vermektedir. Bunların dışında, hükümde yer alan “*pazarların sınırlandırılması veya kontrolü*” ifadesi, 85/1. maddenin “*c*” bendinde yer alan piyasa paylaşmaya ilişkin düzenlemeden daha farklı bir anlam içermemektedir. Dolayısıyla Avrupa Birliği Hukuku doktrininde piyasa paylaşma anlaşmaları, her iki bent kapsamında da değerlendirilebilmektedir³²⁴.

Avrupa Birliği Hukukunda üretim ve pazarların kontrolü veya sınırlandırılması, özellikle “*kota anlaşmaları*”³²⁵ adı verilen uygulama biçiminde ortaya çıkmaktadır³²⁶. Tek başına tatbik edilmesinin zorluğu karşısında³²⁷, genellikle bu türden anlaşmalar, bilgi değişimi³²⁸, izleme³²⁹, telafi³³⁰ ve de özellikle piyasa paylaşma³³¹ gibi, tamamlayıcı başkaca anlaşma veya uygulamalar ile bir arada yürürlüğe konmaktadır³³². Ayrıca üretim ve pazarların sınırlandırılmasına yönelik anlaşmalar, aynı zamanda Ortak Pazar'ın ulusal sınırlar boyunca paylaşılması sonucunu doğurabilmekte³³³, bu sonuç da, bu tür anlaşmaların niteliği gereği hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.

Söz konusu bent hakkında değinilmesi gereken bir başka nokta ise, esasen ekonomik ve ticari açıdan haklı görülebilir nitelikteki bir anlaşmanın, tali etkileri itibarıyla üretimin, teknik gelişmenin veya yatırımın sınırlandırılması sonucunu doğurması durumunda, bunun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir³³⁴. Günümüzdeki ticari ilişkilerin karmaşık özellikleri karşısında, temelde meşru bir amaca dayanan ilişkilerin, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurması yüksek bir olasılıktır. Özellikle ortak girişimler şeklinde ortaya çıkan yatay anlaşmalar açısından söz konusu olan bu durum, Komisyon tarafından da dikkate alınmış ve bu hususta Komisyon grup³³⁵ ve bireysel muafiyet hükümleri çerçevesinde esnek bir yaklaşım benimsemiştir. Avrupa Birliği Hukukunda, genel özellikleri itibarıyla uzmanlaşma anlaşmaları³³⁶,

üretimle yönelik ortak girişimler ve kriz kartelleri³³⁷ kapsamında görülebilecek nitelikteki anlaşmalar, 85/3. maddedeki muafiyet hükmü çerçevesinde değerlendirilebilmekte ve bu anlaşmaların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz yönlerinin amaca uygun bir şekilde dengelenmesi amaçlanmaktadır.

5- Dışlayıcı Uygulamalar

Roma Antlaşması'nda yer verilmemle birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, gerek 4. ve gerekse 6. maddesi kapsamında düzenlenen bir başka örnek sınırlayıcı durum, kısaca "*dışlayıcı uygulamalar*"³³⁸ başlığı altında ifade edebileceğimiz "*rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi*" şeklindeki düzenlemedir. Öncelikle, örnek sınırlayıcı davranışlar bahsinde, bu tarz bir hükme yer verilmesinin yerinde bir tercih olduğunu ifade etmek gerekir. Zira uygulamadaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ve de özellikle kartel ilişkilerinin pek çoğu, gerek asıl amaçları ve gerekse tali amaçları bakımından, dışlayıcı özellikler taşımaktadırlar. Hatta, özellikle kartel ilişkilerinin başarıya ulaşmasının, aynı zamanda bunların dışlayıcı özellikler göstermesine bağlı bir olduğu dahi söylenebilir³³⁹.

Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin, oldukça geniş bir şekilde kaleme alındığını³⁴⁰ ve amacını bir ölçüde aştığını söylemek mümkündür. Hüküm yakından incelendiğinde, birbiriyle bağlantılı olan üç farklı durumun düzenlendiği gözükmektedir. Bunlardan ilki, "*rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve kısıtlanması*", diğeri, "*teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılmasına yönelik faaliyetler*" ve sonuncusu da, "*potansiyel rekabetin engellenmesidir*". Kanımızca hükümde, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve kısıtlanması şeklindeki ifadeye ayrıca yer verilmesi, iki açıdan yerinde olmamıştır. Bunlardan ilki, söz konusu ifadenin oldukça geniş ve belirsiz bir anlam taşıması, diğeri ise, hükümde bu tip bir ifadeye yer verilmesine gerek olmamasıdır.

Teşebbüslerin birbirlerinin faaliyetlerini zorlaştırması veya kısıtlaması, esasen teşebbüsler arasındaki rekabetin bizzat kendisidir ve bu ifade lafzına bağlı kalınarak yorumlandığı takdirde, rekabetin doğal sonucu olabilecek çeşitli eylem ve davranışların, hükmün kapsamına girmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır³⁴¹. Dolayısıyla söz konusu ifadenin anlamını, bunu takip eden durumlar çerçevesinde sınırlayarak daraltıcı bir yorum yapmak bir zaruret olarak gözükmektedir³⁴². Bunun dışında, her ne şekilde yorumlanırsa yorumlansın, bu ifade aslında, hükümde yer alan rakip veya rakip olmayan teşebbüslerin piyasa dışına çıkartılması ve potansiyel rekabetin ortadan kaldırılması durumlarını da kapsamaktadır. Bu itibarla hükümde bu hallerin birbirlerinin alternatifleriymiş gibi düzenlenmesi, en azından dil bilgisi açısından yerinde olmamıştır.

Genel olarak düşünülduğünde, dışlayıcı uygulamalar başlığı altında mütalaa edilebilecek pek çok uygulamanın bulunabileceğini ve dolayısıyla söz konusu hükmün, çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemek mümkündür³⁴³. Piyasadaki aktüel veya potansiyel rakiplere ve hatta rakip olmayanlara yönelik her türlü dışlayıcı tedbir, dikey veya yatay olduğuna bakılmaksızın, teorik olarak bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Buna karşılık, kanımızca, söz konusu hükmün bu kadar geniş yorumlanması, özellikle dikey ilişkilerin de aynı çerçevede değerlendirileceği düşünülürse, Rekabet Hukukunun amacı ve ticari yaşamın gerçekleriyle bağdaşmaz. Bu itibarla daraltıcı bir yorumda bulunmak suretiyle, dışlayıcı uygulamaların kapsamını, ancak teşebbüslerin rekabet edebilme hakkını tamamen ortadan kaldırmaya yönelik veya bu etkiyi doğuran; bir başka deyişle, dışlayıcı etkileri bariz ve ağır olan kolektif davranışlarla (danışıklı ilişkilerle) sınırlamak, daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Aksi takdirde, Rekabet Hukuku ile ilişkisi olmayan uygulamaların hükmün kapsamına girmesi veya yukarıda ifade edildiği gibi, aslında rekabetin kendisini ifade eden faaliyetlerin yasaklanması tehlikesi ortaya çıkacaktır³⁴⁴. Yaptığımız bu yorum çerçevesinde, dışlayıcı uygulamaların aynı zamanda ahlaka aykırı bir davranış ile başkasına kasden zarar verme (BK.md.41/2) ve/veya dürüstlük kuralına aykırılık (MK.md.2) teşkil etmesi de mümkündür³⁴⁵. Fakat Rekabet Hukukuna aykırılık teşkil eden dışlayıcı uygulamaların, münhasıran ahlaka veya dürüstlük kurallarına aykırılık kavramlarına hasredilmesi ve bunlarla sınırlanması mümkün değildir.

Önerdiğimiz bu daraltıcı yoruma rağmen, dışlayıcı uygulamaların nelerden ibaret olduğunun tek tek sayılması veya kategorik bir sınıflamaya gidilmesi, bunların çok farklı şekillerde ortaya çıkması ve etkilerinin olaydan olaya değişkenlik göstermesi nedeniyle, mümkün gözükmemektedir. Bu itibarla, hangi hallerin dışlayıcı uygulama olarak nitelendirileceğini, somut olayın özellikleri içerisinde değerlendirmek gerekir. Bununla birlikte, yukarıda verdiğimiz kritere dayanarak çeşitli anlaşma ve ilişkilerin nitelikleri itibarıyla dışlayıcı etkiler taşıdığı faraziyesini kabul etmek imkanı vardır. Bir uygulamanın dışlayıcı sayılabilmesi için, rakiplerin ticaret yapabilme veya rekabet edebilme imkanının ellerinden alınması gerektiğine göre; bu etkiyi doğurması pek muhtemel olan, rakiplerin mal satabileceği veya mal sağlayabileceği kanalların kapatılması ya da ticari faaliyetin yapılması için zorunlu bir takım hizmetleri sağlamaktan imtina edilmesi gibi hallerde, “d” bendi anlamında dışlayıcı bir uygulamanın bulunduğunu kabul etmek herhalde yanlış olmaz.

Nitekim Rekabet Hukuku uygulamasında da, genel olarak yukarıda belirtilen durumlar dışlayıcı uygulamalar kapsamında mütalaa edilmekte ve dışlayıcı amacın açıkça anlaşıldığı hallerde, “*per se*” benzeri bir yaklaşım sergilenmektedir³⁴⁶. Ayrıca dışlayıcı uygulamalar, sadece yatay değil, dikey ilişkiler vasıtasıyla da gerçekleştirilmekte³⁴⁷, hatta bu tür anlaşmalara uygulamada daha sık rastlanmaktadır³⁴⁸. Uygulamada dışlayıcı özellikler

gösteren danışıklı ilişkiler, anlaşma veya uyumlu eylem değil, ekseriya teşebbüs birliği kararları şeklinde ortaya çıkmakta³⁴⁹ ve bu bağlamda, teşebbüs birliğinin, ancak belirli bir teşebbüsten veya teşebbüslerden mal sağlanması³⁵⁰ veya sadece belirli bir teşebbüs veya teşebbüslere satış yapılması³⁵¹ yahut belirli niteliklere haiz olmayan teşebbüslerle ticari ilişkiye girilmemesi³⁵² ya da bir teşebbüsün veya bazı teşebbüslerin teşebbüs birliği üyeliğine kabul edilmemesi³⁵³ gibi konularda aldığı kararlar, dışlayıcı uygulamaların klasik örnekleri olarak kabul edilmektedir. Şüphesiz dışlayıcı amaç taşıyan danışıklı ilişkiler, bunlarla sınırlı değildir. Bunların dışında, boykot³⁵⁴, yıkıcı fiyat uygulamaları³⁵⁵, bağlayıcı indirimler³⁵⁶, ayırıcı uygulamalar³⁵⁷, kelepçeleme sözleşmeleri gibi durumlar da, neden olabilecekleri dışlayıcı etkiler nedeniyle, hukuka aykırı kabul edilmektedir.

6- Ayırıcı Uygulamalar

Rekabetin Korunması Hakkında öngörülen rekabeti sınırlayıcı diğer bir uygulama, “e” bendinde yer alan, “*münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması*” halidir. Ayırıcı uygulamalar başlığı altında ifade edebileceğimiz bu hüküm, teşebbüslerin aralarında anlaşarak, ticari ilişkiye girecekleri üçüncü kişi teşebbüsler arasında rekabet koşulları açısından suni bir farklılık yaratmaları halini düzenlemekte ve rekabette fırsat eşitliğinin sağlanması amacına hizmet etmektedir. Hemen belirtelim ki, belirli bir ticari mantığa dayanmaları nedeniyle³⁵⁸, uygulamada ayırıcı uygulamalara oldukça sık başvurulmakta, dolayısıyla bu uygulamaların hangilerinin rekabete aykırı, hangilerinin rekabete uygun olduğunun tespit edilmesi, büyük güçlük arz etmektedir³⁵⁹.

Söz konusu hükümden açıkça anlaşılacakla birlikte, bendin uygulanabilmesi için, teşebbüsler arasında bir anlaşmanın bulunması, bu anlaşmanın taraf teşebbüslerin ticari ilişkiye girecekleri müşterileri arasında ayırım gözetme amacına yönelmesi (veya böyle bir sonucu doğurması)³⁶⁰ ve bu anlaşmanın münhasır bayilik şeklinde ortaya çıkmaması, gerekir. Öncelikle ifade edelim ki, aşağıda açıklayacağımız üzere hüküm kötü kaleme alınmış ve ayrıca münhasır bayiliğe tanınan istisna, hükmün bütünlüğünü ve anlamını bozmuştur³⁶¹.

Ayırıcı uygulamalara ilişkin bu düzenleme 4. madde içerisinde yer aldığı için, hükmün uygulanabilmesi, öncelikle ayırıcılık yapılmasına temel olabilecek bir danışıklı ilişkinin, örneğin bir anlaşmanın varlığına bağlıdır³⁶². Bu danışıklı ilişki, 4. maddenin uygulanabilmesinin ön koşuludur. Böyle bir anlaşmadan bahsedilemediği, yani teşebbüsün tek taraflı olarak müşterileri arasında ayırım gözettiği durumlarda ise, 4. maddenin değil, hakim durum koşulunun bulunması şartıyla, ancak 6. maddenin uygulanması mümkün olabilir³⁶³. Zira teşebbüsün, müşterileri arasında fiyat veya benzer sözleşme

koşulları açısından farklılıklar gözetmesi, esasen kendi ticari politikasını ilgilendiren bir meseledir ve dolayısıyla bu neviden ayırıcı uygulamalar, ilgili teşebbüs hakim konumda bulunmadıkça Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilemez³⁶⁴.

Buna karşılık, bu tür ayırıcı uygulamaların, bir tek teşebbüs tarafından değil de, birden fazla teşebbüs tarafından müştereken gerçekleştirilmesi, hakim durumda bulunan teşebbüsün ayırıcı uygulamalarıyla eşdeğer neticeler meydana getirebilir. Piyasadaki teşebbüslerin, önceden mutabakata varmak suretiyle, ticari ilişkiye girecekleri müşterilere farklı koşullar ileri sürmeleri, müşterilerin ekonomik açıdan eşit durumda olduğu bir varsayımda, onlar arasında, rekabet koşulları açısından suni bir farklılık yaratılmasına ve bir kısmının diğerleri karşısında doğal rekabet sürecine dayanmayan bir üstünlük sağlamasına neden olabilir. Dolayısıyla bu türden uygulamalar, üçüncü kişi teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasada, yani komşu piyasadaki rekabet şartlarının bozulmasına neden olur (*Second line injury*).

Kanımızca burada esas üzerinde durulması gereken nokta, ayırıcılığa esas olan ilişkinin, dikey bazda gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Zira yatay bazda gerçekleşen ayırıcı uygulamaların bu bent kapsamına girdiği ve niteliği gereği hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu tür uygulamalar, teşebbüslerin bağımsız davranmaları prensibine aykırılık teşkil ederek taraflar arasındaki rekabeti sınırladığı gibi, üçüncü kişi konumundaki teşebbüslerin faaliyet gösterdiği komşu piyasadaki rekabet koşullarının da bozulmasına yol açmaktadır. Buna karşılık dikey bazda, yani bir sağlayıcı veya satıcı teşebbüsün alıcısıyla anlaşarak, onun veya kendisinin, ticari ilişkiye girdiği üçüncü kişi teşebbüsler arasında ayırıcılık yapması durumunun, rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı ve hatta, mantıklı olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir.

Gerçekten tarafların doğrudan rekabet halinde olmadığı ve bu sebeple menfaatlerinin de birbirinden farklı olduğu dikey bir ilişkide, ayırıcı uygulamaların hangi amaca hizmet edebileceği veya bunun ortak bir menfaate dayanıp dayanmayacağı belli değildir. Örneğin, üreticinin alıcısı ile anlaşarak, mal sağlayacağı başka teşebbüslere farklı şartlar uygulaması, mesela onlarla daha yüksek bir fiyat veya daha elverişsiz koşulları içeren anlaşmalar yapması, ilk alıcı açısından makul olmakla beraber, üretici teşebbüs açısından hiçbir ticari mantık taşımaz³⁶⁵. Bunun aksi bir durumda, yani alıcının üretici ile anlaşarak, mal sağladığı teşebbüsler arasında ayırım gözetmesi ise, ancak istisnai durumlarda ortak bir menfaate ve bir mantığa dayanabilir³⁶⁶. Yine buna benzer bir durumda, alıcının üretici ile anlaşarak, sağlayıcı seviyesindeki mal aldığı başkaca teşebbüsler arasında ayırım gözetmesi ise, ancak bu alıcının yüksek pazarlık gücüne sahip fiil tekel olması ve satıcıların başka bir alıcı bulamaması halinde, rekabeti bozucu bir hal alabilir ki, bu durumda dikkate alınması gereken hüküm 4. değil, 6. madde olmalıdır.

Yukarıda belirttiğimiz varsayımlar çerçevesinde, dikey bir ilişkiyle de ayırıcı uygulamada bulunulması ve bu yolla rekabetin sınırlanması teorik olarak mümkündür. Fakat gerek dikey, gerekse yatay ilişkilerde önemle göz önünde bulundurulması gereken ve esasen bu tartışmaların önemini büyük ölçüde azaltan başka bir düzenleme daha bulunmaktadır ki, o da yukarıda açıklamış olduğumuz, “a” bendindeki “fiyat ve ticari alım-satım şartlarının tespit edilmesine” ilişkin Kanun hükmüdür³⁶⁷. Kısaca ifade etmek gerekirse, yatay veya dikey bir ilişkiye girmek suretiyle, ayırıcı uygulama yapmayı tasarlayan teşebbüsler, bu ayırıcı uygulamayı, ekseriya bir sözleşme içerisinde yer alan kayıtlar vasıtasıyla gerçekleştireceklerdir ki, bu kayıtlar somut olayda, ya fiyata³⁶⁸, ya da kredi, vadelenendirme, indirim gibi hususlara, yani ticari alım satım şartlarına ilişkin olacaktır. Bu itibarla, ayırıcı uygulamaya temel oluşturan danışıklı ilişki, aynı zamanda “a” bendi anlamında bir ticari alım satım şartlarının tespit edilmesi olarak da nitelendirilebilecektir.

Fakat önemle belirtmek gerekir ki, ayırıcı uygulamaya ilişkin bu hükmün tamamen fonksiyonsuz olduğu düşüncesine kapılmak yanlıştır. Her şeyden önce, ayırıcı uygulamaya temel teşkil eden danışıklı ilişkinin, mutlaka ticari alım satım şartlarına ilişkin olması gerekmez. Ayrıca bu hüküm danışıklı olarak ayırıcı uygulamalarda bulunulmasını yasaklamaktadır ki, doğrudan ayırıcı uygulamanın tespit edilmesi, buna temel teşkil eden danışıklı ilişkinin tespit edilmesinin zorluğu karşısında, belirli bir kolaylık da sağlamaktadır³⁶⁹. Bundan da önemlisi, “e” bendi ile korunan menfaat ile “a” bendinin koruma altına aldığı menfaat yani iki hükmün altında yatan düşünce, birbirinden oldukça farklıdır. Dolayısıyla 4. madde içerisinde böyle bir hükme yer verilmesinin yerinde olduğunu söylemek mümkündür.

Buna karşılık söz konusu hükmün, amaca uygun olarak tatbik edilmesini sağlayacak şekilde kaleme alındığını söylemek güçtür. Hükmün amacını daha iyi bir şekilde ifade eden Roma Antlaşması’ndaki paralel düzenlemeye göre, ayırıcı uygulama, “eşdeğer işlemler için, diğer ticaret yapılan taraflara farklı koşullar uygulanması, ve bu suretle onların rekabet açısından dezavantajlı konuma sokulması”dır. Bu düzenlemede ilk göze çarpan farklılık, asıl amacın hükmünde açıkça öngörülmesi ve 4. maddede olduğu gibi, dolaylı ve aynı zamanda eksik bir ifadeye yer verilmemiş olmasıdır. Zira Kanun’un 4/2. maddesinin “e” bendindeki düzenlemede “rekabet açısından dezavantajlı konuma sokmak” ifadesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla hükümdeki bu eksiklik, birbirlerinin rakibi olmayan veya rakibi olsalar da, rekabet şartları açısından farklılık yaratmayacak nitelikteki farklı uygulamaların, ayırıcı uygulama olarak nitelendirilmesine imkan verecek niteliktedir.

Değinilmesi gereken ikinci farklılık ise, Roma Antlaşması’nda “müşteriler” yerine, “ticaret yapılan taraflar” ifadesine yer verilmesidir. Ayırıcılığın Rekabet Hukuku kapsamına girebilmesi için, bunun tüketicilere değil, teşebbüslere yönelik olarak uygulanması gerekir; yoksa tüketicilere farklı

şartlar uygulanması, onları rekabet şartları açısından avantajlı veya dezavantajlı kılmaz. Ayrıca bu hükmün pratik açıdan da tüketicilere yönelik olarak uygulanması mümkün değildir. Hukukumuzdaki düzenlemenin lafzından ise, sanki tüketiciler arasındaki gözetilen farklılıkların da, ayırıcı uygulama olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Yukarıda ifade edilenler çerçevesinde buna katılmak mümkün değildir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir farklılık ise, münhasır bayilik, yani tek satıcılık sözleşmesine ilişkin istisna ve bu istisnanın nasıl yorumlanması gerektiğidir. Her şeyden evvel ifade etmek gerekir ki, bu istisna, sadece bu bende ilişkin olarak tanınan bir istisnadır. Yoksa münhasır bayiliğin, 4. maddenin bütününden istisna edildiği gibi bir yorum kabul edilemez³⁷⁰. Hükümde “münhasır bayilik” şeklinde bahsedilen “*tek satıcılık sözleşmesi*”, yapımının, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi; buna karşılık tek satıcının da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak, bunların sürümünü artırmak için faaliyette bulunmayı üstlendiği bir çerçevede sözleşmedir³⁷¹.

Tanımdan da açıkça anlaşıldığı üzere, bu tür sözleşmeler ekseriya dikey bir ilişki şeklinde gerçekleşmekte ve satıcının kendi adına ve bağımsız olarak davranarak işin rizikosunu üzerine alması da, bu sözleşmelerin Rekabet Hukuku kapsamına girmesine yol açmaktadır³⁷². Bu tür anlaşmalarda genellikle, alıcılara tanınan mutlak veya nispi inhisar hakları ve bunun karşılığında, belirli bir miktarda mal satın alma ve başka markaları satmama yükümlülükleri gibi kayıtlar yer almaktadır³⁷³. Bu tür kayıtları ihtiva eden dikey anlaşmaların ise, 4. madde kapsamına girmesi, oldukça muhtemeldir. Buna karşılık bendin lafzı, münhasır bayilik anlaşmaları vasıtasıyla tatbik edilen ayırıcı uygulamaları 4. madde yasağından muaf tutmakta ve bu bağlamda, danışıklı ilişki taraflarının bu tür sözleşme yoluyla ayırıcı uygulamalarda bulunması halini hukuka uygun görmektedir.

Ancak, kanımızca, bu istisnanın nasıl uygulanacağı tam olarak belli değildir. Yukarıda belirttiğimiz varsayımlara dönecek olursak, yatay bir ilişki neticesinde taraf teşebbüslerden herhangi birinin ayırıcı uygulamalarda bulunması halinde bunun rekabeti sınırlayıcı olduğunda hiçbir şüphe yoktur³⁷⁴. Dolayısıyla münhasır bayilik kurumunun, bu tür yatay ilişkilerden muaf tutulması mümkün değildir. Dikey ilişkiler bakımından ise, münhasır bayilik sözleşmesinin hangi aşama için istisna teşkil ettiğinin tespit edilmesi gerekir. Zira teşebbüslerin konumu aksini gerektirmedikçe, münhasır bayilik de bir dikey ilişki olduğuna göre, hükmün hem danışıklı ilişkiye, hem de danışıklı ilişkinin sonucu olan ayırıcı uygulamaya istisna getirdiğini söylemek mümkündür. Kanımızca hükmün lafzına rağmen³⁷⁵, istisnayı bu iki aşamayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak ve bu çerçevede, gerek üreticinin dağıtıcısıyla ve gerekse dağıtıcının, satıcılarla akdedecekleri münhasır bayilik sözleşmelerindeki

ayırıcı kayıtları, 4. madde kapsamı dışında görmek gerekir. Şüphesiz bu istisna, yukarıda ifade ettiğimiz “a” bendi hükmünün uygulanmadığı hallerde geçerli olacaktır. Dolayısıyla münhasır bayilik istisnasının, oldukça dar bir uygulama alanına sahip olacağını söylemek yanlış olmaz.

Avrupa Birliği Hukukunda, Amerikan hukukunun aksine³⁷⁶, ayırıcı uygulamalara ilişkin zengin bir içtihadın bulunduğunu söylemek güçtür. Ayırıcı uygulamalar ekseriya 86. madde çerçevesinde değerlendirilmekte ve 85/1. madde yasağı içerisinde görülebilecek türde saf bir ayırıcı uygulamaya istisnaen rastlanmaktadır. Bu kapsamdaki ayırıcı uygulamalar ise, genellikle ulusal pazarlar veya milliyet esasına dayalı farklılıklar yaratılması şeklinde tezahür etmekte³⁷⁷ ve Ortak Pazar’ın bütünleşmesi hedefi çerçevesinde katı bir yaklaşım içerisinde değerlendirilmektedir. Hatta ayırıcı uygulamaların, aynı zamanda piyasaların ulusal sınırlar boyunca bölünmesi sonucunu doğurması halinde, bunun tek yanlı olup olmaması da önem taşımamakta ve bu çerçevede, üretici veya dağıtıcının, alıcılar ile yaptığı anlaşmalar da 85/1.madde çerçevesinde değerlendirilebilmektedir³⁷⁸.

7- Olağan Dışı Yükümlülükler Öngörmek

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer verilen rekabeti sınırlayıcı uygulamaların son örneği, oldukça uzun ve ayrıntılı bir şekilde kaleme alınan “f” bendinde yer almaktadır. Söz konusu bende göre, “*anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi*” hukuka aykırı ve yasaktır. Bu bendin altında yatan temel düşünce, alıcı konumundaki teşebbüslerin ticaret özgürlüğünün korunması ve aynı zamanda rekabeti dışlayıcı etkiler doğurabilecek çeşitli uygulamaların önüne geçilmesidir³⁷⁹. Bununla birlikte, ifade etmek gerekir ki, bendin karmaşık ifadesi, yorum yapılmasını son derece güçleştirmektedir.

Söz konusu hükme yakından bakıldığı vakit, birbiriyle ilişkili üç ayrı durumun düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki uygulamada sıklıkla rastlanan ve literatürde, “*kelepçeleme sözleşmeleri*” veya “*kayıtları*”³⁸⁰ olarak adlandırılan hallerdir. Bu neviden bir uygulamada, satıcı konumundaki teşebbüs, alıcının talep ettiği malı³⁸¹ tek başına sağlamaktan kaçınmakta ve ancak başka bir malın da alıcı tarafından satın alınması koşuluyla satış yapmaktadır³⁸². Örneğin alıcının talep ettiği bilgisayarın, yazıcısıyla birlikte alınmasının şart koşulması veya talep edilen bir arabanın, klima olmaksızın satışından kaçınılması hallerinde, kelepçeleme uygulamasının var olduğu söylenebilir³⁸³. Bu durumda alıcı tarafından esas arzu edilen mal, örneğin bilgisayar, “*bağlayan*

veya *bağlayıcı mal*³⁸⁴, bununla birlikte alımı dayatılan mal, yani yazıcı ise, “*bağlı mal*”³⁸⁵ olarak adlandırılmaktadır. Alıcının bu tür bir sözleşmeyi kabule zorlanması, ekseriya satıcının ekonomik açıdan üstün ve alıcının mala ve satıcıya bağımlı olması varsayımında söz konusu olabilir.

Hükümde yer alan ikinci durum da, kelepçeleme sözleşmelerinin bir görünümü olarak nitelendirilebilir. Zira buradaki tek farklılık, bağlı malın satımı yerine, teşhir edilmesi, yani reklam ve tanıtımının yapılması şartının öngörülmesidir³⁸⁶. Örneğin, alıcı tarafından talep edilen bilgisayarın satışı, satıcı tarafından yazıcının da teşhiri koşuluna tabi kılınırsa, bu durum, hem alıcının ticaret özgürlüğünün kısıtlanmasına, hem de yazıcı piyasasındaki rekabetin dışlanması neden olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, kelepçeleme sözleşmeleri veya bu etkiyi doğuran sözleşmeler, bu iki durumdan ibaret değildir. Örneğin satıcı, bir malın satışı, bir başka malın alıcı tarafından servisinin sağlanmasına bağlarsa³⁸⁷, bunun rekabet açısından doğurduğu olumsuz netice, diğerlerinden önemli bir farklılık arz etmez. Bu nedenle, hüküm oldukça ayrıntılı olmasına rağmen amacını tam olarak ifade etmekten uzaktır³⁸⁸. Hükümün amacı, Roma Antlaşması’ndaki paralel düzenlemede daha uygun bir şekilde ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*sözleşmenin yapılmasını, bu gibi sözleşmelerin konusuyla, ne ticari teamüller, ne de nitelikleri bakımından ilgisiz ek yükümlülüklerin diğer taraflarca kabulüne bağlanması hukuka aykırı ve yasaktır*” şeklinde ifade edilmiştir³⁸⁹.

Önemle ifade etmek gerekir ki, yukarıda belirtilen kelepçeleme sözleşmelerinin bent kapsamında hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, farklı piyasalara ait iki ayrı malın bulunması ve söz konusu uygulamanın da, ticari teamüllere³⁹⁰ veya anlaşmanın niteliğine aykırı olması gerekir. Malların farklı piyasalara ait olup olmadığının belirlenmesi ise, her zaman kolay bir inceleme değildir. Zira birlikte satımı zorunlu kılınan malların çoğu kez aynı veya oldukça benzer kullanım amacına sahip olması veya fiziksel bir bütün oluşturmaları, piyasaların belirlenmesinde kullanılan geleneksel yöntemlerin yetersiz kalmalarına neden olabilmektedir³⁹¹.

Öte yandan, mallar farklı piyasalara ait de olsalar, eğer “*ticari teamüller*” veya “*anlaşmanın niteliği*” bakımından, satıcının bunları birbirlerine bağlı olarak satması haklı görülebiliyorsa, yine hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Hükümde 6. maddedeki paralelinden farklı olarak³⁹², bu türden bir istisnaya yer verilmesinin, değerlendirmede gereken esnekliğin sağlanması ve amaca aykırı neticelerin ortaya çıkması tehlikesinin önüne geçilmesi açısından yerinde olduğu söylenebilir. Fakat bu istisnanın, yatay ilişkiler açısından uygulanması ve somut olaydaki bir kelepçeleme kaydının, aynı zamanda “*a*” bendi içerisinde değerlendirilmesi olasılığı, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada bahsi geçen düzenleme, 4. madde içerisinde yer aldığına göre, kelepçeleme sözleşmesi şeklinde tezahür eden bir anlaşmanın 4. madde

kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmesi, ancak buna temel teşkil eden başka bir danışıklı ilişkinin bulunmasına bağlı olmalıdır³⁹³. Bir başka ifadeyle, kelepçeleme sözleşmesi, danışıklı bir durumu ifade etmesine rağmen, başlı başına 4. madde kapsamına giremez. Esasen tek yanlılığı ifade eden bu durumun, ancak 6. madde kapsamında, o da, hakim durum şartları tahakkuk ettiği takdirde değerlendirilmesi mümkündür. Zira ayırıcı uygulamalarda olduğu gibi, alternatif temin kaynakları bulunduğu sürece, satıcının, sözleşme serbestisi içerisinde bir malın satımını, bir başka malın da satımına bağlaması olağan karşılanmalıdır. Alıcının bu türden bir sözleşmeyi akdetmesi, sadece kendi ticari politikası ve tercihinin kalmış bir husustur.

Buna karşılık alıcı veya alıcıların, ticari açıdan satıcıya bağımlı oldukları bir durumda, -ki bu genellikle satıcının “bağlayan mal” piyasasında hakim konumda olmasını gerektirir-, artık bir tercih değil, bir zorunluluk vardır. Bu itibarla, alıcının seçim özgürlüğünü kısıtlayan ve bağlı mal piyasasındaki rekabetin dışlanmasına neden olan bu tür tek yanlı uygulamalar, 6. madde kapsamına girmektedir. 4. maddenin bu tür sözleşmelere uygulanması ise, ancak buna temel teşkil edecek dikey veya yatay bir danışıklı ilişkinin varlığına bağlıdır. Böyle bir koşulun aranmaması ise, kanımızca, Kanun’un sistemiyle ters düşmektedir. Zira bir taraftan tek yanlı kelepçeleme sözleşmelerine 6. maddeyi uygulayabilmek için hakim durum koşulu aranırken, diğer taraftan, aynı uygulamaya hakim durum şartı aranmaksızın 4. maddeyi uygulayabilmek, başlı başına bir çelişkidir.

Yatay bir ilişkiyle, örneğin, bir teşebbüs birliğinin, üyelerine, belirli bir malın satışını, buna bağlı başka bir malın da alıcılar tarafından alımı şartına bağlamalarını tavsiye etmesi, hiç şüphe yok ki, 4. madde çerçevesinde hukuka aykırıdır³⁹⁴. Bu neviden bir uygulama, sadece alıcıların ticaret özgürlüğünün kısıtlanması ve bağlı mal piyasasındaki rekabetin dışlanmasından ötürü değil³⁹⁵; aynı zamanda taraflar arasındaki rekabetin de sınırlanmasına yol açmasından dolayı hukuka aykırı kabul edilmelidir. Üstelik bu tür kelepçeleme uygulamaları, sadece “f” değil, aynı zamanda “a” bendinden dolayı da 4. madde kapsamına girecek ve hukuka aykırılık katmerli olacaktır³⁹⁶. Dolayısıyla bentte yer alan, ticari teamüller ve anlaşmanın niteliği istisnalarının, yatay anlaşmalar söz konusu olduğunda dar yorumlanması ve hatta “a” bendiyle ortaya çıkacak çelişkiyi önlemek amacıyla uygulanmaması önerilebilir³⁹⁷.

Kelepçeleme sözleşmelerinin dikey bir ilişkiyle öngörülmesi ise, yatay ilişkidekinden farklı değerlendirilmelidir. Zira dikey ilişkilerin ekonomik açıdan bilinen yararlı yönlerinin yanı sıra, bu tür bir ilişkiyle öngörülen kelepçeleme sözleşmeleri, yatay anlaşmalardan farklı olarak, rasyonel bir takım amaçlara da hizmet edebilir³⁹⁸. Örneğin teknik veya güvenlik nedenlerinden dolayı, üretici, alıcılarıyla anlaşarak, bir malın tekrar satışını, bir başka malın da alımına tabi kılarca, bu durumun hukuka aykırılığı şüphelidir³⁹⁹. Bu itibarla, dikey

anlaşmalarda yer alan kelepçeleme sözleşmelerinin değerlendirilmesinde, bentte yer alan ticari teamüller ve anlaşmanın niteliği istisnaları büyük önemi haizdir.

Yukarıda ifade edilenlere rağmen, 1997/4 no.'lu Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 4077 sy. Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümler dikkate alındığında, 4. maddenin, tek yanlı uygulanan kelepçeleme sözleşmelerine de tatbik edilebileceği sonucunu çıkarmak mümkün olabilmektedir. Örneğin, Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, kelepçeleme kayıtlarını, tek yanlı da olsalar, 4. madde kapsamında kabul etmekte ve hatta bu tür kayıtların bulunduğu anlaşmaların, grup muafiyetinden yararlanamayacağını hükme bağlamaktadır⁴⁰⁰. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki düzenleme ise, bundan da ileri gitmekte ve klasik anlamdaki kelepçeleme sözleşmeleri için herhangi bir istisnaya da yer vermeksizin, bu tür uygulamaların tümünün hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamaktadır⁴⁰¹.

Gerçekten de bazı istisnai hallerde, teşebbüs hakim konumda bulunmasa dahi, fiili ekonomik durum, alıcılara kelepçeleme sözleşmesini dayatabilme gücünü verebilir. Özellikle, alıcıların belirli bir dönem boyunca alternatif temin kaynaklarına ulaşamadığı ya da malın marka veya başkaca sebeplerden ötürü alıcı açısından gerekliliğinin ekonomik bağımlılığa yol açtığı ya da hukuki ve fiili nedenlerle alıcıların pazarlık gücüne haiz olmadığı hallerde, sağlayıcı teşebbüsün, müşterileri karşısında izafi bir hakimliğinden bahsedilebilir⁴⁰². Bu itibarla, Kanun'un getirdiği sisteme aykırı olsa da, ekonomik koşullar, istisnai bazı hallerde tek yanlı kelepçeleme uygulamalarına karşı 4. maddenin uygulanmasını gerektirebilir⁴⁰³.

Nitekim gerek Avrupa Birliği Hukuku⁴⁰⁴, gerekse Amerikan hukuku uygulamasında⁴⁰⁵, tek yanlı uygulamalar için prensip olarak hakim durum koşulu aranmakla birlikte, buna istisna teşkil edebilecek türde kararlara da rastlanmaktadır⁴⁰⁶. Hakim durumda olmayan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen ve herhangi bir danişıklı "*causa*"sı olmayan kelepçeleme sözleşmeleri, 85/1.madde çerçevesinde değerlendirilmiş ve hukuka aykırı olarak kabul edilebilmiştir. Hukukumuz çerçevesinde de, bu tür bir yorumun benimsenmesi düşünülebilir.

Bentte yer alan diğer durum ise, yukarıda açıklanan kelepçeleme sözleşmelerinden farklı bir nitelik göstermektedir. Esasen burada söz konusu olan, anlam açısından kelepçeleme sözleşmelerini de kısmen içerdiğini söyleyebileceğimiz⁴⁰⁷, "*tekrar satıma ilişkin şartlar ileri sürülmesi*"dir. Fiyat ve diğer sözleşme şartlarının tespit edilmesine ilişkin olan "*a*" bendi hükmüyle de kesişen bu ifade, münhasıran dikey bir anlaşma yolu ile öngörülen tekrar satış sınırlamalarını kapsamaktadır⁴⁰⁸. Tekrar satışı ilişkin yatay sınırlamalar ise, ancak "*a*" bendi çerçevesinde değerlendirilebilir. Daha açık bir anlatımla üreticinin, dağıtıcıya, tekrar arza ilişkin olarak, fiyat ve diğer sözleşme şartlarını ileri sürmesi, hem "*a*", hem "*f*" bendi kapsamında değerlendirilebilir iken; iki

veya daha fazla rakip üreticinin, fiyat ve diğer sözleşme koşullarını belirlemeleri, sadece “a” bendi kapsamına girebilir.

Bu ifade edilenler çerçevesinde, fiyat ve diğer sözleşme koşullarının dikey bir anlaşma ile tespit edilmesi halinde, bunun hukuka aykırılığının belirlenmesinde, “f” bendindeki istisnanın ne şekilde uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira her iki bent kapsamına da girebilecek olan bu nitelikteki bir dikey sınırlama, “f” bendi içerisinde değerlendirildiği takdirde istisnadan yararlandırılabilir; buna karşılık “a” bendi kapsamında değerlendirildiği takdirde, herhangi bir istisna bulunmamasından dolayı kendiliğinden hukuka aykırı olarak kabul edilecektir.

Kanun’un bu iki hükmünün birbiriyle çeliştiği açıktır. Bu nedenle burada örtülü kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmek ve Kanun’un ruhundan yola çıkarak bu boşluğu, “a” bendinin münhasıran yatay anlaşmalara yönelik olduğu ve alım-satım koşullarının tespitine ilişkin dikey anlaşmaların da, “f” bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şeklinde yorumlayarak doldurmak mümkündür⁴⁰⁹. Nitekim “f” bendinin lafzı da, bentteki hallerin, münhasıran dikey ilişkilere yönelik olarak düzenlendiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Dolaylı veya doğrudan fiyat tespitini öngören ilişkilerin ise, yatay veya dikey olduğuna bakılmaksızın “per se” hukuka aykırı kabul edilmesinden dolayı, fiyatların dikey tespitinin, hiçbir şekilde ticari teamüller ve anlaşmanın niteliği ile uygun düşmeyeceğini kabul etmek gerekir.

Kanımızca önerdiğimiz bu yorum, daha önce ifade ettiğimiz yatay ve dikey sınırlamaların değerlendirilmesinde ortaya çıkan pek çok meselenin çözümünde önemli fayda sağlayacaktır. Kısaca açıklamak gerekirse, 4. madde açısından yatay ve dikey sınırlamaların farklı değerlendirilmesi ve dikey ilişkilerin 4. madde içerisinde “rule of reason” analizine tabi tutulması gerektiğine ilişkin haklı görüşler, alım-satım şartlarına ilişkin dikey anlaşmaların, sadece “f” bendi kapsamında kabul edilmesiyle birlikte, açık bir yasal dayanağa kavuşacaktır. Zira bu yaklaşım, bentte yer alan “anlaşmanın niteliği ve ticari teamüller” istisnasının, uygulamada “rule of reason” analizine benzer şekilde tatbik edilmesini sağlayabilecektir⁴¹⁰. Bu sayede dikey sınırlamaların pek çoğu, 5. maddenin muafiyet sistemi içerisinde değil, 4. maddenin “f” bendi istisnası kapsamında değerlendirilecek ve hukuka aykırılık yaptırımından kurtulabilecektir. Şüphesiz bu durum da, bireysel ve grup muafiyet sisteminin aksaklıkları, katı geçersizlik rejimi, idari para cezaları ve haksız fiil gibi, hukuka aykırılığın getirebileceği pek çok olumsuz neticeyi bertaraf edecek ve dikey sınırlamalara ilişkin yaklaşımın köklü ve fakat amaca uygun bir şekilde değişmesini sağlayacaktır.

IV- Muafiyet

A) Genel Olarak

Ticari yaşamda faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkilerin, piyasa ve ekonomik yaşam üzerindeki çok yönlü etkileri, çoğu kez bunların tek bir açıdan değerlendirilmelerine engel teşkil eder⁴¹¹. Üstelik bu engel sadece ilişkilerin çok yönlü etkilerinden değil, aynı zamanda bunların sahip olduğu farklı özelliklerden de kaynaklanır. 4. maddenin uygulanmasında çıkış noktası olarak alınan “rekabetin sınırlanması” kriteri de, tek başına ele alındığı vakit, ticari yaşamdaki ilişkilerin amaca uygun bir şekilde değerlendirilmesinde yetersiz kalabilir. Üstelik “rekabetin sınırlanması” kavramının soyutluğu ve muğlaklığı da dikkate alınır, danışıklı ilişkilerin farklı yönleriyle değerlendirilmesinin önemi kendiliğinden anlaşılır⁴¹². Bu itibarla, danışıklı ilişkilerin, rekabet, ekonomik düzen ve tüketiciler üzerindeki etkileri bir arada değerlendirilerek, ilişkinin olumsuz ve olumlu yönlerinin dengelenmesi daha gerçekçi ve amaca uygun bir yaklaşım olur.

İşte Amerikan hukukunda “*rule of reason*” yargısal doktrinin doğmasına temel teşkil eden bu yaklaşım, Avrupa Birliği Hukukunda da etkisini göstermiş ve Amerikan hukukundan farklı olarak yasal bir çerçeveye kavuşmuştur. Türk Hukukunda da benimsenen bu sistem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde ifadesini bulmuştur. Söz konusu hüküm, 4. madde kapsamına giren veya girebilecek nitelikte olan rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişkinin, olumlu ve olumsuz yönlerinin tartılmasına ve olumlu yönlerinin daha ağır basması halinde, 4. madde yasağından istisna tutulmasına imkan vermekte, bir başka ifadeyle hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır⁴¹³. 4. madde hükmünün uygulanmasında esneklik sağlayan bu düzenlemeye göre; “*Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir : a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması d) Rekabetin “a” ve “b” bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması*”.

Benimsenen bu muafiyet sistemine göre, normal şartlar altında 4. madde yasağı içerisinde görülebilecek nitelikte bir danışıklı ilişki, 5. maddede öngörülen usuli ve maddi şartların tümünü yerine getirdiği vakit, 4. maddenin uygulanmasından ve dolayısıyla bu maddeye tabi olmanın hukuki sonuçlarından kurtulabilecektir. Bu çerçevede, geçersizlik, idari para cezaları ve tazminata ilişkin hükümler, muafiyet kapsamına giren bir anlaşma, karar ve uyumlu eylem

için tatbik kabiliyetini haiz olmayacaktır. Bir başka deyişle, bireysel veya grup muafiyetine tabi bir anlaşmanın, adli mahkemeler önünde geçersizliğini ileri sürmek veya bu anlaşmadan zarar gördüğünü iddia ederek tazminat talep etmek mümkün değildir. Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu muafiyet kararının, Kanun'da açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, adli mahkemeleri bağladığı kabul edilmelidir⁴¹⁴. Kanun'un sistemine göre muafiyet kararı, ancak 4. madde yasağına giren danışıklı ilişkiler için söz konusu olabilir. Bu itibarla rekabeti sınırlayıcı bir yönü olmayan⁴¹⁵ veya sadece 6. ya da 7. madde kapsamına giren bir davranışın, muafiyet alması söz konusu edilemez⁴¹⁶. Teorik olarak, 4. madde anlamındaki her danışıklı ilişkinin muafiyetten yararlanması ise mümkündür.

Hukukumuz açısından muafiyet kararının verilmesinde tek yetkili makam, Rekabet Kurulu'dur⁴¹⁷. Açılacak tazminat ve tespit davaları nedeniyle, rekabet kurallarını dikkate almak yetki ve görevini haiz olan adli mahkemelerin ise, muafiyet vermek veya önüne gelen bir olayda muafiyetin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek gibi bir yetkileri yoktur⁴¹⁸. Bu nedenle, Kanun'da muafiyet sağlanması için belirtilen şartların varlığının takdiri, temyiz yolu saklı kalmak şartıyla⁴¹⁹, sadece Rekabet Kurulu'na aittir. Kanımızca bu münhasır yetki, Türk rekabet politikasının oluşturulması ve Rekabet Hukukunun uygulanmasında, Kanun koyucunun Rekabet Kurulu'na verdiği önemin açık bir göstergesidir. Yeknesak bir Rekabet Hukuku politikasının oluşturulması açısından, faydalı olduğu söylenebilecek olan bu yaklaşımın, beraberinde bazı sakıncaları da getirdiğini belirtmek gerekir⁴²⁰.

Muafiyete ilişkin 5. madde hükmü, her ne kadar bir rekabet yasağı değilse de, 4. madde yasağının uygulanması açısından büyük önemi haizdir. Dolayısıyla, pratikte hangi anlaşma kategorilerine nasıl uygulandığına değinmeksizin, kavramsal olarak muafiyetin neyi ifade ettiği, koşulları ve türlerini kısaca belirtmekte fayda vardır. Ayrıca muafiyet sisteminin, rekabeti sınırlayıcı karar ve sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik ve tazminat rejiminde de önemli yansımalarının olması, konumuz açısından muafiyet sisteminin önemini artırmaktadır. Bu amaçla, önce muafiyet kararı verilmesi için gerekli şartlar ve daha sonra da muafiyet türlerinin açıklanması gerekmektedir.

B) Şartları

1- Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, muafiyet kararının verilmesinde tek yetkili makam olarak Rekabet Kurulu öngörüldüyse de, bu kararın verilmesine esas olabilecek koşulların çerçevesinin çizilmesi, Kurul'un takdir hakkını bir ölçüde sınırlamıştır. Rekabet Kurulu'nun muafiyet kararı verebilmesi için, somut olayın, 5. madde öngörülen iki olumlu ve de iki olumsuz

şartı birlikte yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu, önüne gelen bir danışıklı ilişkinin muafiyet alabilirliğini değerlendirirken, 5. maddede öngörülen koşulların tümünün, tek tek yerine getirildiğini saptamak ve bunu, kararında gerekçeli olarak belirtmek zorundadır (RKHK.md.52). Kanımızca, 5. maddede öngörülen olumlu ve olumsuz koşulların varlığının tespit edilmesi halinde, muafiyet kararı vermek Kurul'un takdirine bağlı değildir⁴²¹.

Kanun, her ne kadar bu koşulların grup muafiyeti için de aranması gerektiğini belirtiyor ise de, esasen pratik olarak bu şartların bulunup bulunmadığı, sadece bireysel muafiyet kararının verilmesinde önem taşır. Zira bir danışıklı ilişkinin grup muafiyetinden yararlanması, bildirim tabi olmayan, otomatik bir süreç içerisinde gerçekleşir. Grup muafiyeti kapsamına giren danışıklı ilişkiler için, bu koşulların gerçekleşmiş olduğu faraziyesi yürür⁴²². Bu itibarla bazı yazarlar, söz konusu koşulları, münhasıran bireysel muafiyetin şartları olarak kabul etmekte ve yalnızca bireysel muafiyet başlığı altında açıklamaktadırlar⁴²³.

2- Ekonomik Fayda Şartı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen ilk olumlu şart, danışıklı ilişkilerin muafiyet alması sürecinde, ekonomik açıdan bir değerlendirme yapılmasını mecburi hale getirmektedir. Gerçekten söz konusu şarta göre, 4. madde kapsamına giren danışıklı bir ilişkinin 5. madde hükmü çerçevesinde muafiyet alması, ancak bu ilişkinin "*malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanmasına katkıda bulunması*" halinde mümkün olabilir. Dolayısıyla 4. maddenin tatbiki bakımından yapılmamış olan ekonomik değerlendirme, en azından muafiyet incelemesi çerçevesinde yapılmak durumundadır.

Oldukça geniş bir kapsama sahip olan söz konusu şart, kısaca, ekonomik açıdan olumlu etkiler doğuran her türlü anlaşmanın, diğer şartların da varlığı halinde, muafiyet almasına imkan verecek şekilde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla bu koşulu dar yorumlamak ve ancak danışıklı ilişki sonrasında elde edilecek somut ekonomik fayda ve iyileşmenin, rekabetin sınırlanmasından dolayı oluşan zarardan daha ağır bastığı hallerde, koşulun yerine getirildiğini kabul etmek gerekir⁴²⁴. Ayrıca hatırlanmalıdır ki, bu "*fayda*" kavramının sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların objektif anlamda ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekir⁴²⁵.

Bentte ayrı ayrı zikredilen haller, birbirleriyle oldukça yakın anlamlara sahiptirler. Dolayısıyla Kurul'un önüne gelen bir olayda, bu hallerin bir arada bulunması veya birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılması mümkündür. Örneğin, üretimde veya dağıtımda sağlanan bir iyileştirme, aynı zamanda

hizmetlerin sunulmasına katkı yapabilir. Yine bu çerçevede, bendin sonunda yer alan “*ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması*” ifadesi, bütün bu halleri kapsayacak kadar geniş bir anlama sahiptir⁴²⁶. Buna karşılık, bazı anlaşma kategorileri bakımından, bu amaçlardan hangilerinin daha öncelikli ve belirgin olarak elde edilebileceğini belirtmek de mümkündür. Örneğin, franchising, tek satıcılık gibi dikey anlaşmaların, ilk planda, dağıtımda iyileşme veya gelişme sağlayacağı söylenebilir. Bunun yanı sıra, yatay bir anlaşma ile yürütülen ortak araştırma-geliştirme veya üretim faaliyetlerinin de, beraberinde malların üretiminde ilerleme, iyileştirme ve teknik gelişmeyi getireceği söylenebilir. Ayrıca standartlaşma ve rasyonelleştirme anlaşmalarının da, hizmetlerin sunulmasında iyileştirme ve gelişmenin sağlanmasına katkıda bulunabileceğini söylemek mümkündür.

Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, yukarıda belirtilen türdeki anlaşmalar genellikle ekonomik açıdan yararlı olarak kabul edilmekte ve diğer şartların da gerçekleşmesi halinde, muafiyet kararı verilmektedir⁴²⁷. Hatta Roma Antlaşması’nda yer alan paralel düzenlemenin (RA.md.85/3) “*malların üretim veya dağıtımındaki gelişmeye katkıda bulunan yahut teknik ya da ekonomik gelişmeyi teşvik eden*” şeklindeki “*ekonomik*” kriteri esas alan ifadesi geniş yorumlanmakta ve kriz kartelleri gibi, ekonomik yönüne nazaran, sosyal yönü daha ağır basan anlaşmalar da, bent kapsamında değerlendirilebilmektedir⁴²⁸. Hangi hallerde ekonomik yarar şartının yerine getirildiği, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir husus olmakla birlikte, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasına bakıldığında, üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi⁴²⁹, kalitenin artırılması⁴³⁰, malın arzında devamlılığın sağlanması⁴³¹, yeni piyasalara girişlerin kolaylaştırılması⁴³² ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması⁴³³ gibi haller, ekonomik yararın sağlandığı hususunda yeterli görülmektedir⁴³⁴.

3- Tüketicilerin Yararlanması Şartı

Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı etkileri olan bir damşıklı ilişkinin muafiyet alabilmesi için aranan ikinci şart, yukarıda ifade ettiğimiz ekonomik yararlardan, tüketicilerin de faydalandırılmasıdır. Bir başka deyişle, ekonomik açıdan yarar sağladığı söylenebilecek olan bir anlaşma, bu yararı tüketicilere yansıtmadığı sürece, muafiyetten faydalanamaz. Bu koşul, muafiyet rejiminin sadece ekonomik verimliliği dikkate almadığını açıkça göstermektedir⁴³⁵.

Buradaki tüketici terimiyle, neyin kastedildiği hususunda tereddüt duyulabilir. Zira tüketici terimi, daha çok nihai tüketicileri, bir başka deyişle son kullanıcıları çağrıştırmaktadır. Fakat kanımızca, Rekabet Hukukunun koruduğu yegane ve üstün menfaat, nihai tüketicilerin menfaati değildir. Bu itibarla, burada nihai tüketiciler dışında kalan, satıcı, dağıtıcı ve hatta üretici gibi tüm

kullanıcılar, tüketici kapsamında kabul edilmelidir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama da bu yöndedir⁴³⁶.

Kanun tüketicinin ekonomik gelişmeden yarar sağlaması gerektiğini belirtmiş, fakat bu yararlanmanın ölçüsü ve kapsamı hususunda herhangi bir ifadeye yer vermemiştir. Dolayısıyla tüketicilerin elde edebileceği her türlü ekonomik menfaat, yararlanma kapsamında mütalaa edilebilir. Burada hiç kuşkusuz ilk akla gelen menfaat, fiyatlarda sağlanan düşüşlerdir⁴³⁷. Bunun dışında, kalitenin artması⁴³⁸, ürün çeşitliliğinin sağlanması⁴³⁹, ekonomiye yeni malların kazandırılması⁴⁴⁰, satış sonrası etkin hizmetler⁴⁴¹, malın arzında devamlılığının sağlanması⁴⁴² gibi başkaca ekonomik faydalar da, tüketicilerin elde edeceği menfaat kapsamında değerlendirilebilir⁴⁴³.

Kanun'daki düzenlemenin, Roma Antlaşması'nın aksine, yararlanmanın ölçüsü hakkında herhangi bir ifadeye yer vermemesi, ekonomik gelişme ve iyileşmenin sağlayacağı ekonomik faydadan, tüketicilerin hangi ölçüde yararlanması gerektiği hakkında bir değerlendirmeye gerek olup olmadığı hususunda tereddüt uyandırabilir. Roma Antlaşması'nın ilgili hükmü, sadece tüketicilerin ortaya çıkan ekonomik faydadan yararlanmasını değil, bundan “*adil bir şekilde pay almasını*” şart koşmuştur⁴⁴⁴. Dolayısıyla Avrupa Birliği Hukukunda, danışıklı ilişki neticesinde ortaya çıkan faydadan tüketicilerin de yararlandığının ispat edilmesi yeterli görülmemekte; aynı zamanda bu yararlanmanın ölçüsünün, ortaya çıkan ekonomik fayda ile kıyaslandığında adil olması, bir başka deyişle ekonomik fayda ile tüketicinin elde edeceği menfaat arasında makul bir dengenin kurulması aranmaktadır. Ne zaman adil yararlanmanın söz konusu olduğu hususunda ise, piyasada rekabet baskısının bulunması veya (bazen de) ekonomik gelişmenin niteliği yeterli görülebilmektedir.⁴⁴⁵ Fakat bu hususta Komisyon'un geniş bir takdir hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁴⁶. Kanımızca, hukukumuz açısından da zımnen böyle bir koşulun bulunduğunu kabul etmek gerekir⁴⁴⁷.

4- Rekabetin Ortadan Kalkmaması Şartı

Muafiyet kararı verilmesinde aranan ilk olumsuz şarta göre, danışıklı ilişki, ilgili piyasanın önemli bir bölümündeki rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmamalıdır. Bir başka deyişle, sağlanan ekonomik, teknik gelişme veya iyileştirme tüketicilere yansıtılmış olsa dahi, anlaşma ilgili piyasadaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırıyor veya kaldırma tehlikesi taşıyorsa, o vakit muafiyetin şartları yerine getirilmemiş sayılacaktır. Bu düzenlemenin temelinde, piyasadaki etkin rekabetin bulunmadığı durumlarda, ilişkiden beklenen ekonomik yararların gerçekleşmeyeceği veya en azından, yararlarının zararlarından fazla olmayacağı faraziyesi yatmaktadır. Gerçekten de, teşebbüslerin piyasadaki rekabet baskısından uzaklaşmaları, ilişkiden beklenen ekonomik yararların, en azından uzun vadede gerçekleşmemesine yol açabilir.

Söz konusu hüküm, piyasadaki rekabetin ortadan kalkmaması şartını aradığına göre, öncelikli olarak belirlenmesi gereken, “*ilgili piyasa kavramı*”nın anlamıdır. Ancak buradaki “*piyasa*” kavramı, Rekabet Hukukundaki genel “*ilgili piyasa*” kavramından farklı herhangi bir özel anlama sahip değildir. Dolayısıyla “*ilgili piyasa*” kavramına ilişkin olarak yapılan açıklamalar, bu bahis için de geçerlidir⁴⁴⁸. Belirlenen bu piyasadaki rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkması ise, iki farklı olguya göre değerlendirilebilir. Bunlardan ilki ve önemlisi, piyasanın ekonomik açıdan gösterdiği özellikler; diğeri ise, taraflar arasındaki sınırlamanın yoğunluğudur⁴⁴⁹.

Piyasadaki rekabetin ne kadar etkilendiğinin belirlenmesi, piyasanın ekonomik açıdan analizini gerektirir⁴⁵⁰. Bu analizde temel alınabilecek öncelikli ve esas kriter, taraf teşebbüslerin sahip oldukları piyasa payları olmalıdır. Zira ilişkiye taraf olan teşebbüslerin piyasa payı ile piyasadaki rekabetin etkilenmesi arasında, doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Teşebbüslerin piyasa payı ne kadar yüksekse, ilgili piyasanın anlaşmadan etkilenmesi de o nispette artar. Anlaşmanın etkileme nispeti yükseldikçe de, muafiyet alma şansı azalır. Bunun dışında dikkate alınması gereken bir nokta da, ilişkiden etkilenecek piyasadaki diğer teşebbüslerin piyasa payları ve piyasanın yoğunluk oranıdır. Zira burada temel olarak incelenen, taraf teşebbüslerin ekonomik gücü değil, piyasanın etkilenmeye olan yatkınlığıdır. Taraf teşebbüsler piyasanın tümüne hakim olmadıkça, diğer teşebbüslerin piyasa payları da değerlendirmede önemli bir faktördür⁴⁵¹.

Piyasadaki rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkıp kalkmadığının tespitinde dikkate alınması gereken diğer bir faktör, danışıklı ilişkinin rekabeti ne ölçüde sınırladığıdır. Zira rekabetin etkilenmesi, sadece piyasa ve taraf teşebbüslerin ekonomik güçlerine değil, aynı zamanda teşebbüsler arasındaki ilişkinin yoğunluğuna, bir başka deyişle sınırlamanın derecesine bağlı bir olgudur⁴⁵². Örneğin, piyasanın tamamını kontrol eden teşebbüslerin, reklam veya ticaret fuarları gibi, rekabetin ikinci derecede görünümü olarak nitelendirilebilecek hususlar üzerinde anlaşma yapmaları ve bunun dışında piyasadaki etkin rekabetin devam ediyor olması, piyasadaki rekabetin önemli ölçüde ortadan kalktığını göstermez. Şüphesiz bu noktada, danışıklı ilişkinin kapsamını hassas bir şekilde takdir etmek icap eder.

Avrupa Birliği Hukukunda, oligopol piyasalar gibi yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda, muafiyet alma olasılığının oldukça zayıf olduğu kabul edilmekte ve örneğin, taraf teşebbüslerin piyasa paylarının %50’den fazla olduğu hallerde anlaşmanın muafiyet alabilirliği tehlikeye girmekte, %75’ ve üzerinde bir piyasa payı ise⁴⁵³, muafiyet imkanını hemen hemen ortadan kaldırmaktadır⁴⁵⁴. Bu gibi yüksek piyasa payları ancak, Topluluk dışı aktüel veya potansiyel rekabetin etkinliği⁴⁵⁵ veya danışıklı ilişkinin konusunu teşkil eden sınırlamanın gevşekliği⁴⁵⁶ yahut piyasanın karakteristik açıdan farklılıklar göstermesi⁴⁵⁷ ya da komşu piyasalardaki teşebbüslerin ekonomik gücü⁴⁵⁸ gibi,

istisnai hallerde haklı görülebilmektedir⁴⁵⁹. Komisyon genel olarak, anlaşma sonrasında da piyasadaki rekabetin devamını aramakta ve bu hususta potansiyel rekabet baskısını da yeterli görmektedir⁴⁶⁰.

5- Ölçülülük Şartı

Nihayet muafiyet kararı verilebilmesi için aranan son şarta göre, “*Rekabetin “a” ve “b” bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması*” gerekir. Bu bağlamda, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması söz konusu değildir. Kısaca “ölçülülük”⁴⁶¹ olarak ifade edebileceğimiz bu prensibe göre, sınırlama, elde edilmek istenen olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli olmalıdır. Bu prensibe aykırılık, ya izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanması ya da rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmaması halinde söz konusu olabilir. Teşebbüsler prensip olarak, anlaşma ile izledikleri ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler⁴⁶².

Şüphesiz, sınırlamanın ne zaman ölçülülük ilkesine uygun olabileceği hususunda genel bir kriter vermek mümkün değildir. Ölçülülük, anlaşma ile izlenen amaca bağlı bir ilke olduğuna göre, burada öncelikli olarak anlaşmanın yorumlanarak amacının tespit edilmesi gerekir. Anlaşmaların çok farklı amaçlara hizmet etmesi, bunların her birinin kendi kapsamı içerisinde değerlendirilmesini ve ölçülülük ilkesinin sınırlarının somut olaya göre belirlenmesini zorunlu kılar. Örneğin, tek satıcılık gibi bir dağıtım sözleşmesinde, alıcıya tanınan tekel bölgesi, anlaşmadan beklenen amacın gerçekleştirilmesi için gereken zorunlu bir sınırlama olarak kabul edilebilir. Keza, üretim ve kapasitenin kontrol edilmesi, kriz kartellerinin amaca ulaşması bakımından ölçülülük ilkesine uygun kabul edilebilir. Genellikle anlaşmanın objektif esaslı unsuru sayılan kayıtların, rekabeti sınırlayıcı da olsa, amacın elde edilmesi bakımından zorunlu olduklarını kabul etmek gerekir.

Avrupa Birliği Hukukunda ölçülülük ilkesine olan yaklaşımın belirlenmesinde, Komisyon tarafından yayınlanan grup muafiyeti tüzükleri büyük ölçüde yol gösterici niteliktedir⁴⁶³. Tüzüklerde benimsenen sistem uyarınca, farklı anlaşma kategorileriyle izlenen olumlu amaçların gerçekleştirilmesinde, hangi kayıtların gerekli ve kabul edilebilir olduğu, hangilerinin ise ölçülülük dışında kaldığı, açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁴. Kanımızca tüzüklerde yer alan, “*siyah kayıtlar*”, ölçülülük ilkesi dışında kalmakta ve bu nedenle de muafiyet imkanı sınırlanmaktadır. Komisyon, ölçülülük ilkesini aşan kayıtlar karşısında aktif bir tutum sergilemekte ve bu kayıtları, şarta bağlı muafiyet sisteminin sağladığı müdahaleci yöntem

vasıtasıyla, değiştirilmesini sağlayabilmektedir⁴⁶⁵. Buna karşılık, paralel ticareti engelleyen, Ortak Pazar'ın ulusal sınırlar boyunca bölünmesine yol açan, "bölgesel koruma kayıtları" ve alıcıların fiyat ve benzeri şartlara ilişkin özgürlüğünü sınırlayan kayıtlar, genellikle amacın elde edilmesi için, gereğinden fazla sınırlama olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Komisyon, sınırlamanın izlenen amacın gerçekleştirilmesinde gerekli olup olmadığını değerlendirirken, objektif bir tutum sergilemekte ve tarafların izledikleri öznel amacı değerlendirmede dikkate almamaktadır⁴⁶⁶.

C) Muafiyet Türleri

Avrupa Birliği Hukukunun sistemini benimseyen Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, bireysel ve grup muafiyeti olmak üzere, birbirinden oldukça farklı özelliklere sahip, iki farklı muafiyet türü öngörmüştür. Kanun'un 5. madde düzenlemesi, her ne kadar münhasıran bireysel muafiyete ilişkin gibi gözükse de, son fıkra, "*Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir*" hükmünü getirmiş ve bireysel muafiyetin yanı sıra, Kurul'a grup muafiyeti tebliğleri çıkarma yetkisi de vermiştir.

1- Bireysel Muafiyet⁴⁶⁷

Kanun'un 5. madde hükmünde temel aldığı muafiyet tipi, bireysel muafiyettir. Bireysel muafiyet, ilgililerin talebi üzerine, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişki hakkında, 5. maddedeki olumlu ve olumsuz şartların tümünün yerine getirildiğine dair, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir *yenilik doğurucu karaktere haiz⁴⁶⁸ birel koşul işlem*"dir⁴⁶⁹. Bu karar, belirli usuller çerçevesinde Kurul'a bildirilen belirli bir danışıklı ilişkiyi, 4. madde hükümlerinin uygulanmasından istisna tutmaktadır⁴⁷⁰. Bu bağlamda, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı ilişkilerin tabi olduğu, geçersizlik, idari para cezaları ve tazminata ilişkin hukuki yaptırım rejimi, muafiyet kararı verilen anlaşma, karar ve uyumlu eylemler bakımından, uygulanma imkanını yitirmektedir. Bireysel muafiyet kararı belirli bir süreye tabidir. Muafiyet kararının süresinin takdiri Rekabet Kuruluna ait olmakla birlikte, 5 senelik üst sınırın aşılması mümkün değildir. Buna karşılık, talep halinde bu sürenin yenilenmesi mümkündür (RKHK. md.5/2)⁴⁷¹.

Bireysel muafiyet kararı, ancak söz konusu danışıklı ilişkinin yayınlanan grup muafiyeti tebliğleri kapsamı dışında kalması halinde önem kazanır. Zira grup muafiyeti tebliği kapsamında olan bir danışıklı ilişki için, bildirim mecburiyeti olmadığı gibi, muafiyet alma gereği de bulunmamaktadır. Kanun'da

açıkça öngörüldüğü üzere, bireysel muafiyet kararının verilmesi, ancak ilgililerin bildirim ve talebi üzerine olur⁴⁷². Bildirilmemiş olan danışıklı ilişkiler için, bireysel muafiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Rekabet Kurulu'nun kendi inisiyatifıyla, re'sen muafiyet kararı verme yetkisi bulunmamaktadır⁴⁷³. Bu durum, muafiyetin yenilenmesi kararı açısından da geçerlidir.

Bireysel muafiyet kararı, kural olarak geriye etkili bir karardır. Bununla birlikte bu geriye etkili olma, iki farklı şekilde gerçekleşebilir. Kanun'un 10/1.maddesi hükmü (ve buna dayanılarak çıkarılan Tebliğ uyarınca)⁴⁷⁴, 4. madde kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir danışıklı ilişkinin, bir aylık bir süre içerisinde, usulüne uygun bir şekilde⁴⁷⁵ Kurul'a bildirilmesi gerekir. Dolayısıyla bildirim şekle tabidir. Süresi içinde bildirilen anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, idari para cezasına tabi olmadığı gibi⁴⁷⁶, verilecek olan muafiyet kararı da, bildirimden değil, anlaşma, karar veya uyumlu eylemin yapıldığı tarihten itibaren geçmişe etkili olacaktır. Bir aylık bildirim süresinin kaçırılması halinde ise, söz konusu danışıklı ilişkinin idari para cezasına muhatap olmasının yanı sıra (RKHK.md.16/c), verilecek muafiyet kararı da, ancak bildirim tarihinden itibaren geçerli olacaktır. Dolayısıyla, danışıklı ilişki, örneğin anlaşmanın yapıldığı tarih ile bildirim tarihi arasında geçen süre için muafiyet kararı kapsamı dışında kalacak ve 4. maddenin hukuki rejimine tabi olacaktır. Kısaca, kanuni süresinde yapılan veya yapılmayan bildirimler arasında, muafiyet kararının geriye yürümesi, farklı düzenlemelere tabi kılınmıştır⁴⁷⁷. Kanımızca 4. madde kapsamına giren rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkiler bakımından "bildirim", hayati önemi haizdir⁴⁷⁸.

Danışıklı ilişkinin Kurul'a bildirilmesi üzerine, Kurul aşamalı olarak ilişkinin 4. madde ve grup muafiyeti tebliğleri kapsamına girip girmediğini tespit etmekle yükümlüdür. Zira 4. madde kapsamına girmeyen veya 4. madde kapsamına girip de, grup muafiyeti tebliğlerine tabi olan bir danışıklı ilişkinin, bildirim ve bireysel muafiyet alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu tespitin yapılmasını takiben, danışıklı ilişkinin 5. madde şartlarının yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesi gerekir. Kural olarak muafiyet şartlarının yerine getirildiğinin ispatı, taraflara aittir⁴⁷⁹. Kurul'un yapacağı inceleme, 5. maddedeki koşullar çerçevesinde, piyasa, piyasanın yoğunluğu, tarafların ekonomik güçleri, rekabetin ne ölçüde sınırlandığı ve ilişkinin ekonomik açıdan olumlu yönleri gibi, ekonomik ve teknik hususları kapsamaktadır.

Yapılacak olan ekonomik incelemenin bireyselliği, yani somut olayın şartlarını dikkate alacak olması nedeniyle, bireysel muafiyetin amaca daha uygun ve adaletli olduğu söylenebilir. Buna karşılık, bu tip bir incelemenin, oldukça detaylı ve teknik meseleleri konu alacak olması, Kurum'un iş yükünü artıracak ve incelemenin kısa sürede sonuçlanmasına engel olacaktır. İnceleme ile geçen bu uzun süre ise, tarafların hukuki açıdan kendilerini güvensiz hissetmelerine neden olabilir⁴⁸⁰. Bu durumun ise, ticari hayatın işleyişini sekteye uğratacağını ve yatırımların önünü keseceğini söylemek zor değildir. Özellikle

büyük çaplı yatırımların söz konusu olduğu bazı sektörlerde, tarafların hukuki açıdan emniyet içerisinde olması, büyük önem taşımaktadır. Bu itibarla bireysel muafiyet rejiminden beklenen faydanın gerçekleşmesi güç gözükmektedir.

Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, Komisyon'un yeterli finansal kaynaklarına, entellektüel altyapısına, teknik donanımına ve en önemlisi 30 yıllık tecrübesine rağmen, yapılan bir başvurunun sonuçlandırılması ortalama üç seneyi bulmakta⁴⁸¹ ve bir sene içerisinde verilen bireysel muafiyet kararı, bir elin parmaklarını geçmemektedir⁴⁸². Komisyon muafiyet sisteminden beklenen faydayı, grup muafiyeti düzenlemeleri, bireysel muafiyetten beklenen faydayı ise, resmi niteliği olmayan idari mektuplar⁴⁸³ yoluyla sağlamaktadır⁴⁸⁴. Bu itibarla Avrupa Birliği Hukukundaki uygulamaya baktığımızda, bireysel muafiyetin, ancak hakkında grup muafiyeti bulunmayan az sayıdaki anlaşma kategorileri veya çeşitli nedenlerle ilgili grup muafiyeti dışında kalan münferit anlaşmalar bakımından önem taşıdığını söylemek mümkündür. Bu anlaşmalar açısından muafiyet koşullarının bulunup bulunmadığının ispatının da, taraflara ait olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁵.

Komisyon, patent ve know-how lisansı, tek satıcılık ve franchising anlaşmaları gibi dikey anlaşmaların ve bunun yanı sıra, uzmanlaşma, rasyonelleştirme, araştırma-geliştirme amacına yönelik yatay anlaşmalar kategorilerinin, rekabeti artırdığı ve/veya ekonomik açıdan olumlu yönlerinin bulunduğunu kabul etmekte⁴⁸⁶ ve bu tür anlaşmaları, gerek grup, gerekse bireysel muafiyet vasıtasıyla, 85/1.madde yasağından istisna tutmaktadır⁴⁸⁷. Ayrıca küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması politikası çerçevesinde⁴⁸⁸, Komisyon bu teşebbüslere karşı daha olumlu bir yaklaşım sergilemektedir⁴⁸⁹. Buna karşılık, yatay ve dikey fiyat tespiti öngören, milli esaslara göre ayırimcılık yapan, kolektif alım ve satımı amaçlayan, alıcılara mutlak bölgesel koruma sağlayan, paralel ticareti engelleyen ve üye ülkelerin ulusal sınırlar boyunca paylaşılmasına yol açan danışıklı ilişkiler, bireysel muafiyetten faydalandırılmamaktadır⁴⁹⁰.

Bireysel muafiyet ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka husus ise, muafiyet kararının şart ve/veya yükümlülüklerle bağlanabilmesi ve geri alınabilme imkanıdır. Kanun'un 5. maddesi, "*Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir*" hükmünü getirmekte; 13. maddesi ise, "*..Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kararın söz konusu anlaşma⁴⁹¹ hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde, muafiyet ve menfi tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir...*" demektedir.

Her iki düzenleme de, muafiyet kararlarının, somut olayın koşulları karşısında esnekliğe kavuşması ve değişen şartlara gereken uyumun sağlanması açısından yerindedir. Örneğin, normal şartlar altında muafiyet alması mümkün olmayan bir anlaşma, Kurul ve taraflar arasındaki müzakereler neticesinde bazı

kayıtların anlaşmadan silinmesi şartına veya dönemsel bilgi verilmesi gibi yükümlülüklerle bağlanarak, muafiyet alma imkanına kavuşabilir⁴⁹². Bu durum, özellikle ölçülülük ilkesini aşan, “süre” gibi sınırlayıcı kayıtların törpülenmesi veya bilgi verme yükümlülükleri vasıtasıyla, muafiyet kararından sonra meydana gelen değişikliklerin izlenebilmesi bakımından amaca uygundur. Pek çok durumda da, anlaşmanın muafiyet alabilirliği hususunda duyulan tereddüt, muafiyet kararı verilerek, fakat aynı zamanda bazı yükümlülükler öngörülerek giderilebilir. Ayrıca Rekabet Kurulu, kendisine bildirilen bir anlaşmaya sadece muafiyet kararı verirken değil, muafiyet kararı verdikten sonra da çeşitli şart ve/veya yükümlülükler bağlayabilir (RKHK.md.13/1)⁴⁹³.

Fakat belirtmek gerekir ki, Kurul’un muafiyet kararını şart ve/veya yükümlülüklerle bağlaması, çeşitli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce bu tip bir yetki, sözleşme özgürlüğü ilkesinin olumlu bir şekilde sınırlanması anlamına gelir. Rekabet Kurulu, bildirime konu olan anlaşmaya bir taraf gibi müdahil olmakta, bundan da önemlisi, kendi koşullarını dayatabilme imkanını haiz olmaktadır. Bu durumun, taraflar arasındaki müzakere dengesini alt üst ettiği ve sözleşmeden beklenen ticari amaçların boşa çıkması riskini getirdiği açıktır⁴⁹⁴. Bu nedenle, Rekabet Kurulu’nun bu yetkisini kullanırken oldukça çekingen davranmalı, sözleşmeye müdahale etmeden önce taraflarla diyalog içerisine girmeli ve onlarla koşullar ve yükümlülükler üzerinde müzakere etmelidir. Sözleşmeye müdahale, ancak sözleşmeye mevcut haliyle muafiyet verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, sözleşmenin bütününe şamil olmadan ve sadece muafiyeti engelleyen kayıtlarla sınırlı olarak yapılmalıdır. Kurul, anlaşmayla izlenen ticari amacı ve taraflar arasındaki pazarlık dengesini gözeterek, hakkaniyete ve ticari gerçeklere uygun bir şekilde karar vermekte yükümlüdür.

Bunun yanı sıra muafiyet ve menfi tespit kararının geri alınabilirliğine ilişkin düzenleme de, teorik açıdan amaca uygun gözükmeyle birlikte, çeşitli sakıncalar doğurabilir. Ekonomik yaşamın dinamik bir süreç olması itibarıyla, muafiyet kararı verilmesine esas teşkil eden olaylarda değişiklik olması ve anlaşmanın ekonomik etkilerinin zaman içerisinde değişkenlik göstermesi olağandır. Anlaşmanın olumlu yönlerinin ağır basıyor olması, bu durumun sonsuza kadar aynı şekilde devam edeceği anlamına gelmez. Bu itibarla zaman içerisinde meydana gelişen değişiklikler doğrultusunda, muafiyet kararlarının uyarlanması ve ekonomik gelişmeler karşısında esneklik sağlanması, yerinde bir düzenlemedir.

Buna karşılık bu durumun, aynı zamanda hukuki açıdan belirsizliğe yol açtığını da söylemek mümkündür. Örneğin, 13. maddenin “a” bendinde öngörülen “*Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olay*” ifadesi oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Muafiyet kararına temel alınan ve etkileri birbirinden farklı pek çok olayın olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu olaylardan herhangi birinde meydana gelen değişikliğe dayanılarak, muafiyetin geri

alınabilmesi, anlaşmanın geçersizliği ve idari para cezası müeyyideleri dikkate alındığında, lafzın hükmün amacını aştığı izlenimini doğurmaktadır. Ayrıca geri alma kararının, değişikliğin olduğu tarihe kadar geriye etkili olabilmesi, sakıncayı artırmaktadır (RKHK.md.13/2). Bu itibarla, yukarıdaki ifadeyi dar yorumlamak ve ancak kararın alınmasında doğrudan ve birinci derecede etkili olan olayların, geri alma kararına esas oluşturduğu kabul etmek gerekir.

Bunun yanı sıra, “c” bendinde öngörülen; “*kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması*” şeklindeki geri alma sebebi, muafiyete esas oluşturacak olguların ispatının taraflara ait olduğu düşünülecek olursa, daha vahim sonuçlar doğurabilir. Burada da yanlış veya eksik bilginin niteliğine ilişkin sınırlama öngörülmemiştir. Biraz mübalağa edecek olursak, taraflardan birinin ismini veya unvanını yanlış yazması, muafiyetin geri alınmasına mı sebep olacaktır. Üstelik, yanlış veya eksik bilgi verme “*kasten*” veya “*hile*”(?) ile gerçekleştirildiği takdirde⁴⁹⁵, geri alma kararı, muafiyetin verildiği tarihe kadar geri yürüyecek ve muafiyet karar hiç alınmamış sayılacaktır⁴⁹⁶. Dolayısıyla bu hükmü de, yukarıda belirttiğimiz gibi, ancak muafiyet kararı verilmesinde doğrudan ve birinci derecede etkili olan bilgiler şeklinde yorumlamak gerekir.

Diğer taraftan, Kurum’un çıkardığı bildirim formlarında cevaplanması istenen suallerin zorluğu karşısında, yanlış veya eksik bilgi vermemek de neredeyse mümkün değildir. Örneğin taraflar, coğrafi piyasayı yanlış tanımlasalar veya giriş engellerini eksik olarak belirtseler ya da en büyük beş rakiplerini bilmeseler veya belirtmeseler, muafiyet kararı geri mi alınacaktır? Düzenlemenin bu hali itibarıyla, bu kadar ağır bir yaptırım öngörülmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca, Kanun’un düzenlemesine göre, bilgi eksikliğinin kimin tarafından gerçekleştirildiği de önem taşımamaktadır. Örneğin, Kurul yetkililerinin anlaşmayı yanlış yorumlaması veya anlaşma hakkında eksik bilgi edinmesi ya da anlaşmanın yapıldığı ekonomik koşulları hatalı bir şekilde takdir etmesi halinde, bu hatanın sonradan anlaşılması neticesinde, karar geri alınabilecek midir?

Açıklıkla görüldüğü üzere, Rekabet Hukukunun uygulamasında büyük yer tutan 4. maddenin tatbikinde, Rekabet Kurulu önemli yetkiler ile donatılmıştır. Bu yetkiler, Kanun koyucunun rekabet politikası oluşturma görevini Rekabet Kurulu’na bıraktığını açıkça göstermektedir. Bu tercih, rekabet politikası açısından savunulabilir olmakla birlikte, verilen yetki ve takdir hakkının genişliği, olağanüstü rejim standartlarını çağrıştırmaktadır. Kanımızca takdir hakkının çerçevesinin somut ve kesin çizgilerle belirlenmesi gerekmektedir. Takdir hakkı ve kapsamlı yetkilerin dışında, bireysel muafiyet sisteminin, kendisinden beklenen faydayı gerçekleştirme ve anlaşmaların olumlu ve olumsuz yönlerini dengeleyebileceği ya da katı hukuki yaptırımları önlemede yeterli olacağını söylemek güçtür. Bildirim ve bildirimle bağlanan sonuçlar, sistemi mekanik hale getirmekte ve özellikle geçersizlik yaptırımı

amacı aşmaktadır. Bütün bu nedenlerden dolayı, muafiyetten beklenen faydanın, aynen Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, ancak grup muafiyeti vasıtasıyla sağlanması mümkün gözükmemektedir.

2- Grup Muafiyeti⁴⁹⁷

Avrupa Birliği Hukukundaki sisteme uygun olarak, bireysel muafiyetin yanı sıra öngörülen bir diğer muafiyet türü, tebliğler ile hayata geçirilen, grup muafiyetidir. Grup muafiyeti tebliği, isminden de anlaşılabilirliği üzere karar değil, “*genel düzenleyici işlem*”dir⁴⁹⁸. Rekabet Kurulu, 5. maddenin verdiği yetki çerçevesinde, belirli konulardaki anlaşma türlerini, blok olarak 4. madde yasağından istisna tutan tebliğler çıkarma yetkisini haizdir⁴⁹⁹. Ülkemizde, hangi tür anlaşmalar için grup muafiyeti tebliğlerinin çıkarılacağı ve bu tebliğlerin uygulanma şartları, münhasıran Rekabet Kurulu’nun yetkisi altındadır. Buna karşılık bu tebliğlerin çıkarılmasında, 5. maddede öngörülen olumlu ve olumsuz şartların en azından teorik olarak Kurul tarafından dikkate alınması gerekir.

Hemen belirtelim ki, grup muafiyeti sistemi, muafiyetten beklenen hukuki güvenlik ve istikrar gibi tali amaçların gerçekleştirilmesinde, bireysel muafiyetten daha elverişli bir vasıta. Grup muafiyeti tebliğleri kapsamındaki sözleşme ve kararların kendiliğinden geçerli sayılması ve muafiyetten yararlanmanın bildirimle bağlı olmaması⁵⁰⁰, grup muafiyeti rejimini, bireysel muafiyetten esaslı bir şekilde ayırmaktadır. Bildirimin olmaması, teşebbüsleri önemli bir külfetten kurtarmakta ve otomatik geçerlilik ise, tarafların hukuki açıdan güvende hissetmelerini hizmet etmektedir. Grup muafiyeti kapsamındaki danışıklı ilişkiler, bir bütün olarak 4. madde yasağından istisna edilmekte ve bu suretle sadece geçersizlik değil, tazminat sorumluluğu ve idari para cezalarına ilişkin yaptırımlar da uygulanma imkanını yitirmektedir. Ayrıca Rekabet Kurulu’nun muafiyet tanıırken bireysel inceleme yapmayacak olması da, Kurul’un iş yükünün azaltılması ve hukuki belirsizliğin ortadan kaldırılması açılarından amaca uygundur. Dolayısıyla bireysel muafiyet için geçerli olan pek çok sakıncanın, grup muafiyeti sistemi ile ortadan kaldırıldığını söylemek mümkündür.

Rekabet Kurumu’nun oluşturulduğundan bu yana geçen kısa süre içerisinde, Kurul, daha çok dikey anlaşmaları dikkate alarak, tek elden satın alma⁵⁰¹, tek elden dağıtım⁵⁰², motorlu taşıtların dağıtım ve servisi⁵⁰³ ve franchising⁵⁰⁴ anlaşmalarına ilişkin olarak grup muafiyeti tebliğleri yayınlamıştır. Yayımlanan bu tebliğler, büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukukundaki tüzükler örnek alınarak hazırlanmıştır, dolayısıyla tüzükler için söz konusu eleştirilerin, tebliğler için de aynen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

Tebliğlerin genel özelliklerini açıklamadan önce önemle belirtmek gerekir ki, belirtilen bu grup muafiyeti türlerinin konu aldığı herhangi bir

anlaşmanın, örneğin bir franchising anlaşmasının, Kurul tarafından grup muafiyeti kapsamında değerlendiriliyor olması, bu türde her anlaşmanın mutlaka 4. madde yasağına tabi olduğu ve geçerliliğinin ancak muafiyet rejimi sayesinde mümkün olabileceği şeklinde yorumlanamaz. Fakat grup muafiyeti tebliğlerinin, Kurul'un rekabet sınırlamalarına karşı yaklaşımını büyük ölçüde ortaya koyması karşısında, grup muafiyeti ile düzenlenen anlaşma kategorilerinin 4. madde kapsamında görülebilmesi olasılığının da yüksek olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bunun dışında, tebliğlerde muafiyeti dışlayan veya muafiyetin geri alınabilmesine gerekçe olarak gösterilen kayıt veya olgular, mutlak surette bireysel muafiyet alınmasına da engel olarak kabul edilemez. Kanımızca muafiyet engeli olarak öngörülen bu koşulları ihtiva eden bir anlaşmanın muafiyet alma olasılığı bulunduğu gibi, olayın özelliklerine bağlı olarak menfi tespit belgesi alma olasılığı dahi bulunmaktadır.

Hukukumuz açısından yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğleri, sadece anlaşma değil, uyumlu eylemleri de kapsamakta, buna karşılık nitelikleri icabı teşebbüs birliği kararlarını kapsam dışı bırakmaktadır⁵⁰⁵. Tebliğler sadece yürürlüğe girmelerinden sonra yapılan anlaşma ve uyumlu eylemleri değil, daha önce yapılan ve uygulanmakta olan anlaşma ve uyumlu eylemleri de kapsamaktadır⁵⁰⁶. Bu itibarla önceden akdedilmiş ve uygulanmakta olan anlaşmaların, tebliğlerdeki koşulları yerine getirmeleri halinde bildirim mecburiyetleri bulunmamaktadır. Grup muafiyet tebliği kapsamına giren bir anlaşmanın geçerlilik süresi, geri alma koşullarından birinin gerçekleşmemesi kaydıyla, tebliğin yürürlükte kaldığı süreye bağlı olacaktır. Buna karşılık şu ana kadar çıkarılmış olan tebliğlerde, bunların ne kadar süreyle yürürlükte kalacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa Avrupa Birliği Hukukunda, gerek grup muafiyeti tüzükleri, gerekse buna esas alan Konsey düzenlemeleri, tüzüklerin yürürlükte kalacağı sürelerle ilişkin açık hükümler içermektedir. Rekabet Hukuku ve muafiyet sisteminin felsefesi göz önünde tutulduğunda da, grup muafiyeti tebliğlerinin yürürlüğünün, sınırlı süreye tabi olduğunun kabul edilmesi daha uygun bir yaklaşım olmaktadır. Bununla birlikte, bu yönde açık bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, tebliğlerin yürürlüklerini sona erdiren başka bir tebliğ çıkarılana kadar, bunların yürürlükte kalacaklarını kabul etmek gerekir.

Benimsenen sisteme göre, bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanması, grup muafiyeti tebliğlerinde öngörülen koşulları yerine getirmesine bağlıdır. Belirtelim ki, bir danışıklı ilişkinin grup muafiyeti kapsamına girmesi demek, grup muafiyeti tebliğlerinde aranan koşulların, bir başka deyişle anlaşma kayıtlarının, şeklen, sözleşme veya anlaşma ya da karar üzerinde yer alması değildir. Rekabet Hukuku şekli veya hukuki durumu değil, fiili gerçekleri dikkate alır. Bu nedenle bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, tarafların anlaşmalarına sadece grup muafiyeti sistemine uygun kayıtları dercetmeleri yetmez, aynı zamanda buna uygun surette

davranmaları gerekir. Anlaşmada yer verdikleri kayıtlara aksi surette davranmaları halinde, bu anlaşma grup muafiyetinden yararlanamaz.

Ayrıca dar anlamıyla rekabet kavramının bir süreci ifade etmesi ve bu nedenle, 4. madde kapsamına giren danışıklı ilişkilerin süreklilik göstermesi karşısında, önceden fiili ve şekli durum itibarıyla grup muafiyeti kapsamına giren bir danışıklı ilişki, daha sonra tarafların muafiyete aykırı uygulamalarda bulunmaları nedeniyle, kendiliğinden grup muafiyeti kapsamı dışında kalır. Zira bu durum, artık anlaşmanın zımnen değiştirildiği ve yeni bir anlaşmanın yapıldığı anlamına gelir. Dolayısıyla böyle bir durumda Kurul tarafından alınacak bir geri alma kararına da ihtiyaç bulunmayacak, mahkemelerin vereceği bir tespit kararı yeterli olacaktır. Benimsediğimiz bu yorum tarzı, grup muafiyeti rejimiyle amaçlanan hukuk güvenliğini bir parça göz ardı etmekle birlikte, 4. madde sistemi ve Rekabet Hukukunun mantığına daha uygun düşmektedir. Yine de belirtelim ki, şeklen grup muafiyeti tebliğlerine uygun suretle hazırlanan bir sözleşmenin, grup muafiyetinden yararlandığı karinesi geçerlidir. Fiili durumun bundan farklı olduğunu iddia eden, bunu ispatla yükümlü tutulmalıdır.

Tebliğlerde öngörülen koşullar ise, 5. maddede öngörülen soyut şartların, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasındaki içtihatlar ışığında somutlaşmasından ibarettir. Tebliğlerin tümünde, bir anlaşmanın içerisinde öngörülmesi mümkün muafiyet alabilecek ve alamayacak olan yükümlülükler ayırımına yer verilmiş ve bu sayede, tarafların hukuki belirsizlikten kurtarılması amaçlanmıştır. Franchising ve motorlu araçların dağıtım ve servisine ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde ise, bununla da yetinilmemiş ve anlaşmada yer alması zorunlu olan kayıtların tek tek sayılması yoluna gitmiştir⁵⁰⁷. Tebliğlerin tümünde görülen bir başka ortak özellik, grup muafiyetinin geri alınabilmesine imkan veren hükümler öngörülmesidir. Kanun'un 13. maddesine benzer bir şekilde, söz konusu anlaşmanın, 5. madde ile bağdaşmayacak özellikler göstermesi veya tebliğlerde belirtilen durumlardan herhangi birinin gerçekleşmesi, bu anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı dışında kalmasına yol açabilecektir.

Avrupa Birliği Hukukundaki uygulamaya baktığımızda, 4. maddenin uygulanmasında temel aracın, uzun yıllardan bu yana yürürlükte olan grup muafiyeti tüzükleri olduğu görülmektedir Komisyon ilk yıllarda, kendisine yapılan bildirimler doğrultusunda muafiyetten yararlandırılması muhtemel anlaşma kategorilerine ilişkin zengin bir içtihat oluşturmuş ve takip eden yıllarda içtihatlarda ortaya çıkan prensipler, hazırlanacak grup muafiyeti tüzüklerinin genel çerçevesini oluşturmuştur⁵⁰⁸. Avrupa Birliği Hukukunda, sadece, tek elden satın alma⁵⁰⁹, tek elden dağıtım⁵¹⁰, motorlu taşıtların dağıtım ve servisi⁵¹¹ ve franchising anlaşmaları⁵¹² gibi dikey anlaşmalara ilişkin değil; uzmanlaşma⁵¹³, araştırma-geliştirme⁵¹⁴, teknoloji transferi⁵¹⁵ ve sigorta sektöründeki bazı tür anlaşmalar⁵¹⁶ gibi, yatay anlaşmalara da yönelik blok (grup) muafiyet tüzükleri yürürlükte. Dolayısıyla Avrupa Birliği Hukukunda, uygulamadaki pek çok anlaşma türünün, grup muafiyeti içerisinde olduğunu söylemek mümkündür.

Grup muafiyet rejimi, belirttiğimiz yararlı yönlerine rağmen, çeşitli açılardan eleştiri konusu yapılmaktadır. Özellikle tebliğlerin (tüzüklerin) kaleme alınmış tarzında yoğunlaşan eleştirilerin kısaca özetlenmesi, muafiyet rejiminin her iki türünün de, kendilerinden beklenen faydayı sağlamada yeterli olmadıklarının ortaya konması bakımından önem taşır⁵¹⁷. Grup muafiyeti düzenlemelerine yöneltilebilecek ilk eleştiri, bireysel muafiyette olduğu gibi, tebliğlerin de hukuki güvenliği sağlamada yetersiz olabilecekleridir. Zira tarafların akdettiği bir sözleşmenin, teorik olarak her zaman grup muafiyeti koşullarını yerine getirmedeğini ve muafiyetten yararlanamayacağını iddia etmek mümkündür⁵¹⁸. Tebliğler ne şekilde kaleme alınırsa alınsın, bu belirsizliğin giderilmesi oldukça güçtür. Ayrıca grup muafiyetinin geri alınması olasılığı dikkate alınacak olursa, grup muafiyeti kapsamındaki anlaşmalar için her zaman belirli bir yasaklama riskinin de bulunduğunu ve bu durumun, yukarıda ifade ettiğimiz hukuki belirsizliği artırdığını belirtmek gerekir⁵¹⁹.

Grup muafiyeti tebliğlerine getirilebilecek ikinci eleştiri ise, söz konusu düzenlemelerin ekonomik olmaktan ziyade, şekilci bir yaklaşımı yansıtmaları ve özellikle bazılarının, kazuistik bir şekilde kaleme alınmış olmalarıdır⁵²⁰. Bu durum, her ne kadar taraflara hukuki belirlilik sağlamaya yönelik olsa da, aynı zamanda tarafları belirli bir tip sözleşmeyi akdetmeye zorlamakta ve sözleşme serbestisini kısıtlamaktadır (*strait jacket*). Kanımızca muafiyet kapsamı dışında kalan kayıtların yanı sıra, izin verilebilecek sınırlamaların da tek tek öngörülmesi, yerinde bir düzenleme tarzı değildir. Bu tip bir düzenleme, pazarlık imkanı açısından tarafların hareket alanını daralttığı gibi, sözleşmelerin belirli bir kalıba girmelerine neden olabilir⁵²¹. Özellikle kazuistik bir şekilde kaleme alınmış olan ve muafiyet için yer alması zorunlu kayıtların varlığını arayan grup muafiyeti tebliğlerinde, bu durum daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır.

Tebliğler hakkındaki bir başka eleştiri ise, bunların kapsamının oldukça dar tutulması ve çeşitli ilişkilerin muafiyet kapsamı dışında kalmasıdır. Bir kere franchising veya tek satıcılık gibi bir dağıtım anlaşmasının grup muafiyeti kapsamına girmesi, ancak söz konusu anlaşmanın iki tarafı bulunması halinde söz konusu olabilecektir. Örneğin her nasılsa üç teşebbüsün taraf olduğu bir tek elden dağıtım anlaşmasının, muafiyet alma imkanı bulunmamaktadır. Bunun dışında, taraflara yüklenebilecek rekabet sınırlamalarının tebliğlerde tahdidi olarak öngörülmesi de, tebliğlerin uygulama alanını daraltmakta ve ticari hayatın uygulamasında sıklıkla karşılanabilecek olan çeşitli sınırlama hallerini, kapsam dışında bırakmaktadır⁵²².

Tekrar belirtelim ki, bir danışıklı ilişkinin grup muafiyeti tebliğlerinde öngörülen koşulları yerine getirmemesi veya hiçbir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmemesi, o danışıklı ilişkinin hiçbir zaman muafiyetten faydalanamayacağı ve daha da önemlisi bireysel muafiyet alamayacağı anlamına gelmez. Bir danışıklı ilişki, bir tebliğde öngörülen koşulları yerine getirmemekle birlikte, istisnaen bir başka tebliğde öngörülen koşulları yerine getirebilir. Bunun

dışında hiçbir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen bir danişıklı ilişki, her zaman için bireysel muafiyet olabilir. Dolayısıyla yapılan bir anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı içerisine girmesi, teşebbüslere büyük avantajlar sağlayacak olsa da, 4. madde yasağında istisna tutulmak için son çare değildir. Grup muafiyetine ilişkin olarak yaptığımız eleştirilerin, bu husus göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir.

AÇIKLAMALAR

¹ Birleşme kavramı için bkz. aşağıda § 3/II/C/2/c

² Burada bir davranışın ekonomik açıdan rasyonel olmasından maksat, piyasa koşullarını gereklerine uygun olarak davranılması veya söz konusu davranışın ekonomik değerlendirmeler açısından haklı görülebilmesidir. Yoksa pek tabii ki, rekabete aykırı olan davranışlar da kendi içlerinde belirli bir mantığa dayanmakta, fakat bu mantık, sadece teşebbüs veya birlikte davranan teşebbüs gruplarının menfaati veya haksız kazancı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Yaptığımız bu tespit, Kanun'da öngörülen karine nedeniyle özellikle uyumlu eylemlerin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır (RKHK.md.4/3,4).

³ Barlas ise, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların en tipik türü olan kartel anlaşmalarını açıklarken, anlaşmaya taraf teşebbüslerin birbirine rakip olarak kaldıklarını ve gerek fonksiyon gerekse konu açısından bunların arasında bir "işbirliği" bulunmadığını ifade etmektedir (Barlas, sh.150). Kanımızca işbirliğinin ifade ettiği anlam çerçevesinde, bu görüşe katılmak güçtür. Zira işbirliği, taraf teşebbüslerin bağımsızlıklarını ortadan kaldırmaz ve bu teşebbüsler işbirliği yapılan konu dışında bağımsız faaliyetlerini sürdürmeye devam ederler. Rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma veya kartel anlaşmasına taraf olan teşebbüsler arasındaki ilişkiyi belirtmek üzere, "işbirliği" teriminin kullanılmasında sakınca yoktur.

⁴ Tarafları Rekabet Hukuku anlamında birer teşebbüs sayılmayan veya teşebbüs sayılsa da, konunun ticari rekabet ile ilgili olmadığı ilişkilerin Rekabet Hukuku kapsamına girdiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin spor müzakerelerinde veya öğretim kurumlarında söz konusu olan rekabet, Rekabet Hukukunun koruma kapsamında değildir. Bunun yanı sıra, tarafları veya kaynağı Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sayılmayan, fakat teşebbüsler arasındaki rekabete etkide bulunan çeşitli uygulama ve işlemler de Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilemez. Örneğin Bakanlar Kurulu'nun ticari işletmelere yönelik olarak aldığı bazı türdeki kararlar, rekabeti tamamen ortadan kaldırırsa dahi Rekabet Hukuku kurallarının konusu değildir. Nihayet tarafları teşebbüs sıfatını taşımakla birlikte, konusu itibarıyla ticari rekabet ile ilgili olmayan ilişkiler de Rekabet Hukuku içerisinde kabul edilemez. Örneğin, iki veya daha fazla teşebbüsün ortaklaşa olarak hayır kurumlarına yardım yapmaları, kamu yararına düzenlenen kampanyalara katılmaları, öğrenim bursları sağlamaları halinde, bu tür ilişkilerin taraflar arasındaki veya taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki rekabetin sınırlanmasına yol açabileceğini söylemek güçtür. Bununla birlikte, tarafları teşebbüs niteliği taşıyan ilişkiler bakımından ihtiyatlı davranmak ve ilişkinin görünürdeki amacının rekabete ilişkin olmadığı hallerde dahi, çeşitli ihtimalleri değerlendirmek ve özellikle gizli bir amacın bulunup bulunmadığını araştırmak gerekir.

⁵ Bkz. aşağıda §1/III/C/4

⁶ Avrupa Birliği Hukukunda, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını tümünü ifade etmek üzere, bir üst kavram olarak, "danışıklılık" (*collusion*) terimi kullanılmaktadır (Korah, sh. 37; Whish/Sufrin, sh.191; Tekinalp/Tekinalp, sh.333). Söz konusu terim, anlam açısından 4. maddenin konusunu oluşturan ilişkileri tam olarak kapsamadığı gibi, özel hukukumuzdaki muvazaa kavramı ile karıştırılabilir. Buna karşılık, 4. madde kapsamına giren tüm ilişkileri kapsayacak bir terim bulmanın güçlüğü

ve terim birliğini sağlamak düşüncesini göz önünde tutarak, çalışmamızda 4. madde kapsamına giren ilişkileri ifade etmek üzere “*danışıklılık*” terimine yer verilmiştir.

⁷ Bkz. aşağıda §2/II/D

⁸ Bkz. aşağıda §2/I

⁹ Bkz. aşağıda §3/I

¹⁰ Önemle belirtmek gerekir ki, bazı hallerde tek yanlı gibi gözüken bir davranış, aslında danışıklı bir ilişkinin sonucu ve dolayısıyla 4. maddenin konusu olabilir. Gerek Avrupa Birliği, gerekse Amerikan hukukunda danışıklı ilişkilerin tespit edilmesinin zorluğu karşısında, danışıklı ilişkilere dayanan veya danışıklı ilişkinin sonucu olduğu açıkça belli olan tek yanlı kararlar, örneğin, tespit edilen fiyatın (resale price maintenance), dağıtıcı tarafından kabul edilmemesi nedeniyle mal vermeyi reddetmek (refusal to deal), RA.’nın 85.maddesi veya Sherman Yasası’nın 1.maddesi çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilmektedir.

¹¹ Tarafların rekabeti sınırlamaktan başka bir amacının bulunmadığı kartel ilişkilerinde dahi, teşebbüslerin bağımsızlıklarını korumaları ve kendi ad ve hesaplarına hareket etmeleri, bu ilişkilerin sona ermesinde en etkili sebeplerden biridir. Zira teşebbüsler için nihai amaç, rekabet halinde elde edemeyecekleri kazancı elde ederek ekonomik açıdan üstün konuma gelmek ve rekabetin getirdiği belirsizlik ortamından kurtulmaktır. Yoksa hiçbir kartel ilişkisinde amaç, diğer taraf teşebbüslerin de kazanç elde etmesi veya birlikte egemen olup piyasa nimetlerinden müştereken faydalanmak değildir. Her ne kadar kartel anlaşmaları, diğer rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardan, ortak bir amacın bulunması niteliği ile ayrılıyor olsa da, bu anlaşmalarda dahi taraflar ilk fırsatta daha fazla kar elde etmenin ve üstün konuma gelmenin yollarını ararlar. Burada ortak menfaat sadece aynı yöntemi kullanarak daha fazla kazanç elde etmektir. Yoksa başka teşebbüslerin menfaatini korumak değil.

¹² Bu düzenlemenin ABD. Antitröst Hukukundaki paraleli, Sherman Yasası’nın 1. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre: “*Eyaletler arası veya yabancı ülkeler ile yapılan ticareti veya alışverişi kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst veya başka şekildeki birleşme ya da gizli işbirliği, hukuka aykırıdır. Burada hukuka aykırı olduğu belirtilen herhangi bir sözleşmeyi yapan ya da böyle bir birleşme veya işbirliğine katılan herkes ağır bir suç işlemiş sayılacak ve mahkemenin bu kanaate varması halinde, takdirine göre, fail eğer bir şirket ise 10 milyon ve bir kişi ise 350 bin dolara kadar para cezasına veya üç yılı geçmemek üzere hapis cezasına veya bu cezalardan her ikisine de mahkum edilecektir*”.

¹³ RA.’nın 85. maddesine göre: “*Amacı veya etkisi Ortak Pazar’da rekabetin bozulması, sınırlanması veya kısıtlanması olan ve üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyebilecek teşebbüsler arasındaki her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları Ortak Pazar ile bağdaşamaz ve yasaktır*”. Bu genel yasaklama koşulunu takiben, aynı 4. maddede olduğu gibi örnek bir takım rekabet sınırlamalarına yer verilmiştir.

¹⁴ Bkz. aşağıda III/E/1 ve ayrıca krş. aşağıda §2/III/C

¹⁵ RKKH.’nin maddi hukuk kuralları, yani 4, 5, 6. maddeler ve ufak bir takım farklılıklarla 7. madde açısından, teşebbüs kavramının içeriği ve tatbiki hususunda bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada olduğu gibi, çalışmamızın devam eden bölümlerinde de, teşebbüs kavramı üzerinde tekrar durulmayacaktır. Bu hususta, 1.Bölümde ifade edilenlerin yeterlidir (bkz. Birinci Bölüm §2/IV/C/2/b).

¹⁶ Belirtelim ki, 5. maddedeki muafiyet hükmünün, 4. maddeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkan hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmadığı tartışma konusu yapılabilir. Muafiyet bahsinde ifade edildiği üzere, buradaki kişisel görüşümüz, muafiyetin şartlarının bulunduğu değil; fakat fiilen uygulandığı hallerde hukuka aykırılığın ortadan kalktığı yönündedir (bkz. aşağıda IV/A).

¹⁷ Nitekim mehz teşkil eden RA.'nın 85. maddesi, sadece 4. maddenin karşılığını değil, aynı zamanda 5. maddede yer alan muafiyet hükmünün karşılığını da içermektedir (md. 85/3).

¹⁸ Medeni hukuk açısından, sözleşme, mukavele ve akit terimlerinin aynı anlama geldiği hususunda, herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır (Kocayusufpaşaoğlu, sh.117,118; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.51; Eren, sh.267; ayrıca bkz. TTK.md.1464).

¹⁹ Kanun'un pek çok maddesinde (örneğin : RKHK.md.1,2,4,5,8,10,13,16) ve geçersizliğe ilişkin olan 56. maddede sadece anlaşma terimine yer verilmişken, 57.maddede, “*Her kim bu Kanun'a aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa...*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, anlaşma ve sözleşme kavramlarının bir arada kullanılmıştır. Her ne kadar söz konusu düzenlemede ayrıca sözleşme terimine yer verilmiş olmasının yerinde olup olmadığı tartışılabilirse de, kanımızca bu farklılık, anlaşma ve sözleşme kavramları arasında fark gözetildiği ve “*anlaşma*” terimine yer verilmesinin bilinçli bir tercihe dayandığını göstermektedir.

²⁰ Calamari/Perillo, sh.28.vd

²¹ Krş. BK.md.1, Kocayusufpaşaoğlu, sh.115; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, sh.43

²² İnan, Maddi Hukuk, sh.71; aksi gör. DPT., sh. 31; Çeker, sh.90 (Yazar, anlaşma ve sözleşme kavramlarının, belirli bir konuda karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan ve bağlayıcı nitelik taşıyan (genellikle) yazılı bir metni ifade ettiğini ifade etmekte ve 4. maddedeki anlaşma kavramının yazılı olmayan, sözlü anlaşmaları da kapsadığını belirtmektedir. Yazarın, anlaşma ve sözleşme arasındaki farka değinmemesinin yanı sıra, sözleşmelerin herhangi bir şekle tabi olmadığını da dikkate almayıp, sanki şekle bağlı olmayan sözleşmelerin sadece 4. madde kapsamına girdiği gibi bir ifade kullanması ve böylelikle Borçlar Hukukunun en temel prensiplerinden olan, şekil serbestisi ilkesini göz ardı etmesi isabetli değildir.)

²³ RA.'nın İngilizce metninde anlaşma teriminin karşılığı olarak “*agreement*” terimi kullanılmış ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik ve hukuken bağlayıcı irade uyuşmalarını ifade etmek için kullanılan “*contract*” terimine yer verilmemiştir.

²⁴ Tartışmalar için bkz. Smit/Herzog, sh.83; Akıncı, sh.52 vd.,172 vd. (Anlaşma kavramının sadece sözleşmeleri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini ileri süren görüş, buna, RA.'nın 85/2.maddesinde yer alan “*geçersizliğe*” ilişkin düzenlemeyi dayanak almaktadır. Bu görüş taraftarları, hükümsüzlüğün hukuken bağlayıcı olmayan uyuşmalar için söz konusu olamayacağını ve anlaşma kavramının bu kadar geniş yorumlanması karşısında, uyumlu eylem kavramına ihtiyaç olmadığı ileri sürmüşlerdir : Akıncı, sh.52, 14 sy. dpt.'ta zikredilen yazarlar)

²⁵ İngilizce karşılığı “*gentleman's agreement*” olarak ifade edilen bu tür anlaşmalar, tarafları hukuki bir yükümlülük altına sokmayıp, sadece ahlaki ödevler yüklemektedir. Şüphesiz tamamen hukuk dışı alana ilişkin olarak yapılan bu tür anlaşmaların dahi,

sözleşme kavramından kesin bir şekilde ayırmak güçtür. Meselenin daha çok somut olayın özelliklerine göre çözümlenmesi gerekir.

²⁶ Korah, sh.40; Smit/Herzog, sh.83,84; Kerse, sh.5; Whish/Sufrin, sh.191; Goyder, sh.83; Tekinalp/Tekinalp, sh.335; Aslan, AT., sh.74; Bellamy/Child, sh.44; Esin Arif, sh.31; Akıncı, sh.53; Adkins, sh.26; Özsunay, sh.159, 15 sy. dpt.

²⁷ Franco-Japanese Ballbearings davasında (Franco-Japanese Ballbearings, OJ.(1974), L.343/19 (1975), 1 CMLR. D.8), Japon bilye üreticilerinin, Fransa'ya ihraç edilecek bilyelerin fiyatlarının yükseltilmesi hususunda, ilgili ülkelerdeki teşebbüs birlikleri aracılığı ile çeşitli Fransız üreticileri ile anlaşmaya varması ve bu amaçla karşılıklı mektuplar gönderilmesi, artışın miktarı konusunda taraflar arasında anlaşmazlık bulunmasına rağmen, 85/1. madde anlamında “*anlaşma*” olarak nitelendirilmiştir. Komisyon kararında, 85. maddenin tatbik edilebilmesi için, taraflar arasındaki bu anlaşmanın medeni hukuktaki sözleşme niteliğini taşımasının gerekli olmadığını ve taraflardan birinin, ihtiyari olarak davranış özgürlüğünü sınırlamasının yeterli olduğunu ifade etmiştir.

²⁸ Bellamy/Child, sh.43; Kerse, sh.5; Tekinalp/Tekinalp, sh.335; Whish/Sufrin, sh.191; Goyder, sh. 85; krş. Weatherill/Beaumont, sh.672; aksi gör. Akıncı, sh.55

²⁹ Whish/Sufrin, sh.191; Goyder, sh.85; Tekinalp/Tekinalp, sh.335; Weatherill/Beaumont, sh 676; krş. Korah, sh. 40; Bellamy/Child, sh,43,44 ve özellikle 34 sy. dpt.; Kerse, sh.8,9

³⁰ Bellamy/Child, sh 44; EC. Report, sh.26; Green/Robertson, sh.292; Kerse, sh.8; Weatherill/Beaumont, sh. 672; krş. Tekinalp/Tekinalp, sh.335; Goyder, sh.83

³¹ Avrupa Birliği Hukuku içtihatlarına bakıldığında, dernek veya şirket gibi tüzel kişilik kuruluş belgelerinin dahi RA.'nın 85. maddesi anlamında anlaşma olarak değerlendirildiği kararlara rastlamak mümkündür (örneğin : Societe Commerciale et d'Etudes des Maisons d'Alimentation et d'Approvisionnement a Succurcales, dava 68/318, (1968), CMLR.D.28). Rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların tek bir açıdan kategorize edilmesi veya pratikte ne şekillerde gerçekleştirilebileceğinin belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, bunların şekle tabi olup olmadığı hususunda bir genelleme yapmak mümkün değildir. Bununla birlikte, pek tabi ki rekabeti sınırlayıcı olan kayıt, şekle tabi bir sözleşmenin içerisinde yer almaktaysa, o vakit bu kaydın hukuken geçerli olması için o şekle uygun olarak dercedilmesi gerekir. Yukarıdaki örneklere benzer bir şekilde, belirli bir usul içerisinde alınması gereken genel kurul kararları, patent lisansı ve bağışlama sözleşmelerinde yer alan rekabeti sınırlayıcı kayıtların, şekle tabi olarak yapılması gerekir.

³² Tepea BV.-Komisyon, dava 28/77, (1978), ECR.1391 (1978), 3 CMLR.392, (Kararın bir başka yönde incelemesi için bkz. Özsunay, Tepea, sh.274-277), Ayrıca National Panasonic OJ.(1982), L.354/28, (1983), 1 CMLR.497.

³³ Örneğin Adalat davasında (Adalat, dava 34/279, (1996), OJ.L.201, 9.8.1996) Bayer, Adalat adlı ilacının İngiltere'ye paralel ithalatını önlemek amacıyla, Fransa ve İspanya'daki yavru ortaklıkları eliyle, bu ülkede faaliyet gösteren toptancı teşebbüslere sınırlı satış politikası uygulamıştır. Oldukça açık bir şekilde uygulanan bu politika, toptancılar tarafından da fark edilmiş, fakat toptancılar bu politikaya uyum sağlayarak, ticari politikalarını buna uygun oluşturmuşlardır. Komisyon, toptancıların bu şekilde davranmakla, rekabete aykırı olan bu uygulamayı kabul ettiklerini belirtmiş ve Bayer'in

yavru ortaklıkları ile toptancılar arasında örtülü bir anlaşmanın gerçekleştiğine karar vermiştir.

Benzer bir kararın verildiği Dunlop davasında (Dunlop Slazenger International-Komisyon, dava T-43/92, (1994), ECR.441), Dunlop'un İngiltere'de faaliyet gösteren Newitt adındaki dağıtıcısının Hollanda'ya yaptığı paralel ihracat, bu ülke'deki münhasır dağıtıcıların zor duruma düşmelerine yol açmış ve bunların Dunlop'a yaptıkları şikayet neticesinde, Dunlop bu dağıtıcıya ihracat yasağı getirmiştir. Dava önüne gelen Komisyon, bunu 85. maddenin ihlali olarak değerlendirmiş ve Dunlop ile münhasır dağıtıcıları arasında rekabetin sınırlanmasına yol açan bir anlaşmanın bulunduğunu belirtmiştir. Dunlop, Bidayet mahkemesinde (Court of First Instance) bu karara itiraz etmiş ve söz konusu uygulamanın tek yanlı olduğunu, anlaşmadan bahsetmek için ise, iki taraflı bir davranışın olması gerektiğini belirtmiştir. Bidayet mahkemesi ise, Dunlop ile dağıtıcıları arasında mutlak coğrafi tekelin oluşturulması yönünde bir anlaşmanın bulunduğunu işaret ederek, anlaşmadan bahsedebilmek için şekli anlamda bir anlaşmanın bulunması gerektiğini ve sadece zımnî bir kabul beyanıyla da, 85. madde anlamında anlaşmanın olabileceğini belirtmiştir. Belirteli ki, söz konusu karar, bazı yazarlarca "uyumlu eylem" olarak değerlendirilmekle birlikte (Green/Robertson, sh.300; Bellamy/Child, sh.61; ayrıca karşı. Özsunay, Hasselblad, sh.66-70), Komisyon raporlarında anlaşma olarak değerlendirilmektedir (24th Report, sh.301).

³⁴ Kerse, sh.5; Bellamy/Child, sh. 44; EC. Report, sh. 25

³⁵ BMW davasında (BMW-Komisyon, dava 32/78, (1979), ECR.1435 (1980), 1 CMLR.370), Belçika'daki BMW araba fiyatlarının diğer üye devletlerden düşük olması nedeniyle, bu ülkedeki yetkili (ve yetkisiz) satıcılar diğer ülkelere tekrar satış yapmakta ve başka ülkelerde faaliyet gösteren dağıtıcılar, bu uygulamadan zarar görmekteydiler. Bu durumu engellemek isteyen BMW-Münih, BMW-Belçika'ya paralel ithalatın önlenmesi yolunda telkininde bulunmuş ve bunun sonucu olarak, BMW-Belçika ve Belçika BMW satıcılar komitesi, satıcılarına, arabaları dışarıya satmamaları ve dışarıya satış yapan araçlara satıştan kaçınmaları, yolunda iki sirküler yayınlamıştır. Söz konusu sirkülerler, paralel ithalatı önleyerek, tek bir Ortak Pazar oluşumunu engelleyici ve dolayısıyla rekabeti bozucu nitelikte görülerek, 85. madde anlamında anlaşma olarak kabul edilmiştir. (Kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, BMW, sh.417-421).

Benzer bir şekilde WEA.-Filipacchi Music SA. davasında (WEA.-Filipacchi Music SA, OJ.L.303, 21.12.1972, (1973), CMLR.D.43), merkezi Paris'te bulunan WEA.-Filipacchi, Alman ile Fransız piyasası arasındaki %50'ye varan fiyat farklılıklarının paralel ithalata sebep olması ve bu durumun Almanya'daki dağıtıcıların zararına yol açması nedenleriyle, şubat 1972 yılında Fransa'daki bayilerine gönderdiği sirkülerlerle hafif müzik kayıtlarının yurt dışına satılmasını yasakladığını bildirmiş ve bayiler de gönderilen sirkülerlerin altına imza attıktan sonra, bunları posta ile geri göndermişlerdir. Komisyon, bayilerin sirkülerleri imzaladıktan sonra bunları geriye postalamalarını, ticari hayatın olağan uygulamaları ve sirküler içindeki kayıtları da dikkate alarak, "sözleşme" ve dolayısıyla 85. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak değerlendirerek, gerek Filipacchi'ye gerekse bayilere, cezai yaptırım uygulamıştır.

D'Ieteren Motor Oils davasında ise (D'Ieteren Motor Oils, OJ.(1991), L.20/42 (1992), 4 CMLR.399), Komisyon, sağlayıcı tarafından sirkülerlere koyulan "*şiddetle önerilir*" ifadesini, sağlayıcının bu kayda uyulması yönünde herhangi tedbir almaması

dikkate almaksızın, alıcıları ekonomik açıdan fiili yükümlülük altına sokacağı ve alıcıların buna uyacakları varsayımına dayanarak, 85. madde anlamında, anlaşma için yeterli görmüştür.

Sandoz davasında ise (Sandoz-Komisyon, dava C-277/87, (1990), 1 ECR.45), sistematik olarak yapılan sevkiyatlarla gönderilen faturalarda yer alan “*ihraç yasaktır*” kaydı, taraflar arasında sözleşmeye dayalı sürekli bir ticari ilişkinin bulunmasıyla kaydıyla, 85. madde anlamında bir anlaşma olarak kabul edilmiş ve malı teslim alanın, yeni siparişler vermesi, zımni kabul beyanı kapsamında mütalaa edilmiştir. İhraç yasaklamaları şeklinde olmamakla birlikte, benzer türden vakalar (fiyata ilişkin), Amerikan Hukukunda da görülmekte ve Amerikan Hukuku uygulamasında da, tavsiyeler, uyulmasını tazyik eden başka eylem ve davranışlar olmadıkça anlaşma için yeterli olarak kabul edilmemektedir (Allison/Prentice, sh. 428,429).

³⁶ Bkz yukarıdaki BMW-Komisyon, D'Ieteren Motors Oils davalarında olduğu gibi, ilişkiye taraf olan teşebbüsler arasındaki bağımlılık, dayatılan rekabet sınırlamalarının ekonomik açıdan zayıf olan teşebbüs tarafından kabul edilmesi sonucunu doğurmakta ve bu da, 85. madde anlamında bir anlaşmanın bulunması için yeterli sayılmaktadır. Bu tip ilişkiler ekseriya, taraflar arasında seçici veya münhasır dağıtım anlaşması gibi, dikey bir anlaşmanın bulunduğu hallerde söz konusu olmaktadır. Nitekim Amerikan hukukunda da, özellikle dikey ilişkiler bakımından anlaşmanın varlığının kabul edilmesinde tarafların mutlak rızaları aranmamakta, isteksiz akdedilen anlaşmalar da yeterli sayılabilmektedir (Allison/Prentice, sh.428). Baskı altındaki irade beyanı, bazı hallerde kartel anlaşması özelliği gösteren ilişkilerde de görülebilmektedir. Özellikle çok taraflı bir kartele dahil olunmadığı takdirde, ticari geleceğin tehlikeye düşebilmesi ihtimalinin söz konusu olduğu durumlarda, kartele isteksiz veya zorunlu olarak taraf olunabilmektedir. Komisyon, böyle durumlarda dahi söz konusu teşebbüs veya teşebbüslerin, kartel anlaşmasının tarafı olduğuna karar vermektedir (Belgian Rooting Felt, dava 32/15, OJ.(1986), (1991) 4 CMLR 130). Bazı hallerde ise, özellikle çok taraflı ve karmaşık kartel ilişkileri bakımından, her teşebbüsün karar sürecine dahil olması veya dahil olsa da, mutlak olarak alınan kararlara katılması söz konusu olmayabilir. Bu durumlarda da, söz konusu teşebbüsler anlaşmaya taraf olarak kabul edilebilmektedir (Polypropylene, dava 230/1, OJ.(1986), (1988) 4 CMLR.347). Şüphesiz bu gibi hallerde, taraflar arasındaki ilişki anlaşma olarak nitelendirilse dahi, baskı altında olan tarafın aldığı para cezası, diğer tarafa kıyasla düşük olmakta ve hatta bazen para cezası dahi verilmemektedir (Whish/Sufrin, sh.193). Fakat burada önemle belirtmek gerekir ki, bu tip ilişkilerde, ortada bir teşebbüs birliği kararının mı, yoksa kartel anlaşmasının mı bulunduğunu tespit etmek kolay değildir.

³⁷ Whish/Sufrin, sh.192; Kerse, sh.5,6; Green/Robertson, sh.292,293; Tekinalp/Tekinalp, sh.335; krş. Bellamy/ Child, sh.44-48; Esin Arif, sh.32,33

³⁸ Soda Ash-Solvay, ICI., OJ.(1991), L.152/1, Putz-Kawasaki Motors UK Ltd, OJ.(1979), L.16/9 (1979), 1 CMLR.448, Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA-Komisyon, dava 277/87, (1990), ECR.45, Distillers Company-Komisyon, dava 30/78, (1980), ECR.2229 (1980), 3 CMLR.121, Sperry New Holland, OJ.(1985), L376/21 (1988), 4 CMLR.306.

³⁹ SA Hercules NV-Komisyon, dava T-7/89, (1992), 4 CMLR.84, EMI Records Ltd-CBS UK Ltd, dava 51/75, (1976), ECR.811 (1976), 2 CMLR.235, EEC-White Lead,

OJ.(1979), L.21/16 (1979), 1 CMLR.464, Binon, dava 243/83, (1985), ECR.2015 (1985), 3 CMLR 800.

⁴⁰ Birden fazla anlaşmanın, 85. madde anlamında tek bir anlaşma olarak kabul edilmesi, söz konusu anlaşmaların ortak bir plana hizmet ediyor olması halinde söz konusu olabilir. Böyle bir durum ise, büyük olasılıkla bu amacın belirlendiği çerçevede bir kartel anlaşmasının bulunmasına bağlı olacaktır (24th Report, sh.125) Örnek olarak : ENI/Montedison OJ. (1987), L.5/13 (1988), 4 CMLR.444, BP Kemi/DDSF, OJ.(1979), L.286/32 (1979), 3 CMLR.684, Cement Cartel, OJ.L.343, 30.12.1994)

⁴¹ Bellamy/Child, sh.44,45,48; Kerse, sh.5; Whish/Sufrin, sh.192; Green/Robertson, sh.292,293

⁴² Bkz. aşağıda II/D

⁴³ Gijlstra/Muphy, sh.89; Bellamy/Child, sh.45; EC. Report, sh.29; Aslan, AT., sh.74; Goyder, sh.85; Green/Robertson, sh.292,293

⁴⁴ Akıncı, sh.46,47; Bork, sh.288 vd.; krş. Tekinalp/Tekinalp, sh.333

⁴⁵ Bkz. aşağıda III/C/2

⁴⁶ Benzer bir terim : “*Uyumlu Uygulamalar*” (Özsunay, Kartel, sh.63)

⁴⁷ Rekabet Hukuku literatüründe “*conscious parallelism*” olarak ifade edilen bu duruma göre, taraflar arasındaki paralel piyasa davranışları, gelecekteki rekabet politikalarına etkide bulunabilecek nitelikte herhangi bir temas veya ilişkiden değil, birbirlerinin davranışlarına karşı gösterecekleri tepkilerin beklenildiği veya tahmin edildiği gibi gerçekleştirilmesinden kaynaklanmakta, bir başka deyişle, birbirlerinin ticari davranışlarını takip eden ve piyasa politikalarını, birbirlerinin göstereceği muhtemel tepkilere göre kurgulayan teşebbüslerin, rakiplerinin de bu davranışa uygun davranacağını varsayarak hareket etmesi ve rakiplerin de bunu dikkate alarak davranması neticesinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle az sayıda teşebbüsün yer aldığı oligopol piyasalarında, tarafların birbirlerinin gelecekteki ticari politikalarını kolaylıkla takip edebilmeleri, onların aralarında bir temas ve ilişki olmaksızın dahi bilinçli paralel davranışlar sergilemelerine neden olmakta ve bu nedenle de, bu tür uygulamaların nasıl değerlendirileceği halen Rekabet Hukukun tartışmalı konularını oluşturmaktadır (Tartışmalar ve geniş açıklamalar için bkz. Akıncı, sh.185 vd.; bilinçli paralelliğin farklı bir yorumu için bkz. Aslan, sh.54)

⁴⁸ Önemle ifade etmek gerekir ki, her ne kadar Rekabet Hukuku doktrini ve uygulamasında, uyumlu eylem kavramı paralel davranışlarla özdeşleştiriliyor ve paralel davranışlar uyumlu eylemin bulunduğu beyine başlangıcı rolü oynuyor olsa da, uyumlu eylemler çok farklı şekillerde de gerçekleşebilir. Burada önemli olan, tarafların rekabeti kısıtlamak yönünde danışıklı olarak hareket etmesi ve bu iradelerini, eylemlerle ortaya koymasındır (krş. Smit/Herzog, sh.88).

⁴⁹ Uyumlu eylem kavramının 4. madde açısından gösterdiği ayırd edici özellik, ispat kolaylığı bir yana, anlaşma seviyesine çıkamayan, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını içermeyen bir takım müşterek ve danışıklı davranışların, Rekabet Hukuku kapsamı içerisine alınmasıdır. Her ne kadar anlaşma ve anlaşma seviyesine çıkamayan ortak davranışların birbirinden ayrılması oldukça güç bir mesele olsa da, tarafların menfaatlerinin ortak olduğu ve de özellikle hukuka ve ahlaka aykırı olarak girişilen ilişkilerin, açık bir irade uyuşması olmaksızın da gerçekleştirilebileceği gerçeği karşısında, böyle bir ayırımın bulunduğunu kabul etmek gerekir. Uyumlu eylemde,

karşılıklı irade açıklamaları safhası genellikle gerçekleşmemekte; bunun yerini, gelecekteki ticari politikanın nasıl seyredeceğine ilişkin bir istek, tasarı veya bilgilendirme, bir başka deyişle, gelecekteki belirsizliğin ortadan kaldırılmasına yönelik irade açıklamaları almaktadır. Bunu açıklayan taraf veya taraflar, piyasadaki ortak çıkarları gereği muhataplarının da buna uygun davranacaklarını beklemekte ve böylelikle açık bir anlaşma olmaksızın dahi, taraflar arası rekabet süreci birbirine bağlı eylemlerle ortadan kalkmaktadır. Şüphesiz rekabetin bu şekilde kısıtlanması, teşebbüslerin çıkarlarının eş değer olması, piyasada az sayıda teşebbüsün bulunması, malın standartlaşmış olması ve giriş engellerinin yüksek olması gibi çevresel koşulların bulunması ile gerçekleşebilir. Zira aksi durumda, teşebbüslerin farklı çıkarları, açık bir irade uyuşmasına dayanmayan ortak davranışı engelleyeceği gibi, fazla sayıda teşebbüsün bulunması da, asgari müştereklerde buluşmayı ve dolayısıyla işbirliği yapılmasını güçleştirir.

⁵⁰ RKHK.'nın 4. maddesinin 3. bendine göre: “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarına karine teşkil eder.*” hükmü öngörülmüş, aynı maddenin takip eden bendinde ise; “*Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir*” kuralı getirilmiştir. Yine ispat külfetinin düzenlendiği 59.madde ise; “*Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanutları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükünün davalılara geçtiğini*” ifade etmektedir.

⁵¹ Kanun'un düzenlemesini esas alan ve yukarıda verdiğimiz tanıma oldukça benzeyen bir başka tanıma göre uyumlu eylem : “İki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı davranışlarıdır” (Aslan, sh.53). Avrupa Birliği uygulamasından esinlenen bir başka tanıma göre uyumlu eylem : “İşletmelerin aralarında bir anlaşma veya mutabakat olmaksızın aynı yönde alınmış, aynı sonucu doğuran, amacı aynı olan kararları veya uygulamaları ifade eder” (Tekinalp Gülören, sh.203). Diğer bir tanıma göre; “Uyumlu eylem, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin, aralarında bir sözleşme olmaksızın, rekabet ederek karlarını artırmak yerine, rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik, ekonomik olmayan benzer davranışlarıdır.”(Akıncı, sh.177).

⁵² Rekabet Hukukunda, bir anlaşma ve hatta bir sözleşmenin, aynı zamanda bir uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi ihtimali bulunmaktadır. Şüphesiz bu ihtimal, ancak eylem, yani icra aşamasına geçmiş anlaşmalar bakımından söz konusu olabilir. Pratik açıdan pek çok olayda, bir anlaşma ve hatta bir sözleşme, ispat problemi nedeniyle ancak icra aşamasına geçildiğinde tespit edilebilecek ve en azından bu aşamada anlaşma ve uyumlu eylem arasındaki hukuki neticeler açısından önemli bir farklılık bulunmamasından ve anlaşmanın tespit edilmesindeki zorluklardan dolayı, uyumlu eylem olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim Kanun'un getirdiği ispat sistemi de bu

hususı “anlaşmanın varlığının ispat edilemediği durumlarda” ifadesiyle açıkça belirtmekte; ve anlaşmaların aynı zamanda uyumlu eylem olarak nitelendirilebileceğinin altını çizmektedir (krş. EC Report, sh. 27; Goyder, sh.84; Esin Arif, sh.40).

⁵³ Tekinalp Gülören, sh.204; Aslan, sh.52; Allison/Prentice, sh.391

⁵⁴ Hatta denilebilir ki, pek çok kez uyumlu eylem kavramı dahi bu türden gizli kartel ilişkilerinin tespit edilmesinde yeterli olmamaktadır. İşte bu olumsuzluğu gidermek amacıyla Komisyon, 1996 yılında yayınladığı duyuruyla, bu neviden ilişkilere taraf olan teşebbüslerin yardımını almayı amaçlamakta ve gizli bir kartel ilişkisine taraf olan teşebbüslerin bu ilişkiyi bildirmeleri ve taraf sıfatını sona erdirmeleri halinde, uygulanacak olan cezalardan tamamen muafiyete kadar indirim yapmayı taahhüt etmektedir (Bkz. “Notice on the Non-İmposition or Reduction of Fines in Cartel Cases” OJ.1996, C.207). Rekabet Kurumu’nun da benzer bir yöntemi benimsemesi yararlı olur.

⁵⁵ Bazı yazarların görüşlerinin aksine (Çeker, sh.93; Baykan, sh.187), Kanun’un getirdiği karinenin ispat hukukuna aykırı bir yönü yoktur.

⁵⁶ Bu maddede öngörülen durumların, genel olarak Avrupa ve Amerikan Hukuku içtihatlarında ortaya çıkan prensiplerin bir yansıması olduğunu söylemek mümkündür.

⁵⁷ Avrupa Birliği Hukukunda yer alan “*uyumlu eylem*” kavramının, Amerikan hukukundan aktarıldığı ve bunun uygulama ve doktrinde “*concerted action*” ile ifade edilen kavrama tekabül ettiği, genel olarak kabul edilmektedir (Goyder, sh.88; Akıncı, sh.173).

⁵⁸ “Concerted Practises”

⁵⁹ Krş. Whish/Sufrin, sh. 195,197, 484; Budak, sh.143; Tekinalp/Tekinalp, sh.340; Tekinalp Gülören, sh.206

⁶⁰ Belirtelim ki, yukarıda verdiğimiz tanım, RKHK.’nun madde gerekçelerinde de, 4. maddeye ilişkin gerekçe kısmında aynen yer almaktadır.

⁶¹ Uyumlu eylem kavramının çerçevesini belirleyen ilk karar olan Dyestuffs davasında verilen bu tanım, genel olarak daha sonra verilen kararlarda ve doktrinde kabul görmüştür. Söz konusu davada (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619 (1972), CMLR.557), Avrupa Birliği ülkelerinin önemli bir kısmında, analin dye-stuffs piyasasında ortaya çıkan paralel fiyat artışları Komisyon tarafından incelenmeye alınmış ve sonuç olarak, bu fiyat artışlarının birbirleriyle bağlantılı olduğu ve anilin dye-stuffs üreticilerinin birbirleriyle danışıklı olarak hareket ederek, uyumlu eylem içerisine girdikleri tespit edilmiştir. Ocak 1964 tarihinde, Benelux ülkelerinde uygulamaya konulan %15’lik fiyat artışı, Almanya tarafından 1 sene sonra izlenmiş, 1965 yılının ocak ayında, bu sefer Fransa dışında bütün üye ülkelerde, ilk artış içerisinde yer almayan bütün dye-stuffs ürünleri için bir artışa gidilmiş, ve son olarak 1967 sonbaharında, Fransa için %15; diğerleri için %8’lik bir artış gerçekleştirilerek fiyatlar dengelenmiştir. Komisyon bu fiyat artışlarının, uyumlu eylemin karinesi olarak değerlendirirken, artış oranlarının aynı olması, artışların yakın aralıklarla birbirini takip etmesi, temsilci ve yavru ortaklıklara gönderilen talimatların, gerek şekil, gerekse içerik açısından ayniyet arz etmesi ve de özellikle, artışlara sahne olan ulusal piyasaların ve ilgili teşebbüslerin, farklı niteliklere sahip olmalarını dikkate almıştır. Komisyon, piyasa ve teşebbüslerin farklı özelliklere sahip olmaları nedeniyle, yeknesak fiyat artışlarının doğal olmadığını ve tarafların ileri sürdüğü “oligopol piyasası savunması” ve buna bağlı “fiyat liderliği teorisinin” somut olayda gerçekleşmediğini ifade etmiştir. Adalet Divanı ise kararında,

uyumlu eylemin kavramsal çerçevesi, ilgili piyasanın karakteristik özellikleri ve uyumlu eyleme karine olabilecek fiili olgular, olmak üzere 3 konu üzerinde durmuş ve incelemeleri neticesinde Komisyon kararını onamıştır. Uyumlu eylem kavramını yukarıdaki gibi tanımlayan Divan, uyumlu eylemin, bir anlaşmada bulunması gerekli tüm unsurları ihtiva etmesinin gerekli olmadığını ifade etmiştir. Divan, paralel davranışların tek başına uyumlu eylem için yeterli olmadığını da belirtmiş, fakat piyasanın hacmi, faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı ve büyüklüğü ve malın karakteristik özellikleri bakımından, bu davranışların normal piyasa koşullarından farklı bir takım sonuçlara yol açması ve de somut olayda olduğu gibi, fiyatın rekabet şartlarından daha farklı bir seviyede dengelenmesi halinde, bu tür davranışların uyumlu eylemin önemli bir göstergesi olacağına işaret etmiştir. Divan da Komisyon gibi, piyasa koşullarını sıkı bir incelemeye tabi tutmuş ve piyasanın geneli itibarıyla oligopol yapıda bulunmadığına karar vererek, bu husustaki iddiaları reddetmiştir. Uyumlu eyleme karine olan hal ve şartlar bakımından ise; özellikle 1965 ve 1967 yıllarındaki artışlarda, BASF ve Geigy'nin önceden yaptığı duyuruların, diğer teşebbüslere bu duyurulara karşı önceden haberdar olma ve mukabil strateji gerçekleştirme imkanı verdiğini, ve bu durumun ileriye yönelik olarak rekabetin risklerini bertaraf etme amacını taşıdığını belirterek, uyumlu eyleme yol açtığını ifade etmiştir.

⁶² Önemle ifade etmek gerekir ki, rekabetin kısıtlanması veya rekabet yerine işbirliğinin ikame edilmesi olgusunun, mutlak olarak uyumlu eyleme taraf olan teşebbüsler arasında bulunması gerekmez. Bir başka deyişle herhangi bir şekilde rakip olmayan ve dolayısıyla rekabet içerisinde bulunmayan teşebbüsler de, uyumlu eylemlerle 3. kişilerle olan rekabet sürecini kısıtlayabilirler. Dolayısıyla aynı anlaşmalarda olduğu gibi; uyumlu eylemler bakımından da, rekabetin dikey bazda sınırlanması mümkündür (EC. Report, sh.28; Bellamy/Child, sh.60; Goyder, sh.93). Örneğin Pioneer davasında (Musique Diffusion Française ve diğerleri-Komisyon, davalar 100-103/80, (1983), ECR.1825, (1983), 3 CMLR.221), Pioneer müzik aletlerinin Fransa'daki satış fiyatlarının İngiltere ve Almanya'dan daha yüksek seviyede olması, Fransa'daki münhasır dağıtıcı olan MDF'nin bu durumu Pioneer'e şikayet etmesine yol açmış ve bu konuyla ilgili olarak Pioneer ve üç ülkedeki münhasır dağıtıcılar (MDF, Shriro ve Melchers) Hollanda'nın Antwerp şehrinde toplanmışlardır. Bu toplantıda konuşulanlar herhangi bir şekilde yazılı hale getirilmemiş, buna karşılık kısa bir süre sonra Alman dağıtıcı Melcher, Fransa'ya yapılacak olan bir paralel ithalat talebini geri çevirmiş ve bunu İngiltere'deki dağıtıcı olan Shriro'nun iki ana müşterisine, Fransa'ya ithalat yapılmamasına ilişkin yazdığı duyurular izlemiştir. Komisyon bu bulgulara dayanarak, MDF'nin şikayetleri ve Pioneer'in baskısı neticesinde, Alman ve İngiliz dağıtıcıların paralel davranışlar sergilediklerini ve ortada paralel ithalatı kısıtlamaya yönelik olarak, MDF-Pioneer-Melchers ve MDF-Pioneer-shriro olmak üzere iki uyumlu eylemin bulunduğu karar vermiştir. Adalet Divanı da, Pioneer'in uyumlu eylemlerin tarafı olmadığına yönelik olarak ileri sürülen iddiaları kabul etmemiş ve Pioneer'in MDF'nin şikayetlerini diğer taraflara iletmesini ve ayrıca bu hususta bir toplantı yapılmasına öncülük etmesini, uyumlu eylemin içerisinde fiilen yer almasına yol açtığını ifade etmiştir.

⁶³ Whish/Sufrin, sh.196; Green/Robertson, sh.300; Goyder, sh.91; Akıncı, sh.178,185; aksi gör. Tekinalp Gülören, sh.203; Esin ise, uyuşmadan bahsetmemekte, buna karşılık taraflar arasında ortak bir niyetin varlığının bulunması ve ayrıca uyumlu eylemin ihlal

niteliği taşıyıp taşımadığına karar verilebilmesi için, uyumlu eylemdeki kötü niyetin ispat edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Kanımızca, ne anlaşma, ne de uyumlu eylemde, kötü niyet şartı gerekli değildir. Rekabetin sınırlanmış olması yeterli görülmektedir (Esin Arif, sh.40,41).

⁶⁴ Bellamy/Child, sh.57; Aslan, sh.77; Akıncı ise temelde aynı, fakat biçimde daha farklı bir tasnif yaparak, uyumlu eylemin biri sübjektif, diğeri objektif olmak üzere iki unsurunun bulunduğunu ve sübjektif unsurun taraflar arasındaki uyuma, objektif unsurların ise, birden fazla taraf ve eylem olduğunu ifade etmektedir (Akıncı, sh. 178,192,193); Esin ise, uyumlu eylemden bahsedebilmek için, rakip teşebbüsler arasında bir ilişkinin varlığı, rakip teşebbüsler arasında ortak tavır sonucunu doğuran ve diğer rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen davranışların varlığı (diğer rakip teşebbüslerle neyin kastedildiği anlaşılammaktadır) ve rakip teşebbüsler arasında bağımsız hareket etme durumunun ortadan kalktığı durumların varlığı, olmak üzere 3 temel bulgunun bulunması gerektiğini ifade etmektedir (Esin Arif, sh.34,35).

⁶⁵ Dyestuffs karteli davasında (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619, (1972), CMLR.557), 1965 yılındaki fiyat artışında, yavru ortaklıklara gönderilen bildirimler uyumlu eylemin delili olarak kabul edilmiştir.

⁶⁶ Dyestuffs davasında karteli davasında (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972) ECR 619, (1972) CMLR 557), 1967 yılındaki fiyat artışının, tarafların Basle’da 18 Ağustos 1967’deki toplantısında sağlanan temas sonucu gerçekleştirildiği Adalet Divanı tarafından saptanmış ve bu uyumlu eylem için diğer koşullarla birlikte yeterli görülmüştür. Aynı şekilde Pioneer davasında (Musique Diffusion Française ve diğerleri-Komisyon, davalar 100-103/80, (1983), ECR.1825 (1983), 3 CMLR.221), Pioneer ile dağıtıcılarının, Antwerp’deki toplantıları da sosyal temas ve dolayısıyla uyumlu eylemin delili olarak kabul edilmiştir. Yine benzer bir şekilde Polypropylene davasında (OJ 1986 L230/1 (1988) 4 CMLR 347), 1970 ortalarında patent sürelerinin dolmasıyla birlikte Polypropylene piyasasına giren teşebbüslerin neden olduğu yapısal sorunlar, piyasadaki üreticileri bir araya gelmeye zorlamış ve teşebbüsler fiyat, yıllık kota ve piyasanın bölüşümüne ilişkin olarak gizli toplantılar düzenlemişler ve bu toplantılar sonrasında, paralel davranışlarda bulunmuşlardır. Komisyon uyumlu eylemin varlığına karine olarak, diğer başkaca delillerin yanı sıra, bu toplantıları da dikkate almıştır.

⁶⁷ Örneğin Dyestuffs karteli davasında (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619 (1972), CMLR.557), 1964 ocağındaki fiyat artışının İtalya’daki temsilci ve yavru ortaklıklara telefon ve teleks yoluyla bildirilmesi uyumlu eylem için aranan sosyal temas için yeterli görülmüştür.

⁶⁸ Seker karteli davasında (Suiker Unie-Komisyon, dava 40/73, (1975) ECR 1663 (1976) 1 CMLR 295), Komisyon, 85 ve 86. madde çerçevesinde ileri sürdüğü pek çok iddia yanında, Birliğin ana şeker üreticilerinin, İtalya, batı ve güney Almanya gibi çeşitli bölgeleri, paralel ticaret ve dağıtımın engellenmesi yoluyla diğer bölgelerden soyutlamasını rekabete aykırı olarak değerlendirmiştir. Örneğin Hollanda pazarının, bu ülke’de tüketilecek olan şekerin, aynı zamanda burada üretim faaliyeti gösteren Suiker Unie (SU.) ve Centrale Suiker Maatschappij (CSM) tarafından dağıtımının gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak, Belçikalı üretici Raffinerie Tirlemontoise (RT) ve Alman üretici Langen ile girişilen paralel davranışı, 85. madde anlamında uyumlu eylem olarak kabul etmiştir. Söz konusu olayda, Belçikalı üretici RT., bu iki

Hollandalı üreticinin izni olmadan bu ülkeye şeker ihraç etmemiş ve kendi dağıtıcılarını da buna uygun davranmaya zorlamıştır. Aynı şekilde Alman üretici Langen de, Hollanda'ya yaptığı ihracatı sadece bu iki üretici vasıtasıyla gerçekleştirmiş ve bu sayede, Hollanda piyasasında şeker ticareti büyük ölçüde bu iki teşebbüsün denetimine geçmiştir. Komisyon, Alman üretici ile gerçekleştirilen ilişki bakımından, birbirlerinin rakibi olan teşebbüslerin, malları dağıtmak üzere birbirleriyle anlaşmalarının olağan bir davranış olmadığını ve bunun rekabeti kısıtlamaktan başka bir amacı bulunmadığını belirtmiş ve tarafların gerçekleştirdikleri uyumlu eylemlerin Hollanda'daki tüketiciler ve dağıtıcıların seçme özgürlüğünü ellerinden aldığını ifade etmiştir. Taraflar, aralarındaki paralel davranışların ortak bir plana dayalı olduğunun ispat edilemediği ve ortak plan unsuru olmaksızın uyumlu eylemin söz konusu olamayacağı yönünde itirazda bulunmuşlardır. Bu itiraz karşısında Adalet Divanı, ekonomik birimlerin ticari ilişkiye girilecek olan taraflar da dahil olmak üzere, piyasada uygulayacakları politikaları serbest ve özgürce belirlemeleri gerektiğini ve bu bağımsızlık koşulunun, rakiplerinin davranışlarına akıllı tepkiler vermesini engellemekle birlikte, rakibin piyasadaki davranışını etkilemeye veya ortaklaşa yürütülecek bir davranışın açıklanmasına yönelik olarak temasta bulunmayı engellediğini belirterek, taraflar arasında ortak bir plan olmasa dahi uyumlu eylemin söz konusu olabileceğine karar vermiştir.

⁶⁹ Krş. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.282; Akıncı, sh.31 vd., 184 vd; Whish/Sufrin, sh.467-471; Green/Robertson, sh.300,301; Korah, sh.43,44; krş. Tekinalp Gülören, sh.204; Tekinalp/Tekinalp, sh.337,340; Allison/Prentice, sh.392,393; Weatherill/Beaumont, sh.676

⁷⁰ Örneğin Dyestuffs (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619 (1972), CMLR.557) ve Peroxygen ürünleri (Peroxygen Products OJ.(1985), L.35/1 (1985), 1 CMLR.481) davalarında teşebbüsler tarafından yapılan oligopol savunmaları gerek Adalet Divanı gerekse Komisyon tarafından reddedilmesine karşılık, çinko üreticileri (Zinc Producer Group, OJ.(1984), L.220/27, (1985), 2 CMLR.108) ve kağıt hamuru (Woodpulp) davalarında (Ahlstrom Oy-Komisyon, dava C-89/85, (1993), 4 CMLR.407), “*barometrik fiyat liderliği*” teorisi temel alınarak, oligopol savunmaları kabul edilmiştir. Örneğin kağıt hamuru davasında Komisyon, kağıt hamuru üreticilerinin 1975-81 yılları arasındaki fiyatlandırmaya ilişkin paralel davranışları ve bilgi değişimleri neticesinde oluşturulan suni şeffaf fiyat sistemini temel alarak, bunlar arasında uyumlu eylemlerin bulunduğunu kabul etmiş ve özellikle ekonomik değerlendirmelere dayanarak, ilgili piyasanın dar oligopol olmadığını, çok sayıda ve büyüklükte teşebbüsün farklı ülkelerde faaliyet gösterdiğini, bunların üretim maliyetlerinin birbirini tutamayacağını ve çok çeşitli niteliklerde ürünlerin piyasada bulunduğunu belirtmiştir. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, önceden yapılan fiyat duyurularının rekabeti ihlal ve belirsizliği ortadan kaldırma amacına yönelmediğini, yaratılan bu fiyatlandırma sisteminin başka açıklamaları bulunduğunu ve ayrıca piyasanın ileri sürüldüğünden daha yoğun olduğunu belirterek, Komisyon’un bu saptamalarını büyük ölçüde reddetmiştir. Adalet Divanı ayrıca; ağırlıklı olarak ekonomik değerlendirmelere dayanarak karar verilmesi halinde, nitelendirmede oldukça dikkatli olunması gerektiğini kaydetmiş ve ilgili paralel davranışların ve soyut ekonomik değerlendirmelerin, ancak başka bir açıklaması olmadığı hallerde uyumlu eyleme dayanak oluşturabileceğini kabul etmiştir. Adalet Divanı bu kararıyla, bir taraftan uyumlu eylemlerin çerçevesini daraltırken, diğer taraftan

sadece ekonomik değerlendirmelere dayanarak karara varmanın mümkün olduğuna işaret etmiştir.

⁷¹ Avrupa Adalet Divanı, Komisyon'dan farklı olarak ekonomik değerlendirmelere daha fazla önem vermekte ve piyasanın gösterdiği özellikleri kapsamlı ve detaylı olarak değerlendirmektedir. Uyumlu eylemde bulunmakla suçlanan teşebbüslerin genel olarak başvurduğu oligopol savunması ise, ancak piyasanın dar oligopol özelliği göstermesi ve ilgili mal veya hizmetin homojen karakterde olması şartlarına bağlı olarak kabul edilebilmektedir (krş. Whish/Sufrin, sh.197). şüphesiz bu dar oligopol savunmasının da, 6. madde çerçevesinde “birlikte hakimlik” kavramı ile daraltıldığını, daha açık bir deyişle 85/1.madde kapsamından kurtulan bir oligopol paralelliğinin, 86.madde içerisinde yer alan kollektif hakimlik kuramıyla yasaklanabileceğini de ifade etmek gerekir (bkz. aşağıda ř2/II/D).

⁷² Green/Robertson, sh.300; Korah, sh. 48; krş. Aslan, AT., sh.77; Akıncı, sh.211; fakat aksi görüşte; sh.191; Bilinçli paralel davranışların Amerikan hukukunda da uyumlu eylemin dışında görüldüğünü söylemek mümkündür (Areeda/Kaplow, sh.279; Allison/Prentice, sh.392; Kintner, sh. 27,28).

⁷³ Doktrinde uyumlu eylemin delili olabilmesi açısından, rakibe veya kamuya yapılmasının önemi olmaksızın, tek taraflı olarak ticari politikanın açıklanması (mesaj verilmesi), açıklanan ticari politikanın, rakiplerin bu politikayı dikkate alması ve buna karşılık verebilmesine imkan verecek kadar bir süre geçtikten sonra uygulamaya getirilmesi, rakip firma yöneticilerinin belirli aralıklarla bir araya gelerek piyasa koşullarını tartışmaları (bilgi değişimleri), uzun süren sabit piyasa payları, tarafların ticari davranışlarının beklenenler ile kıyaslandığında doğal olarak karşılanamaması (belirli merkezlerden teslim fiyatlı satışlar, alışlara farklı fiyat uygulamaları) ve de özellikle, uzun sayılabilecek bir rekabet süreci neticesinde, aniden rekabetin ortadan kalkması (rneğin fiyatların yeknesaklaşması) veya kendi ticari menfaatlerine aykırı surette davranılması (fiyatların artırılması, mal vermeyi reddetmek) gibi durumlar ifade edilmektedir (krş. Green/Robertson, sh. 301; Akıncı, sh.175,192,199 vd.; Goyder, sh.89; Allison/Prentice, sh.391,392).

⁷⁴ Green/Robertson, sh.301; Whish/Sufrin, sh.197, 484; Tekinalp/Tekinalp, sh.339,340; Bellamy/Child, sh. 58; krş. EC. Report, sh.28,29; Goyder, sh. 94; Allison/Prentice, sh.391

⁷⁵ Zuchner-Bayerische Verinsbank AG, dava 172/80, (1981), ECR.2021 (1982), 1 CMLR.313, Zinc Producer Group, OJ.(1984), L.220/27 (1985), 2 CMLR.108, Peroxygen Products OJ.(1985), L.35/1 (1985), 1 CMLR.481

⁷⁶ Green/Robertson, sh.302; Bellamy/Child, sh.61

⁷⁷ Bkz. Birinci Bölüm ř2/II/C

⁷⁸ Türk ekonomisinde yıllardır gözlemlenen kronik enflasyon neticesinde ortaya çıkan yeknesak fiyat artışlarının, uyumlu eylem karinesini işletmeye imkan verecek olan paralel davranışlardan ayırt edilmesi, uygulamada önemli bir problem olarak ortaya çıkabilecek niteliktedir. Her ne kadar uyumlu eylem içerisinde bulunmakla suçlanan teşebbüslerin, fiyat artışlarının enflasyondan kaynaklandığı ekonomik gerçeğine dayanarak bu karineyi bertaraf etme imkanları bulunsa da, her durumda enflasyonun mal ve de özellikle hizmetler üzerinde yaptığı etkinin net olarak tespiti mümkün değildir. Bu

durum, özellikle paralel fiyat artışlarını konu alan soruşturmalarda, teşebbüsler lehine bir savunma vasıtası olarak karşımıza çıkacaktır.

⁷⁹ Aynı yönde Budak, sh.143; Baykan, sh.187

⁸⁰ Bu tespitin yapılmasını gerektiren sebeplerden bir tanesi de, RKHK.'da, sadece anlaşma ve kararların değil, aynı zamanda uyumlu eylemlerin de bildirilmesinin şart koşulmuş olmasıdır (RKHK. md.5,10; 1997/2 No.'lu Tebliğ, md.2,3,4;1997/6 No.'lu Tebliğ md.2,3). İlk bakışta bu düzenlemenin, uyumlu eylemin niteliğine aykırı düştüğü söylenebilir. Buna göre, teşebbüslerin pek çok durumda uyumlu eylem içerisinde olduklarının bilincinde olamayacakları gibi, aksi olsa bile, uyumlu eylemin fiili bir sürece ilişkin olması karşısında, Kanun'da belirtilen 1 aylık sürenin nasıl ve ne zaman başladığının tespiti oldukça güç olacaktır. Ayrıca bu durumu bir kenara bırakıp, ancak uyumlu eylem olarak kovuşturulabilecek nitelikteki gizli anlaşmaları ele alacak olursak, bu halde tarafların zaten bu anlaşmaları alenileştirmekten kaçınmaları söz konusu olduğu için, bunlar nitelikleri gereği bildirim konu olamazlar. Bu halde, adeta teşebbüslerin kendi kendilerini ihbar etmeleri söz konusu olmaktadır ki, bunun mantık dışı olduğu dahi ileri sürülebilir (krş. Baykan, sh.187). Nitekim Kanun tasarı halindeyken, uyumlu eylemler bildirim kapsamı içerisinde mütalaa edilmediği halde, oligopol piyasalarının gösterdiği özelliklerden kaynaklanan çeşitli görüşlerin etkisiyle, daha sonradan eklenmiştir (Budak, sh.144).

Belirtelim ki, bu görüşlerin Kanun'un sistemi karşısında benimsemek güçlük arz eder. Eğer sadece anlaşma ve kararların bildirim tabi olacağı ileri sürülürse, uyumlu eylemin, bunlar yanında haksız bir avantaj elde etmesi ve para cezasının tatbik edilmesi açısından (RKHK. md.16/c), uyumlu eylemlerin kayırılması gibi mantıksız bir durum ortaya çıkmaktadır. Oysa anlaşmaya verilen geniş anlam çerçevesinde, bir anlaşma bildirilebildiğine göre, uyumlu eylem de pekala bildirim konu olabilir. Ayrıca teşebbüslerin kendi kendilerini ihbar etmeleri, uyumlu eylemler için geçerli olduğu kadar, anlaşmalar için de geçerlidir. Bunun dışında, muafiyet imkanı uyumlu eylemler için de söz konusu olduğu ve muafiyetin RKHK.'nun 10.maddesi uyarınca ancak bildirim üzerine verilebildiği dikkate alınırca, Kanun'un 10.maddesinde değişiklik yapılmadığı sürece, uyumlu eylemin bildirim tabii olmaması gerektiğini ileri sürmek, bunların muafiyet alamayacağı anlamına gelir. Buna karşılık 10.maddede değişiklik yapıldığında da, yukarıdaki duruma benzer bir şekilde, uyumlu eylemlerin anlaşma ve kararların karşısında kayırılması gibi bir durum ortaya çıkar. Bu itibarla, Kanun'un getirdiği sistem, uygulanma kabiliyeti açısından çeşitli zorluklar içermekteyse de, kendi içerisinde tutarlıdır.

⁸¹ RKHK.'nun sistemine göre, teşebbüsleri faaliyette bulunduğu piyasaların rekabetin sınırlandığı piyasalara benzerlik göstermesi halinde, örneğin fiyatların aynı veya yakın aralıklarla artırılması, veya 4. maddenin 2. fıkrasında ortaya çıkan hallerden birinin gözlemlenmesi gibi durumlarda, söz konusu teşebbüslerin, aralarında önceden bir temas olması şartı aranmaksızın, uyumlu eylem içinde buldukları iddia edilecek ve bu iddia sabit görülürse, ispat yükü yer değiştirecektir. Bu aşamada eğer teşebbüsler, birbirleriyle benzer olan davranışlarını, ekonomik ve rasyonel temellere dayandıramazlarsa, örneğin sadece tesadüfi nedenlerle fiyatın artırılmış olması veya (ticari yaşam açısından büyük önemi olan), rakiplerinin davranışlarının doğru tahmin edilmesi gibi durumlarda, teşebbüslerin uyumlu eylem içerisinde buldukları kabul edilecek ve bunlar arasında

bir anlaşma ve hatta danışıklılık olmaksızın dahi, 4. maddenin ihlali söz konusu olabilecektir.

⁸² Krş. Korah, sh.44, 46

⁸³ Bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/c

⁸⁴ RKHK.'nın para cezaları başlığını taşıyan 16. maddesinin “d” bendine göre : “....ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek veya tüzelkişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirin %10'una kadar para cezası verilebilir. Tüzel kişiliği olan teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın %10'una kadar para cezası uygulanır....”

⁸⁵ Teşebbüs birlikleri, üyeleri arasındaki rekabetin kısıtlanmasına çeşitli şekillerde zemini hazırlamaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, bu birlikler, mesleki dayanışma ve benzer amaçlar altında, çok sayıda teşebbüsün bir araya gelmesine imkan vermekte ve bu suretle kartel anlaşmalarının önemli bir zaafını telafi etmektedir. Teşebbüsler bir araya gelerek bilgi değişimini maksimum düzeye çıkarmakta ve bu da aralarında, farklı menfaatleri tatmin edebilecek nitelikte oldukça kompleks nitelikli anlaşma ve kararların oluşabilmesine imkan vermektedir. Bunun yanı sıra, anlaşmadan farklı olarak karşılıklılık ve tarafların mutlak surette uyuşmuş olmaları şartlarının kararlar bakımından aranmaması, sadece çoğunluğun yeterli sayılması ve hatta bazı durumlarda, birlik yönetim organlarınca alınan kararların bu kapsama girebilmesi, bu vasitanın, rekabetin sınırlanması için oldukça elverişli olduğunu göstermeye yeter (Krş. Kintner, sh.32,33; Korah/Rothnie, sh.74). Nitekim Rekabet Kurulu'nun pek çok yönüyle emsal teşkil eden *BİAK* kararında, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden oluşan ve tüzel kişiliği bulunmayan *BİAK* isimli teşebbüs birliğinin, Universal A.Ş.'nin üyelik başvurusunu reddetmesi, RKHK.'nın 4/2.d maddesi anlamında “kolektif boykot” kapsamında telaki edilmiş ve üyelik başvurusunun reddedilmesine dair alınan karara, bütün teşebbüslerin katılmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, karara katılmayan İhlas Holding A.Ş.'nin aksi yöndeki savunması (bkz. 2.5.1.2.) ve hatta red kararının alınması esnasında aksi yönde görüş bildiren, Uluslararası Reklamcılık Derneği'nin savunması dikkate alınmamıştır. Karara göre, “*BİAK bir teşebbüs birliğidir ve başvuru bu teşebbüs birliğinin toplu kararı ile reddedilmiştir. Teşebbüs birliği içinde bulunan teşebbüslerin karardan sorumlu olmayacaklarını kabul etmek mümkün değildir. Savunma olarak ileri sürülen bu hususlar Kanun'un 16. maddesinin tatbik edilmesine ilişkin unsurların değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulur*” (bkz. 2.5.4.1.).

⁸⁶ Oğuzman, sh.120; krş. Kocayusufpaşaoğlu, sh.126,127; ayrıca Goyder, sh.330

⁸⁷ “Decisions by Associations of Undertakings”

⁸⁸ Tartışmalar için bkz. Akıncı, sh.221 vd.

⁸⁹ Korah, sh.42; Green/Robertson, sh.296; Kerse, sh.6; Whish/Sufrin, sh.193; Tekinalp/Tekinalp, sh.336; Goyder, sh.84,331; Aslan, AT., sh.75; Çeker, sh.91; Bellamy/Child, sh.51; Esin Arif, sh.31; Akıncı, sh.223; Özsunay, sh.163, 15 sy. dpt.; krş. Smit/Herzog, sh.85

⁹⁰ “*Teşebbüs birliği eylemleri*” ifadesiyle kastedilen, herhalde, hukuki anlamda karar olarak nitelendirilecek işlemlerin dışında kalan her türlü uygulama ve davranışlardır.

RKHK., RA.'dan farklı olarak “teşebbüs birliği eylemi” kavramına yer vererek ve yeni bir danışıklılık vasıtası öngörmüştür.

⁹¹ Her ne kadar Kanun'un bu açık hükmü karşısında, “karar” kavramının hukuken nitelendirilmesine, daha doğru bir deyişle geniş yorumlanmasına ilişkin tartışma önemini yitirse de, belirtmek gerekir ki bu hüküm Kanun'un genel sistematığına yabancı kalmıştır. Zira 4. madde dışında başka hiçbir hükümde (ve aynı şekilde Rekabet Kurulu tebliğlerinde), “teşebbüs birliği eylemi” ifadesine yer verilmemiştir. Keza mehzaz düzenleme olan RA.'nda da, bu şekilde bir ifadeye yer verilmemiştir. Türk Hukukunda da genel olarak teşebbüs birliği eylemi ifadesine değinilmemiştir (bkz. Çeker, sh.91; Aslan, sh.56).

⁹² Donck-CBR davasında (Donck-CBR, (1978), 2 CMLR.194), üretici, aracı, toptancı ve satıcılar dahil olmak üzere Hollanda bisiklet piyasasının %85'ine sahip olan Hollanda bisikletçiler birliği, üyelerine, birliğe üye olmayan teşebbüslerle ticaret yapılmaması, belirlenen seviyedeki (yatay-dikey) teşebbüsler dışındakilere mal verilmemesi, ortak kar oranlarının belirlenmesi, ortak garanti süreleri belirlenmesi gibi noktalarda kısıtlamalar getirmiş ve bu uygulamalar RA.'nın 85. madde kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir.

⁹³ Bu hususta örnek gösterilebilecek olaylardan biri olan Anseau davasında (NV. International Belgium AZ/Komisyon, birleşik dava 96-102-104-105-108/82, (1983), ECR.3369 (1984), 3 CMLR. 276), yasal bir takım zorunluluklar nedeniyle, Belçika'da su çıkışı ve bu aşamada kullanılacak olan bulaşık ve çamaşır makinası gibi cihazların, çeşitli teşebbüs birliklerinin onaylayacağı uygunluk belgeleri olmadan kullanılması veya yerleştirilmesi mümkün değildi. Su Hizmetleri Ulusal Birliği Anseau, çamaşır ve bulaşık makinaları üretim ve münhasır satıcılığı ile ilgili ulusal nitelikteki bir birlik ile anlaşma yapmış ve bu anlaşmaya dayanarak, üyelerinin ticari dolaşıma çıkacak olan cihazlarının, bu birliğin çıkardığı uygunluk etiketlerini taşımaları yönünde tavsiye kararı vermiştir. Uygunluk etiketleri ise, AT.'da faaliyet gösteren çamaşır ve bulaşık makinesi üreticileri arsında ayırmacılık yapılacak şekilde dağıtılıyor ve talepte bulunan teşebbüslere, Belçika'da tek yetkili ithalatçı göstermeleri koşulunu getiriyordu. Bu ise, AT.'da paralel ithalatı kısıtlamaktaydı. Davada, gerek uygunluk belgesini veren birlikler, gerekse ANSEAU., yaptıkları uygulamalar neticesinde mahkum edilmiş ve ANSEAU.'nun üyelerine yaptığı tavsiyelerin, hukuken bağlayıcı niteliği olmasa da, karar olarak nitelendirilebilceğine işaret edilmiştir (Bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Anseau, sh.355-360).

Yine benzer şekilde Frubo davasında (FRUBO-Komisyon, dava 71/74, (1975), ECR. 563 (1975), 2 CMLR.123), meyve üreticileri ve toptancılarının kurduğu ve Hollanda'da elma, armut ve limon piyasasının %75'ini elinde tutan birlik, meyve ithalatçıları ile varılan anlaşma neticesinde, meyve ihalelerinin sadece Rotterdam'dan yapılmasını zorlamakta ve bu suretle Hollanda'ya yapılacak ithalatın, sadece bu kent kanalıyla gerçekleşmesini sağlamaktaydı. Bu yönde alınmış bir karar olmamasına rağmen, Hollanda'ya başka yollardan meyva girişi fiilen yapılamamakta ve Rotterdam bu açıdan monopol konuma sahip olmaktadır. Satıcı ve tüketicilerin seçim özgürlüğünü kısıtlayan bu uygulama da, RA.'nın 85. maddesi çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir.

Çimento davasında da (Vereeniging van Cementhandelaren-Komsiyon, dava 8/72, (1972), ECR.977 (1973), CMLR.7), özellikle üreticiler karşısında Hollanda’lı çimento satıcılarının menfaatlerini korumak için kurulan VCH. isimli birlik, 30 ekim 1962 ve 17 aralık 1965 tarihlerinde 17 sy. Tüzük çerçevesinde çeşitli anlaşma ve kararları Komisyon’a bildirmiş ve Komisyon yaptığı incelemeler neticesinde bu anlaşma ve kararları 85. madde çerçevesinde değerlendirerek hukuka aykırı olduklarını belirtmiştir. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, başvuru sahibinin, özellikle fiyatlar hususunda, bu fiyat sisteminin tavsiye niteliğinde olduğu ve esasen de, üyeler tarafından takip edilmediği, ayrıca bunun üyeler üzerinde zorlayıcı bir etkisi bulunmadığı ve piyasa genelinde üretim fiyatlarında önemli bir farklılık bulunmadığı, rekabetin aslen müşteri hizmetleri veya kalite gibi parametreler bakımından söz konusu olduğu, yolundaki iddiaları kısmen reddetmiş ve her ne kadar kararların hukuken bağlayıcı niteliği bulunmasa da, birliğin getirdiği sistem göz önünde tutulduğu ve belirlenen fiyatların gelecekteki belirsizliği ortadan kaldırarak rakiplerin gelecekteki davranışlarına ilişkin önemli ölçüde etkide bulunduğu gerçeğini dikkate alarak, başkaca faktörlerin de değerlendirilmesiyle, söz konusu fiyatlamının 85.madde kapsamında bir karar olarak kabul edilebileceğini ve bunun da rekabet aykırı nitelik taşıdığını belirtmiştir.

⁹⁴ Whish/Sufrin, sh.194; Goyder, sh.331; krş. Green/Robertson, sh.296

⁹⁵ Re ASPA OJ.(1970), L.148/9 (1970), CMLR.D.25, National Sulphuric Acid Association, OJ.(1980), L.260/24 (1980), 3 CMLR.429

⁹⁶ Green/Robertson, sh.296; Smit/Herzog, sh.85

⁹⁷ Gerek Rekabet Hukuku, gerekse özel hukuk açısından karar kavramının, basit bir irade uyuşmasının söz konusu olduğu anlaşmadan (veya hukuki sonuca yönelme iradesinin arandığı sözleşmelerden) ayırt etmek, herhangi bir zorluk teşkil etmez. Rekabet Hukuku açısından bakıldığında, bir karardan bahsedebilmek için evvela ortada bir “teşebbüs birliğinin” bulunması gerekir. Teşebbüs birliğinin Kanun’da yapılan tanımı çerçevesinde ise, bu koşul, karar kavramının, anlaşma ve uyumlu eylemlerden kolayca ayrılabilmesine imkan verir. Bunun yanı sıra kararda, iradelerin karşılıklı değil, aynı yönde, bir merkeze doğru iletilmesi, ayırt edici diğer bir unsurdur. Ayrıca karardan bahsetmek için, somut olaya göre değişebilmekle birlikte, genellikle oy çokluğunun yeterli olması, kararı anlaşma ve uyumlu eylemden ayıran diğer bir farklılıktır. Fakat belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Hukukunda anlaşmaya verilen geniş anlam çerçevesinde, bazı davalarda (Belasco ve diğerleri-Komisyon, dava 246/86, (1991), 4 CMLR.96; Polypropylene, OJ.(1986), L230/1 (1988), 4 CMLR. 347) -ki bunlar özellikle çok sayıda teşebbüsü ilgilendiren davalardır, anlaşmaya herhangi bir şekilde taraf olmayan örneğin, yapılan toplantılara sürekli katılmayan, veya çeşitli çekinceler öne süren teşebbüsler de kartel anlaşmasına taraf olarak kabul edilebilmekte ve cezalandırılmaktadır (Whish/Sufrin, sh.192,193). Görüldüğü üzere Komisyon ve Adalet Divanı, teşebbüs kararları açısından dahi, söz konusu kavramlar arasında herhangi bir farklılık gözetmemekte ve “danışıklılığı” yeterli saymaktadır (ayrıca bkz. 24th Report, sh.127).

⁹⁸ Şüphesiz, uyumlu eylem kavramının hukuki niteliği üzerinde durmayı gerekli görmüyoruz.

⁹⁹ Nitekim bu yaklaşımın Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiği, *BLAK* davasında verilen karardan açıkça anlaşılmaktadır (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99). Söz konusu kararın konumuzu ilgilendiren kısmında (bkz. 2.5.1.2.), aynen şu ifadelerle yer

verilmiştir : “*Karar, çok taraflı bir hukuki muameledir ve birden fazla kimsenin içinde buldukları hukuki ilişkinin kendilerine tanıdığı oy hakkını kullanarak anlaşmaya varmalarıdır*”. Açıklıkla görüldüğü üzere, RKHK.’nin 4. maddesinde yer alan “karar” kavramı, hukuki işlemi ifade edecek şekilde yorumlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, bu yaklaşım Kanun’un sistemine uygundur.

¹⁰⁰ Daha önce de ifade edildiği gibi, özel hukukumuz açısından “*anlaşma*” ve “*sözleşme*”, birbirlerinden farklı kavramlardır. Her ne kadar aralarında kesin bir sınır çizilmesi oldukça güç de olsa, anlaşmalar karşılıklı irade uyuşmalarının her türünü kapsar iken, sözleşmelerde irade uyuşmasının yanı sıra, iradelerin belirli bir hukuki sonuca yönelmesi ve tarafların üzerinde uyuştukları iradelerle hukuken bağlanmaları, bir başka deyişle hukuken muteber olma şartının bulunması gerekmektedir. Ancak bu şartları haiz olan karşılıklı irade uyuşmaları bir hukuki işlem türü olan, “*sözleşme*” olarak nitelendirilebilecektir. Buna karşılık hiç kuşku yok ki, iradelerin ne zaman hukuki sonuca yöneldiğinin tespit edilmesi, oldukça güç bir meseledir ve tarafların irade beyanlarının yorumlanmasını gerektirir (krş. Oğuzman/Öz, sh.42, özellikle 33 sy. dpt.). Bu ise, anlaşma ve sözleşme arasındaki sınırların belirlenmesini güçleştirmekte ve anlaşma sözleşme ayırımının önemini büyük ölçüde azaltmaktadır.

Oysa anlaşma ve sözleşme kavramları arasında yapılan ve Rekabet Hukuku literatüründe egemen olan bu ayırım, Anglo-Amerikan Hukuku sistemlerinde, bu hukukların tarihsel geleneğinden kaynaklanan farklı bir özellik taşımaktadır. Rekabet Hukukuna da oldukça egemen sayılabilecek bu hukuk sistemlerinde, anlaşmayı sözleşmeden ayıran unsurlardan biri, yukarıda belirtilen hukuki sonuca yönelen irade unsuru olmakla birlikte, hukukumuzda yer almayan diğer bir unsur ise; Türkçe’ye ivaz olarak çevrebileceğimiz “*consideration*” kavramıdır. Bu hukuk sistemlerinde sözleşme sadece karşılıklı irade beyanlarıyla kurulmamakta, ayrıca tarafların bağlanma noktasındaki iradelerini ortaya koymaya yarayan bir “*consideration*” aranmaktadır (ayrıntılar için bkz. Calamari/Perillo, sh.185 vd.). Dolayısıyla sözleşmenin kurulması daha sıkı koşullara tabi olmakta, buna karşılık anlaşma ve sözleşme kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi kolaylaşmaktadır.

Anglo-Amerikan sözleşmeler hukukunda önemli bir yere sahip olan bu kavramın, nasıl ve hangi şartlara tabi olarak uygulandığının tespit edilmesi çalışmamızın boyutlarını aşmakla birlikte, hukuk sistemleri arasındaki bu farkın dikkate alınması ve dolayısıyla Türk hukuku bakımından da yaptığımız anlaşma-sözleşme ayırımının, bu hukuklarla kıyaslandığında büyük bir önem taşımadığının bilinmesi gerekir.

Özel hukukumuz açısından hukuki sonuca yönelen irade beyanının tespiti zor da olsa mümkündür ve bu tespit, yorumda temel alınan, “*güven teorisi*” vasıtasıyla mümkün olabilir. Taraf iradelerinin belirlenmesinde yol gösterici olan “*güven teorisi*”, özellikle hukuki sonuca yönelme unsurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, muhatabın haklı güvenini koruyacaktır (Kocayusufpaşaoğlu, sh.153). Şüphesiz haklı güvenin korunmasında, hal ve şartlar büyük rol oynayacak ve tarafların ekseriya tacir; aralarındaki ilişkilerin de ticari ilişkiler olduğu Rekabet Hukukunda ise, tarafların hukuken bağlanmak üzere hareket ettikleri karinesi geçerli olacaktır. Zira her iki hukuk sisteminde de kabul edildiği üzere, tarafların aksini sözleşmede açıkça belirtmediği hallerde, karşılıklı irade uyuşmasının söz konusu olduğu her durumun sözleşme olarak kabul edilmesi, ticari ilişkiler söz konusu olduğunda, hayatın akışına uygun düşer

(Calamari/Perillo, sh.28 vd.). Buna karşılık, örneğin hukuken bağlanılmadığı açıkça ifade edildiği irade uyuşmaları ve özellikle aile veya arkadaş çevresi içerisindeki ahlaki taahhütler, sözleşme ve dolayısıyla hukuki muamele olarak değil, ancak anlaşma olarak kabul edilebilir (kanımızca Rekabet Hukuku kapsamına girebilecek nitelikteki ahlaki taahhütlerin, BK.62/2 anlamında eksik borç olarak nitelendirilmesi de güç gözükmektedir aksi gör. Smit/Herzog, sh.135).

Sözleşme ve anlaşma ayırımının pratik önemi kanımızca, hukuki sonuç doğurmaya yönelik veya hukuki sonuç doğurmaya yöneldiği kabul edilen karşılıklı irade beyanlarının, herhangi bir sebeple geçersiz olması, örneğin şekle aykırı olması halinde ortaya çıkmakta ve bu takdirde de, bağlayıcı ve muteber olmayan sözleşme, ancak anlaşma olarak nitelendirilmesi mümkün olmaktadır.

Netice itibarıyla Rekabet Hukuku açısından meseleye bakıldığında, anlaşma ve sözleşme arasındaki kavramsal ayrılığın, pratikte bu kavramların birbirlerinden ayrılmasında büyük bir faydası yoktur. Zira özellikle ticari ilişkiler söz konusu olduğunda taraf iradeleri hukuki sonuca yönelmiş olarak kabul edilmeli, ve ancak aksi yönde bir irade beyanı bulunduğu takdirde, hukuken bağlayıcı olmayan bir taahhüdün veya anlaşmanın bulunduğu kabul edilmelidir.

Bunun yanı sıra uygulamada daha büyük önemi haiz diğer olasılık ise, herhangi bir sebepten dolayı muteber olmayan ve bağlayıcılığını yitirmiş olan bir sözleşmenin ancak anlaşma olarak nitelendirilmesinin mümkün olmasıdır. Kanımızca anlaşma ve sözleşme ayırımının pratik önemi bu ikinci durum açısından geçerlidir.

¹⁰¹ Aynı görüş, RA.'nın 85. maddesi çerçevesinde de savunulabilir. Zira madde içerisinde sadece uyumlu eyleme değil, geçersizlik yaptırımına da yer verilmiştir (md.85/2).

¹⁰² Krş. Akıncı, sh.53; Smit/Herzog, sh.83

¹⁰³ RKKH.'nin 4. maddesinin bu “*önleyicilik işlevi*”, piyasadaki rekabet sürecinin fiilen zarar görmesinden önce, teşebbüslerin davranış ve işlemlerin kovuşturulmasına imkan vermekte ve idari ve adli makamlara ön denetim imkanı sağlayarak, rekabet düzeninin etkin bir şekilde korunması amacına hizmet etmektedir. Esasen 4.maddenin, eylem ve davranışlardan ziyade, irade uyuşmalarını konu aldığını düşünecek olursak, bu olağan bir neticedir.

¹⁰⁴ Akıncı, sh.56; Smit/Herzog, sh.84

¹⁰⁵ Fakat bu tartışmaların büyük ölçüde teorik boyutta kalacağını de belirtmek gerekir. Zira adli ve idari kurumların önüne gelen pek çok olayda, hukuki nitelendirme sonuçları itibarıyla bir farklılık yaratmayacağı gibi, yukarıda “*önleyicilik fonksiyonu*” çerçevesinde ifade edilen durum da, pratik olarak oldukça dar bir uygulanma alanı bulacaktır.

¹⁰⁶ Whish/Sufrin, sh.191; Goyder, sh.85; Tekinalp/Tekinalp, sh.335

¹⁰⁷ Buna karşılık yukarıda ifade edilen düşünceler çerçevesinde, bu iki kavramın birbirinden ayırt edilmesi gerekiyorsa, bunlar arasında uyuşma ve etkileşimin yoğunluğunda bir farklılığın bulunduğu, bir başka deyişle uyumlu eylemlerin anlaşma seviyesine varmayan mutabakatları (veya irade uyuşmalarını) ifade etmek üzere kullanıldığı söylenebilir. Fakat bu böyle bir durumun hangi hallerde söz konusu olabileceği hususunda bir yargıya varmak güçtür.

¹⁰⁸ Örneğin tamamen farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, herhangi bir şekilde anlaşma yapmaları veya ortak davranışlar sergilemelerinin Rekabet Hukuku

açısından tehlike oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler, birbirlerinin potansiyel açıdan rakibi olarak değerlendirilemediği sürece, ancak çok sınırlı hallerde rekabeti olumsuz etkileyebilirler.

¹⁰⁹ “Relevant Market”

¹¹⁰ Kanun’da “*piyasa*” kavramının tanımına yer verilmemesinin uygun bir çözüm tarzı olduğunu söylemek mümkündür. Zira piyasa çok boyutlu bir kavram olması itibarıyla, çok farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmakta ve tanımlanmaktadır (Bkz. Özgüven, sh.193 vd.). Ekonomi bilimi açısından geleneksel bir tanım vermek gerekirse; ilgili piyasayı “arz ve talebin veya satıcı ve alıcının karşılaştığı yer olarak” ifade etmek mümkündür (Özgüven, sh.193; krş. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.47). Bununla birlikte, Kanun’un piyasayı sadece mal veya hizmet piyasaları olarak iki türden ibaret görmesine ilişkin düzenlemesi için aynı yorumu yapmak mümkün değildir. Zira genel olarak kabul edildiğine göre piyasa, sadece mal veya hizmet biçiminde değil, bir başka kategori olarak “*faktör piyasası*” şeklinde bir ayırıma tabi tutulmaktadır. RKHK.’nın 3.maddesinin gerekçe kısmında, para ve sermaye piyasalarının da Kanun kapsamı içerisinde olduğu belirtilmiş olsa da, kanımızca bu kavrama Kanun’da yer vermek daha uygun bir yaklaşım olurdu.

¹¹¹ RKHK.’nin 3. maddesinde mal, “*Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya*”, hizmet ise; “*bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi de beraber olan faaliyetler*” şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹² Şüphesiz burada belirtmekte fayda vardır ki, Avrupa Birliği Hukukunda uygulanan “*de minimis*” doktrini, rekabete olan etkinin hissedilir olup olmadığının belirlenmesinde, ilgili piyasayı baz almakta ve bu nedenle 85.madde kapsamına giren her türlü danışıklı ilişki için ilgili piyasanın belirlenmesi zaruri olmaktadır. Hukukumuz açısından da benimsenmesi kuvvetle muhtemel olan bu doktrin, 4.madde kapsamına giren olayların tümünde, ilgili piyasanın belirlenmesini gerektirebilir.

¹¹³ İlgili mal piyasası için bir başka tanım : “İlgili piyasa önemli ölçüde birbiriyle değiştirilebilir malların elde edilebildiği bir piyasadır”(Aslan, AT., sh.225). Benzer bir tanım : “Sahip olduğu özellikler nedeniyle aynı ihtiyacı karşılamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka mallarla ikame edilebilen malların piyasası, ilgili mal piyasası olarak nitelendirilebilir” (Tekinalp /Tekinalp, sh.376).

¹¹⁴ Notice on Relevant Market, sh. 2

¹¹⁵ Notice on Relevant Market, sh.2

¹¹⁶ Bkz. aşağıda §2/II/B/2

¹¹⁷ Bkz. aşağıda §2/II/B

¹¹⁸ Bkz. 1997/1 No’lu Tebliğ, RG.23078, t.12.12.1997

¹¹⁹ İlgili piyasa kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda; 7. maddeye dayanılarak çıkarılan birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurumu Tebliğinin 4. maddesi, büyük ölçüde tatmin edici niteliktedir. Tebliğ’de ilgili piyasa kavramı Avrupa Birliği Hukuku uygulama ve doktrinine uygun olarak, mal ve coğrafya olarak iki boyutuyla ele alınmış ve oldukça açık bir şekilde tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre, “*Ülkenin önemli*” (Tebliğ’de coğrafi piyasa tanımlanırken hatalı olarak; ülkenin önemli bir bölümünden bahsedilmiş ve Kanun’da öngörülmeleyen bir sınırlama yapılmıştır. 6. maddede olduğu gibi; 7. madde metninde de coğrafi piyasa için, sadece Ülke’nin tamamı veya bir kısmı ifadeleri kullanılmakta; Avrupa Birliği Hukukundaki gibi; önemli bir kısmı (subsantial

part) sınırlamasına yerverilmemektedir) bir bölümünden oluşan coğrafi piyasa, teşebbüslerin mal ve hizmetlerin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın bulunmadığı dikkate alınır” (md.4/4). Tebliğ bakımından mal piyasasının tespitinde ise, “birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan piyasa dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir” (md.4/5).

¹²⁰ Whish/Sufrin, sh.205; Weatherill/Beaumont, sh.692; krş. EC. Report, sh30

¹²¹ Aksi gör. Smit/Herzog, sh.122; Green/Robertson, sh.315

¹²² Nitekim 4. maddenin başlığında, bu terimlerin tümünün yerine geçecek şekilde “sınırlayıcı” terimine yer verilmiştir ki, bu düzenleme de dolaylı olarak kullanılan terimler arasında temel bir farklılık gözetilmediğine işaret etmektedir. Akıncı da benzer bir şekilde, bu terimlerin tümünün aynı amaca yöneldiğini ve aralarında sadece nicelik farkı olduğunu belirtmektedir. Yazar, rekabetin kısıtlanması kavramını ise, “teşebbüslerin anlaşarak fiyatın rekabet piyasası kurallarından farklı şekilde oluşmasını temin için, ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin bağımsız ve rasyonel karar almalarını engellemesi” olarak tanımlamaktadır (Akıncı, sh.230).

¹²³ Bkz. Birinci Bölüm §1/I

¹²⁴ Kanun’un 4. maddesi anlamında rekabeti sınırlayıcı bir hukuki muamelelerin, ekseriya süreklilik vasfına haiz olması; bir başka deyişle “sürekli borç ilişkisi” niteliğini taşıması, bu kapsamdaki hukuki muamelelere uygulanacak geçersizlik yaptırımının hükümleri açısından önem taşımaktadır (bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/E/3).

¹²⁵ Borç ilişkisi, ancak hukuken korunan bir münasebet için söz konusu olduğuna göre, salt ahlaki taahhütler bu anlamda borç ilişkisi kapsamında mütalaa edilmezler. Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği üzere, 4. madde anlamında bir danışıklı ilişkiden bahsedebilmek için, hukuken geçerli bir münasebetin varlığı gerekli değildir. Özellikle rekabeti sınırlayıcı amacı açık olan kartel anlaşmalarında veya uyumlu eylemlerde, tarafların hukuken bağlanma iradesiyle hareket ettiğini veya hukuken korunan bir borç ilişkisinin bulunduğunu söylemek güçtür.

¹²⁶ Belirtelim ki, rekabetin sınırlanması teşkil eden taahhüt veya borç, çok farklı şekillerde gerçekleşebilir. Dolayısıyla, bunların tümünün “yapma” veya “yapmama” edimi şeklinde ortaya çıktığını söylemek, bir varsayımdan ileri gitmez. Bununla birlikte ortak özelliklerinden hareketle, rekabetin sınırlanması teşkil eden borcun olayların önemli bir kısmında, “yapma” veya “yapmama” edimi (taahhüdü) şeklinde ortaya çıkacağı da muhakkaktır. Örneğin RKHK.’nin 4/2.a maddesi anlamında bir fiyat tespiti anlaşması (veya fiyat karteli), taraflara belirli bir şekilde davranma veya yapma borcu yüklemekte, buna karşılık “b” bendi anlamında piyasa paylaşma anlaşması ise, belirli bir şekilde davranmama (veya kaçınma) borcu yüklemektedir. Üzerinde uyuşulan bu rekabeti sınırlayıcı edim, bu gibi kartel anlaşmalarında açıkça gözlenebilmekle birlikte,

çoğu kez başka bir sözleşme içerisinde “*tali edim*” vasfı taşıması veya başkaca edimlerle bir arada bulunması, genelleme yapmayı güçleştirmektedir.

¹²⁷ Kullanılacak olan terim, rekabet kavramına verilen anlam ile de doğrudan ilgilidir. Örneğin, rekabetin sadece rakipler arasındaki mücadele veya yarış süreci olarak algılanması halinde, bunun bozulmasından çok, engellenmesi veya kısıtlanmasından; buna karşılık rekabetin ideal bir piyasa modeli olarak algılanması halinde ise, bunun bozulmasından bahsetmek daha uygun düşecektir (krş. Akıncı, sh.230). Dolayısıyla bu ikinci ihtimalde, rekabetin bozulması kavramının daha geniş bir alanı kapsadığını söylemek mümkündür.

¹²⁸ Tekinalp/Tekinalp, sh.342; krş. Green/Robertson, sh.315; Smit/Herzog, sh.122

¹²⁹ Whish/Sufrin, sh. 205; krş. Green/Robertson, sh.315

¹³⁰ Whish/Sufrin, sh.205; krş. Green/Robertson, sh.315

¹³¹ RKHK.’nın 4. maddesi, belirli bir piyasada rekabetin sınırlandırılmasına yol açan danışıklı ilişkileri kapsam içerisine almaktadır. Dolayısıyla, danışıklı ilişkinin mutlaka bu ilişkiye taraf olan teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlandırılmasına yol açması gibi bir koşul aranmamaktadır (krş. Smit/Herzog sh.126,127; EC. Report, sh.29).

¹³² Kanımızca bu duruma verilebilecek en klasik örnek, doktrinde tek taraflı kararlar sorunu olarak da ifade edilen durumdur (Tekinalp/Tekinalp, sh.341,342; Korah, sh.41; Bellamy/Child, sh.47; Whish/Sufrin, sh.199,200; Areeda/Kaplow, sh. 663 vd.; krş.Weatherill/Beaumont, sh.673,674). Görünürde tek taraflı bir işlem veya davranış izlenimi veren, fakat genellikle, dağıtım anlaşması gibi başka bir anlaşma veya uyumlu eyleme istaneden gerçekleştirilen çeşitli davranışlar, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında 85. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek AEG davasında (AEG/Telefunken-Komisyon, dava 107/82, (1983), ECR.3151 (1984), 3 CMLR.325), AEG’nin objektif olarak uygun nitelikler taşıyan bazı satıcılara mal vermeyi reddetmesi, Komisyon ve Adalet Divanı tarafından tek taraflı bir davranış olarak değil, AEG’nin kurmuş olduğu seçici dağıtım sisteminden kaynaklanan ve mevcut dağıtıcı ve satıcılarının zımnı veya açık olurlarını dikkate alan bir danışıklı ilişkinin sonucu olarak kabul edilmiştir (Benzer kararlar için bkz.: Ford, dava 228&229/82, (1984), ECR.1129 (1984), 1 CMLR.649; ve Metro, dava 75/84, (1986), ECR.3021 (1987), 1 CMLR.118).

¹³³ Bellamy/Child, sh.65; Akıncı, sh.229; Whish/Sufrin, sh.43,44; krş. Weatherill/Beaumont, sh.670

¹³⁴ “Horizontal and Vertical Restrictions”

¹³⁵ Karşılaştırma için bkz. aşağıda §3/II/B

¹³⁶ Doğal olarak Rekabet Hukuku kapsamına giren bir dikey ilişkinin söz konusu olabilmesi için, ilişkinin tarafı olan kişilerin teşebbüs sıfatına sahip olması gerekir (bkz. bu konuda : Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b). Örneğin, ürettiği malın, dağıtım, reklam, pazarlama ve tüketiciye arz aşamalarının tümünü kendi gerçekleştiren bir teşebbüsün, bu aşamaları, farklı tüzel kişilikler eliyle gerçekleştirmesi, bu tüzel kişiler arasındaki ilişkilerin, dikey ilişki olmasını sağlamaz. Burada dikey bütünlüğe haiz bir teşebbüsten bahsetmek daha doğru olur. Şüphesiz, teşebbüsün ürettiği malın arzını kendisi yapması veya bunu başka teşebbüsler eliyle gerçekleştirmeyi tercih etmesi, tamamen kendi ticari tercihine kalmış bir karardır. Dikey bütünleşme, bağımsız teşebbüsler eliyle ticaret yapmaktan daha ucuz ve kolay olduğu takdirde dikey bütünleşme tercih edilecek; dikey

ilişkiler kurmak daha rahat ve piyasaya ilişkin bilgi akışı güvenilir olduğu takdirde ise, bağımsız teşebbüsler ile ticaret yapmak tercih edilecektir (Areeda/Kaplow, sh609 vd.). Bu çerçevede içerisinde belirtmek gerekir ki, ticari mümessil (BK.md.449-452), ticari vekil (BK.md.453) ve seyyar tüccar memurları ile (BK.md.454), yani bağlı yardımcıları ile girilen hukuki ilişkiler, bu kimselerin ekonomik bağımsızlığı haiz olmadıkları ve kendi inisiyatifleri altında faaliyet göstermedikleri için, gerçek manada dikey ilişki olarak nitelendirilemez. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre değişebilmekle birlikte, acente (TTK.md.116-134), komisyoncu (BK.md.416-430) ve ticari işler tellalı (TTK.md100-115) gibi bağlı olmayan tacir yardımcılarıyla girilen hukuki ilişkilerin de, bu kimselerin bağımsız olmalarına karşılık, müvekkili hesabına iş yapmaları ve riskin müvekkile ait olması nedeniyle, 4. madde çerçevesinde dikey sınırlama kapsamında mütalaa edilmesi zordur. (<Acenta mukavelesi için bkz. Notice on Exclusive Dealing Contracts with Commercial Agents, OJ.139, 24.12.1962, 2921/62> Tekinalp/Tekinalp, sh.352; Korah/Rothnie, sh.5; Bellamy/Child, sh.388; Green/Robertson, sh.619; Whish/Sufrin, sh. 214, 539; Smit/Herzog, sh.205 vd.)

¹³⁷ Teşebbüsler arası bir ilişkinin, aynı anda, hem dikey, hem de yatay özellikler göstermesi mümkündür. Örneğin günlük gazete piyasasının üretim aşamasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün, gazetelerin dağıtımını, hem gazete üretimi, hem dağıtımını, hem de tüketiciye arz aşamalarının tümünde, bir başka deyişle dikey bütünlüğe sahip bir başka teşebbüs eliyle gerçekleştirmesi halinde, bu iki teşebbüs arasındaki münasebet hem dikey, hem de yatay özellikler gösterir. Böyle bir ilişkinin Rekabet Hukukunca değerlendirilmesinde ise, somut olayın şartları önemli taşımakla birlikte, ilişkiyi yatay açıdan değerlendirmek daha uygun düşer (bkz. OJ.1997, C.372- Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Fall under Article 85(1) of the Treaty Establishing the European Community, md.9/b). Nitekim gerek Komisyon'un, gerekse Rekabet Kurumu'nun dikey ilişkilere ilişkin olarak çıkardığı grup muafiyeti düzenlemelerinde, ilişkinin aynı zamanda yatay özellikler göstermesi halinde muafiyet olanağı ortadan kalkmaktadır (bkz. Tebliğ No :1997/3, md.4; Tebliğ No :1997/4, md.4; Tebliğ No :1998/7, md.8). Yine yatay ve dikey ilişkinin bir arada bulunmasının oldukça muhtemel olduğu bir başka durum ise, lisans anlaşmalarında gözlemlenebilir (krş. Korah/Rothnie, sh.3; Lieberman/Siedel, sh.532; Tekinalp/Tekinalp, sh.350-351).

¹³⁸ Nitekim RKHK.'nun madde gerekçeleri kısmında : *“Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey ve yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bîzahiti rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir”* şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir.

¹³⁹ Kavram için bkz. aşağıda III/D

¹⁴⁰ Whish/Sufrin, sh.45; Korah, sh.150; Goyder, sh.134; Weatherill/Beaumont, sh.701; İnan, Maddi Hukuk, sh.71; Peepkorn, sh.2

¹⁴¹ Araştırma ve geliştirme (Research & Development) veya kısaca *“ar-ge”* (R&D) olarak tanımlanan bu faaliyetlerin temel amacı, teknolojik ilerleme sağlayarak, rekabet avantajı elde etmektir. Teknolojik ilerlemenin, sosyal ve ekonomik yaşam için önemi ortada olmakla birlikte, ekonomik açıdan kısaca ifade etmek gerekirse bu tür faaliyetler, yeni ürünlerin elde edilmesi, üretim tekniklerinin geliştirilerek maliyetlerin düşürülmesi ve rekabet gücünün artırılması çok çeşitli faydalar sağlar. Bununla birlikte, pek çok ürün için araştırma geliştirme oldukça fazla maliyet getirdiği gibi, bu tip faaliyetlerin taşıdığı

başarısızlık riski de oldukça yüksektir. Ayrıca pek çok mal kategorisi için, maliyet unsurunun yanı sıra, uzmanlık sıkıntısı yaşanabilir. İşte bütün bu olumsuzlukların tek bir teşebbüs tarafından karşılanması, pek çok durumda ticari açıdan rasyonel olmamaktadır. Özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüsler, ancak işbirliği yapmak suretiyle bu tip zorlukları karşılama imkanına sahiptirler. Uygulamada bu işbirliği, genellikle rakip teşebbüsler arasında kurulan bir ortak girişim (kavram için bkz. aşağıda §3/II/C/4/a) şirketi vasıtasıyla sağlanmaktadır. Yukarıda belirtilen bu yararları nedeniyle, Rekabet Hukuku makamları genellikle bu tip işbirliği modellerini Rekabet Hukukuna aykırı görmemektedir, aksine teşvik etmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, 1985 yılından itibaren (418/85, Regulation on Research and Development Agreements OJ.(1985), L.53/5) bu türden işbirliği modelleri grup muafiyeti kapsamında kabul edilmektedir. Buna karşılık belirtelim ki, bazı şartların varlığı halinde, R&D ortak girişimleri rekabeti sınırlayıcı olarak kabul edilmekte ve çeşitli yaptırımlara maruz kalmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, işbirliğine dahil olan teşebbüsler, bu işbirliğini araştırma ve geliştirme faaliyeti neticesinde elde edilecek yararların da müştereken kullanılması, örneğin; ortak üretim (genellikle müsamahalı bir yaklaşım var), pazarlama, dağıtım gibi safhalara teşmil ettikleri takdirde 85. madde tatbik edilmektedir. Bunun yanı sıra, işbirliği neticesinde teşebbüslerin kendi bağımsız ar-ge faaliyetlerini tamamen terketmesi, ar-ge faaliyetlerinin sonucu olarak ortaya çıkan teknolojik faydadan, yapılan olan katkıyla orantılı olarak yararlanılmasının engellenmesi ve ar-ge semereleriyle ilgili olarak, başkalarına lisans haklarının verilmesinin sınırlanması gibi, beklenen faydanın elde edilmesi için zorunlu olandan daha fazla sınırlamalar, hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir (Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Bellamy/Child, sh.264-288; Akıncı, sh. 289-295; Goyder, sh.161-173; Green/Robertson, sh.771-793; Whish/Sufrin, sh.437-448; krş. Smit/Herzog, sh.186,187).

¹⁴² Ekonomideki bazı sektörlerin, talepteki daralma, gereğinden fazla kapasite artışı, uluslararası ekonomik krizlerin yarattığı olumsuzluklar gibi, çok çeşitli nedenlerle durgunluk içerisine girmesi mümkündür. Örneğin teknolojide ortaya yeni bir buluş neticesinde, kullanılmakta olan malın yerine daha faydalı bir malın ikame edilmesinin mümkün olması, ilgili piyasadaki (teknik anlamda piyasayı kastetmiyoruz) talebin daralmasına ve arzın azalmasına neden olur. Rekabet teorisi, bu dönemlerin de piyasa ekonomisinin olağan işleyişi dahilinde görülmesini ve rekabetin olağan işleyişine herhangi bir müdahalede bulunulmamasını gerektirir. Buna göre; bu tür dönemler, ekonominin doğal seleksiyon sürecini oluştururlar ve teori gereğince, kendi bağımsız inisiyatifleriyle ekonominin gereklerine uyum sağlayamayan teşebbüsler ekonomik açıdan başarısız teşebbüslerdir ve bunların faaliyetlerine son vermesi doğaldır. Öte yandan ekonomik açıdan daha verimli faaliyet gösterenler ise, ekonomik koşullardaki değişimler uyum sağlayabilirler ve bunlar başarılı olanlardır.

Buna karşılık, günlük ticari hayatın işleyişinde, mesele her zaman bu kadar basit olmamaktadır. Zira yüksek yatırım maliyetlerinin söz konusu olduğu veya yaygın olarak dikey bütünleşmenin yaşandığı bazı sektörler bakımından, bağımsız olarak karar verilerek talepte yaşanan daralmaya rasyonel olarak karşılık vermek büyük güçlük arz eder. Bunun yanı sıra, durgunluk döneminin atlatılmadığı takdirde yaşanacak olan iflasların ekonomik olarak refah kaybına ve işçi çıkarmalara da yol açacağı muhakkaktır. Bu ise, aynı zamanda sosyal ve politik yaşamda çeşitli yansımaları neden olur.

Dolayısıyla yukarıda ifade edilen ekonomik varsayımlar, bu ve bu gibi gerekçelerle serbest rekabet ilkesinden ödün verilip verilemeyeceği sorusunu gündeme getirir.

Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, bu tür kriz dönemlerine ilişkin katı yaklaşım, son yıllarda, en azından Antitröst Hukuku (zira bu sorun aynı zamanda sübvansiyon ve devlet yardımlarıyla da yakından ilgili, çok yönlü bir meseledir) açısından terk edilmeye başlanmıştır. Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşımı kısaca belirtmek gerekirse, ilgili piyasadaki arzın kontrolü ve azaltılmasına ilişkin anlaşmalar, -ki bu anlaşmalar hukukumuzda kriz kartelleri olarak adlandırılmaktadır (*Crisis Cartels veya Restructuring Agreements*), hukuken meşru kabul edilebilmekte ve genellikle muafiyet çerçevesinde değerlendirilmektedir. Muafiyet kararı verilirken, krizin niteliklerine ilişkin olarak, bunun uzun dönemli olması, talepte önemli bir daralmaya ve dolayısıyla kapasitede önemli bir düşüşe neden olması ve orta vadede bu durumun değişebileceğine ilişkin koşulların bulunmaması koşulları kümülatif olarak aranmaktadır. Ayrıca, muafiyet analizine ilişkin olarak, özellikle anlaşma neticesinde piyasanın önemli bir bölümündeki rekabetin ortadan kalkmaması koşulu üzerinde önemle durulmaktadır. Öte yandan arzın azaltılması ve bilgi veme konuları dışında kalan, örneğin fiyat ve pazar paylamaya yönelik anlaşmalar, muafiyetten yararlandırılmamaktadır. (Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Whish/Sufrin, sh.456-459; Green/Robertson, sh.804-824; 24th Report, sh.144-146,426-428; krş. Aslan, sh.101-103; Akıncı, sh.89-94<yazar kriz kartellerinin Rekabet Hukuku bakımından haklı görülemeyeceği düşüncesini savunmaktadır>)

¹⁴³ Ekonomik yaşamın bir gerçeği olarak, yeni piyasalara giriş yapmak isteyen teşebbüsler pek çok zorluklarla karşı karşıya kalırlar. Kısaca giriş engelleri (kavram için bkz. aşağıda §2/II/C/3) olarak ifade edilen bu zorluklar, sadece ekonomik değil, sosyal ve hukuksal nedenlerden de kaynaklanabilir. Bu engellerin aşılmasında en basit ve en yaygın yöntem ise, başka teşebbüslerle kalıcı veya geçici işbirliği yolunu tercih etmektir. Bu tür bir işbirliği neticesinde, yatırımın gerçekleşebilmesi suretiyle ilgili piyasadaki rekabetin artırılması veya yeni piyasalar yaratılması, ticari riskin taraflar arasında paylaşılması, ölçek ekonomisine ulaşılması, teknoloji transferinin sağlanması ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin rekabet güçlerinin artırılması gibi, pek çok yararın elde edilmesi mümkün olabilir. Bu itibarla Avrupa Birliği Hukukunda üretim (Production Joint Ventures) amacına yönelik bu neviden anlaşmalar, genellikle 85/3.maddedeki muafiyetten yararlanabilmektedir. Komisyon değerlendirmesinde, öncelikle yapılan anlaşmanın taraflar arasındaki aktüel ve potansiyel rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını ve piyasadaki başka teşebbüsleri dışlayıcı etkiler gösterip göstermediği araştırmakta, anlaşmanın ekseriya bir ortak girişim olması nedeniyle ortak girişim ile taraflar arasındaki rekabet şartlarını ayrıca değerlendirmeye tabi tutmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Bellamy/Child, sh.221-263).

¹⁴⁴ Avrupa Birliği Hukukunda, yukarıda belirtilen özelliklerdeki yatay anlaşmaların yanı sıra; “uzmanlaşma” (Specialization Agreements) ve “standartlaşma” (Standardization Agreements) anlaşmaları gibi anlaşmalar da aynı yaklaşım içerisinde değerlendirilmekte ve bu anlaşmalar da 85/3.madde kapsamında muafiyetten yararlandırılabilir. Bu itibarla daha önce de çeşitli defalar ifade ettiğimiz gibi, 4. maddedeki hukuka aykırılık rejiminin kavranabilmesi için sadece bu madde değil, 5. maddeyi de göz önünde bulundurmamak ve gerek 5. maddenin şartları, gerekse 4. maddenin genel yasaklama koşulunu bir arada değerlendirmek gerekir. Ayrıca bu tür anlaşmaların ekseriya ortak

girişim şirketi şeklinde tezahür etmesi nedeniyle, konsantrasyonların denetlenmesi hakkındaki son Konsey Tüzüğü'nün de önemle dikkate alınması ve hangi usulün tatbik edileceğinin buna göre belirlenmesi gerekir (bkz. aşağıda §3/II/C/4/c). Önemle belirtmek gerekir ki, Komisyon, yukarıda belirtilen ilişkiler dışında, hangi türden yatay ilişkilere karşı daha esnek bir yaklaşımın benimsenebileceği hususunda ilk yıllarda yayınladığı duyurusunda (Notice Concerning Agreements, Decisions and Concerted Practices in the Field of Cooperation Between Enterprises, OJ. C.75, 29.7.1968), açıklayıcı ve yol gösterici bir takım ilkelere yer vermekte ve 85/1.maddenin uygulanma şartlarını kısmen de olsa açıklamaktadır.

¹⁴⁵ Whish/Sufrin, sh.536,544; Bir kısım yazarlar, rekabetin dikey sınırlanmasının hukuka aykırı olarak nitelendirilmesini eleştirmektedir : Bork, sh.288 vd.; krş. Akıncı, sh.46-47

¹⁴⁶ Rekabet Hukuku açısından, yatay ve dikey ilişkiler arasındaki en belirgin fark, ilişkiye taraf olan teşebbüslerin arasındaki rekabet olgusudur. Yukarıda da belirtildiği üzere, yatay ilişkiye taraf olan teşebbüslerin, rekabet teorisinin olağan koşulları gereğince rekabet halinde olmaları gerekirken, bu rekabeti askıya alıp, temelde müşterek olan menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelmeleri, Rekabet Hukuku normlarını ağır biçimde zedeler. Oysa dikey ilişkilere taraf olan teşebbüsler arasında herhangi bir rekabet olgusunun bulunmaması nedeniyle, ilişkinin tarafı olan teşebbüslerin menfaatleri müşterek değil, karşılıklı ve farklıdır. Dolayısıyla bu durum, dikey sınırlamanın, kimin menfaatine hizmet ettiği sorusunu beraberinde getirir.

¹⁴⁷ Üretici teşebbüsün dikey ilişkiler içine girmesi, somut mal ve piyasanın özelliklerine göre, ihtiyaren olabileceği gibi, ticari bir zorunluluktan da kaynaklanabilir. Dikey bir anlaşmanın sağlayabileceği faydaları kısaca belirtmek gerekirse, öncelikle malını tüketiciye ulaştırmak arzusunda olan teşebbüsün mali olanakları, kendi kontrolünde bir dağıtım ağı kurmaya yeterli olmayabilir. Zira malın özelliklerine bağlı olarak, böyle bir sistemin kurulması üreticilere oldukça büyük maliyet yükleyebilir. İşte böyle bir durumda, dikey ilişkiler, bir zaruret hali olarak ortaya çıkmaktadır. Büyük ölçekli işletmelerle kıyaslandığında, orta ve küçük ölçekli işletmeler için dikey anlaşmalar, tercih değil, daha çok bir zorunluluk sebebidir. Bunun yanı sıra, geniş bir coğrafyaya hitap etmek durumunda olan teşebbüs, ilgili coğrafyanın farklı kültürel, sosyal ve hatta hukuksal özelliklerinden bihaber olabilir. Özellikle uluslararası platformda malını dağıtmak isteyen teşebbüsler için geçerli olabilecek bu gibi durumlarda, dikey bütünlük yerine yerel dağıtıcıların tercih edilmesi, giriş engellerinin aşılması noktasında büyük avantajlar sağlar. Ayrıca çoğu kez ayrı bir uzmanlık bilgisi gerektiren pazarlama, dağıtım, reklam gibi alanlarda yoğunlaşmak, üretici teşebbüs için zaman, emek ve parasal açıdan büyük külfet yükler. Oysa alanında uzmanlaşmış dağıtıcı veya aracılar vasıtasıyla faaliyet yapmak, bu kaybı büyük ölçüde ortadan kaldırır. Nihayet ekonomi ve işletme bilimi açısından da, teşebbüslerin gereğinden fazla büyümesi, özellikle merkezdeki karar alma sürecinin etkinliğini azaltır ve bu durum, teşebbüs içerisinde iletişimsizliğe ve ekonomik açıdan verimsizliğe yol açabilir. Şüphesiz burada, her ne kadar üretici açısından faydalar ifade edilmişse de, bunu ham madde ve ara dağıtıcılara teşmil etmek olasıdır.

¹⁴⁸ “*Dağıtım anlaşmaları*”, dikey anlaşmaların en yaygın olan türüdür. Kısaca ifade etmek gerekirse, bir ürünün üretiminden son tüketiciye ulaşmaya kadar geçtiği aşamaları birbiriyle birleştiren anlaşmalar, dağıtım anlaşmaları olarak anılmaktadır.

(Aslan, AT., sh.105). Bu kapsam içerisinde bir dağıtım anlaşması, üretici ve toptancı, toptancı ve perakendeci veya bunlar arasındaki herhangi bir aşamada gerçekleşebilir. Uygulamadaki dağıtım anlaşmalarının pek çok farklı görünümü vardır. Bunların başlıcaları, tek elden (münhasır) satım, münhasır dağıtım, seçici dağıtım ve franchising anlaşmaları olarak sıralanabilir.

¹⁴⁹ “*Arz anlaşmaları*” kavramı ile, tekrar satış amacı taşımayan, örneğin bir üretici teşebbüse, üretim için gerekli ham madde sağlamaya yönelik dikey anlaşmalar kastedilmektedir. Bu türden anlaşmalarda, rekabetin dikey sınırlanmasına ilişkin olarak genellikle, “*alıcının başka teşebbüslerden mal almasını*” ya da “*satıcının başka teşebbüslere mal vermesini*” yasaklayan kayıtlara veya “*alıcının mal alışına ilişkin olarak, süre veya nicelik açısından yapılan kısıtlamalara*” yer verilir. Bu neviden sınırlamalar, sağlayıcıya, bir taraftan daha uzun vadeli planlar yaparak, üretimi daha verimli hale getirme imkanı sağlamakta diğer taraftan, tek bir kimse ile yapılan ticaretin, muhasebe, taşımacılık ve vergi açılarından yaratacağı kolaylıklardan faydalanma imkanı vermektedir. Alıcı ise, rakiplerinin aynı sağlayıcıdan mal edinmesini engelleyerek, rekabet avantajı elde etmekte ve ayrıca, sadece tek bir sağlayıcıya bağlı olmanın, karşı edim açısından getireceği faydalardan yararlanmaktadır. Buna karşılık bu neviden rekabet sınırlamaları, piyasadaki rekabetin dışlanması ve alıcının ticaret özgürlüğünün kısıtlanması açılarından, anlaşmanın hukuka aykırı olmasına yol açabilmektedir. İlgili piyasadaki rekabet koşullarına bağlı olarak, özellikle arz anlaşmalarının konusunu teşkil eden malın piyasada önemli bir ağırlık teşkil etmesi veya taraflardan birinin piyasada hakim konumda olması, hukuka aykırılık riskini artırmaktadır. Dolayısıyla dağıtım anlaşmalarının aksine, bu tür anlaşmalardaki rekabeti sınırlayıcı kayıtların, Rekabet Hukuku açısından müsamahalı bir yaklaşım içerisinde değerlendirildiğini söylemek zordur. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, bu tür anlaşmalara yönelik grup muafiyeti tüzüğü bulunmadığı gibi, bunların aynı zamanda 86. madde içerisinde değerlendirilmesi de mümkün olabilmektedir. (Bellamy/Child, sh.481-488; Whish/Sufrin, sh.603,606,607; krş. 24th Report, sh.437,438)

¹⁵⁰ “*Lisans sözleşmeleri*” ile, lisans veren, kendisine ait bir gayri maddi bir maldan veya bir fiili tekel durumundan, lisans alanı yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan da bunun karşılığında prensip olarak bir lisans bedeli ödemeyi ücret eder (Gürzumar, sh.91). Bu çerçevede içerisinde, sadece tam münhasır hak olan patent, marka, tasarım, telif ve ticaret unvanı değil, eksik münhasır hak konusu olan, know-how ve tescilsiz tanıtıcı unsurlar da lisans sözleşmesine konu olabilir (tam ve eksik münhasır hak kavramları için bkz. Gürzumar, sh.38 vd.). Lisans sözleşmelerinin konusunu oluşturan bu geniş yelpaze içerisindeki fikri/sınai mülkiyet hakları; nitelikleri icabı hak sahibine inhisari ve mutlak bir takım yetkiler sağlar. Fikri/sınai mülkiyet haklarından, Rekabet Hukuku açısından önemli bir uygulama alanına sahip olan patent hakkından örnek verecek olursak, patent hakkı, hak sahibine, üçüncü kişilerin izinsiz olarak, patent konusu ürünün üretilmesini, satılmasını, kullanılmasını, ithal edilmesini veya bu amaçlar için, kişisel ihtiyaçtan başka herhangi nedenle olsun elinde bulundurulmasını, patent konusu bir usulün kullanılmasını, kullanılması yasak olduğu bilinen veya bilinmesi gereken usul patentinin kullanılmasının 3.kişiler tarafından başkalarına teklif edilmesini ve patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satışa sunulması veya kullanılması veya ithal

edilmesi veya kişisel ihtiyaç dışında elde bulundurulmasını önleme yetkisi verir (551sy. Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK.md.73).

Patent hakkı için, bu yetkilerin sağlanmasının altında yatan düşünce, buluş sahibinin ticari menfaatlerinin korunması suretiyle yeni buluşların özendirilmesi ve teknolojik ilerlemenin sağlanarak, toplumun refah düzeyinin artırılmasıdır (551sy. Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK.md.1). Patent hakkı sahibi, mali yetersizlik veya imkansızlık, daha fazla kazanç, ürünün yaygınlaşmasını sağlamak gibi nedenlerle, patent hakkından doğan kullanım hakkını ekseriya lisans anlaşması (sözleşmeye dayalı inhisari ve inhisari olmayan lisans bkz. 551sy. Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK.md.88,89) yaparak üçüncü kişilere de verebilir. Dolayısıyla lisans anlaşmaları, patent konusu buluşun ticarileşmesi ve ekonomiye kazandırılmasında büyük rol oynadığı gibi, dağıtım anlaşmalarına benzer bir şekilde, lisans alanlar yoluyla markalar arası rekabetin güçlenmesine de katkıda bulunur.

Bu yararlarına karşılık, patent hakkı sahibi, kendisine çoğu kez hukuk düzeni tarafından tanınan bu tekel hakkını devrederken, genellikle üstün pazarlık gücünden faydalanarak, süre, bölge ya da fiyata ilişkin kayıtlar vasıtasıyla karşı tarafın ticaret özgürlüğünü sınırlayan veya rekabeti dışlayan bir takım kayıtlar dercedebilir. Patent hakkı sahibinin, patent konusu buluşun üretimi, satışı ve fiyatlandırılması konusunda münhasır yetkisinin bulunduğu düşünülürse, bu yetkilerin kullanımını başkalarına lisans anlaşmaları ile devrederken, bu neviden sınırlamalar öngörmesi doğal karşılanabilir. Mevcut durum itibarıyla Rekabet Hukuku kuralları, patent hakkının amacını aşan çeşitli kayıtlara uygulanmakta; fakat bu uygulamanın kapsamı tartışma konusu yapılmaktadır. (özellikle patent lisansı için bkz. Akıncı, sh.59-83). Müdahaleci bir yaklaşımın hakim olduğu Avrupa Birliği Hukukunda, önceleri patent lisansı anlaşmaları 85. maddesi dışında görülürken, temelde marka lisansını konu alan “Consten&Grundig” davasıyla birlikte bu durum değişmiş ve daha sonra verilen çeşitli kararlar neticesinde, patent lisansı ve diğer lisans anlaşmaları istikrarlı bir şekilde 85, 86, 30 ve 36. maddeleri kapsamında değerlendirilmiştir (RA.’nın 36 ve 85.maddeleri arasındaki ilişkiye işaret eden kısa bir karar incelemesi için bkz. Özsunay, Societes Coditel, sh.394-397). 1983 yılından bu yana ise, patent ve know-how lisansı ve daha sonra teknoloji transferi anlaşmaları için grup muafiyeti tüzükleri yürürlüğe sokulmuştur (bkz. Belirli Kategorilerdeki Teknoloji Transferi Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 31.1.1996 tarih ve 240/96 sy. Komisyon Tüzüğü <OJ.9.2.1996 No:L.031>). Grup muafiyetinin kapsamı dışında kalan olaylarda ise, lisans anlaşmaları somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmekte, özellikle Ortak Pazar’ın bütünleşmesi hedefi temel alınarak, mutlak bölgesel koruma sağlayan veya paralel ticareti etkileyen kayıtları geçersiz sayılmaktadır. Ayrıca üretilen malın fiyatının tespitine, malın maximum üretim miktarına veya rekabet etmemeye ilişkin çeşitli sınırlamalar da, lisans alanın ticaret özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilmekte ve RA.’nın 85/1.maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Önemle ifade etmek gerekir ki, bu tip sözleşmeler, genellikle dikey sözleşmelerin temel görünümünden olmakla birlikte, somut olayın özelliklerine göre, franchise sözleşmesi gibi, başka türden bir dikey anlaşmanın içerisinde bulunabilir ve hatta yatay özellikler gösterebilir. Rekabet Hukukunun tartışmalı alanlarından biri olan, fikri/sınai mülkiyet hakları ve Rekabet Hukuku kurallarının çatışması, geniş kapsamı nedeniyle, genel olarak çalışmamızın dışında tutulmuştur (Ayrıntılı bilgi için

bkz. Bellamy/Child, sh. 489-587; Whish/Sufrin, sh.620-663; Green/Robertson, sh.831-944; Tekinalp/Tekinalp, sh. 575-584)

¹⁵¹ Türk hukukunda henüz piyasaların özgün koşullarını dikkate alan grup muafiyeti tebliğleri yaygınlaşmamıştır. Mevcut durum itibarıyla tek örnek, “Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’dir” (Tebliğ No: 1998/3, RG.1.4.1998); ayrıca krş. Green Paper, part I.,md.6

¹⁵² Yukarıda ifade edildiği üzere, dikey anlaşmaların çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmesi ve bunların rekabet üzerindeki etkilerinin farklılaşması, bu türden anlaşmaların tümünü kapsayacak bir sınıflama yapılmasını ve genel kurallar koyulmasını zorlaştırmaktadır. Rekabetin dikey sınırlanmasına ilişkin olarak en uygun yaklaşım, herbir anlaşma türünü ayrı ayrı ele almak ve sınırlayıcı kayıtları anlaşmanın özellikleri ve amacı içerisinde değerlendirmektir. Şüphesiz uygulamadaki anlaşma türlerini ayrı ayrı açıklamak ve bunlar içerisindeki rekabeti sınırlayıcı kayıtların analizini yapmak, çalışmamızın boyutlarını aşacak niteliktedir. Dolayısıyla burada, sadece dikey sınırlamaların kavramsal boyutuna genel hatlarıyla değinmek daha uygun düşecektir (Dikey anlaşmaların temel görünüşleri ve de özellikle dağıtım anlaşmalarının Rekabet Hukuku açısından incelenmesi için bkz. Aslan, AT., sh.105-143; Bellamy/Child, sh.386-587; Whish/Sufrin, sh.536-663; Green/Robertson, sh.548-665, 831-943)

¹⁵³ Alıcıya belirli bir bölge üzerinde tekel hakkı tanınmanın çeşitli yöntemleri olmakla birlikte; bu tür sınırlamaların iki temel türü bulunduğunu söylemek mümkündür. Eğer alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmede, sadece satıcının başka bir alıcıya mal vermemesi üzerinde anlaşmaya varılmışsa, *basit tekel hakkı* (pasif provizyon kayıtları), yok eğer, sadece alıcı ve satıcı arasında değil, diğer alıcılarla yapılan sözleşmelere de, alıcıların birbirlerinin bölgelerine mal verememesine ilişkin kayıtlara yer verilmişse, *mutlak tekel hakkı* (aktif provizyon kayıtları) söz konusudur. Şüphesiz ikinci durum, Rekabet Hukuku açısından daha olumsuz etkiler meydana getirir. Zira bu halde piyasalar coğrafi olarak bölüşülmekte, ticaretin akışı sınırlanmakta ve tüketicilerin tercihleri kısıtlanmaktadır. Önemle belirtelim ki, Avrupa Birliği Hukuku makamları, bu türden kayıtlara Ortak Pazar’ın bütünleşmesi hedefi nedeniyle oldukça katı bir şekilde yaklaşmakta ve pazarın bölünmesine yol açan bu anlaşmaları *per se* hukuka aykırı olarak kabul etmektedir.

¹⁵⁴ Bellamy/Child, sh.66; krş. Aslan, sh.57; Peepkorn, sh.3-5

¹⁵⁵ Dikey ilişki esnasında ortaya çıkan riskin ne olduğu ve bunun taraflarca hangi vasıtalarla bertaraf edilmek istendiğini açıklamanın en kolay ve anlaşılabilir yolu, kanımızca dikey ilişkilerin uygulamadaki en yaygın görünümü olan bir dağıtım anlaşması ile olayı somutlaştırmaktır. Yeni bir mal üreten ve bunu bir marka altında tescil ettiren bir teşebbüs, çeşitli nedenlerle kendisi değil, başka bir teşebbüsün araya girmesi yoluyla malını tüketiciye sunmayı amaçladığı bir durumda, taraflar arasında münferit hukuki ilişkileri bünyesinde barındıran bir dağıtım sözleşmesi akdeder. Üretici bu sözleşmeyle, ürününün en verimli ve ucuz yoldan tüketiciye ulaştırılması öncelikli amacını güdecek, fakat bunun yanı sıra, malının ve markasının itibarını tüketici nezdinde korumak için, dağıtıcıya, reklam yapılması, belirli bir bedel ödenmesi, satış sonrası yedek parça ve servis hizmetinin verilmesi, belirli miktarın altında alınmaması, malın garanti kapsamında satışa sunulması ve hatta dağıtıcının mal üzerinde yoğunlaşmasını sağlamak için başka markalarla bir arada satışının yasaklanması gibi asgari bir takım koşullar öne sürecektir. Bu koşulların pek çoğu üreticinin menfaatlerinin koruduğu gibi,

satış sonrası hizmetlerin sağlanması, tüketicinin mala daha rahat ulaşması, malın dağıtımında verimliliğin ve standardizasyonun sağlanması gibi nedenlerle, aynı zamanda tüketici ve dolayısıyla ekonomik düzenin de menfaatlerine hizmet ederler.

Dağıtıcının bu ağır koşulları kabul etmesi ve malın dağıtımını kendi açısından rasyonel kılabilmesi için, bir takım imtiyazlar elde etmesinin gerekliliği ortadadır. Üstelik sağlıklı bir dağıtım ve pazarlama ağı kurarak, uzun süreli bir çaba neticesinde malı tüketici nezdinde iyi bir şekilde tanıtan dağıtıcının, aynı malın dağıtımını sonradan elde eden başka teşebbüsler tarafından bu emeğinin sömürülebilmesi olasılığı karşısında (*free riders problem*), bu inhisari imtiyazları elde etmesi, başarıya ulaşmasında tek rasyonel yol olarak kalmaktadır. İşte dağıtıcının elde ettiği, “*belirli bir coğrafya ile sınırlı tekel koruması*”, “*malın belirli bir fiyattan satılmaması*” ve “*belirli bir miktardan aşağı alınmaması*” gibi kayıtlar, dikey bir anlaşmayla üzerine aldığı riskin, ticari hayatın gereklerine göre hafifletilmesini ve üretici ile arasında paylaşılmasını sağlar. Şüphesiz bu ve benzeri sınırlamalar, marka içi rekabete olumsuz etkide bulunmakta ve ikinci kuşak rekabeti sınırlamaktadır. Benzer durumu, fikri mülkiyet haklarının lisans yoluyla devredilmesi halinde de görmek mümkündür. Zira bu takdirde de patent hakkı sahibi, patente konu buluşun elde edilmesi amacıyla sarf ettiği ar-ge masraflarının karşılanması amacıyla, lisans almak isteyen taraftan bir bedel talep edecek ve lisans alanın gerek bu bedeli karşılayabilmesi ve gerekse patent konusu malın üretime dönüştürülmesi ve yatırımın ticari açıdan taşıyacağı riski hafifletmek için bir takım inhisari imtiyaz hakları talep edecektir.

¹⁵⁶ Örneğin, alıcının, başka bir satıcının mallarını almamaya ilişkin taahhüdü, alıcının ticari beceri ve bilgisinin ilgili mal üzerinde yoğunlaşması ve bu sayede ilgili malın sürümünün artırılması amacına hizmet etmektedir. Alıcının tekrar satış özgürlüğüne sınırlama getiren pek çok benzer nitelikli kaydın bulunduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, satış yapılacak olan tüketici grubunun belirlenmesi, taban, tavan veya hedef fiyatlar gibi fiyata ilişkin sınırlamalar, reklama ilişkin sınırlamalar, kredi, promosyon ve ıskonto gibi satış koşullarına ilişkin sınırlamalar ve bölgesel sınırlamalar, bunlardan belli başlılarıdır. Bunlardan bir kısmı “*per se*” hukuka aykırı olarak kabul edilmekte, bir kısmı ise piyasa üzerindeki etkilerine göre ayrıca değerlendirilmektedir.

¹⁵⁷ Doktrin ve uygulamada, rekabetin dikey sınırlanmasının hukuksal açıdan değerlendirilmesinde tutarlı ve yeknesak bir yaklaşım bulunmamakla birlikte, dikey sınırlama hallerinin genelinde görülen özelliklere dayanarak, ekonomik çevre ve rekabet açısından doğuracağı sonuçları ana hatlarıyla belirtmek mümkündür. İlk olarak belirtilebilecek özellik, dikey sınırlamaların, gerek üçüncü kişiler, gerekse taraflar arasında rekabeti dışlayıcı sonuçlar doğurabileceğidir. Örneğin perakende satış yapan teşebbüslerin oldukça az sayıda olduğu ve bu aşamadaki giriş engellerinin oldukça yüksek olduğu bir piyasa yapısında, akdedilen münhasır satın alma sözleşmeleri, üretici ile rakipleri arasındaki rekabeti doğrudan etkiler. Ayrıca bu ve benzeri türden dağıtım sözleşmelerinin yoğun olarak bulunduğu bir piyasada, suni giriş engellerinin oluşturulduğu ve bunun ekonomik açıdan rekabetin dışlanması anlamına geldiği gözden kaçırılmamalıdır. Bunun yanı sıra dikey sınırlamaların bir kısmı, tüketicilerin menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin anlamını aşağıda açıklayacağımız marka içi rekabetin kısıtlanması, doğal olarak fiyatların artmasına ve tüketicilerin daha fazla bedel ödemesine neden olur. Her ne kadar yukarıda ifade edildiği marka içi

rekabetin, kaliteyi ve hizmeti, yani fiyat dışı rekabeti artırdığı doğruysa da, özellikle yoğunlaşmış piyasalarda zararlı etkileri olabilir. Ayrıca seçici dağıtım veya münhasır alım anlaşmaları piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısında bir azalmaya ve dolayısıyla tüketicinin tercih imkanlarının ve rekabetin zayıflamasına yol açar. Bunların dışında dikey sınırlamaların, piyasadaki birimlerin sayısında ve faaliyetlerinin niteliğinde bir sınırlamaya yol açması, bunların kartel benzeri davranışlara girmesini kolaylaştırabilir. Başka bir deyişle, örneğin bir dikey fiyat tespiti uygulaması (*resale price maintenance*), piyasadaki bilgi akışını kolaylaştırır ve kartel benzeri danişıklı ilişkilerin oluşmasına zemin hazırlayabilir. Nihayet değinilebilecek en son husus ise, bu tip sınırlamaların piyasaların coğrafi açıdan paylaşılmasına oldukça yatkın olmasıdır. Özellikle Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında pazar entegrasyonu hedefi nedeniyle dikkate alınan bu özellik, Amerikan Hukuku ile Avrupa Hukuku arasındaki yaklaşım farkının en önemli nedenlerinden biridir. (Whish/Sufrin, sh.544-550; krş. Korah/Rothnie, sh.11-16,23-29 Peeperkorn, sh.3-5; Green/Robertson, sh.549,550)

¹⁵⁸ “*Inter-brand competition*”

¹⁵⁹ “*Intra-brand competition*”

¹⁶⁰ Yukarıda belirtilen türde dikey sınırlayıcı kayıtlar, markalar arası rekabetin bulunmadığı veya bir başka anlatımla, piyasada fazla sayıda bir teşebbüsün bulunmadığı hallerde, yatay sınırlamalara oldukça benzer sonuçlar doğurabilirler. Örneğin, fiyat tespiti veya piyasa paylaşımına ilişkin dikey sınırlama içeren bir dağıtım veya satım anlaşmasında, dağıtıcı ve satıcılardan oluşan bu ağın, piyasanın o düzleminde önemli bir ağırlığa sahip olduğu bir varsayımda, tekrar satışa ilişkin söz konusu sınırlayıcı kayıtlar, ilgili satıcılar arasında herhangi bir anlaşma olmaksızın dahi, paralel davranışlara ve örneğin aynı fiyatların uygulamasına veya kendilerine sağlanan bölgelerden başka bölgelere satış yapılmamasına neden olur. Görüldüğü üzere burada, üreticinin dağıtıcı ile yaptığı sözleşmede, dağıtıcının tekrar satışına ilişkin bu neviden kayıtlar koyulması taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki veya malın alt satıcıları arasındaki rekabeti ortadan kaldırmaktadır.

¹⁶¹ Nitekim dikey sınırlamaların değerlendirilmesinde, Avrupa Birliği Hukukundan farklı olarak, Amerikan hukukunda, markalar arası rekabet esas alınmakta ve sınırlamaların markalar arası rekabeti etkilemesi halinde, hukuka aykırılığın ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Bu değerlendirmede özellikle üreticinin piyasa payı dikkate alınmakta ve piyasa payı yükseldikçe, hukuka aykırılık tehlikesi artmaktadır. Uygulamada %10’un altındaki piyasa payları bir tehlike olarak görülmezken, bunun üzerindeki piyasa payları, piyasanın yoğunlaşma oranı, diğer üreticilerin de aynı veya benzer dağıtım sistemlerini kullanmak suretiyle marka içi rekabeti kısıtlamaları gibi ek koşulların da değerlendirilmesiyle, hukuka aykırı olarak kabul edilebilmektedir (Allison/Prentice, sh.437).

¹⁶² Nitekim Rekabet Kurumu faaliyete başladığından bu yana geçen kısa süre içerisinde, Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları, Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları, Motorlu Araçların Dağıtım Anlaşmaları ve Franchise Anlaşmaları için grup muafiyeti tebliğleri yayınlamış ve uygulamadaki dikey ilişkilerin önemli bir bölümünün 4. maddedeki hukuka aykırılık rejiminden bağışık tutulmasını sağlamıştır (bkz. aşağıda IV/C/2).

¹⁶³ Kavram için bkz. aşağıda III/C/3

¹⁶⁴ Aksi gör. Esin Arif, sh.96

¹⁶⁵ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun en önemli prensip kararlarından biri olan Consten ve Grundig davası (Constern&Grundig-Komisyon, dava 56&58/64, (1966), ECR.299 (1966), CMLR.418) 85. maddenin dikey ilişkilere uygulandığı ilk dava olma özelliğine sahiptir. Söz konusu davanın konusunu kısaca özetlemek gerekirse, Alman elektronik eşya üreticisi Grundig, televizyon ve radyolarının Fransa pazarında dağıtım ve satışını gerçekleştirmek üzere, Consten isimli teşebbüsü 1957 yılında “münhasır dağıtıcı” olarak atamıştır. Consten, belirli bir miktar altında mal almamayı, satış sonrası hizmetler sağlamayı ve malları başka ülkelere ihraç etmemeyi taahhüt etmiş ve bunlara karşılık Grundig de, gerek kendisinin, gerekse başka ülkelerdeki dağıtıcılarının, Fransa’da başka bir teşebbüse mal satmayacağını taahhüt etmiş (mutlak bölgesel koruma-absolote territorial protection) ve ayrıca başka ülkeden alınan malların Fransa’da satışının engellenmesine imkan veren, GINT markasının lisansını Consten’e tanımıştır. Consten, Fransa’da daha önceden uygulanmakta olan ithalat kotalarının 1961 yılında kalkmasıyla, paralel ticaret yoluyla diğer ülkelerden ithal edilen Grundig ürünleriyle karşılaşmış ve %25’e varan fiyat farklılıklarından ötürü zarara uğramıştır. Bunun üzerine, Constan, GINT markasına dayanarak, haksız rekabete ilişkin hükümlere ve marka hakkını koruyan hükümlere dayanarak UNEF’e (paralel ithalatı yapan teşebbüs) karşı Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. Mahkeme, anlaşmanın Komisyon’a bildirilmesi için davayı ertelemiş ve Komisyon anlaşmanın, marka içi rekabeti sınırlaması, mutlak bölgesel koruma sağlaması, münhasıran Grundig’ten alım şartını getirmesi ve paralel ihracatı engellemesi olmak üzere 4 ayrı noktadan 85. maddeye aykırı olduğuna karar vererek muafiyet vermeyi reddetmiştir. Adalet Divanı’na yapılan itirazda, 85. maddenin somut olay için ancak üreticiler bazında uygulanma kabiliyeti olduğu, Komisyon’un başka markalardan gelen rekabet baskısını dikkati almadığı ve Grundig’in kurduğu bu sistemin rekabeti kısıtlamaktan ziyade artırdığı ileri sürülmüş; fakat bu itirazlar yerinde görülmemiştir. Adalet Divanı kararında, 85. maddenin sadece markalar arası rekabeti değil, aynı zamanda marka içi rekabeti de koruma altına aldığını (ikinci kuşak rekabet<second line competition>) ve söz konusu dağıtım sisteminin paralel ticareti engelleyerek Fransız pazarını Ortak Pazar’dan soyutladığını belirtmiş; buna karşılık Komisyon’un kararını, yeteri derecede gerekçelendirilmediği için kısmen bozmuştur. Kararda ayrıca, anlaşmanın amacının rekabete aykırı olduğu açıkça anlaşılıyorsa, artık anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasına gerek olmadığı belirtilmiş ve “*per se*” doktrinine oldukça yakın bir ifade kullanılmıştır.

¹⁶⁶ RA.’nın 85. maddesinin 2. fıkrasındaki geçersizlik yaptırımından bağımsızlık sağlayan 3. fıkradaki muafiyet hükmünün işletilmesi, 17/62 sy. Konsey Tüzüğü’nün getirdiği sisteme göre, Komisyon’un tekelindedir. Buna göre, bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet alabilmesi, 85/3. maddedeki olumlu ve olumsuz koşulların varlığının yanı sıra, Komisyon’a bildirim yapılmasına bağlıdır. Grup muafiyet için geçerli olmamakla birlikte, bireysel muafiyet için şart olan bu bildirim, özellikle hukuki işlemlerin geçerliliği açısından hayati öneme haizdir. RA.’nın yasaklama sistemi, yatay-dikey anlaşma ayırımı yapmadığına göre, grup muafiyeti ve “*de minimis*” eşliğinin kapsamı dışında kalan, gerek yatay, gerekse dikey anlaşmaların bildirim zorunludur. Dikey anlaşmalar ve de bunlardan özellikle dağıtım anlaşmalarının, ticari hayatın uygulamasında büyük yer tutması, bunun yanı sıra, yatay anlaşmaların büyük olasılıkla muafiyet alacak niteliklere haiz olmadığına taraflarca bilinmesi,

yapılan bildirimlerin ezici çoğunluğunun dikey anlaşmalara ilişkin olmasına neden olmaktadır (Krş. Smit/Herzog, sh.183, 205).

¹⁶⁷ Whish/Sufrin, sh.19,548; Korah, sh.57,58; Delsaux, sh.23; Korah/Rothnie, sh.39,40; Green Paper, part IV, md.20,23

¹⁶⁸ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında uzun yıllardan beri uygulanmakta olan grup muafiyeti tüzükleri, ilk planda teorik kaygılarla değil, pratik düşüncelerle hayata geçirilmiştir. Komisyon, herhangi bir anlaşmaya ilişkin olarak çok sayıda bildirim almaya başlaması ile birlikte, doğal olarak bunların tümünü inceleme yoluna gitmemiş ve bunun yerine, oldukça az sayıdaki olay için verdiği bireysel muafiyet veya menfi tespit hükümlerinde geliştirdiği ilkelerden yola çıkarak, grup muafiyeti tüzükleri hazırlamıştır. Bu tip tüzüklerde, genel olarak ekonomik mülahazalara fazla yer verilmemekte ve bunun yerine, kazuistik bir yöntemle, olması (white&grey list) ve olmaması gereken (black list) kayıtlara yer verilmektedir. Şüphesiz bu durum, grup muafiyeti tüzüklerinin de çeşitli yararlarına rağmen, çeşitli eleştirilere hedef olmalarına neden olmaktadır (eleştiriler için bkz. aşağıda IV/C/2). Nitekim bu eleştirilerin temel noktası, muafiyet alabilecek olan anlaşmalar için sadece olmaması gereken kayıtların bulunması değil (black list), olması gereken kayıtların da belirlenmesi ve tarafların sözleşmelerini bu kayıtlara uydurmaları gereğidir. “*Strait jacket*” (dar ceket) olarak da adlandırılan bu durum, yeni Tüzük tasarısı ile telafi edilmiş ve sadece “olmaması gereken kayıtlar”(black clauses) yeterli görülmüştür (Bkz. Green Paper, part II, md.12; ayrıca Korah, Vertical, sh. 3,4,8).

¹⁶⁹ Komisyon’un, rekabet ihlali soruşturmalarına ilişkin olarak fiili imkansızlıklar içerisinde bulunması, gerek Komisyon’un kendisi, gerekse teşebbüsler tarafından eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin nedenini somutlaştırmak gerekirse, 1989-1996 yılları arasında Komisyon’a yapılan bildirim sayısı 3016’yı bulmakta, bu sayı ihbar ve Komisyon’un kendi inisiyatifiyle açtığı soruşturmalarda, 3352 sayısına ulaşmaktadır. Buna karşılık, aynı dönem içerisinde Komisyon’un bu ve daha önceki soruşturmalara yönelik olarak verdiği resmi karar sayısı, sadece 161’e ulaşmakta, resmi olmayan karar sayısı ise, 5378’i bulmaktadır (26th Report, sh.342). Bu tablo çok net bir şekilde, açılan soruşturmalarda Komisyon’un yetersiz kaldığını ve resmi karar vermek yerine, resmi olmayan yollardan çözüme ulaşmayı tercih ettiğini göstermektedir. Üstelik bu tutum, son yıllarda önemli bir yükselme trendi içerisinde girmiştir. Davaların ve soruşturmaların yürütülmesinde yetersiz kalan Komisyon, doğal olarak somut olayların her biri için derin ve kapsamlı ekonomik analizler yapamamakta, genel ve soyut gerekçelerle karar verme yoluna gitmektedir. Dolayısıyla, özellikle dikey ilişkilere olan yaklaşımı nedeniyle doktrinde eleştirilen Komisyon’un bu tutumunun altında, büyük ölçüde pratik kaygıların yattığını söylemek mümkündür.

¹⁷⁰ Grup muafiyet tüzükleri, Avrupa Birliği Hukukunda önemli bir fonksiyonu yerine getiriyor olsa da, uygulama kapsamı açısından yeterli görülmemektedir. Nitekim dikey ilişkilere ilişkin yapılan reformların gerekçelerinden biri de, münhasır satım, münhasır dağıtım ve franchising anlaşmalarına yönelik olarak çıkarılan tüzüklerin, uygulamada yeni ortaya çıkan dağıtım sistemleri ve karma sistemler karşısında fonksiyonlarını büyük ölçüde yitirdikleri ve daha geniş kapsamlı tüzüklerin yapılması gerektiği hususundaki eleştirilerdir. Her şeyden mevcut tüzükler, ikiden fazla teşebbüsün dikey bazda gerçekleştirdikleri anlaşmaları kapsamadıkları gibi, seçici dağıtım anlaşmaları, hizmet

sektörüne ilişkin dikey anlaşmalar ve arz anlaşmalarını da kapsamamaktadır. Dolayısıyla bu türden anlaşmalar, doğrudan bireysel muafiyet hükümlerine tabi olmaktadır. Özellikle seçici dağıtım sistemlerine ilişkin vakaların yoğunluğu, bunlara ilişkin olarak kendine özgü bir “*rule of reason*” analizinin uygulanmasına yol açmıştır (bkz. Metro-Komisyon, dava 26/76, (1977), ECR.1875 (1978), 2 CMLR.1-, Ayrıca seçici dağıtım anlaşmalarının Rekabet Hukuku açısından incelenmesi için bkz. Erdem, sh.16-40).

¹⁷¹ Geçersizliğin dikey ilişkiler için oldukça ağır bir yaptırım olduğu hakkındaki eleştiriler ve tespitler için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/E/1

¹⁷² Korah, sh.267; ayrıca Green Paper, part II, md.12, part VII, md.37; 26th Report, sh.31

¹⁷³ Komisyon, bu değişimin nedenlerini kısaca 4 başlık altında toplamaktadır : **a)** Tek Pazarda malların serbest dolaşımına imkan veren mevzuatın büyük ölçüde yürürlükte olması, **b)** dikey sınırlamalarla ilgili grup muafiyeti tüzüklerinin yakın zaman içerisinde geçerliliklerini yitirmeleri, **c)** dağıtım metodlarında esaslı değişimlerin olması, **d)** mevcut ekonomik teorilerin, dikey sınırlamanın etkilerinin belirlenmesinde piyasa yapılarının esas alınmasını öneren yaklaşımı. (26th Report, sh.31; krş. Green Paper, md.3)

¹⁷⁴ Söz konusu belge veya esasen tasarı, Komisyon tarafından 22 Ocak 1997 tarihinde kabul edilmiş ve ilgili kişi ve kuruluşlara dağıtılarak 31 Temmuz 1997 tarihine kadar görüşlerini bildirmeleri talep edilmiştir. Ana hatlarıyla içeriğini belirtmek gerekirse, öncelikle Komisyon’un dikey anlaşmalara ilişkin olarak neden farklı bir yaklaşıma ihtiyaç duyduğu açıklanmakta (bkz. dpt.152) ve sonrasında ise, Avrupa Birliği ekonomisi için dağıtım anlaşmalarının önemine, özelliklerine ve ekonomik analizine yer verilmektedir. Ayrıca mevcut hukuki durum, Komisyon’un dağıtım anlaşmalarına yaklaşımı, bunun olumlu ve olumsuz yönleri belirtilmekte ve bu çerçevede içerisinde yeni tüzük tasarısı ile ilgili 4 farklı yaklaşım ortaya konmaktadır. (Green Paper on Vertical Restraints, 721 final, (1997) 4 CMLR 519, 22.01.1997)

¹⁷⁵ Yukarıda ana hatlarıyla özetlenen eleştirilerin etkileriyle hazırlanan ve dikey ilişkilere ilişkin olarak, Komisyon’un yaklaşımını büyük ölçüde değiştiren yeni düzenlemeler, iki ayrı tasarıyı içermektedir. Bunlardan ilki, 2.2.1965 tarih (OJ.533) ve 19/65 no.’lu Konsey Tüzüğü’nde değişiklik yapılmasını öngören ve dikey ilişkilere ilişkin yeni mevzuata temel oluşturacak olan Tüzük tasarısı, diğeri ise, 6.2.1962 tarih (OJ.No:13) ve 17/62 no’lu Konsey Tüzüğü’nün bazı maddelerinde değişiklik yapacak olan diğeri Tüzük tasarısıdır. Kısa bir süre içerisinde yürürlüğe girmesi beklenen bu tasarıların, dikey ilişkilere karşı mevcut yaklaşımda önemli usulü ve maddi yenilikler getirecek olması, bunların hukukumuz açısından da önemle dikkate alınmalarını gerektirmektedir. Tasarıların getireceği muhtemel sistemin özelliklerini kısaca belirtmek gerekirse, her şeyden evvel, yeni tasarılarla birlikte dikey anlaşmalara karşı, artık daha esnek bir tavrın hakim olacağı söylenebilir. Teknoloji transferine ilişkin grup muafiyeti tüzüğü hariç, muafiyet kapsamındaki dikey sınırlamaların kapsamı genişletilmiş ve doğal olarak, dikey ilişkilere ilişkin bildirim yükümlülüğü büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Şekli ve soyut değerlendirmeleri esas alan yaklaşım terk edilmiş ve yerine ekonomik değerlendirmelere daha fazla önem veren bir yaklaşım egemen olmuştur. Bu bağlamda, ilgili piyasanın yapısı ve taraf teşebbüslerin ekonomik güçleri değerlendirmede büyük önemi haizdir. Yeni sisteme göre, bundan sonra çıkarılacak grup muafiyeti tüzüklerinde, taraf teşebbüslerin ekonomik gücüne ilişkin olarak “*piyasa payı eşikleri*” de öngörülmektedir. Ayrıca yeni değişikliklerde, teşebbüs birliğinin taraf olduğu anlaşmalar ve aynı zamanda

rakip olan teşebbüsler arası anlaşmalar muafiyet alamayacak anlaşmalar arasında zikredilmiş ve ikinciler için, karşılıklı olmamaları ve taraflardan hiçbirinin yıllık cirosunun 100 milyon ECU.'yu aşmaması halinde, istisna içinde istisna tanınmıştır. Son olarak sadece Komisyon'a değil, ulusal rekabet otoritelerine de, söz konusu danışıklı ilişkinin belirli bir bölgede rekabete zararlı etkilerinin olması ve bölgenin rekabet özellikleri açısından ayrılabilir nitelikte olması halinde, muafiyeti geri alma yetkisi verilmektedir. Bu düzenlemenin, son yıllarda Komisyon'un yürütmekte olduğu, Rekabet Hukukunun yerleştirilmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir (Komisyon'un dikey sınırlamalara ilişkin yeni yaklaşımı için bkz. Korah, Vertical, 7 vd.).

¹⁷⁶ Şüphesiz çalışmamız çerçevesinde, Avrupa Birliği'nin ekonomik yapısını açıklamak ve bu yapının Türkiye gibi gelişmekte olan ve sanayileşme sürecini yaşamakta bir ülkeyle kıyaslamasını yapmak yersiz olacaktır. Bununla birlikte, Rekabet Hukuku politikasının belirlenmesinde ülkenin rekabet koşulları ve ekonomik durumu büyük önem taşımaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere, Rekabet Hukuku uygulaması, ekonomik politikasının bir parçasıdır. Dolayısıyla ülkenin mevcut koşullarını nazara almayan bir Rekabet Hukuku politikası, kuralları ne kadar çağdaş olursa olsun, beklenen amaca hizmet edemez. Bu bağlamda, Ülkemiz açısından, dikey ve hatta yatay anlaşmalara karşı yaklaşımın belirlenmesinde bazı hususların hatırlatılmasında fayda vardır. Her şeyden önce ülke ekonomisinde mal ve hizmet üreten teşebbüsler, teknolojik alt yapıyı yeterince oluşturamamış ve dolayısıyla teknoloji ithal eder bir konumda faaliyet göstermektedirler. Ülkemiz açısından uluslararası rekabet gücünün korunması, ancak teknoloji transferi yapılması ile mümkün olabilmektedir. Teknoloji transferi ise, hem yatay, hem dikey bazda gerçekleştirilmesi mümkün olan ve fikri-sınai hakların kendine özgü niteliklerinden dolayı, bünyesinde rekabeti sınırlayıcı özellikler içeren bir ilişkidir. Özellikle ortak girişim şeklinde kurulan bu tür anlaşmalara karşı sergilenecek tavır, yatırımların geleceği ve ülke ekonomisi açısından hayati önemi haizdir. Bunun dışında, henüz kendi markalarını yaratamamış olan Türk teşebbüsleri için, markanın mal anlamına geldiği günümüz piyasalarında, dışa açılmak ve özellikle münhasır dağıtım, franchising ve münhasır satım gibi dikey anlaşmaları akdetmek, zorunluluk arz etmektedir. Bu tür dikey (ve hatta bazen yatay) anlaşmalar ise, dağıtıcı tarafından, yatırım, fikri ve sınai mülkiyet hakları, reklam, pazarlama, satış ağı oluşturma, servis gibi hususlarda üstlenilen ticari riskin bir gereği olarak, rekabeti sınırlayıcı kayıtlar içerirler. Dolayısıyla bunlara yönelik tavrın belirlenmesinde, piyasa entegrasyonu gibi bir kaygının da bulunmadığı dikkate alınacak olursa, daha esnek ve gerçekçi bir düşünce hakim olmalıdır.

¹⁷⁷ Kanımızca RKHK.'nin uygulanmasında, Türk piyasalarının entegrasyonu gibi bir amaç bulunmadığına göre, yapılacak olan değerlendirmelerde mutlak bölgesel korumaya ilişkin kayıtlara daha müsamahalı yaklaşılmalı ve tekel bölgesi tanıyan veya marka içi rekabeti kısıtlayan kayıtlar kendiliğinden 4. madde içerisinde görülmemelidir. Kanımızca markalar arası rekabetin bulunduğu bir piyasada, marka içi rekabeti kısıtlanması büyük önem taşımaz. Bu konuda Amerikan hukukundaki yaklaşım model alınabilir (krş. Aslan, sh.214).

¹⁷⁸ "Restraint of Trade or Commerce"

¹⁷⁹ Örneğin "*per se*" doktrinin karşısında olan yargıç "*Brandeis*", ünlü Chicago Board of Trade davası'ndaki (<Chicago Board of Trade-United States, 246 US. (1918)>)

görüşünde şu ifadeyi kullanmaktadır: "...Bir anlaşma veya düzenlemenin hukukiliği, onun rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı gibi basit bir kritere dayandırılmaz. Ticarete ilişkin her anlaşma veya düzenleme rekabeti sınırlayıcıdır. Bağlayıcılık veya sınırlayıcılık, bunların özünde bulunmaktadır. Hukuka aykırılığın doğru testi, sınırlamanın sadece düzenleyici veya belki de rekabeti teşvik edici olup olmadığı veya rekabeti tahrip edip etmediğine ilişkin olmalıdır. Bu sorunun belirlenmesi için mahkemenin umumiyetle, sınırlamanın uygulandığı ticarete mahsus olguları, özellikle sınırlamanın uygulanmadan önceki ve sonraki koşulları, sınırlamanın doğal niteliğini ve aktüel ve potansiyel etkilerini dikkate almalıdır...." (ayrıca bkz. Lieberman/Siedel, sh.530; Kintner, sh.16; Whish/Sufrin, sh.19; krş. Korah, sh.269; Bellamy/Child, sh.65).

¹⁸⁰ Akıncı, sh.276, 283; Whish/Sufrin, 206; krş. Aslan, sh.64

¹⁸¹ Allison/Prentice, sh.394; Akıncı, sh.263

¹⁸² Bkz. Trans Missouri Freight Association-United States., 166 US. (1897)

¹⁸³ Sherman Yasası'nın uygulandığı ilk yıllarda verilen kararlarda, rekabeti birinci dereceden ve ikinci dereceden sınırlayan anlaşmalar ayırımına yer verilmiş, fakat bu ayırımın altında yatan nedenler kesin ve somut olarak ifade edilmemiştir. Bunun yanı sıra, bir kısım kararlar Ortak Hukuka (Common Law) ait olan "*tali sınırlamalar*" (ancillary restraints) doktrini temeline dayandırılmıştır.

¹⁸⁴ Bkz. Standart Oil Co. of New Jersey-United States., 221 US. 1(1911)

¹⁸⁵ Akıncı, sh.282; krş. Black, sh.148,149

¹⁸⁶ Krş. aşağıda IV/B/4

¹⁸⁷ Krş. aşağıda IV/B/2

¹⁸⁸ Krş. aşağıda IV/B/5

¹⁸⁹ Allison/Prentice, sh.395,396; Bork, sh.36,37

¹⁹⁰ Bazı anlaşmaların, ticaret üzerindeki etkilerinin araştırılmaksızın hukuka aykırı olduğu görüşü, Sherman Yasası'nın ilk yıllarından itibaren ifade edilmektedir. Örneğin Joint Traffic Association kararında (<United States.-Joint Traffic Association, 171 US. 505 (1898)>), demiryolu taşımacılığı yapan teşebbüslerin bir araya gelerek fiyat tespiti yapmaları, endüstrinin içerisinde bulunduğu kriz durumu savunmasına rağmen, anlaşmanın amacının doğrudan rekabeti kısıtlamak olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Yine benzer bir şekilde Addyston Pipe&Steel Co. davasında da (Addyston Pipe&Steel Co.-United States., 85 F.271(1899), davalıların tespit edilen fiyatın makul olduğuna ilişkin savunmaları da, hangi fiyatın makul, hangisinin makul olmadığını belirlenmesinin mahkemelere ait bir görev olmadığı ve söz konusu uygulamaların rekabeti sınırlamaktan başka bir amacının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve "*per se*" doktrinine oldukça benzer bir yaklaşım sergilenmiştir (bkz. aşağıda III/E/2).

¹⁹¹ Kintner, sh.21; Aslan,sh.65; Black, sh.149 ("*Per se*" doktrini daha önce verilen kararlarda da izlerini taşımaktaysa da <Trenton Potteries Co.-United States., 273 US. 392 (1927) ve Standart Oil Co.of New Jersey-United States., 221 US. 1 (1911) davaları>, açık bir şekilde dile getirildiği ilk karar, Socony-Vacuum Oil <Socony-Vacuum Oil Co.-United States., 310 US. 150 (1940)> davasında verilmiştir. Söz konusu davada, Amerika'nın orta batı kesiminde faaliyet gösteren çeşitli petrol üreticileri, küçük ölçekli üretici teşebbüslerin fiyat kırmalarını engellemek ve fiyatın belirli bir seviyede kalmasını sağlamak amacıyla bir araya gelmişler ve düzenli ve planlı bir şekilde petrol alımı yapıp bunu stoklayarak, fiyatları kontrol etmişlerdir. Mahkeme bu türden bir

işbirliğinin “*per se*” hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve tarafların yeterli piyasa gücüne sahip olmadığı, eylemlerinde başarılı olup olmadığı, fiyatın rekabet piyasasındaki makul seviyede seyrettiği, fiyatın yeknesak olmadığı ve rekabete olumlu başkaca etkilerin bulunduğu yolundaki savunmalarının tümünü reddetmiştir.

¹⁹² Kintner, sh.20; krş. Whish/Sufrin, sh.19; Allison/Prentice, sh.402; Aslan,sh.66; Black, sh.149,51

¹⁹³ Avrupa Birliği Hukukunda da benzer şekilde, yatay fiyat belirleme, piyasa paylaşma, belirli kanallardan ticaret yapma anlaşmaları ve dikey anlaşmalardan da, paralel ticareti engelleyen veya alıcının ticari özgürlüğünü makul olmayan derecede engelleyen anlaşmalara karşı, “*per se*” benzeri bir yaklaşım sergilenmektedir (Bellamy/Child, sh.91).

¹⁹⁴ Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde, endüstrinin özel koşulları veya başkaca olağanüstü şartlar gerekçe gösterilerek, “*per se*” doktrini çerçevesinde değerlendirilmesi gereken anlaşmalar, “*rule of reason*” analizine tabi tutulabilmektedir. Nitekim bu duruma, Appalachian Coal (<Appalachian Coals Inc.-United States, 288 US.344, (1933)>) kararı örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu karara konu olan olaydaki fiyat tespiti anlaşması, 1920’li yılların sonunda Amerikan ekonomisine büyük zararlar veren büyük depresyon gerekçe gösterilerek “*rule of reason*” analizine tabi tutulmuş ve hatta anlaşma hukuka uygun kabul edilmiştir (Kintner, sh.21; Akıncı, sh.271).

¹⁹⁵ Allison/Prentice, sh.402; Akıncı, sh.279; krş. Aslan, sh.64,65

¹⁹⁶ Whish/Sufrin, sh.19,20; krş. Black, 157,158 (bkz. Sylvania kararı <Continental TV Inc.-GTE.Sylvania Inc.,433 US. 36 (1977)>, bu kararın incelemesi ve Rekabet Hukukundaki yansımaları için Bork, sh.285-298)

¹⁹⁷ Bkz. aşağıda III/D

¹⁹⁸ Consten&Grundig-Komisyon, dava 56&58/64, (1966), ECR.299 (1966), CMLR.418; Sugar Cartel, dava 40/73, (1975), ECR.1663 (1976), 1 CMLR.295; Wea-Filipacchi, OJ. (1972), L.303/52 (1973), CMLR.D.43; krş. La Technique Miniere-Maschinenbau Ulm GmbH., dava 56/65, (1966), ECR.235 (1966), CMLR.357

¹⁹⁹ Tekinalp/Tekinalp, sh.344; Whish/Sufrin, sh.206

²⁰⁰ Bkz. aşağıda III/C/4

²⁰¹ Whish/Sufrin, sh.206; Tekinalp/Tekinalp, sh.344

²⁰² Krş. Whish/Sufrin, sh.207; Tekinalp/Tekinalp, sh.344

²⁰³ Burada temel olarak üzerinde durduğumuz mesele, grup muafiyeti tebliğleri dışında kalan anlaşmaların durumudur. Grup muafiyeti tebliğleri içerisinde kalan anlaşmalar için yukarıda belirtilen problemlerin çoğu geçerli değildir. Grup muafiyeti rejimi dışında kalan anlaşmalar ise, ya kategorik olarak grup muafiyeti rejimi içinde kalan; fakat çeşitli kayıtlar nedeniyle grup muafiyeti dışarısında görülen, ya da hiçbir zaman yürürlükteki grup muafiyeti kategorilerine girmeyen türlerden olabilir. Bunların 4. madde yasağından bağımsız tutulması ise, ancak bu madde içerisindeki genel yasaklama koşulu kapsamına hiçbir zaman girmediği iddiası veya 5. maddedeki bireysel muafiyet şartlarının gerçekleştiği savunması ile mümkün olur.

²⁰⁴ Bkz. aşağıda IV

²⁰⁵ Pek tabidir ki, Rekabet Kurumu’nun kendisine yapılan bildirimleri gerektiği gibi inceleme imkanından yoksun olması, RKHK.’nin 4. maddesi bünyesinde “*rule of reason*” analizi yapılması ve genel yasaklama koşulunun daha dar yorumlanması halinde

de geçerlidir. Zira “*rule of reason*” analizi de, aynen muafiyet incelemesi gibi, geniş kapsamlı ekonomik değerlendirmelerin yapılmasını ve anlaşmanın piyasa üzerindeki etkilerinin araştırılmasını gerektirir. Buna karşılık, 4. madde kapsamında yapılacak bir değerlendirme ile, 5. madde çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme arasında, doğuracağı hukuki neticeler açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

²⁰⁶ Muafiyet sağlamada tek yetkili makamın Rekabet Kurumu olması, genel mahkemelerde açılan davalarda, 5. madde koşullarının bulunduğu ilişkine ilişkin yapılan iddiaların mahkeme tarafından değerlendirilememesine yol açacak ve bu durum büyük olasılıkla, mahkemenin, davayı Rekabet Kurumu’na havale etmesi sonucunu doğuracaktır. Özellikle kısa vadede, yargıların yeni ve teknik bir hukuk disiplini olan Rekabet Hukukunu uygulamakta çekingen olabilecekleri ihtimali düşünülürse, bu yolun tercih edilmesi yüksek bir ihtimal olarak gözükmektedir. Bu durum, bir yandan içtihat birliğinin sağlanması gibi bir fayda sağlarken, diğer yandan, genel mahkemelerin yargılama yetkisinin fiilen daralması gibi bir sonuç doğurabilir. Buna karşılık 4. maddedeki yasaklama koşulunun dar yorumlanması ve “*rule of reason*” benzeri bir hüküm içi bağımsızlığa (muafiyete) imkan verilmesi, mahkemelerden beklenen fonksiyonun gerçekleşmesine imkan vereceği gibi, Rekabet Kurumu’nun iş yükünün de hafiflemesini sağlayacaktır.

²⁰⁷ RKHK.’nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Muafiyet kararları en çok 5 yıl için verilir. Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir.*” Yine Kanun’un 13. maddesine göre; “*Aşağıdaki hallerde muafiyet ve menfi tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir : a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, b) Karara bağlanan şartların ya da yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması. - Geri alma kararı (a) bendinde değişikliğin olduğu tarihten, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir. (c) bendinde belirtilen yanlış veya eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır.*” Avrupa Birliği Hukukundaki 17/62 sy. Konsey Tüzüğü’nden (md.8) esinlenerek kaleme alınan bu düzenleme, ticari hayatın değişen koşullarına Rekabet Kurumu kararlarının uyum sağlaması, karar verme sürecinde gerekli esnekliğin sağlanması, tarafların kötüniyetli veya hatalı uygulamalarından doğan olumsuzlukların giderilmesi gibi, temelde olumlu bir takım özellikler gösterse de, aynı zaman da çeşitli olumsuz sonuçları beraberinde getirmektedir.

Her şeyden evvel bu düzenlemelerin de tümünde görülebilen ortak özellik, bu hükümlerin ticari hayatı sekteye uğratarak, işlemlerin geleceğini belirsizliğe sokmaları ve tarafların hukuki güvenliğini tehlikeye düşürmeleridir. Örneğin muafiyetin 2 yıl süreyle verildiği bir araştırma-geliştirme (ar-ge) ortak girişiminde veya patent lisansı anlaşmasında, bu süre sonunda muafiyetin yenilenip yenilenmeyeceği veya yeni ticari koşullar nedeniyle tarafların anlaşmada revizyona gitmeleri halinde, bunun muafiyet karşısındaki hukuki durumu, hukuk güvenliğini ve ticari istikrarı zedeleyici niteliktedir.

Bunun yanı sıra, muafiyetin sağlanmasının belirli koşullara bağlanması, tarafların pazarlık güçleri ve anlaşmadan bekledikleri öznel yararlar gibi, temelde irade özgürlüğü prensibine dayalı hayati unsurların olumsuz yönde etkilenmesine ve hatta tarafların işlemleri yapmaktan vazgeçmesine neden olabilir. Üstelik incelemelerin uzun sürebileceği

düşünülecek olursa, bu durumun yatırımın askıya alınması ve ekonominin bundan zarar görmesine neden olması da mümkündür.

Bunlardan başka, muafiyet veya menfi tespit kararının bazı şartlar altında geri alınabilmesine ilişkin düzenlemenin de, menfaatler dengesini gözetmediği söylenemez. Üstelik bu durum, sadece bireysel muafiyet için değil, Kurum'un yayınlamış olduğu grup muafiyeti tebliğleri için de geçerlidir.

Ayrıca muafiyet veya menfi tespit almak için başvuran teşebbüs veya teşebbüslerin, Rekabet Kurumu'nun yayınlamış olduğu başvuru formunu (Form I), Kanun'un öngördüğü biçimde eksiksiz ve hatasız doldurması (RKHK.md.12), formda istenen teknik ve detaylı bilgiler nedeniyle oldukça zordur. Kanımızca mevcut bildirim sistemi, teşebbüsler üzerine ağır bir ispat yükü oluşturmakta, ticari hayatın süratini sekteye uğratmakta ve bu sakıncalar, muafiyet ve menfi tespit hükümlerinin gerektiği gibi işlenmesini tehlikeye sokmaktadır. Rekabet Kurumu'nun, Kanun'dan kaynaklanan yetkilere (RKHK.md.14,15), uzman bir teşkilata ve mali olanaklara sahip olduğu düşünülecek olursa, önemli bilgileri teşebbüslerden talep etmek ve buna uyulmamasını da hukuksal bir takım müeyyidelere bağlamak, menfaatler dengesinin yeterince gözetilmediği izlenimi vermektedir (bu konularda daha kapsamlı bilgi için bkz. aşağıda IV/C/1).

²⁰⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C/3/c/ca/cab

²⁰⁹ Muafiyet sistemi bir kenara, özellikle RKHK.'nun 10. maddesinde yer alan bildirim yükümlülüğü, kanımızca yukarıda ifade ettiğimiz varsayımı oldukça güçlendirmektedir. Bunun yanı sıra, yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğleri incelendiğinde, olağan şartlar altında 4.madde kapsamında değerlendirilmemesi gereken bir takım kayıtların anlaşmada yer alması halinde, grup muafiyetinin uygulanmayacağı ve hatta geri alınabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır ki, bu düzenlemeler de, yukarıda belirttiğimiz varsayımı desteklemektedir.

²¹⁰ Korah/Rothnie, sh.39,40; Whish/Sufrin, sh.207; Bellamy/Child, sh.68; Weatherill/Beaumont, sh.697; Korah, sh.57,58,269; Kerse, sh.10

²¹¹ RKHK.'nun 4. maddesi içerisinde "*rule of reason*" benzeri bir değerlendirme yapmak, muafiyet çerçevesinde belirtilen sakıncalara muhatap olmamanın yanı sıra, 10.madde ve buna dayanılarak çıkarılan 1997/2 No'lu Tebliğ'deki (RG.23078, t.12.12.1997) bildirim mecburiyetinin ortadan kaldırılması ve yine RKHK.'nun 16/c maddesindeki idari para cezasından bağışıklık sağlanması gibi, faydalar sağlar. 4. maddenin önerdiğimiz bu yaklaşım ışığında dar yorumlanması, kanımızca ticari hayatın gerçekleri ve ekonomi bilimine daha uygun düşmektedir. Bununla birlikte önemle ifade etmek gerekir ki, önerilen bu yaklaşım, Kanun'un muafiyet rejiminin tamamen ortadan kaldırıldığı şeklinde algılanmamalıdır. Zira burada önerilen yaklaşımın amacı, 4. madde yasasını demoklesin kılıcı gibi kullanmaktan kaçınmak ve ancak rekabeti sınırladığı şüpheli olacak bir takım danışıklı ilişkilerin, (özellikle dikey ilişkilerin) 4. maddenin katı yasaklama rejimi ve muafiyet sisteminin zahmetli ve riskli yolundan kurtarmak ve ticari hayatın sürat ve istikrarını temin etmekten ibarettir. Bu ise temelde, muafiyet değerlendirmesi kadar uzun süre alabilecek ekonomik değerlendirmeleri gerektiren, "*rule of reason*" analizinin, istisnai bazı hallerde, "*yedek*" bir prensip olarak kabul edilmesi ve bu analizin, ancak muafiyet sistemi içerisinde değerlendirilemeyen anlaşmaların tabi olacağı ağır hukuki ve idari sonuçların bertaraf edilmesi noktasında

kullanılması ile sağlanabilir. Zira muafiyet sistemi için geçerli olan belirsizlik, “*rule of reason*” analizi için de evleviyetle geçerlidir.

Bu bağlamda örneğin, dağıtım, lisans anlaşmaları gibi bazı dikey anlaşmaları veya ar-ge anlaşmaları gibi bazı yatay anlaşmaları, muafiyet yerine, 4. madde yasağı içerisinde değerlendirmek daha uygun bir yaklaşım olabilir. Şüphesiz burada hangi tür anlaşmaların 4.madde, hangilerininin 5. madde çerçevesinde değerlendirileceğini belirlemek ve bir sınıflama yapmak, mümkün değildir. Kanımızca en uygun yaklaşım, genel prensipler koymak yerine, somut olayın özelliklerine göre hareket etmek ve ilgili anlaşmanın muafiyet çerçevesinde değerlendirildiği takdirde, ekonomik gerçekler açısından amaca aykırı sonuçlar doğuracağı hallerde, muafiyet yerine, “*rule of reason*” analizinin tercih edilmesidir. Bunun yanı sıra, grup muafiyeti uygulamasını yaygınlaştırmak da, anlaşmaları hukuki belirsizlikten kurtarmak adına yarar sağlayacaktır.

²¹² Whish/Sufrin, sh.207-211; Weatherill/Beaumont, sh.703; Korah/Rothnie, sh.31-33

²¹³ Adalet Divanı'nın “*rule of reason*” benzeri bir yaklaşım sergilediği ilk karar, Constern&Grundig kararıyla aynı yıla rastlayan (karar katılan yargıçların kompozisyonu da hemen hemen aynıdır), La technique Miniere-Maschinenbau Ulm GmbH. davasında verilmiştir (La Technique Miniere-Maschinenbau Ulm GmbH., dava 56/65, (1966), ECR.235 (1966), CMLR.357). Bu karar da, aynı Consten davasında olduğu gibi, RA.'nın 177.maddesi gereği Adalet Divanı'nın önüne gelmiş ve dolayısıyla kararın kapsamı, büyük ölçüde somut olayın özellikleriyle sınırlı kalmıştır. Söz konusu davada, Fransız şirketi olan Technique Miniere, Alman firması olan Maschinenbau Ulm GmbH. ile, bu firmanın ürettiği tesviye aletlerinin (düzeç-levelling machine) Fransa'da münhasır satış hakkını kendisine sağlayan ve karşılığında rakip teşebbüslerin mallarını satmama kaydını içeren bir anlaşma yapmış, buna karşılık ilgili anlaşmayı, 17/62 sy. Konsey Tüzüğü çerçevesinde Komsiyon'a bildirmemiştir. Fransız şirketi, ödemelerin revize edilmesini sağlamak amacıyla uyuşmazlık çıkarmış ve Fransız mahkemeleri önünde anlaşmanın RA.'nın 85/2 maddesi kapsamında butlanla sakat olduğunu ileri sürmüştür. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, Fransız firmasının iddiasını reddetmiş ve anlaşmanın geçersiz olabilmesi için, öncelikle 85/1.madde kapsamına girmesi gerektiğine işaret etmiştir. Adalet Divanı kararında şu ifadeye yer vermiştir: “...Netice itibarıyla bir anlaşmanın 85/1.madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için, onun amacı veya etkisinin, Ortak Pazar'daki rekabeti kısıtlaması, bozması veya engellemesi gerekmektedir. Yasaklama koşulundaki “veya” bağlacına bağlı olarak, bu terimlerin kümülatif değil, ayrı ayrı aranması gerçeği karşısında, öncelikli olarak yapılması gereken, anlaşmanın uygulandığı ekonomik şartlar içerisinde, tam amacın tespit edilmesidir. 85. maddedeki rekabete olan müdahale, anlaşmanın bütünü veya bir kısmında yer alan kayıtlardan kaynaklanmalıdır. Fakat eğer anlaşmadaki kayıtlardan, rekabet üzerinde etkinin tam olarak anlaşılması mümkün olmazsa, o vakit anlaşmanın sonuçları dikkate alınmalı ve rekabetin gerçekte hissedilir derecede sınırlandırıldığı, kısıtlandığı ve bozulduğuna ilişkin veriler tespit edilmelidir. Buradaki rekabet ile kastedilen ise, söz konusu anlaşmanın bulunmadığı durumda ortaya çıkacak farazi durum olmalıdır. Özellikle anlaşmanın, teşebbüse yeni bir faaliyet alanına giriş yapması için gerekli ortamı sağlaması halinde, rekabete bir müdahalenin olup olmadığı tartışmalı olmaktadır. Dolayısıyla münhasır satış hakkı sağlayan bir kaydın, amacı veya

etkisinin yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için, anlaşmaya konu olan malın niteliği, niceliği, sağlayıcı ve imtiyaz sahibinin ilgili piyasadaki konumu ve önemi, anlaşmanın münferit mi, yoksa bir sistemin parçası mı olduğu ve aynı ürün piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin paralel ticarete yapabileceği olanakları gibi faktörlerin ayrıca değerlendirilmesi uygun düşer.” Görüldüğü üzere Adalet Divanı, bu ifadeyle, “*per se*” doktrinini açıkça reddetmekte ve hukuka aykırılığın tespit edilmesi için, öncelikle anlaşmanın amacına bakılması gerektiğini, fakat eğer amacından açıkça anlaşılamiyorsa, hukuki ve ekonomik çerçevesiyle anlaşmayı değerlendirmek gerektiğini kabul etmektedir.

²¹⁴ Krş. Whish/Sufrin, sh.208-211; Bellamy/Child, sh.68,69; Korah/Rothnie, sh.51; Weatherill/Beaumont, sh.696

²¹⁵ “*Tali sınırlamalar doktrini*” (ancillary restraints doctrine) kısaca, bir anlaşmanın akdedilmesi ve başarılı bir şekilde tatbik edilmesi için, anlaşmada yer alması zorunlu bir takım sınırlamaların (kayıtların), rekabete aykırı özellikler gösterse dahi, hukuka uygun sayılması gerektiğini savunmaktadır. Amerikan hukukunda ifadesini bulan bu doktrinin en tipik örneği, ticari işletmenin devri halinde, devir sözleşmesine dercedilen rekabet etmeme kayıtlarıdır (covenant not to compete). Bu doktrin, Avrupa Birliği Hukukunda da Adalet Divanı ve Komisyon tarafından, gerek 85.madde, gerekse konsantrasyona yol açan ortak girişimler konularında uygulanmaktadır (Bkz. Korah, sh.283; Whish/Sufrin, sh. 210; Lieberman/Siedel, sh.531).

²¹⁶ Avrupa Birliği Hukukunda, 85.madde çerçevesinde tali sınırlamalar doktrinin uygulandığı pek çok karara rastlamak mümkündür. Kararlarda, bazen açıkça bu doktrine yer verilmiş, bazen de dolaylı olarak değinilmiştir. Dolayısıyla örnek olarak gösterilen kararların tümünde, tali sınırlamalar doktrini saf biçimde görmek mümkün değildir. Aydınlatıcı olması açısından tali sınırlamalar doktrinin en açık bir şekilde uygulandığı kararlardan örnek verecek olursak, Remia&Nutricia davasında (Remia&Nutricia-Komisyon, dava 42/84, (1985), ECR.2545, (1987), 1 CMLR.1), Nutricia, Remia ve Lucyks adlı sos ve turşu üreten iki bağlı işletmesini, iki farklı teşebbüse devretmiş ve sözleşmelere rekabet etmeme kayıtları dercetmiştir. Dava önüne gelen Komisyon, öncelikli olarak rekabetin her sınırlandığı durumun 85/1.madde çerçevesinde değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve daha önce verdiği BASF kararına da (BASF, OJ.(1976), L.254/40) atıfta bulunarak, prensipte sadece malvarlığının değil, ticari itibar ve müşteri çevresinin de devredildiği anlaşmalarda yer alan bu türden rekabet etmememe kayıtlarının, anlaşmadan beklenen amacın elde edilebilmesi için zorunlu unsurlar olduğunu ve dolayısıyla haklı görülebileceğini ifade etmiştir. Öte yandan Komisyon, bu haklılığın sınırsız olmadığını da belirtmiş ve sınırlamanın, bundan beklenen haklı amaca uygun ve orantılı olması gerektiğini ifade ederek, alıcının müşteri çevresi oluşturmasının ne kadar zaman alacağı, ilgili piyasadaki tüketicilerin marka bağımlılığı, yeni markaların ne kadar bir süre içerisinde müşteri nezdinde kabul gördüğü ve rekabet etmeme kaydı olmaksızın, satıcının ne kadar süre içerisinde aynı işi tekrar kurabileceği gibi çeşitli faktörlerin dikkate alınarak karara varılması gerektiğini açıklamıştır. Bu çerçevede içerisinde, somut olaydaki 10 yıllık süreyi aşırı bulmuş ve anlaşmayı RA.’nın 85/1.maddesine aykırı olarak nitelemiştir. Ayrıca muafiyet vermeyi de reddetmiştir. Adalet Divanı ise, Komisyon’un bu neviden kayıtları, orantılılık ve amaca uygunluk açılarından, 85/1.madde kapsamında değerlendirmesini doğru olduğunu belirttikten

sonra, tarafların, ticaretin etkilenmediği ve Komisyon'un olayları yanlış ve yetersiz değerlendirdiğine ilişkin iddialarını reddetmiştir. Öncelikle ticaretin etkilenmesi kavramı üzerinde duran Adalet Divanı, bu koşulun evleviyetle bulunduğunu, zira rekabet etmeme kaydının, tüm Hollanda'yı kapsadığını ve bunun ise, üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesi için yeterli olduğunu, üstelik anlaşmanın Ortak Pazar'ın entegrasyonu hedefine aykırı olduğunu ifade etmiştir. Diğer itirazı da değerlendiren Adalet Divanı, gerek sözlü savunmalar, gerekse daha önceki aşamalarda kendisine sunulan bilgiler ışığında, Komisyon'un rekabet etmeme kaydının 4 yıla sınırlandırılması gerektiğine ilişkin görüşünde, herhangi bir yanlış veya eksik değerlendirmenin söz konusu olmadığını belirtmiş ve ayrıca muafiyet verilmemesini de onaylamıştır. Görüldüğü üzere kararda, rekabet etmeme kaydının, süre ve kapsam açısından makul ölçüler içerisinde kalması halinde, 85/1.madde yasağı dışında kabul edilebileceği dolaylı da olsa belirtilmiş ve anlaşma, ekonomik ve hukuksal yönleriyle değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Tali sınırlamalar doktrini içerisinde mütalaa edilebilecek kararlardan bir başkası ise, Pronuptia davasında verilmiştir (Pronuptia-Schillgalis, dava 161/84, (1986), ECR.353 (1986), 1 CMLR.414). Söz konusu davada, Pronuptia de Paris markasını taşıyan gelinliklerin franchise vereni, Hamburg, Oldenburg ve Hannover bölgeleri için, bu markanın inhisari kullanımını franchise alana sağlamış ve bu bölgelerde, başkalarına mal vermeyeceğini ve kendisinin de ticaret yapmayacağını taahhüt etmiştir. Franchise alan ise bunun karşılığında, bu markayı kullanmak, ilgili ürünleri sadece anlaşmayla belirlenen mağazalarda satmak, cirosu üzerinden bir ücret ödemek ve ihtiyaçlarının en az %80'ini franchise verenden sağlamak yükümlüğü altına girmiştir. Franchise alan, söz konusu ücreti ödemiş ve Alman mahkemeleri önünde yapılan ihtilafta, anlaşmanın RA.'nın 85/2.maddesi dolayısıyla hükümsüz olduğunu ileri sürmüştür. RA.'nın 177.maddesi nedeniyle dava önüne gelen Adalet Divanı ise, franchise anlaşmalarını detaylı ve kapsamlı bir şekilde incelemeye tabi tuttukten sonra, bu anlaşmaların içerisinde yer alan çeşitli sınırlayıcı kayıtların, anlaşmadan beklenen faydaların sağlanabilmesi için birer zaruret teşkil ettiğini, bununla beraber bu zaruretin, tüm kayıtlara teşmil edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Bu yaklaşım içerisinde anlaşmayı değerlendiren Adalet Divanı, franchise alan ve veren arasında doğrudan rakip olmama ve franchise verenin ticari itibarının korunması amacıyla yönelik olan çeşitli sınırlamaların haklı görülebileceğini belirtmiş, buna karşılık, özellikle piyasaların paylaşımı sonucu doğuran, mutlak tekel korumasının, yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut anlaşmada bulunan muayyen bölge kaydının ise (specified location clause), markanın kullanımında sağlanan münhasır hakla birleşince, bu etkiyi doğurduğunu ifade etmiş ve özellikle markanın tanınmış olması halinde, bunun rekabeti ciddi biçimde kısıtlayabileceğini belirtmiştir. Nitekim bu nedenlerden dolayı söz konusu kaydın 85/1.madde içerisinde görülmesi gerektiğini ve ancak şartları varsa, muafiyet alabileceğine karar vermiştir.

Yine benzer bir şekilde Nungesser-Komisyon davasında (Nungesser-Komisyon, dava 258/78, (1982), ECR.2015 (1983), 1 CMLR.278), Fransız ulusal tarım araştırma enstitüsü INRA. ile Nungesser adına faaliyet gösteren bay Eisele, INRA.'nın yeni ürettiği mısır buğdayı tohumlarının, Almanya piyasasında üretim ve satışı hususlarında bay Eisele'yi münhasır yetkili kılan bir lisans anlaşması yapmışlardır. Söz konusu anlaşma, -yasal taahhüde rağmen- ilgili ürünün Fransa'dan Almanya'ya paralel ihracatını

yapan Louis David'e, bay Eisele tarafından Alman mahkemelerinde açılan dava neticesinde 85/1.madde çerçevesinde değerlendirilmiştir. Komisyon anlaşmada, Nungesser'in, ilgili ürünün Almanya'da üretim ve satışında münhasır yetkili kılınmasına ve INRA.'nın başka teşebbüslere aynı hak ve yetkileri sağlayamamasına ilişkin kayıtları rekabete aykırı değerlendirmiştir. Bunun yanı sıra, üçüncü kişilerin paralel ithalatını engelleyici kayıtlar da "per se" hukuka aykırı nitelendirilmiş ve muafiyet talebi de reddetmiştir. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, temel olarak, münhasır yetki veren sözleşmenin "per se" hukuka aykırı olup olmadığı üzerinde durmuş ve bu bağlamda "ucu açık" ve "kapalı" lisans ayırımına yer vermiştir (kavram için bkz. Tekinalp/Tekinalp, sh.580,581). Adalet Divanı'na göre, bunlardan ilki hukuka aykırı olarak görülemezken, diğeri, yani üçüncü kişilerle olan münasebetler neticesinde paralel ticaretin engellenmesi (mutlak tekel koruması) "per se" hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Adalet Divanı'nın, ucu açık lisansa ilişkin görüşünün temelinde, özellikle somut olayda, tarafların aldığı ticari risk üzerinde durmuş ve teknik gelişmenin sağlanması amacıyla yönelik bu tür tekel kayıtlarının, ticari açıdan gerekli olduğunu ifade etmiştir.

Son yıllar içinde verilen ilginç bir karar ise, Danimarka'daki bir tarım kooperatifine ilişkindir (Gottrup-Klim-Dansk Landbrugs Grovvaeselskab AmbA, dava C-250/92, (1994), I ECR.641 (1996), 4 CMLR.191). Alım-satım işi ile uğraşan söz konusu kooperatif, üyelerinin başka kooperatiflere üye olmasını yasaklamak suretiyle, onların başka kanallardan mal almalarını kısıtlamış ve bu durumun rekabete aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bidayet mahkemesi ise, açık ve kesin bir karar vermemiş ve söz konusu kısıtlamanın, her ne kadar rekabet üzerinde olumsuz etkileri doğmaktaysa da, kooperatifin gerektiği gibi çalışması için bu türden sınırlayıcı kayıtlara yeri verilmesinin zorunlu olduğu hallerde, bu tür bir uygulamanın 85/1.madde kapsamında dışında görülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, uygulamanın hukuka aykırı olup olmadığının tespitinde, somut olayın özelliklerinin ve hukuki ilişkinin bütünü değerlendirilerek sonuca varılması gerektiğini ifade etmiştir.

²¹⁷ Bu türden mülahazaların temel alındığı ilk kararlardan biri olarak, Brasserie de Haecht (Brasserie de Haecht-Wilkin Janssen, dava 23/67, (1967), ECR.407 (1968), CMLR.26) davasını örnek göstermek mümkündür. Söz konusu davada, Belçika'da mukim olan Brasserie de Haecht isimli teşebbüs, Esneux kentinde kafe sahibi olan Oscar Wilkin ve eşi Amrie Wilkin ile 3 adet kredi sözleşmesi yapmış ve sözleşmelerde kredi alanın, gerek ticari tüketim, gerek bireysel tüketime yönelik olarak alacağı bira, likör ve meşrubatların, sadece Haecht biracılıktan alınması kaydı konulmuştur. Bu münhasır alım sözleşmesinin süresi, borcun kapanmasını takiben 2 sene olarak belirlenmiştir. Sözleşmenin imzalanmasından 3 sene sonra, yani 1966 yılında, Brasserie de Haecht, münhasır alım kayıtlarına riayet edilmediğinin farkına varmış ve Belçika mahkemelerinde dava açmıştır. Wilkin ailesi, Brasserie de Haecht'in iddialarını reddetmemiş, buna karşılık geçersizlik itirazında bulunmuştur. Belçika mahkemesi (Tribunal de Commerce), davayı RA.'nın 177. maddesine dayanarak Adalet Divanı'na göndermiş ve söz konusu sözleşmenin, RA.'nın 85/1. maddesi kapsamında görülebilmesi için, ekonomik koşulların veya daha somut olarak, Belçika'da yaygın olarak gözlemlenen benzer sözleşmelerle bir arada mı, yoksa bunlardan soyut olarak mı değerlendirilmesi gerektiği sorusunu yöneltmiştir. Adalet Divanı ise, sadece anlaşmanın

amacının değil, aynı zamanda rekabet üzerindeki etkilerinin de dikkate alınmasını gerektiğini ve bu bağlamda, anlaşmanın hukuki ve ekonomik çerçeve içerisinde ve diğer faktörlerle kümülatif bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiş ve piyasadan soyut bir değerlendirmenin yapılamayacağına işaret etmiştir. Ayrıca, Belçika likör piyasasının önemli bir kısmının, benzer anlaşmalarla büyük bir üreticinin elinde toplanmasının dikkate alınması gerektiğini ve olağan şartlar altında münhasır alım sözleşmelerinin hukuka aykırı olmamakla birlikte, bunun gibi başkaca faktörlerle beraber, hukuka aykırı olabileceğine karar vermiştir.

Yine olaylar açısından oldukça benzerlik gösteren bir karar, Delimitis-Henninger Brau AG. davasında verilmiştir (Delimitis-Henninger Brau AG, dava C-284/89, (1992), 5 CMLR.210). Söz konusu davada, Frankfurt'taki bir birahänenin, biralarının tümünü, lokal bir üretici olan Henninger Brau AG.'den alması şartını taşıyan bir arz anlaşmasının (kelepçeleme sözleşmesi), 85.maddeye aykırı olup olmadığı tartışılmış ve neticede, “*rule of reason*” analizine oldukça yaklaşan bir değerlendirme yöntemi kullanılmak suretiyle, hukuka aykırılık kabul edilmemiştir. Adalet Divanı bu davada, La Technique Miniere-Maschinenbau kararındaki, anlaşmanın, ekonomik ve hukuki çerçeve içerisinde değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki görüşüne uygun olarak, oldukça kapsamlı bir inceleme yapmış ve incelemesinde, tarafların anlaşmayla elde edecekleri menfaatleri, ilgili piyasanın ürün ve coğrafya açısından kapsamı ve özellikleri, tarafların ve de özellikle sağlayıcının ekonomik gücü, söz konusu kelepçeleme anlaşmalarının piyasadaki yaygınlığı, oranı ve süreleri, piyasaya herhangi bir yoldan yeni giriş imkanları (dikey bütünleşme dahil) ve piyasanın yoğunlaşma oranı gibi pek çok faktörü dikkate almıştır. Adalet Divanı karara varırken, iki aşamalı bir test uygulamış ve öncelikle ilgili piyasada giriş engelinin bulunup bulunmadığını, bulunduğu takdirde ise, somut anlaşmanın giriş engellerinin oluşumuna hissedilir bir etkide bulunup bulunmadığını tetkik etmiştir (krş. Bellamy/Child, sh. 78).

²¹⁸ Korah, sh.60; Bellamy/Child, sh.88; krş. Kerse, sh.11

²¹⁹ Bkz. yukarıda III/C/1

²²⁰ Bkz. yukarıda III/C/3

²²¹ Krş. Aslan, sh.59,60; Akıncı, sh.237

²²² Akıncı, sh.239

²²³ “Hukuk, pek önemsiz meselelerle meşgul olmaz”.

²²⁴ “*De minimis*” doktrinin ilk uygulandığı karar olan Volk-Vervaecke davasında (Volk-Vervaecke, dava 5/69, (1969), ECR.295 (1969), CMLR.273), Almanya’da çamaşır makineleri üreten Volk isimli teşebbüs, Belçika ve Lüksemburg ülkelerinde çamaşır makinalarının dağıtımı için, Vervaecke’yle münhasır dağıtım anlaşması yapmış ve söz konusu teşebbüse, paralel ticareti de engelleyecek şekilde mutlak inhisarı koruma sağlamıştır. Bunun karşılığında ise, kendisinden, her ay için 80 adet çamaşır makinesinin alım yapılması şartını getirmiştir. Taraflar arasında anlaşmazlık çıkması üzerine Vervaecke, Alman mahkemeleri önünde anlaşmanın RA.’nın 85/2. maddesi nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştü ve dava, RA.’nın 177.maddesi nedeniyle Adalet Divanı önüne gelmiştir. Adalet Divanı, 85/1. maddenin ihlalinin söz konusu olabilmesi için, anlaşmanın ticarete fark edilebilir derecede etkide bulunması gerektiğini belirtmiş ve bu bağlamda, somut olaydaki anlaşma taraflarının, ilgili piyasadaki ekonomik güçlerini inceleme konusu yapmıştır. Bu inceleme, ilgili piyasa bazında yapılmış ve anlaşmanın

akdedildiği 1963 yılından itibaren, gerek satış miktarı (2361 adet, 866 adet), gerekse piyasa payı açısından (%0.5,%0.2), Volk isimli teşebbüsün piyasadaki rekabete ve ticaretin işleyişine etkide bulunma gücüne sahip olmadığı ve bu durumun dikkate alınarak, söz konusu anlaşmanın RA.'nın 85.maddesi kapsamından çıkarılması gerektiğine karar verilmiştir.

²²⁵ Komisyon sırasıyla, OJ.(1968), C.75; -OJ.(1977) C.313/3; -OJ.(1986) C.231/2; -OJ.(1994) C.386/20; -OJ.(1997), C.372 tarihlerinde, “Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 85(1). maddesi Kapsamına Girmeyen Önemsiz Derecedeki Anlaşmalara İlişkin Duyuruları” yayınlamış (Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Fall Under Article 85(1) of the Treaty Establishing the European Community) ve böylece, söz konusu maddenin amacına uygun bir şekilde uygulanmasında önemli rol oynamıştır.

²²⁶ Söz konusu duyurularda, 1994 yılına kadar 200 milyon ECU. olan ciro kriteri uygulanmakta ve bu kriter, ilişkiye taraf olan teşebbüslerin sadece ilgili piyasada değil, başka piyasadaki bağlı ortaklıklarının da dikkate alınmasıyla hesaplanmaktaydı. Bu eşik, 1994 yılında 300 milyona çıkarılmış ve nihayet 1997 yılında tamamen kaldırılmıştır. Yatay-dikey anlaşmalar için farklı oranların getirilmesi, bu anlaşmalara ilişkin Avrupa Birliği Hukukundaki yeni eğilimin uzantılarından biridir.

²²⁷ RA.'nın 85.maddesinde, sadece “rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulması” ifadelerine değil, bunun yanı sıra ikinci bir koşul olarak, “ticaretin etkilenmesi” kavramına yer verilmiştir. Kanımızca bu ifade, Avrupa Birliği Hukukunda, 85.maddenin uygulanabilmesi için hissedilir bir etkinin bulunması koşulunu arayan “*de minimis*” doktrininin kabul edilmesinde, lâfzı bir dayanak olarak yorumlanabilir. RKHK.'da ise, buna dayanak oluşturabilecek herhangi bir kriter veya ifadeye yer verilmemiştir. Ancak bu durum, iki düzenleme arasında önemli bir fark olduğunu göstermez. Zira Avrupa Birliği Hukukunda ticaretin etkilenmesi kavramı çok geniş yorumlandığı gibi, “*de minimis*” doktrini, münhasıran ticaretin etkilenmesi kavramına bağlı olarak ortaya çıkmamıştır. Bunun yanı sıra, RKHK.'nın 4. maddesinde yer alan genel yasaklama ifadesinin, aslında piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz bir etkinin gerçekleşebileceği durumları kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği düşünülürse ve de ticari yaşamın gerçekleri de göz önünde tutulursa, “*de minimis*” doktrininin hukukumuz bakımından kabul edilebileceğini söylemek hiç de zor olmaz.

²²⁸ Krş. Aslan, sh.60

²²⁹ Örneğin Langnese & Iglo davasında (Langnese&Iglo-Komisyon, dava C-279/95, (1995), II ECR.1533 (1995), 5 CMLR.602), Langnese tarafından akdedilen satış anlaşmalarının, münferit olarak önemli bir etkiye sahip olmamasına karşılık, bunların bir bütün olarak değerlendirildiğinde ticaret ve rekabete hissedilir derecede etkide bulunduğu karar verilmiş ve bu nedenle 85/1. madde yasağı tatbik edilmiştir. Keza Pioneer davasında (Musique Diffusion Française-Komisyon, davalar 100-103/80, (1983), ECR.1825 (1983), 3 CMLR.221), tarafların Fransa'daki piyasa paylarının %3.38, İngiltere'deki piyasa paylarının ise %3.18 olması nedeniyle, 85/1.maddenin uygulanmaması gerektiğine ilişkin iddialar, Adalet Divanı tarafından, ilgili piyasanın parçalanmış olması ve markanın tanınmışlığı göz önünde tutularak reddedilmiş ve söz konusu uyumlu eylemin, rekabete hissedilir derecede etkide bulunabileceğine karar verilmiştir. Komisyon ve Adalet Divanı, bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, “*de*

minimis” doktrinini sadece piyasa payı (ve eski düzenlemede buna ek olarak ciro) kriterine bağlı olarak uygulamamakta, buna ek olarak, teşebbüsün büyüklüğü (bağlı işletmeler dahil), markanın tanınmışlığı, piyasanın yoğunlaşma derecesi, benzer anlaşmalarla piyasanın bölünmüş olması gibi, ek bir takım kriterleri de dikkate almaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, bu kriterler her olayda söz konusu olmamakta ve ancak istisnai durumlarda dikkate alınmaktadır. Uygulamada genellikle Komisyon duyuruları yeterli görülmekte ve resmi olmayan yollardan soruşturmalar sonuçlandırılmaktadır (krş. Bellamy/Child, sh.123; Whish/Sufrin, sh.226).

²³⁰ Rekabet Kurumu, 20.11.1997 tarihinde verdiği “Fırıncılar Odası” davası kararında (K. 40/245-1, t.20/11/1997); “*piyasanın küçüklüğü sebebiyle, 4054 sy. Kanun’un 4. ve 6. maddelerinde öngörülen <ülkenin bütününde ya da bir bölümünde> koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği de kuşkuludur*” demek suretiyle, “*de minimis*” benzeri bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu yaklaşımın yerinde olduğu kabul edilebilirse de, bazı hususların belirtilmesi gerekir. Her şeyden önce, “*ülkenin bütününde veya bir bölümünde*” şeklindeki ifade, 4. maddede değil, sadece 6. maddede yer almaktadır. Karara konu olan olay ise, 6 değil, 4.madde kapsamına girmektedir. Dolayısıyla söz konusu ifade, en azından 4.madde kapsamındaki bir olay için “*de minimis*” doktrinine dayanak olamaz. Kanımızca burada tercih edilmesi gereken yaklaşım, rekabet kavramını geniş yorumlamak ve tespit edilen mal veya hizmet piyasası çerçevesinde, bu eylem neticesinde rekabetin etkilenmesinin mümkün olup olmadığını araştırmak olmalıydı. Fakat Karar’da, eklemek piyasalarının, gerek ürün, gerekse coğrafi kapsamının tespit edilmesine ilişkin herhangi bir inceleme veya düşünceye yer verilmemiştir. İlgili piyasa açık bir şekilde belirlenmeksizin, bunun hissedilir derecede etkilenip etkilenmediği veya küçüklüğü tartışma konusu yapılamaz.

²³¹ Aslan, sh.61

²³² BK.’nun, akitlerin yorumuna ilişkin 18/1. maddesinde, “*Bir akdin şekil ve şartlarının tayinde, iki tarafın gerek sehven, gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır*” demek suretiyle, akdin yorumuyla tarafların gerçek ortak arzularının tespit edilmesi gerektiği vurgulanmakta ve sadece lafza dayalı bir yorumun yeterli olmadığına işaret edilmektedir. Bununla birlikte, akitlerin yorumunda tarafların gerçek iradelerinin her zaman tespit edilemeyeceği gerçeği karşısında, bu hükmün yetersiz olduğu genel olarak ileri sürülmekte ve bu hükmün, akitlerin yorumunda uygulanması gereken genel bir kural olmadığı, ancak muvazaa ve müşterek hata gibi hallerde önem taşıdığı kabul edilmektedir (Oğuzman/Öz, sh.141; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.150). Bu bağlamda tarafların gerçek iradelerinin anlaşılmadığı hallerde, yorumda MK.’nun 2. maddesine dayalı güven prensibini esas almak, daha uygun olur. BK.’nun 18. maddesi ise, bazı hallerde kartel anlaşmalarının yorumu açısından uygulama alanı bulabilir. Zira taraflar, yaptıkları anlaşmanın ve anlaşmayla güdülen gerçek ortak amacın hukuka aykırı olduğunun bilinciyle, gerçek ortak iradelerini gizleyerek başkaca ifadeler kullanabilirler. İşte bu aşamada, kullanılan ifadelerle bağlı kalınmaksızın, gerçek niyetin ortaya çıkarılması zaruridir. Nitekim bu yaklaşım, ortada açık bir mutabakatın dahi bulunmadığı uyumlu eylemler bakımından zaruri olmaktadır.

²³³ Tarafların içerisinde buldukları hal ve şartlarla kastedilen, akdin müzakeresi aşamasındaki yazışmalar, taslaklar, görüşme tutanakları, özellikle sürekli borç

ilişkilerinde akit sonrası davranışlar, tarafların birbirleri karşısındaki konumları ve akdin yapıldığı yer gibi unsurlardır.

²³⁴ Krş. Oğuzman/Öz, sh.140-143; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, sh.148-153

²³⁵ Anlaşmanın yorumlanarak, amacının rekabeti sınırlamak olduğu, ona verilen objektif anlam çerçevesinde tespit edildiği takdirde, tarafların rekabeti sınırlamak gayesiyle hareket edip etmediği veya bu sonucu isteyip istemediği ya da bu sonucun gerçekleşmesini önlemek için yeterince çaba sarf edip sarf etmediği, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi açısından önem taşımaz. Fakat kusurun, idari cezaların tayini ve tazminatın takdirinde önemli bir faktör olabileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Nitekim bu husus, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu *BİAK* kararında açıkça ifade edilmiştir (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99). Hukukumuz için pek çok açıdan emsal teşkil eden bu kararda aynen şu ifadeye yer verilmiştir : “Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı, bozucu amaç ya da etkinin tarafların kastı ile gerçekleştirilmiş olup olmaması, 4054. sy. Kanun’un 4.maddesinin uygulanabilmesi açısından önem taşımamakta, kasıt ihmal veya kusur gibi, taraf iradelerine ilişkin subjektif değerlendirmeler, aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Ancak, bu husus ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır” (bkz. 2.4.5.)

Belki burada tartışılabilir bir husus, özellikle amacın değil, fakat etkinin rekabeti sınırlayıcı olduğu durumlarda, ortaya çıkan rekabeti sınırlayıcı etkinin, taraflar veya üçüncü kişiler tarafından dahi öngörülemez olduğu hallerde, anlaşmanın hukuka aykırı olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

²³⁶ Daha doğru bir ifadeyle, bu neviden sözleşme veya kayıtların piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin olumsuz olduğunun kesin olması, bu amacın hukuka aykırı olarak kabul edilmesinde yeterli görülmektedir.

²³⁷ Belirlenen örnek sınırlayıcı uygulamaların tümünün, her koşul altında “*per se*” benzeri bir yaklaşımla değerlendirilemeyeceği ve somut ilişkinin hukuki ve ekonomik çerçeve içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hakkındaki açıklamalar için bkz. aşağıda III/E

²³⁸ *Barlas* kartel sözleşmesini, “Hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak aralarındaki rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleridir” şeklinde tanımlamaktadır (Barlas, sh.149). Bu tanıma iki açıdan karşı çıkılabilir. Bunlardan ilki, tanımda hukuksal bağımsızlığa yer verilmesi, diğeri ise, rekabetin tamamen ortadan kaldırılmasıdır. Zira en azından teorik olarak, hukuken birbirine bağlı, fakat iktisadi açıdan bağımsız teşebbüslerin kartel anlaşmaları yapmaları mümkündür. Kartel anlaşmasında rekabetin tamamen ortadan kaldırılması ise, ne kartel anlaşmasının mahiyeti, ne de ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmaz. Rekabetin tamamen ortadan kaldırıldığı bir ihtimali, kartel değil, “*birleşme*” olarak nitelendirmek daha uygun olur (kavram için bkz. aşağıda §3/II/C/2/c). Kartel anlaşmasının bulunduğu her olayda, taraflar arası rekabet sınırlı da olsa devam eder. Esasen bu olgu, kartel anlaşmalarının en zayıf yönünü oluşturur. Zira ilişkiye taraf olan teşebbüslerin ortak amacı, piyasayı birlikte kontrol etmek suretiyle tekel gibi davranmak ve bu sayede monopol karı elde etmektir (Aksi gör. Barlas, sh.151, dpt.12). Nitekim bu husus, 6. maddedeki hakim durum kavramı ile eş değer olarak algılanabilir ve 4 ve 6. maddeler bu

açıdan kıyaslanabilir. Tekel gibi davranabilmek için ise, ilgili piyasayı kontrol edebilecek güçte teşebbüslerin bir araya gelmesi ve asgari müşterekte uzlaşabilmesi gerekir. Bu ise, özellikle yoğunlaşmamış piyasalar için çok sayıda teşebbüsün bir araya gelmesini gerektireceği için, çok zor bir durumdur. Çünkü teşebbüslerin kapasiteleri, maliyetleri ve kara ilişkin beklentileri farklılık arz edecektir. Bu gerçek karşısında, tespit edilen ortak uygulama (fiyat) her teşebbüs bakımından eşit veya adil sonuçlar doğurmayacak (örneğin daha verimli çalışarak daha az maliyetle mal üreten bir teşebbüs ile aynı malı daha pahalıya üreten bir başka teşebbüsün, sadece ortak amaçlar uğruna ortak bir fiyat politikasını uygulaması oldukça güçtür) ve farklı beklentiler içindeki teşebbüsler, kartel anlaşmasını delmek suretiyle gizli ticaret yapacaktır. Bu durumun, kartelin başarıya ulaşma şansını engelleyeceği açıktır. *Akıncı* ise kartel anlaşmasını, “Birden çok teşebbüsün piyasayı kontrol etmek ve rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmeler” olarak tanımlamakta ve takip eden cümlede, “kartel sözleşmelerinin rekabeti sınırlamak amacı ile yaptıkları sözleşmelerle sınırlı” olduğunu belirtmektedir (*Akıncı*, sh.83 vd.; ayrıca krş. *Tekinalp/Tekinalp*, sh.332,333; *Whish/Sufrin*, sh.390 vd.; *Kaplan*, sh.20)

²³⁹ Belirtmek gerekir ki, anlaşmanın uygulanmamış veya rekabet üzerinde zararlı etkilerinin henüz doğmamış olması, verilecek cezanın kapsamı açısından dikkate alınabilir (bkz. bu yönde *BİAK* kararı, K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99, 2.4.3.)

²⁴⁰ *Akıncı*, sh.58

²⁴¹ Bu yaklaşımın Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiği, BİAK kararındaki ifadelerden anlaşılmaktadır (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99, bkz.2.3.). Kurul, kararından aynen şu ifadeleri kullanmaktadır : “4054 sy. Kanun’un 4.maddesine giren anlaşmaları iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup anlaşmalar, rekabeti kısıtlamak amacıyla yönelik anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalarda taraflar rekabetin kısıtlanmasını istemektedir ve anlaşma bu amacın elde edilmesinde bir araçtır. İkinci grup anlaşmalar rekabetin kısıtlanmasına neden olan anlaşmalardır. Burada amaç rekabetin kısıtlanması dışında herhangi bir konudur; ancak piyasa koşulları ve tarafların özellikleri nedeniyle anlaşmanın kısıtlayıcı etkisi vardır ya da anlaşma böyle bir etkiyi doğurabilecek nitelik taşımaktadır”.

²⁴² Aynı imkan sadece “amaç” ile sınırlı kalınan değerlendirmeler için de geçerlidir. Bu yaklaşım içerisinde, ileride asıl sözleşmeyi yapma vaadi içeren ön sözleşmeler, taslaklar veya henüz uygulamaya konmamış sözleşme, karar ve anlaşmalar, rekabeti sınırlayıcı amaç taşıyorsa yasaklanabilecektir. Uyumlu eylemler ise, niteliği gereği sadece amaç açısından yapılan değerlendirmelerde öndenetime imkan vermez. Buna karşılık potansiyel rekabetin kısıtlanması açısından, uyumlu eylemlerin vasıta olarak kullanılması ve dolayısıyla ön denetime olanak tanınması mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, teşebbüs birliği eylemine verdiğimiz anlam çerçevesinde, bunlar, gerek amaç, gerekse potansiyel rekabet açılarından ön denetime imkan verir.

²⁴³ Burada bir noktaya dikkat çekmek gerekir. RKHK.’nın 10.maddesi uyarınca, anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır ve taraflar, söz konusu danışıklı ilişkinin 4.maddesi kapsamına girdiği hususunda tereddüde düşükleri takdirde, bu ilişkiyi Kurul’a bildirecekler ve Kurul da bu anlaşmayı incelemeye alacaktır. Bu ise, esasen ön denetim benzeri bir müessesedir ve söz konusu ilişki, taraflarca tatbik edilmediği müddetçe, Kurul aynen 7.maddede olduğu gibi

varsayımlara göre inceleme yapacak ve doğal olarak, ilişkinin, rekabeti sınırlama etkisini doğurup doğurmadığını değil, doğurabilip, doğuramayacağını tetkik edecektir.

²⁴⁴ Krş. Aslan, sh.62

²⁴⁵ Yukarıda başka bir yönüyle özetlenen Consten&Grundig davasında, Komisyon, öncelikle anlaşmanın amacının incelenmesi gerektiğini ve bu amacın rekabeti sınırlayıcı olduğunun belirlenmesi halinde, rekabet üzerindeki etkilerini dikkate almaya gerek bulunmadığına karar verilmiştir (Consten&Grundig –Komisyon, dava 56&58/64, (1966), ECR.299 (1966), CMLR.418) Bu karardan daha sonra da, bazı kararlarda benzer bir yaklaşım sergilenerek, önce amaç ve daha sonra da, etkilerinin değerlendirilmesinin gerekli olduğu belirtilmiş ve özellikle paralel ticaretin engellenmesi (export bans), fiyatların tespiti ve pazar paylaşmaya yönelik anlaşmalarda amacın rekabeti sınırlayıcı olduğu kabul edilerek, bunların nitelikleri gereği hukuka aykırı oldukları görüşü benimsenmiştir. Örnek vermek gerekirse, Polstil Arbois davasında (Polstil/Arbois, (1984) O.J.L.136/9 (1984), 2 CMLR.594), çocuk oyuncaklarının Fransa’da dağıtımını gerçekleştirmek üzere sağlanan münhasır dağıtım hakkı, marka sahibinin başka dağıtıcılara ve tabi ki Fransa’daki dağıtıcısına yüklenen paralel ticaret yasakları ile pekiştirilmiş ve her dağıtıcıya mutlak tek el bölgesi sağlanmıştır (ayrıca sözleşmelerde fiyata ilişkin çeşitli kayıtlar bulunmaktadır). Komisyon, davada, oyuncak dağıtımının verimli bir şekilde yapılabilmesi için bu tip şartların gerekli olup olmadığı, ya da ilgili oyuncak piyasasında markalar arası rekabetin yeteri derecede bulunduğunu dikkate almamış ve sadece amaç açısından yapılan değerlendirmeyi yeterli görmüştür (terditli veya alternatifli değerlendirmenin yapıldığı başka kararlar : Societe’ Technique Miniere/Maschinenbau Ulm, dava 56/65, (1966), ECR.235 (1966), CMLR 357; WEA.-Filipacchi Music SA., O.J.L.303, (1973), CMLR D.43).

²⁴⁶ Weatherill/Beaumont, sh.692; Smit/Herzog, sh.119,120; Kerse, sh.9; Green/Robertson, sh.313; EC. Report, sh.37; Korah, sh.56; 24th Report, sh.124; Bellamy/Child, sh. 90; Goyder, sh.107; Whish/Sufrin, sh.203

²⁴⁷ Green/Robertson, sh.314; Bellamy/Child, sh.91; EC. Report, sh.37; Whish/Sufrin, sh.203

²⁴⁸ Krş. Esin Arif, sh.62; Bellamy/Child, sh.92

²⁴⁹ Bellamy/Child, sh.90,93

²⁵⁰ Italian Falt Glas davasında Komisyon, üç üretici arasındaki fiyat saptama ve pazar paylaşma anlaşmalarının yazılı delillere dayanmaları nedeniyle, rekabeti sınırlayıcı amacın çok açık olduğu ve bu nedenle, rekabet üzerindeki aktüel veya muhtemel etkilerin incelenmesinin gerekli olmadığı yönündeki kararı, Adalet Divanı tarafından, ilgili piyasanın yeterince incelenmediği gerekçesiyle bozulmuştur (Societa Italiano Vero-Komisyon, davalar T-68/89 ve T-77-78/89, (1992), 5 CMLR.302)

²⁵¹ Woude, sh.421; Whish/Sufrin, sh.203,204

²⁵² Green/Robertson, sh.314; Bellamy/Child, sh.94; ayrıca bkz. Societe’ Technique Miniere/Maschinenbau Ulm, dava 56/65, (1966), ECR.235 (1966), CMLR.357)

²⁵³ Smit/Herzog, sh.108,127; Bellamy/Child, sh.94; Weatherill/Beaumont, sh.692; EC. Report, sh.37; aksi gör. Akıncı, sh.84

²⁵⁴ RKHK.’nın 6. maddesinde yer alan örnek hallerde olduğu gibi, 4. maddede öngörülen örnek sınırlayıcı haller de, RA.’ndan farklılık arz etmektedir. 4. maddenin ikinci fıkrasındaki örnek hallerden, “a”, “b”, “c”, “e” ve “f” bentleri, sırasıyla

85.maddede yer alan “a”, “c”, “b”, “d” ve “e” bentleriyle paralellik arz etmekte, buna karşılık anlam ve ifade açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. RKHK.’da yer alan “d” bendi ise, RA.’nda yer almamakta, fakat Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında benimsenmektedir.

²⁵⁵ Daha önce çeşitli defalar belirttiğimiz üzere, sadece amaç açısından yapılan “*per se*” benzeri hukukilik değerlendirmeleri, usul ekonomisi ve ticari hayatın belirsizliğinin bertaraf edilmesi açısından önemli kolaylıklar sağlar. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kez zorluk somut olaydaki uygulamanın “*per se*” doktrini içerisinde görülüp görülemeyeceği, daha doğru bir deyişle, “*per se*” kategorisinin kapsamı ve uygulanma şartlarında ortaya çıkar. Örneğin, kolektif boykot uygulaması genellikle “*per se*” benzeri bir yaklaşımla değerlendirilmekte, bununla birlikte somut olaydaki uygulamanın boykot kapsamına girip girmediği veya “*per se*” boykotun hangi halleri kapsadığı noktasında tereddüt duyulmaktadır. Benzer bir durum, fiyatın dikey olarak tespit edildiği hallerde ortaya çıkabilir. Örneğin maksimum ve minimum fiyat tespit edilmesi hallerinin aynı yaklaşımla değerlendirilerek “*per se*” hukuka aykırı kabul etmek güçtür. Bu itibarla amaç açısından yapılan değerlendirmelerde de, sözleşme veya anlaşmanın yorumlanması veya uyumlu eylem söz konusu ise, hal ve şartları değerlendirilmesi, bu ilişkinin piyasa üzerindeki etkilerinin araştırılmasına eş değer sonuçlar doğurabilir.

²⁵⁶ Önemle belirtmek gerekir ki, RKHK.’da öngörülen örnek sınırlayıcı hallerin tümünü, rekabet olan etkilerinin açısından eş değer görmek mümkün değildir. Bunlardan bir kısmının, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri nispeten belirgin ve açık iken, (a,b,c ve d bentleri gibi) bir kısmının etkileri, sınırlı da olsa, piyasa analizi ve somut olaydaki hal ve şartların değerlendirilmesini gerektirir (e ve f bentleri). Ayrıca Kanun’un yatay ve dikey sınırlamalar açısından fark gözetmemiş olması da, dikey sınırlamaların da bu bentler çerçevesinde değerlendirilmesi ve doğal olarak “*per se*” benzeri bir yaklaşımın dışlanması anlamına gelir.

²⁵⁷ Kartel anlaşmalarının amacı piyasayı kontrol ederek, tekel karı elde etmek olunca, bunun hangi vasıtalarla gerçekleştirileceği önem taşımaz. Teşebbüsler somut olayın özelliklerine göre, kara doğrudan etkide bulunacak şekilde fiyat tespiti yapabilecekleri gibi, bu etkiyi dolaylı olarak doğuran alım satım şartlarını da belirleyebilirler. Belirtmek gerekir ki, fiyata dolaylı olarak etkide bulunan anlaşmalar, oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır ve özellikle ilk dört bentte sayılan durumların tümü, bu türden sonuçları dolaylı olarak doğurabilir. Bu itibarla, uygulamada teşebbüsler, sadece fiyat tespiti ile yetinmemekte, örneğin pazarları paylaşma, arz miktarını kontrol etme gibi uygulamalarla bunu desteklemektedirler. Hatta fiyat tespit anlaşmalarını uygulamanın, pratik ve teorik nedenlerden ötürü oldukça güç olduğu göz önünde tutulunca, fiyat karşısında tali olarak nitelendirebileceğimiz bu sınırlamaların daha rasyonel olduğu dahi ileri sürülebilir.

²⁵⁸ Bir noktayı belirtmek gerekir ki, 4 ve 6. maddelerde benzer örnek sınırlayıcı hallerin sıralanması, aslında bunların münhasıran yatay ilişkiler, yani kartel ilişkilerinin düşünülerek kaleme alınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Zira ekonomi bilimine göre, kartelin gücü ve piyasadaki ekonomik etkisi ile monopol durumu arasında, sonuç itibarıyla bir önemli bir farklılık yoktur ve rekabet açısından esas tehlike teşkil eden, kartel ve monopoldür. Dolayısıyla 4 ve 6. maddedeki hallerin benzer olarak düzenlenmesi ve aynı sonuçlara tabi kılınması, bunların hemen hemen aynı zararlı

etkileri doğurmasından kaynaklanmaktadır. Tamamlayıcılık ilişkisi ile kastedilen de esasen bu olgudur. Bununla birlikte, 4. maddenin dikey ilişkilere de uygulanması, 4 ve 6. maddeler arasındaki bu ilişkinin kavranmasını güçleştirmekte ve Rekabet Hukukunun daha karmaşık bir hal almasına yol açmaktadır. Örnek sınırlayıcı haller açıklanırken görülecektir ki, bu hallerin dikey ilişkilere tatbik edilmesi, çoğu olayda büyük zorluk arz etmektedir. Bu bağlamda, dikey ilişkilerin söz konusu olduğu pek çok durumda hukuka aykırılık kendiliğinden ortaya çıkmamakta, hatta bazı hallerde, hukuka aykırılık dahi söz konusu olmamaktadır.

²⁵⁹ Sırasıyla RKHK.'nın 4. maddesinin, “d”, “e” ve “f” bentleri ile 6. maddenin “a”, “b” ve “c” bentleri, ufak bir takım farklılıklar içermekle birlikte, birbirlerine paralel düzenlemelerdir (krş. aşağıda §2/III/C)

²⁶⁰ “Price fixing agreements”

²⁶¹ Her ne kadar Kanun sadece alım-satım şartları ifadesini kullanıyor olsa da, aslında burada, diğer ticari işlemlere ilişkin şartlar da kastedilmektedir. Zira ticari hayatta, alım-satım akdi dışında pek çok hukuki işlem veya ilişki türü bulunmaktadır. Kanun’un, bunları kapsam dışında bırakacak şekilde bir düzenleme yapmış olduğu düşünülemez. Ayrıca “mal”ın yanı sıra “hizmet”lerden de bahsedildiğine göre, alım-satım ifadesi geniş yorumlanmalı ve “mübadele” veya “ticaret” şeklinde anlaşılmalıdır.

²⁶² Kanun’da kullanılan “tespit” terimi, her ne kadar bendin uygulanması için açık bir anlaşmanın bulunması gerektiği izlenimi veriyor olsa da, daha önce de açıkladığımız üzere, 4. maddenin temel aldığı davranış biçimi, “danışıklı ilişkiler”dir. Dolayısıyla tespit, açık bir anlaşma veya kararlar yapılabileceği gibi, uyumlu eylem vasıtasıyla da yapılabilir. Önemli olan, fiyatların oluşturulmasına ilişkin bağımsız davranma sürecinin ortadan kaldırılmasıdır. Nitekim daha önce uyumlu eylemler bahsinde (bkz. yukarıda II/B) kısaca açıkladığımız Dyestuffs davası (ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619 (1972), CMLR.557) bu duruma örnek gösterilebilir. Konumuzla ilgili olarak kısaca hatırlatmak gerekirse, Avrupa Birliği ülkelerinin önemli bir kısmında, analin dye-stuffs piyasasında ortaya çıkan paralel fiyat artışları Komisyon tarafından incelenmeye alınmış ve neticede, bu fiyat artışlarının birbirleriyle bağlantılı olduğu ve analin dye-stuffs üreticilerinin birbirleriyle danışıklı olarak hareket ederek uyumlu eylem içerisine girdikleri tespit edilmiştir. Ocak 1964 tarihinde, Benelüks ülkelerinde uygulamaya konulan %15’lik fiyat artışı, Almanya tarafından 1 sene sonra izlenmiş, 1965 yılının Ocak ayında, bu sefer Fransa dışında bütün üye ülkelerde, ilk artış içerisinde yer almayan bütün dye-stuffs ürünleri için bir artışa gidilmiş ve son olarak 1967 sonbaharında, Fransa için %15, diğerleri için %8’lik bir artış gerçekleştirilerek fiyatlar dengelenmiştir. Komisyon bu fiyat artışlarını, açık bir anlaşma olmaksızın gerçekleştirilmesinden dolayı uyumlu eylem kapsamında değerlendirmiş, artış oranlarının aynı olması, artışların yakın aralıklarla birbirini takip etmesi, temsilci ve yavru ortaklıklara gönderilen talimatların, gerek şekil, gerekse içerik açısından ayniyet arz etmesi ve de özellikle, artışlara sahne olan ulusal piyasaların ve ilgili teşebbüslerin farklı niteliklere sahip olması gibi kanıtlara dayanmıştır. Adalet Divanı, teşebbüsler aleyhindeki kararı onamış ve verilen yüksek para cezalarını ACNA adlı teşebbüs hariç aynen benimsemiştir.

²⁶³ Örneğin Amerikan hukukunda, “rule of reason” doktrininin uygulanabilmesi sağlamak amacıyla, kartel anlaşması çerçevesinde tespit edilen fiyatın makul olduğu

yönündeki iddialar, mahkemeler tarafından hiçbir zaman dikkate alınmamıştır. Buna örnek teşkil edebilecek kararlardan biri olan Addyston Pipe&Steel Co. Davasında (<Addyston Pipe&Steel Co.-United States, 85 F.271 (1899)>), ABD'nin güney ve batı eyaletlerinde faaliyet gösteren altı demir üreticisi, öncelikle pazar paylaşma, daha sonra ise, ihalelerde verilecek teklif ve teklif sonrası kendi aralarında alacaklar primler konusunda anlaşmaya varmışlar ve Yüksek mahkeme önünde, belirlenen fiyatın makul olduğu ve belirlenen bölgeler dışında rekabetin mümkün olduğu savunmasını ileri sürmüşlerdir. Anlaşmanın hukuka aykırı olduğu yönünde hiçbir şüphe olmadığı gerekçesiyle savunmayı reddeden Hakim Taft ise, -bazı davalarda, mahkemelerin, yanlış bir yaklaşımla, ticaretin makul sınırlar içerisinde sınırlanıp sınırlanmadığını belirlemek üzere, kuralları gevşetme gayreti içinde olduklarını ve bu durumun, “*şüpheler denizinde yelken açmakla eş değer olduğunu*” belirtmiş ve “tarafaların karşılıklı olarak rekabeti sınırlamaktan başka hiçbir amacı olmadığı bu neviden sözleşmelerde, kısıtlamanın ne kadarının kamu yararına, ne kadarının zararına olduğunun tespitinin yanlış bir tutum olduğunu” ifade etmiştir.

Bu kararın benzeri olan Trenton Pottiers Co. kararında ise, piyasanın %82'sini teşkil eden 43 banyo malzemesi üretici ve dağıtıcısı, yapmış oldukları fiyat tespiti anlaşmalarının Rekabet Hukukuna aykırı olmadığını, zira tespit edilen fiyatın, piyasa fiyatından farklı olmadığını iddia etmişler, mahkeme ise bu iddiaya cevap olarak, bu uygulamayı yasaklayan hukuk kurallarının açık olduğunu, her fiyat tespitinin amacı ve sonucunun rekabeti sınırlamak olduğunu ve günün koşullarına göre makul olabilecek olan fiyatın, şartların değişmesiyle makul olmaktan çıkabileceğini belirtmiş ve söz konusu uygulamayı hukuka aykırı olarak kabul etmiştir (<Trenton Pottiers Co.-United States, 273 US.392, (1927)>).

“*Per se*” doktrinin açıkça dile getirildiği ilk karar olan Socony Vacuum Oil davasında ise, davalıların tespit ettikleri fiyatın makul olduğuna ilişkin savunmaları, tespit edilen fiyatın uygun olup olmadığını takdir etmeye kalkışıldığı vakit, her davada bunun sorun olacağı, herhangi bir fiyat tespitinin iyi mi, kötü mü, yoka yıkıcı mı olduğunun takdir edilmesinin, mahkemenin görevi olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve mahkeme bu neviden uygulamaların, kendiliğinden hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (Socony vacuum Oil Co-United States, 310 US. 150 (1940), olayın özeti için bkz. yukarıda III/C/3)

²⁶⁴ Özellikle ilgili mal piyasasının üretim ve hatta sınırlı olarak dağıtım gibi ara aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüslerin, arza konu olan malın en büyük alıcıları konumunda olduğu ve alternatif olabilecek başka alıcıların bulunmadığı hallerde söz konusu olan bu uygulamaya, Avrupa Birliği Hukukundan, Belgian Industrial Timber davası örnek olarak gösterilebilir (Belgian Industrial Timber, (1976), 1 CMLR.D.11). Söz konusu davada, Belçika'daki tomruk alıcısı olan teşebbüsler bir araya gelerek teklif edecekleri tomruk fiyatlarının tavan seviyesini tespit etmişler ve ayrıca uygulamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için, alım programlarının da bildirilmesini kararlaştırmışlardır. Piyasada başka alıcıların bulunmamasından dolayı, bu anlaşma arz edenin ticaret özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açmış ve Komisyon, uygulamanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

²⁶⁵ Kanımızca “*her türlü alım satım şartlarının*” birlikte tespit edilmesi, yatay bir anlaşma ile dahi olsa (*şart kartelleri*), her şart altında 4. madde kapsamı içerisinde

girmemelidir. Zira söz konusu ifade, ticari yaşamdaki muameleler açısından oldukça geniş bir alanı kapsamakta ve bazı hallerde, ticari açıdan haklı görülebilir türden kayıtların da meşruluğunu tehdit etmektedir. Örneğin, piyasadaki talebi canlandırmak amacıyla, ortak reklam uygulamaları yapmak ve üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelere, bu amaç doğrultusunda kayıtlar dercetmek, ekonomik açıdan yararları ve rekabet üzerindeki olumsuz etkileri bir arada değerlendirilmeksizin hukuka aykırı olarak kabul edilemez. Yine benzer şekilde, kaliteyi korumak ve artırmak amacıyla, alım satıma ilişkin standartlar getirmek veya mübadeleye konu mal üzerinde kalite işaretlerini öngörmek, fiyat tespiti gibi, *per se* hukuka aykırı kabul edilemez.

Ayrıca tespit ifadesinin geniş yorumlanması ve sadece bağlayıcı nitelikteki ilişkilerin değil, tavsiyelerin de bent kapsamı içerisinde değerlendirilmesi karşısında, hükmün katı bir şekilde yorumlanması istenmeyen sonuç meydana getirir. Örneğin, teşebbüs birliğinin, üyelerinin menfaatini korumak amacıyla sözleşmelere koyulmasını yararlı gördüğü, tahkim, sorumsuzluk ve sigorta klostları gibi alım satım şartlarına ilişkin bir takım tavsiyelerde bulunması, tercih edilecek yaklaşıma göre, 4. madde kapsamında değerlendirilebilir. Üstelik hükmün sadece anlaşma ve kararları değil, mutabakatın daha zayıf olduğu uyumlu eylemleri de kapsadığı düşünülürse, ticari yaşamın pek çok sahasında ortak uygulama biçimi haline gelmiş olan, formüller ve standart sözleşmelerin bu çerçevede içerisinde görülüp görülemeyeceği sorusu akla gelebilir. Bunun ise, ticari yaşamın güven ve istikrarını zedeleyeceği açıktır.

Özetle, yatay dahi olsa, her türlü alım ve satım şartları ifadesini katı bir şekilde yorumlamamak ve somut olayın özelliklerini değerlendirmeksizin, bu neviden uygulamaları fiyat tespiti ile aynı sonuçlara tabi kılmamak gerekir. Fiyat dışında kalan bu neviden sınırlamaların, ancak oligopol piyasaları gibi, teşebbüsler arasındaki fiyat rekabetinin ikinci planda kaldığı yoğunlaşmış piyasalarda önem taşıdığını unutmamak gerekir.

²⁶⁶ Akıncı, sh.99; Bellamy/Child, sh.173; Korah, sh.153; Whish/Sufrin, sh.396; Aslan, sh.71; Esin Arif, sh.85

²⁶⁷ Komisyon'un verdiği bazı para cezaları : CartonBoard Karteli : 132 milyon ECU. (Cartonboard, OJ.(1994), L.243/1 (1994), 5 CMLR.547); PVC Karteli : 25 milyon ECU., (PVC, OJ.(1989), L.74/1 (1990), 4 CMLR.345); Çimento Karteli : 248 milyon ECU. (Cement Cartel, OJ.(1994), L.343/1 (1995), 4 CMLR.327); Polypropylene Karteli : 58 milyon ECU. (Polypropylene, OJ.(1986), L.239/1 (1988), 4 CMLR.347); Çelik (Steel Beams) Karteli : 104 milyon ECU. (Steel Beams, OJ.(1994), 416/1 (1994), 5 CMLR.353)

²⁶⁸ Bellamy/Child, sh.187; Whish/Sufrin, sh.399; EC. Report, sh.39; Green/Robertson, sh.414; 24th. Report, sh.122

²⁶⁹ Teşebbüslerin bir araya gelerek, uygulanacak olan fiyatların rasyonel bir şekilde hesaplanması ve daha verimli faaliyet göstermek amacıyla ortak hesaplama yöntemi tespit etmeleri, temelde gizli olması gereken bazı bilgilerin alenileşmesine ve piyasadaki fiyatın paralel bir şekilde oluşmasına yol açabilir. Bu neviden anlaşmalar, ham maddenin, sabit ve değişken giderlerinin fiyata olan yansımalarının ne olması gerektiği, marjinal maliyetin miktarı, rasyonel kar nispeti gibi pek çok husus hakkında tavsiyeler içerirler. Dolayısıyla rekabete olan etkilerinin değerlendirilmesi, bu anlaşmaların kapsamı ile yakından ilgilidir. Kanun'da maliyetin tespit edilmesiyle kastedilen husus,

işte bu neviden ortak uygulamaları içerir. Yoksa gerçekten, reel değeri belli olan bir maliyet unsurunun, bu değerinin değiştirilmesi değil, bunun maliyete olan yansımasının değiştirilmesi söz konusudur (krş. Budak, sh.139). Bu neviden ortak maliyet ve muhasebe yöntemleri, özellikle teşebbüs birlikleri tarafından yürütülmekte ve üyelere tavsiyeler yoluyla duyurulmaktadır. Bu yönde iki karar için bkz.; IFTRA rules on Glass Containers, OJ.(1974), L.160/1 (1974), 2 CMLR.D50 ve ayrıca SCK ve FNK, OJ.(1995), L.312/79 (1996), 4 CMLR.565

²⁷⁰ Bu neviden anlaşmalarda, doğrudan belirli bir fiyat belirlenmemekle birlikte, yeknesak olmayan fiyatların, belirli bir oranda yükseltilmesi sağlanmaktadır. Bkz. ICI-Komisyon, dava 48/69, (1972), ECR.619

²⁷¹ IFTRA rules on Glass Containers, OJ.(1974), L.160/1 (1974), 2 CMLR.D50 (Kararın kısa bir özeti için bkz. Gijlstra/Murphy, sh.102-104)

²⁷² Van Landewyck-Komisyon, dava 240/82, (9180), ECR.3125, 3252-3272 (1981), 3 CMLR.134 (Danimarkalı sigara üretici ve ithalatçıların, sene sonunda perakendecilere karşı uygulayacakları özel bonus indirimleri -aggregated rebate cartels- üzerinde anlaşmaları); German Ceramic Tiles Discount Agreement, OJ.(1971), L.10 (1971), CMLR. D6 (Alman seramik üreticilerinin tamamına yakınının üyesi olduğu Interessengemeinschaft isimli teşebbüs birliği, sene içerisinde yapılan satışların esas alan bir indirim sisteminin uygulamaya konulması yönünde bir karar almış ve söz konusu kararın uygulanması, alıcıların, siparişlerini Alman üreticiler üzerinde yoğunlaştırmasına neden olmuştur. Bu ise, fiyat dışı rekabetin büyük rol oynadığı seramik piyasasındaki rekabetin sınırlanmasına, Alman piyasasının suni olarak soyutlanmasına ve başka ülkelerdeki ihracatçı teşebbüslerin dışlanmasına yol açmıştır.)

²⁷³ VVR-Sociale Dienst, dava 311/85, (1987), ECR.3801 (1989), 4 CMLR.213 (Turizm acentalarının yeknesak olmayan indirimler yapmasını engelleyen yasaklamalar); Vimpoltu, OJ.(1983), L.200/44 (1983), 3 CMLR.619 (Danimarkalı traktör ithalatçıların, maksimum indirim, standart teslim ve ödeme koşullarına ilişkin yaptığı anlaşma)

²⁷⁴ Bellamy/Child, sh.174, 175; Whish/Sufrin, sh.398; EC. Report, sh.41; krş. Esin Arif, sh.85

²⁷⁵ Vimpoltu, OJ.(1983), L.200/44 (1983), 3 CMLR.619; DvS-Komisyon, dava 45/85, (1987), ECR.405 (1988), 4 CMLR.264 (Alman yangın sigortacıları birliğinin fiyatların yükseltilmesine ilişkin tavsiyesi); Fenex, OJ.(1996), L.54, t. 5.3.1996 (Fenex adlı teşebbüs birliğinin, liman hizmetlerine ilişkin olarak, tavsiye adı altında minimum fiyat listeleri düzenlemesi); SCK ve FNK, OJ.(1995), L.312/79 (1996), 4 CMLR.565 (Vinç kiralama hususunda faaliyet gösteren Danimarkalı bir teşebbüs birliğinin, bir yayın vasıtasıyla, muhasebe yöntemi ve buna dayalı oranları tavsiye etmesi ve bu tavsiyeyi, üyelerinin makul oranları uygulamalarına ilişkin yükümlülükle pekiştirmesi)

²⁷⁶ Nefarma-Komisyon, dava T-113/89, (1990), II ECR.797; Polypropylene, OJ.(1986), L.239/1 (1988), 4 CMLR.347

²⁷⁷ Tavan fiyat uygulamaları (maximum prices), ilk bakışta tüketicilerin daha fazla fiyat ödemesini önleyeceği için faydalı görülebilir. Özellikle tek satıcılık sözleşmesi çerçevesinde, üretici veya satıcı tarafından alıcı teşebbüslere karşı uygulanan tavan fiyat uygulamaları, marka içi rekabetten muaf olan alıcı teşebbüslerin aşırı fiyatlama yapmalarını engeller. Bununla birlikte, bu türden uygulamalar, teşebbüslerin rekabet

serbestisini kısıtlar ve tespit edilen tavan fiyata bağılı olarak, piyasanın paylaşılması gibi sonuçlara yol açabilir. Tavan fiyat tespit edilmesi, alıcının ticari karar verme özgürlüğünü sınırladığı gibi, malın tüketici tercihleri açısından daha ugunsuz koşullarda arz edilmesi sonucunu doğurabilir. Pratikte ise, satıcı tarafından tavan fiyat tespit edilmesi, alıcı teşebbüsler tarafından aynen uygulanmakta ve tespit edilen tavan fiyat, aynen alalade fiyat tespiti anlaşması gibi uygulanmaktadır. Nitekim gerek Avrupa Birliği Hukukunda, gerekse Amerikan Hukukunda tavan fiyat uygulamalarının per se hukuka aykırı olduğuna dair verilen kararlara rastlamak mümkündür. (bkz. European Glass Manufacturers, (1974), 2 CMLR. D50; Amerikan hukukuna ilişkin : Kiefer-Stewart Co.-Joseph E.Seagram&Sons, 340 US.211; Albrecht-Herald Co., 390 US. 145, 152-153 (1968); Atlantic Richfield Co.-USAç Petroleum Co., 495 US. 328 (1990)). Bununla birlikte hemen ifade edelim ki, Amerikan Hukukunda Yüksek Mahkeme bu görüşünü 1997 yılında verdiği State Oil davasında değitirmiştir (State Oil-Khan, 522 US. 3 (1997)). Kısaca belirtmek gerekirse, Yüksek Mahkeme tavan ve taban fiyat uygulamalarını birbirinden ayırmış, tavan fiyat uygulamalarının tüketiciler ve rekabet açısından herhangi bir zararlı sonucunun olmadığını, aksine bu tür uygulamaların özellikle tekel gücüne haiz alıcıların aşırı fiyatlar uygulayarak müşterileri sömürmelerini önleyeceğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra tavan fiyat uygulamalarında bulunmanın satıcı ve üreticiler açısından da haklı görülebilir nedenlere dayanabileceği belirtilmiş ve bu uygulamaların “per se” yasaklanmasının satıcı ve üreticileri, rekabet teorisi açısından daha zararlı olarak görülebilecek olan dikey bütünleşmeye ittiği ifade edilmiştir. Tespit edilen tavan fiyatın, alıcılar için olması gerekenden daha düşük olması ve bunun sonucu olarak, tüketiciler tarafından arzu edilen servislerin alıcılar tarafından sağlanamaması faraziyesi karşısında Mahkeme, bu ihtimalin söz konusu olabileceği fakat bunun aslen satıcı ve üretici açısından zararlı olacağı gerekçesiyle “per se” yaklaşımı için yeterli görmemiştir. Tavan fiyat uygulamalarının, alalade fiyat tespiti anlaşmalarıyla aynı etkiyi gösterebileceğine ilişkin iddia ise, Mahkeme tarafından, “rule of reason” analizinin bu gibi durumlarda yeterli olacağı gerekçesiyle red edilmiştir. Hemen belirtelim ki, Mahkeme’nin yaklaşımını değiştirmesinde Sylvania kararının etkisi büyüktür. Mahkeme karara varırken ağırlığı marka içi rekabete değil, markalar arası rekabete vermiştir. Taban fiyat uygulamaları ise, ekonomik açıdan herhangi bir fayda sağlamaktan uzaktır. Bu neviden uygulamalar, sadece yıkıcı fiyat savaşının engellenmesi ve teşebbüslerin bundan kazançlı çıkması amacına hizmet eder. Buna örnek teşkil eden Polypropylene davasında (Polypropylene, OJ.(1986), L.239/1 (1988), 4 CMLR.347), patent sürelerinin 1977 yılında dolmasıyla birlikte polypropylene piyasasına yeni giriş yapan 7 üretici, ilgili piyasadaki üretimin olağanüstü artmasına neden olmuş ve bu arzı karşılayıcı oranda talep artışı gerçekleşmemesinden dolayı, stoklar artmış ve fiyatlar düşmüştür. Kapasitelerini azaltmak zorunda kalan teşebbüsler, ölçek ekonomisinden uzaklaşmış ve önemli kayıplara uğramışlardır. Komisyon, ilgili üretici teşebbüsler hakkında, 1980’li yıllarda yaptığı soruşturmalar neticesinde, bunların 1977-83 yılları arasında düzenli olarak gerçekleştirdiği çeşitli buluşmalarda, *hedef ve taban fiyatları tespit* ettiklerini, bu fiyata ulaşmak için yeknesak fiyat artışları yaptıklarını ve yıllık üretim kotaları belirlediklerini tespit etmiş ve ayrıca bu fiyat tespiti sisteminin sağlam bir şekilde işlemesi için fiyat lideri öncülüğünde (price-account leadership), kapsamlı bir bilgi değişiminin yürütüldüğünü belirlemiştir. Netice olarak, 23 Nisan 1986 yılında,

85/1.maddenin ihlali nedeniyle 15 teşebbüse toplam 58 milyon ECU.'luk bir ceza kesilmiş ve yapılan temyiz başvurusu neticesinde, altı teşebbüsün cezasında indirim yapılarak karar onanmıştır. (Benzer kararlar : AROW/BNIC, OJ.(1982), L.379/1 (1983), 2 CMLR.240 <Fransa'da satılacak ve üye devletlere ithal edilecek olan konyakların minimum fiyatına ilişkin anlaşma>; Fenex, OJ.(1996) L.54, t. 5.3.1996 <Fenex adlı teşebbüs birliğinin, liman hizmetlerine ilişkin olarak tavsiye adı altında minimum fiyat listeleri düzenlemesi>)

²⁷⁸ “*Kar denkleştirme anlaşmaları*”nda söz konusu olan (equalisation of receipts schemes-profit pooling), özellikle taşıma giderleri veya gümrük duvarları gibi faktörlerin etkisiyle, ihracatın daha yüksek maliyete yol açtığı hallerde, bu ek maliyetin, iç piyasaya yapılan satışlardaki kar oranına yansıtılması ve rasyonel bir maliyet ve kar dağılımının, ihraç eden ile iç piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasında dağıtılmasıdır (damping benzeri özellikler gösterir). Genellikle bir teşebbüs birliği eliyle yürütülen bu neviden uygulamalar, özellikle ölçek ekonomisinin büyük önem taşıdığı, yüksek yatırım harcamalarına ihtiyaç duyulduğu ve talebin arzı karşılayamadığı piyasalar bakımından söz konusu olur. Böyle bir uygulamanın, kar dağılımının adaletli paylaşılması, ihracatta fiyat ve rekabet avantajı sağlanması ve iç piyasadaki talep daralmasının yol açacağı yapısal sorunların çözülmesi gibi, çok çeşitli faydaları bulunmaktadır. Buna karşılık bu tip bir uygulama, taraflar arasındaki fiyat rekabetini büyük ölçüde ortadan kaldırır. Dolayısıyla, Avrupa Birliği Hukukunda bu neviden uygulamalar 85/1.madde kapsamı içerisinde değerlendirilmekte ve “kriz karteli” niteliğini kazanmadığı sürece, bunlara muafiyet imkanı tanınmamaktadır.

Örneğin Cimbel davasında (Cimbel, OJ. (1972), L.303/24 (1973), CMLR.D167), Belçika'da faaliyet gösteren çimento üreticilerinin oluşturduğu Cimbel isimli teşebbüs birliği, çimentonun taşıma maliyetlerinin yüksek olmasına bağlı olarak, çimento ihraç eden teşebbüslerin karşılamak zorunda kaldığı mali yükün adaletli dağılımını sağlamak ve ihracatı daha elverişli hale getirmek amacıyla, iç piyasaya yapılan satışları dikkate alarak, farazi ortalama bir fiyat tespit etmiş ve böylelikle dış piyasadaki ticarete ilişkin zararlar telafi edilmiştir. Taraflar, Komisyon önündeki savunmalarında, yaptıkları uygulamanın üretim kapasitesini ve karlılığı artırdığını ve ayrıca bu tür uygulamaya başvurulmadığı takdirde ihracat yapılmasının mümkün olamayacağını iddia etmişler, Komisyon ise bunları dikkate almaksızın, 85/1.maddeyi uygulamıştır.

²⁷⁹ Kamu veya özel sektörün çeşitli amaçlarla düzenlediği ihalelerde, ihaleye katılacak olan teşebbüslerin danışıklı davranışlar içerisine girmesi, oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Ülkemizde olduğu kadar (ihaleye fesat karıştırmak), Avrupa Birliğine üye devletlerde de rastlanan bu neviden uygulamalar, taraflar arasında yatay bir ilişki niteliği taşımakta ve danışıklılık, genellikle verilecek olan fiyat teklifleri üzerinde olmaktadır. Bu uygulamaların, Rekabet Hukukuna aykırılığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, asıl problem, uyumlu eylemler şeklinde beliren danışıklı tekliflerin ispatlanması noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu uygulamaların genellikle ulusal boyutta ortaya çıkması nedeniyle, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında bu tür danışıklı tekliflerin mahkum edildiği karar sayısı çok değildir. Bu hususta, Komisyon kararlarından bir tanesini örnek vermek gerekirse, Dutch Building and Construction karteli davasında (Dutch Building and Construction Cartel OJ.(1992), L.92/1) Komisyon, 4000 civarında Hollanda'lı müteahhit teşebbüsün oluşturduğu 28 adet teşebbüs birliğinin, inşaat ihaleleri

için geliştirdikleri SPO. adı verilen sistem sayesinde, teklif vermeden önce karşılıklı bilgi değişimini, inşaat sözleşmeleri için ortak fiyat ve sözleşme koşulları tespitini ve talep piyasasının bölüşümü olanağını elde ettiklerini tespit etmiş ve aralarındaki rekabetin sınırlandığını belirtmiştir.

Belirtmek gerekir ki, devletin ekonomi içerisinde büyük bir ağırlığa sahip olduğu ülkemiz ekonomisinde, sağlıklı rekabet ortamının oluşturulmasının en önemli unsurlarından bir tanesi de kamu ihalelerini şeffaflaştırmak ve bu ihalelerde sağlıklı rekabet ortamını temin etmektir. Bu bağlamda, kamu ihalelerinde ortaya çıkabilecek olan rekabet karşıtı uygulamalar, doğal olarak RKHK.'nun kapsamı içindedir. Buna karşılık Rekabet Kurulu'nun, bilgisayar alımlarına ilişkin olan kamu ihalelerinde, yabancı standartların aranmasının şikayet konusu yapıldığı "*Datateknik olayında*" verdiği kararda (K. no. 41/269-18, t. 03.12.1997), oldukça hatalı bir şekilde "...Öncelikle 4054 sy. RKHK.'nun kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak 4054 sy. Kanun'dan alan herhangi bir işlem yapma imkanı bulunmamaktadır..." ifadesine yer verilmiştir. Belki somut şartlar açısından, söz konusu olayın, RKHK.'nun kapsamı dışında kaldığı iddia edilebilir. Fakat kararda, oldukça geniş bir ifade kullanarak, kamu ihalelerinde eksiltme uygulamaları veya danışıklı tekliflerin ya da teşebbüs vasfını haiz bir kamu kurumunun 6.madde anlamında hakim durumunu kötüye kullanmasına ilişkin eylem ve davranışlarının, Kanun'un kapsamı dışında olduğunun ifade edilmesi, kabul edilebilecek bir yaklaşım tarzı değildir. Dolayısıyla, karardaki bu ifade dar yorumlanmalı ve sadece olaya münhasır olarak kabul edilmelidir.

²⁸⁰ Bilgi değişimi anlaşmaları, 85/1.madde uygulamasında önemli bir yer tutar. Bu neviden anlaşmalar, yöneldikleri amaca ve konuya göre teşebbüslere çok çeşitli faydalar sağlarlar. Örneğin, teşebbüslerin piyasa koşulları hakkında sağladıkları bilgiler, daha yerinde bir ticari strateji belirlemelerine ve rasyonel olmalarına, teknoloji ve know-how hakkında sağladıkları bilgiler ise daha verimli çalışmalarına, ucuz üretim yapmalarına ve tüketicilerin de bundan menfaat sağlamasına imkan verir.

Bununla birlikte, bu neviden ilişkilerin, aynı zamanda rekabet üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bilgi değişimi anlaşması, fiyat veya diğer ticari koşulların tespitine ilişkin anlaşmalar kadar ağır sonuçlar doğurmasa da, gelecekteki belirsizliğin ortadan kaldırılması ve ekonomik politikaların bağımsızca oluşturulması ilkelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, Komisyon tarafından ihtiyatla karşılanmaktadır. Özellikle uygulanan ve uygulanacak olan fiyatlara veya bunun oluşumundaki faktörlere ilişkin bilgilerin mübadelesi, fiyat tespitine benzer sonuçlar doğurabilir. Bilgi değişimi anlaşmalarının çok farklı şekillerde ortaya çıkması, bunların tümüne karşı ortak bir tutumun benimsenmesini güçleştirmekte ve bu nedenle, genel kriterlerin benimsenmesi yerine, değerlendirmenin somut olaya göre yapılması esası kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu hususta genel olarak dikkate alınabilecek çeşitli kriterlerin bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, piyasa ve piyasanın genel özelliklerine ilişkindir. Piyasanın oligopol yapısı ve ürünün homojen niteliği, bilgi değişimi anlaşmalarının kolaylıkla rekabeti sınırlandırmasına imkan verir (Bu özelliğin dikkate alındığı bir Komisyon kararı bkz. Wirtschaftvereinigung Stahl, OJ. (1997), L.1, t.3.1.1998). Yine piyasanın bilgi akışına kapalı olduğu hallerde, bilgi değişimi anlaşmaları rekabeti sınırlayıcı

danışıklılığın oluşumuna imkan sağlar. Buna karşılık söz konusu bilgilerin gizli olmadığı, başka yollardan elde edilmesinin mümkün olduğu, yani bilgi akışı açısından şeffaf olan piyasalar bakımından, bu neviden anlaşmaların zararlı etkileri daha zayıftır. Ayrıca bilgi değişimi anlaşmasının, geçmişe ait olması ile geleceğe ait olması arasında, rekabete olan etki açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunların dışında bilgi değişimini sağlayan anlaşmanın niteliği de, değerlendirmede dikkate alınabilir. Örneğin, münferit bilgi anlaşmaları ile bir teşebbüs birliğinin öncülüğünde yürütülen periyodik bilgi değişim sistemi arasında, rekabet üzerinde yaratacağı tehlike açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Açıklıkla görüldüğü üzere, bilgi değişimi anlaşmalarının rekabete olan etkilerinin değerlendirilmesinde “*per se*” benzeri yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Bu neviden anlaşmalara karşı piyasanın özelliklerini, anlaşmanın kapsamını ve amacını dikkate alan meseleci bir yaklaşım daha uygun gözükmektedir.

Öte yandan Komisyon, ilk yıllarda yayınladığı duyurusunda (Notice Concerning Agreements, Decisions and concerted practises in the Field of Cooperation between Enterprises, OJ. C.75, t. 29.7.1968), yol gösterici bazı kriterler öngörmüş ve teşebbüsler arası işbirliği modellerinin hangi hallerde rekabete aykırı olabileceği hususunda bağlayıcı niteliği olmayan tespitler yapmıştır. Halen yürürlükte olan bu Duyuru'nun 2. paragrafında, tek amacı görüş ve tecrübe değişimi, birlikte pazar araştırması, birlikte işletme ve endüstrilerde karşılaştırmalı çalışmalar yapmak ve birlikte istatistik ve hesaplama modelleri hazırlamak olan bilgi değişimi anlaşmalarının, kural olarak rekabeti sınırlamayacağı belirtilmiş, bununla birlikte, ilgili teşebbüslerin davranış özgürlüğünün sınırlandırıldığı veya piyasa davranışlarının açıkça veya bir uyumlu eylem yoluyla koordineli hale getirildiği hallerde, 85/1.maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir (ayrıca bkz. Özsunay, Kartel, sh.66,67).

²⁸¹ Whish/Sufrin, sh.398; Green/Robertson, sh.414,419,522 vd.; Bellamy/Child, sh.174,175; EC. Report, sh. 40,41; krş. Akıncı, sh.101; Aslan, AT.sh.88,92,93; Esin Arif, sh.85,87; Korah, sh.154-156; Amerikan hukukunda da, bu neviden uygulamalar genellikle fiyat tespiti kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Lieberman/Siedel, sh.532,533; Allison/Prentice, sh.403,404; Kintner, sh. 32,33

²⁸² Bkz. yukarıda III/C/2

²⁸³ Krş. Aslan, sh. 69

²⁸⁴ Kintner, sh.33; Bork, sh.280; Allison/Prentice, sh.427-428; Lieberman/Siedel, sh.540

²⁸⁵ Aslan, AT., sh.111; EC. Report, sh.41; Whish/Sufrin, sh.563; Green/Robertson, sh.475; Bellamy/Child, sh.408,479; Korah, sh.177,186; Goyder, sh.239

²⁸⁶ “Resale price maintenance”

²⁸⁷ Ekonomi biliminde tartışma konusu olmasına rağmen, yatay bazda olduğu gibi, dikey bazda gerçekleştirilen fiyat tespiti anlaşmaları da, niteliği gereği hukuka aykırı olarak nitelendirilmektedir. Fiyatın tespit edilmesi ifadesi geniş olarak yorumlanmakta ve sadece bağlayıcı nitelikteki anlaşmalar (sözleşmeler) değil, fiyat tavsiyeleri de hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, başlı başına fiyat tavsiyelerinin, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmediğini de belirtmek gerekir. Mahkemeler genellikle, tavsiye edilen fiyatın izlenmesi yönünde başkaca vasıtaların veya kanıtların varlığını da aramakta ve örneğin bu hususta, teşebbüslerce fiilen bu fiyatlara uyulması, fiyatlara uyulmadığı takdirde mal vermeyi reddetmek gibi (refusal to

supply-coglate doctrine, <United States-Colgate&Co.,250 US.300 (1919)>) fiili bir takım tedbirlerin uygulanması yeterli görülebilmektedir.

Parantez açıp belirtelim ki, Rekabet Kurumu'nun çıkarmış olduğu Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde (Tebliğ no:1998/7), franchise verenlerin tavsiye fiyatları öngörmesi, muafiyet kapsamında kabul edilmiştir. Bununla birlikte, tek elden satım, tek elden dağıtım ve motorlu taşıtların dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde, böyle bir istisna yer almamaktadır.

²⁸⁸ EC. Report, sh.42; Allison/Prentice, sh.428; krş. Kintner, sh.34,

²⁸⁹ RKHK. incelendiğinde, fiyat dışı temel sınırlayıcı uygulamaların, aslında 4. maddenin diğer bentlerinde düzenlendiği görülmektedir. Örneğin ayırıcı uygulamalar (discriminative practises), bağlama anlaşmaları (tying agreements-clauses) ve pazar paylaşımlar, fiyat dışı sınırlayıcı uygulamaların en klasik türleridir ve bu hallerin tümü 4. madde içinde ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla, “a” bendinde yer alan “*her türlü alım satım şartının tespit edilmesine*” ilişkin ifade, önemini büyük ölçüde yitirmektedir

²⁹⁰ Bkz. aşağıda III/E/7

²⁹¹ “Market division”; “market sharing”

²⁹² Fiyat ile kar arasında, doğrudan bir münasebet bulunmasına bağlı olarak, fiyat tespiti anlaşmaları, teşebbüslerin elde edeceği kazanca doğrudan etkide bulunmakta ve rekabetin sınırlanmasından elde edilecek haksız kazanca ulaşmanın en kestirme yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte fiyat tespiti anlaşmaları uygulamada pek çok zorluğu da beraberinde getirmektedir. Her şeyden evvel, klasik anlamdaki fiyat tespiti anlaşmaları, teşebbüslerin belirli bir fiyat üzerinde mutabakata varmalarını gerektirir ki, bu durum, teşebbüslerin aynı veya benzer maliyetlerle çalışmadıkları sürece, oldukça zor bir olasılıktır. Ticari yaşamda, teşebbüsler aynı piyasada faaliyet gösterebilirler dahi, malın üretim maliyetine etki eden pek çok parametrenin bulunduğu dikkate alınırsa, teşebbüslerin fiyatlandırma politikasına ilişkin beklentilerinin tam anlamıyla örtüşmesi güçtür. Üstelik kartel anlaşmalarının başarıya ulaşmasının, ancak piyasada belirli bir gücün elde edilmesine bağlı olması, çoğu kez çok sayıda teşebbüsün bir araya getirilmesini gerektirir ki, bu durum belirli bir fiyat üzerinde uzlaşmayı adeta imkansız hale getirmektedir. Dolayısıyla fiyat karteli anlaşmalarındaki temel zorluk; fiyat üzerinde bir mutabakata varmaktır. İşte teşebbüsler de, bu zorluğu aşabilmek için, taban ve tavan fiyat uygulamaları veya kar, indirim gibi tali fiyat unsurları üzerinde anlaşmayı tercih etmektedirler.

Bunun yanı sıra, fiyat kartelinin bir diğer olumsuz yönü, bunların rekabet makamlarınca tespit edilmelerindeki kolaylıktır. Zira teşebbüslerin aynı veya benzer fiyatlar uygulamaları ve de özellikle aynı zaman dilimi içerisinde fiyat artışı yapmaları, ekonomik sebepler haklı göstermedikçe, fiyat kartelinin bulunduğu işaret eder. Her ne kadar, aynı durumun piyasa paylaşma anlaşmaları için de geçerli olduğu iddia edilebilirse de, fiyat, her zaman için objektif bazı faktörlerin toplamından oluşur. Oysa teşebbüslerin hangi piyasalarda faaliyet gösterip göstermeyeceklerine ilişkin kararları, ticari bir tercihten başka bir şey değildir. Dolayısıyla piyasa paylaşma anlaşmalarının, yazılı veya bununla eş değer başkaca deliller olmadıkça kanıtlayabilmek oldukça güçtür. Fakat rekabet makamları için geçerli olan bu güçlüğün aksine, kartel ilişkisi içerisindeki teşebbüslerin, anlaşmayla varılan hususlara uyulup uyulmadığını belirlemeleri oldukça basittir. Kartel anlaşmalarının uygulanmasında önemli bir zaaf teşkil eden, “*anlaşmanın*

ihlali meselesi”, piyasa paylaşma anlaşmalarında problem oluşturmaz. Bir teşebbüsün başka bir coğrafi piyasada mal satması veya başka kişilere mal satması ya da başka bir mal satması, diğer teşebbüslerce kolaylıkla tespit edilebilir. Bu itibarla, piyasa paylaşma anlaşmalarının taraflarca ihlal edilmesi, diğer teşebbüslerce derhal engellenebilir veya gereken önlemler alınabilir. Fakat fiyat tespiti anlaşmaları için, tespit edilen fiyattan ayrılan teşebbüsün tespit edilmesi, oldukça güç bir iştir. Görüldüğü üzere, piyasa paylaşma anlaşmaları fiyat anlaşmalarıyla kıyaslandığında pek çok açıdan üstünlük arz etmektedir. Bu avantajları dolayısıyla uygulamada teşebbüsler, fiyat tespiti ve piyasa paylaşma anlaşmalarını müştereken tatbik etmektedirler (Örneğin Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında : Benelux Flat Glass, OJ.(1984), L.212/13 (1985), 2 CMLR.350; Zinc Producers Group, OJ.(1984), L.220/27 (1985), 2 CMLR.108; Cement Cartel, OJ.(1994), L.343/1 (1995), 4 CMLR.327; Dutch Building and Construction Cartel, OJ.(1992), L.92/1; Cartonboard, OJ.(1994), L.243/1 (1994), 5 CMLR .547).

²⁹³ Akıncı, sh.104,105; Whish/Sufrin, sh.400,401

²⁹⁴ Aslan,sh.72; Budak, sh.140

²⁹⁵ Teşebbüsler açık veya örtülü bir anlaşmayla, üretmekte oldukları veya potansiyel olarak üretebilecekleri malların üretiminden, karşılıklı veya tek taraflı olarak birbirleri lehine çekilmeleri veya hangi ürünün kim tarafından üretileceğine karar vermeleri halinde, piyasanın mal esasına göre bölüşülmesi durumu söz konusu olmaktadır. Özellikle birden fazla çeşit mal üreten teşebbüslerin taraf oldukları bu neviden anlaşmalar, tüketicilerin seçim özgürlüğünü kısıtlamasına ve mal piyasasındaki rekabeti tamamen ortadan kalkmasına neden olması itibarıyla, rekabet açısından önemli bir tehlike oluşturur. Belirtmek gerekir ki, bu tip uygulamalar ancak yatay anlaşmalar için söz konusu olabilir.

²⁹⁶ Tüketici sınırlamaları olarak da anılan bu duruma göre, teşebbüsler bir araya gelerek malı arz edecekleri kitleyi paylaşmakta ve aralarındaki rekabeti bu açıdan sınırlamaktadırlar. Örneğin, taze sebze üreten teşebbüslerin aralarından hangilerinin manavlara, hangilerinin halk pazarlarına, hangilerinin market ve bakkallara, hangilerinin lokantalara mal verecekleri üzerinde anlaşmaya varmaları, alıcıların seçim özgürlüğünü kısıtladığı gibi, satıcılar arasındaki rekabeti de büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

²⁹⁷ Piyasa kavramı hakkında bkz. yukarıda III/B, ayrıca aşağıda §2/II/B

²⁹⁸ Aslan, sh.72; Budak, sh.140

²⁹⁹ Böyle bir anlaşmanın başarıya ulaşması da, aynen alım fiyatlarının tespit edilmesi halinde olduğu gibi, satıcı veya arz edenin, malın sürümü veya dağıtımını gerçekleştirecek başka bir yol bulamaması ve ilgili teşebbüslerin piyasanın talep kısmında önemli bir etkinliğe sahip olmaları koşullarına bağlıdır.

³⁰⁰ Üretici veya sağlayıcı, kurduğu dağıtım sistemindeki alıcı veya dağıtıcıları, marka içi rekabete karşı himaye etmek amacıyla sağladığı mutlak bölgesel korumanın devamını, hukuki açıdan iki yolla koruyabilir. Bunlardan ilki ve daha sık başvuru olan yol, alıcı veya dağıtıcılarla yapılan sözleşmelere, söz konusu bölge dışında ticaret yapmalarını engelleyici kayıtlar koymaktır ki, böyle bir durumda söz konusu kaydın ihlali halinde, bu ihlali önleme hak ve yetkisi sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince, ancak sağlayıcıya ait olacaktır (BK.md.96). Buna karşılık sağlayıcı sistemin daha etkin bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla, alıcılarla yaptığı sözleşmelerin tümüne, başka alıcıların benzer sözleşmelerle sağlanan bölgesel koruma kayıtlarına riayet edileceğine ilişkin kayıtlar

koydurmuşsa, o takdirde BK.'nın 110/3. maddesindeki, başkasının fiilini taahhüt hükmü uyarınca, alıcıların böyle bir ihlal karşısında, sağlayıcı yerine, doğrudan tecavüzde bulunan alıcıya başvurma imkanı doğar (krş. Gürzumar, sh.120,121). Söz konusu kayıtları Rekabet Hukuku açısından değerlendirdiğimizde ise, bunların her ikisinin de 4. madde yasağı içerisine girebileceğini söylemek gerekir. Özellikle “*aktif provizyon kayıtları*” içeren anlaşmalar, alıcılar arasında kartel anlaşmalarına benzeyen neticeler meydana getirir.

³⁰¹ Aşağıda da belirtileceği üzere, bölgesel korumaya ilişkin bu rekabeti sınırlayıcı kayıtların 4. madde yasağı içerisinde mi, yoksa 5. maddedeki muafiyet kapsamında değerlendirileceği, ortaya çıkacak hukuki sonuçlar açısından büyük önem taşır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, pek çok açıdan ekonomik yararlar sağladığı kabul edilen bu türden kayıtların doğrudan 4. madde yasağı kapsamında kabul edilmesi, oldukça elverişsiz düzenlemeler içeren muafiyet hükümlerinin uygulanması mecburiyetini doğurur ki, bu durum, uygulamada önemli bir yer tutan dikey ilişkilerin geçerliliklerinin tehlikeye girmesi anlamına gelir. Bu itibarla, her ne kadar piyasaların coğrafi esaslara göre paylaşımı sonucunu doğuran kayıtlar, Avrupa Birliği Hukuku muafiyet rejimi esas alınarak hazırlanan grup muafiyeti rejimi kapsamında düzenlenmişse de, kanımızca bu durum, bu neviden kayıtların mutlaka 4. maddeye aykırı olacağı şeklinde yorumlanamaz. Grup muafiyeti rejimi dışında kalan dikey ilişkiler için, nispi koruma sağlayan kayıtların 4. madde yasağının kapsamı dışında tutulması, mutlak koruma sağlayan kayıtların ise, kural olarak 4. madde kapsamında kabul edilmesi, ancak piyasa üzerindeki ekonomik etkilerinin dikkate alınarak muafiyetten yararlandırılması, kanımızca amaca en uygun yaklaşımdır.

³⁰² Kanımızca, dikey bir anlaşmada yer alan kayıt veya kayıtların, grup muafiyetinde öngörülen sınırlayıcı hallerin (white-grey list) kapsamı dışında kalması ve dolayısıyla anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamaması, söz konusu anlaşmanın otomatik olarak 4. madde yasağı içerisinde değerlendirileceği ve ancak bireysel muafiyete konu olabileceği anlamına gelmez. Söz konusu kayıt veya kayıtlar, grup muafiyeti tebliğlerinde belirtilen ve muafiyet verilmesini engelleyen haller (black list) kapsamına girmedikçe (ve hatta istisnaen girse bile), “*rule of reason*” analizine tabi tutularak, 4. madde yasağı dışında görülebilir. Kanımızca tebliğlerin oldukça dar bir uygulama alanını haiz olması karşısında, başka bir yorumda bulunmak, hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecektir.

Şüphesiz bunların dışında kalan, seçici dağıtım anlamaları, birden fazla teşebbüsün taraf olduğu dağıtım anlaşmaları, lisans anlaşmaları, hizmet sektörüne ilişkin anlaşmalar gibi, grup muafiyeti rejimi dışında kalan anlaşmaların, evleviyetle 4. madde çerçevesinde yapılacak “*rule of reason*” analizinden ve bireysel muafiyetten yararlanma imkanları mevcuttur.

³⁰³ Ayrıca pazar paylaşma sonucunu doğurması açısından bkz. RA.md.85/1.b.

³⁰⁴ Whish/Sufrin, sh.401

³⁰⁵ A/S-BP Kemi A/S, OJ.(1979), L.286/32 (1979), 3 CMLR.684 (Söz konusu anlaşmaya göre, BP. 100 bin galondan aşağıya mal tüketmeyen teşebbüslere mal vermeyecek, buna karşılık DDSF. de, BP' nin hedef kitlesine satış yapmayacaktır. Taraflar, 100 galon sınırına göre alıcılarını paylaşmışlardır.)

³⁰⁶ Mal/hizmet piyasasının paylaşılması durumunda, daha önce de belirtildiği üzere, aktüel veya potansiyel rakip teşebbüslerin tek taraflı veya karşılıklı olarak üretmekte veya satmakta olduğu malların, ticareti veya üretiminden bir diğeri lehine vazgeçmekte ve ekseriya vazgeçtiği ürüne ilişkin ihtiyaçlarını münhasıran karşı taraftan sağlamaktadır. Bu türden bir anlaşma ile, söz konusu piyasa bakımından, taraflar arasındaki rekabetin sınırlandığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür uygulamalar, istikrarlı bir şekilde, 85/1. madde kapsamında piyasa paylaşma anlaşmaları kategorisi içerisinde değerlendirilmektedir (Bkz. VW/MAN, OJ.(1983), No.L.376/11 (1984), 1 CMLR.621).

Buna karşılık bu türden anlaşmalar, bazı şartlar altında, ilgili ürünün üretiminde, ölçek ekonomisinin sağlanması, maliyetin düşürülmesi, teknik ilerlemenin sağlanması gibi ekonomik açıdan çeşitli faydaları beraberinde getirir. Bu faydalarına bağlı olarak, “uzmanlaşma anlaşmaları” (Specialisation agreements) olarak da adlandırılan bu türden anlaşmalar, Avrupa Birliği Hukukunda, gerek bireysel, gerekse grup muafiyeti hükümlerinden faydalandırılmaktadır. Komisyon, bu hususta özellikle, teşebbüslerin aktüel ve potansiyel rekabet durumunu, ilgili piyasadaki yoğunlaşma oranını ve anlaşmalarda yer alan münhasır alım-satım kayıtları çerçevesinde üçüncü kişilerin rekabet edebilme imkanlarını göz önünde tutmaktadır. Yayınlanan grup muafiyeti tüzüğü ise, ancak üretime yönelik olan ve karşılıklı taahhütleri içeren uzmanlaşma anlaşmalarına uygulanabilmekte, buna karşılık, teşebbüslerin piyasadaki paylarının %20’yi ve 1 milyon ECU.’yü aşması ve tarafların, “daha uygun koşullarda” başka kaynaklardan mal temin etmesine ilişkin sınırlamaların bulunması halinde, uygulanmamaktadır (uzmanlaşma anlaşmaları için detaylı bilgi için bkz. : Green/Robertson, sh.794-804; Whish/Sufrin, sh.449-453; Bellamy/Child, sh.288-305).

³⁰⁷ Peroxygen davasında (Peroxygen Products, OJ.(1985), L.35/1 (1985), CMLR.481), Avrupa’daki ana hidrojen peroksit üreticileri, “home market” anlaşmaları olarak da adlandırılan bir uygulama ile aktivitelerini, 20 sene sadece kendi devletleri ile sınırlandırmış, fakat daha sonra, Solvay (Belçika), Laporte (İngiltere), ve Degussa (Almanya) isimli üç ana üretici teşebbüs, Almanya ve Benelüks ülke piyasalarının paylaşılması konusunda anlaşmaya varmıştır. Öte yandan Fransız üreticileri de, Fransa piyasası’nın coğrafi olarak üçe bölünmesi üzerinde anlaşmaya varmıştır. Bunlardan ayrı bir başka anlaşma ise, Degussa/Laporte ve Solvay’ın kontrolü altındaki Interlox arasında, Dünya piyasasının coğrafi esaslara göre %70-30 oranında paylaşımına ilişkin olarak yapılmıştır. Komisyon anlaşmaların taraflar arasındaki rekabeti ortadan kaldırdığı ve üye ülkeler arasında ticareti engellediği gerekçesiyle 85/1maddeye aykırı bulmuş ve toplam 9 milyon ECU.’luk para cezasına hükmetmiştir.

Bir başka kartel davası olan çimento davasında (Cement Cartel, OJ.(1994), L.343/1 (1995), 4 CMLR.327), Avrupa’daki çimento üreticileri, kurdukları ulusal ve uluslararası teşebbüs birlikleri vasıtasıyla, 1983 yılından itibaren rekabetin sınırlandırılmasına yönelik olarak, piyasa paylaşma, fiyatların yeknesaklaştırılması, bilgi değişimi ve benzer uygulamalar yürütmüşler ve bunların neticesinde ağır para cezalarına mahkum olmuşlardır. Karara konu olan uygulamaları kısaca özetlemek gerekirse, üreticiler, teşebbüs birliği eliyle “home market” prensibini uygulamışlar ve üye ülkeler arasında yapılan tüm paralel ticareti de, teşebbüs birliğinin kontrolü altında gerçekleştirmişlerdir. Ayrıca, kendi aralarında çeşitli anlaşmalar akdederek, -örneğin, İtalyan üreticisi Buzzi

ile Fransız üretici Lafarge, Ciments Français ve Vicat Fransa'nın güneyinde coğrafi piyasa paylaşması ve bilgi değişimi anlaşması, İspanyol üreticilerin ulusal teşebbüs birliği eliyle Portekiz üreticileri olan Cimpor ve Secil ile kota anlaşması-, gerek üye ülkeler arasındaki ticareti, gerekse coğrafi piyasaları ortak kontrolleri altına almışlardır. Bunların dışında, Orta Doğu'daki pazarlarını kaybeden Yunanistan'ın, "home market" uygulamasını delerek Ortak Pazar'a tekrar daha düşük fiyattan mal satmaya başlaması üzerine, üreticiler ortak bir komite kurmuş ve buradan gelen ticareti engellemek için, ortak alım uygulaması başlatmışlardır.

³⁰⁸ Pazar paylaşma anlaşmalarının yukarıda belirtilen farklı boyut ve türlerinin yanı sıra, aynı sonuca yönelen değişik görünümleri bulunabilir. Özellikle Avrupa Birliği'nin, farklı ulus devletlerden oluşması ve ulusal piyasalarının henüz bütünleşmemiş olması, belirttiğimiz piyasa paylaşma anlaşmaları görünümünü artırmakta ve piyasa paylaşma anlaşmalarına elverişli bir ortam hazırlamaktadır. Örnek vermek gerekirse, Avrupa Birliği Hukukunda ulusal piyasaların bölünmesine yol açan, kota anlaşmaları (bkz. aşağıda §1/III/E/4), sadece ulusal piyasalarda ticaret yapılacağına ilişkin anlaşmalar (home market rule-Peroxygen Products, OJ.(1985), L.35/1 (1985), CMLR.481, Cement Cartel, OJ.(1994), L.343/1 (1995), 4 CMLR.327), sağlanan servis veya garanti hizmetlerinin ancak malın arz edildiği ülkede satılması halinde geçerli olacağına ilişkin kayıtlar (Zanussi, OJ.(1978), L.322/26 (1979), 1 CMLR.81), görüntüleme kayıtları (Monitoring clauses-Steel Beams Cartel, OJ.(1994), 416/1 (1994), 5 CMLR.353), sağlanan tenzilatların malın ihracı halinde geri alınacağına ilişkin kayıtlar (Gosme/Martell, OJ.(1991), L.185/23 (1992), 5 CMLR.586), malın kendine özgü niteliğine ilişkin sınırlamalar (Columbian Coffee, OJ.(1982), L.360/31 (1983), 1 CMLR.703) ve de özellikle satış, dağıtım veya pazarlamanın birbirlerinin üzerinden yapılacağına ilişkin anlaşmalar (SNPE/LEL, OJ.(1978), L.191/41 (1978), 2 CMLR.758; Siemens/Fanuc, OJ.(1985), L.376/29 (1988), 4 CMLR.945) coğrafi piyasaların bölüşümü kapsamında değerlendirilmekte ve 85/1.madde kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

³⁰⁹ EC.Report, sh.51,52; Bellamy/Child, sh. 91,197; Aslan, sh.72; 24th Report, sh.118; Green/Robertson, sh.690

³¹⁰ Temin kaynaklarının alıcılar tarafından paylaşılmasına örnek olarak gösterilebilecek bir olay; ulusal sülfürik asit birliği davasında yaşanmıştır (National Sulphuric Acid Association, OJ.(1980) No.L260 (1980), 3 CMLR 429). Söz konusu davada, İngiltere'de mukim sülfürik asit üreticileri, arz ve fiyatların stabilizasyonunu sağlamak, uluslararası rekabet avantajı elde etmek amacıyla sülfür ham maddesi alımının %100'ünün, oluşturdukları havuz sistemi vasıtasıyla karşılanacağı üzerinde anlaşmışlardır. Komisyon söz konusu anlaşmanın gerek alıcıların başka yerden mal temin özgürlüğünü gerekse bunlar arasındaki rekabeti kısıtladığı gerekçesiyle %100'lük alım koşuluna müdahale etmiş ve bunu %25'e indirilmesini sağlamıştır. Böylelikle başka üye ülkelerde faaliyet gösteren ham madde satıcılarının da İngiltere piyasasına girmeleri sağlanmış ve ayrıca alıcıların daha uygun koşullarda mal temin etme olanaklarının önü açılmıştır. Söz konusu havuzlama (pooling) sistemi, daha güvenli bir arz imkanı vermesi ve fiyatlarda düşmeye neden olması nedeniyle, 85/3.madde çerçevesinde değerlendirmeye alınmıştır.

Yine benzer şekilde, Cooperative Stremsel-en Kleurselafabrik davasında (Cooperative Stremsel-en Kleurselafabrik-Komisyon, dava 61/80, (1981), ECR.851 (1982), 1 CMLR.24), Danimarka'daki bir süt kooperatifi, üyelerine, peynir yapımında kullanılan rennet'e ilişkin alımlarının tamamının, kendisinden yapılmasını şart koşmuş ve bu yükümlülük, gerek üyelerin ticaret özgürlüğünü kısıtladığı, gerekse Danimarka pazarı'na başka üye ülkelerden girişi zorlaştırarak Ortak Pazar'ı ulusal sınırlara böldüğü gerekçesiyle, 85/1.madde kapsamında hukuka aykırı olarak nitelendirilmiştir (bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Münhasır Satın Alma, sh.362-364). Ayrıca bkz. benzer konudaki kararlar : Musique Diffusion Française SA-Komisyon, dava 100-103/80, (1983), ECR.1825 (1983), 3 CMLR 221; Frubo-Komisyon, dava 71/74, (1974), ECR.1031 (1975), 2 CMLR.123

³¹¹ Amerikan hukukunda ise, yatay piyasa paylaşımlarının niteliği gereği hukuka aykırı olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte (<bkz. United States-Topco Assoc. Inc., 405 US. 596 (1972)>), dikey anlaşmalardaki piyasa paylaşmaya ilişkin kayıtların nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunda tam bir netlik yoktur. Piyasa paylaşma anlaşmalarının en yaygın görünümü olan bölgesel koruma kayıtları, önceleri "per se" hukuka aykırı olarak kabul edilmekteyken (<White motor Co.-United States, 372 US., 252 (1967), Arnold Schwinn and Co.-United States, 388 US.365, 1836, (1967)>), Yüksek Mahkeme daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve dikey anlaşmalardaki bu türden kayıtları, ekonomik etkilerini de göz önünde tutarak, "rule of reason" analizi içinde değerlendirmiştir (<Continental TV. Inc.-Slyvania Inc., 433 US., 2560 (1977); ayrıca doktrindeki görüşler için bkz.: Akıncı, sh.111,113; Allison/Prentice, sh.439 vd.; Lieberman/Siedel, sh.606 vd.; Bork, sh.282 vd.; Whish/Sufrin, sh.549,550; krş. Kintner, sh.44-46).

³¹² Ortak Pazar'ın, paralel ticareti engelleyici uygulamalarla bölünmesini konu alan yeni olaya örnek olarak Adalat davası gösterilebilir (Adalat, OJ.(1996), L.201, p.1). Söz konusu davada, Alman ilaç üreticisi olan Bayer AG., Adalat isimli ilacın İngiltere'de yüksek miktarlarda tüketilmesi ve pahalı olması nedeniyle, İspanya ve Fransa'dan bu ülkeye yapılacak ihracın önüne geçmek amacıyla, rekabete aykırı çeşitli tedbirler uygulamıştır. Öncelikle Bayer, İspanya ve Fransa'daki toptancılarının iç piyasayı aşan miktardaki taleplerini vermeyi reddetmiş ve taleplerin denetlemek amacıyla görüntüleme (monitoring) sistemi oluşturmuştur. Bu sisteme rağmen, söz konusu ülkelerdeki toptancılar görüntülemeye dahil olmayan küçük teşebbüsler vasıtasıyla mal talep etmişler ve ihracı durdurmamışlardır. Bayer ise, tespit ettiği ihraç vakaları karşısında mal vermeyi keserek, toptancıları cezalandırma yoluna gitmiştir. Komisyon ise, Bayer'in toptancılar üzerinde uyguladığı tek taraflı bu önlemleri anlaşma kapsamında kabul etmiş ve toptancıların sürekli ticari ilişkileri ve mal almayı sürdürmelerini, 85/1.madde anlamında anlaşmanın varlığı için yeterli kabul etmiştir

³¹³ Bellamy/Child, sh.91,101; Aslan, AT., sh.109; Green/Robertson, sh.576,577; Whish/Sufrin, sh.46,547,560; 24th Report, sh.121,122; Esin Arif, sh.79,80

³¹⁴ Rekabet Kurumu'nun yayınlamış olduğu franchising (md.4/c), tek elden dağıtım (md.3/c) ve motorlu araçların dağıtımını (md.4/8) anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde, alıcı veya dağıtıcıların, kendilerine sağlanan nispi bölgesel korumanın yanı sıra, bu bölgenin aynı sistem içerisindeki başkaca alıcı veya dağıtıcılar tarafından aktif bir şekilde ihlalini engelleyecek sınırlamalara müsaade edilmektedir. Bir başka deyişle,

alıcı veya dağıtıcılar, kendilerine sağlanan bölgeler dışında aktif bir şekilde satış, pazarlama, reklam gibi ekonomik aktiviteleri yerine getirmekten kaçınacaklar (aktif satış kayıtları), buna karşılık, başka bölgelerle olan ticareti tamamen askıya almayacaklardır (pasif satış kayıtları). Örneğin münhasır bölge dışında mukim bir teşebbüsün, dağıtıcıdan mal talep etmesi halinde mal vermeyi reddetmek muafiyet kapsamı dışında kalacak ve söz konusu uygulama, 4. madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecektir. Bu sistem çerçevesinde, teşebbüslere tanınan bölgesel koruma, ne nispi, ne de tam anlamıyla mutlak koruma niteliğini taşımaktadır. Teşebbüslerin söz konusu bölge içerisinde tekel gücüne sahip olmalarının önüne geçen ve temin özgürlüğünü korumayı amaçlayan bu düzenleme, taraf menfaatleri arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır.

³¹⁵ EC.Report, sh.84

³¹⁶ Söz konusu hüküm, “a” ve “b” bentlerinin aksine, -fakat “d” bendine benzer bir şekilde- dikey anlaşmalara yönelik uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Zira kolaylıkla anlaşılabilmesi üzere, dikey bir ilişkide arz edenin veya satıcının, alıcısıyla birlikte arz veya talebi kontrol altına almaları veya sınırlamaları mantıkla bağdaşmaz. Tarafların bu yönde yaptıkları veya yapacakları bir anlaşma, herhangi bir açıdan rekabeti de sınırlamaz. Dikey anlaşmalar, ancak bu yönde akdedilmiş bir yatay anlaşmanın uygulaması mahiyetinde olabilir.

³¹⁷ Rakip teşebbüslerin bir araya gelerek, arz veya talebi kontrol etmeleri veya sınırlamalarının, ilk bakışta iki farklı amaca dayandığı söylenebilir. Bunlardan ilki, arzı kısarak, fiyatın artmasını sağlamaları ve bundan haksız kazanç sağlamaları –ki kanımızca bu amaç bütün diğer rekabeti sınırlayıcı uygulamalarda doğrudan veya dolaylı olarak yer alır- diğeri ise, arzı veya üretimi artırarak, piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüsleri caydırmaları veya bu şekilde fiyatları düşürerek, piyasadaki mevcut teşebbüsleri dışlamalarıdır. Bunun dışında yapılmış bu yönde bir anlaşmanın, ticari açıdan başka bir amaca dayandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu yöndeki bir anlaşmayı, somut olayın özelliklerine göre “a”, “b” ve “d” bentleri içerisinde değerlendirmek imkanı da vardır.

³¹⁸ Özgüven, sh.195; ayrıca bkz. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.69 vd.

³¹⁹ Belirtmek gerekir ki, piyasadaki talebin ve buna bağlı olarak arzın çeşitli sebeplerle dalgalanması olağandır. Örneğin, ekonomik bir kriz nedeniyle talebin kısılması, arzın da bundan etkilenecek kısılmasına ve dolayısıyla üretimin azaltılmasına yol açar. Bu tip durumlara ekonomik yaşam içerisinde sıkça rastlanır. Buna karşılık “c” bendinde düzenlenen durum, ekonomik açıdan herhangi bir mantığa dayanmayan ve ekonominin işleyişiyle bağdaşmayacak türdeki karar ve davranışları kapsamaktadır. Bu itibarla, somut olay kapsamında, teşebbüslerin piyasadaki bir olguya karşılık olarak, iktisadi yaşamın kurallarına uygun davranıp davranmadığını tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır.

³²⁰ Teşebbüslerin aralarında anlaşarak arzı kısıtlamaları, fiyatın yükselmesi ve tüketicinin daha fazla bedel ödeyerek, fakirleşmesine neden olur. Bir başka anlatımla, arzın kısıtlanması halinde, tüketicinin fakirleştiği oranda, kartele taraf olan teşebbüsler zenginleşmektedirler. Özellikle temel gıda maddeleri gibi, talep açısından daralmanın söz konusu olmadığı ve halkın geçiminde önemli yere sahip mallar bakımından yapılacak olan kısıtlama, sadece ekonomik değil, sosyal açıdan da ağır sonuçlar doğurur.

Bu itibarla ülkemizde “karaborsacılık” olarak da adlandırılan bu neviden uygulamalar, sadece, RKHK. değil, aynı zamanda TCK. (TCK.md.401) kurallarına muhatap olma riskini de taşımaktadırlar.

³²¹ Teşebbüslerin arzı kısmak suretiyle fiyatı düşürmeleri, diğer faktörlerin ve de özellikle talebin aynı veya daha yüksek olması halinde mümkün olur. Zira arzın kısılmasına paralel olarak, talebin kısıldığı piyasalarda (örneğin kriz kartelleri), fiyat artmayacak, sadece eski seviyesini koruyacak ve teşebbüslerin karlılığı azalacaktır. Bunun yanı sıra, kartelin fiyatın artışını sağlayabilmesindeki diğer önemli koşul, piyasaya yeni girişlerin olmaması, bir başka deyişle, potansiyel rekabetin bulunmamasıdır. Zira ekonominin temel kuralları gereğince, piyasadaki aşırı karlılık, bu piyasaya yeni girişleri davet edecek ve aşırı karlılık normal seviyeye ininceye kadar, bu durum böylece devam edecektir. Bu itibarla, giriş engeli bulunmayan piyasalar bakımından, bu neviden uygulamaların başarıya ulaşması mümkün değildir. Esasen belirtmek gerekir ki, bu durum sadece “c” bendi değil, “a” bendindeki saf fiyat tespiti anlaşmaları için de geçerlidir. Teşebbüslerin arzı artırmaları ise, esasen dışlayıcı etkiler doğuracağından, “giriş engelinin” bulunması gibi bir gereklilik yoktur.

³²² Aksi gör. Budak, sh.140; Aslan,sh.73 (Yazar talebin kısıtlanmasına ilişkin olarak : “Ancak talep miktarını nasıl kontrol edebileceklerini anlamak çok zordur. Eğer bunun bilinen bir yöntemi var ise, enflasyonu düşürmek an meselesidir. Belki talep devlet politikası ile etkilenebilir. Anca iki veya daha fazla işletme, tüketicinin talebini nasıl kontrol edebilir? Bu amaçla verilecek her örnek, aslında arzın kontrolü veya sınırlandırılmasıdır.” demek suretiyle, talebin kontrolünü münhasıran nihai tüketime veya tüketicilere hasretmektedir. Alım fiyatının tespitinin mümkün olduğunu ve bunun hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını belirttikten sonra (Aslan, sh.71), talebin sınırlandırmasının mümkün olmadığını belirtmek, kanımızca bir çelişkili duruma işaret etmektedir.)

³²³ Nitekim söz konusu bendin 6. maddedeki paralelinde (RKHK.md.6/2.e), üretim, pazarlama ve teknik gelişme gibi unsurlara yer verilmişken, bu maddede neden verilmediğini anlamak zordur (Bkz. aşağıda §2/III/C/5).

³²⁴ Bellamy/Child, sh.197; Whish/Sufrin, sh.402; Green/Robertson, sh.689

³²⁵ “Quota agreements”

³²⁶ Kota anlaşmaları veya daha doğru bir deyimle “kota kartelleri” (bkz. Özsunay, Kartel, sh.64) olarak adlandırılan uygulamalar, üretim, dağıtım ve satışa ilişkin olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, üretime ilişkin kota anlaşmaları, belirli miktarlarda üretim yapılması, mevcut kapasitenin kullanılması, ek kapasite yaratılmaması, yatırım yapılmaması; dağıtım ve satışa ilişkin kota anlaşmaları ise, malın belirlenen miktarlarda satılması, belirli kanallardan satılması, belirlenen tavan miktarın aşılmaması ve depolamanın sınırlandırılması gibi, oldukça farklı görünüşler altında gerçekleştirilmektedir.

³²⁷ Arzın sınırlandırılması amacına yönelik olarak tatbik edilen üretim veya satış kotaları anlaşmaları, fiyat tespiti anlaşmalarıyla kıyaslandığında, rekabet makamları tarafından daha zor tespit edilebilmektedir. Özellikle kota anlaşmalarının, objektif kriterlere bağlı olmaması, bunların ekonomik açıdan haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının tespit edilmesini güçleştirmektedir. Bununla birlikte, kota anlaşmaları, fiyat tespiti anlaşmalarının taşıdığı sakıncaları da barındırmaktadır. Bu tür anlaşmalarda da, kotalar

üzerinde anlaşmaya varılması, teşebbüslerin farklı üretim kapasitelerine ve üretim maliyetlerine sahip olması nedeniyle, oldukça güç olmaktadır. Bundan dolayı, teşebbüslerin kota anlaşmalarını gizlice ihlal etmeleri olgusuna sıkça rastlanmakta ve bu ihlalin tespit edilmesi, en az fiyat tespiti anlaşmasındaki kadar zor olmaktadır. İşte bu nedenlerle, uygulamada teşebbüsler kota anlaşmalarını tek başına tatbik etmemekte, bunun emniyetini sağlamak üzere, birbirlerinin ticaretini yakın izlemeye almaktadırlar. Bu amaçla, izleme anlaşmaları (monitoring agreements) veya sistematik bilgi değişimi anlaşmaları gibi çeşitli yöntemler tercih edilmektedir.

³²⁸ EEC-Associated Lead Manufacturers, OJ.(1979), L.21/16 (1979), 1 CMLR.464 (Söz konusu davada, İngiliz Alman ve Hollanda'lı kurşun üreticileri, piyasa süreçleri kurşununun 1/3'ünü Avrupa Birliği dışındaki ülkelere ihraç etmek üzere anlaşmışlar ve bu anlaşmanın sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamak üzere, kurdukları merkezi bir denetleme örgütü vasıtasıyla ihraç ettikleri miktarlara ilişkin bilgileri düzenli olarak söz konusu merkeze bildirmişlerdir. Komisyon ise, yaptığı inceleme neticesinde, söz konusu uygulamanın kota karteli niteliği taşıdığını ve hiçbir şüphe taşımaksızın 85/1.b kapsamına girdiğini belirtmiştir.)

³²⁹ Cartonboard, OJ.(1994), L.243/1 (1994), 5 CMLR.547 (Söz konusu davada, Avrupalı karton kutu üreticileri, fiyatları belirlemek ve piyasaları kontrol etmek amacıyla kartel anlaşması yapmışlar ve bu anlaşmanın başarılı bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla Product Group adı altında bir teşebbüs birliği oluşturmuşlardır. Oldukça teşkilatlı bir şekilde yürütülen faaliyetler neticesinde, teşebbüsler, söz konusu ürünün fiyatını, 1986 yılından itibaren 3 sene içerisinde suni bir şekilde, reel olarak %26 oranında artırmayı başarmışlardır. Teşebbüsler bu neticeyi, sadece senede iki defa akdedilen detaylı fiyat anlaşmalarıyla değil, aynı zamanda büyük teşebbüslerin piyasa paylarının belirlendiği piyasa paylaşma, üretim sınırlaması ve tüm bu danışıklı ilişkilerin yürütülebilmesini sağlayan izleme anlaşmaları ile elde etmişlerdir. Özellikle arzın kontrol edilmesi, fiyatın belirli bir seviyede tutulabilmesinde önemli bir etken olmuştur.)

³³⁰ PVC, OJ.(1989), L.74/1 (1990), 4 CMLR.345 (Söz konusu davada, Avrupa'daki PVC üreticileri 1980 ve 84 yılları arasında piyasaların paylaşımı ve fiyat tespitini kapsayan bir kartel ilişkisi içine girmişler ve fiyatların yükselmesini sağlamak amacıyla, yıllık satış kotaları tespit etmişlerdir. Teşebbüsler en azından kısa dönem bakımından, belirlenen satış kotalarına uyulmasını sağlamak üzere, belirlenen kotayı aşan teşebbüsün, aşılan miktar için diğerlerine ödemedeki bulunması yükümlülüğünü getiren bir telafi sistemi üzerinde anlaşmaya varmışlardır.); Cimbel, OJ.(1972), L.303/24 (1973), CMLR. D167; BP Kemi/DDSF, OJ.(1979), L.286/32 (1979), 3 CMLR.684

³³¹ Daha önceden kısaca değindiğimiz Peroxygen ürünleri davası (Peroxygen Products, OJ.(1985), L.35/1 (1985), CMLR.481), piyasaların coğrafi açıdan olarak paylaşılmasına; Çinko davası ise (Rolled Zinc ve Zinc Alloys, OJ.(1982), L.362/40 (1983), 2 CMLR.285), piyasaların mal esasına göre paylaşılmasına örnek gösterilebilir. Bu sonraki davada, taraflardan biri üretmekte olduğu çinko alaşımını, diğeri ise top çinkoyu, bundan böyle üretmemek ve 15 yıl boyunca birbirlerinden temin etmek üzere anlaşmışlar ve Komisyon, söz konusu ilişkiyi, muafiyet tanımaksızın 85/1.madde kapsamında hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.

³³² EC.Report, sh.48; Whish/Sufrin, sh.404

³³³ MELDOC, OJ.(1985), L.35/1 (1985), 1 CMLR.481 (Danimarkalı süt üreticilerinin ulusal piyasalarını, ihraç yoluyla Ortak Pazar'dan gelecek ürünlere karşı korumaları)

³³⁴ Krş. Whish/Sufrin, sh.404; Bellamy/Child, sh.191,194; EC.Report, sh.48,50

³³⁵ Bkz. Uzmanlaşma Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 19.12.1984 t. ve 417/85 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.22.2.1985 No:L.53/1); Araştırma ve Geliştirme Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 19.12.1984 t. ve 418/85 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.22.2.1985 No:L.53/5); Belirli Kategorilerdeki Teknoloji Transferi Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 31.1.1996 t. ve 240/96 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.9.2.1996 No:L.031) ve Sigorta Sektöründeki Belirli Anlaşma, Karar ve Uyumlu Davranış Kategorilerine Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 21.12.1992 t. ve 3932/92 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.31.12.1992 No:L.398)

³³⁶ Daha önce de değindiğimiz “uzmanlaşma anlaşmaları” (specialization agreements) kısaca, teşebbüslerin, belirli malların üretimini aralarındaki anlaşma uyarınca bölüşmeleridir. Teşebbüsler, tek taraflı veya karşılıklı olarak belirli malın üretimini terk etmekte, buna karşılık terk edilen ürünlerin üretimi, diğer akit taraf veya taraflarca gerçekleştirilmekte ve ayrıca taraflar, malları birbirlerinden temin etmek üzere anlaşmaya varmaktadırlar. Aynı zamanda, mal esasına dayalı piyasa paylaşma anlaşması niteliği gösteren bu anlaşmaların, rakipler arasında yapılması halinde 4. (veya 85/1) maddenin uygulandığında bir tereddüt bulunmamakla birlikte, üretimin rasyonelleşmesine imkan sağladığı için, bu neviden anlaşmalara muafiyet imkanı tanınmaktadır.

Örneğin, Sopelem/Langen davasında (Sopelem/Langen, OJ.(1972), L.13/47 (1972), CMLR.D77), hidrolik cihazlar için çeşitli ekipmanlar üreten Fransız Sopelem ve Alman Langen isimli teşebbüsler, aralarında yaptıkları uzmanlaşma anlaşmasında, birbirlerinin ürettiği ürünlerin üretmemek, ürettikleri tamamlayıcı ürünlerin birbirlerinden temin etmek ve faaliyet sahası içinde, satış sonrası hizmet sağlamamak hususları üzerinde mutabakata varmışlardır. Malların birbirlerinden temin edilmesi hususundaki taahhütler, münhasır nitelik taşımamakla birlikte, fiilen bu şekilde bir uygulama cereyan etmiştir. Komisyon tarafların bazı ürünler bakımından potansiyel ve bazıları bakımından ise, aktüel rakip olmaları ve alım sözleşmelerinin fiilen münhasır karakter taşıması nedeniyle, söz konusu anlaşmayı 85/1 kapsamında değerlendirmiştir. Buna karşılık, anlaşmanın aynı zamanda ürün çeşitliliğini ve maliyetlerde azalmayı da beraberinde getireceğini dikkate alan Komisyon, söz konusu piyasada başkaca teşebbüslerin de faaliyet gösterdiği ve anlaşmaya taraf teşebbüslerin, önemli bir piyasa payına sahip olmadığını göz önünde tutarak, rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığına karar vermiş ve söz konusu anlaşmaya bireysel muafiyet tanımıştır.

³³⁷ Üretimin sınırlanması veya yeni yatırımların yapılmaması ya da mevcut kapasitenin azaltılmasına ilişkin anlaşmaların bir kısmı, ilgili piyasadaki talebin sürekli olarak daralması ve buna bağlı olarak kapasite fazlalığının ortaya çıkması gibi, “ekonomik kriz” dönemlerinde uygulanmaktadır. Açıklıkla anlaşılabilceği üzere, bu tür anlaşmaların amacı üretimi kontrol ederek fiyatların artmasını sağlamak değil, üretimi kontrol ederek, yapısal bunalımı aşmak ve piyasadaki faaliyetin devamını sağlamaktır. Bu nedenle, münhasıran bu amaca yönelik olarak yapılan “kriz karteli” anlaşmaları, Avrupa Birliği Hukukunda muafiyet çerçevesinde değerlendirilebilmektedir.

Örneğin sentetik lif davasında (Synthetic Fibres, OJ.(1984), L.207/17 (1985), 1 CMLR 787), sentetik lif piyasasında yaşanan kronik atıl kapasite, üretimi sınırlayan kartel anlaşmasının muafiyetten yararlanmasına imkan tanımıştır. Söz konusu piyasada, optimum üretim kapasitesinin %85 olmasına rağmen, teşebbüslerin kronik talep daralmasına bağlı olarak %70 kapasite ile faaliyet göstermeleri, teşebbüsleri, üretimi kısarak arz ve talep dengesini kurmaya itmiştir. Komisyon, bu yönde akdedilen anlaşmanın prensip olarak teşebbüslerin bağımsız karar vermeleri gerektiğine ilişkin kuralları aykırı olduğunu, bununla birlikte, ilgili piyasadaki faaliyetin devamının sağlanabilmesi ve doğabilecek sosyal ve ekonomik zararların önüne geçilmesi amacıyla, böyle bir sınırlamaya muafiyet verilebileceğini belirtmiştir.

³³⁸ “Exclusionary practises”

³³⁹ Bir danışıklı ilişki, sadece dışlayıcı amaçlara yönelebileceği gibi, başkaca amaçların yanı sıra, bu amacı da taşıyabilir. Uygulamada genellikle, bu ikinci türden danışıklı ilişkilere rastlanılmaktadır. Esasen kartel ilişkilerinin başarılı olabilmesi, bunların aynı zamanda dışlayıcı bir takım tedbirleri de içermesine (veya piyasanın özellikleri itibarıyla dışlayıcı uygulamaların gereksiz olmasına) bağlıdır. Daha önce belirtildiği üzere kartel ilişkilerinde asıl amaç, çeşitli vasıtalar kullanarak piyasayı kontrol altında tutmak ve bu sayede, normal rekabet şartlarında elde edilmesi mümkün olmayan haksız kazanç (kartel kari - monopoly profit) elde etmektir. Kartele taraf olan teşebbüslerin haksız kazanç elde etmeleri ise, bu piyasada karteli kıracak önemli bir rakibin bulunmaması veya piyasaya girişlerin güç olmasına bağlıdır. Zira olağanüstü karın sağlandığı her piyasa, yeni rakiplerin ortaya çıkmasına neden olur. Bu sebeple kartel tarafları, aynen hakim durumda olduğu gibi, tekel benzeri konumlarını korumak için, gerek aktüel rakiplerini, gerekse potansiyel rakiplerini bu piyasadan ve dolayısıyla tekel karından uzaklaştırmaya çalışırlar. Bu ise, boykot, münhasırlık anlaşmaları, kelepçeleme sözleşmeleri gibi, çok çeşitli yöntemler vasıtasıyla gerçekleştirilebilir (krş. §2/III/C/1/b,c,d) Bu uygulamalarda başarı sağlanmadığı takdirde, piyasaya yeni girişler olacak ve yeni teşebbüslerin faaliyete geçmesiyle birlikte fiyatlar düşecektir. Netice itibarıyla, kartel ilişkisinin başarısını koruması için, teşebbüslerin piyasadaki güçlerini korumaları zorunludur.

³⁴⁰ Krş. aşağıda §2/III/C/1

³⁴¹ Aslan, sh.74

³⁴² Aslında, hükmün asıl amacı, piyasaya girişlerin engellenmesi ve piyasadaki teşebbüslerin piyasadan çıkarılmasına yönelik kolektif (danışıklı) davranışların yaptırım altına alınmasıdır. Bu itibarla, hükümde yer verilen sonraki iki ifade, hükmün konuluş amacı bakımından yeterlidir. Teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya kısıtlanmasına ilişkin ifade ise, ancak bu sınırlar içerisinde yorumlandığı takdirde bir anlam ifade eder. Kanımızca, teşebbüsleri piyasa dışına atma veya yeni girişleri engelleme amacını taşımayan herhangi bir zorlaştırıcı faaliyet, bu bent kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, gözden kaçırılmaması gereken bir nokta da, ilk ifadede “*rakip teşebbüsler*” deyimine yer verilmesine karşılık, piyasaya yeni girişlerin zorlaştırılması ve piyasadakilerin boykot edilmesine ilişkin diğer ifadelerde, “*rakip*” kavramına yer verilmemiş olmasıdır. Bu farklılığa bağlı olarak, danışıklı ilişki taraflarının, herhangi bir şekilde rakibi olmayan teşebbüsleri piyasa dışına atmaya yönelmesi halinde de, söz konusu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Her ne kadar dilbilgisi açısından piyasalar değil, piyasa terimine yer verilmesi, aslında bununla,

teşebbüsün bizzat faaliyet gösterdiği somut piyasanın kastedilmek istendiği gibi anlamın verilmesine müsait olsa da, ilk yaptığımız yorum tarzı, hükmün amacı bakımından tercih edilmelidir. Netice olarak, piyasa dışına atmayı amaçlayan faaliyetler veya yeni girişlerin engellenmesi amacıyla yönelen davranışların, failleri ve mağdurları arasında herhangi bir rekabet ve rakiplik durumunun bulunması, bendin uygulanabilmesi açısından gerekli değildir. Nitekim Rekabet Hukukunun amacının piyasalardaki rekabeti korumak olduğu düşünülecek olursa, bu yorum tarzının daha üstün olduğu açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu yorum tarzı, özellikle ticari nitelik taşımayan, örneğin, sosyal, siyasi, etnik veya başka saiklerle gerçekleştirilen boykot uygulamalarının bent kapsamına girmesine olanak sağlar. Örneğin, siyasi bir takım nedenlerle, İtalyan mallarının teşebbüslerce boykot edilmesi, dinsel kökeni nedeniyle çeşitli kuruluşların mallarının ithal edilmemesine ilişkin çağrılar, ahlaki kaygılarla bazı malları satıldığı dükkanlara mal verilmemesi gibi uygulamalar, Rekabet Hukukunun kapsamına girebilir. Belirtmek gerekir ki, özellikle Amerikan hukukunda, ticari rekabet ile doğrudan alakası olmayan bu tip dışlayıcı uygulamaların ne şekilde değerlendirileceği tartışmalıdır (bkz. Allison/Prentice, sh.416,417).

³⁴³ Hatta biraz mübalağa ile, aslında anlaşma ve uyumlu eylem gibi her danişıklı ilişkinin, bir anlamda dışlayıcı olduğunu, zira bu danişıklı ilişkiye taraf olamayan kimselerin, ilişki konusu ticarete katılmadığını ve o oranda ticaret yapma olanağından mahrum kaldığını söylemek mümkündür. Bu yorum, pek tabii ki Rekabet Hukuku gerçekleri bağdaşmaz ama dışlayıcı uygulamalar kavramının lafzi itibarıyla değerlendirildiğinde, ne kadar geniş anlaşılabilirliğini gösterir.

³⁴⁴ Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki, dışlayıcı uygulamalar kavramının neyi ifade ettiğine veya ne zaman ortaya çıkabileceğine ilişkin bir kriter vermek veya bu kavramın genel çerçevesini çizmek, söz konusu kavramın muğlaklığı ve genişliği karşısında mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, bu bendin tatbik edilmesinde izlenebilecek en sağlıklı yöntem, değerlendirmenin somut olaya göre yapılmasıdır. Yukarıda verdiğimiz kriter ise, sadece söz konusu bendin anlamını daraltmak ve bendin ticari yaşam açısından zarar verici bir şekilde yorumlanması tehlikesine dikkati çekmek amacıyla dayanmaktadır. Dışlayıcı uygulamaların belirlenmesindeki temel zorluk, dışlayıcı uygulamalar ile olağan veya meşru rekabet süreci arasındaki farkın tespit edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Zira teşebbüsler arasındaki rekabet sürecinin çoğu kez teşebbüslerin birbirlerini dışlamaları şeklinde ortaya çıkması ve esasen bunun bizzat rekabetin kendisini yansıtmaması, dışlayıcı uygulamalar açısından, meşru ve meşru olmayan rekabet arasındaki sınırların belirlenmesi meselesini beraberinde getirmektedir. Bu hassas meselenin çözümünde ise, kanımızca, söz konusu bendi mümkün mertebe dar yorumlamak ve ancak dışlayıcı amacın (rekabeti sınırlayıcı amacın) açıkça ortaya çıktığı ilişkiler için 4. maddeyi uygulamak gerekir.

Belirtelim ki tercih edilecek yaklaşım, sadece meşru sınırların belirlenmesi değil, aynı zamanda haksız rekabet ile Rekabet Hukuku arasındaki ayırımın yapılması açısından da önem taşır. Zira dışlayıcı uygulamalar çerçevesinde, haksız rekabet ile Rekabet Hukuku bir arada uygulanma kabiliyetine sahiptir. Dışlayıcı uygulamalar açısından korunan menfaatin ilk planda mağdur teşebbüs olduğu ve bu uygulamaların gayri ahlaki yönlerinin ağır bastığı dikkate alınacak olursa, bunların, TTK.'nun 57. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. bentlerinde düzenlenen haksız rekabet hallerinden ayırt edilmesinin oldukça güç

olduğu söylenebilir (bu kapsamda değerlendirilebilecek ilginç bir karar için bkz. McCann-New York Stock Exchange, 107 F.2d. 908 –2d circuit 1939). Benimsediğimiz yaklaşım çerçevesinde, Rekabet Hukuku ile haksız rekabet normları arasında derece ve nitelik farkının bulunduğunu ve Rekabet Hukuku açısından dışlayıcı uygulamaların, teşebbüslerin rekabet edebilme hakkını tamamen ortadan kaldıracak ağırlıktaki durumlarla sınırlı olduğunu kabul etmek amaca uygun gözükmektedir. Şüphesiz yine de, Rekabet Hukuku ve haksız rekabet normlarının, her olayda zaman birbirlerinden ayrılabilceğini söylemek mümkün olmadığı gibi, esasen bu gerekli de değildir.

³⁴⁵ Dışlayıcı uygulamaların, ekseriya belirli teşebbüsleri hedef alması ve bunların, boykot ve benzeri kolektif davranışlar yoluyla rekabet hakkına ağır bir müdahale teşkil etmesi, bu tür uygulamalara, aynı zamanda ahlaka aykırı davranışlarla başkasına kasden zarar verilmesi (BK.md.41/2), kişilik hakkının çiğnenmesi (MK.md.23 vd.) ve dürüstlük kurallarına aykırılık (MK.md.2) gibi hükümlerin tatbik edilmesine imkan verebilir. Hukukumuzda bu yönde verilmiş bir karara rastlanmamakla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin zengin bir içtihat ürettiğini söylemek mümkündür (Bkz. bu konuda Tandoğan, Tüketicilerin Korunması, sh.19 vd., Akyol, Uygulama Örnekleri, sh.22-28). Mahkeme'nin kararlarındaki ortak özellik, kolektif dışlayıcı uygulamaların rekabet değil, kişilik hakları ve ahlaka aykırılık bazında, dışlayıcı uygulamaya maruz kalan teşebbüsün menfaatlerinin korunması çerçevesinde değerlendirilmesidir. Bu bağlamda, kolektif dışlayıcı uygulamalar oldukça dar yorumlanmış ve boykota taraf teşebbüslerin kusuru, boykotu haklı gösteren sebeplerin bulunup bulunmaması, zarar gören teşebbüsün menfaati ile boykota taraf olan teşebbüslerin menfaatinin dengelenmesi gibi hususlar, hukuka aykırılığın tespitinde rol oynamıştır. Hatta boykot türü uygulamalar, Federal Mahkeme tarafından geleneksel olarak özü itibarıyla ticari rekabetin bir aracı olarak kabul edilmiş ve ancak, somut olayda bunun sınırlarının açıkça aşıldığının tespit edilmesi halinde, hukuka aykırılığın söz konusu olabileceğine karar verilmiştir. Federal Mahkeme boykotu, “*iktisadi faaliyette bulunan bir kimseyi belirli bir aktif ya da pasif bir davranışa zorlamak veya böyle bir davranıştan ötürü cezalandırmak amacıyla onunla teşkilatlı olarak iş ilişkilerinde bulunmaktan kaçınmak*” olarak tanımlamış ve bunun hukuka aykırılığı hususunda ise, “*boykot özünde hukuka uygun bir savaş aracıdır. Ancak güdülen amaç ya da kullanılan araçlar, hukuka ya da genel ahlaka aykırı ise veya boykot edenin tasarladığı çıkar ile boykot edilenin uğradığı zarar arasında açık bir nispetsizlik var ise, boykot hukuka aykırıdır*” tespitini yapmıştır (JdT.1955 I 550, t.1.3.1955, bkz. Kaneti, Federal Mahkeme Kararları, sh.85,86'dan naklen). Taraf menfaatlerinin dengelenmesi hususunda siyasi saiklerle hareket edilmesini dikkate aldığı ilginç bir davada ise, Federal Mahkeme, “*Davacı 2. Dünya savaşı sırasında, Alman sinema firmalarının İsviçre'deki güvenilir kişisiydi, bilerek ve isteyerek Almanya'nın sinema yoluyla yaptığı propagandayı desteklemiştir. Davalı İsviçre'de elde etmiş olduğu güçlü durumu hiç çekinmeden savaşın zor günlerinde kötüye kullanmıştır. Bu bakımdan davalı film kiralayanlar birliğinin, davacıyı kendi çalışma alanından çıkarmak ve onunla işbirliği yapmamak konusundaki hakkı reddedilemez. Davalının ve üyelerinin çoğunluğunun, amaca ulaşmak için yürüttükleri çalışmaların engelsiz olarak gerçekleşmesi hususundaki çıkarları, davacıya uygulanan ceza tedbirini (dışlayıcı uygulamayı) doğrulamaktadır. Davalı birliğinin bu noktadaki menfaati, davacının film kiralama alanında iş bulma olanağını muhafaza etme*

konusundaki çıkara oranla daha fazla korunmaya değerdir” şeklinde karar vermiştir (JdT. 1956 I 98, t. 23.6.1955, bkz. Kaneti, Federal Mahkeme Kararları, sh.88,89’dan naklen).

³⁴⁶ Raybould/Firth, sh.43,44; Allison/Prentice, sh.409; Whish/Sufrin, sh.426; Kintner, sh.37; krş. Areeda/Kaplow, sh.332 vd.

³⁴⁷ Fakat önemle belirtmek gerekir ki, anlaşma şeklinde ortaya çıksa da, münhasıran tek tarafın iradesi doğrultusunda gerçekleştirilen ve bir anlaşma temeline dayanmayan dışlayıcı uygulamaların, danişıklı dışlayıcı uygulamalardan ayırt edilmesi gerekir. Zira bu tür durumlar, 4 değil, 6. madde çerçevesinde, o da ancak “*hakim durum*” koşulunun gerçekleşmesi şartıyla Rekabet Hukukuna aykırı kabul edilebilir. Kanımızca, dikey bir ilişkinin bu bent anlamında dışlayıcı olabilmesi, “*zwmnen de olsa*” büyük ihtimalle, bu ilişkiye temel olabilecek bir yatay ilişkinin varlığını gerektirir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi, esasen her dikey ilişkinin dışlayıcı bir yönü vardır, bununla birlikte dışlayıcı amacın açıkça görülemediği ilişkiler bakımından 4. maddeyi uygulamak mümkün gözükmemektedir. Dışlayıcı ilişkiye temel olan danişıklı ilişkinin dikey özellikler göstermesi ise, dikey ilişkinin her iki tarafının da dışlayıcı saikle hareket etmesinin ticari açıdan çok mantıklı olmadığı düşünülürse, yatay ilişkilere kıyasla daha az rastlanan bir durumdur. Uygulamadaki örneklere baktığımızda da, dışlayıcı uygulamalar genellikle buna temel teşkil eden bir teşebbüs birliği kararının veya bir kartelin varlığına bağlı olarak tatbik edildiği görülmektedir. Bununla birlikte belirtelim ki, özellikle Amerikan Hukukunda dışlayıcı uygulamalara temel olan ilişkinin dikey bazda gerçekleştirildiği hallerde –özellikle dikey fiyat tespiti çerçevesinde– rastlanmaktadır (burada hemen parantez açıp belirtelim ki, Amerikan Hukukunda dikey bazda gerçekleştirilen boykot uygulamaları önceleri “*per se*” hukuka aykırı değerlendirilmekteyken (Klor’s-Broadway-Hale Stores, 359 US. 207 (1959)), Yüksek Mahkeme daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve “*rule of reason*” analizini tatbik etmiştir. -Nynex-Dicson, 119 S. Ct. 493 (1998)).

³⁴⁸ Aslan, sh.75

³⁴⁹ Whish/Sufrin, sh.428; krş. Raybould/Firth, sh.227

³⁵⁰ National Sulphuric Acid Association, OJ.(1980), No.L260 (1980), 3 CMLR.429; Cooperative Stremsel-en Kleursel-fabrik-Komisyon, dava 61/80, (1981), ECR.851 (1982), 1 CMLR.24

³⁵¹ Örneğin Amerikan hukukunda W.W.Montague ve Co.et.al.-E.S. Lowry et.al., 193 US. 45, S.Ct. 309 (1903) (Söz konusu davada, seramik yer döşemesi ve şömine toptancıları ortak bir teşebbüs birliği kurmuşlar ve bu birlik, seramiklerin sadece kendilerine üye olan teşebbüslere mal verilmesi hususunda, seramik üretici birliği ile anlaşma yapmıştır. Toptancı birliğine üye olmayan bir teşebbüsün dava açması sonucu, Yüksek Mahkeme anlaşmayı niteliği gereği rekabete aykırı olarak değerlendirmiştir); Avrupa Birliği Hukukunda, Hudson’s Bay-Dansk Pelsdyravlerforening, OJ. (1988), L.316/43 (1989), 4 CMLR.340 (Söz konusu davada, Danimarkalı bir teşebbüs birliğinin, üyelerine, ürünlerinin tamamını sadece bir yan kuruluşuna satma mecburiyetini yüklemesi, Komisyon tarafından teşebbüslerin ticaret özgürlüğünün kısıtlandığı ve başkaca alıcıların dışlandığı gerekçesiyle 85.maddeye aykırı olarak değerlendirilmiş ve 500.000 ECU. luk ceza verilmiştir.).

³⁵² Genellikle boykotun bir görünümü olarak ortaya çıkan bu durumda, bir teşebbüs birliği veya piyasadaki teşebbüs grubunun, belirlenen veya kararlaştırılan bir takım koşulları karşılamayan veya bu koşullara aykırı davranan teşebbüs veya teşebbüslere mal vermektan kaçınması durumu söz konusudur. Teşebbüsler tarafından belirlenen şartlar, çok farklı düşünce ve amaçlara dayanabilir. Dolayısıyla somut olaydaki uygulamanın hukuka aykırılığının belirlenmesinde “*rule of reason*” benzeri bir analize yer verilmesi gerekebilir. Örneğin piyasadaki ürünlerin standardizasyonu veya kalitenin sağlanması ya da güvenli tüketimin temini amaçlarına hizmet eden kuralların, ölçülü olmaları kaydıyla, teşebbüs birliği tarafından zorunlu kılınması ve bu koşullara uyulmadığı takdirde, üyeliğe alınmama veya ticaret yapılmama gibi dışlayıcı tedbirlere başvurulması, Rekabet Hukukunun uygulanmasını gerektirmeyebilir (aksi yönde bir karar : IAZ International Belgium NV-Komisyon, dava 96/82, (1983), ECR.3369 (1984), 3 CMLR.276, kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Anseau, sh.355-360). Zira buradaki kamu menfaati, rekabetin korunmasından daha üstün ve önceliklidir. Buna karşılık, hangi dışlayıcı uygulamaların meşru, hangilerinin gayri meşru olduğunun tespit edilmesi oldukça güçtür. Örneğin Amerikan hukukunda, kumaş üretimi ile giyim malzemesi üretimi yapan iki teşebbüs birliğinin, fikri mülkiyet koruması altında olmayan markalarının iltibas edilmesini önlemek amacıyla uyguladıkları boykot, Yüksek Mahkeme tarafından boykot kapsamında değerlendirilmiş ve hukuka aykırı kabul edilmiştir (<Fashion Originators Guild of America-FTC., 312 US. 457 (1941)>). Benzer bir şekilde, yatay değil, fakat bir dikey ilişkide, satıcı veya arz eden konumundaki teşebbüsün, kuracağı dağıtım ağında yer alacak teşebbüslerde belirli ekonomik, teknik ve fiziki yeterlilik koşulları araması ve koşullara sahip olmayan teşebbüslere mal vermektan imtina etmesi halinde de, dışlayıcı bir uygulamanın olduğunu söylemek mümkündür. Şüphesiz rekabet üzerindeki etkileri bakımından yatay bir ilişkiden oldukça farklı özellikler gösteren bu tip durumlara, seçici dağıtım anlaşmaları (selective distribution system) adı verilen uygulamalarda oldukça sık rastlanılmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği Hukukunda, bu tür anlaşmaların grup muafiyeti hükümlerinden faydalanma imkanı olmadığı için, oldukça zengin bir uygulanma bulunmakta ve bu anlaşmalar genellikle esnek bir yaklaşım içerisinde değerlendirilmektedir (bkz. bu konuda Erdem, sh.11-40).

³⁵³ Bazı durumlarda ilgili piyasadaki teşebbüs birliğine dahil olmak, piyasada faaliyet gösteren veya piyasaya giriş yapmak isteyen teşebbüsler hayati önem taşıyabilir. Buna hukukumuzdan verilebilecek tipik örnek, getirilen prensipler nedeniyle, pek çok açıdan emsal teşkil edecek olan *BİAK* kararıdır (K.no:13-40/99, RG.23744, t.03.07.99). Kısaca özetlemek gerekirse, basın izleme araştırma piyasasında faaliyette bulunmak için, BİAK isimli teşebbüs birliğine üye olmak hayati öneme haizdir. Bu önemine bağlı olarak, Universal AŞ.’nin, söz konusu teşebbüs birliğine yaptığı üyelik başvurusunun, BİAK sözleşmesinde yer alan dışlayıcı kayda dayanılarak başvurunun birlik tarafından objektif haklı neden olmaksızın reddedilmesi, dışlayıcı uygulama kapsamında değerlendirilmiştir.

Öte yandan kamusal yetkileri olan bir teşebbüs birliğinin izni olmaksızın faaliyet yürütmenin mümkün olmadığı bir piyasada, teşebbüs birliğinin kendisine başvuru yapan teşebbüs veya teşebbüsleri ticari açıdan objektif olarak haklı görülebilir neden olmaksızın reddetmesi, dışlayıcı uygulama veya boykot olarak mütalaa edilmelidir. Şüphesiz hangi durumun meşru olduğu, hangisinin meşru olmadığı, somut olayın

özelliklerine göre tespit edilmelidir (bkz. Realty Multi-list Inc-United States, 629 F 2d 1351 (1980); ayrıca, Associated Press-United States, 326 US. 1 (1945), Re Belgian Central Heating Agreement, OJ.(1972), L.264/22 (1972), CMLR. D42, Cauliflowers, OJ.(1978), L.21/23 (1978), 1 CMLR. D66).

³⁵⁴ Bkz. re Papier Peints de Belgique-Komisyon, dava 73/74, (1975), ECR.1491 (1976), 1 CMLR.589 (Söz konusu davada, Belçikalı duvar kağıdı üreticilerinin kurmuş olduğu teşebbüs birliğinin, tekrar satış fiyatlarına, standart satış koşullarına, indirimlere ve reklamlara ilişkin olarak öngördüğü kural ve kararlar, birliğe üye olan teşebbüsler arasındaki rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Bu kural ve kararlar, sadece Belçika’da üretilen ve satılan duvar kağıtlarını değil, aynı zamanda ithal edilen duvar kağıtlarını da kapsamakta ve piyasaların coğrafi paylaşımı, paralel ticaretin engellenmesi gibi olumsuz neticeler ortaya çıkmaktadır. Fakat bunların dışında kararın 85/1. madde bakımından asıl önemi, aynı zamanda kolektif boykot uygulamasını da içeriyor olmasıdır. Birliğin, fiyat tespitine ve standart alım satım koşullarının tespit edilmesine ilişkin uygulamalarını benimsemeyen toptancılar üzerinde, mal vermenin reddedilmesi teşkil eden boykot uygulaması, Komisyon tarafından 85/1.maddenin ağır ihlali olduğu gerekçesiyle yüksek para cezası tatbik edilmesine yol açmıştır.).

³⁵⁵ Yıkıcı fiyat uygulamaları, daha çok hakim durumda olan teşebbüslerin başvurduğu bir uygulamadır. Bununla birlikte, istisnaen de olsa karteller de bu tip bir uygulamalar yapabilirler (kavram hakkında bkz. aşağıda §2/III/C/1/b) .

³⁵⁶ Re German Ceramic Tiles Discount Agreement, OJ.(1971), L.10/15 (1971), CMLR. D6 (İtalyan üreticilerin dışlanması amacıyla Alman seramik üreticilerinin oluşturduğu teşebbüs birliğinin, çeşitli usullerde uyguladığı kolektif fiyat indirimleri)

³⁵⁷ Takip eden başlık altında da kısaca açıklanan ayırıcı uygulamalardaki “*ilk derece rekabetin bozulması*” (prime line injury) durumu, aynı zamanda dışlayıcı anlaşmaların bir örneğini oluşturur (kavram hakkında bkz. aşağıda III/E/6). Buna göre teşebbüs, bölge veya başkaca esaslara göre müşterileri arasında, fiyat gibi rekabet unsurları açısından ayırım gözetmekte ve bu sayede, rakip teşebbüsleri piyasa dışına itmeyi amaçlamaktadır. Örneğin, bir teşebbüsün, rakibinin de faaliyet gösterdiği piyasadaki alıcılarına düşük fiyattan mal vererek rakibiyle rekabet etmesi, öte yandan, bu rekabetin getirdiği mali yükü, rakibinin olmadığı bir başka bölgedeki alıcıları üzerine yüklemesi, örneğin onlara daha yüksek fiyat uygulaması, gerek rakip teşebbüsler açısından dışlayıcı etkilerin ortaya çıkmasına, gerekse alıcılar arasında rekabetin bozulmasına yol açar.

³⁵⁸ Teşebbüslerin “*ayırıcı uygulamalarda*” (teknik anlamıyla kullanmıyoruz) bulunmasının temel amacı, sürümü artırarak, daha fazla gelir elde etmektir. Bu amaç çerçevesinde, ayırıcı uygulamada bulunmak teşebbüslere, farklı özelliklere sahip müşteri kitleleri, farklı talepler veya farklı piyasa koşulları karşısında, esnek davranabilme ve farklı ticari koşullara uyum sağlama imkanı verirler. Örneğin, müşterilerin alım gücüne göre yapılan bir uygulama neticesinde, teşebbüs, geliri yüksek müşterilerine rahatlıkla yüksek fiyat uygulayabilmekte, buna karşılık, bu fiyatı karşılayamayacak güçteki teşebbüslere daha az bir kar marjı ile satış yaparak satış ve kar miktarını artırmakta ve aynı zamanda, kaynak dağılımını en iyi şekilde gerçekleştirmektedir. Yine benzer bir örnek olarak, ölçek ekonomisi veya benzer sebeplerden dolayı, alıcıların yüksek miktardaki talebi karşısında daha düşük fiyat verilmesi mümkün olmakta, buna karşılık, aynı mala ilişkin daha düşük miktardaki

talebe, daha yüksek bir fiyat verilebilmektedir. Ayrıca, farklı fiyat veya sözleşme koşulları uygulamak, sadece doğrudan maliyetle ilişkili olmayabilir. Örneğin teşebbüsler, mevsimlere veya dönemlere göre de, aynı edim ve müşteriler için farklı fiyat veya satış koşulları uygulayabilirler. Bütün bu örneklerden açıkça görülebileceği üzere, ayırıcı uygulamalar üretim ve sürümün artırılması, kaynak dağılımını rasyonelleştirmesi ve değişen ticari koşullara uyum sağlanması açılarından, teşebbüslere ve ekonomiye yarar sağlarlar.

³⁵⁹ Ayırıcılık, çok çeşitli şekillerde uygulanabilmekle birlikte, bunların başında, hiç kuşkusuz, “*fiyat ayırıcılığı*” gelmektedir. Fiyat ayırıcılığı, herhangi bir maliyet unsuruna dayanmayan fiyat farklılığı olarak tanımlanmakta, dolayısıyla belirli bir maliyete dayanan, yani ekonomik sebeplerle açıklanabilen farklı fiyatlamalar, ayırıcı fiyat olarak kabul edilmemektedir (Lipsey/Steiner/Purvis, sh.239; Whish/Sufrin, sh.503). Buna karşılık, neyin maliyet ile açıklanabileceği, neyin açıklanamayacağı ve dolayısıyla neyin hukuka aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi, oldukça güç bir iştir. Zira pek çok malın kesin bir maliyet hesabının yapılamaması veya maliyete etki edebilecek hususların çeşitliliği karşısında, hukuka aykırılığı belirlemek büyük zorluk arz eder. Bunun yanı sıra, uygulamada çok farklı türde ayırıcı uygulamalar yapılması, tespit sorununu içinden çıkılmaz bir hale sokmaktadır. Bunların dışında, hükmün tatbik edilmesindeki bir başka zorluk da, aynı edimler karşısında kimin eşit durumda olduğunun belirlenmesidir. Zira hiçbir teşebbüsün mutlak anlamda eşit olacağından bahsedilemez. Dolayısıyla, ne dereceye kadar farklılıkların eşitlik içerisinde görülebileceği, ayırıcı uygulamayı gerçekleştiren teşebbüsün eşitliğe ilişkin varsayımları ve saiklerinin dikkate alınıp alınmayacağı, ekonomik eşitlik veya farklılık dışındaki, sosyal, siyasal, psikolojik durumların, eşitliğin belirlenmesinde önem taşıyıp taşımadığı gibi meselelerin nasıl değerlendirileceği belli değildir (ayırıcı fiyat uygulamalarının, Rekabet Hukuku kapsamında kabul edilmesinin ekonomik açıdan eleştirisi için bkz. Bork, sh. 394 vd.).

³⁶⁰ Müşterilerin eşit koşulda bulunmaları, hükmün tatbiki açısından mutlak suretle gerekli değildir. Burada esas önemli olan husus, rekabette fırsat eşitliğine aykırı bir biçimde müşteriler arasında ayırım gözetilmesi ve rekabet şartları açısından, bir kısmının, diğerleri karşısında avantajlı konuma sokulmasıdır. Nitekim bu husus, RA.’ndaki düzenlemede gayet açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu bağlamda, aynı koşullar içerisinde bulunan taraflara aynı edimler için farklı koşulların uygulanması kadar, eşit koşullar içerisinde bulunmayan taraflara, teslim fiyatlı satışlar (uniform delivered pricing; bkz. 1998/3 no.’lu Grup Muafiyet Tebliği, md.7/g), yeknesak fiyat uygulamaları gibi aynı ticari koşulların uygulanması da, ayırıcı özellikler gösterir.

³⁶¹ Krş. Ersin, Görüş, sh.45

³⁶² İnan, Maddi Hukuk, sh.74

³⁶³ Bkz. aşağıda §2/III/C/2

³⁶⁴ Teşebbüslerin tek yanlı olarak, müşterilerine karşı farklı koşullar öne sürmeleri ve onlar arasında ayırıcılık yapmaları, kendi ticari politikalarını ilgilendiren bir meseledir. Ayırıcı uygulama yapan teşebbüs, bir karteğe mensup veya hakim konumda olmadıkça, bunun yasaklanması mümkün değildir. Zira ayırıcı uygulamaya maruz kalan müşteri teşebbüsün, farklı kanallardan mal temin etme özgürlüğü bulunduğu sürece, irade özgürlüğü ve ticaret serbestisi çerçevesinde kendi ticari politikasını oluşturması gerekir. Şüphesiz böyle bir durumda, ilgili teşebbüsün ayırıcı uygulamaya muhatap olup

olmaması, tamamen kendi ticari tercihine kalmıştır ve bu tercihinin sonuçlarına da, kural olarak kendisi katlanmalıdır. Rekabet Hukuku kurallarının, ticaret serbestisi içinde verilen yanlış kararları telafi etmek gibi bir amacı yoktur. Ayırıcı uygulamada bulunan teşebbüs de, aynı şekilde, yaptığı ayırıcı uygulamanın olumlu veya olumsuz sonuçlarına katlanmalıdır. Üstelik yukarıda ifade edildiği üzere, ayırıcı uygulamaların ekonomik açıdan çeşitli faydalar sağlaması, bu tür uygulamaların yasaklanmasını değil, aksine teşvik edilmesini gerektirir.

Buna karşılık, tekel veya benzer güce sahip olduğu varsayılan kartelin bu tür uygulamalarda bulunması, rekabet açısından olumsuz sonuçlar doğurur. Zira bu gibi hallerde, müşterilerin alternatif kaynaklara yönelmesi imkanı oldukça kısıtlıdır. Bu ise, kartele veya monopole bağımlılık ve dolayısıyla ayırıcı uygulamaya muhatap olma zorunluluğu anlamına gelir. Dolayısıyla, gerek kartel, gerekse monopol tarafından gerçekleştirilen ayırıcı uygulamaların, Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmesi doğaldır.

Fakat burada karşımıza önemli bir problem çıkmaktadır ki, o da somut olaydaki ayırıcı uygulamanın, 4. madde mi, yoksa 6. madde mi içerisinde görüleceğidir. Zira ayırıcı uygulamaların, ekseriya dikey bir sözleşme şeklinde ortaya çıkması, çoğu kez ayırmıcılığın tek bir teşebbüs tarafından mı yoksa, birden fazla teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği hususunda karışıklığa neden olmaktadır. Ayrıca ayırmıcılığa temel olacak danışıklılığın uyumlu eylem vasıtasıyla gerçekleşmesi olasılığı da, tek yanlılık-danışıklılık arasındaki sınırları silikleştirmektedir. Mesela pek çok durumda ayırmıcılığın muhatabı olan teşebbüs, söz konusu uygulamanın tek yanlı olmadığını ve sağlayıcı ile diğer alıcılar arasındaki zımnî uyuşmaya veya uyumlu eyleme dayandığını ileri sürebilir. Üstelik 4. maddenin tatbik edilebilmesi için, sadece yatay bir ilişkinin değil, dikey bir ilişkinin de yeterli olması, bu karışıklığı büsbütün artırmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, aslında 86. madde kapsamında değerlendirilmesi gereken bazı tek yanlı ayırıcı uygulamalar (dikey sözleşmeler), 85/1.madde çerçevesinde hukuka aykırı olarak görülmüştür (benzer ve hatalı bir yaklaşım için bkz. Baykan, sh.181). Keza, 1998/3 no.'lu Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nin 7/g. maddesinde de, ayırmıcılık uygulamasının, hakim durum koşulu bulunmaksızın, 4. madde kapsamına girebileceği dolaylı olarak belirtilmiştir. Oysa 4 ve 6. maddelerin uygulanma koşulları birbirlerinden tamamen farklıdır. 4. maddenin uygulanabilmesi için ayırmıcılığa temel olacak anlaşma gibi bir danışıklı ilişki, 6. maddenin uygulanabilmesi için ise hakim durum koşulu bulunması gerekir. Bu ayırım yapılmadığında ise, aslında Rekabet Hukuku kapsamına girmeyen ayırıcı uygulamaların, 4. madde kapsamında yasaklanabilmesi tehlikesi vardır.

³⁶⁵ Üreticinin alıcılarından biri ile anlaşarak (*ki bu ayırmıcılığa temel olan danışıklı ilişkidir*), diğer alıcılarına farklı şartlar uygulaması teorik olarak, “e” bendinin uygulanmasına imkan verir. Zira bu durumda, ayırmıcılığa temel teşkil eden bir danışıklı ilişki ve müşteriler arasında farklılık yaratılması şartları gerçekleşmiştir. Örneğin böyle bir durumda, alıcı, sağlayıcıdan, diğer alıcılara karşı daha elverişsiz sözleşme koşullarının tatbik edilmesini ve kendisinin avantajlı konuma sokulmasını talep edebilir. Aynı şekilde, sağlayıcının da bunun aksini alıcıya kabul ettirmesi mümkündür. Bununla birlikte, taraf menfaatlerinin birbirine zıt olması nedeniyle, teorik olarak gerçekleşmesi

mümkün olan bu gibi durumların, pratikte gerçekleşmesi oldukça güçtür. Zira her iki durumda da söz konusu anlaşmanın kabulü, taraflardan birinin menfaatinin açık bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir. Bu tür bir anlaşmanın yapılması, kanımızca, ancak taraflardan birinin tekel benzeri konumu nedeniyle yüksek pazarlık gücüne sahip olması ve bu talebini karşı tarafa dayatabilmesi veya verdiği bu ödün karşılığında başkaca avantajlar elde etmesi halinde söz konusu olabilir. Zaten teşebbüsün tekel benzeri bir güce sahip olması, büyük olasılıkla teşebbüsün hakim konumda kabul edilmesine, yani aynı zamanda 6. maddenin uygulanmasına imkan verir. Fakat yine de, alıcı teşebbüslerin sağlayıcıya bağımlılığı veya alternatif kaynaklara yönelebilmeleri imkanı açısından, sağlayıcının mutlak suretle 6. madde anlamında hakim durumda olması gerekmez. Bunun dışında fiili veya hukuki bir takım engellerden dolayı hakim güç benzeri (özellikle geçici dönemler bakımından) bir ekonomik güç söz konusu olabilir. Dolayısıyla sınırlı bir çerçevede içerisinde 4. maddenin de bu tür ilişkilere uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

³⁶⁶ Diğer durumla kıyaslandığında gerçekleşmesi daha muhtemel olan bu ihtimalde, üretici ve dağıtıcının aralarında yaptığı dikey anlaşmada (*ki bu ayırmıcılığa temel olan danişıklı ilişkidir*), alıcının, malların tekrar satışını yapacağı teşebbüsler, örneğin perakendecileri arasında, farklılık yaratacağına ilişkin kayıtlar yer almaktadır. Bu tip kayıtların dercedilmesi, üretici ve dağıtıcının menfaatlerine açıkça aykırılık oluşturmaz. Bu itibarla bu tür uygulamaların teorik ve pratik açıdan gerçekleşmesi ve aynı zamanda rakip teşebbüslerin dışlanması, piyasaların coğrafi sınırlara göre bölünmesi gibi çeşitli amaçlara hizmet etmesi mümkündür (örneğin Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında : Re Pittsburgh Corning Europe, OJ.(1972), L.272/35 (1973), CMLR.D22).

³⁶⁷ Bkz. yukarıda III/E/2

³⁶⁸ "Price Discrimination"

³⁶⁹ Ayırmıcı uygulamalar, fiyat ve diğer sözleşme şartlarının tespit edilmesine ilişkin "a" bendi ile kıyaslandığında, teşebbüsler arasında somut farklılıklar yaratılması ve uygulamanın belirli bir muhatabının olması açılarından, daha kolay tespit edilebilir. Özellikle ayırmıcılığın belirli bir hedefinin olması, bu ayırmıcılık nedeniyle zarar gören teşebbüslerin ihbar ve şikayette bulunmasına neden olacak ve dolayısıyla ayırmıcı uygulamalar kendiliğinde ortaya çıkacaktır.

³⁷⁰ Aslan, sh.76, 205; aksi gör. Çeker, sh.102,103

³⁷¹ Tandoğan, sh.27,28; İşgüzar, sh.14; Gürzumar, sh.24; Teoman, sh.36; Aslan, sh.206

³⁷² Nitekim tek satıcılık sözleşmelerini, acenta gibi tacir yardımcılarından ayıran en önemli fark da, tek satıcının sağlayıcı veya satıcı karşısında bağımsız faaliyet göstermesi ve bu çerçevede Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüs olarak nitelendirilebilmesidir.

³⁷³ Bkz. Tandoğan, sh.28-31, Aslan, sh.210 vd.

³⁷⁴ Kanun'un getirmiş olduğu istisna çerçevesinde, iki rakip üretici teşebbüsün, hangi müşterilere avantajlı sözleşmeler yapacaklarını önceden kararlaştırmaları ve bu ayırmıcı uygulamalarını, münhasır satım sözleşmeleri ile hayata geçirmeleri halinde, hukuka aykırılık söz konusu olmayacak, fakat bunu başka bir sözleşme, örneğin bir franchising sözleşmesi ile tatbik ederlerse, istisna uygulanmayacak ve hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır. Şüphesiz bu durumun mantıklı bir açıklamasını bulmak güçtür. Her şeyden önce, bu tür yatay ilişkiler, aynı zamanda "a" bendi kapsamına gireceklerinden dolayı, hukuka uygun kabul edilemezler. Bunun dışında, bu tür yatay danişıklı ilişkiler,

nitelikleri gereği rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmaları nedeniyle, 4. madde yasağını bunlara tatbik etmemek mümkün değildir. Dolayısıyla Kanun'un getirdiği bu istisnanın yatay ilişkiler açısından uygulanma imkanı yoktur. Esasen hükmün ilk halinde yer almayan ve çeşitli baskı gruplarının müdahalesiyle sonradan eklenen münhasır bayiliğe ilişkin bu istisna, bu sözleşmelerin ülkemiz uygulamasında oldukça yaygın olmasından dolayı, önce 4. maddenin tamamı için düşünülmüş, fakat daha sonra kapsamı ancak bu bent ile sınırlı tutulmuş ve adeta bir yama gibi kalmıştır. Kanımızca bu istisna ile asıl hedeflenen, teşebbüslerin tek yanlı uygulamaları bakımından münhasır bayiliği muaf tutmaktır. Bir başka anlatımla, bu istisnanın hükme konuluş amacı, sağlayıcı teşebbüsün münhasır satım sözleşmeleri vasıtasıyla kurduğu satış ağı içerisindeki müşterileri arasında farklılık gözetebilmesine olanak sağlamak ve uygulamada yaygın olarak görülen münhasır satım sözleşmelerini geçerliliğini korumaktır.

³⁷⁵ Hükmün lafzı, münhasır bayilik istisnasının sadece ikinci aşama, yani ayırimcılık uygulaması için öngörülmüş olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

³⁷⁶ RA.'ndaki bu hükmün kaynağı, Amerikan hukukundaki Robinson-Patman Yasası'dır. Sherman Yasası'nın 2.maddesi ve daha sonra çıkarılan Clayton Yasası'nın 2.maddesinin, fiyat ayırimcılığının önlenmesinde vasıta olarak kullanılabilir olmasına rağmen, büyük depresyon sırasındaki bazı iktisadi olaylar ve baskılar neticesinde çıkarılan bu Yasa, sadece ayırimcılık uygulamalarını düzenleme altına almaktadır. 1930'lu yıllardaki depresyon döneminde, özellikle gıda sektöründe faaliyet gösteren küçük teşebbüsler, piyasada ortaya çıkan büyük marketlerin daha ucuz fiyata mal temin edebilmelerinden ötürü, bunlar karşısında rekabet edebilme imkanlarını yitirmiş ve bu durumun politik yansımaları neticesinde, yeni bir yasa ihtiyacı doğmuştur. Bu düşüncelerle hazırlanan *Robinson-Patman Yasası*, rekabetin değil, temelde küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunmasına, yani rekabetten çok, rekabetçilerin korunması amacına hizmet eder. Dolayısıyla, Yasa'nın uygulanmasında ekonomik verimliliğin korunması ikinci planda kalmaktadır. Yasa'da, malların arzında (hizmetler kapsam dışı) fiyat ayırimcılığı yoluyla sadece müşteriler arasındaki rekabetin bozulması değil (*second line injury*), rakipler arasındaki rekabetin zarar görmesi (*prime line injury*) ve her iki tarafın müşterilerinin de zarar görmesi (*tertiary line injury*) halleri de koruma altına alınmıştır. Yasa, fiyat ayırimcılığı nedeniyle rekabetin önemli ölçüde azalması ve tekelleşmenin ortaya çıkması halinde yasak getirmekte, fakat fiyat farklılığının maliyetten kaynaklanması veya piyasadaki rekabetin karşılanması (örneğin ilgili piyasadaki başka teşebbüslerin fiyatları önemli ölçüde aşağıya çekmesinden) hallerinde, yasaktan istisna tanımaktadır. Amerikan rekabet otoriteleri, Yasa'nın uygulanmasında oldukça çekingen davranmakta ve dolayısıyla Yasa'nın tatbiki, ancak "üç katı tazminata" (*treble damages*) imkan veren adli yargı çerçevesinde cereyan etmektedir.

³⁷⁷ Aslan, AT., sh.94; krş. EC.Report, sh.53; Whish/Sufrin, sh.526,527

³⁷⁸ Kodak, OJ.(1970) L.147/24 (1970), CMLR. D19; Newitt/Dunlop Slazenger International, OJ.(1992), L.131/132

³⁷⁹ Kanımızca kelepçeleme uygulamalarının rekabet açısından doğurduğu en büyük tehlike "*bağlı mal*" piyasasındaki ortaya çıkan dışlayıcı etkilerdir. Kelepçeleme uygulamasını gerçekleştiren teşebbüs, "*bağlayıcı mal*" piyasasında sahip olduğu ekonomik gücünü, "*bağlı mal*" piyasasına da teşmil etmekte ve bu piyasadaki aktüel ve

potansiyel rakipleri başka bir piyasadaki üstünlüğüne dayanarak dışlamaktadır. Örneğin, otomobil piyasasında hakim konumda bulunan teşebbüs (veya piyasanın büyük bir kısmına hitap eden bir teşebbüs birliği), arabalarının satışını otomobil radyosunun da satışına bağlarsa (veya bu yönde bir tavsiyede bulunursa), o vakit söz konusu radyo piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin rekabet olanakları ortadan kalkacaktır.

³⁸⁰ “Tying agreements”

³⁸¹ Burada mal terimi geniş anlamıyla, yani hizmetleri de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

³⁸² Bir malın tek başına satın alınmasının mümkün olduğu bir durumda, satıcı teşebbüsün alternatif olarak kelepçeleme uygulama yapması ve örneğin, bu uygulama çerçevesinde daha cazip fiyat vermesi halinde, bunun doğrudan bent kapsamına girmesi güçtür. Fakat pek tabii ki, burada sağlanan fiyat avantajının nispeti de önem taşır. Alıcının her iki malı veya mal ile birlikte alınması zorunlu kılınan hizmeti de almaktan imtina etmesi ve sadece asıl talep ettiği malı almakta direnmesi halinde, uygulanan fiyat ve diğer sözleşme koşullarında önemli bir farklılık oluyorsa, yani fiilen iki malın bir arada alınması mecburiyeti söz konusu ise, o vakit bu durum kelepçeleme sözleşmesi olarak mütalaa edilmelidir. Bu ve benzer durumlar, özellikle 6. madde çerçevesinde önem taşır. Zira bu tür uygulamaların yapılmasına dair bir danışıklı ilişki, aynı zamanda 4. maddenin “a” bendi anlamında bir rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak kabul edilir.

³⁸³ Daha gerçekçi bir örnek vermek gerekirse, gazete üreten bir teşebbüsün, gazeteyi tek başına sağlamaktan kaçınarak, bunu promosyon adı altında, ancak sunulan başkaca malların da alımına bağlaması halinde, açık bir kelepçeleme uygulaması ortaya çıkar. Şüphesiz bunun tek yanlı olduğunu da belirtmek gerekir.

³⁸⁴ “Tying product”

³⁸⁵ “Tied product”

³⁸⁶ Esasen ifadenin lafzındaki tek farklılık bu değildir. Söz konusu ifadede, öncekinde yer almayan, “*aracı teşebbüs durumundaki alıcılar*” ibaresine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerdeki farklılıkların, teşhir veya reklamın tüketiciler tarafından yapılmasının mümkün olmadığı, bunun ancak, tekrar satış amacı ile mal alan teşebbüsler için söz konusu olabileceği mantığından yola çıkarak öngörülmüş olabileceğini ve dolayısıyla ilk ifadedeki boşluğun, hem tüketicileri, hem de aracı alıcıları kapsar iken, buradaki ifadenin sadece aracı alıcıları kapsadığını söylemek mümkündür.

³⁸⁷ Burada eğer satıcı, talep edilen malın satışını, başka malın değil, anlaşmaya konu olan malın servisinin de sağlanması koşuluna bağlı kılsa veya ilgili malın tüm çeşitlerini alma zorunluluğunu getirirse (full line forcing) ya da belirli miktar zorunluluğu getirirse, bu durumlar da kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte, bu tip uygulamalar genellikle daha müsamahalı bir yaklaşım içerisinde değerlendirilmekte ve hatta grup muafiyetinden faydalanabilmektedir (bkz. Tebliğ No: 1997/3, md.3/c.1) .

³⁸⁸ Aslan, sh.78

³⁸⁹ İfade etmek gerekir ki, RKHK.’dan farklı olarak, RA.’ndaki hüküm münhasıran kelepçeleme sözleşmelerini düzenlemektedir. Dolayısıyla bu düzenlemenin yerindeliği veya amaca uygunluğu, sadece bu tür uygulamalar açısından söz konusu yapılmaktadır. RKHK. ise, sadece kelepçeleme sözleşmelerini değil, bunun dışında kalan dikey alım satım sınırlamalarının tümünü kapsamaktadır.

³⁹⁰ RKHK., “f” bendinin uygulanmasında ticari teamüller kavramına yer vermekle birlikte, bu kavram ile neyi kastettiğini veya ticari teamüllerin nasıl tespit edileceğini belirtmemektedir. “F” bendi veya kelepçeleme uygulamaları açısından 4. madde yasağının istisnası teşkil eden bu kavram, teşebbüsler açısından önemli bir savunma vasıtası olarak kullanılabilir. Üstelik tarafımızdan yapılan geniş yorum çerçevesinde, bu kavramın bütün dikey sınırlamalar için geçerli olabilecek bir istisna olduğu göz önünde tutulursa, içeriğinin belirlenmesinin ne kadar önemli olduğu kendiliğinden anlaşılır.

Öncelikle belirtelim ki, “*ticari teamüller*” kavramı, somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereken izafi bir kavramdır. Bununla birlikte, ticari teamüllerin kavramsal olarak belirli bir çerçeve içine sokulması ve nasıl tespit edileceğinin belirlenmesi gereklidir. Her şeyden evvel, burada kastedilen, MK.’nun 1.maddesi anlamında hukukun kaynağı olan örf-adet hukukundan daha farklı ve geniş bir kavramdır. Kanun, teamülün ticari olması gerektiğinden bahsettiğine göre, burada referans alınması gereken mevzuat TTK. olmalıdır. TTK.’ nun getirdiği sistem, MK’nun öngörmüş olduğu ve terimlerin anlamı ile daha uyumlu olan sistemden farklı olarak, teamül ve örf-adet arasında ayırım gözetmiş ve ilkinin hükme esas olması imkanı kabul etmişken, ikincisi için böyle bir imkan tanımamıştır. Buradaki teamül, örf adet seviyesine ulaşmamış alışkanlık veya uygulamalardır. Kanun’un öngörmüş olduğu sisteme göre, aksine hüküm olmadıkça teamül ancak taraf iradeleri veya sözleşmenin yorumunda esas olabilir. Bununla birlikte kanımızca burada aksi bir hüküm bulunmakta, bir başka deyişle, ticari teamülün bir hukuk kuralı kimliğine bürünerek hükme esas olması söz konusu olmaktadır. Ticari teamülün belirlenmesinde ise, Ticaret Hukuku uygulamasında olduğu gibi, 5590 sy. Ticaret ve Sanayi Odaları Kanun’un odalara verdiği görev çerçevesinde (md.5), somut olayla ilgili bir teamülün bulunup bulunmadığı, bölgedeki odaların yol gösterici nitelikteki açıklamaları ile belirlenebilir (bkz. Poroy, Ticari İşletme, sh.75)

Uygulamada özellikle paket veya takım satışı olarak adlandırılan uygulamalar, ticari teamül kavramının genişliği nedeniyle sorun yaratacak niteliktedir. Örneğin bilgisayar sektöründe, teşebbüsler kişisel bilgisayarlarda (P.C.) kullanılacak olan yazılım programlarını tek başına sağlamaktan kaçınmakta ve pek çok programı, bir paket halinde daha yüksek fiyata satmakta veya tek bir program için olağanüstü bir fiyattan satış yaparak, paketi daha cazip hale getirmektedir. Bu gibi dolaylı kelepçeleme uygulamalarının, bent kapsamına girip girmeyeceği, içtihatlarla belirlenecektir.

³⁹¹ Örneğin yukarıda vermiş olduğumuz araba misali üzerinde düşünecek olursak, araba ve klimanın, birbirlerinden bağımsız düşünüldüğü vakit, farklı mal piyasalarında yer aldığına hiçbir tereddüt yoktur. Oysa olayı kelepçeleme sözleşmeleri açısından değerlendirdiğimizde, arabanın klimasız satışından imtina edilmesi ve klimanın, arabanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu durumda, yukarıdaki piyasa tanımımız geçersiz olmaktadır. Fakat bu konuda dahi kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Örneğin klimanın aksesuardan sayılması gerektiği ve arabanın ayrılmaz bir parçası olmadığını iddia etmek de mümkündür. Bu iddiadaki haklılık payı, zamana ve arabanın satıma sunulduğu bölgenin kültürel ve coğrafi özelliklerine göre dahi değişebilir. Örneğin, güney ülkelerde klima arabanın ayrılmaz bir parçası olarak görülebilirken, aynı yorumu kuzey ülkeleri için yapmak mümkün değildir. Araba gibi, pek çok ayrı malı bünyesinde toplayan mallar için, bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

³⁹² Bkz. aşağıda §2/III/C/3

³⁹³ Daha önce de ifade edildiği üzere, 4. madde yasağı ancak “*danışıklı ilişki*”lere uygulanır. Bir kelepçeleme uygulamasının 4. madde kapsamına girmesi, ancak bu uygulamaya temel teşkil eden bir danışıklılığın bulunmasına bağlıdır. Taraflar öncelikle kelepçeleme uygulaması yapmak üzere anlaşmış olmalı ve bu anlaşmayı başka teşebbüslerle yaptıkları anlaşmalar vasıtası ile tatbik etmelidirler. Dolayısıyla kelepçeleme uygulaması, buna teşkil eden danışıklı ilişkinin bir ifası mahiyetinde olmalıdır. Başlı başına bir kelepçeleme uygulamasında bulunmak, Rekabet Hukuku açısından ancak 6. maddenin uygulanmasını gerektirebilir. Dolayısıyla 4. madde için öngörülen geçersizlik müeyyidesi, ekseriya sözleşme şeklinde ortaya çıkan kelepçeleme uygulamasına değil, buna temel teşkil eden danışıklı ilişkiye tatbik edilebilir. Bununla birlikte, yukarıda göreceğimiz üzere, RKHK.’nun bu esastan ayrıldığını da belirtmek gerekir.

³⁹⁴ Belirtmek gerekir ki, uygulamada yatay bir anlaşma ile bu türden bir kelepçeleme sözleşmesinin kararlaştırılması, pek rastlanan bir durum değildir. Bu itibarla yukarıda ifade edilen durum, teorik bir varsayımı yansıtmaktadır.

³⁹⁵ Şüphesiz bu iki etkinin ortaya çıkabilmesi, aynen hakim durum koşulunda olduğu gibi, kelepçeleme sözleşmelerine temel teşkil eden yatay ilişki taraflarının, bağlayıcı mal piyasasında önemli bir ekonomik güç sahibi olmalarına bağlıdır. Aksi takdirde, yani alternatif temin kaynaklarının bulunduğu bir durumda, ne alıcıların ticaret özgürlüğü, ne de bağlı mal piyasasındaki rekabetin dışlanması söz konusu olacaktır. Zira rekabetin dışlanması veya bağlı mal piyasasındaki rekabet şartlarının bozulması, ancak bu piyasanın kelepçeleme sözleşmelerinden önemli derecede etkilendiği hallerde söz konusu olabilir.

³⁹⁶ Malın satımını, başka bir malın da satın alınmasına bağlamaya ilişkin bir anlaşma, kanımızca her şartta “*a*” bendi anlamında “her türlü alım satım şartlarının tespit edilmesi” durumu teşkil eder.

³⁹⁷ Bkz. yukarıda III/E/2

³⁹⁸ Kelepçeleme uygulamalarının, piyasaya girişleri kolaylaştırması, fiyatların düşürülmesi, mal stokunun eritilerek ticaret hacminin artırılması ve ölçek ekonomisinin sağlanması gibi, ticari açıdan rasyonel bir takım amaçlara dayandığı ifade edilmektedir (Bkz. Bork, sh.375 vd.; Whish/Sufrin, sh.609). Bu itibarla dikey anlaşmalar yoluyla tatbik edilen kelepçeleme sözleşmeleri, yatay anlaşmayla tatbik edilenlere kıyasla, daha fazla uygulama alanı bulmaktadır.

³⁹⁹ Örneğin, üretici teşebbüsün, ürettiği ve kendi markası altında piyasaya sürdüğü malının daha verimli ve güvenli çalışmasını sağlamak amacıyla, malın faaliyeti esnasında kullanılması gereken bir başka ürünün de kendisi veya kendi belirlediği bir teşebbüsten alınmasını şart koştuğu takdirde, bunun “*f*” bendi kapsamına girdiği söylenebilir. Bununla birlikte, ticari itibarın ve kullanıcıların korunması gibi, rasyonel bir takım gerekçelere dayandığını söyleyebileceğimiz bu tür durumların, “*f*” bendindeki istisna kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu münasebetle belirtmek gerekir ki, istisnada yer alan ticari teamüller ifadesini geniş yorumlamak ve ekonomik ve ticari açıdan haklı görülebilir her durumu bu kapsam içerisinde değerlendirmek gerekir.

⁴⁰⁰ Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği’nin (Tebliğ No:1997/4, RG.23105, t. 9.9.1997) 4. maddesinin “*c*” bendine göre : “*Tek elden satın*

alma yükümlülüğünün, nitelikleri ve ticari teamül gereğince aralarında bir bağlantı olmayan iki veya daha fazlası mallar için getirilmiş olması” halinde grup muafiyeti hükümleri uygulanmaz. Görüldüğü üzere bu düzenleme, dolaylı olarak, Kanun’un 4.maddesinin “f” bendinin, hakim durum koşulu aranmaksızın dahi, kelepçeleme sözleşmelerine uygulanabileceğini belirtmekte ve hatta daha da ileri giderek, bu tip uygulamaların grup muafiyeti rejimi dışında kalacağını öngörmektedir. Bentte dikkati çeken bir başka nokta da, “f” bendindeki istisnadan farklı olarak, “malların nitelikleri” kriterinin getirilmiş olmasıdır.

⁴⁰¹ TKHK.’un (4077 sy., t. 23.2.1995) “satıştan kaçınma” başlığı altındaki 5.maddesinin 3. fıkrasına göre: “Satıcı, bir mal veya hizmetin satışını, o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat veya süresi kadar satın alınması ya da başka bir malın veya hizmetin satın alınması koşuluna bağlı kalamaz”. Takip eden fıkra, bu yasağa kısmi bir istisna getirmiş ve “Malın ya da hizmetin belirli bir miktar, sayı, ebat ya da süre koşuluyla satılması, teamül, ticari örf veya adetten ise, üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz” hükmünü öngörmüştür. Görüldüğü üzere buradaki istisna, RKHK.’da ifadesini bulan, klasik anlamda kelepçeleme sözleşmeleri için geçerli değildir. Dolayısıyla teşebbüsler tarafından tüketicilere yönelik olarak uygulanan klasik anlamda kelepçeleme sözleşmeleri, TKHK.’nun 5.maddesi gereği, hukuka aykırıdır. Her ne kadar bu düzenleme münhasıran tüketicileri koruma amacıyla vazedilmiş olsa da, kelepçeleme sözleşmelerinin ele alınış tarzı açısından ilgi çekicidir.

⁴⁰² Prensip olarak, gerek ayırıcı uygulamalar, gerekse kelepçeleme sözleşmelerinin, tek yanlı olarak tatbik edilmesi, 4. madde çerçevesinde değerlendirilemez. Bu, Kanun’un sistemine aykırı olduğu kadar, ekonomi gerçeklerine de aykırıdır. Bununla birlikte, öyle bazı durumlar olabilir ki, alıcıların bağlayıcı mala olan ihtiyacı veya o malı elde etme isteği, malı elinde bulunduran teşebbüsün, ilgili piyasada hakim konumda olmasa da, hakim teşebbüs gibi davranabilmesine imkan verebilir. Mesela kendine has özellikleri nedeniyle, bulunduğu mal piyasasındaki mallardan önemli ölçüde ayrılan ve adeta yegane (unique) ürün gibi rağbet gören mallar, üretici veya sağlayıcılarına önemli bir ekonomik güç sağlar. Özellikle patent, marka ve telif hakkı konusu olan malların bir kısmında, bu niteliklere rastlanması yüksek bir olasılıktır. Bunun dışında, alıcıların sağlayıcılara bağımlılığının yüksek olduğu bazı dağıtım ve sürüm sistemlerinde, alıcıların alternatif temin kaynaklarına yönelme imkanları, yapılan ekonomik yatırımın özelliği dikkate alınacak olursa, fiil imkansızlık nispetinde olabilir. Zira alıcılar, bu tip bir sözleşme ilişkisine girerken, satıcıların öngördüğü teminatlar, peşinatlar, öngörülen türden pazarlama ve satış organizasyonu (mağaza, depo, dekorasyon vs..), reklam ve eğitim masrafları gibi ağır bir yatırım maliyeti altında ezilmekte ve dolayısıyla ilişkiyi sona erdirmeye olanakları da, en azından kısa vadede mümkün olmamaktadır. Bu tip ilişkilerde, satıcıların alıcılara dayattığı kelepçeleme uygulamaları, alıcının pazarlık gücünün bulunmamasından dolayı, hakim teşebbüsün uygulamaları ile eş değer neticeler meydana getirir. İşte bu ve bunun gibi benzer durumlarda, kelepçeleme sözleşmesini tatbik eden teşebbüs hakim konumda olmasa da, fiilen elde ettiği ekonomik üstünlük hakim teşebbüs gibi davranabilmesine ve bağlanan mal piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde dışlanmasına imkan verebilir. Şüphesiz tek yanlı kelepçeleme sözleşmelerin 4. madde kapsamında değerlendirilmesinde çekingen davranılmalı ve ticari teamül ve

anlaşmanın niteliğiyle bağdaşmamasına rağmen, bağlı mal piyasasındaki rekabete önemli bir etkisi bulunmayan kelepçeleme sözleşmeleri hukuka uygun görülmelidir.

⁴⁰³ Bu takdirde 4. maddenin ruhuna aykırı olarak, Rekabet Hukuku açısından tek yanlı olarak nitelendirdiğimiz kelepçeleme sözleşmeleri geçersiz kılınabilecektir. Bununla birlikte bu durumun bir istisna olduğu unutulmamalıdır.

⁴⁰⁴ EC.Report, sh.53; Korah, sh.162; krş. Aslan, AT., sh.87

⁴⁰⁵ Whish/Sufrin, sh.609; Raybould/Firth, sh.73; Allison/Prentice, sh.445,

⁴⁰⁶ Vaessen/Moris, OJ.(1979), L.19/32 (1979), 1 CMLR. 511; Amerikan Hukukunda hakim durum şartının hafifletildiği söylenebilir : United States Steel Corp.-Fortner Enterprises, 429 US. 610 (1977).

⁴⁰⁷ Kelepçeleme sözleşmeleri yatay bazda da gerçekleştirilebileceğine göre, münhasıran dikey ilişkileri kapsayan tekrar arza ilişkin şartların ileri sürülmesi, kelepçeleme sözleşmelerini ancak kısmen kapsamaktadır. “F” bendinin, sadece dikey ilişkilere ilişkin olduğunu ifade ettiğimiz takdirde ise, kelepçeleme sözleşmeleri, esasen alım satım şartlarının tespitinden başka bir şey olmadığı için, bunlar “a” bendi kapsamına girecek ve bu bentte herhangi bir istisna öngörülmediğinden dolayı, yukarıda ifade ettiğimiz sorun ortaya çıkmayacaktır.

⁴⁰⁸ İfadenin lafzı ilk bakışta, sadece dikey değil, yatay anlaşmaları da kapsayacak gibi anlaşılabilmeğe de, “arz edilen mal” ibaresi, burada düzenlenen tekrar satış koşullarının, sadece arz edilen teşebbüse dayatılması halini kapsadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla yatay bir anlaşmayla, örneğin rakip üreticilerin, üçüncü kişi teşebbüslerle yapacakları sözleşmelerdeki alım satım koşullarını belirlemeleri “a” bendine girerken, üretici ve dağıtıcının, alt dağıtıcı veya alıcı ya da tüketiciye yönelik olarak tekrar satış koşullarını belirlemesi, hem “a” bendi, hem de “f” bendine girecektir.

⁴⁰⁹ RKHK.’da öngörülen örnek sınırlayıcı uygulamalara baktığımızda, esasen bunların pek çoğunun yatay ilişkiler göz önünde tutularak kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Nitekim yukarıdaki yorum çerçevesinde “a” bendinin münhasıran yatay anlaşmalara yönelik olduğunun kabul edilmesinin yanı sıra, “b”, “c” ve “d” bentleri de, yatay anlaşmalara yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Böylelikle söz konusu bentlerdeki durumların, dikey ilişkiler açısından gösterdiği zorluklar da aşılmış olacaktır. RKHK.’nun madde gerekçelerine baktığımızda ise, bu yaklaşımı destekleyici bir ifadeye yer verildiğini söylemek mümkündür. 4. maddenin gerekçesinde aynen şu şekilde bir ifadeye yer verilmiştir : “Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar dikey ve yatay anlaşmalar şeklinde olabilmektedir. Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşten hareketle Maddenin ikinci fıkrasında en sık rastlanılan rekabeti sınırlama anlaşmaları örnek olarak sayılmış ve bu tür anlaşmaların bizatihi yasak olduğu vurgulanmıştır.”

⁴¹⁰ Örneğin anlaşmanın niteliği kriteri, esasen ortak hukuk (common law) kaynaklı olan ve Avrupa Birliği Hukukunda dikey ilişkilerin 85/1.madde yasağından çıkarılmasında bir vasıta olarak kullanılan, “tali sınırlamalar” (ancillary restraints) doktrinini çağrıştırmaktadır. Ticari teamüller kıstasını da, yukarıda ifade ettiğimiz gibi geniş yorumlayarak, ekonomik açıdan haklı görülebilir uygulamaları kapsayacak şekilde kabul edersek, “f” bendinde yer alan bu istisna, belki de Kanun koyucunun hiç öngörmediği bir şekilde, 4. maddenin tatbikinde büyük rol oynayacaktır.

⁴¹¹ Ticari yaşam içerisinde, birbirlerinden, kapsamı, nitelikleri, etkileri ve amaçları bakımından farklılık arz eden pek çok danışıklı ilişki bulunmaktadır. Bunların tek bir kriterle sınıflandırılması veya hepsi için geçerli kuralların benimsenmesi mümkün değildir. Rekabet Hukuku açısından da, danışıklı ilişkileri tek bir yönüyle değerlendirmek ve bu ilişkilere sadece rekabete olan etkileri açısından bakmak, yerinde bir yaklaşım tarzı değildir. Bir danışıklı ilişkinin, bir yönüyle rekabeti kısıtlıyor olması, onun aynı zamanda ekonomik ve sosyal açıdan yarar sağlamayacağı anlamına gelmez. Aksine, ticari yaşamdaki danışıklı ilişkilerin çok yönlü etkileri, genellikle bunların aynı zamanda olumlu yönlerinin bulunduğu faraziyesinin kabul edilmesini gerektirir. Hatta kanımızca, Rekabet Hukuku açısından “*per se*” hukuka aykırı olarak kabul edilen ilişkilerin dahi, somut şartlar altında, olumlu yönleri bulunabilir. Pek tabii ki, bir ilişkinin 4. madde yasağından kurtulabilmesi için, sadece olumlu yönlerinin bulunması yeterli değildir. Bu olumlu yönlerin, rekabet açısından olumsuz yönleri ile kıyaslandığında, daha ağır basması gerekir. Netice olarak, rekabeti sınırlayıcı özellikleri olan bir danışıklı ilişkinin, sosyal ve özellikle ekonomik açıdan olumlu yönlerinin bulunup bulunmadığı mutlak suretle araştırılmalıdır.

Fakat kanımızca esas tartışılması gereken mesele, olumlu yönleri ağır basan bir danışıklı ilişkinin, hangi norm çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğidir. Burada, iki temel yaklaşım söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, Avrupa Birliği Hukukunda özellikle Komisyon’un benimsediği yaklaşımdır ki, buna göre, eğer bir anlaşma, herhangi bir şekilde rekabeti sınırlıyor ise (üye ülkelerarası ticarete etkilemek ve “*de minimis*” eşliğinin aşılması şartıyla), o takdirde anlaşma, 85/1.madde yasağına tabidir. Bununla birlikte, anlaşmanın aynı zamanda olumlu yönleri bulunuyor ise, bunlar, 85/1 değil, 85/3.madde kapsamında değerlendirilebilir, yani muafiyet alabilir. Diğer yaklaşıma göre ise, rekabeti sınırlayıcı olan her anlaşma, kendiliğinden 85/1. madde kapsamında görülmemeli ve olumlu yönlerinin ağır basması halinde, anlaşmanın, 85/1. madde yasağı dışında tutulması mümkün olmalıdır. Bir başka deyişle, anlaşmanın olumlu ve olumsuz yönlerinin değerlendirilmesi, mutlaka muafiyet kapsamında değil, “*rule of reason*” analizi ile, 85/1. maddenin kendi içinde de yapılabilir. ⁴¹²

Şüphesiz her iki yaklaşımın katı bir şekilde benimsemek mümkün değildir. Bununla birlikte, ikinci yaklaşımın, 85/1. madde yasağının sebep olacağı ağır olumsuz sonuçların ve muafiyet sisteminin eksikliklerinin bertaraf edilmesi açılarından daha makul olduğunu söylemek gerekir. Her ne kadar RKHK.’nun sistemi ilk yaklaşıma daha yakın olsa da, en azından dikey anlaşmalar gibi, rekabet açısından daha az zararlı görülebilecek anlaşma türleri bakımından, ikinci yaklaşımın üstün tutulması önerilebilir.

⁴¹² Bkz. yukarıda III ve özellikle III/C/2 ve III/C/4

⁴¹³ Böyle bir nitelendirmede bulunmanın gerekliliği ve yerindeliği oldukça tartışılabilir olmakla birlikte, kanımızca muafiyet kararı veya muafiyet tebliği, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır. Bir başka deyişle, hakkında muafiyet kararı verilen veya yürürlükteki herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren bir danışıklı ilişki, artık hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Bu anlamda muafiyetten yararlanmak, bir “*hukuka uygunluk sebebi*”dir. Bu görüşe çeşitli gerekçeler gösterilebilir.

Her şeyden önce 5. maddenin ifadesi, böyle bir yoruma müsait ve hatta bu yorumu teşvik edicidir. Söz konusu ifadeye göre, “*Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde ilgililerin talebi üzerine, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs*

birliği kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir”. Bu ifade çerçevesinde, muafiyetin usuli ve maddi şartlarının tamamının varlığı halinde, 4. madde hükümleri uygulanmadığına göre, uygulanmayan bir madde dolayısıyla hukuka aykırılık da söz konusu edilemez. Bir başka deyişle, 5. madde, hukuka aykırılığın sebebi olan 4. maddenin uygulanmasını önlemekte ve mantıksal olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Bu durumda 4. madde hükümlerinin uygulanabilmesi, ancak 5. maddenin uygulanmamasına bağlı olmaktadır. Dolayısıyla esasen bu iki madde, bir bütünün parçaları olarak da nitelendirilebilir. Nitekim mehz RA. ’nda da, bu iki hüküm aynı madde içerisinde düzenlenmiştir.

Muafiyetin hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmesi, kanımızca 4. madde sisteminin ve Rekabet Hukukunun amaçlarına da uygundur. Zira 4. maddenin amacı, piyasadaki rekabeti olumsuz bir şekilde etkileyen danışıklı ilişkilerin yasaklanmasıdır. Muafiyet kararı ise, usuli koşullar bir kenara, maddi şartlar itibarıyla, olumlu yönleri, olumsuz yönlerinden daha ağır basan danışıklı ilişkiler için verilmektedir. Bu nedenle, piyasa ve rekabet açısından olumlu yönleri ağır basan bir danışıklı ilişkinin, sırf belirli yönleri nedeniyle hukuka aykırı olduğunu ve muafiyet kararına rağmen hukuka aykırılığın ortadan kalkmadığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Rekabet Hukukunun genel ilkeleri ve amaçları açısından baktığımızda da, durum aynıdır. Zira Rekabet Hukukunun tek amacı, rekabetin korunması değildir. Bunun yanı sıra, tüketici ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması gibi tali amaçlara da hizmet etmektedir. Muafiyet ise, kanımızca bu tali amaçların en önemli vasıtasıdır. Bu nedenle, hakkında muafiyet kararı verilmiş bir anlaşmanın, halen hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bunların dışında hukuk mantığı açısından, muafiyeti başka bir şekilde nitelendirmek de güç gözükmemektedir.

⁴¹⁴ Kanun’da muafiyet hükmünün bağlayıcılığına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamasına rağmen, kanımızca bu yaklaşımı benimsemek zaruridir. Zira her şeyden önce bu durum, hukuk güvenliği ve istikrarının bir gereğidir. Ticari ilişkilere taraf olan teşebbüsleri, muafiyet kararı alınmadan önce işlemin akıbeti hakkındaki belirsizlik süreci içerisinde bırakmak yetmiyormuş gibi, bir de alınan muafiyet kararı sonrasında bu şekilde, kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Üstelik muafiyet kararlarına bağlayıcı etki tanımak, içtihatlarda ortaya çıkabilecek çelişkilerin önlenmesini sağlayacaktır. Bunun dışında, muafiyet kararına bağlayıcı etkiyi vermeme, muafiyetin anlamının ve ondan beklenen yararların tamamen ortadan kalkmasına neden olacaktır. Ayrıca bu durum, muafiyetin hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmesine ilişkin görüşle de bağdaşmamaktadır. Nihayet son olarak aksi yaklaşım, Kanun’un Rekabet Kurulu’na yüklediği görevle de çelişir. Zira kararları bağlayıcı olmayan bir Kurum’un, saygınlığı, etkinliği ve otoritesi de ortadan kalkacaktır. Şüphesiz en azından hukuk güvenliğinin sağlanması düşüncesiyle, Kanun’da bu hususların açıkça düzenlenmiş olması beklenirdi (benzer yaklaşım Aslan, sh..170; Avrupa Birliği Hukukunda da, muafiyet kararlarının ulusal mahkemeler açısından bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir. <Smit/Herzog, sh.155; Bellamy/Child, sh.649; Green/Robertson, sh.355>).

⁴¹⁵ Örneğin rekabet ile bir ilgisi bulunmayan veya farklı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin yaptıkları anlaşmalar için muafiyet alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira muafiyete ilişkin bu düzenleme, sadece rekabeti sınırladığından dolayı 4. madde yasağına tabi olan, fakat aynı zamanda olumlu yönlerinin bulunduğu düşünölen danışıklı

ilişkiler için öngörülmüştür. 4. madde anlamında rekabeti sınırlamayan bir danışıklı ilişkinin, bildirim mecburiyeti de yoktur.

⁴¹⁶ Muafiyete ilişkin bu düzenleme, Kanun'da da açıkça belirtildiği üzere, sadece 4. madde kapsamına giren ilişkilere uygulanabilir. Hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eden bir davranışın veya 7. madde kapsamına giren bir birleşmenin, muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Bununla birlikte, 4. madde kapsamına giren bir danışıklı ilişkinin, aynı zamanda 6 ve hatta 7. madde kapsamına tabi olabileceği düşünülecek olursa, isititnaen de olsa, 6. veya 7. madde kapsamına giren bir danışıklı ilişkinin muafiyet alması olasılığı doğmaktadır. Örneğin konsantrasyona yol açan bir ortak girişimin, 4. madde kapsamına girecek nitelikte hükümleri var ise, bu hükümlerin muafiyetten yararlanmaması için hiçbir engel yoktur. Bununla birlikte, ilişkinin muafiyetten yararlanması, diğer hükümlerin uygulanmasını engellemez. Verdiğimiz bu örnekte somutlaştırılacak olursak, ortak girişim anlaşmasında, 4. madde kapsamına giren ve 5. madde ile muafiyet alan kayıtların bulunması, 7. maddenin uygulanmasını engellemez.

⁴¹⁷ RKHK. 'nun, Kurul'un görev ve yetkilerinin düzenlendiği 27. maddesinin "b" bendine göre, "İlgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek" Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkisindedir.

⁴¹⁸ Adli mahkemelerin, muafiyet sağlama yetkilerinin olmadığı kesin olmakla birlikte, muafiyet koşullarının bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yetkilerinin olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Zira danışıklı ilişkinin muafiyet alması veya alabilecek durumda olması halinde, adli mahkemenin vereceği karar da bundan doğrudan etkilenecektir. Örneğin, bir anlaşmanın 4. maddeye aykırı olduğu iddia edilerek, üçüncü bir kişi tarafından açılan bir tazminat veya geçersizliğin tespiti davasında, muafiyet şartlarının bulunduğu iddia edilmesi karşısında ne yönde karar verilmelidir? Mahkeme muafiyet şartlarının bulunup bulunmadığını tetkik edebilir mi ?

Kanımızca bu soruya verilecek "yalın" cevap "hayır" olmalıdır. Mahkeme, muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmekten kaçınmalı ve fakat, anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren, -ki vaktinde veya hiç bildirilmemiş olan bir anlaşma için bu koşulun gerçekleşmesi neredeyse imkansızdır- muafiyetten yararlandırılması mümkün oluyor ise, o vakit bunu "bekletici mesele" yapıp, kararını, Rekabet Kurulu'nun vereceği karara kadar vermemelidir. Belirtmek gerekir ki, Kurul'un muafiyet kararı vermesi dışındaki tüm durumlarda (menfi tespit dahil), mahkeme dilediği yönde karar alabilir (bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C).

Burada tartışılması gereken husus ise, geçersizlik itirazı veya tazminat talebi gibi bir nedenle önüne gelen bir olayda, mahkemenin muafiyet şartlarının bulunduğu değil, bulunmadığına karar verip veremeyeceği, bir başka deyişle, sadece teorik açıdan muafiyet alabilecek bir danışıklı ilişkinin, rekabeti sınırlayıcı amacının açık olması nedeniyle, pratik olarak muafiyet alamayacağı düşüncesiyle, 4.maddeyi tatbik edip etmeyeceğidir. Kanımızca bu soru olumlu yanıtlanmalı ve mahkemenin muafiyet şartlarının bulunmadığına ilişkin değerlendirme yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin rekabeti sınırlamaktan başka bir amacı olmayan, bir "fiyat karteli" ve "kota kartelinin" muafiyet alabilmesi pratikte hemen hemen imkansızdır. Dolayısıyla muafiyet

alması neredeyse imkansız olan bazı kartel ilişkileri açısından, Rekabet Kurulu'nun muafiyet değerlendirmesini beklemek ve bu sürede davayı askıda bırakmak, hiçbir fayda sağlamaz. Üstün tutulması gereken menfaat, uyumsuzluğun ve aşıkâr olan hukuka aykırılığın süratle gereğinin yapılmasıdır. Aksi bir yaklaşım, mahkemelerin yetkisini olağanüstü derecede kısıtlayacağı için, Rekabet Hukukunun uygulanmasında mahkemelerden beklenen faydanın sağlanması amacına da ters düşer. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, ulusal mahkeme ve rekabet otoritelerinin yetkilerinin ve etkinliğinin artırılması yönünde ağır basan eğilim çerçevesinde, rekabeti sınırlayıcı amacı aşıkâr olan danışıklı ilişkilerde, mahkemenin muafiyet şartlarının bulunmadığını değerlendirme ve davayı Komisyon'a havale etmeksizin davayı sonuçlandırma yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir (Kerse, sh.367; Bellamy/Child, sh.648).

Eğer anlaşmanın yapıldığı tarihe kadar etkili olacak şekilde muafiyet alma imkanı yok ise (bildirim süresi kaçırıldıysa), prensip olarak mahkeme burada da yine 5. madde koşullarını tartışmaksızın 4. madde çerçevesinde karar vermelidir. Buna karşılık, bunun katı yorumlanmaması gerekir. Zira kanımızca muafiyete ilişkin 5. madde hükmü ile 4. maddede yer alan yasaklayıcı kuralı, Kanun koyucunun yapmış olduğu gibi, kesin çizgilerle birbirlerinden ayırmak doğru değildir. Bu bağlamda, mahkeme, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayan ve usuli açıdan muafiyet alma imkanını yitirmiş olan bir danışıklı ilişki ile karşılaştığı vakit, Kurul'dan farklı olarak, 4. madde yasağını dar yorumlamalı ve rekabeti sınırladığı iddia edilebilecek her anlaşmayı, 4. madde kapsamına sokacak bir yorumdan kaçınmalıdır. İşte 5. maddede öngörülen 4 kriter, kanımızca, mahkeme tarafından açıkça ifade edilmese de, bir danışıklı ilişkinin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde yol gösterici olarak kullanılabilir. Her ne kadar bu yaklaşım Kanun'un sistemine uygun değilse de, istisnai bazı hallerde kullanılmalıdır. Yine benzer bir şekilde, açılan bir tazminat davasında, 5. maddenin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, tazminatın tayininde de rol oynayabilir.

Bunun dışında pek tabii ki, açılan bir davada, mahkemenin, söze konu olan danışıklı ilişkinin grup muafiyeti tebliğleri kapsamına girip girmediğini veya verilen bireysel muafiyetin bağlandığı şartlarının devam edip etmediğini tetkik etmek yetkisi bulunmaktadır. Zira burada söz konusu olan, muafiyetin sağlanması değil, sağlanan muafiyetin tespitinden ibarettir (krş. Aslan, AT., sh.146).

⁴¹⁹ Muafiyet kararı (bireysel), RKHK.'nun 48. maddesi anlamında bir nihai karar olduğuna göre, RKHK.'nun 55.maddesi uyarınca bu türden kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilir. Dolayısıyla böyle bir başvurunun yapılması halinde, muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda takdir yetkisini haiz diğer Kurum, Danıştay olmaktadır.

⁴²⁰ Bu sakıncaları çalışmamızın çeşitli bölümlerinde belirtmiş olmakla birlikte, genel olarak üç ana grupta toplayabiliriz. Bunlardan ilki, 4. ve 5. madde arasındaki maddi bütünlüğün bozulması, ikincisi Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında olduğu gibi, yapılan bildirimlerin yoğunluğu karşısında gereken sürede resmi bir karara varılamaması olasılığı ve son olarak da, adli mahkemelerin yetki alanının, Kurul lehine daralması ve bu iki ayaklı sistemden beklenen yararların gerçekleşmemesi ihtimalidir.

⁴²¹ Kanun'daki ifade: “...*şartların tamaminin varlığı halinde..... 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir*” şeklindedir. Bu ifadeden ise, bu şartların tümünün varlığı halinde dahi, muafiyet kararının verilmesinin Kurul'un

takdirinde olduğu gibi anlam çıkmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca, Kurul'un takdir hakkı sadece şartların bulunup bulunmadığı hususundadır. Yoksa muafiyet şartlarını yerine getiren bir danışıklı ilişkiye muafiyet verilmesi zorunludur. Nitekim bu husus, muafiyet verilmesinin Rekabet Kurulu'nun yetkisi olduğu kadar, görevi de olduğunu belirten, 27/b. maddeden de anlaşılmaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşım da, bu yöndedir (aksi gör. Smit/Herzog, sh.166). Şüphesiz somut olayda takdirin hangi alana ilişkin olarak kullanıldığının tespit edilmesi oldukça güçtür.

⁴²² Bu faraziye çerçevesinde, yayımlanan bir grup muafiyeti tebliği koşullarını yerine getiren, buna karşılık 5. maddedeki koşullarla bağdaşamaz etkiler doğuran bir danışıklı ilişkinin, niteliği pek de belirli olmayan bir “*geri alma*” kararı vasıtasıyla grup muafiyeti kapsamı dışında tutulması olasılığı bulunmakta ve dolayısıyla, bir danışıklı ilişkinin 5. madde koşullarını fiilen de yerine getirmesi gerektiği kabul edilmektedir.

⁴²³ Tekinalp/Tekinalp, sh.360; Aslan, sh.80; Esin Arif, sh.74; Whish/Sufrin, sh.227,228; Bellamy/Child, sh.154; vd., Goyder, sh. 118 vd.

⁴²⁴ Nitekim bu danışıklı ilişkinin olumlu yönlerinin, olumsuz yönlerinden daha ağır basması gerektiği, Avrupa Birliği Hukukunda da kabul edilmekte (Bellamy/Child, sh.155; Whish/Sufrin, sh.228; EC.Report, sh.57; Smit/Herzog, sh.167) ve hatta bazı yazarlarca (Green/Robertson, sh.375), 5. şart olarak zikredilmektedir. Danışıklı ilişkinin, örneğin, bir anlaşmanın ne zaman olumlu yönlerinin ağır bastığı hususunda kriter vermek zor ise de, Komisyon, anlaşmanın bulunmadığı piyasa şartlarında, anlaşma vasıtasıyla sağlanabilecek olan olumlu etkilerin elde edilmesi mümkün olmuyorsa veya olmayacaksa, bir başka deyişle anlaşma, serbest rekabet koşulları ile elde edilemeyecek yararlar sağlıyorsa, o vakit anlaşmanın olumlu yönlerinin daha ağır bastığı kabul edilmektedir.

⁴²⁵ Zira kanımızca teşebbüsler arasında yapılan her anlaşmanın (hatta her bireysel davranışın), en azından teorik olarak onlar açısından yararlı olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsama, 4. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen rekabeti sınırlayıcı olduğu varsayılan kartel anlaşmaları (yatay olmak kaydıyla) gireceği gibi, rekabet ile ilgisi bulunmayan anlaşmalar da girer. Oysa burada ekonomik fayda veya menfaat ile kastedilmek istenen, bir sonraki koşuldaki da açıkça anlaşılabilen gibi, genel anlamda ekonomiye yapılan katkıdır. Her ne kadar teşebbüslerin kendi yararlarına olan bir danışıklı ilişkinin, son tahlilde ekonomiye de yarar getirebileceğini iddia etmeleri mümkünse de, buradaki yarar, bir son tahlil yararı veya dolaylı menfaat değil, doğrudan ve somut yararadır.

⁴²⁶ Bendin yapısındaki sakatlık nedeniyle, sonda yer alan “ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” ifadesinin iki şekilde anlaşılması mümkündür. Bunlardan ilki, üretim veya dağıtımına ilişkin olarak, ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, diğeri ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi, üretim ve dağıtımdan bağımsız olarak, örneğin pazarlama, tanıtım gibi farklı alanları da kapsayacak şekilde “*teknik veya ekonomik gelişmenin sağlanması*”dır. Hemen belirtelim ki, Avrupa Birliği Hukukunda üstün tutulan yorum da bu ikincisidir.

⁴²⁷ Bkz. bu konuda : Whish/Sufrin, sh.228,229; Weatherill/Beaumont, sh.706,707; Bellamy/Child, sh.157-161; ayrıca Akıncı, sh.285 vd.

⁴²⁸ Whish/Sufrin, sh.229; Tekinalp/Tekinalp, sh.361; Weatherill/Beaumont, sh.707-709; Green/Robertson, sh.377

⁴²⁹ Exxon/Shell, OJ.(1994) No.L.144; Philips/Osram, OJ.(1994), No.L.378; Bayer/Gist Brocades, (1976), 1 CMLR. 98; Iveco/Ford, OJ.(1988), No.L.230; National Sulphuric Acid Assoc., OJ.(1980), L.260/24 (1980) 3 CMLR. 429; VW/MAN, OJ.(1983), L.376/11 (1984), 1 CMLR. 621

⁴³⁰ Alcatel/Espace/ANT, OJ.(1990), No.L.32; Exxon/Shell, OJ.(1994), No.L.144; Dutch Banks, OJ.(1989), No.L.32; Ford/Volkswagen, OJ.(1993), L.20/14

⁴³¹ Yves Saint Laurent Parfums, OJ.(1992), No.L.12; Givenchy, OJ.(1992), No.L.336

⁴³² Olivetti/Canon, OJ.(1988), L.52/51 (1989), 4 CMLR 940; Optical Fibres, OJ.(1986), L.236/30; Rockwell/Iveco, OJ.(1983), No.L.224; Iridium, OJ.(1997), No.L.16

⁴³³ Optical Fibres, OJ.(1986), L.236/30; Mitchell Cotts/Sofiltra, OJ.(1987), L.41/31 (1988), 4 CMLR.111; Beecham/Parke Davis, OJ.(1979), No.L.70; Ford/Volkswagen, OJ.(1993), No.L.20; Pasteur-Merieux/Merck, OJ.(1994), No.L.309

⁴³⁴ EC.Report, sh.57,58; Goyder, sh.118,119; krş. Green/Robertson, sh.376,377; Bellamy/Child, sh.158-161; 24th Report, sh.130

⁴³⁵ Danışıklı ilişkinin ekonomik ilerleme ve iyileştirmeye yol açması ve buradaki yararın rekabetin sınırlanmasından doğan zarardan daha üstün olmasına ilişkin aranan ilk koşulun yanı sıra, kanımızca tüketici menfaatlerine ilişkin olarak açıkça bir koşulun öngörmenin başka bir açıklaması olamaz. Zira, ilk bendin şartlarının yerine getirilmesi, kısa vadede olmasa dahi, mutlaka uzun vadede tüketicilere yansımacaktır. Bu itibarla, muafiyete ilişkin bu koşul, Kanun koyucunun muafiyete yer verirken sadece ekonomik verimliliği önem vermediğini açıkça göstermektedir. Nitekim Komisyon'un özellikle bu koşulu dikkate aldığı kararlar bulunmaktadır. (VBB ve VBVB, OJ.(1982), L.54/36 (1982), 2 CMLR. 344; Screensport/EBU, OJ.(1991), L.63/62 (1992), 5 CMLR 273) Bununla birlikte, Komisyon'un bu hususta çok hassas davranmadığını gösteren kararlar da bulunmaktadır. Nitekim piyasanın rekabete açılması veya rekabet şartlarının korunması gibi hallerde, bu koşul için yeterli görülebilmektedir (Weatherill/Beaumont, sh.709).

⁴³⁶ Avrupa Birliği Hukukunda, RA.'nın farklı dillerde kaleme alınmış metinleri tartışmaya yol açmış ise de, bugün, tüketici veya bunun yerine geçecek şekilde kullanılan kullanıcı terimiyle kastedilenin geniş anlamda tüketici olduğu oybirliği ile kabul edilmektedir. Bkz. EC.Report, sh.59; Aslan, AT.,sh.150; Bellamy/Child, sh.163; Smit/Herzog, sh.168,169; Whish/Sufrin, sh.229; Green/Robertson, sh.378; Tekinalp/Tekinalp, sh.362; Akıncı, sh.298,299; Goyder, sh.121

⁴³⁷ BT/MCI, OJ.(1994), No.L.223; Philips/Osram, OJ.(1994), No.L.378; BPICA, OJ.(1982), L.156/16 (1983), 2 CMLR.40; Cematax, OJ.(1973), CMLR. D135

⁴³⁸ Optical Fibres, OJ.(1986), L.236/30; Ford/Volkswagen, OJ.(1993), No.L.20

⁴³⁹ IATA Passenger Agency Programme, OJ.(1991), L.258/18; Eirpage, OJ.(1991), L.306/22 (1991), 4 CMLR.233; BT/MCI, OJ.(1994), No.L.223

⁴⁴⁰ Beecham/Parke Davis, OJ.(1979), No.L.70; Sopelem/Rank, OJ.(1975), L.29/20 (1975), 1 CMLR.D72; Cekacan, OJ.(1990), L.299/64

⁴⁴¹ BMW, OJ.(1975), No.L.29; SABA, OJ.(1976), No.L.28; Grundig II, OJ.(1994), No.L.20

⁴⁴² SABA, OJ.(1976), No.L.28; Pasteur-Merieux/Merck, OJ.(1994), No.L.309; Yves Saint Laurent Parfums, OJ.(1992); Enichem/ICI, OJ.(1988), L.50/18

-
- ⁴⁴³ Bkz. EC.Report, sh.59; Green/Robertson, sh.378,379; Arif Esin, sh.75,76; Bellamy/Child, sh.164,165; krş. Akıncı, sh.299,300; Goyder, sh.121
- ⁴⁴⁴ “Allowing consumers a fair share of resulting benefit”
- ⁴⁴⁵ Bellamy/Child, sh.163; Green/Robertson, sh.378,379; krş. Whish/Sufrin, sh.230
- ⁴⁴⁶ Akıncı, sh.302; Smit/Herzog, sh.168; Whish/Sufrin, sh.230
- ⁴⁴⁷ Nitekim RKHK.’nun madde gerekçelerinde, 5. maddeye ilişkin olarak aynen şu ifadeye yer verilmiştir : “*Bu yararlı etkinin tüketiciye yansımayaarak, sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanamayacaktır. Ortaya çıkan yarardan tüketicinin “adil bir pay” alması suretiyle Rekabet Hukukunun sosyal yönü de ortaya çıkacaktır.*”
- ⁴⁴⁸ Bkz. aşağıda §2/II/B, ayrıca yukarıda III/B
- ⁴⁴⁹ EC.Report, sh.61,62
- ⁴⁵⁰ “External competition”
- ⁴⁵¹ Kanımızca piyasadaki rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkıp kalkmadığında, hakim durum kriterleri ve hakim durum bahsinde ifade edilenler yol gösterici olabilir. Bkz. aşağıda §2/II.
- ⁴⁵² “Internal competition”
- ⁴⁵³ Van Landdewyck-Komisyon, dava 209/78, (1980), ECR.3125 (1981), 3 CMLR. 134; Vimpoltu, OJ. (1983), No.L.200; Kali ve Salz/Kalichemie, OJ.(1974), No.L.19; BIC/Gillette, OJ.(1993), No.L.116; Langnese-Iglo, OJ.(1993), No.L.183
- ⁴⁵⁴ EC.Report, sh.62; Green/Robertson, sh.381; krş. Akıncı, sh.307
- ⁴⁵⁵ Re Bayer AG. & Gist-Brocades NV, OJ. (1976), L.30/13 (1976), 1 CMLR. D98; Olivetti/Canon, OJ.(1988), L.52/52; Re Vacuum Interrupters Ltd OJ. (1977), L.48/32 (1977), 1 CMLR. D67
- ⁴⁵⁶ Cematex I, OJ.(1971), No.L.227; EWMA I, OJ.(1969), No.L.69 (Ticaret fuarları); Synthetic Fibres, OJ.(1984), No.L.297; Stichting Baksteen, OJ.(1994), No.L.131 (Kriz kartelleri)
- ⁴⁵⁷ United Reprocessors GmbH (The URG Cartel), (1976), 2 CMLR. D1; Eurotunnel, OJ.(1994), No.L.259
- ⁴⁵⁸ Burada kastedilen, mal alan teşebbüslerin, danışıklı ilişki etrafındaki teşebbüslerden ekonomik açıdan güçlü konumda bulunmasıdır. Bu durumun, potansiyel rekabet baskısına benzer bir etki meydana getirdiği kabul edilmektedir. Örneğin : Asahi/St. Gobain, OJ.(1994), No.L.354; Rockwell/Iveco, OJ.(1983), No.L.224; Europemballage ve Continental Can-Komisyon, dava 6/72, (1973), CMLR.199 (1973), ECR. 215
- ⁴⁵⁹ EC.Report, sh.62; krş. Green/Robertson, sh.381,382
- ⁴⁶⁰ Bellamy/Child, sh.168
- ⁴⁶¹ “Proportionally”
- ⁴⁶² Kanun, “a” ve “b” bentlerindeki amaçlardan bahsettiğine göre, muafiyet değerlendirilmesi yapılırken, anlaşmanın ekonomik açıdan fayda sağlayıp sağlamadığı ve bu faydanın somut olarak ne olduğu, öncelikli olarak belirlenmesi gereken bir husustur (kanımızca bundan da önce incelenmesi gereken, ilgili piyasadaki rekabetin önemli ölçüde ortadan kalkıp kalkmadığıdır). Tespit edilen faydadan tüketicilerin de yararlandığı bir varsayımda, sınırlamanın bu yararların elde edilmesi için gerekli ve hatta zorunlu olması gerekir. Sınırlayıcı kayıtlar olmaksızın veya bu kayıtlar törpülenerek (örneğin münhasırlık süresi kısaltılarak) anlaşmadan beklenen faydanın elde edilmesi

mümkün ise, o vakit muafiyet alınmaz. Bununla birlikte, burada ortaya çıkacak ilk mesele, 4. madde anlamında rekabete aykırılık teşkil eden kayıtların belirlenmesidir. Zira rekabetin sınırlanması kavramı, henüz üzerinde uzlaşmaya varılmış bir kavram değildir. Muafiyet incelemesi esnasında anlaşma kayıtlarının tek tek değerlendirilecek olması, önemli güçlükler çıkaracaktır. Gerçi münhasırlık kayıtları, rekabet etmeme kayıtları, fiyata ilişkin koşullar, genellikle 4. madde kapsamında görülebilmektedir. Ama bunun dışındaki pek çok durum için, kesin bir yargıya varmak güçtür. Bunun dışındaki bir başka mesele ise, bu sınırlayıcı kayıtlardan hangilerinin olumlu amaç için gerekli olduğunu belirlemektir. Zira olumlu amacın oldukça geniş alanı kapsamaması, hangi kayıtların olumlu amacın gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olduğu (ve hatta ilgili olduğu), hangilerinin gereksiz olduğunun tespit edilmesini önemli ölçüde zorlaştıracaktır. Ayrıca aynı kategorideki anlaşmaların dahi, birbirlerinden oldukça farklı özellikler taşıması, bunlara özgülenen olumlu amacın elde edilmesi için yeknesak sınırlama tiplerinin yaratılmasını güçleştirmekte ve somut olayın şartlarının ayrıca değerlendirilmesini gerektirmektedir. Aynı kategorideki bir anlaşmanın varsayılabilecek olumlu amacının elde edilmesi (örneğin dağıtım anlaşmalarında dağıtımın rasyonelleştirilmesi), her somut anlaşma bakımından farklı sınırlamaların öngörülmesini gerektirebilir. Dolayısıyla aynı tip bir anlaşma için gerekli görülen sınırlama, diğeri için gereksiz görülebilir. Her ne kadar Komisyon tarafından yeterince önem verilmiyorsa da, taraflar sınırlama olmaksızın söz konusu anlaşmayı yapmaya yanaşmıyorlarsa, bu durumun da önemle dikkate alınması gerekir.

⁴⁶³ Bellamy/Child, sh.166; Whish/Sufrin, sh.230

⁴⁶⁴ Avrupa Birliği Hukukundaki grup muafiyeti tüzükleri ile Rekabet Kurulu'nun yayınlamış olduğu tebliğler, birbirlerine oldukça benzer şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun yaklaşımını da, grup muafiyeti tebliğlerini incelemek suretiyle tespit etmek mümkündür.

⁴⁶⁵ Weatherill/Beaumont, sh.711; Whish/Sufrin, sh.231,

⁴⁶⁶ EC.Report, sh.60; Green/Robertson, sh.380; aksi gör. Bellamy/Child, sh.165,

⁴⁶⁷ "Individual exemption"

⁴⁶⁸ Tekinalp/Tekinalp, sh.359 (Bununla birlikte, bir idare hukuku işlemi olan muafiyet kararının, özel hukuk açısından nitelendirilmenin yerindeliliği veya gerekliliği de tartışma konusu yapılabilir.)

⁴⁶⁹ İdare hukukunda "*birel (bireysel) koşul işlem*", birel işlemlerin bir türü olup; bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan ve genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunan veya ondan çıkma sonucunu doğuran bir işlem olarak tanımlanmaktadır (Özay, sh.209,210).

⁴⁷⁰ Önemle ifade etmek gerekir ki, bireysel muafiyet, belirli bir danışıklı ilişki hakkında, bu ilişkinin içeriği, özellikleri ve piyasa üzerinde doğurabileceği muhtemel etkiler dikkate alınarak verilmekte ve dolayısıyla öznel bir nitelik arz etmektedir. Bu itibarla hakkında bireysel muafiyet kararı verilen bir anlaşmadaki kayıtlarda veya anlaşma taraflarında, sonradan yapılan bir değişiklik (alacağın temliki-borcun nakli), anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanmasını engelleyebilir. Üstelik, kanımızca değişikliğin esaslı veya ikinci derecede unsurlara ilişkin olması da sonucu değiştirmez. Taraflar hukuki bir sürprizle karşılaşmamak için, sonradan yapacakları değişiklikleri Kurul'a bildirmelidirler (bkz. 1997/2 no'lu Tebliğ, md.5/1; ayrıca Form 1, giriş kısmı).

Fakat bu prensibi katı bir şekilde yorumlamamak gerekir. Zira taraflar değişen ekonomik ve ticari koşullar karşısında anlaşmayı uyarlama ihtiyacında olacaklar ve her uyarılmanın Kurul'a bildirilmesi, taraflar için büyük bir külfet teşkil edecektir. Üstelik, sürenin de kaçırıldığı bir ihtimalde, bazen ufak bir değişiklik dahi, anlaşmanın tamamının veya bir kısmının geçersiz kalabilmesine neden olacaktır. Burada öncelikli olarak şu hususun belirtilmesi gerekir, anlaşmada yapılan değişiklik, esaslı bir noktaya ilişkin değilse ve bu noktanın rekabet veya rekabetin sınırlanması ile bir ilgisinin bulunmadığı söylenebiliyorsa, o vakit Rekabet Hukuku açısından yeni bir anlaşmadan bahsetmek mümkün değildir. Fakat esaslı noktaların değiştirilmesi halinde artık bunun mutlaka suretle bildirilmesi gerekmektedir. Zira burada artık hukuki açıdan, yeni bir sözleşme söz konusu olacaktır. Bunun dışında Rekabet Hukukunun genel ilkelerinden hareketle benimsenmesi gereken diğer bir sınırlama, rekabet kavramı ile ilgili olmakla birlikte, muafiyetin genel koşulları ile bağdaştığı açıkça görülebilen değişikliklerin yapılması halinde, yine Rekabet Hukuku anlamında yeni bir anlaşma veya daha doğru bir ifadeyle, tekrar muafiyet alması gereken bir anlaşmadan bahsetmek yerinde olmayacaktır (bununla birlikte bu ihtimalde mahkemenin yetkili olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir). Bu husus özellikle sürenin kaçırılması halinde önem kazanacaktır. İfade edilebilecek son sınırlama, anlaşmanın bütünü veya bütününe ilişkin bilgi ve belgeler değil, sadece değişikliğe ilişkin bilgiler yeterli görülmeli ve Kurul ile taraflar arasında değişikliğin muhtemel sonuçları hususunda iletişim kurulmalıdır. Değişikliğin muafiyeti kaldırdığı ve yeni bir muafiyet verilmesini de olanaksız kıldığı durumlarda ise, geçersizlik açısından mümkün meritebe "*kısmi butlan*" yaptırımı tercih edilmelidir.

⁴⁷¹ Kanımızca Kanun'da muafiyet kararları için üst süre öngörülmesi, genel olarak yerinde bir düzenlemedir. Zira teşebbüslerin içerisinde bulunduğu ekonomik koşulların değişkenliği ve dinamizmi, danişıklı ilişkinin rekabet üzerindeki etkilerinin zaman içerisinde değişmesine ve evvelden olumlu yönleri ağır basan bir ilişkinin, sonradan olumsuz yönlerinin ağır basmasına veya evvelden muafiyet verilmemiş bir ilişkinin, sonradan muafiyet almaya hak kazanmasına imkan verebilir. Bu itibarla, ilişkilerin çevresel koşullar nedeniyle zaman içerisinde geçirdiği değişikliklerin, muafiyet kararına temel teşkil eden olgularda yapacağı etkinin belirli dönemlerde kontrol edilmesi gerekebilir (aynı durum bir danişıklı ilişkinin 4. madde yasağına tabi olup olmadığının piyasa koşullarına göre değişmesi halinde de geçerlidir, bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm/§2/II/C/4). Bununla birlikte, bu tip bir üst sınırlamanın, aynı zamanda belirli sakıncalar taşıdığı da belirtmek gerekir. Bir kere Kanun'da öngörülen 5 senelik bu süre, oldukça kısadır. Zira yüksek yatırım maliyetleri gerektiren pek alanda, 5 sene, söz konusu yatırımdan elde edilmesi gereken telafi kazancının (*sunk cost*- başlangıç sabit maliyet) elde edilmesi için yeterli olmayabilir. Üstelik, bu sürenin sadece bir üst süre olması ve Kurul'un takdirine bağlı olarak daha kısa süreli muafiyetlerin de verilebileceği düşünülecek olursa, muafiyetten beklenen faydanın nasıl sağlanacağı tartışılır hale gelecektir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir. Bunun dışında, sürenin dolmasıyla birlikte, tekrar muafiyet alma zorunluluğunun bulunması ve tarafların aynı zahmetli usul çerçevesinde hareket etme mecburiyeti altında bırakılması, ticari hayatın süratının sektöre uğraması açısından yerinde değildir. Burada daha esnek bir usulün benimsenmesi gereklidir. Zira burada muafiyetin yinelenmesi, çoğu kez teşebbüsler için hayati öneme sahiptir. Muafiyet bildirim olmaksızın

yinelenemeyeceğine göre, öngörülen sürenin dolması, 4. maddenin tekrar uygulanmasına ve dolayısıyla idari para cezasının uygulanmasına ve daha önemlisi geçersizliğin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Anlaşmanın, sürenin dolmasıyla geçersiz olması ise, hukuki açıdan akıbeti belirsiz çeşitli tartışmaları beraberinde getirecektir. Bu durumun ise, hukuk güvenliği ile bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca, tarafların herhangi bir etkisi olmaksızın, piyasada vuku bulan çeşitli hadiseler (rakip teşebbüslerin iflası, devletin ekonomiye müdahalesi gibi.), evvelden muafiyet alan bir anlaşmanın, muafiyet imkanını yitirmesine ve muafiyetin yinelenmesinin tehlikeye girmesine neden olabilir. Bu itibarla, muafiyet kararının yinelenmesi usulünün basitleştirilmesi ve muafiyet kararının yinelenmemesinin, ancak istisnai durumlarda ve sağlam gerekçelere bağlanması halinde mümkün olması gerekir. RKHK.'nın 13.maddesinin de, muafiyeti gözden geçirme yetkisi verdiği düşünülecek olunursa, süreli muafiyetten beklenen amacın, önemini yitirdiği söylenebilir. Özetleyecek olursak, öncelikli olarak bir kanun değişikliği ile Kanun'da öngörülen sürenin uzatılması, muafiyet yinelenmesi prosedürünün kolaylaştırılması ve muafiyet yinelenmemesi kararının sıkı koşullara tabi tutulması gerekir.

⁴⁷² Bildirime bağlanan özel hukuk neticeleri açısından bildirimde bulunmak, danışıklı ilişki taraflarına Kanun tarafından yüklenen bir “*külfet*” olarak nitelendirilebilir. Bilindiği üzere külfet kavramıyla kastedilen, kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ödevlerinin yerine getirmeyen kişinin haklarını tamamen veya kısmen kaybetmesi halidir. Özel hukuk açısından süresi içerisinde bildirimde bulunmama, muafiyetin başlangıçtan itibaren etkili olmaması ve dolayısıyla anlaşmanın geçerli kılınmayacağı sonucunu doğurmakta ve taraflar kendi yararlarına bir hukuki durumu elde edememektedir. Öte yandan, idare hukuku açısından bildirim bir külfet değil, ancak bir “*yükümlülük*” olarak nitelendirilebilir. Zira bu takdirde tarafların idari bir yaptırım ve dolayısıyla hukuki bir sorumlulukla karşılaşması durumu vardır.

⁴⁷³ Buna karşılık, kanımızca, Rekabet Kurulu, kendisine yapılan bildirimde açıkça talep edilmemiş olsa dahi, söz konusu danışıklı ilişki hakkında menfi tespit kararı verebilmelidir. Zira menfi tespit kararı, yeni bir hukuki durum yaratmayan ve sadece söz konusu danışıklı ilişkinin 4. madde kapsamına girmediğine ilişkin bir karardır. Ayrıca Kurul muafiyet incelemesine geçmeden önce, söz konusu danışıklı ilişkinin 4. madde kapsamına girip girmediğini ön mesele olarak çözmek zorundadır. Menfi tespit incelemesinin, sınırlı da olsa adli mahkemeler tarafından yapılması ve menfi tespit hükmünün verilmesi mümkündür. Fakat böyle bir hüküm, RKHK.'nın 8.maddesi anlamında bir “*menfi tespit belgesi*” şeklinde algılanmamalıdır.

1997/2 No'lu tebliğdeki bildirim formu ise, muafiyet ve menfi tespit için gerekli bilgiler açısından önemli bir fark gözetmemiş ve her ikisinin de aynı form çerçevesinde bildirileceğini öngörmüştür (Form I). Hatta formun 6.3.maddesi, “*Menfi tespit başvurusunda bulunuyorsanız, bildirme konu olan anlaşma, karar veya eyleme sizce muafiyet tanınmasını gerektirecek nedenleri açıklayınız*” hükmünü getirmiş ve Kanun'un sisteminden ayrılmıştır. Dolayısıyla, bu formda öngörülen düzenleme çerçevesinde, muafiyet almak için bildirimde bulunulmasa dahi, Rekabet Kurulu'nun muafiyet verme olasılığı bulunmaktadır. Bu yaklaşım usul ekonomisine uygun olsa da, 5. madde sistemine aykırıdır. Kanımızca burada teşebbüsler için en uygun çözüm, her iki talebin terditli olarak yapılmasıdır.

⁴⁷⁴ Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkındaki Rekabet Kurulu Tebliği'ne (Tebliğ No:1997/2, t.12.08.1997) göre, Kanun'un 4. maddesine giren danışıklı ilişkiler, yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içerisinde bildirilir, bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet uygulanmaz, zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet bildirim tarihinden itibaren geçerli olur (md.3).

⁴⁷⁵ Söz konusu usul, RKHK.'nın 12. maddesi ve 1997/2 No'lu Tebliğ'de belirtilmiş ve Tebliğ, bildirim formlarında yer alması gerekli hususları düzenlemiştir. Kanun'un 12.maddesine göre, "*Bildirim, Kurul tarafından hazırlanacak bildirim formlarının istediği bilgileri tam ve eksiksiz olarak içerir. Bildirimi taraflardan herhangi biri yapabilir. Bildirimde bulunan, diğer tarafı ihbar etmek zorundadır. Bildirime ilgili belge eklenir ve bildirim Kurul kayıtlarına intikal ettiği takdirde yapılmış sayılır.*"

⁴⁷⁶ Buradaki idari para cezası ile kastedilen, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranmanın sonucu olan para cezasıdır (RKHK.md16/c). Bunun dışında, muafiyet şartlarının bulunmadığına ve muafiyet talebinin reddine ilişkin bir karar verildiği takdirde de, idari para cezası verilebilir. Fakat burada süresi içinde yapılan bildirim, sınırlı da olsa, bir başka avantajı vardır. RKHK.'nın 16. maddesine göre : "*Süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu Kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal etmemeleri durumunda, Kurul'un vereceği nihaî karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz*". Görüldüğü üzere söz konusu düzenleme, anlaşılabilir bir şekilde uyumlu eylemleri kapsam dışında bırakmakta ve ayrıca inceleme esnasında geçecek süre içerisinde cezadan muaf tutulmayı, açık bir ihlal olgusu bulunmaması şartına bağlamaktadır. Bu takdirde, örneğin fiyat tespiti veya pazar paylaşma anlaşmalarının, para cezasından süreli muafiyeti dahi söz konusu olmayacaktır. Kanun'daki düzenlemenin yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

⁴⁷⁷ Bildirimin, 4. madde yasağı kapsamına giren hukuki işlemlerin geçerliliği üzerindeki etkisi için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C/3/c

⁴⁷⁸ Belirtilen bu hukuki neticelerinin yanı sıra, bildirim, Avrupa Birliği Hukukunda, teşebbüslerin iyi niyet içerisinde hareket ettiklerinin bir göstergesi olarak da kabul edilmektedir (Kerse, sh.61; Green/Robertson, sh.336; Korah, sh.144).

⁴⁷⁹ Bu husus, Kurul'un hazırlamış olduğu muafiyet/menfi tespit formunun (Form-1) içeriğinden açıkça anlaşılmalıdır. Söz konusu forma göre, sadece taraflar ve ilişkinin niteliğine ilişkin bilgilerin değil, coğrafya ve mal esasına göre ilgili piyasanın tanımına, payları ile birlikte piyasadaki rakiplere, giriş engellerine, ilişkinin taraflarca 4. madde içerisinde görülmesinin nedenlerine ve hangi açılardan muafiyet alınabileceğine ilişkin hususların da belirtilmesi gerekmektedir.

Somutlaştırmak gerekirse, ilgili piyasaya ilişkin 3.madde, gerek coğrafi, gerekse ürün piyasasının ne olduğunun bildirilmesini öngördüğü gibi, bunun yanı sıra, dolaylı olarak etkilenen diğer komşu piyasaların da belirtilmesini şart koşmaktadır. İlgili piyasanın belirlenmesinin detaylı bilgiler ve piyasa analizi gerektirdiği düşünülürse, bu incelemenin tam ve doğru olarak yapılmasının teşebbüsler için ağır bir yük olacağı açıktır. Bunun yanı sıra, yine formun 4.maddesi, taraf teşebbüslerin bağlı oldukları grubun, bunların en büyük 5 rakibinin ve en büyük 5 müşterisinin piyasa paylarına ilişkin 3 yıllık bilgilerin verilmesini şart koşmaktadır ki, bu oldukça aşırı bir taleptir. Yine formun 5. maddesi, sadece giriş engellerine ilişkin bilgi verilmesini öngörmekle

kalmamış, bunun yanı sıra, son üç yılda piyasaya giriş yapan bir teşebbüsün bulunup bulunmadığının da belirtilmesini şart koşmuştur. Bu hüküm teşebbüslerin piyasayı yakından takip etmelerini ve istatistiki bilgi toplamalarını gerektirir ki, bu da diğer düzenlemeler gibi amacı aşmaktadır. Ayrıca piyasada giriş engellerinin bulunmadığı bir ihtimalde, bu bilginin ne şekilde sağlanacağı veya nasıl eksiksiz olacağı da belli değildir. Bunların dışında, muafiyetin bildirim tarihinden itibaren geçerli olacağı düşünülecek olursa, söz konusu formların zamanında (1 aylık süre içerisinde) doldurulmasının önemi ortadadır. Fakat yukarıda belirtilen ayrıntılı ve teknik bilgi gerektiren talepler nedeniyle, formların zamanında doldurulup Kurum'a intikal ettirilmesi oldukça zor gözükmektedir. Üstelik yanlış bilgi halinde para cezası tehdidi (RKHK.md.16/a), bildirim yapılmasını riskli bir hale sokmaktadır.

⁴⁸⁰ Zira anlaşma, karar veya uyumlu eylemin bildirilmesi, bunların geçerli olacağı veya inceleme sonuçlanıncaya kadar geçerli kalacakları şeklinde anlaşılmalıdır. Bildirimde bulunmak, ancak idari para cezasından muafiyeti, o da sınırlı olarak, sağlamaktadır. Kurul'un muafiyet talebini reddetmesi halinde anlaşma yapıldığı tarihten itibaren geçersiz olacak ve dolayısıyla taraflar geçersizliğe bağlanan ağır hukuki neticelere tabi olacaklardır.

⁴⁸¹ Bellamy/Child, sh.147

⁴⁸² Komisyon raporlarına göre örneğin 1994 yılında kapatılan 552 dosyanın sadece 17 tanesi bireysel muafiyet kararı ile sonuçlanmış, 16 tanesi yasaklama, menfi tespit ve şikayetin reddi gibi resmi bir karar ile nihayet bulmuş, buna karşılık, 197 tanesi idari mektup olmak üzere 525 tanesi gayri resmi yollarla kapatılmıştır (24.Report, sh.619). 1997 yılında ise, 27 resmi kararın sadece 3 tanesi bireysel muafiyet ile sonuçlanmış, buna karşılık, 220 adet idari mektup (110 tanesi muafiyete ilişkin), 45 red ve diğer yollarla, 490 karar gayri resmi bir şekilde sonuçlandırılmıştır (27th Report, sh.337).

⁴⁸³ "Comfort letters"

⁴⁸⁴ Whish/Sufrin, sh.227; Bellamy/Child, sh.147; Korah, sh.277; krş. Weatherill/Beaumont, sh.713

⁴⁸⁵ Whish/Sufrin, sh.234; Bellamy/Child, sh.156; Korah, sh.145

⁴⁸⁶ EC.Report, sh.84,86,87; Whish/Sufrin, sh.235; Aslan, AT.,sh.147; Bellamy/Child, sh.149,150; krş. Esin Arif, sh.77

⁴⁸⁷ Komisyon'un olumlu bir şekilde yaklaştığı anlaşma kategorilerinin nelerden ibaret olduğu, yayınlanmış olduğu grup muafiyeti tüzüklerinden kolaylıkla anlaşılabilir (bkz. aşağıda IV/C/2).

⁴⁸⁸ Buna karşılık, Komisyon'un son yıllardaki uygulamalarına bakıldığında, büyük ölçekli işletmeler lehine verilen bireysel muafiyet kararlarında bir artışın bulunduğu genel olarak ifade edilmektedir (Bellamy/Child, sh.154; Whish/Sufrin, sh.235).

⁴⁸⁹ Aslan, AT., sh.147; Whish/Sufrin, sh.235; Esin Arif, sh.77

⁴⁹⁰ EC.Report, sh.83-85; Aslan, AT.,sh.147; Bellamy/Child, sh.151-153; Whish/Sufrin, sh.235

⁴⁹¹ Kanun'da her ne kadar sadece "*anlaşma*" terimine yer verilmişse de, bu terimle bütün danışıklı ilişkilerin kastedildiği anlaşılmalıdır.

⁴⁹² Kanun sadece "*şart*" değil, bunun yanı sıra "*yükümlülük*" kavramına yer vermektedir. Dolayısıyla bu iki kavramın birbirlerinden farklı olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Şart, hukuken pek çok anlama gelmekle birlikte, kanımızca burada,

BK.'nin 149-155. maddelerinde düzenlenen hukuki şarta benzer bir kurumun bulunduğu söylenebilir. Bu anlamda şart, hukuki işlemin etkisinin bağlandığı, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgudur. Bir hukuki işlemin ifade etmesi veya hükümden düşmesi, taraf iradeleriyle ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bir olguya bağlanmışsa, şarta bağlı işlemden söz edilir. Kanun'da şartın hangi türünün söz konusu olduğu hususunda bir açıklık yoktur. Kanımızca burada geciktirici şartın yanı sıra, 13.madde çerçevesinde infisahi şartın da bulunabileceğini kabul etmek uygundur.

Yükümlülük ise, çerçevesi pek de olmayan oldukça geniş bir kavramdır. Belirli bir davranışta bulunma zorunluluğunun olması halinde, yükümlülüğün bahsetmek mümkündür. (bkz. Oğuzman/Öz, sh.848; Tekinay/Altop/Burcuoğlu/Akman, sh.329). Yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması, kendiliğinden muafiyeti geçersiz kılmaz. Ancak idari para cezası tatbik edilebilir (RKHK.md.16/d) veya gerekirse muafiyet geri alınabilir (RKHK.md.13/b). Bu konuda daha geniş açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C/3/e

Belirtmek gerekir ki, Komisyon tarafından hassas bir şekilde riayet edilmemekle birlikte, şart kavramı genellikle geciktirici şart şeklinde uygulanmakta ve şartın yerine getirilmediği sürece muafiyet hükümlerini doğurmamaktadır. Buna karşılık hukukumuzdan farklı olarak şartın yerine getirilmemesi halinde muafiyet kendiliğinden hükümden düşeceği veya hükümlerini doğurmayacağı için, şartın yerine getirilmemesi bir geri alma sebebi olarak öngörülmemiştir (bu konuda bkz. Bellamy/Child, sh.171 dpt.60; Green/Robertson, sh.382; Kerse, 217 vd.).

⁴⁹³ RKHK.'nin 13.maddesi, sadece muafiyet ve menfi tespit kararlarının geri alınmasını değil, aynı zamanda muafiyet verilmesinden sonra Rekabet Kurulu'nun yasaklar öngörmesi halini düzenlemektedir. Burada kullanılan davranışların yasaklanması teriminin, özellikle yükümlülük şeklinde yorumlanması mümkündür (krş. Aslan, sh.83)

⁴⁹⁴ Bkz. Korah.sh.274 vd.

⁴⁹⁵ RKHK.'da, "kusur" kavramının kullanımına ilişkin çeşitli yanlışlıklar bulunmaktadır (ayrıca bkz.RKHK.md.16/5 ve md.58). Kanun'un 13. maddesinin son fıkrası, yanlış ve eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kasıt halinde farklı bir düzenleme öngörmüş, bununla birlikte hile ve kasıt kavramlarını "veya" bağlacı ile birleştirerek, sanki bu kavramlar birbirlerinin alternatifleriymiş gibi bir ifade kullanmıştır. Hile, bir kimsenin hukuki bir işlem yapmasını sağlamak için onu kasden yanıltmaktır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.444). Dolayısıyla kasta dayanmayan bir hileden söz açılmaz. Hile mutlak suretle kasta dayanır. Kast ise, kusurun bir türüdür. Dolayısıyla bu kavramların bir arada kullanılması yerinde olmamıştır. Yanlış bilgilendirme çerçevesinde, kasıt ve hilenin nasıl olup da birbirinden ayrılabilmesi belli değildir. Buradaki düzenleme çerçevesinde her ikisi de aynı anlama gelmektedir Dolayısıyla ikisinden birinin maddeden çıkarılması uygun olur.

⁴⁹⁶ Kanun'un 13. maddesi, "c" bendine ilişkin olarak muafiyetin geri alınması kararı alındığı takdirde, eksik bilgilendirmenin kasta dayanması halinde muafiyetin hiç alınmamış sayılacağını, diğer hallerde ise, geri alınma kararının muafiyetin verildiği tarihe kadar geriye yürüyeceğini öngörmüştür. Yanlış veya eksik bilgilendirmenin kasta dayanıp dayanmaması arasında açık bir fark gözetme amacıyla kaleme alınan bu düzenleme, doktrinde Aslan tarafından eleştirilmiş ve esasen bunlar arasında netice olarak herhangi bir farklılığın olmadığı belirtilmiştir. Yazara göre, ilk halde muafiyet

kararı yok sayılmakta, diğesinde ise geri alma muafiyetin alındığı tarihe kadar geriye yürüdüğüne göre, muafiyet baştan itibaren geçersiz sayılmaktadır. Aradaki farkın nasıl ortaya çıkacağı belirsizdir (Aslan, sh.84). Fakat kanımızca burada gözden kaçırılan bir nokta vardır. Bir anlaşma hakkında muafiyet kararı alındığı takdirde, bu karar geriye etkili hüküm ifade etmekte ve anlaşma, ya yapıldığı andan itibaren ya da bildirim tarihinden itibaren geçerli kılınmakta, ayrıca diğeri idari ve hukuki yaptırımlardan da istisna tutulmaktadır. İşte geri alma kararı, muafiyet verildiği tarihten itibaren hüküm ifade ettiği takdirde, muafiyetin geriye etkili olduğu bu dönemde, anlaşma hukuken geçerli kalmakta ve muafiyetten yararlanmaktadır. Buna karşılık muafiyet kararının hiç alınmamış olması demek, anlaşmanın her zaman için 4. madde yasağına tabi olması ve muafiyet sonrası veya öncesi ayırımına yer olmamasıdır. Kanımızca Kanun'daki düzenleme ancak bu şekilde yorumlanabilir. Fakat bu yorumun da çeşitli sakıncaları beraberinde getirdiğini ifade etmek gerekir. Yanlış veya eksik bildirilen bir anlaşma hakkında muafiyet kararı alınır ve daha sonra muafiyetin bu yanlış ve eksikliğe dayandığı Kurul tarafından tespit edilirse, RKHK.'nın 13. maddesi çerçevesinde bir geri alma kararı alınacak ve bu geri alma kararı muafiyet kararının verildiği tarihe kadar etkili olacaktır. Bunun doğal sonucu ise, muafiyet kararının verildiği tarih ile, muafiyetin geriye etkisine bağlı olarak bildirim veya anlaşmanın akdedildiği tarih arasında anlaşma geçerliliğini koruyacaktır. Oysa aynı anlaşma eksik ve yanlış bildirilmemiş olsaydı, bu takdirde muafiyet alamayacak ve bildirim ile muafiyetin reddi kararı arasında geçen sürede de dahi geçersiz kalmaya mahkum olacaktı. Dolayısıyla burada yanlış ve eksik bilgi verilmesinin ödüllendirilmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır ki, Kanun koyucunun bunu amaçlamadığı açıktır. Bununla birlikte yukarıda ifade edildiği üzere, Kanun'daki düzenlemenin başka türlü yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

⁴⁹⁷ "Block exemption"

⁴⁹⁸ İdare hukukunda nesnel veya genel düzenleyici işlemler, genel, soyut, kişisel olmayan ve özellikle uygulanmakla tükenmeyen bir niteliğe sahiptirler ve aynı nitelikte durumlar yaratırlar (Özay, sh.197).

⁴⁹⁹ Avrupa Birliği Hukukunda ise, grup muafiyeti tüzüklerinin çıkarılmasında tek yetkili makam Komisyon değildir. Esasen grup muafiyeti rejimi yasama benzeri özellikler gösterdiğinden, Konsey'in yetkilendirmesi olmaksızın Komisyon Tüzük çıkarma yetkisine sahip değildir. Avrupa Birliği Hukukundaki sisteme göre, Konsey öncelikle hangi tür anlaşmalara ilişkin muafiyet tüzükleri çıkarılacağını belirleyecek ve daha sonra Komisyon, çerçeve niteliğindeki bu tüzüğe dayanarak grup muafiyeti tüzükleri çıkaracaktır. Şu ana kadar Konsey 2 Mart 1965 tarih ve 19/65 sy. ve 20 Aralık 1971 t. ve 2821/71 sy. Tüzük'leri çıkarmıştır. Netice olarak hukukumuzdaki sistem, Rekabet Kurulu'na daha geniş bir hareket alanı tanımaktadır.

⁵⁰⁰ 1997/2 No.'lu Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun'un 10. maddesine göre Bildirimimin Usul ve Esasları Hakkındaki Rekabet Kurulu Tebliği çerçevesinde (RG.23078, t.12.08.1997), grup muafiyeti kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmelerine gerek olmadığı belirtilmiş (md.3/3), daha sonra yayınlanan 1997/6 no'lu Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sy. Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ'de de (RG.23167, t.11.11.1997), "Yürürlükteki tebliğ hükümlerine uygun olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararları,

otomatik olarak Kanun'un 4.maddesinin uygulanmasından muaf olduğundan, ilgili teşebbüslerin gerek 05.11.1997 tarihinde var olan, gerek bu tarihten sonra yapılacak olan anlaşma, uyumlu eylem ve kararları bildirmeleri zorunlu değildir" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek (md.6/3), anlaşmaların grup muafiyeti hükümlerinden yararlanabilmesinin otomatik bir süreç içerisinde olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

⁵⁰¹ Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 1997/4, RG.23105, t.9.9.1997)

⁵⁰² Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 1997/3, RG.23100, t.4.9.1997)

⁵⁰³ Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 1998/3, RG.23304, t.1.4.1998)

⁵⁰⁴ Franchising Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 1998/7, RG.23555, t.16.12.1998)

⁵⁰⁵ RKHK.'nın 5. maddesinin ikinci fıkrası, "...*şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan....*" şeklinde bir ifade kullanmakta ve hükümden sanki anlaşma dışındaki danışıklılık durumlarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinin çıkarılamayacak olması gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Kanun'un lafzına rağmen, bu tip bir yorumun kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim 5. maddeye dayanılarak çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinde, uyumlu eylemlerin de tebliği kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir (1998/7 No.'lu Tebliğ hariç). Fakat belirtmek gerekir ki, uyumlu eylemlerin nasıl olup da grup muafiyeti tebliğlerinde yer alan koşulları yerine getireceği belli değildir. Dolayısıyla uyumlu eylemler için grup muafiyetten yararlanmak sadece teorik açıdan mümkün gözükmektedir. Tebliğlerde teşebbüs birliği kararlarının kapsam dışında bırakılmış olması ise, bunların sadece dikey (dağıtım) ilişkilerini konu alması ve dolayısıyla nitelikleri icabı karar şeklinde tezahür etme olasılığının bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

⁵⁰⁶ Bu durumun bir istisnası için 1998/7 No.'lu Tebliğ. Franchising dışındaki diğer tebliğlerde, tebliğin yürürlüğe girmesinden önce akdedilen ve uygulanan anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olduğu belirtilmişken, bu tebliğde, bu tip bir hükme yer verilmemiştir.

⁵⁰⁷ Bkz. Tebliğ No : 1998/7 md.7; Tebliğ No: 1998/3 md.6

⁵⁰⁸ Korah, sh.270

⁵⁰⁹ Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına, Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 22.6.1983 t. ve 1984/83 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ. No:L.173/5, t. 30.6.1983) Söz konusu Tüzük 31 Aralık 1999 tarihine kadar yürürlüktedir.

⁵¹⁰ Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına, Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 22.6.1983 t. ve 1983/83 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ. No:L.173/1, 30.6.1983) Söz konusu Tüzük 31 Aralık 1999 tarihine kadar yürürlüktedir.

⁵¹¹ Belirli Kategorideki Motorlu Taşıtların Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına, Antlaşmanın 85/3. maddesinin Uygulanması Hakkında 28.6.1995 t. ve 1475/95 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.(1995) No:L.145, 28.6.1995) Söz konusu Tüzük 30 Eylül 2002 tarihine kadar yürürlüktedir.

⁵¹² Franchise Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 30.11.1988 t. ve 4087/88 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.(1988) No:L.350, 28.12.1988) Söz konusu Tüzük 31 Aralık 1999 tarihine kadar yürürlüktedir.

⁵¹³ Uzmanlaşma Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 19.12.1984 t. ve 417/85 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.22.2.1985 No:L.53/1) Söz konusu Tüzük 31 Aralık 2000 tarihine kadar yürürlüktedir

⁵¹⁴ Araştırma ve Geliştirme Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 19.12.1984 t. ve 418/85 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.22.2.1985 No:L.53/5) Söz konusu Tüzük 31 Aralık 2000 tarihine kadar yürürlüktedir

⁵¹⁵ Belirli Kategorilerdeki Teknoloji Transferi Antlaşmalarına Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 31.1.1996 t. ve 240/96 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.9.2.1996 No:L.031) Söz konusu Tüzük 31 Mart 2006 tarihine kadar yürürlüktedir

⁵¹⁶ Sigorta Sektöründeki Belirli Anlaşma, Karar ve Uyumlu Davranış Kategorilerine Antlaşmanın 85/3.maddesinin Uygulanması Hakkında 21.12.1992 t. ve 3932/92 sy. Komisyon Tüzüğü (OJ.31.12.1992 No:L.398) Söz konusu Tüzük 31 Mart 2003 tarihine kadar yürürlüktedir

⁵¹⁷ Bu eleştiriler, genel olarak muafiyet sisteminin yeteri derecede fayda sağlamadığı ve esas çözümlenmesi gereken meselenin, 4. maddede yer alan genel yasaklama koşulunun amaca uygun bir şekilde yorumlanması olduğunu göstermek amacıyla dayanmaktadır. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, bu aşamada muafiyet sisteminin külliyen reddedilmesi gibi bir yaklaşım söz konusu değildir. Aksine özellikle grup muafiyeti sistemi, sakıncaları göz önünde bulundurulduğu takdirde, oldukça etkin bir rekabet politikası aracı olarak kullanılabilir.

⁵¹⁸ Grup muafiyeti tebliğinde öngörülen koşulların yerine getirilmemesi, örneğin sözleşmede bulunmaması gereken bir kaydın bulunması halinde, söz konusu anlaşma, yapıldığı tarihten itibaren grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak ve dolayısıyla geçersizlik, tazminat gibi hukuki ve para cezası gibi idari yaptırımlara muhatap olacaktır. Dolayısıyla teorik olarak, grup muafiyeti kapsamı içerisine girebilecek olan anlaşmaların, tereddüt halinde bildirimini büyük önem taşır. Bu durumun ise, grup muafiyeti sisteminden beklenen amaçla bağdaşmadığı açıktır.

⁵¹⁹ Belirtmek gerekir ki, grup muafiyetin geri alınmasına ilişkin olarak tebliğlerde öngörülen düzenlemelerin, ne hukuki mahiyetleri, ne de bunlara bağlanan hukuki neticeler hususunda açıklık yoktur. Her şeyden önce, “*geri alma*” deyiminin, grup muafiyeti kavramı ile bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Zira, grup muafiyetine ilişkin tebliğler, genel, soyut ve objektif olarak uygulanan normlar getirmekte, bireysel muafiyet gibi, bireysel ve öznel nitelik taşımamaktadır. Bu açıdan, grup muafiyeti sistemi içerisinde verilmiş bir karar bulunmadığına göre, bunun geri alınması da mantıken mümkün değildir (krş. Aslan, sh.84 : Yazar bu gerekçeyle, buradaki geri alma kararının bir tespit kararı olduğunu belirtmektedir.). Dolayısıyla bireysel muafiyet sistemine ilişkin olan “*geri alma*” ifadesi, en azından terminolojik olarak, grup muafiyeti için uygun değildir.

Tebliğlerde yer alan ilgili düzenlemelere baktığımızda ise, bir danışıklı ilişkinin, 5. maddeyle bağdaşamaz etkiler doğurduğunun Kurul tarafından tespit edilmesi halinde, muafiyetin geri alınacağından bahsedilmekte ve bu geri almanın, RKHK.’nun 13. maddesine dayandığı ifade edilmektedir (1998/3 no’lu Tebliğ’de ise, 13. maddeye

dayanılacağına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır). Bunun dışında, bazı örnek durumlar öngörülerek, özellikle bunların muafiyet ile bağdaşmayacağı faraziyesi kabul edilmiştir.

Grup muafiyet tebliği ile muafiyet kararı, birbirlerinden farklı nitelik ve etkilere haiz, ayrı mantığa dayanan bambaşka sistemlerdir. Dolayısıyla, esasen bireysel muafiyet kararı için öngörülen geri almaya ilişkin 13. madde düzenlemesinin, grup muafiyeti sisteminde aynen uygulanması mümkün değildir. Zira 13.maddedeki geri alma kararından farklı olarak, buradaki temel amaç, soyut ve genel tebliğ hükümlerinin uygulanması esnasında, muafiyetin ruhu ile bağdaşmayan durumların önüne geçilmesi ve esasen bireysel muafiyet incelemesi ile muafiyet alamıyacak danışıklı ilişkilerin, grup muafiyetinin kapsamı dışında tutulmasıdır. Ayrıca 13. maddede sayılan 3 koşul incelendiğinde görülecektir ki, bunlardan sadece “a” beninde yer alan koşulun uygulanma kabiliyeti, -o da zorlama ile- kısmen mümkündür. Dolayısıyla grup muafiyeti kapsamına giren bir danışıklı ilişkinin, 13.madde sistemi çerçevesinde geri alınacağına bahsedilmesi hukuki açıdan yerinde değildir.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, grup muafiyeti kararının geri alınabilirliği 19/65 ve 1821/71 sy’lı çerçeve Tüzükleri’nde açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, *“Komisyon kendi inisiyatifıyla veya bir üye ülkenin talebi veya meşru bir menfaati olan gerçek veya tüzel kişinin talebiyle, bir anlaşma veya uyumlu eyleme, Antlaşma’nın 85/3.maddesinin koşullarıyla bağdaşmayacak etkilere sahip olduğu halde, bu Tüzüğün 1.maddesine göre çıkarılmış bir tüzüğün uygulandığını tespit ederse (herhangi bir grup muafiyeti tüzüğünün), bu tüzüğün sağladığı muafiyeti geri alabilir ve 17 sy. Tüzüğ’ün 4/1.maddesine göre gerekli olan bildirimde bulunmaksızın, aynı tüzüğün 6 ve 8.maddelerine göre bir karar çıkarabilir.”*

Tebliğlerde yer alan örnek geri alma sebeplerine bakıldığında ise, bunların rekabeti sınırlayıcı kayıtlardan ziyade, anlaşmanın rekabet üzerinde doğuracağı etkilere ve de bilhassa, 5. maddede yer alan genel şartlardan “c” ve “d” bentlerindeki durumlara ilişkin olduğu görülmektedir (giriş engelleri, markalar arası rekabetin bulunmaması, mal vermenin reddedilmesi vs.). Oysa grup muafiyeti tebliğlerinin bir danışıklı ilişkiye uygulanabilirliği, fiili durumdan daha çok, anlaşmada yer alan kayıtlarla ilintilidir. Bir başka deyişle, grup muafiyeti tebliğleri, anlaşmalarda bulunması gereken ve gerekmeyen kayıtları düzenlemekte ve ancak içeriği itibarıyla düzenlemiş olduğu bu anlaşma tipine uygun olan anlaşmaları kapsam içerisine almaktadır. Şüphesiz bu durum, şeklen grup muafiyetine uygun olmakla birlikte, fiili ilişki itibarıyla bu koşullara uygun olmayan anlaşmaların grup muafiyeti kapsamına girdiği şeklinde yorumlanamaz. Burada, tarafların hukuki belirlilik emniyet içerisinde bulunmaları amaçlanmaktadır. Geri alma halleri ise, anlaşmanın içeriği ile değil, anlaşmanın rekabet üzerinde yapacağı olumsuz etkiyle ilgilidir. Bu nedenle, içeriği itibarıyla grup muafiyeti kapsamına giren bir danışıklı ilişki, eğer 5. madde ile bağdaşmayacak etkiler doğuruyorsa ve de özellikle rekabetin önemli ölçüde ortadan kaldırılmasına neden oluyorsa, hakkında geri alma kararı verilebilir.

Burada geri alma kararıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka husus, aynen bireysel muafiyet kararında olduğu gibi, geri alma kararında da, Kurul’un münhasır yetkili olduğudur. Geri alma kararı, bu özelliği itibarıyla, bir danışıklı ilişkinin içeriği yönünden, grup muafiyeti kapsamına girip girmediğine ilişkin olarak yapılan

incelemeden farklıdır. Zira bu inceleme, sadece Rekabet Kurulu değil, adli mahkemeler tarafından yapılabilecek ve neticede “*tespit*” hükmüyle neticelendirilecek bir faaliyettir. Oysa anlaşılmaktadır ki, geri alma kararı bundan tamamen farklı ve anlaşmanın içeriğini değil, etkilerini dikkate alan, kendine özgü karardır (bu kararın hukuki açıdan nasıl nitelendirileceği, esas itibarla idare hukukunu ilgilendiren bambaşka bir meseledir). Kanımızca verilen geri alma kararının, somut anlaşma için grup muafiyeti tebliğinin sağladığı korumayı ortadan kaldıracığında kuşku duyulmamalıdır. Bu çerçevede, anlaşmanın geçersizliği, idari para cezaları ve başkaca idari tedbirlerin uygulanması söz konusu olabilecektir. Fakat bundan da önemli bir mesele, geri alma kararının geriye etkili olup olmadığı, geriye etkili olduğunun kabul edilmesi halinde bunun hangi ana kadar etkili olması gerektiğidir. Burada, RKHK.’nın 13.maddesini göz önünde tuttuğumuzda, geri alma kararının geriye etkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu görüş kabul edildiği takdirde ise, geri alma kararının hangi ana kadar geriye yürüyeceği, hukuki işlemlerin geçerliliği, idari yaptırımların tatbik edilip edilemeyeceği gibi meseleler ortaya çıkacaktır. Burada ayrıntı ve tartışmalara girmeksizin belirtelim ki, 13. madde hükmüne rağmen, kanımızca geri alma kararının geriye etkisinin bulunmadığını kabul etmek en uygun yaklaşım olacaktır (bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Üçüncü Bölüm/§2/II/C/2/b). Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, bu yaklaşımın benimsendiği söylenebilir (Tek elden dağıtım ve satın alma anlaşmalarına ilişkin blok muafiyet tüzüklerinin uygulanmasında dikkate alınması gereken hususları belirleyen açıklayıcı Komisyon notlarında bu husus açıkça belirtilmiştir. Bkz. OJ.(1983) C.355/7, corrected OJ.(1984), C.101/2., kısım 6, md. 24). Özetle, geri almaya ilişkin öngörülen hükümler; terminoloji, hukuki dayanak ve doğuracağı muhtemel hukuki neticeler açısından, gerektiği gibi kaleme alınmamıştır.

⁵²⁰ Krş. Korah, sh.277; Whish/Sufrin, sh.236

⁵²¹ Whish/Sufrin, sh.237

⁵²² Örneğin tek elden dağıtım ve satın alma anlaşmalarına ilişkin muafiyet tebliğlerinde, muafiyet alması imkanı olan kayıtların düzenlendiği 3. madde hükümleri, ilgili tebliğde belirtilen sınırlamalardan başka rekabet sınırlaması yüklenemeyeceğini öngörmektedir ki, bu düzenleme tarzının kabul edilebilir bir yönü yoktur. Her şeyden önce, “*rekabetin sınırlanması*” üzerinde anlaşmaya varılmış bir kavram değildir. Dolayısıyla, hangi yükümlülüklerin rekabeti sınırlayıcı olduğu, hangilerinin olmadığı, yapılacak yoruma bağlı olarak tamamen değişebilir. İkinci olarak, tebliği hazırlayanların, tebliğe konu olan anlaşmalarda yer alabilecek her türlü sınırlama durumunu önceden öngördüğünü söylemek mümkün değildir. Tebliği hazırlayanların dikkate almadığı ve fakat uygulamada sıkça rastlanılan çeşitli kayıtların bulunması pek muhtemeldir. Dolayısıyla burada, sınırlayıcı kayıtlar açısından “*numerus clausus*” ilkesini benimsemek, tebliğlerin uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Bunun dışında özellikle bu iki grup muafiyeti tebliği bakımından, bir anlaşma veya uyumlu eylemin bu tebliğlerin aradığı koşulları yerine getirmesi, bir başka ifadeyle muafiyet alabilmesi hemen hemen imkansız gibidir. Zira her iki tebliğde de muafiyet alınmasına imkan veren sınırlamalar oldukça dar tutulmuştur. Bu durum, ticari yaşamda oldukça kapsamlı ve detaylı olarak kaleme alınan tek elden dağıtım ve satım anlaşmalarının, tebliğlerde izin verilen kayıtları dışında kalan kayıtlarının grup muafiyeti kapsamına girememesine yol açacaktır. Bu bağlamda,

uygulamada teŖebbüsler, yaptıkları dikey anlaşmaları bu iki tebliğ değil, daha elverişli hükümler içeren franchising tebliğine uyarlayacaklardır.

§2- Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

I- Genel Olarak

Ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüslerin amacı, rakiplerine oranla daha fazla kar elde ederek, belirli bir güce ulaşmak ve piyasada hakim konuma gelmektir. Teşebbüsler bu amaçlarına piyasa kurallarına riayet ederek, kendi iç dinamikleri vasıtasıyla gelebilecekleri gibi, hukuki ve fiili bir takım imtiyazlar veya piyasa şartlarının zorlamasıyla da ulaşabilirler. Teşebbüsler için faaliyet gösterdikleri piyasada hakim konumda bulunmak, son tahlilde bir ekonomik güç ve başarı ifadesidir. Bu itibarla piyasa kurallarının doğal bir gereği olarak, rekabet kuralları, monopol¹ veya daha geniş olarak, hakim konumda bulunan teşebbüslerin varlığını yasaklamaz². Bu tip bir yaklaşım, izatihi Rekabet Hukukundan beklenen ekonomik amaçlara uygun bir çözüm tarzı da değildir³.

Bununla beraber, piyasada hakim konumda bulunan bir teşebbüsün, rekabet ortamının geçerli olduğu piyasalarda faaliyette bulunan diğer teşebbüslere kıyasla, daha kolay bir şekilde rekabet şartlarını yönlendirmesi mümkündür. Zira teşebbüsün sahip olduğu ekonomik güç ve bunun sağlayacağı rekabet avantajı, onun, piyasada büyük ölçüde keyfi davranabilmesine ve rekabetin işleyişine rahatça etkide bulunabilmesine imkan verir. Bu itibarla, rekabet kurallarıyla genelde bu hakim durumdaki teşebbüslerin faaliyetleri kontrol altına alınmakta ve bu teşebbüslerin serbest rekabetin gereklerine uygun davranmaları sağlanmaktadır. Bu bağlamda, rekabet kuralları piyasadaki hakim gücü yasaklamamakta, ancak sahip oldukları ekonomik güç nedeniyle, hakim durumda bulunan teşebbüslere rekabetin sınırlanmamasına yönelik olarak özel bir sorumluluk yüklemektedir.

İşte bu amaca yönelik olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen ikinci yasaklama hükmü de, 6. maddede yer alan, "*hakim durumun kötüye kullanılması*"na ilişkin hükümdür. Söz konusu hükme göre, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde, bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*". Maddenin ilk fıkrasında yer alan bu yasaklama koşulunun yanı sıra, 4. madde düzenlemesinde olduğu gibi, ikinci fıkrada örnek birtakım kötüye kullanma halleri ikinci sınırlı olmayacak şekilde sıralanmıştır⁴.

Kanun'un 6. maddesi hükmünün belirleyici özelliği, teşebbüslerin kendi bağımsız davranışları sonucu rekabeti sınırlamalarının, daha açık bir anlatımla, herhangi bir başka teşebbüs (veya teşebbüslerle) "*danışıklılık*" ilişkisi içerisinde girilmeksizin gerçekleştirilen rekabeti sınırlayıcı davranışların Rekabet Hukuku çerçevesinde yasaklanmasıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, 4. maddenin

uygulanabilmesi için birden fazla teşebbüsün, birbirleriyle danışıklı davranarak rekabeti sınırlamaları gerekmektedir. Oysa 6. maddenin uygulanması için, herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya daha geniş bir tabirle, “*danışıklılık*” veya “*işbirliği*”nin varlığı gerekli değildir. Hakim durumda olması koşuluyla, bir teşebbüsün tek başına da rekabeti kısıtlayabileceği kabul edilmektedir. Esasen burada, hakim teşebbüsün piyasada elde ettiği fiili ekonomik güç, 4. maddeden farklı olarak, başka teşebbüslerle bir araya gelmeksizin, “*tek yanlı*” olarak rekabeti sınırlamasına imkan verebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar farklı şekilde düzenlenmiş de olsa, aslında bu iki madde birbirlerini fonksiyonel olarak tamamlamaktadır⁵.

Kanun’un 6. maddesinde yer alan bu düzenlemenin, Avrupa Birliği Hukukundaki⁶ karşılığı, Roma Antlaşması’nın 86. maddesinde yer almaktadır⁷. Bu iki madde genel olarak birbirine benzemekle beraber, Roma Antlaşması’nda yer almayan, “*başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar*” şeklindeki ifade, 6. maddenin anlaşılması ve 4. maddeyle 6. madde arasındaki tamamlayıcı ilişkinin kavranmasında, potansiyel bir karışıklık sebebidir⁸. Bunun yanı sıra, 86. maddenin “*örnek kötüye kullanma halleri*” bahsinde de oldukça farklı düzenlemeler bulunmaktadır⁹.

Bir davranışın 6. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, öncelikle söz konusu davranışın, belirli bir piyasada “*hakim durum*”da bulunan bir teşebbüs¹⁰ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. “*Hakim durum*”da bulunmayan teşebbüsün, kötüye kullanma kalıplarına uyan bir eylem veya işlemi, 6. madde kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla öncelikle hakim durumun ne olduğu ve hangi şartlara bağlı olarak gerçekleştiğinin belirlenmesi gerekir. Bunun saptanması ise, piyasa ve piyasa davranışlarına ilişkin oldukça kapsamlı ekonomik analizlerin yapılmasını gerektirir. Hakim durumun saptanmasından sonra ise, 6. maddenin uygulanması bakımından aşamalı olarak “*rekabeti sınırlayıcı davranış*” veya Rekabet Hukukunun ihlali olarak kabul edilen kötüye kullanma eyleminin, neyi ifade ettiğini ve nasıl gerçekleşebileceğinin saptanması önem arz eder.

II- Hakim Durum

A) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde hakim 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 gücü*” olarak tanımlanmıştır. 6. maddenin uygulanmasına ışık tutacak olan bu tanımda belirleyici kavramlar,

teşebbüsün faaliyette bulunduğu “*ilgili piyasa*”¹¹ ve “*bağımsız hareket edebilme gücü*”dür¹².

Avrupa Birliği Hukukunun¹³ temelini teşkil eden Roma Antlaşması’nda ise, hakim durumun tanımına yer verilmemekle birlikte, doktrin ve içtihatlarda hakim durumun koşulları ve hangi şartlarda söz konusu olacağı yukarıdaki tanıma paralel olarak belirlenmiştir. Genellikle kabul edilen tanıma göre¹⁴, “sahip olunan ekonomik güç, rakip, sağlayıcı, müşteri ve tüketicileri dikkate almaksızın, teşebbüsün bağımsız olarak karar verebilmesine imkan sağlıyor ve ilgili piyasada etkin rekabetin devamını engelleyebiliyor ise”, o takdirde söz konusu teşebbüs ilgili piyasada hakim durumdadır¹⁵. Bir başka deyişle, teşebbüs, piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak “*rekabet baskısını*” dikkate almaksızın kararlarını oluşturuyor ve uygulayabiliyorsa, hakim durumun varlığı kabul edilmektedir¹⁶. Bu çerçevede, ticari başarı ve karlılık, hakim olmanın mutlak bir şartı değildir¹⁷.

Hakim durum kavramı, soyut değil, bir piyasaya bağlılığı ifade ettiğine göre, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının belirlenmesi için, öncelikle onun hangi piyasada¹⁸ faaliyette bulunduğu tespit edilmesi gerekir¹⁹. Yukarıda da ifade edildiği üzere ilgili piyasanın tespit edilmesi, sadece 6. maddenin uygulanmasına ilişkin olmayıp, aynı zamanda 4, 5 ve 7. maddelerin uygulanması için de gerekli bir faaliyettir²⁰. Ancak, 6. maddenin uygulanmasında, ilgili piyasanın tespit edilmesi bir ön koşuldur. Dolayısıyla, 4. maddeye kıyasla, 6. maddede açısından ilgili piyasanın belirlenmesinin daha büyük önemi olduğu söylenebilir.

Teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasanın tespit edilmesi aşamasında ise, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında genel olarak²¹, belirli “*mal (veya hizmet) piyasası*”, “*coğrafi piyasa*” ve “*dönemsel piyasa*” olarak üç boyutlu bir incelemenin yapıldığı söylenebilir²². Bu yaklaşıma göre, teşebbüsün hakim konumda bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen ilgili piyasanın tespit edilmesi için, sadece faaliyet konusu olan mal veya hizmet açısından değil, aynı zamanda faaliyette bulunan coğrafya ve zaman (dönem)²³ açısından da değerlendirme yapılması gerekmektedir.

B) İlgili Piyasa

Yukarıda da ifade edildiği üzere hakim durum, teşebbüsün somut piyasa içerisindeki ekonomik gücü ile ilgili bir kavramdır ve piyasanın belirlenmesi, teşebbüsün ekonomik gücünün tespit edilmesinin ön koşuludur. Teşebbüsün faaliyette bulunduğu ve aynı zamanda rekabetin kısıtlandığı iddia edilen piyasanın tespit edilmesi ise, çoğu zaman geniş kapsamlı ekonomik analizlerin yapılmasını gerekli kılar. Bu durum ise, özellikle piyasaların çeşitliliği ve birbirleriyle olan benzerlikleri göz önünde tutulacak olursa, Rekabet Hukukunun uygulaması bakımından oldukça güç bir incelemedir ve belirtelim ki, çoğu kez

kesin bir sonuca ulaşmak imkansızdır. Bununla birlikte ilgili piyasanın tespit edilmesi 6. maddenin uygulanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Zira ilgili piyasanın geniş veya dar olarak tespit edilmesi, teşebbüsün hakim durumda olarak kabul edilmesinde doğrudan etkide bulunacaktır.

1- Mal veya Hizmet Piyasası

a) Genel Olarak

Mal piyasasının²⁴ tespit edilmesi, ilgili piyasanın belirlenmesindeki ilk ve en önemli aşamadır²⁵. Öncelikle belirtelim ki, rekabetin sınırlandığı iddia edilen mal piyasasının belirlenmesi, ilgili teşebbüsün ekonomik faaliyetine konu olan malın belirlenmesiyle özdeş değildir. 6. maddenin uygulanabilmesi için, rekabetin sınırlandırılmasının hakim teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada gerçekleşmiş olması gerekmediği gibi²⁶, böyle bile olsa, rekabetin kısıtlandığı iddia edilen mal piyasası, ancak bu malın kapsamının belirlenmesi, bir başka deyişle, söz konusu mala benzer nitelikteki mallar, aynı amaca hizmet eden başka mallar ve tüketici gözünde eş tutulan mallarla olan bağlantısının araştırılmasıyla saptanabilir²⁷.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, mal piyasasının nasıl belirleneceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla bu hususta, Avrupa Birliği Hukukunda uygulanmakta olan ölçütlerin esas alınması yoluyla değerlendirme yapılması uygun olacaktır. Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde, “*değiştirilebilirlik*” veya “*ikame edilebilirlik*” ölçütü temel alınmakta ve değerlendirme somut olay kapsamında “*talep*” ve “*arz*” açılarından ayrı ayrı yapılmaktadır²⁸. Buna göre, bir malın, hem müşteri tercihi açısından ve hem de üretim süreci açısından başka mallarla olan ikame edilebilirliği, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde temel kriter olarak alınmakta; fakat ikame edilebilirlik oranı hususunda kesin bir değerlendirme yapılmamaktadır²⁹.

Komisyon ve Adalet Divanı, ekonomik analizlere bağlı olmaksızın, ilgili mal piyasasını genellikle oldukça dar bir şekilde yorumlamakta³⁰ ve bu nedenle hakim durumda olmakla itham edilen teşebbüsler tarafından eleştirilmektedir³¹. Özellikle ilgili mal piyasasının tespitinde yapılan değerlendirmede, genelde sadece talep ikamesinin temel alınması³² ve arz ikamesinin çoğu kez dikkate alınmaması³³, ilgili piyasanın daralmasına yol açabilmektedir. Avrupa Birliği makamlarınca genel olarak benimsenen tanıma göre ilgili mal piyasası³⁴, “tüketici açısından; nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları itibarıyla ikame edilebilir ve değiştirilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasadır”³⁵. Görüldüğü üzere, tanımda değerlendirme sadece talep ikamesi açısından yapılmış, arz ikamesine ise yer verilmemiştir³⁶.

b) Talep İkamesi

Talep ikamesinde, aynı piyasaya dahil sayılan mallar arasında, tüketiciler açısından kullanım, fiyat ve nitelikleri bakımından farklılık olmaması ve bu mallardan herhangi birinin diğerine tercih edilebilmesi söz konusudur. Avrupa Birliği Hukukunda, talep ikamesinin tespit edilmesinde “*çapraz fiyat elastikiyeti*”nin³⁷ en etkili yöntem olduğu kabul edilmektedir³⁸. “*Çapraz fiyat elastikiyeti*”ne göre, bir malın fiyatında meydana gelen artışlar, tüketicilerin önemli ölçüde diğer bir mala veya mallara yönelmesine yol açtığı takdirde, bu mallar arasında ikame edilebilirliğin bulunduğu kabul edilmekte ve fiyat elastikiyeti yüksek olan mallar aynı piyasa kapsamında değerlendirilmektedir.

Görüldüğü üzere burada yapılan değerlendirme, malın sadece fiyat unsurunu nazara almakta ve ikame edilebilirliği de, fiyat değişimleri ile müşteri tercihleri arasındaki ilişkiye göre belirlemektedir. Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı'nın, büyük ölçüde tüketicilerin subjektif değerlendirmelerinden hareket ederek yaptığı bu analiz, sadece fiyat faktörünün dikkate alınması nedeniyle bazı hallerde yanıltıcı ve eksik olabilmekte ve bu nedenle, malın fiziksel özellikleri³⁹, kullanma amacı⁴⁰, fiyat⁴¹ ve piyasadaki arz ve talep yapısı⁴² gibi birtakım alternatif kriterlerle tamamlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴³.

Türk Hukuku açısından yukarıda ifade edilen kıstaslar ve değerlendirmeler büyük ölçüde uygulanabilir olmasına karşın, bazı farklı noktaların belirtilmesi gerekmektedir. Öncelikle mal piyasasının tespitinde temel kriter olan çapraz fiyat elastikiyetinin, Türk ekonomisindeki yüksek enflasyon ve buna bağlı olarak daimi nitelikteki fiyat artışları karşısında nasıl uygulanabileceğinin belirlenmesi gerekir⁴⁴. Bunun dışında, Avrupa Birliği ülkelerinden; refah seviyesi ve daha da önemlisi, gelir dağılımı bakımından oldukça farklı konumda bulunan Türk toplumunun, mal fiyatlarındaki geçici artışlara karşı vereceği tepkilerin oldukça farklı ve düzensiz nitelikte olması ihtimali bulunmaktadır. Özellikle gelir dağılımındaki büyük farklılıklar, tüketicilerin fiyat değişimleri karşısında oldukça karmaşık tepkiler vermesine yol açacak niteliktedir. Bu itibarla Rekabet Kurumunun somut olaylar karşısındaki yaklaşımı, söz konusu yöntemin uygulanması bakımından büyük önem taşıyacaktır.

c) Arz İkamesi

Talep ikamesi kadar etkili olmamakla beraber, ilgili mal piyasasının tespit edilmesinde kullanılan bir diğer yöntem, “*arz ikamesi*”dir. Talep ikamesine kıyasla daha objektif bir nitelik gösteren bu yöntemde göre, bir ürünü üretmekte olan teşebbüs, kısa dönemde fazla bir zorlukla karşılaşmadan, başka bir ürünü de üretebilecek imkan ve kapasiteye sahip olduğu takdirde, söz konusu

malların arzı açısından ikame edilebilirlik söz konusudur. Buna göre, ilgili mal piyasası sadece talep ikamesine göre değil, aynı zamanda arz ikamesine göre belirlenecek ve malın arzı açısından, başka bir mal veya mallarla yüksek surette ikame edilebilirliğin söz konusu olduğu durumlarda, bu malların tümü aynı piyasa kapsamında değerlendirilecektir.

Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde talebin yanı sıra arz ikamesinin de dikkate alınması, ilk olarak Continental Can davası⁴⁵ ile başlamış ve bunu takip eden süreçte Komisyon ve Adalet Divanı arz ikamesi yöntemine kararlarında sık sık başvurmuşlardır⁴⁶.

Mal piyasasının belirlenmesinde arz (üretim) ikamesine de yer verilmesi, esasen potansiyel rekabet teorisinin doğal bir sonucudur⁴⁷. Ekonomik açıdan bakıldığında, bir teşebbüs piyasa faaliyetlerine ilişkin karar alırken sadece mevcut rakip teşebbüsleri değil, aynı zamanda piyasaya girmesi pek muhtemel olan teşebbüsleri de dikkate almak durumundadır. Zira piyasadaki rekabet baskısının oluşumunda sadece aktüel rakipler değil, aynı zamanda muhtemel rakipler de etkili olmaktadır. Bu nedenle, potansiyel rekabet ortamı veya giriş engellerinin ilgili piyasanın tespitinde dikkate alınması, ekonomik hayatın gerçekleriyle de uyum arz eder. Fakat teknik ve mali açıdan arz ikamesinin mümkün olması, söz konusu teşebbüslerin rakip olabilecekleri varsayımından hareketle; her durumda ilgili mal piyasalarının özdeş olarak değerlendirilmesine yol açmamalıdır. Teşebbüslerin faaliyet sahalarını kısa dönemde değiştirmeleri, sadece üretim sürecindeki benzerlikler veya mali kolaylıklar gibi basit nedenlere dayandırılmaz⁴⁸. Bu itibarla, arz ikamesinin ilgili piyasa açısından dikkate alınmasında kapsamlı bir inceleme yapılmalı ve ancak talep ikamesi yöntemiyle birlikte aşamalı olarak uygulanmalıdır.

2- Coğrafi Piyasa

İlgili piyasanın bir diğer boyutu da, teşebbüsün faaliyette bulunduğu mal piyasasının coğrafi sınırlarıdır. Teşebbüsün hakim konumda bulunduğu tespit edilmesi için, ilgili mal piyasasının coğrafi kapsamının da belirlenmesi bir zorunluluktur. Zira coğrafi açıdan herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, ilgili malın ticari hayata konu olduğu tüm coğrafyayı global olarak ilgili coğrafi piyasa olarak kabul etmek, çoğu kez ekonomik gerçeklere uygun olmadığı gibi, Rekabet Hukukunun amaçlarıyla da bağdaşmaz⁴⁹. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6 ve 7. maddelerinde de, ilgili mal piyasası coğrafi açıdan ülkenin bütünü veya bir bölümüyle sınırlandırılmış ve teşebbüsün ülkenin bütünü veya bir bölümündeki mal piyasasında hakim durumda olması halinde, kötüye kullanmanın gerçekleşebileceği ifade edilmiştir.

İlgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde temel alınacak olan esas, doğal olarak öncelikle teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen bölgedir. Bu bağlamda, teşebbüsün faaliyetinin

niteliğine göre söz konusu bölge ülkenin bütünü olabileceği gibi, bir şehir veya bir mahalleyle de sınırlı kalabilir. Fakat ilgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde, sadece fiilen faaliyette bulunulan bölgeyle sınırlı kalınmaz⁵⁰. Faaliyette bulunulan bu bölge ile, özellikle rekabet koşulları açısından benzerlikler gösteren diğer bölgeler, ilgili coğrafi piyasa kapsamında değerlendirilmelidir. Zira ilgili mal piyasasının tespit edilmesinde olduğu gibi, farklı bölgelerdeki potansiyel rekabet imkanının da dikkate alınması gerekir⁵¹. Örneğin, bir ürünün önemli orandaki müşterileri, aynı ürünü başka bir bölgedeki satıcıdan aynı veya yakın fiyatlarla temin edebiliyorlarsa, bu durumda ilgili ürünün coğrafi piyasası, diğer bölgeyi de kapsamı içine alır. Bu bağlamda, özellikle hakim durumun belirlenmesi açısından, teşebbüsün herhangi bir şekilde faaliyette bulunmadığı bölgeler ve dolayısıyla da, bu bölgelerde faaliyette bulunan teşebbüsler de, ilgili coğrafi piyasa kapsamına alınacak ve bu bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler rakip olarak kabul edilecektir⁵². Bir başka anlatımla, farklı bölgelerde faaliyet gösteren teşebbüsler, tüketiciler için alternatif bir arz kaynağı olarak ve farklı bölgelerdeki tüketiciler de, teşebbüsler için alternatif bir talep kaynağı olarak görülebiliyorsa, o takdirde bu bölgelerin aynı coğrafi piyasa içerisinde mütalaa edilmesi gerekmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda 6. maddeye karşılık gelen Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde de, hakim durumun kötüye kullanılması, Ortak Pazar'da veya onun önemli (esaslı) bir kısmında⁵³ gerçekleşmesi halinde yasaklanmakta, fakat önemli bir kısmın Ortak Pazarın bütününden nasıl ayrılacağına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemektedir. Adalet Divanı ve Komisyon uygulamalarında ise, ilgili coğrafi piyasa ve özellikle Ortak Pazar'ın önemli kısmı ifadeleri genellikle dar yorumlanmakta⁵⁴ ve bu bağlamda, bir üye ülke⁵⁵ ve hatta bir üye ülkenin bir kısmı⁵⁶ dahi, ilgili coğrafi piyasa olarak kabul edilebilmektedir. Genel olarak benimsenen tanıma göre ilgili coğrafi piyasa, "rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu ve diğer bölgelerden bu şartlar bakımından önemli ölçüde farklılık gösteren bölgelerdir"⁵⁷. Rekabet şartlarındaki farklılık ise, ilgili malların taşıma maliyetleri, fiziksel nitelikleri⁵⁸, ticari özellikleri⁵⁹, hukuki engeller⁶⁰ ve tüketici alışkanlıkları gibi faktörlerden kaynaklanabilmektedir⁶¹. Avrupa Birliği Hukukunda bu faktörlerden özellikle taşıma maliyetleri temel kriter olarak ele alınmakta ve malın fiziksel özellikleri ve taşıma olanaklarına bağlı olarak, nakliye ücretinin çok düşük olduğu durumlarda⁶², coğrafi piyasa Ortak Pazar'ın bütünü olarak kabul edilmektedir⁶³.

İlgili coğrafi piyasanın tespit edilmesinde, teorik prensipler açısından Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukuku açısından bir farklılık bulunmadığı halde⁶⁴, piyasaların ayrılmasında kullanılacak olan faktörler ve bunların sonuçları açısından önemli ayrılıkların ortaya çıkması ihtimali vardır. Genel olarak bu muhtemel farklılıklar, Avrupa Birliği'nin siyasi, sosyal ve coğrafi yapısından kaynaklanmaktadır. İlk olarak Birliği oluşturan farklı devletler ve vatandaşları, bunların farklı kültür, gelenek ve alışkanlıkları⁶⁵ piyasaların

belirlenmesinde önemli bir etkidir ve Ortak Pazar dahilinde piyasaların ayrılması sonucunu doğurur. Bunun yanı sıra, üye ülkeler arasında henüz tam olarak hayata geçirilemeyen malların ve hizmetlerin serbest dolaşım prensibi de, coğrafi açıdan piyasaların bölünmesine yol açan etkenlerdendir.

Siyasi açıdan üniter bir devlet olan ve coğrafi sınırlar açısından da Avrupa Birliğine kıyasla oldukça küçük olan Türkiye’de, piyasaların birbirlerinden ayrılması ihtimali daha zayıftır ve bu nedenle somut olay karşısında bölgeler arasında rekabet şartları açısından ciddi farklılıklar bulunmadığı sürece, coğrafi piyasanın ülkenin bütünü olarak kabul etmek, ekonomik gerçeklere daha uygundur. Buna karşılık, Türkiye coğrafyasının gösterdiği fiziksel özellikler, ulaşım altyapısının zayıflığı, bölgeler arası gelir dağılımındaki farklılıklar (ve bazı bölgelerde görülen terör olgusu), coğrafi piyasaların ayrılmasında etken olabilecek önemli faktörler olarak nitelendirilebilir. Coğrafi piyasaların ayrılmasında kullanılacak olan faktörler ve bunların muhtemel sonuçları, Rekabet Kurulu’nun ve Mahkemelerin somut olaylar karşısında oluşturacağı içtihatlarla ortaya çıkacaktır.

3- Zamansal (veya Dönemsel) Piyasa

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ve Roma Antlaşması’nda belirtilmemiş olmakla birlikte, Avrupa Birliği Hukukunda, ilgili piyasanın mal ve coğrafi boyutunun yanı sıra, dönemsel boyutunun da bulunduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir. İlgili piyasanın zamansal açıdan da değerlendirmeye tabi tutulması genel olarak, incelemeye konu olan mal piyasasının farklı dönemlerde, rekabet koşulları açısından önemli derecede farklılık göstermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Özellikle mevsim değişikliklerinin⁶⁶ veya olağanüstü dönemlerin⁶⁷ ortaya çıkardığı farklı rekabet koşulları, bazı mal piyasalarının bu dönemler açısından ayrı değerlendirilmesi gereğini doğurabilir. Dolayısıyla somut olay kapsamında, piyasaların zaman açısından da ayrılmasının mümkün olup olmamasının incelenmesi gerekebilir.

C) Hakim Durumun Belirlenmesi

1- Genel Olarak

Kanun’un 6. maddesinin uygulanması bakımından teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili piyasanın tespit edilmesinden sonra, ikinci aşama olarak, söz konusu piyasada hakim durum koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da hakim durumun tanımı verilmekle beraber, bağımsız biçimde davranmayı sağlayacak olan ekonomik gücün veya bağımsız davranabilme iktidarının ölçüsü veya bunun

nasil tespit edileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamış ve bu husus uygulama ve doktrine bırakılmıştır.

Hakim durumu sağlayan ekonomik güç ilgili piyasa bazında ele alındığına göre, bu gücün belirlenmesi için öncelikli olarak incelenmesi gereken, ilgili piyasanın yapısı ve bu piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa paylarıdır. Bu bağlamda, teşebbüsün hakim durumda bulunduğu tespit edilmesinde ele alınacak olan temel kriter, söz konusu teşebbüsün piyasa payı ve bu payın diğer rakiplerinin payları karşısındaki durumu olmalıdır⁶⁸. Fakat piyasa paylarına ilişkin olarak yapılan bu değerlendirme, genel olarak söz konusu teşebbüsün ekonomik gücü hakkında önemli derecede bilgi sağlıyor olsa da, pek çok durumda hakimliğin saptanmasında tek başına yeterli olmamaktadır. Zira (münhasıran piyasa paylarına ilişkin olarak yapılan) bu değerlendirme, piyasadaki potansiyel rekabeti göz ardı ettiği gibi, çok çeşitli faktörlerden kaynaklanabilen ekonomik gücün niteliğini de dikkate almamaktadır. Bu nedenle, piyasa payı kriterinin ek bir takım yardımcı kriterlerle tamamlanması gerekmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, hakimliğin tespitinde kural olarak, piyasa payı ile birlikte, potansiyel rekabeti dikkate alan giriş engelleri kriteri de kullanılmakta ve bazı hallerde, söz konusu teşebbüsün somut davranışı da değerlendirme kapsamına alınmaktadır⁶⁹.

2- Piyasa Payı

Belirtildiği üzere, hakim durumun belirlenmesinde kullanılan temel kriter, söz konusu teşebbüsün ilgili piyasadaki payıdır⁷⁰. Hatta “*piyasa payı*” kriteri, bazı hallerde diğer kriterleri dikkate almaksızın hakimliğin göstergesi sayılabilir⁷¹. Bu duruma verilebilecek en tipik örnek, ilgili piyasada monopol konumunda faaliyet gösteren teşebbüslerdir⁷². Avrupa Birliği Hukukunda monopolün yanı sıra, çok yüksek piyasa payları da, belirli bir süre boyunca devam etmeleri kaydıyla⁷³, başlı başına hakim durumun varlığı için yeterli görülmekte⁷⁴, fakat yüksek payın ne kadar olması gerektiği hususunda kesin bir ölçü verilmemektedir⁷⁵. Diğer taraftan, söz konusu teşebbüsün çok düşük piyasa payına sahip olması halinde de⁷⁶, diğer faktörler dikkate alınmaksızın, hakim durumun bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁷.

Hakim durumun belirlenmesinde temel mesele ise, söz konusu teşebbüsün piyasa payının ortalama düzeylerde seyretmesi halinde ortaya çıkar⁷⁸. Avrupa Birliği uygulamasına göre, bu durumda öncelikli olarak söz konusu teşebbüsün piyasa payı bakımından yakın rakipleriyle karşılaştırma yapılmakta ve bunun sonucuna bağlı olarak birtakım yardımcı faktörlerin yardımıyla hakim durum belirlenmektedir⁷⁹. Bu bağlamda, piyasa payları bakımından yapılan rölatif değerlendirme büyük önem arz etmekte ve söz konusu teşebbüsün piyasa payı rakiplerine oranla ne kadar yüksek olursa, hakim durumda olarak kabul edilmesi de o nispette kolaylaşmaktadır⁸⁰.

3- Giriş Engelleri

a) Kavram

Hakim durumun tespit edilmesi bakımından söz konusu teşebbüsün piyasa payları ve bunlar hakkındaki rölatif değerlendirme, pek çok durumda yeterli olarak kabul edilmemekte ve bu hususta çeşitli ilave faktörler de dikkate alınmaktadır. Değerlendirme kapsamına alınan bu ilave faktörler, teşebbüs ve ilgili piyasanın çok çeşitli özelliklerine ilişkin olmakla beraber, tümünde görülen ortak özellik, piyasaya yeni girecek olan teşebbüsler için bir çeşit zorluk teşkil etmeleridir. Bu itibarla, bu faktörlerin “*giriş engelleri*”⁸¹ başlığı altında toplanması mümkündür⁸².

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, Komisyon ve Adalet Divanı giriş engeli kavramını açık bir şekilde tanımlamamakla beraber, kararlarında bu kavramı geniş⁸³ yorumlamakta⁸⁴ ve bu bağlamda, dikey bütünlük, fazla kapasite, finansal güç, ürün farklılaşması ve hukuken korunan sınai mülkiyet hakları gibi, çok farklı faktörleri somut olay kapsamında giriş engeli olarak nitelendirmektedir. Bu geniş yorumlamaya bağlı olarak, “*giriş engeli*” doktrinde, “ilgili piyasaya yeni girecek olan teşebbüslerin karşılaştıkları her türlü zorluk” olarak tanımlanmaktadır⁸⁵.

Piyasaya yeni giriş yapacak olan teşebbüs için giriş engeli olarak nitelendirilebilecek pek çok durum bulunmakla beraber, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında hakim durumda olmanın diğer göstergesi olarak kabul edilen temel birtakım giriş engeli görünümünü ifade etmekte fayda vardır. Tahdidi olarak sayılması mümkün olmayan giriş engeli görünümleri, somut olayda birbirinden bağımsız olarak bulunabileceği gibi, bir arada da bulunabilirler⁸⁶. İktisat bilimine paralel olarak bunları, “*doğal*” ve “*sunî giriş engelleri*” olmak üzere iki gruba ayırarak incelemek mümkündür⁸⁷.

b) Doğal Giriş Engelleri

Genel olarak “*doğal giriş engeli*”⁸⁸; ilgili piyasanın yapısal özelliklerinin, yeni giriş yapacak olan teşebbüsler için uygun olmaması halini ifade eder. Bu uygunsuzluk ise temelde, piyasada faaliyete geçebilmek için oldukça yüksek yatırım maliyetine ihtiyaç duyulmasından kaynaklanabileceği gibi⁸⁹, piyasanın nitelik itibarıyla fazla sayıda teşebbüsün karlı biçimde faaliyet göstermesini kaldıramayacak olmasından da kaynaklanabilir⁹⁰. Ayrıca kanımızca “*çıkış engelleri*”⁹¹ olarak kabul edilen durumlar da, birer doğal giriş engeli olarak görülmelidirler⁹². Netice itibarıyla somut olayda doğal giriş engelinin bulunup bulunmadığı; hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün değil, ağırlıklı olarak ilgili piyasanın özelliklerine bağlı olarak belirlenecektir.

c) Suni Giriş Engelleri

“*Suni giriş engelleri*”⁹³ ise genel olarak, piyasanın değil, fakat piyasada aktüel olarak faaliyet gösteren ve hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün, ekonomik açıdan gösterdiği özelliklere bağlı olarak ortaya çıkan zorlukları ifade eden bir durumdur⁹⁴. Doğal giriş engellerinden farklı olarak, çok farklı türde suni giriş engelinin olması mümkündür. Suni giriş engeli kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından, belli başlı suni giriş engellerini açıklamakta fayda vardır⁹⁵.

İktisat bilimine göre, hukuk düzenince korunan patent, marka, lisans hakları gibi fikri ve sınai haklar, suni giriş engeli olarak nitelendirilen durumların başında gelmektedir⁹⁶. Avrupa Birliği Hukukunda da, ikame edilebilirlik imkanının bulunmadığı hallerde⁹⁷, bu tip imtiyazlı haklar giriş engeli olarak değerlendirilmekte ve hakimliğin diğer göstergeleri olarak kabul edilmektedir⁹⁸. Bunun yanı sıra, faaliyetin Devletten izin alınarak yapılmasının mecburi olduğu piyasalarda da, alınması gereken izin veya ruhsat, hukuki bir giriş engeli olarak değerlendirilmektedir⁹⁹.

Piyasada faaliyet gösteren teşebbüsün sahip olduğu “*yüksek teknoloji*” de, piyasaya giriş yapacak olan teşebbüsler için giriş engeli oluşturabilir¹⁰⁰. Özellikle bir çok üründe araştırma geliştirme (ar-ge) yatırımlarının büyük maliyetler gerektirmesi, hakimliğin belirlenmesinde teknoloji üstünlüğünün önemini artırmaktadır. Fakat teknolojik üstünlüğün giriş engeli olup olmadığının değerlendirirken, ihtiyatlı davranmak gerekir. Zira özellikle yüksek bir maliyet gerektirmeksizin transfer edilebilir bir teknoloji, sahibine, diğer teşebbüsler karşısında avantaj¹⁰¹ sağlamaktan uzaktır¹⁰². Bunun yanı sıra, düşük teknoloji kullanılan veya doymuş piyasalarda da, teknolojik üstünlüğün önemli bir etkisi bulunmayabilir¹⁰³. Bu itibarla, yüksek teknolojinin hakimliğin belirlenmesindeki etkisi ve avantajı somut olay kapsamında değerlendirilmelidir.

Hakimliğin belirlenmesinde Avrupa Birliği Hukukunda kullanılan bir diğer kriter, söz konusu teşebbüsün ilgili piyasada “*dikey bütünlüğe*”¹⁰⁴, başka bir deyişle, iyi bir dağıtım ağına sahip olmasıdır¹⁰⁵. Buna göre söz konusu teşebbüs, ilgili piyasanın bir aşamasında değil; diğer aşamalarında da, doğrudan veya dolaylı olarak etkin biçimde faaliyet gösteriyorsa, o takdirde dikey bütünlüğe sahiptir ve bu durum piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüsler açısından önemli bir giriş engeli teşkil eder¹⁰⁶. Dikey bütünlük, bağımsız dağıtıcılar ve satıcılar vasıtasıyla oluşturulanda sürüm ağı ile kurulabileceği gibi, yavru ortaklıklar ve şubeler gibi, teşebbüs içi büyüme yoluyla da kurulabilir.

Hakimliğin göstergesi olabilecek bir başka kriter ise, teşebbüsün sahip olduğu geniş “*finansal*” imkanlardır¹⁰⁷. Bu bağlamda, teşebbüsün öz kaynakları, sermayesi, kredi ve sermaye piyasalarına giriş kolaylıkları gibi faktörler, söz konusu teşebbüsün ilgili piyasada daha rahat rekabet edebilmesine ve yeni yatırımlara girebilmesine imkan sağlar¹⁰⁸. Özellikle söz konusu teşebbüse dahil

ekonomik grubun, para ve bankacılık sektöründe de faaliyet göstermesi, finansal açıdan önemli bir üstünlük olarak nitelendirilebilir¹⁰⁹.

Bazı hallerde, söz konusu teşebbüsün faaliyet açısından büyüklüğü ve gücü de, başka teşebbüsler için giriş engeli yaratabilir¹¹⁰. Burada, özellikle coğrafi açıdan herhangi bir sınırlamaya gidilmeksizin, teşebbüsün ilgili mal piyasasında veya bu piyasayla yakından ilgili bir başka mal piyasasındaki ekonomik gücü baz alınmakta¹¹¹ ve bu bağlamda, global biçimde faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin ekonomik gücünün de değerlendirme kapsamına alınması mümkün olabilmektedir¹¹². Yine teşebbüsün ekonomik gücüyle bağlantılı olarak belirtilebilecek bir başka giriş engeli, “*kullanılmayan kapasite*” kriteridir¹¹³. Teşebbüsün kullanılmayan kapasiteye sahip olması, talepte önemli bir artış olmadığı sürece, ilgili piyasaya yeni giriş yapacak teşebbüslerin yatırımlarını boşa çıkaracak ve potansiyel rekabet olgusunu ortadan kaldıracaktır.

Hakim durumun diğer göstergelerinden kabul edilebilecek bir başka durum da, söz konusu teşebbüsün, ilgili piyasada birden fazla ürün markası ile faaliyet göstermesidir. Bu halde piyasaya yeni giriş yapacak olan teşebbüs, markanın gerçek sahipleriyle değil, ayrı markaya sahip ürünler ile rekabet edecek ve piyasada ne kadar marka olursa piyasa payı da o kadar az olacaktır¹¹⁴.

4- İlgili Teşebbüsün Davranışı

Avrupa Birliği Hukukunda hakimliğin diğer göstergelerinden olarak kabul edilen bir başka kriter, hakim olduğu iddia edilen teşebbüsün davranışlarıdır¹¹⁵. Buna göre, hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün piyasa faaliyetlerine ilişkin davranışlarını, rakip ve müşterilerini dikkate almaksızın gerçekleştirdiğine ilişkin açık deliller mevcut ise, bu durumda somut olaydaki davranış da, teşebbüsün hakim durumda bulunduğunun bir kanıtı olarak değerlendirilecektir¹¹⁶. Bu yaklaşım temelde, bazı davranışların ancak ve ancak hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde bir anlam ifade edeceği varsayımına dayanır¹¹⁷. Bununla beraber bu tip bir bakış açısı, somut olaydaki davranışın, hem hakim durum, hem de kötüye kullanma eyleminin kanıtı olarak değerlendirilmesi, adeta hakim durumun “*per se*” yasaklanması gibi bir ikileme yol açmakta ve bu nedenle bazı yazarlarca eleştirilmektedir¹¹⁸. Kanımızca da, ilgili teşebbüsün davranışı kriterinin hakim durumun değil; kötüye kullanmanın değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınması daha uygun olacaktır.

D) Birlikte (Kolektif) Hakimlik

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre, sadece tek başına hakim durumda olan teşebbüsün kötüye kullanma eylemi değil, aynı zamanda birden fazla teşebbüsün, birlikte hakim durumda olması halindeki kötüye kullanma eylemleri de hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu bağlamda “birlikte hakimlik” kavramının neyi ifade ettiği, hangi şartlar altında söz konusu olduğu ve buradaki birlikteliğin, 4. maddeyle olan münasebetinin belirlenmesi gerekmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6. madde hükmü ile Roma Antlaşması'nın 86. maddesi hükmü arasında farklılık bulunmaktadır. 6. madde metninde yer alıp, Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde yer almayan, hakim durumun “tek başına yahut başkaları ile yapılan anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanılması” ifadesi, maddenin yorumunda, 4. maddeyle ilişkisinde ve özellikle birlikte hakimlik kavramının anlamında karışıklığa sebep olmaktadır¹¹⁹.

Sadece maddenin lafzı dikkate alınarak yorumlanırsa, “tek başına, yahut başkaları ile yapılan anlaşmalar ya da birlikte davranışlar” şeklindeki ifade, kötüye kullanma eyleminin ne şekillerde gerçekleşeceğine işaret etmektedir¹²⁰. Bu bağlamda bir teşebbüs, hakim durumunu tek başına kötüye kullanabileceği gibi, başkaları ile yapacağı anlaşma veya birlikte davranışlar yoluyla da kötüye kullanabilecek, öte yandan aynı şekilde, hakim durumda bulunan birden fazla teşebbüs de, tek başına ya da başkaları ile yapacakları anlaşma veya birlikte davranışlar yoluyla kötüye kullanma eylemini gerçekleştirebilecektir. Görüldüğü üzere bu ifade, maddeyi dilbilgisi açısından sakatladığı gibi¹²¹, maddenin bütünü ve özellikle örnek kötüye kullanma halleriyle birlikte değerlendirildiğinde, anlam açısından gereksiz olmaktadır. Bunun yanı sıra, Kanun'daki maddi rekabet kurallarının kavranmasında önemli yer tutan, 6. madde ile 4. maddenin tamamlayıcılık ilişkisi, bu ifade nedeniyle bulanmakta ve adeta bu iki maddenin aynı hususu düzenlediği gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır¹²².

Değiştirici bir yorum suretiyle, bu ifadenin anlamını, maddenin açık lafzından farklı değerlendirilmesini ileri süren bir görüş ise; bu ifadenin kötüye kullanmanın yolu olarak değil, birlikte hakimliğin unsuru olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹²³. İlk bakışta maddenin amacı ve Avrupa hukuku uygulamasıyla uyumlu görünen bu görüşün dayandığı nokta ise, bu ifadelerin kötüye kullanmanın yolu olarak kabul edilmesi halinde, hakim durumun birlikte davranış veya anlaşmalar dışındaki kötüye kullanmalarının maddenin kapsamı dışında kalıyor olmasıdır¹²⁴.

Kanımızca, maddede yer alan muğlak ifadenin yorumlanmasında ileri sürülen bu iki görüşlerden herhangi birinin benimsenmesi, maddenin uygulanması açısından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır. Zira her iki görüş açısından da birlikte hakimlik kavramı ile kastedilen, neticede aynı sonuca

varmaktadır. İlk görüşün benimsenmesi maddenin lafzına, ikinci görüşün benimsenmesi ise, maddenin ruhu ve Avrupa Birliği Hukukundaki uygulamaya daha uygun düşmektedir. Fakat bu görüşlerden herhangi birinin açıkça tercih edilmesini sağlayacak ikna edici ve yeterli bir dayanak bulmak güçtür. Kanımızca buradan yola çıkarak, madde lafzının aksine yorum yapmayı gerektirecek şartların gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmek ve dolayısıyla, ilk görüşü benimseyerek değiştirici yorumu reddetmek daha uygun olacaktır. Ayrıca değiştirici yorumun kabul edilmesinde temel dayanak alınan savın geçerliliği de tartışmalıdır. Zira maddenin lafzı, hakim durumun birlikte davranış ya da anlaşma dışında, tek başına da kötüye kullanılmasını da açıkça kapsamaktadır. Esasen kötüye kullanmanın bu durumların dışında, daha başka bir şekilde gerçekleşmesi de pek mümkün değildir¹²⁵. Ayrıca, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, birlikte hakimlik kavramının yorumunda “*anlaşmalar ve birlikte davranışlar*” ifadesine gerek duyulmadığına göre, bu ifadeleri birlikte hakimliğin unsurları olarak görmek de herhalde şart değildir¹²⁶.

Türk Rekabet Hukuku bakımından birlikte hakimlik kavramıyla ana yavru ortaklık ilişkisinin bulunduğu durumların, daha açık bir ifadeyle, aralarındaki ilişkilerde bağımsız olmayan teşebbüslerin oluşturduğu grupların kastedildiği açıktır¹²⁷. Burada kastedilen, Rekabet Hukuku anlamındaki bağımsız teşebbüslerin oluşturduğu birliktelik ve bu birlikteliğin ilgili piyasada hakim durumda bulunmasıdır. Bu bağlamda, bir gruplaşma veya beraberliğin hangi şartlar altında 6. madde anlamında birlikte hakimliğe yol açacağı ve bu teşebbüsler arasındaki ilişkilerin mahiyetinin belirlenmesi gerekir. Ayrıca bu belirlemeye bağlı olarak, teşebbüsler arasındaki ilişkilerin, aynı zamanda 4. madde kapsamında değerlendirilmesi ve bu teşebbüslerin gruptan ayrı olarak tek başlarına, kötüye kullanma eylemini gerçekleştirmelerinin mümkün olup olmadığına dair meselelerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda da, “*birlikte hakimliğin*”¹²⁸ uygulanmasında bu tip sorunlar ortaya çıkmış olmakla beraber, daha öncelikli sorun olarak bu kavramın ne anlama geldiği tartışılmış ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Birlikte hakimliği dar yorumlayanlara göre¹²⁹, bu kavram sadece ana-yavru ortaklık ilişkisinin bulunduğu durumları kapsamakta ve bu teşebbüsler 86. maddenin uygulanması bakımından birlikte hakim olarak kabul edilmektedirler. Adalet Divanı ve Komisyon¹³⁰, ise özellikle ilk yıllardaki kararlarında¹³¹, bu yorum şekline bağlı kalmış; buna karşılık daha sonraki yıllarda, birlikte hakimlik kavramını daha geniş yorumlamak suretiyle, Rekabet Hukuku anlamında bağımsız olarak faaliyet gösteren teşebbüsleri ve özellikle oligopol piyasalarını¹³² da 86. maddenin uygulama kapsamına almıştır¹³³. Bu yaklaşım tarzı, yukarıda da ifade edildiği gibi hangi şartlar altında birliktelik koşulunun gerçekleşeceği sorununu beraberinde getirmiş ve son yıllarda verilen yargı kararlarına rağmen, bu sorun henüz kesin ve net bir şekilde çözümlenememiştir¹³⁴.

Birlikte hakimliğe ilişkin olarak verilen kararlara bakıldığında ise, bunlardaki ortak özelliklerin, teşebbüslerin faaliyette bulunduğu piyasaların oligopolist yapıda olması ve daha da önemlisi, birlikte hakim olarak kabul edilen teşebbüsler arasında, aynı zamanda 85. maddenin uygulanmasını gerektirecek danışıklılık ilişkisinin (kartel anlaşması) bulunması olduğu görülmektedir¹³⁵. Zira özellikle uygulamada, birlikte hakimliğin gerçekleşmesi için sadece piyasadaki kaynaklanan özgün koşullar yeterli bulunmayıp, aynı zamanda bu teşebbüsler arasında sıkı ekonomik bağlılık ve etkileşim olgusu araştırılmakta¹³⁶ ve doğal olarak bu yaklaşım, teşebbüsler arasındaki ilişkilerin genellikle “*kartel anlaşması*” olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır¹³⁷. Avrupa Birliği Hukukunda buna bağlı olarak, birlikte hakimliğin bulunduğu hallerde, 85 ve 86. maddeler genelde beraber tatbik edilmekte ve teşebbüsler her iki hükümden de sorumlu tutulmaktadır¹³⁸.

Buna karşılık, doktrinde de genel olarak ifade edildiği üzere, kolektif hakimliğin gerçekleşmesi için, teşebbüsler arasındaki ilişkinin her koşulda 85. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmek, bu kavramdan beklenen amaca uygun bir yorum tarzı değildir¹³⁹. Zira bu kavramın temel işlevi teşebbüslere katmerli ceza uygulamak değil; oligopol piyasalarının kendine özgü şartlarından kaynaklanan¹⁴⁰ ve 85. madde anlamında danışıklı ilişki niteliğinde olmayan birlikte davranışların önüne geçilmesidir. Bu itibarla, Avrupa Birliği Hukukunda teşebbüsler arasında danışıklılık olmaksızın dahi, piyasa yapısından kaynaklanan bir müşterek beraberliğin varlığı kabul edilmekte ve birlikte hakimlik uygulanabilmektedir¹⁴¹.

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka sorun, birlikte hakimliğin oluşturan teşebbüslerin tamamının değil, fakat bir veya birkaçının, kötüye kullanma eylemini gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığı, bir başka deyişle, tek başına hakim olmayan, fakat birliktelikten aldığı ekonomik gücü münhasıran kullanan teşebbüsün davranışının 6. madde kapsamına girip girmeyeceğidir. Avrupa Birliği Hukukunda bu soru olumlu şekilde cevaplanmış ve böyle bir durumun ender gerçekleşme ihtimali bulunduğu kabul edilmekle beraber, özellikle rekabet karşıtı kötüye kullanmalar¹⁴² bakımından bunun mümkün olduğuna işaret edilmiştir¹⁴³.

Kanımızca Türk Hukuku bakımından, anlaşmayla veya uyumlu eylem ile kurulan birlikte hakimliğin uygulanmasında herhangi bir güçlük yoktur. Birden fazla bağımsız teşebbüsün bir araya gelip, piyasa davranışlarına ilişkin kararlarını beraberce almaları, bu teşebbüslerin bağımsızlıklarını yitirmelerine neden olmaz ve bu teşebbüsler pekala beraber hakim konumunda kabul edilebilirler. Buna karşılık aralarında bu anlamda yakınlık bulunmayan teşebbüslerin, birlikte hakim olarak kabul edilmesi, ancak piyasa koşullarının yarattığı özgün ortama bağlı olarak, istisnaen mümkün olabilir¹⁴⁴.

Birlikte hakimlik kavramına ilişkin yukarıda ifade edilen sorunlar ve Avrupa Birliği Hukukunun bunlara olan yeni yaklaşımları, Türk Hukuku

açısından büyük ölçüde yol gösterici niteliktedir. Özellikle Türkiye gibi, yüksek oranda yoğunlaşmanın yaşandığı ekonomilerde¹⁴⁵ birlikte hakimlik kavramının uygulanması önem taşımaktadır. Buna karşılık, bu kavramın uygulanmasında Avrupa Birliği Hukukunda dahi tam bir netliğin bulunmaması, Rekabet Kurulu'nun bu konuya olan yaklaşımının önemini artırmaktadır.

III- Kötüye Kullanma

A) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, hakim durumu değil, bu durumun kötüye kullanılmasını hukuka aykırı kabul etmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırılığın ortaya çıkabilmesi için, ilgili piyasada hakim durumun şartlarının gerçekleşmesinden sonra, somut olayda bunun kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi gerekir. Hakim durum kavramının aksine, Kanun'da kötüye kullanmanın tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık, ikinci fıkrada çeşitli örnek durumlar sayılmış ve ayrıca kötüye kullanma eyleminin ne şekilde gerçekleşeceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kötüye kullanmanın ne şekillerde gerçekleştirilebileceğine ilişkin açıklayıcı örneklerin yanında, ilk fıkrada bu tip bir ifadeye ayrıca yer verilmesi; gereksiz olduğu gibi, maddenin bütünlüğünü de bozmuştur¹⁴⁶.

Hukuka aykırılık olarak kabul edilen kötüye kullanma kavramı, oldukça geniş ve muğlak bir kavramdır ve bu itibarla uygulamada yol gösterici olması bakımından, ikinci fıkrada, belli başlı kötüye kullanma örneklerinin belirtilmesi yerinde olmuştur. Genel anlamı itibarıyla kötüye kullanmadan bahsedildiğinde, bir fiili durumun, yetkinin veya hakkın, dürüstlük kurallarına aykırı olarak veya başkalarını istismar edecek şekilde ya da amacına aykırı olarak kullanılması gibi, temeli ahlaka dayanan davranış biçimleri karşımıza çıkar. Bu bağlamda, 6. madde anlamında hakim durumu kötüye kullanılması kavramının da genel olarak, ekonomik gücün sağladığı avantajların "*ticari etik*" kurallarına aykırı surette kullanılması şeklinde yorumlanması mümkündür.

Buna karşılık, kötüye kullanma kavramının bu şekilde yorumlanması, 6. madde hükmünün fonksiyonunun göz ardı edilmesi anlamına gelir. Zira 6. madde, haksız rekabet, hakkın kötüye kullanılması ve gabin gibi, saf ahlaki temellere dayanan¹⁴⁷ ve rakip veya tüketiciler gibi kişi menfaatlerinin korunmasını amaçlayan bir hukuk kuralı değildir¹⁴⁸. Ayrıca 6. maddede her ne kadar açıkça ifade edilmiyorsa da¹⁴⁹, bu hükmün temel amacı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, bu ekonomik gücünün sağladığı avantajları, serbest rekabet düzeninin aleyhinde kullanmasının önüne geçilmesidir. Bu nedenle, kötüye kullanma kavramı, etik normlara değil, ekonomik realitelere bağlı olarak dar yorumu tabi tutulmalı ve ticari etik, rekabet kavramı ile bağdaştırılmalıdır.

Özetle, hakim teşebbüs tarafından ekonomik güce dayanarak gerçekleştirilen ve serbest rekabetin azalması veya kısıtlanması sonucunu doğuran her türlü davranışın, 6. madde anlamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi mümkündür¹⁵⁰. Bu ifadeyi somutlaştırdığımızda, rekabeti sınırlayıcı kötüye kullanma kavramına ilişkin olarak, hem ekonomik¹⁵¹ ve hem de kavramsal¹⁵² açıdan ilk akla gelen durum, hakim durumda bulunan teşebbüsün, istismar ve sömürüye dayanan davranışlarıdır. Bu tip davranışlar, hakim durumda bulunan teşebbüsün doğasından kaynaklanmaktadır. Zira teşebbüs, daha fazla menfaat sağlama uğruna¹⁵³, hakim durumun kendisine sağladığı imkanları daha fazla kullanmak isteyecek ve bu amaçla kendisine ticari açıdan bağımlı durumda bulunan teşebbüsleri daha fazla istismar etme yolunu tercih edecektir.

Bununla beraber, yukarıda da ifade edildiği gibi kötüye kullanma kavramı sadece sömürüye değil, aynı zamanda doğrudan rekabete yönelik davranışları da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Zira hakim durumun yarattığı ekonomik avantajları korumak isteyen teşebbüs, bunları, başka teşebbüslerle rekabete girmemek amacıyla da kullanılabilir. Böyle bir davranış ise büyük olasılıkla, bünyesinde herhangi bir şekilde sömürü veya istismarı da içermekten uzaktır. Nitekim bu durum, ikinci fıkrada belirtilen kötüye kullanma örneklerinden de açıkça anlaşılmaktadır¹⁵⁴.

Avrupa Birliği Hukukunda ise,¹⁵⁵ kötüye kullanma kavramına ilişkin yukarıda benimsenen yorum tarzı kabul edilmekle birlikte,¹⁵⁶ ilk dönemler, bu kavramın yorumunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Roma Antlaşması'nın değişik dillerdeki çevirilerindeki farklılıklar¹⁵⁷ ve özellikle 86. maddenin ikinci fıkrasında yer alan örnek kötüye kullanma hallerindeki ifadeler,¹⁵⁸ bir dönem bu kavramın sadece sömürüyü kapsayacak şekilde yorumlanmasına ve bu hükmün de, rekabetten çok, tüketicileri ve piyasadaki diğer teşebbüsleri koruma amacı güden bir düzenleme olduğuna dair görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır¹⁵⁹. Bununla beraber, Komisyon ve Adalet Divanı, kötüye kullanma kavramını Roma Antlaşması'nın amacını¹⁶⁰ da dikkate alarak geniş yorumlamış¹⁶¹ ve kötüye kullanma kavramını rekabetin azaltılması¹⁶² sonucunu doğuran her türlü davranışı kapsayacak şekilde değerlendirmiştir. Bu yaklaşıma bağlı olarak, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında kötüye kullanma kavramı objektif olarak değerlendirilmekte¹⁶³ ve teşebbüsün sorumlu tutulabilmesi için "*kusurlu olma*" şartı dahi gerekli görülmemektedir.¹⁶⁴ Bu açıdan bir bakıma, hakim durumda bulunan teşebbüsün, rekabetin azalmasına yol açacak davranışlardan kaçınmasına ilişkin objektif hale getirilmiş bir özen borcunun bulunduğu kabul edilebilir.

Kanımızca yukarıda ifade edilenlere bağlı olarak, söz konusu teşebbüsün hakim durumun sağladığı ekonomik güce dayanarak, etkin rekabet koşulları içerisinde elde edemeyeceği haksız yararlar sağlama ve rekabetin olumsuz biçimde etkilenmesine yol açacak her türlü davranışı, kötüye kullanmayı

oluşturur.¹⁶⁵ Kötüye kullanma teşkil eden davranış, hukuki işlem vasfını taşıyabileceği gibi, sadece fiili, eylemsel bir nitelikte de olabilir.¹⁶⁶

B) Kötüye Kullanma Kavramının Sınıflandırılması

Doktrinde kötüye kullanma kavramı; “*sömürüye dayanan kötüye kullanmalar*” ve “*rekabete aykırı kötüye kullanmalar*” olarak iki kategoriye ayrılarak incelenmektedir¹⁶⁷. Fakat bu ayırım mutlak bir nitelik taşımamaktadır¹⁶⁸. Zira kötüye kullanma olarak nitelenen uygulamanın çok yönlü etkileri olabileceği gibi, somut davranışın, değişik şartlar altında farklı kategorilerde değerlendirilmesi de oldukça muhtemeldir.

1- Sömürüye Dayanan Kötüye Kullanmalar

Hakim konumda bulunan bir teşebbüsün, sahip olduğu ekonomik gücün avantajlarından faydalanarak kendisine daha fazla menfaat sağlamak istemesi, oldukça rasyonel ve doğal bir davranış biçimidir. Bu menfaatin elde edilmesinin en kolay yolu ise, hakimiyetin yarattığı ekonomik bağımlılığı kullanarak, ticari açıdan kendisine bağımlı konumda olan, müşteri ve tüketicileri sömürmekten geçer. Hakim teşebbüs, serbest rekabet şartları içerisinde elde edemeyeceği bu imkanı, hakim durumda iken kullanmak isteyecek ve müşteri ve tüketicilerin üzerinden haksız kazanç elde edecektir. Dolayısıyla istismara dayalı kötüye kullanma kavramını, hakim teşebbüsün ekonomik gücünü, müşteri ve tüketicileri istismar edecek şekilde kullanarak, serbest rekabet şartlarında elde edemeyeceği menfaatleri sağlaması olarak tanımlamak mümkündür¹⁶⁹.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’dan farklı olarak, Roma Antlaşması’nın 86. maddesinde belirtilen kötüye kullanma örneklerinin tamamında bu özellik hakimdir. Bu durum, yukarıda da ifade edildiği gibi, bir dönem Avrupa Birliği Hukukunda kötüye kullanma kavramının, sadece tüketici ve müşterilerin istismarını kapsayacak şekilde yorumlanmasına yol açmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından ise, böyle bir yorumda bulunmak imkanı yoktur. Zira örnek olarak sayılan beş kötüye kullanma halinden ancak; “b” bendindeki alıcılar arasında ayırımın yapılması, “c” bendindeki haksız ticari koşullar öne sürmek ve “e” bendindeki tüketicinin zararına olarak gelişmenin önlenmesine ilişkin örnekler istismara dayalı kötüye kullanma niteliğindedir. Ayrıca “e” bendindeki kötüye kullanma örneğinin, bazı hallerde istismar edici, bazı hallerde rekabet karşıtı nitelik kazanması mümkündür.

2- Rekabet Karşıtı Kötüye Kullanmalar

Sömürüye dayalı kötüye kullanma halinden farklı olarak, rekabet karşıtı kötüye kullanma halinde hakim teşebbüsün kötüye kullanma eylemi, doğrudan müşteri ve tüketicilere değil, rekabetin işleyişine etkide bulunmaktadır. Aslında istismarcı kötüye kullanmalar olarak ifade edilen durumlar da, bünyelerinde rekabet karşıtı etkiler taşımakta, fakat bunlar, genel olarak uzun dönemde ve dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık rekabet karşıtı kötüye kullanmalarda ise; bu etki kısa dönemde ve daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

Roma Antlaşması'nda, doğrudan rekabet düzenine yönelik davranışlara ilişkin olarak herhangi bir örnek kötüye kullanma durumuna açıkça yer verilmemiş olmasına karşılık, Adalet Divanı ve Komisyon, Roma Antlaşması'nın amaçlarından hareketle kötüye kullanma kavramını rekabetin azalmasına yol açacak davranışları da kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır¹⁷⁰. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ikinci fıkrasında ifade edilen ve rekabet karşıtı niteliği belirgin olan "a" bendindeki giriş engelleri yaratma ve "d" bendindeki bir piyasadaki hakimiyetin başka piyasalarda kötüye kullanılması örnekleri, büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında ortaya çıkan prensiplerden örnek alınmıştır.

C) Kötüye Kullanma Örnekleri

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, kötüye kullanma kavramı tanımlanmamış olmasına karşılık, maddede örnek olarak gösterilen kötüye kullanma halleri, bu kavramın anlamı ve uygulanmasında genel bir çerçeve çizmektedir. Belirtilen bu kötüye kullanma örnekleri, 4 ve 6. maddeler arasındaki tamamlayıcı ilişkiye uygun olarak, 4. maddedeki örneklerle büyük benzerlik göstermektedir¹⁷¹. Buna karşılık, Kanun'un 6. maddesi ve Roma Antlaşması'nın 86. maddesi açısından, aynı şekilde bir benzerliğin bulunduğunu söylemek güçtür¹⁷².

Kanımızca kötüye kullanma kavramının genişliği ve belirsizliği, ancak kötüye kullanma sayılan temel hallerin açıklanması ile bertaraf edilebilir. Bu amaçla aşağıda, kanundaki sıralamaya uygun biçimde kötüye kullanma örnekleri belirtilmiş ve özellikle Avrupa Birliği Hukukundaki uygulamaları ışığında, kısa açıklamalar yapılmıştır¹⁷³. Bunun yanı sıra kötüye kullanma örnekleri arasında öngörülmemekle birlikte, bu kavram içinde değerlendirilebilecek olan diğer bir takım haller, Avrupa Birliği Hukuku uygulaması temel alınarak kısaca belirtilmiştir.

1- Dışlayıcı Uygulamalar

a) Genel Olarak

Kanunda hakim durumun kötüye kullanılması kavramına dair verilen ilk örnek; 6. maddenin “a” bendinde yer alan, hakim teşebbüsün “*dışlayıcı uygulamalar*”da¹⁷⁴ bulunması halidir. Bu düzenlemeye göre, “*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*”, kötüye kullanma olarak nitelenmektedir. Yakından bakıldığında, bu kötüye kullanma durumunun temelde aynı mantığa dayanan¹⁷⁵ ve birbiriyle bağlantılı iki durumu içerdiği görülmektedir. Bunlardan ilki, piyasaya yeni girişlerin engellenmesi, diğeri ise, halen piyasada bulunan rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasıdır.

Belirli bir piyasada hakim durumdaki teşebbüsün, giriş engelleri yaratarak hakim konumunun avantajlarından faydalanmayı sürdürmesi ve potansiyel rekabeti engellemesi durumunda, serbest rekabetin zarar göreceği açıktır. Bununla beraber, yeni giriş yapacak olan teşebbüsler için ilgili piyasayı elverişsiz kılacak pek çok faktör bulunabilir.¹⁷⁶ Dolayısıyla, bunlardan hangilerinin 6. madde anlamında “*engel*” olarak nitelendirileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Kanımızca, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasından örnek alınmak suretiyle aşağıda ifade edilen durumlar, büyük ölçüde belirleyicidir. Bununla beraber, bu hususta şöyle bir kriterin kullanılması da mümkündür.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, ilgili piyasadaki aktüel rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmasına ilişkin olarak öngörülen diğer durum, yorumlanmaya muhtaçtır.¹⁷⁷ Zira hakim durumda bulunan teşebbüsün, varlığı ve faaliyetleri itibarıyla rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması olağan bir durumdur. Ayrıca iktisadi rekabet ortamı da, ancak teşebbüslerin birbirlerini zorladıkları durumlarda söz konusu olabilir. Bu itibarla, “*rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması*” ifadesi iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanmalı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını büyük ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar bu kavram dahilinde değerlendirilmelidir¹⁷⁸.

Hakim durumdaki teşebbüsün somut olayın özelliklerine bağlı olarak, ilgili piyasaya girişleri engellemek veya aktüel rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla kullanabileceği; yıkıcı fiyat uygulamak, mal vermeyi reddetmek, fikri ve sınai mülkiyet haklarından doğan yetkilerini kullanmak, tekeli temin yükümlülüğü koymak,¹⁷⁹ indirim sistemleri uygulamak gibi pek çok dışlayıcı vasıta bulunmaktadır¹⁸⁰. Kural olarak bu hallerden herhangi birinin varlığı, otomatik olarak kötüye kullanmanın gerçekleştiği şeklinde yorumlanmamalı ve dışlayıcı etkinin gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca tespit

edilmelidir. Kanımızca bu hususta, Avrupa Birliği Hukuku uygulamalarıyla istikrar kazanmış olan belli başlı durumları belirtmekte fayda vardır.¹⁸¹

b) Yıkıcı Fiyat Uygulamaları

Dışlayıcı uygulamalara ilişkin olarak akla ilk gelen durum, “*yıkıcı fiyat uygulamaları*”dır¹⁸². Buna göre hakim teşebbüs, ekonomik gücüne dayanarak aktüel veya potansiyel rakiplerinin¹⁸³ katlanamayacakları şekilde fiyatları aşağıya çekmekte ve onların piyasa dışına itilmesini sağladıktan sonra, tekrar fiyatları yukarıya çekerek, bu dönem içindeki zararını telafi etmektedir¹⁸⁴. İlk bakışta oldukça basit görünen bu uygulamanın, 6. madde anlamında yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesi ise, o nispette kolay değildir. Zira hakim teşebbüs, sadece piyasadaki rakiplerini dışlamak amacıyla değil, stokların eritilmesi, promosyon, indirim politikaları, ekonomik konjonktür ve ürün modelinde değişiklik gibi, başka türlü saiklerle de fiyat düşürme yoluna gidebilir. Bu itibarla, yıkıcı fiyatların, rekabetin gereği olan fiyat indirimlerinden¹⁸⁵ ayrılması her zaman kolay olmayabilmektedir¹⁸⁶. Ayrıca fiyatta yapılan indirimin, yıkıcı fiyat olarak kabul edilmesi için hangi oranda olması gerektiği ve bunun ne kadar sürmesi gerektiği hususunda da tam bir değerlendirme yapmak güçtür¹⁸⁷.

Roma Antlaşması'nın ilgili maddesinde, yıkıcı fiyat veya daha geniş bir ifadeyle dışlayıcı uygulamalara ilişkin herhangi bir açık düzenleme bulunmamakla beraber,¹⁸⁸ Avrupa Birliği Hukukunda yıkıcı fiyat uygulamalarının, 86. madde kapsamında değerlendirilmesine ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁸⁹. Hakim konumdaki teşebbüsün, somut olaydaki fiyatlandırmasının yıkıcı olup olmadığının tespitinde ise, sadece objektif olarak fiyatların, maliyetin¹⁹⁰ veya en azından olağan seviyenin altında olması yeterli görülmemekte, aynı zamanda belirlenen bu fiyat politikasının, rakibi piyasa dışında bırakmak amacıyla uygulanıp uygulanmadığı da dikkate alınmaktadır.¹⁹¹ Dolayısıyla sadece fiyatın maliyetlerin altında olmasıyla yetinilmeyip, teşebbüsün, bu uygulamayla izleyebileceği muhtemel stratejinin de dikkate alınması, kesinlikten uzak olmakla beraber, olağan rekabet indirimleri ile yıkıcı fiyatların birbirinden ayrılmasındaki sorunu bertaraf edebilecek niteliktedir.¹⁹²

Kanımızca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin “a” bendinde yer alan “*amaçlayan eylemler*” ifadesinin de, yıkıcı fiyatların tespit edilmesine ilişkin olarak yukarıda ifade edilen subjektif değerlendirmeye uygun bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür¹⁹³. Şüphesiz böyle bir kıstasa dayanarak değerlendirme yapmak, somut olayda bir yargıya varırken Rekabet Kurumu ve mahkemelere oldukça esneklik sağlar.

c) Mal veya Hizmet Vermeyi Reddetme

Dışlayıcı uygulamalar bahsinde değerlendirilebilecek bir başka uygulama, hakim durumdaki teşebbüsün “*mal ve hizmet vermeyi reddetmesi*” halidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Roma Antlaşması’nda bu hususta herhangi bir açık düzenleme bulunmamakla beraber; Avrupa Birliği Hukuku uygulaması ve doktrinde, mal vermeyi kesme veya reddetme¹⁹⁴, bir kötüye kullanma hali olarak mütaala edilmektedir¹⁹⁵.

Mesele Özel Hukuk çerçevesinde ele alındığında, istisnai durumlar hariç, mal veya hizmet vermeyi reddetmek, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir uzantısıdır ve dolayısıyla, böyle bir davranışın hukuka aykırı bir yönünün bulunduğunu söylemek güçtür. Kişiler (ve teşebbüsler), irade özerkliği çerçevesinde sözleşme kapsamı ve taraflarını belirlemede serbesttirler. Bu bağlamda, teşebbüsler arzu etmedikleri kimselere mal vermekten kaçınabilir ve hatta somut sözleşme çerçevesinde daha önceden mal vermekte oldukları müşterilerine mal vermeyi kesebilirler. Mal vermenin reddedilmesi pek çok durumda, söz konusu teşebbüsün ticari çıkarlarının bir gereği de olabilir. Bu itibarla mal vermeyi reddetmenin, hangi hallerde kötüye kullanma teşkil edeceğinin belirlenmesi hususunda dikkatli davranmak gerekir.

Avrupa Birliği Hukukunda,¹⁹⁶ mal vermeyi reddetmenin hangi hallerde kötüye kullanma olarak kabul edildiği hususunda tam bir netlik bulunmamakla beraber, özellikle önceki yıllarda verilen kararlarda¹⁹⁷, uzun süreden beri mal sağlanan müşterilere haklı bir sebep olmaksızın mal sağlamanın kesilmesi, 86. madde kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Daha sonra verilen kararlarda ise,¹⁹⁸ daha geniş yorum tarzı benimsenerek, sadece aktüel müşterilere değil, piyasaya yeni giriş yapmakta olan potansiyel müşterilere karşı da mal veya hizmet sağlamaktan imtina etmek, bu teşebbüsler bakımından malın veya hizmetin ilgili piyasada faaliyet göstermek için hayati önemi haiz olması ve bu mallar bakımından hakim teşebbüse bağımlı olunması şartıyla, kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

Kanımızca Türk Hukuku açısından mal vermeyi reddetmenin dışlayıcı uygulamalar kapsamında değerlendirilmesinde herhangi bir zorluk yoktur. Mal vermeyi reddetmek, somut olay kapsamında giriş engeli oluşturabileceği gibi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı ve bu suretle rekabeti dışlayıcı bir görünüm alabilir.¹⁹⁹ Ayrıca bu durumun, özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmek de güçtür. Zira özel hukukta bu ilke istisnasız uygulanmamakta ve özellikle hukuki ve fiili tekel hallerinin bulunduğu durumlarda, sözleşme özgürlüğüne olumlu bir müdahale bulunularak, kendisine yapılan icabı reddeden tarafa sözleşme yapma zorunluluğu yükletilebilmektedir²⁰⁰. 6. maddenin uygulanması açısından, mal vermeyi reddeden tarafın hakim durumda bulunan bir teşebbüs olduğu dikkate alınacak

olursa, bu durumun yukarıda ifade edilen istisna kapsamında değerlendirilme ihtimali oldukça yüksektir²⁰¹.

Kanımızca kötüye kullanmanın tespit edilmesindeki temel mesele, hakim teşebbüsün çıkarlarıyla rekabet düzeninin işleyişi arasında adil bir dengenin kurulabilmesinde ortaya çıkar. Zira somut olay kapsamında mal vermeyi reddetmenin haklı görülüp görülmeyeceği, bu davranışın ekonomik ve ticari açıdan haklı görülebilirliği ile rekabet düzeni üzerindeki olumsuz etkilerinin tartılması yoluyla belirlenebilir. Bunun belirlenmesi aşamasında ise, tam bir kıstasın verilmesi mümkün olmamakla beraber, “a” bendinde yer alan amaçlayan eylemler ifadesinden hareketle, somut şartlar altında, söz konusu uygulamanın dışlayıcı amacının açıkça ortaya konabildiği hallerde, kötüye kullanmanın gerçekleştiğini varsaymak mümkün olabilir.

d) İndirim Sistemleri

Hakim teşebbüsün müşterilerine karşı “*indirim sistemleri*” uygulaması, bazı koşullar altında dışlayıcı uygulama niteliği kazanabilir ve 6. madde açısından kötüye kullanma teşkil edebilir. Esasen teşebbüslerin iş hacimlerini korumak veya artırmak amacıyla, müşterilerinin kendilerinden daha fazla mal ve hizmet almalarını teşvik eden bu tür uygulamalarda bulunması²⁰², olağan ve rasyonel davranış biçimidir. Üstelik teşebbüslerin müşterilerine karşı indirimler uygulaması, aslında rekabet teorisi açısından da amaçlanan bir olgudur. Bununla beraber, bu tip davranışların aynı zamanda rekabete zarar verecek biçimde rakip teşebbüsleri dışlayıcı ve teşebbüsler arasında rekabet farklılıkları yaratacak şekilde ayırıcı özellikler kazanması da mümkündür.²⁰³ Bu itibarla, Avrupa Birliği Hukukunda çeşitli indirim uygulamaları, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle kötüye kullanma durumu olarak mütalaa edilmektedir.

Hakim teşebbüsün müşterilerini kendisine bağlamak amacıyla kullanabileceği pek çok indirim uygulaması bulunmakla beraber; Avrupa Birliği Hukukunda özellikle “*sadakat indirimleri*”,²⁰⁴ buna muhatap olan müşterilerin başka teşebbüslerden mal almalarını büyük ölçüde kısıtladığı ve rakiplerin rekabet edebilme imkanını azalttığından dolayı, tipik kötüye kullanma durumu olarak nitelendirilmektedir²⁰⁵. Söz konusu uygulamaya göre, hakim teşebbüs, müşteriye, ihtiyacının tümünü veya en azından önemli bir kısmını kendisinden karşılaması²⁰⁶ ve başka teşebbüslerden mal almaması koşuluyla indirim yapmakta ve bu suretle hem giriş engeli yaratmakta, hem de ilgili piyasada kendisinden mal alanlar ile almayanlar arasında ayırıcılık yapmaktadır.²⁰⁷

Kötüye kullanma olarak mütalaa edilebilecek bir başka indirim sistemi de, hakim teşebbüsün, müşterilerine genellikle yıllık olarak saptadığı bir satış hedefine ulaşıldığı takdirde uyguladığı hedef indirimleridir.²⁰⁸ Temelde dışlayıcı veya ayırıcı olarak nitelenmeyen bu uygulama, uzun bir süreye bağlandığı ve müşteriler açısından objektif şartlar içermediği takdirde, müşterilerin seçim

özgürlüğünü elinden almakta ve onların üzerinde, hedefler ulaşılması yönünde baskı yaratarak, rekabetin dışlanmasına neden olabilmektedir.²⁰⁹

Kanımızca Türk Hukuku bakımından yukarıda ifade edilen şekliyle uygulanan indirim sistemlerinin, 6. madde anlamında kötüye kullanmayı oluşturacağına bir tereddüt yoktur. Bu neviden uygulamalar, somut şartlara bağlı olarak dışlayıcı ve ayırıcı kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık indirim uygulamalarının kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde ortaya çıkabilecek temel mesele, yıkıcı fiyat uygulamalarında da önem arz eden ve rekabetin olağan işleyişinin bir gereği olan olağan fiyat indirimleri veya indirim sistemlerinin, bu neviden uygulamalardan ayırt edilmesidir. Bu hususta, Avrupa Birliği Hukukunda uygulanmakta olan “*ekonomik olarak objektif haklı görülebilirlik kistası*”²¹⁰, meselenin çözümünde büyük ölçüde belirleyici olabilecek niteliktedir. Ayrıca, özellikle dışlayıcı uygulamaların tespit edilmesinde kullanılan subjektif değerlendirmenin dikkate alınması da, yerinde bir sonuca ulaşılmasında yardımcı olacaktır.

2- Ayırıcı Uygulamalar

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesindeki ikinci kötüye kullanma örneğine göre, “*Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması hukuka aykırı ve yasaktır*”. Avrupa Birliği hukukunda, bu hükme karşılık teşkil eden düzenlemede ise, “*eşit işlemlerin taraflarına farklı koşullar uygulamak suretiyle, onları rekabet şartları açısından avantajlı konuma sokmak*” kötüye kullanma olarak öngörülmektedir.

Bu iki düzenleme arasında açık bir farklılık bulunmasına karşın, temelde her ikisi de, ayırıcı davranışlarla rekabet şartları bakımından farklılık yaratılması durumunu düzenlemekte²¹¹ ve hakim teşebbüsleri muhatapları karşısında eşit ve objektif davranma yükümlülüğü altına sokmaktadır²¹². Kanun’un “b” bendindeki düzenlemede ise eksiklik bulunmaktadır. Zira hakim teşebbüs sadece alıcılarına değil, satıcı ve aracılara da farklı şartlar dayatarak, onlar arasında rekabet koşulları açısından ayırıcılık yapabilir. Bu nedenle “alıcı” kavramının, hakim teşebbüs ile ticari ilişkilerde bulunan bütün teşebbüsleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanması mecburiyeti bulunmaktadır²¹³.

Hakim teşebbüs tarafından ayırıcılık yapılması, öncelikli ve ağırlıklı olarak “*fiyatlar*” bakımından söz konusu olabilir. Fiyat ayırıcılığında²¹⁴ hakim teşebbüs, eşdeğer işlemlerle, eşit koşullardaki muhataplarına farklı fiyatlar uygulamakta²¹⁵ ve bu suretle, rekabetin en önemli görünümü olan fiyatlar yoluyla, muhatapları arasında farklılıklar yaratmaktadır.²¹⁶ Somut olay kapsamında ayırıcı fiyat uygulamalarının tespitinde ise genel olarak iki

unsurun dikkate alınması önem taşır. Bunlardan ilki, Kanun'da da belirtildiği üzere, işlemlerin ayniyeti ve muhatap teşebbüslerin konumları arasında yapılan karşılaştırma ve kıyaslama,²¹⁷ diğeri ise, uygulanan fiyata etki etmesi muhtemel diğeri piyasa faktörlerinin değerlendirilmesidir.²¹⁸ Bu faktörler dikkate alınmaksızın, ayırıcı fiyat uygulamalarının rekabeti olumsuz etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi ve kötüye kullanmanın tespit edilmesi mümkündür.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, ayırıcı uygulamaların tespit edilmesinde hangi kısıtlara bağlı değerlendirme yapılacağı henüz tam olarak netlik kazanmış olmamakla beraber, Birliğin ulusal olmayan yapısı ve pazar bütünleşmesi amaçlanması nedeniyle, ayırıcı davranışların belirlenmesinin özel bir önem vardır. Bu bağlamda, özellikle milliyet²¹⁹ ve coğrafya²²⁰ esasına dayanan ayırıcı uygulamalar, kötüye kullanma olarak kabul edilmekte ve diğeri kötüye kullanma hallerinde de kullanılan, “*ekonomik açıdan objektif haklı görülebilirlik*” kriteri hukuka aykırılığın tespit edilmesinde büyük ölçüde belirleyici olmaktadır²²¹.

3- Ek (Olağandışı) Yükümlülükler Öngörmek

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen bir diğeri kötüye kullanma örneği, haksız ticari koşullar koyma halinin düzenlendiği “c” bendidir. Oldukça uzun ve karmaşık olan bu hükme göre, “*Bir mal veya hizmetle birlikte, diğeri mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğeri bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi, tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi*” kötüye kullanma olarak nitelendirilmiştir. Bu hükmün, hem anlam, hem de ifade açısından daha uygun olan Roma Antlaşması'ndaki paralel düzenlemesinde ise, “*Sözleşmenin kurulmasını diğeri tarafın, niteliği veya ticari teamül bakımından bu gibi sözleşmelerle hiçbir bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin kabul edilmesine bağlanması*” kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Kanun'daki bu düzenleme oldukça uzun ve detaylı olmasına rağmen amacına uzak olduğu gibi, çeşitli durumları kapsam dışı bırakacak şekilde eksiktir²²². Zira bu düzenlemenin amacı, hakim teşebbüs tarafından, pazarlık imkanı olmayan teşebbüslere karşı sözleşme özgürlüğüne aykırı olarak dayatılan istismara dayalı uygulamaların önüne geçilmesidir²²³. Bu uygulamaların tespit edilmesinde belirleyici olması gereken ise, “*ticari teamüller*” ve “*antlaşmanın niteliği*” kısıtlarıdır. Dolayısıyla Kanun'un 4. madde²²⁴ ve Roma Antlaşması'nın da 86. maddesinde yer alan açık hükümlere rağmen bu kısıtlara yer verilmemesi, bu hükmün fonksiyon itibarıyla sakatlanmasına yol açmıştır.

Bir kere bu düzenleme, hakim teşebbüsün, sözleşmenin nitelik ve edimi bakımından ilgisiz birtakım yükümlülükler öngörmesi halini kapsam dışı bırakacak niteliktedir²²⁵. Zira ek yükümlülük, sadece hakim teşebbüs tarafından sağlanan mal veya hizmetin satın alınması, teşhiri veya tekrar alım satımına ilişkin şartlar öngörülmesi hallerinden ibaret değildir. Örneğin, kendisinden mal alınmasını, yine kendisinin satmakta olduğu başka bir malın servisinin sağlanmasına bağlamak, alıcı teşebbüsün ticari özgürlüğünü ve dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı niteliktedir²²⁶. Fakat mevcut düzenleme, istismar niteliği bariz olan ve kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi gereken bu tip uygulamaları kapsam dışı bırakacak niteliktedir²²⁷.

İkinci olarak, “*ticari teamüller*” kıstasına yer verilmemesi, ticari hayatın akışı bakımından olağan ve hatta gerekli sayılabilecek çeşitli uygulamaların kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesine yol açacak niteliktedir²²⁸. Hakim konumunda olsun olmasın, mal veya hizmet sağlamakta olan bir teşebbüs, sağladığı bu mal veya hizmetin yanı sıra, ticari örf ve adetler ölçüsünde, sürümünü artırmak veya malın veya hizmetin amacına tam anlamıyla ulaşmasını sağlamak amacıyla²²⁹ müşterisinden ek bir takım yükümlülükler talep edebilir ve bu bağlamda, bir mal veya hizmet ile birlikte başka bir mal veya hizmetin de satın alınması somut şartlar altında olağan karşılanabilir²³⁰. Özellikle satıcı ile alıcı arasında sıkı bir ilişkiyi gerektiren çeşitli sürüm yöntemlerinde, temel edimin sağlanmasının bir takım ek edimlere bağlanması, oldukça yaygın görülen bir olgudur²³¹. Bu itibarla kötüye kullanmanın belirlenmesinde, ticari teamülleri dikkate alarak değerlendirme yapılması zaruridir. Bunun yanı sıra, bu düzenlemenin temel amacı, müşterilerin ticari özgürlüğünün güvence altına alınmasını sağlamaktır. Bu nedenle, sadece hakim teşebbüs tarafından değil, fakat onun tarafından belirlenen başka bir teşebbüsten mal veya hizmet alınmasının dayatılması da bent kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu olumsuzluklar bir kenara bırakılacak olursa, bu düzenlemenin temelde müşterinin ticaret özgürlüğünün kısıtlanması olgusuna dayanan iki ayrı durumu kapsadığı görülmektedir. Bunlardan ilki, hakim teşebbüs tarafından bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının şart koşulması²³², diğeri ise aracı teşebbüslerle yapılan sözleşmelerde, tekrar satıma ilişkin yükümlülükler getirilmesidir. Bu ikinci durum daha geniş bir alanı kapsamakta²³³ ve bu hususta özellikle hakim teşebbüs tarafından, fiyatların sınırlanması örneği zikredilmektedir.

Yukarıda ifade edilen durumlardan özellikle ilki, Rekabet Hukukunda önemli bir yere sahiptir. Literatürde, “*bağlama*” veya “*kelepçeleme şartları*”²³⁴ olarak adlandırılan bu tip uygulamalar, özellikle Amerikan Antitröst Hukuku uygulama ve doktrininde tartışma konusu olmuş²³⁵ ve yakın zaman içerisinde, Avrupa Birliği makamlarınca verilen kararlar neticesinde²³⁶, Avrupa Birliği Hukukunda da uygulama alanı bulmuştur. Komisyon ve Adalet Divanı, kelepçeleme şartlarını değerlendirirken özellikle birbirinden ayrılabilir iki çeşit

malın bulunup bulunmadığını²³⁷ ve bu uygulamanın ekonomik açıdan objektif haklı görülebilirliğini dikkate almakta ve gerek mal, gerekse hizmetlerin bağlanması durumunu²³⁸ “d” bendi anlamında kötüye kullanma olarak kabul etmektedir. Sözleşmelerde yer alan tekrar satıma ilişkin sınırlamalar ise, ağırlıklı olarak 85. madde çerçevesinde değerlendirilmektedir²³⁹.

4- Bir Piyasadaki Hakim Durum Vasıtasıyla Başka Bir Piyasada Rekabeti Bozmak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen bir diğer kötüye kullanma örneği, 6. maddenin “d” bendinde yer alan, “*Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*” şeklindeki düzenlemedir. Roma Antlaşması’ndan farklı olarak Kanun’da böyle bir hükme yer verilmiş olması, büyük olasılıkla Avrupa Birliği Hukukunun çeşitli kararlarında ortaya çıkan prensiplerin bir yansımasıdır.

Kanımızca Kanun’daki bu hüküm, kötüye kullanma kavramının açıklığa kavuşturulması bakımından gerekli olmadığı gibi, uygulama açısından da somut bir fayda sağlamaktan uzaktır.²⁴⁰ Her şeyden evvel 6. maddenin genel mahiyetteki ilk fıkrasında, sadece ilgili piyasadaki hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilmektedir, yoksa ilgili piyasadaki hakim durumun mutlaka aynı piyasada kötüye kullanılması gibi bir zorunluluk yoktur.²⁴¹ Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere kötüye kullanma kavramı²⁴², ilgili piyasadaki ekonomik gücün, rekabet düzenine zarar verecek şekilde her türlü kullanımını kapsayacak kadar geniş bir kavramdır ve Rekabet Hukuku bakımından da önemli olan, piyasalarda rekabetin kısıtlanmasıdır. Dolayısıyla eğer hakim teşebbüsün somut davranışı neticesinde başka piyasalardaki rekabet olumsuz etkileniyorsa, bunun kötüye kullanma olarak kabul edilmemesi düşünülemez. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da açık yasal bir düzenleme bulunmamasına karşılık, başka piyasalardaki rekabetin bozulmasına yol açan eylem ve işlemler kötüye kullanma kabul edildiğine göre, Kanun’da böyle bir düzenlemeye ayrıca yer verilmesi, en azından kötüye kullanma kavramının belirtilen geniş anlamı karşısında herhangi bir amaca hizmet etmekten uzaktır.

Ayrıca, diğer piyasalarda rekabet koşullarının bozulmasını amaçlayan eylemlere ilişkin düzenlemenin bağımsız olarak kötüye kullanma durumları içerisinde belirtilmesi, bu kavramın niteliği ile bağdaşmaz. Zira hakim teşebbüsün diğer piyasalarda rekabete etkide bulunması, ancak dışlayıcı veya kelepçeleme uygulamaları gibi, buna sebebiyet veren başka bir uygulamayla birlikte gerçekleşebilir. Bir başka deyişle, diğer piyasalarda rekabete etkide bulunmak, somut olayların önemli bir kısmında kötüye kullanma olarak

nitelendirilebilecek bir uygulamanın sonucu veya bir unsurudur. Zira hakim teşebbüsün sadece diğer piyasalardaki rekabet şartlarını bozmayı amaçlaması, ekonomik açıdan rasyonel bir davranış biçimi değildir²⁴³. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda bu düzenlemeye örnek teşkil edecek kararlar gözden geçirildiğinde de görülecektir ki, başka piyasalardaki rekabetin sınırlanması, bağımsız olarak değil, diğer başka kötüye kullanma hallerinin tali bir sonucu olarak gerçekleşmiştir²⁴⁴. Nitekim doktrinde de, diğer piyasalarda rekabetin bozulmasını amaçlayan eylemler adı altında bir kötüye kullanma durumuna yer verilmemektedir²⁴⁵.

5 - Üretim, Pazarlama veya Teknik Gelişmenin Kısıtlanması

Kanunda belirtilen en son kötüye kullanma hali, 86. maddenin “b” bendi ile tamamen paralel olan, “*Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*” şeklinde kaleme alınan “e” bendidir. Bu düzenleme genel olarak, rekabet baskısının bulunmadığı durumlarda rekabet kavramından beklenen yararların gerçekleşmeyeceği ve bu nedenle de, ekonomik gelişmenin duraksayabileceği varsayımına dayanır²⁴⁶. Hakim konumdaki teşebbüs, özellikle yüksek giriş engellerinin bulunduğu durumlarda, aktüel ve potansiyel rekabet baskısını dikkate almayacak ve bu nedenle, verimlilikten uzaklaşabilecektir. Böylelikle, özellikle üretim, pazarlama veya teknoloji gibi alanlarda gelişme yavaşlayacak ve bu durum, genel ekonomi ve dolayısıyla da tüketicilerin zararına sonuçlar doğuracaktır²⁴⁷. Görüldüğü üzere bu düzenleme, teorik olarak hakim teşebbüslerin daha verimli çalışmalarını sağlamayı amaçlamaktadır.

Bununla beraber, hakim teşebbüsün verimli çalışmadığı ve bu nedenle üretim, pazarlama veya teknolojik ilerlemenin kısıtlandığı her durumun, kötüye kullanma olarak kabul edilmesi mümkün değildir²⁴⁸. Her şeyden evvel böyle bir kısıtlamanın kötüye kullanma teşkil edebilmesi, teorik açıdan ancak yüksek giriş engellerinin bulunduğu durumlarda söz konusu olabilir²⁴⁹. Zira giriş engellerinin bulunmadığı hallerde, potansiyel rekabet baskısı hakim teşebbüsü daimi surette verimli ve rekabetçi davranmaya itecek, hakim teşebbüs böyle davranmadığı takdirde, zaten piyasa şartları tarafından dışlanacaktır. Böyle bir halde, rekabet kurallarının müdahalesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Ayrıca, ekonomik yaşamda faaliyet gösteren teşebbüsler sürekli gelişim trendinde olmadıkları gibi, bazı dönemler piyasadaki dalgalanmalar, talep daralması, piyasanın cazibesini kaybetmesi, ekonomik kriz gibi durumlarda da, ekonomik gelişmelerini durdurabilir ve belirtilen bu faaliyetler bakımından kısıtlamaya gidebilirler²⁵⁰. Özellikle üretim ve pazarlama, piyasa şartlarından doğrudan etkilenen faaliyetlerdir. Dolayısıyla bunların kısıtlandığı her durumun kötüye kullanma olarak kabul edilmesi ekonomik gerçeklerle bağdaşmaz²⁵¹.

Bu itibarla üretim, pazarlama ve teknik gelişmenin kısıtlandığı bir durumun, kötüye kullanma olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikli olarak

yüksek giriş engellerinin bulunması ve somut uygulamayı haklı kılacak ekonomik nedenlerin olmaması gerekir. Kanımızca ancak gelişme yönündeki bariz nitelikteki kısıtlamalar, kötüye kullanma olarak kabul edilmelidir²⁵².

6- Diğerleri

Kanun'un 6. maddesinin ikinci bendinde ifade edilen bu kötüye kullanma örnekleri tahdidi değildir. Genel yasaklama koşulunun geniş yorumu çerçevesinde, somut olay kapsamında kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek pek çok farklı durum ortaya çıkabilir. Nitekim yukarıda ifade edilenlerin dışında, aşırı fiyatlandırma, haksız ticari koşullar koymak²⁵³, ithalat ve ihracat sınırlamaları öngörülmesi gibi uygulamalar²⁵⁴, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında sıkça rastlanılan diğer kötüye kullanma örnekleri arasında mütalaa edilmektedir. Bunlardan "*aşırı fiyatlandırma*"ya ilişkin kötüye kullanma durumunun, Rekabet Hukuku literatüründe özel bir önemi bulunmaktadır. Bu itibarla bu uygulama hakkında kısa bir bilgi vermekte fayda vardır.

a) Aşırı Fiyat Uygulaması

Amerikan Antitröst Hukukundan farklı olarak, Avrupa Birliği Hukukunda aşırı fiyat uygulamalarının²⁵⁵ kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, Roma Antlaşması'nın 86. maddesinde yer alan hükme dayandırılmaktadır. Söz konusu maddenin "*a*" bendine göre, "*Adil olmayan alış veya satış fiyatlarının veya sözleşme koşullarının, doğrudan veya dolaylı olarak kabul ettirilmesi*" hukuka aykırı ve yasaktır. Bu düzenleme, hakim teşebbüsün ekonomik açıdan makul ve haklı görülemeyecek ölçüde aşırı fiyat uygulamasını ve bu sayede haksız kazanç elde etmesini hukuka aykırı kabul etmekte ve sıkça görülen bu tip istismar edici uygulamaların önüne geçilmesi imkanını vermektedir. Hakim teşebbüsün aşırı fiyat uygulamak suretiyle tüketicilerin sırtından fazladan kazanç elde etmesinin, gerek rekabetin işleyişi, gerekse kamu vicdanı üzerinde olumsuz etkiler doğuracağı muhakkaktır. Avrupa Birliği uygulamasında aşırı veya haksız fiyatın belirlenmesinde, genelde maliyet ağırlıklı bir değerlendirme yapılmakta ve bunun yanı sıra, eşdeğer mal ve hizmetler bakımından karşılaştırmalı fiyat analizleri de dikkate alınmaktadır²⁵⁶.

Teorik olarak bu yaklaşım doğru gözükmeyle beraber, aşırı veya haklı olmayan fiyat uygulamalarının kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, Rekabet Hukukunda en fazla tartışma konusu yapılan konulardan biridir ve bu tartışmalar halen süregelmektedir. Ekonomi biliminin ağırlığının daha fazla hissedildiği Amerikan Antitröst Hukukunda, bu tip uygulamalar kötüye kullanma olarak

değerlendirilmezken, Avrupa Birliği ve üye devletlerin hukuklarında aksi bir uygulama bulunmaktadır²⁵⁷.

Aşırı fiyat uygulamalarını kötüye kullanma olarak kabul etmeyen görüşler, ağırlıklı olarak ekonomi bilimi varsayımlarını çıkış noktası almaktadırlar. Bu varsayımların temeli ise kısaca, hakim teşebbüsün aşırı fiyat uygulamasının ekonomik açıdan zararlı olmadığı, zira uygulanan aşırı fiyatların ilgili piyasayı cazip hale getirerek yeni girişleri teşvik edeceği ve bu durumun tekrar rekabete yol açarak, fiyatları normal seviyeye indireceği düşüncesine dayanmaktadır²⁵⁸. Bir başka anlatımla, bu varsayımlar rekabet teorisinin kendisinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra, yıkıcı fiyatlarda olduğu gibi, bir fiyat uygulamasının ne zaman aşırı veya haksız olarak kabul edileceğinin belirlenmesinin, hem kullanılacak olan kıstas, hem de kıstasa bağlı olarak yapılacak analizler açısından bilimsellik ve kesinlikten uzak olabileceği ve bu durumun uygulamada olağanüstü güçlükler doğurabileceği genel olarak ifade edilmektedir²⁵⁹.

Aşırı fiyat uygulamalarına ilişkin olarak yukarıda ifade edilen görüşlerin her ikisinde de haklılık payı bulunmakla beraber, bu uygulama karşısındaki yaklaşımın tespit edilmesinde, Rekabet Hukukunun uygulanacağı somut ekonomik durum ve buna bağlı olarak izlenecek rekabet politikası tercihi belirleyici öneme sahip olmalıdır. Nitekim Türk Rekabet Hukuku politikasının tercihinde, yukarıda ifade edilen ekonomik varsayımları temel alan görüşler daha etkili olmuş ve kötüye kullanma örnekleri arasında, aşırı fiyatlandırmaya ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir²⁶⁰.

Buna karşılık, kanımızca böyle bir açık düzenlemeye yer verilmemesi, aşırı fiyatlandırmanın hiçbir şekilde kötüye kullanma olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁶¹. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, belirtilen kötüye kullanma halleri tahdidi değildir ve uygulamada, Rekabet Kurumu ve mahkemeler başkaca kötüye kullanma durumları da tespit edebilirler. Bundan da önemlisi, Kanun koyucu 4. madde çerçevesinde fiyatlarla ilgili olarak örnek rekabetin sınırlanması hali öngörmüşken, 6. maddede buna yönelik bir durumun kötüye kullanma kapsamında görülmemesi, çelişkili olacaktır²⁶². Ayrıca Türkiye gibi, henüz pek çok piyasa bakımından serbest rekabet şartlarının bulunmadığı ekonomilerde, yukarıda ifade edilen ekonomi teorilerinin (varsayımlarının) ne derecede gerçekleşeceği şüphelidir. Zira piyasanın kendi kendini düzeltebilmesi ve aşırı fiyatlandırmanın yeni girişleri teşvik etmesi, ancak giriş engellerinin bulunmadığı ve bilgi akışının tam ve homojen olduğu ekonomilerde söz konusu olabilir. Oysa Türk ekonomisi, pek çok sektör bakımında doğal tekeller ve yüksek giriş engellerine sahiptir. Dolayısıyla varsayılan ekonomik yapıdan oldukça uzaktır²⁶³. Ayrıca giriş engelinin bulunmadığı durumlarda dahi, piyasaya yeni girişlerin olması çok uzun süreler alabileceği gibi²⁶⁴, hakim konumdaki teşebbüsün dışlayıcı uygulamaları neticesinde, girişlerin olmaması ihtimali de bulunabilir²⁶⁵. Bunların

dışında, hakim teşebbüsün tüketiciler üzerinden elde ettiği olağanüstü kazancın, toplumun büyük kesiminin yoksulluk sınırında olan bir ülke için, oldukça kamu vicdanı ve sosyal adalet (tüketicinin korunması) düşüncelerini örseleyici olduğunda şüphe yoktur²⁶⁶. Bu nedenlerden ötürü, kanımızca aşırı fiyat uygulamalarının 6. madde çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün ve hatta gereklidir.

AÇIKLAMALAR

¹ “*Monopol*” (tekel), herhangi bir malın piyasasında toplam arzın, tek bir firma tarafından karşılandığı bir piyasa şekli anlamına geldiği gibi, aynı zamanda, bu piyasada faaliyet gösteren teşebbüsü de ifade eder. “*Hakim durum*” kavramı ile ifade edilmek istenen ise sadece monopol konumu değil, bundan daha geniş olarak, somut şartlar itibarıyla monopol gibi hareket ederek, etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olunması halidir. Dolayısıyla her halükarda, monopol durumunda bulunan bir teşebbüs, niteliği gereği aynı zamanda hakim durumda kabul edilecektir (aksi gör. Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.76, yazarlar, monopol ve hakim durum kavramını birbirlerinden ayırmış, bununla birlikte monopol konumunda olan bir teşebbüsün hakim durumda sayılmayacağını da belirtmişlerdir. Şüphesiz böyle bir düşünceye katılmak imkanı yoktur). Kanımızca hakim durum kavramı “*kısmi monopol*” kavramını da kapsamakta ve hatta “*kısmi monopol*” hakim durum kavramının bünyesine daha uygun düşmektedir. Buna göre, bir malın üretimine katılan teşebbüslerden birinin hacminin diğerlerinden çok daha büyük olması halinde, diğer teşebbüsler bu teşebbüsle rekabet etmekten kaçınacaklar ve bu suretle hakimiyete sahip büyük teşebbüs, diğer teşebbüslerin rekabet baskısını dikkate almadan, tıpkı bir monopol gibi davranabilecektir (Bağrıaçık, sh.13). Fakat belirtmek gerekir ki, Rekabet Hukuku uygulamasında bu iki kavram birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır.

² Aksi gör. Toğuşlu, sh.50,51, yazar oldukça çelişik biçimde; bir taraftan RA.’nın 86. maddesinin hakim konumu yasakladığını belirtmekte, diğer taraftan “büyük firma olmanın” rekabet hukuku bakımından kötü bir durum olmadığını ifade etmektedir. Herhalde büyük firmadan kasıt, hakim konumdur. Bu takdirde, burada neyin kastedildiği tam olarak belli değildir.

³ Rekabet kurallarıyla monopol (tekel) veya hakim durumun yasaklanmaması, esasen rekabet teorisinin bir gereğidir. Zira amaçlanan, teşebbüslerin rekabet etmeleri ise, bu rekabet sürecinin doğal sonucu, teşebbüslerden bir kısmının iktisadi mücadeleden galip ayrılması ve diğerleri karşısında üstün konuma gelmesidir. Bu galibiyet, ölçek ekonomisi, imtiyazlı haklar, verimlilik gibi pek çok nedene dayanabilir. Öte yandan, fikri/sınai haklar ve de özellikle patent hakkı elde eden bir teşebbüsün piyasada hakim konumda olması, hakimliğin “*per se*” yasaklanmamasının en iyi açıklamasını oluşturur. Şöyle ki, eğer bir teşebbüs yaptığı araştırmalar sonucunda yeni bir malı üretirse, doğal olarak bunu piyasaya sürecek ve bu andan itibaren bu mal piyasasında, patent korumasını da alarak tekel konumunda olacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumun yasaklanması, hem hukuksal olarak, hem de rekabet açısından mümkün değildir (krş. DPT., sh.31). Nitekim RKHK.’nin madde gerekçelerinde 6. maddeye ilişkin olarak aynen şu ifadeye yer verilmiştir: “*Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim konuma gelmesi, Rekabet Hukuku açısından sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta, gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır*”.

⁴ Bkz. aşağıda III/C

⁵ Avrupa Birliği Hukuku doktrininde, bu iki madde bir bütünün iki yarısı gibi değerlendirilmekte ve hükümler arasında kıyaslamalı analizler yapılmaktadır (EC.

Report sh.89; Goyder, sh.299; Bellamy/Child, sh.590; Smit/Herzog, sh.250; Esin, sh.10 vd.; Weatherill/Beaumont, sh.723-727).

⁶ Bu düzenlemelerin Amerikan Antitröst Hukukundaki paralel hükmü, Sherman Yasası'nın 2. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm, monopol konumunun haksız veya rekabeti dışlayarak elde edilmesi ve monopol konumunda olan bir teşebbüsün, ticareti ve rekabeti kısıtlayıcı davranışları yasaklanmaktadır. Amerikan Antitröst Hukukundaki monopol kavramının ise, "*hakim durum*" kavramından daha farklı bir anlamı olmadığı genellikle ifade edilmektedir (Kintner: sh.101; Allison/Prentice, sh.363,364; aksi gör. Öztürk, sh.518; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.72, aksi görüşteki yazarlara göre, Amerikan Antitröst Hukukunun monopol veya monopol benzeri teşebbüslere karşı yaklaşımı daha katıdır ve bu hukukta tekellerin varlığı da yasak kapsamındadır).

⁷ RA.'nın 86. maddesine göre, "*Bir veya daha fazla teşebbüsün Ortak Pazar veya onun önemli bir bölümünde hakim durumlarını kötüye kullanmaları ülkeler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar'la bağdaşamaz ve yasaktır.*" Bu genel yasaklama koşulunu takip eden fıkrada ise, RKHK.'da olduğu gibi, bir takım kötüye kullanma halleri örnek kabilinden sıralanmıştır.

⁸ Madde metninde yer alan bu ifade, yorumda karışıklığa sebebiyet vermekte ve bu ifadenin, birlikte hakimliğin oluşma şartlarına mı, yoksa kötüye kullanma eyleminin genel olarak ne şekillerde gerçekleşebileceğine mi ilişkin olduğu net olarak anlaşılammamaktadır (krş. Budak, sh.146; Aslan, sh.100,101; Baykan, sh.188; ayrıca bkz. aşağıda II/D).

⁹ Bkz. III/C

¹⁰ RKHK.'nın 6. maddesinin uygulanması bakımından, "teşebbüs" kavramının içeriğinde herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, birinci bölümde ifade edilenler yeterli görülebilir (bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b).

¹¹ "Relevant Market"; "Line of Commerce"

¹² Bkz. aşağıda II/C

¹³ Amerikan Antitröst Hukukunda da, hakim durum veya monopol gücü, "fiyatları kontrol edebilme veya ilgili piyasada rekabeti dışlayabilme gücü veya iktidarı" olarak tanımlanmaktadır (Raybould/Firth, sh.102; Allison Prentice, sh.264; Kintner, sh.101; Lieberman/Siedel, sh.564; Areeda/Kaplow, sh.554). Buradan yola çıkarak, ilgili piyasanın tanımlanmasının mutlaka gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira madem hakim durumun tespitinde belirleyici olan teşebbüsün davranışı –örneğin fiyatlar üzerindeki kontrolü-, o vakit fiyatların kontrol edilebildiği veya aşırı fiyat uygulanabildiği hallerde hakim durum varsayılmalıdır denebilir. Nitekim takip eden başlıklar altında değindiğimiz söz konusu teşebbüsün davranışına ilişkin açıklamalar da bunun örneği olarak gösterilebilir (bkz. §2/II/C/4). Teorik olarak mümkün gözükse de bu yöntemin, çeşitli nedenlerden olayı pratikte uygulanması oldukça güçtür. Herşeyden önce ilgili piyasada uygulanan fiyata ilişkin sağlıklı veri almak çoğu kez olanaksızdır. Fiyat kolaylıkla tespit edilse bile, fiyata ilişkin maliyet analizi yapmak oldukça zordur. Maliyet tespit edildiği bir durumda ise, hangi oranda karın hakim güce yol açtığını tespit etmek son derece keyfi bir değerlendirme anlamına gelir. Bunun dışında henüz kullanılmamış hakim durumun bu yol vasıtasıyla ölçülmesi imkansızdır. Ayrıca ön denetimi gerektiren 7. madde açısından da, söz konusu yöntem kullanılamaz. Bununla

beraber, bu yöntemin ilgili piyasanın tespit edilmesinden sonra aşağıda saydığımız diğer yöntemlerle bir arada kullanılması pekala mümkündür (bkz. Areeda/Kaplow, sh.557 vd.).

¹⁴Avrupa Komisyonu ve Adalet Divanı'nın hakim duruma ilişkin tanımı, doktrinde genel olarak benimsenmektedir (Kerse sh.18; Korah, sh.68; EC. Report sh.90; Goyder, sh. 300; Bellamy/Child, sh.592,601; Rawlinson/Cornwell, sh.235; Notice on Relevant Market, sh.2; Craig/de Burca, sh.948; Green/Robertson, sh.322; Weatherill/Beaumont, sh.727,728; Toğuşlu, sh.52; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.73; Kabaalioğlu, sh.85; Esin Arif, sh.180).

¹⁵ Bkz. United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), 1 CMLR. 429, (1978) ECR.207

¹⁶ Ekonomik bir yaklaşımla piyasa hakimiyeti, "piyasada bir üretici firmanın üretim kararı ile toplam arz hissedilir ölçüde değişebiliyorsa ya da bir firmanın azalan üretim karşısında diğer firmalar artan üretimle aynı toplam arz seviyesini koruma yoluna gitmiyorlarsa, bu piyasada hakimiyetin bulunduğundan söz edilir" (Bağrıaçık, sh.11).

¹⁷ Green/Robertson, sh.323

¹⁸ Piyasa, her bir teşebbüsün fiilen faaliyette bulunduğu bölge ile faaliyet göstermesi muhtemel ekonomik bölge olarak tanımlanabilir (Akıncı, sh.247). Dolayısıyla buradaki piyasa kavramı, firmaların müşteri kitlesi yahut bir endüstri dalı ya da bir sektör olarak anlaşılmalıdır.

¹⁹ Nitekim Avrupa Birliği Hukuku ve Amerikan hukuku uygulamasında, ilgili piyasanın tespiti ön mesele olarak ele alınmakta ve daha sonra hakim durumun şartları incelenmektedir. (Smit/Herzog, sh.256; Korah sh.69; Whish/Sufrin, sh.249; Weatherill/Beaumont, sh.728; Esin Arif, sh.181; Lieberman/Siedel, sh.566,569; Allison/Prentice, sh.365; Craig/de Burca, sh.941)

²⁰ Krş. yukarıda §1/III/B ve aşağıda §3/III/B

²¹ Tekinalp/Tekinalp, sh. 374; Smit/Herzog, sh.258; Whish/Sufrin, sh. 248,249; Craig/de Burca, sh.941

²² Kanunun 6. maddesinde ise, sadece coğrafi ve mal piyasasından bahsedilmekte, buna karşılık, zamansal açıdan da bir değerlendirme yapılacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Mevzu düzenleme olan 86. maddede de, bu hususa ilişkin açık bir ifade yoktur. Bu durum karşısında, Avrupa Birliği Hukuku doktrininde ilgili piyasanın tespit edilmesinde zamansal (temporal) açıdan bir değerlendirme yapılmasına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlarca, zamansal yahut dönemsel piyasaya ilişkin herhangi bir değerlendirme dahi yapılmamıştır (Goyder, Aslan, Akıncı, Arif Esin, Kintner, Bellamy ve Child, Lieberman ve Siedel, Green ve Robertson, Weatherill ve Beaumont). Ayrıca Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında da, ilgili piyasa, mal ve coğrafya boyutlarıyla ele alınmakta, dönemsel boyuta ilişkin ise net bir ifadeden kaçınılmaktadır. Keza Amerikan Hukukundaki durum da budur (Kintner, sh.92,102; Lieberman/Siedel; sh.565; Allison/Prentice, sh.365; Areeda/Kaplow, sh.562 vd.).

²³ "The temporal market"

²⁴ Çalışmamızın takip eden başlıkları altında, mal piyasası, hizmet piyasasını kapsayacak şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır.

²⁵ Whish/Sufrin, sh. 249

²⁶ Bkz. bu konuda aşağıda III/C/4

²⁷ Rekabet Hukuku uygulanmasında önemli bir yere sahip olan ilgili piyasanın tespit edilmesi, oldukça tartışmalı konulardan biridir. İlgili malın belirlenmesi ise, bu tartışmalarda ağırlık noktasını oluşturmaktadır. Mal piyasasının belirlenmesi, ilk bakışta basit gözükmeyle beraber, çoğu zaman bu yanıltıcı olabilmektedir. Görünürde birbirine benzer olan mallar, kullanım amaçlarındaki spesifik farklılık yahut müşteri nezdindeki sosyal değer yargıları nedeniyle farklı mal piyasasında telakki edilebileceği gibi, görünürde herhangi bir benzerliğin olmadığı mallar da, yapılacak değerlendirmeler neticesinde aynı mal piyasasında değerlendirilebilir. Mal piyasasına ilişkin pek çok örnek vermek mümkündür. Örneğin, sadece futbol haberleri veren günlük bir gazetenin, mal piyasası, bütün gazetecilik piyasası mı, spor gazeteciliği piyasası mı, yoksa sadece futbol haberleri veren gazete piyasası mı kabul edilecektir ? Buna benzer bir başka örnek, alkollü içkiler piyasasından verilebilir. Sadece rakı üreten bir teşebbüsün, tüm alkollü içkiler piyasası dahilinde mi, sert alkollü içkiler piyasasında mı, anasonlu içkiler piyasasında mı, yoksa sadece rakı piyasasında mı faaliyet gösterdiği kabul edilecektir.

²⁸ Korah, sh.69 vd.; Whish/Sufrin, sh. 250 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.376 vd.; Esin, sh. 28; Notice on Relevant Market, sh.3; Craig/de Burca, sh. 941; Esin Arif, sh.184; Aslan, sh.99; Green/Robertson, sh.327; Bellamy/Child, sh.594 vd.; Akıncı, sh.250; ilgili mal piyasasının, hem arz, hem de talep ikamesi kriterlerine göre analizi yöntemi, sadece AB hukukunda değil, sık olmamakla beraber, ABD hukukunda kullanılmaktadır (Allison/Prentice, sh.368,369).

²⁹ Esin, sh.28; Bellamy/Child, sh.594; Aslan, Hakim Durum, sh.101; Lieberman/Siedel, sh.566

³⁰ Taze meyve piyasası içerisinde muz pazarı (United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), ECR.207,273 (1978), 1CMLR.429); vitamin piyasası içerisinde her bir vitaminin ayrı piyasası (Hoffmann La Roche-Komisyon, (1979), ECR.461 (1979), 3 CMLR. 211,274); müstakil yedek parça piyasası (Hugin-Komisyon, dava 22/78, (1979), ECR.1869 (1979), 3 CMLR.345; Volvo – Erik Veng davası (238/87) 1988 ECR 6211 (1989) 4 CMLR 122); müstakil hammadde piyasası (Commercial Solvents-Komisyon, dava 7/73 (1974), ECR.223 (1974), 1 CMLR.429); ağır lastik piyasası içerisinde stepne lastik piyasası (Michelin-Komisyon, dava 322/81 (1983), ECR.3461 (1985), 1 CMLR.282); Belçika otoyolları için teknik uygunluk belgesi sağlanmasına ilişkin hizmet pazarı (General Motors-Komisyon, dava 26/75 (1975), ECR.1367 (1976), 1 CMLR.95), Avrupa Hukuku uygulamasına örnek olarak gösterilebilir.

³¹ Whish/Sufrin, sh.249; Weatherill/Beaumont, sh.730; Korah sh.71,72; Kerse, sh. 19; Aslan, AT. sh. 224; Esin, sh.32; Craig/de Burca, sh.941

³² Notice on Relevant Market, sh.3; ayrıca bkz. 199/1 no'lu Rekabet Kurumu Tebliği, md.4/f.5 (bkz. bu konuda aşağıda §3/III/B)

³³ Belirtelim ki, arz ikamesi çoğu kez ilgili piyasanın belirlenmesi aşamasında değil, hakimliğin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi aşamasında, piyasaya giriş engelleri ve potansiyel rekabet çerçevesinde dikkate alınmaktadır. Buna karşılık Adalet Divanı'nın son yıllardaki kararlarında, her iki açıdan da değerlendirme yapıldığı söylenebilir (Korah, sh.70.71).

³⁴ Doktrinde ilgili mal piyasasının çeşitli tanımları yapılmaktadır. Örneğin, "İlgili piyasa önemli ölçüde birbiriyle değiştirilebilir malların elde edilebildiği bir piyasadır" (Aslan, AT., sh.225); "İlgili mal piyasası, sahip olduğu özellikler nedeniyle, aynı ihtiyacı

karşılamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka mallarla ikame edilebilen malların piyasasıdır” (Tekinalp /Tekinalp, sh.376).

³⁵ Notice on Relevant Market, sh. 2

³⁶ Komisyon, ilgili mal piyasasının tespit edilmesine sadece tüketiciler açısından yaklaşmakta ve bu nedenle, üretim ikamesi ve buna bağlı olarak potansiyel rekabeti ihtimalini ikincil faktörler olarak görmektedir (Notice on Relevant Market sh.3). Komisyon’un sadece tüketiciler açısından olaya yaklaşması, yapılan değerlendirmeyi sübjektif hale sokmakta ve bu nedenle Adalet Divanı, Komisyon’un ilgili mal piyasasını tanımlarken bunu gerekçeli olarak açıklamasını ve bazı hallerde arz ikamesini de dikkate almasını talep etmektedir (Esin, sh.28; Whish/Sufrin sh.249; Korah sh.70; Aslan, AT., sh.225).

³⁷ Bir malın fiyatındaki değişmelerin, diğer bir malın miktarının satışında yapacağı etkiye, “çapraz fiyat elastikiyeti” adı verilir. Çapraz elastikiyet, rakip mallar ve birbirini tamamlayan mallarda olmak üzere iki biçimde gerçekleşebilir. Birbirini tamamlayan mallarda ikame edilebilirlik söz konusu değildir. Bu itibarla konumuz açısından önemli taşıyan, rakip mallarda görülen çapraz elastikiyettir (bkz. Özgüven, sh.211 vd.; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.78 vd.).

³⁸ Nitekim Amerikan Antitröst Hukukunda da ikame edilebilirliğin belirlenmesinde, ağırlıklı olarak “çapraz fiyat elastikiyeti” yöntemi kullanılmaktadır (Lieberman/Siedel, sh.566,567;Areeda/Kaplow, sh.567; Kintner, sh. 93, 103, bkz. United States-Du Pont De Nemours Co., 351 US, 377 (1956)>).

³⁹ United Brands davasında (United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), ECR.273 (1978), 1CMLR.429), Komisyon ve Adalet Divanı, ilgili ürün pazarının tespit edilmesinde oldukça dar bir yorumda bulunmuş ve muzun yumuşaklığı, çekirdeksizliği ve tadı gibi fiziksel özellikleri nedeniyle diğer taze meyvelerden ayrı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yaklaşımın, bazı yazarlarca eleştirildiğini belirtmek gerekir (Korah, sh.72).

⁴⁰ Herhangi bir malın tercih edilmesinde, tüketicilerin tümü açısından yeknesak bir amacın izlenmesi mümkün değildir. Bir malın fiyatındaki artışın, tüketiciyi bir başka mala yönelmesine neden olabilmesi için, bu ikame malın, tüketicinin spesifik beklentisini karşılayabilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, ilgili malın fiyatında meydana gelen artış nedeniyle bu malın tüketicileri birbirlerinden farklı nitelikteki mallara yönelebirlirler. Bu durum da, bazı hallerde çapraz fiyat elastikiyeti yönteminin yanıltıcı olabileceği sonucunu doğurur. Bu açıdan, somut olaydaki değerlendirmede, bir ürünün tercihinde spesifik bir amaç izlenip izlenmediği göz önünde tutulmalı ve ikame ürün, ancak bu beklentiyi karşılayabildiği takdirde aynı mal piyasası kapsamında mütalaa edilmelidir.

Bu duruma, Commercial Solvents davası örnek gösterilebilir (Commercial Solvents-Komisyon, dava 7/73, (1974), ECR.223 (1974), 1 CMLR. 429). Söz konusu davada, Commercial Solvents “nitropropan” üretimi yapmakta ve bunu bir İtalyan şirketi olan Zoja’ya satmaktaydı. Zoja ise, nitropropanı, ethambutolun hammaddesi olarak kullanmaktaydı. Davada, CSC.’nin, Zoja’ya mal vermeyi kesmesinin, hakim durumun kötüye kullanılması olduğu iddia edilmiş ve ilgili piyasanın tespit edilmesi aşamasında, mal piyasasının Ethambol üretiminde kullanılan tüm hammadde pazarı mı, yoksa sadece ethambol mu olduğu noktasında ihtilaf çıkmıştır. Adalet Divanı ise, Zoja’nın somut

olaydaki durumunu dikkate alarak, ethambol üretiminde başka bir hammadde kullanılmasının mümkün olabilmesine karşılık, bunun Zoja'nın hazırdaki üretim tekniği açısından çok büyük bir maliyet ve güçlük çıkaracağı düşüncesiyle, mal piyasasını sadece nitropropan'dan ibaret saymıştır (Bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Zoja Kararı, sh.352-355). Yine buna benzer bir olay, Hugin ve Liptons arasındaki davada yaşanmıştır (Hugin-Komisyon, dava 22/78 (1979), ECR.1869 (1979), 3 CMLR.345) . Söz konusu davada, Avrupa Birliği yazar kasa piyasasında sadece %12'lik bir paya sahip olan üretici Hugin, yazar kasalar değil, ama bunların yedek parçaları açısından müşterilerine karşı hakim durumda olarak kabul edilmiş ve buradaki ürün pazarı, yedek parçalar ile sınırlanmıştır. Yedek parçaların nitelik ve kullanım amacı açısından eşdeğer olan başka mallardan ayrılabilmesine ve farklı bir piyasa oluşturabileceğine ilişkin bu karar, Avrupa Birliği makamlarının daha sonraki kararlarında da tekrarlanmıştır (bkz. Volvo – Erik Veng, dava 238/87, (1988), ECR.6211 (1989), 4 CMLR.122).

⁴¹ Temelde nitelik ve fonksiyon olarak aynı olan iki mal, kalite, marka, reklam, estetik ve tüketicilerin bilinçsizliği gibi pek çok faktör nedeniyle, tüketiciler nezdinde aynı mal piyasası içerisinde kabul edilmeyebilirler. Özellikle marka, günümüzde tüketici tercihlerine büyük etkide bulunmakta ve aynı malların müşteri nezdinde tamamen farklı değerlendirilmesine neden olmaktadır. Aynı şekilde markalaşmaya bağlı olarak lüks malların da, benzerlerinden farklı değerlendirilmesi oldukça muhtemeldir (krş. Bellamy/Child, sh.597; Whish/Sufrin, sh.251). Bu durum, parfüm (Yves Saint Laurent, OJ(1992), L.12/24; Parfums Givenchy SA OJ(1992), L.236/11), ayakkabı (Charles Jourdan, OJ(1989), L.35/31 (1989) 4 CMLR.591) ve saat gibi, markalaşmanın yaygın olduğu sektörler açısından önemle dikkate alınmalıdır.

⁴² Michelin davasında (Michelin-Komisyon, dava 322/81, (1983), ECR. 3461 (1985), 1 CMLR .282), taşıtların üzerinde takılı bulunan lastiklerle, aynı taşıt için daha sonradan satın alınan lastiklerin, birbirleriyle nitelik ve fonksiyon açısından ayniyet göstermelerine rağmen, piyasadaki talebin ve arzın taşıdığı özellikler nedeniyle, farklı piyasalar olarak kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir (bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Michelin, sh.469-473)

⁴³ Whish/Sufrin, sh.251; krş. Tekinalp/Tekinalp sh. 376; Aslan, Hakim Durum, sh.101; Esin, sh.28; Notice on Relevant Market, sh.7; Green/Robertson, sh.327

⁴⁴ Yüksek enflasyon, bir yandan sürekli fiyat artışları nedeniyle çapraz fiyat elastikiyeti yönteminin uygulanmasını kolaylaştırırken, diğer yandan bu fiyat artışlarına karşı verilen tepkilerin sağlıksız olmasına yol açabilecek niteliktedir.

⁴⁵ Söz konu davada (Europempallange ve Continental Can-Komisyon, dava 6/72 (1973), ECR.215) Komisyon, merkezi Amerika'da bulunan Continental Can şirketinin, Almanya'daki yavru ortaklığı (Schambal-Lubeca-Werke AG) eliyle, Ortak Pazar'ın esaslı bir kısmında, konserve et ürünleri için hafif ambalaj, konserve deniz ürünleri için hafif ambalaj ve cam kavanozlar için metal kapak piyasalarında ayrı ayrı hakim durumda olduğunu belirtmiş ve kötüye kullanma eyleminin bulunduğu da karar vererek söz konusu teşebbüsü mahkum etmiştir. Adalet Divanı ise, Komisyon'un bu üç ayrı mal piyasasının hangi kıstaslara göre tespit edildiği hususunda Komisyon'un yeterli derecede açıklama yapmadığı gerekçesiyle kararı bozmuş ve 86. maddenin uygulanmasında ilgili piyasanın tespit edilmesinin büyük öneme haiz olduğu gerekçesiyle, ilgili piyasanın

tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir. Tanımlamada ise, somut olay bakımından sadece talep ikamesinin değil, aynı zamanda arz ikamesinin de dikkate alınması gerektiği; zira hafif ambalaj üretiminde bulunan teşebbüslerin, üretim aşamasında küçük bir uyarlama vasıtasıyla farklı mallar için ambalaj üretebileceği ifade edilmiştir (Gijlstra/Murphy, sh.13,187 vd.; bu kararın bir incelemesi için bkz.Özsunay, İlgili Pazar, sh. 319 vd.).

⁴⁶ Tetra Pak Rausing SA-Komisyon, (1991) 4 CMLR.334 (söz konusu davada, taze süt paketi üreten teşebbüslerin, üretim süreci içerisinde kısa dönemde basit bir değişiklik, aseptik paketi üretemeyeceği gerekçesiyle, bu iki mal arasında arz ikamesinin bulunmadığına karar vermiştir); Michelin-Komisyon, (1983), ECR. 3461 (1985). 1 CMLR.282 (söz konusu davada, lastik piyasaları birbirlerinden ayrılırken, diğer faktörlerin yanı sıra, ağır taşıt lastikleri ile binek araç lastiklerinin arzında ikame edilebilirliğin bulunmadığına da değinilmiş ve bu suretle arz ikamesi açısından da değerlendirme yapılmıştır).

⁴⁷ Krş. Smit/Herzog, sh.258

⁴⁸ Üretim sürecinde basit bir uyarlama neticesinde, başka bir malı da üretebilecek olan bir teşebbüsün, bu yolu tercih etmesi kolay değildir. Teşebbüsün faaliyet konusunu değiştirmesi, ilk planda karlılık açısından rasyonel olabilirse de, üretim alışkanlıkları, malın tanıtılması, pazarlanması ve satımı aşamasında karşılaşılan zorluklar, uzun dönemde bu rasyonaliteyi bertaraf edebilir. Bu nedenle, teoride arz ikamesinin mümkün olması, yapılan incelemede her durumda nazara alınmasını gerektirmez. Bu durumu örneklemek gerekirse, soda üreten bir teşebbüsün kolaylıkla kolalı bir içecek üretmesi mümkündür. Teorik açıdan üretim sürecindeki bu farklılık, ilgili teşebbüs açısından kısa dönemde herhangi bir güçlük doğurmaz. Buna karşılık bu iki mal arasında üretim ikamesinin bulunması, bu malların aynı piyasa dahilinde kabul edilmesine yol açmaz (aksi gör. Tekinalp/Tekinalp, sh.377). Zira her şeyden evvel, tüketici yani talep ikamesi açısından, bu mallar arasında ikame edilebilirlik sınırlıdır. Bunun yanı sıra, bu tip malların piyasaya arzında, reklam, pazarlama ve markalaşmanın fonksiyonu, arz ikamesinin yönteminin bazı hallerde yanlış sonuçlara götürebileceği gerçeğini işaret eder.

⁴⁹ Buna karşılık Avrupa Birliği Hukukunda bazı mallar açısından hem 85 (WoodPulp-Komisyon (1988) ECR 5193) hem de 4064/89 sy. Tüzük'ün (Aerospatiale/de Havilland, OJ(1991), L.334/42 (1992), 4 CMLR.2 -bu davada Çin ve Doğu Avrupa kapsam dışı tutulmuştur-) uygulanmasında ilgili coğrafi piyasa, malın nitelikleri nedeniyle global olarak tüm Dünya piyasası olarak kabul edilmiştir. İlgili coğrafi piyasanın tespitinde Ortak Pazar dışındaki teşebbüslerin de dikkate alınmasında, özellikle uluslar arası ticaretin gelişmesi nedeniyle gümrük duvarları ve tarifelerin kalkmasının büyük etkisi olmuştur (Korah, sh.72; Aslan, AT., sh 228,229).

⁵⁰ Adalet Divanı Alsatel davasında (Alsatel-Novasam, dava 247/86, ECR.(1988) 5887) Alsatel'in coğrafi piyasasını saptarken, sadece fiili olarak faaliyette bulunduğu bölgenin değil, bunun yanı sıra Fransa'nın bütünü dikkate alınması gerektiğini belirtmiş ve Fransız haberleşme bakanlığının bu gibi teşebbüslere bölgesel değil, ulusal bazda lisans hakları bahsetmesi olgusundan hareketle, Fransa'nın bütününde bu tip faaliyetler için homojen rekabet koşullarının bulunduğunu belirterek, ilgili coğrafi piyasayı Fransa'nın bütünü olarak kabul etmiştir.

⁵¹ Söz konusu teşebbüsün faaliyette bulunduğu bölgeye, coğrafi bakımdan uzak olan bölgelerde faaliyette bulunan başka bir teşebbüsün, bu bölgeye herhangi bir zorlukla karşılaşmadan girebilmesi halinde, o teşebbüsün de ilgili piyasada faaliyet gösterdiğini kabul etmek gerekir. Coğrafi açıdan uzak bölgelerde bulunan başkaca teşebbüslerin rakip olarak kabul edilmesi, özellikle taşıma maliyetlerinin malın bedeline oranla düşük kalması halinde söz konusu olur. Bunun dışında, pazarlama ve satış ağı açısından önemli bir güçlüğü bulunmaması, hukuki engellerin olmaması, gibi faktörler de teşebbüslerin aynı coğrafi piyasada kabul edilmesini kolaylaştırır.

⁵² Akıncı, sh.249

⁵³ RKHK'da ise, ülkenin bir bölümünden bahsederken, bunun esaslı bir çapta olması gerektiği ifade edilmemiş ve coğrafi açıdan bir "*de minimis*" kuralına yer verilmemiştir. Avrupa Birliği Hukukunda Ortak Pazar'ın önemli bir kısmı sınırlaması, sadece ilgili coğrafi piyasanın belirlenmesiyle ilgili bir kavram değil, aynı zamanda ilgili malın, üretim ve tüketim hacminin Ortak Pazar'da işgal ettiği büyüklüğe de ilişkin bir kavramdır (Kerse, sh.19; Korah, sh.81; Whish/Sufrin, sh.268; Smit/Herzog, sh.256; Green/Robertson, sh.325). Bu itibarla, Kanun'un lafzına bağlı kalındığında bu düzenleme, coğrafi piyasanın kapsamı konusunda herhangi bir alt sınırlama yapılmayacağı ve ilgili malın tüketimi ve üretimindeki büyüklüğün dikkate alınmayacağı şeklinde yorumlanabilir. Bu bağlamda, rekabet koşulları açısından önemli ve ciddi sayılacak nitelikte farklılık gösteren çok dar bölgeler dahi, farklı coğrafi piyasalar olarak kabul edilebilecek ve teşebbüslerin hakim konumda bulunma şartının gerçekleşme ihtimali artacaktır. Bu farklılığın uygulamada ne şekilde yorumlanacağı, Kurul'un (ve mahkemelerin) içtihatlarıyla açıklığa kavuşacaktır.

⁵⁴ Korah, sh.73,74; Esin, sh.34; Whish/Sufrin, sh.258; Weatherill/Beaumont, sh.733; Green/Robertson, sh.326

⁵⁵ Michelin-Komisyon, (1983), ECR.3461 (1985) 1 CMLR.282 (*Belçika ve ayrıca Hollanda*); General Motors-Komisyon, dava 26/75, ECR.(1975) (*Hollanda*); Hugin-Komisyon, dava 22/78, ECR.(1979) (*İngiltere*); Continental Can, 1972 CMLR. D.11 (*Almanya*); Suiker Unie, OJ.(1973), L.140 (1973), CMLR. D.65 (*Danimarka*); Alsatel-Novasam, dava 247/86, ECR.(1988) 5987 (bu davada, ilgili coğrafi piyasanın Fransa'nın bir bölgesi olan Alsace-lorraine mi, yoksa Fransa mı olduğu tartışılmış ve neticede *Fransa* olarak kabul edilmiştir).

⁵⁶ Suiker Unie-Komisyon, (1975), ECR.1663 (1976), 1 CMLR.295 (*Almanya'nın güney bölgesi*); Port of Genova, dava 179/90, (1991) 1 ECR.5889, (*Genova Limanı*); Sea-Link/B&I, (1992), 5 CMLR.255 (*Holyhead Limanı*); Port of Rodby, dava 55/52, OJ.(1994), 5 CMLR.457 (*Danimarka Devletine ait liman işletmesi, Rodby limanında hakim konumda kabul edilmiştir*); Ahmed Saeed, (1989), ECR.803 (1990), 4 CMLR.102 (*Tarifeli sefer yapan uçuş rotası*).

⁵⁷ Notice on Relevant Market, sh.2

⁵⁸ Özellikle malların dayanıklılığı ve taşınabilirliği piyasaların coğrafi açıdan ayrılmasına yol açabilir. Yaş sebze ve meyvaların bir çoğunda bu özellikle önemli rol oynayabilir.

⁵⁹ United Brands davasında (United Brands-Komisyon (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR); ilgili coğrafi piyasa tespit edilirken İngiltere, Fransa ve İtalya'nın Ortak Pazarın diğer kısımlarından ayrılmasında, bu ülkelerdeki muz piyasalarının kendine has ticari

özellikleri olgusu dayanak alınmıştır. İngiltere'nin, muz Common Wealth ülkelerinden ve Fransa'nın da kendi denizaşırı topraklarından sağlaması nedeniyle, bu iki ülke piyasalarında Ortak Pazarın tümünden farklı rekabet koşullarının bulunduğu karar verilmiştir.

⁶⁰ Yine United Brands davasında, İtalya'nın muz piyasasının farklı ticari şartlarının bulunduğu tespit edilmesindeki neden, bu ülkenin muz ithalatına uyguladığı kotalardır.

⁶¹ Tüketici alışkanlıkları özellikle ilgili ürünün perakende arzı aşamasında büyük bir etkidir (Allison/Prentice, sh.370; krş. Goyder, sh.303; Whish/Sufrin, sh.256).

⁶² Hoffmann La Roche davasında (Hoffmann La Roche-Komisyon, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211,274), ilgili mal piyasasını oluşturan vitaminlerin taşıma maliyetlerinin düşük olması, ilgili coğrafi piyasanın Ortak Pazar'ın bütünü olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Yine benzer bir şekilde Hilti davasında (Hilti AG-Komisyon, dava T-30/89, (1992), 4 CMLR 16), ilgili mal piyasasını oluşturan çivi kartuşlarının (fişeklerinin) taşıma maliyetlerinin düşük olması sonucunda, ilgili coğrafi piyasa Ortak Pazarın bütünü olarak belirlenmiştir. Tetra Pak-Komisyon (83/91) (1994) 2 ECR 755 :

⁶³ Akıncı, sh.248; Craig/de Burca, sh.947; Whish/Sufrin, sh.256; Bellamy/Child, sh.614; Amerikan Hukukunda da taşıma giderleri, ilgili coğrafi piyasa açısından en önemli faktör olarak değerlendirilmektedir; Lieberman/ Siedel, sh.569; Allison/Prentice, sh.369

⁶⁴ Nitekim ilgili coğrafi piyasanın belirlenmesinin, en az 6. madde kadar önemli olduğu birleşme ve devralmalara ilişkin 7. maddenin uygulanmasında da, yukarıda belirtilen tanımın benimsendiği görülmektedir. 7. maddeye dayanılarak Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu 1997/1 no'lu Tebliğ'de, ilgili coğrafi piyasa, *“teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi piyasa değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin piyasa payları veya mal veya hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır”* (md.4/4).

⁶⁵ Bu hususta özellikle, yerel markaların piyasadaki gücü önemli bir etken olabilir. Örneğin, CarlsBerg/İnterbrew davasında (24th Report, sh.198,201) Belçika'daki bira üreticilerinin dışarıdan gelen rekabet baskısını dikkate almadıkları ve Belçika devleti sınırları içerisindeki rekabet koşullarının farklı olduğu gerekçesiyle, ilgili coğrafi piyasa Belçika olarak kabul edilmiştir.

⁶⁶ Bu durum, özellikle meyve ve sebze gibi iklim koşullarına bağlı olarak yetiştirilen ve piyasaya sürülen mallar açısından söz konusu olabilir. Nitekim United Brands davasında (United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), ECR.207 (1978), 1CMLR.429), muzun diğer meyveler karşısında yaz ve kış olmak üzere iki piyasası bulunduğu ileri sürülmüş, fakat bu iddia, Komisyon tarafından dikkate alınmamıştır. Somut olay kapsamında sadece iklim koşullarına göre üretilen tarımsal mallar dışında, bizzat iklim şartlarından kaynaklanan dönemsel piyasalar da söz konusu olabilir. Örneğin, bir bölgede mevsim ve buna bağlı olarak iklim şartlarının ortaya çıkardığı değişiklikler neticesinde, bir dönem hakim konumda olmayan bir teşebbüs sadece dönemlik şartlara bağlı olarak ortaya çıkan

yeni rekabet koşulları neticesinde hakim konuma gelebiliyor ise, o vakit ilgili piyasa dönemsel açıdan ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Fakat burada somut şartlar dikkatlice değerlendirilmeli ve zamansal ve coğrafi piyasa ölçütleri birbirine karıştırılmamalıdır. Aksi takdirde ilgili piyasanın olduğundan daha dar olarak tespit edilebilme tehlikesi bulunmaktadır.

⁶⁷ Avrupa Birliği Hukukunda, 1970 yıllarda ortaya çıkan petrol krizine ilişkin olarak, olağanüstü dönemlerin varlığı halinde, ilgili piyasanın belirlenmesinde bu durumun da dikkate alınması gerektiği 1975 tarihli raporda ifade edilmiştir. Olayda petrol sağlayıcılarının bu gibi dönemlerde müşterilerine karşı ayrı bir sorumlulukları olduğu gerekçesiyle, bu dönemin rekabet koşulları bakımından ayrı bir piyasa olduğu belirtilerek, ilgili piyasa oldukça dar bir şekilde yorumlanmıştır. (Report by the Commission on the Behaviour of the Oil Companies During the Period from October 1973 to March 1974, bkz., Gijlstra/Murphy, sh.168 vd.; Whish/Sufrin, sh.259; Tekinalp/Tekinalp, sh.381).

⁶⁸ Bellamy/Child, sh.601,602; Whish/Sufrin, sh.260,261; Tekinalp/Tekinalp, sh.382; Esin, sh.38; EC. Report, sh.90; Allison/Prentice, sh.364; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.74; Lieberman/Siedel, sh.569; Weatherill/Beaumont, sh.736; Craig/de Burca, sh.949

⁶⁹ Aslan, AT., sh.206; Whish/Sufrin, sh.263; Bellamy/Child, sh.606; Craig/de Burca, sh.949; Tekinalp/Tekinalp, sh.383; Korah, sh.80; Esin, sh.39,42; Green/Robertson, sh.323

⁷⁰ Örneğin bazı ulusal kanunlarda, hakim durumun veya monopolün varlığının göstergesi olarak, çeşitli piyasa payları belirlenmiştir. İngiliz hukukunda 1948 tarihli Tekeller ve Sınırlayıcı Uygulamalar Kanunu ¼'ü (3.sect.), 1973 tarihli Dürüst Ticaret Kanunu ¼'ü, Alman Hukukunda 1957 tarihli Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun 1/3'ü (md. 22/f.3) ve Norveç hukukunda, 1953 tarihli Rekabetin kısıtlanmasında fiyat, kar ve anlaşmaların denetlenmesine ilişkin Kanun ¼'ü yeterli görmüştür (bkz. Özsunay, sh.29,67; Smit/Herzog, sh.251; Aslan, AT, sh.196).

⁷¹ Rekabet Hukukunda genel olarak benimsenen bu görüşe karşılık, ekonomi biliminde, başlı başına piyasa payının hakimliğe yol açmadığı genellikle ifade edilmektedir. Buna göre, piyasa payı bakımından hakim konumda olduğu ileri sürülen bir teşebbüsün, giriş engelinin bulunmadığı bir piyasada hakim konumda bulunması söz konusu değildir. Zira, söz konusu teşebbüs giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada potansiyel rekabet baskısı altında kalacak ve rekabet varmışçasına hareket edecektir. Buna karşılık, böyle davranmadığı ve tekel karı elde etmek istediği takdirde ise, bu kar, başka teşebbüslerin ilgisini çekecek ve giriş engellerinin bulunmaması, kolaylıkla başka teşebbüslerin de bu piyasaya girmesine yol açacaktır. Bu ise, teşebbüsün kısa dönemler süresince hakim durumda kabul edilemeyeceği gerçeği göz önünde tutulacak olursa, hiçbir teşebbüsün hakim durumda bulunamayacağı veya en azından bu durumunu kötüye kullanamayacağı sonucunu doğuracaktır (krş. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234,283; Aslan, AT., sh.197).

⁷² General Motors-Komisyon, dava 26/75, (1975), ECR.1367 (1976), 1 CMLR.95; British Leyland-Komisyon, dava 226/84, (1986), ECR.3263 (1987), 1 CMLR.185

⁷³ Hakim durumun belirli bir süre devam etmiş olma şartı genelde kabul edilmekle birlikte, bu sürenin ne kadar uzunlukta olması gerektiğine dair kesin bir ölçü verilmemektedir. Örneğin bu hususta Bellamy ve Child, 5 senenin genel olarak yeterli olabileceğini; fakat 3 seneden az bir sürenin, özellikle dinamik piyasalar için yeterli

olmayacağını ifade etmektedir (Bellamy/Child, sh.605; krş. Whish/Sufrin, sh.261; Esin, sh.41; Aslan, AT., sh.190)

⁷⁴ Hoffman La Roche davasında, Roche'un 3 sene boyunca %75 ila %87 oranında piyasa payına sahip olması, başka koşulların incelenmeksizin, hakimliğin göstergesi olarak kabul edilmiştir (Hoffman La Roche-Komisyon, (1979), ECR.461 (1979), 3 CMLR.211). Yine buna benzer olarak Hilti davasında da, %70-80'lik pazar payı hakimliğin göstergesi olarak görülmüştür (Hilti-Komisyon, (1991), 2 ECR.1439 (1992) 4 CMLR. 16). Şeker Karteli davasında, %90-95 hakimliğin göstergesi sayılmıştır (Suiker Unie, OJ.(1973), L.140/17, (1973), CMLR. D.65). Adalet Divanı, AKZO davasında daha da ileri giderek, 3 sene boyunca sabit olarak devam eden %50'lik piyasa payını, oldukça yüksek piyasa payı olarak değerlendirmiş; fakat bu değerlendirmede yardımcı faktörleri de dikkate almıştır (bkz. Green/Robertson, sh.323; Bellamy/Child, sh.603,604; Whish/Sufrin, sh.262,263; Craig/de Burca, sh.949; Smith, sh.209, yazar bu nispette bir piyasa payının diğer faktörler dikkate alınmaksızın hakimliğin göstergesi olarak kabul edilmesini genel olarak eleştirmektedir).

⁷⁵ Aslan, AT, sh.293; Tekinalp/Tekinalp, sh.383; Whish/Sufrin, sh.261,262; Özsunay, Hakim Durum, sh.60; Craig/de Burca, sh.949; Weatherill/Beaumont, sh.736; krş. Korah, sh.80; Areeda/Kaplow, sh.565; Lieberman/Siedel, sh.569; Allison/Prentice, sh.363,364

⁷⁶ Metro davasında (Metro-Komisyon, NoII (1986), ECR.3021 (1987), 1 CMLR.118), Adalet Divanı, %10'luk bir piyasa payının hakim durumun varlığı için çok düşük bir oran olduğunu belirtmiş ve olağanüstü şartların bulunmadığı sürece, bu oranın hakim durum için yeterli olamayacağını belirtmiştir.

⁷⁷Aslan, AT., sh.205; Tekinalp/Tekinalp, sh.383; Esin, sh.182; Özsunay, sh.61; Areeda/Kaplow, sh.565

⁷⁸ Avrupa Birliği Hukukunda, piyasa paylarının hakim durumun belirlenmesindeki etkisi doktrindeki yazarlar tarafından farklı değerlendirilmektedir. *Goyder*'e göre, hakim durum olgusu, teşebbüsün payının ilgili piyasada %30'lara gelmesiyle başlamakta ve bu pay %45-50 seviyelerine geldiğinde ise, hemen hemen eşit paya sahip başka bir teşebbüs bulunmuyorsa, başka olgularla birlikte hakim durum karinesi kabul edilmektedir. Bu oran %65'i aştığında ise, ilgili piyasada önemli bir rakip bulunmuyorsa hakimlik karinesinin çürütülmesi imkansız hale gelmektedir (Goyder, sh.302).

Bellamy ve Child'a göre ise, %30'un altında piyasa payı olağanüstü durumlar hariç, genel olarak hakim durumun varlığı için yeterli değildir. %30 ila %40 arasındaki piyasa payı da hakimliğin kabul edilmesi açısından zor gözükmele birlikte, rakiplerin durumları, piyasaya giriş engelleri ve diğer faktörler açısından yapılacak olan değerlendirmeye bağlı olarak farklı sonuca ulaşılabilir. Piyasa payının %40'tan daha yukarı olduğu durumlarda ise, zaman içerisinde piyasa paylarının durumu, en yakın rakibin payı ve hakimliğin korunmasını sağlayan faktörlerin (piyasaya giriş engelleri) değerlendirilmesi büyük önemi haizdir (Bellamy/Child, sh.604,605).

Weatherill ve Beaumont'a göre ise, %75 ve daha yukarısı hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde hakimliğin göstergesi olarak kabul edilmekte; %50 piyasa payının ise, diğer şartların araştırılması ile hakimliğin göstergesi olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır. Hatta yazarlar, %30 ve belki de aşağı nispetlerin, piyasanın dağılık ve söz konusu teşebbüsün dikey bütünlük ve üstün teknolojiye sahip olması hallerinde, hakimliğin tespitinde yeterli olabileceğini ifade etmektedirler.

Komisyon Raporuna göre ise, %20'den az olan piyasa payları olağanüstü koşullar hariç hakim durum kavramını dışlarken, %50 ve daha yukarısındaki piyasa payı, hakimliğin bulunduğu dair karine oluşturmaktadır. Bu iki oran arasında ise, hakimliğin belirlenmesinde başta rakiplerin gücü olmak üzere, diğer faktörlerin değerlendirilmesi gerekmektedir (EC. Report, sh.90).

Amerikan Antitröst Hukukunda ise, Federal Mahkeme uygulaması hakim durumun varlığı için daha yüksek piyasa payı aramaktadır. *Kintner*'e göre Federal Mahkeme, %75 ve daha yukarıdaki piyasa payları hakim durumun varlığı için yeterli saymakta, %50'nin altındaki paylar ise genelde yetersiz sayılmaktadır. Bu iki oran arasındaki piyasa payları ise başka faktörlerin değerlendirilmeye alınması ile saptanmaktadır (Kintner, sh.102; krş. Allison/Prentice, sh.364). Areeda ve Kaplow'a göre ise, %90 ve daha yukarısı hakim durumun varlığı için tek başına yeterli görülmemekte, %50'den aşağı piyasa payları ise genellikle yetersiz addedilmektedir (Areeda/Kaplow, sh.565).

⁷⁹ Esin, sh.41; Bellamy/Child, sh.604

⁸⁰ Michelin davasında, Michelin'in %57 ile %65 arasında değişen piyasa payı, en yakın rakipleriyle kıyaslandığı vakit (%8 ve %4), hakimlik karinesi olarak kabul edilmiştir. Yine benzer olarak Hoffman La Roche davasında, La Roche'un, üç sene boyunca %63 ile %66 arasında değişen piyasa payı, en yakın rakipleriyle kıyaslandığında (%14 ve %6) hakimlik karinesi olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, yine Hoffman La Roche davasında, La Roche'un B3 vitamini piyasasında 2 yıllık dönem boyunca %30 ile %51 arasında değişen piyasa payları, hakim durumun kanıtı olarak kabul edilmemiştir. United Brands davasında ise, %45'lik piyasa payı hakimliğin kabul edilmesinde tek başına yeterli kabul edilmemiş; ve diğer faktörlerle birlikte, en yakın rakibinden bir kaç kat daha fazla piyasa payı bulunması hakim durumun kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır.

⁸¹ "Entry barriers"

⁸² Bu yönde bkz Craig/de Burca, sh.949; Aslan, AT., sh.197 vd.; Korah, sh.78; Bellamy/Child, sh.606; Whish/Sufrin, sh.263; Tekinalp/Tekinalp, sh.383

⁸³ Giriş engelini daha geniş olan bir diğer tanımına göre, "giriş engeli, bir endüstriye girmek isteyen bir teşebbüsün katlanmak zorunda olup da, halen o piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin katlanmakla yükümlü olmadıkları üretim maliyetidir" (Aslan AT., sh.45; Whish/Sufrin, sh.45,263).

⁸⁴ Whish/Sufrin, sh. 264; krş. Bellamy/Child, sh. 606; Craig/de Burca, sh.951

⁸⁵ Whish/Sufrin, sh.264; Bellamy/Child, sh.606; Weatherill/Beaumont, sh.738; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234; Esin, sh.42;

⁸⁶ Tekinalp/Tekinalp, sh.384

⁸⁷ Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234,283,284

⁸⁸ "Natural barriers"

⁸⁹ Bu duruma, havayolu taşımacılığı piyasası ve kara taşıt araçları piyasaları örnek olarak verilebilir. Bu piyasaların tümünde, piyasaya yeni giriş yapacak olan teşebbüsün faaliyete geçebilmek için oldukça yüksek miktarda finansal kaynağa (*set up cost*) ihtiyaç vardır. Bununla birlikte, piyasanın yüksek yatırıma ihtiyaç göstermesi, bu maliyeti karşılayabilecek teşebbüsler açısından bir giriş engeli yaratmaz. Bu itibarla, ilgili piyasada teorik olarak doğal giriş engelini bulunması, pratikte aynı sonucu doğurmayabilir (krş. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234; Bellamy/Child, sh.608) .

⁹⁰ Doğal engellerin temelini oluşturan bu durum, ölçek ekonomisi veya optimum büyüklük (economies of scale) adı verilen temel bir iktisat teorisine dayanır. Bu teori, bir ürünün optimum üretimi açısından belli sayıda birim ile, ilgili piyasadaki talep koşulları arasındaki ilişkiye dayanır. Buna göre, ilgili piyasadaki talep, malın optimum üretim hacmi açısından sadece piyasada aktüel olarak faaliyet gösteren teşebbüslerin varlığına imkan veriyorsa, o vakit bir giriş engelinden bahsetmek gerekir. Bunu bir örnekle somutlaştıracak olursak, A ürününün optimum şekilde üretilmesi için gereken çıktı hacminin 10000 ünite olduğu varsayılırsa ve talep koşullarının kısa zamanda (ki bu kısa zaman üretim hacminin artırılamayacağı makul süreyi ifade eder) bu hacmin en az 2 katına ulaşamayacağı varsayılacak olursa, bu piyasaya başka bir teşebbüsün girmesi teorik olarak rasyonel değildir. Piyasaya girecek olan teşebbüs, halihazırda faaliyet gösteren teşebbüsle rekabet edemez. Zira piyasadaki talep 12000 birime çıksa dahi, yeni giriş yapacak olan teşebbüs diğerine kıyasla malı daha pahalıya mal edecek ve talebi gerektiği gibi karşılayamayacaktır. Buna karşılık talep 25000 birime çıktığı vakit, bu durum yeni bir teşebbüsün piyasaya girmesine olanak sağlayacaktır ve yeni teşebbüs optimum üretim ölçeği olan 10000 birimi yakalamakla, diğer teşebbüsle rekabet edebilme olanağını elde etmiş olacaktır (Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234,235; krş. Whish/Sufrin, sh.265; Bellamy/Child, sh.608; Lieberman/Siedel, sh.565).

⁹¹ “Exit barriers”

⁹² Çıkış engeli ile kastedilen durum, teşebbüslerin ilgili piyasadaki faaliyetlerini terk etmelerinin büyük güçlük arz etmesidir. Piyasanın niteliğine bağlı olan bu durum, teşebbüsler tarafından ilgili piyasaya giriş esnasında dikkate alınacak ve caydırıcı bir unsur olacaktır. Zira yapılan yatırımın geri dönüşümünün mümkün olmaması, örneğin, yapılan yatırımların başka bir faaliyet için kullanılmasının mümkün olmaması veya bunların uygun bir şekilde devredilememesi halinde, teşebbüs ilgili piyasaya girmekte ihtiyatlı davranacaktır.

⁹³ “Created barriers”

⁹⁴ RKHK.’un 6. maddesinde belirtilen kötüye kullanma örnekleri arasında, hakim teşebbüs tarafından “giriş engelleri” yaratılması da zikredilmiştir. Bu bağlamda, diğer göstergelerle birlikte giriş engelleri, hem hakim durumun, hem de kötüye kullanmanın bir kanıtı olarak değerlendirilebilecektir. Bu durum, 6. maddeye dair yapılan incelemedeki aşamaların birbirine geçebileceğine dair iyi bir örnektir. Ayrıca bu maddenin uygulanması bakımından kayda değer bir ikileme işaret etmektedir. Zira hakim durum “per se” yasaklanmamakla beraber; giriş engeli bulunan bir durumda, piyasa payı ortalama düzeylerde seyreden teşebbüsler dahi hakim durumda kabul edilebilecek, öte yandan aynı zamanda hakim durumlarını kötüye kullandıkları iddia edilebilecektir. Bu itibarla, giriş engelleri yaratma hususu tek başına değerlendirilmemeli ve kötüye kullanma olarak giriş engeli de, bizzat teşebbüs tarafından yaratılan haksız uygulamaları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

⁹⁵ Yukarıda belirtilen haller dışında doktrinde ürüne bağlılık, indirim sistemi (Aslan, AT., sh.208,209), yönetici davranışları ve fırsat maliyetleri (Whish/Sufrin, sh.266,267) gibi farklı giriş engeli kriterleri de belirtilmektedir.

⁹⁶ Lipsey/Steiner/Purvis, sh.234

⁹⁷ Whish/Sufrin, sh.265; Aslan, AT., sh.198

⁹⁸ Telefis Eirann davasında (Telefis Eiran-Komisyon, dava 69/89, (1991), 2 ECR. 485 (1991), 4 CMLR 586), RTE'nin program listelerinde sahip olduğu telif hakkı, hakim durumun göstergesi olarak kabul edilmiştir. Hugin davasında da (Hugin-Komisyon, dava 22/78, (1979), ECR.1869 (1979), 3 CMLR. 345), Hugin'in firmasının, tasarımlar üzerinde sahip olduğu inhisarı hak nedeniyle, yedek parça piyasasında hakim durumda olduğu belirtilmiştir.

⁹⁹ Avrupa Birliği Hukukunda, radyo ve telsiz frekans tahsisi konusunda yapılan hükümet tasarrufları giriş engeli olarak değerlendirilmiştir (Decca Navigator System, OJ.(1989), L. 43/27 (1990), 4 CMLR 627). Türk Hukuku bakımından, şeker üretim ve işletilmesini Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlayan, 6747 sy. "Şeker Kanunu" (RG. 29.6.1956, S.9345); tuz istihzalı ve işletilmesini Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlayan, 3078 sy. "Tuz Kanunu" (11 Kanunuevvel 1936, RG. 23 Kanunuevvel 1936, S.3489); 1177 sy.'lı "Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu" (RG.30.5.1969, S.13210); 3763 sy.'lı "Türkiye'de Harp Silah ve Mühimmatı Yapan Hususi Sanayi Müesseselerin Kontrolü Hakkında Kanun" (3 Kanunusani 1940, RG. 10 Kanunusani 1940, S.4406), televizyon ve radyo frekanslarının tahsisini izne bağlayan; 3984 sy.'lı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun" (RG. t. 20.4.1994, S.21911) ve 4250 sy.'lı "İspirto ve İspirto İçkiler Kanunu" (RG. t.12.6.1942, S.5130), hukuki giriş engeli kapsamında değerlendirilebilir.

¹⁰⁰ Bkz. United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), ECR.207 (1978), 1 CMLR. 429; Hoffman La Roche-Komisyon, (1979) ECR. 461 (1979), 3 CMLR 211; Michelin-Komisyon, (1983), ECR. 3461 (1985), 1 CMLR. 282; Tetra Pak-Komisyon, dava 51/89, (1991), 4 CMLR. 334.

¹⁰¹ Yüksek teknoloji, avantaj teşkil etmesi bir yana, bazı hallerde dezavantaj dahi olabilir. Yüksek araştırma geliştirme giderine yol açan yeni bir teknoloji, başka teşebbüsler tarafından kolayca transfer edilebildiği, ilgili teşebbüs tarafından gereği gibi korunamadığı takdirde, bu teknoloji ilgili teşebbüs için başlı başına bir dezavantaj oluşturabilir.

¹⁰² Whish/Sufrin, sh.265; Aslan, AT., sh.207

¹⁰³ Bellamy/Child, sh.608

¹⁰⁴ "Vertical integration"

¹⁰⁵ Whish/Sufrin, sh.265,266; Tekinalp/Tekinalp, sh.384; Craig/de Burca, sh.952; Aslan, AT, sh.206; Bellamy/Child, sh.608; Green/Robertson, sh.324

¹⁰⁶ United Brands davasında, (United Brands-Komisyon dava 27/76, (1978), ECR.207 (1978), 1 CMLR. 429), United Brands'in, ilgili piyasada sahip olduğu % 41 ila % 45'lik paya ve 4 sene üst üste zarar etmesine rağmen, hakim durumda kabul edilmesinde en büyük etkenlerden bir tanesi, çeşitli ülkelerde dağılık vaziyette olan ve kendi mülkiyetinde bulunan muz bahçeleri, sahip olduğu soğutmalı gemiler ve üstün kalite denetleme ve promosyon sisteminden oluşan gelişmiş dağıtım ağı olmuştur. Hoffman La Roche davasında (Hoffmann La Roche-Komisyon, dava 85/76, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211), Roche'un, "A" vitamini piyasasında hakim durumda kabul edilmesindeki etkenlerden bir tanesi de, iyi gelişmiş bir satış ağına sahip bulunması olmuştur.

¹⁰⁷ Whish/Sufrin, sh.265; Tekinalp/Tekinalp, sh.384

¹⁰⁸ Continental Can, OJ.(1972), L.7/25 (1972), CMLR. D.11; United Brands-Komisyon, dava 27/76, (1978), ECR.207 (1978), 1 CMLR 429

¹⁰⁹ Bu durum, rekabet şartları açısından iki yönlü bir avantaj sağlamaktadır. Buna göre, gruba dahil teşebbüsler arasında bir bankanın da bulunması, bir yandan söz konusu teşebbüsün kolaylıkla ve uygun şartlar altında kredi bulmasını ve finansal açıdan daha rahat hareket edebilmesini sağlarken, diğer taraftan, herhangi bir bankayla organik bağı bulunmayan teşebbüsler açısından durum bunun tam tersi olmaktadır. Bunlar, kredi bulmakta zorlanmakta, bulunan kredinin koşulları ise oldukça elverişsiz olabilmektedir. Özellikle Türkiye gibi, finans sektörüyle büyük yatırım gruplarının iç içe geçtiği ve kredi şartlarının da herhangi bir Avrupa ülkesinden daha ağır olduğu bir ülkede, söz konusu teşebbüsün finansal desteğinin bulunması, büyük avantaj olarak nitelendirilmeli ve hatta bu durum, hakimliğin göstergeleri arasında ilk planda yer almalıdır.

¹¹⁰ Bellamy/Child, sh.606, Whish/Sufrin, sh.266

¹¹¹ Nitekim Hoffman La Roche davasında (Hoffman La Roche-Komisyon, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211), Roche'un başlı başına büyüklüğü hakim durumun göstergesi olarak kabul edilmemiş, ilgili piyasa içerisindeki büyüklüğünün önemli olduğu ifade edilmiştir. Buna karşılık Solvay davasında (Soda-Ash/Solvay, OJ. (1991), L .152/21), söz konusu teşebbüsün Ortak Pazar'ın altı bölgesindeki tesisleri dolayısıyla sahip yüksek üretim gücü, hakimliğin göstergesi olarak kabul edilmiştir.

¹¹² Michelin davasında (Michelin-Komisyon, (1983), ECR. 3461 (1985), 1 CMLR. 282), Michelin'in hakim durumda olarak kabul edilmesini sağlayan etkenler arasında, Michelin grubunun Avrupa ve hatta bütün Dünya piyasasında faaliyet göstermesi de zikredilmiştir. Fakat bir teşebbüsler grubunun, bütün olarak ele alınabilmesi için, bunlar arasındaki ilişkilerin, bu grubu Rekabet Hukuku anlamında tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesine olanak vermesi gerekmektedir.

¹¹³ Bellamy/Child, sh. 607; Aslan, AT., sh.199,208; Whish/Sufrin, sh.267

¹¹⁴ Lipsey/Steiner/Purvis, sh.283,284; Krş. Whish/Sufrin, sh.266; Aslan, AT, sh.208

¹¹⁵ Korah, sh.80; Whish/Sufrin, sh.267; Bellamy/Child, sh.610; Esin, sh.42; Tekinalp/Tekinalp, sh.385; Aslan, AT., sh.209; Craig/de Burca, sh.953

¹¹⁶ Michelin-Komisyon, dava 322/81, (1983), ECR.3461 (1985), 1 CMLR. 677; Hilti-Komisyon, dava 30/89, (1992), 4 CMLR. 16; United Brands-Komisyon, (1978), ECR. 207; 284 (1978), 1 CMLR. 429

¹¹⁷ Aslan, AT., sh.209,210,211

¹¹⁸ Whish/Sufrin, sh.268; Tekinalp/Tekinalp, sh.386; krş. Korah, sh.80

¹¹⁹ Budak, sh.146,147; Aslan, sh.100; Baykan, sh.188; Çeker, sh.93

¹²⁰ Aslan, sh.100

¹²¹ Birden fazla teşebbüsün “tek başına” kötüye kullanma eylemini gerçekleştirme ve aynı şekilde, birden fazla teşebbüsün hakim “durumunu” kötüye kullanması dilbilgisi açısından tamamen yanlıştır.

¹²² Yukarıda belirtilen olumsuzlukların yanı sıra, bu ifadenin en büyük sakıncası, 4. ve 6. maddeler arasında karışıklığa sebep olmasıdır. Zira maddi rekabet normları bir bütün olarak değerlendirildiği vakit, temelde hepsinin aynı amaca hizmet eden, fakat birbirlerinden ayrı fonksiyonlarının bulunduğu görülmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, birden fazla teşebbüsün anlaşma, karar ve uyumlu davranışlardan oluşan danışıklı ilişkilerini yaptırım altına alan 4. madde ile, temelde tek bir teşebbüsün piyasadaki hakim gücünü kontrol altına alan 6. maddenin, rekabet kurallarının mantığının kavranabilmesi için, birbirlerinden ayırt edilmesi gerekir. Oysa maddede yer

alan bu ifadeler, sanki 6. maddede de müşterek davranışların ya da ortak uygulamaların düzenlendiği gibi bir izlenim doğurmaktadır. Her ne kadar birlikte hakimliğin aynı zamanda müşterek davranışlar (4.madde) ile bir arada gerçekleşebileceği ileri sürülebilirse de, oligopol piyasaları örneğinde olduğu gibi, bu mutlak suretle gerekli bir koşul değildir. Birlikte hakimliğin, danışıklı bir ilişki temeline dayanmaması mümkündür. Ayrıca unutulmamalıdır ki, birlikte hakimlik henüz üzerinde uzlaşmaya varılan bir kavram değildir ve esasen 6. maddenin uygulanmasında oldukça istisnaidir. Dolayısıyla 6. maddenin genel yasaklama koşulu içerisinde, ayrıca bu ibarelere yer verilmesi, kanımızca gereksizdir ve karışıklığa yol açmaktadır.

¹²³ Aslan, sh.100

¹²⁴ Aslan'a göre, birlikte davranış veya anlaşma dışında kalan kötüye kullanma hali, esasında tek başına yapılması mümkün olan mal vermenin kesilmesidir (Aslan, sh.100).

¹²⁵ Teorik olarak bir teşebbüsün (veya teşebbüslerin) iki şekilde davranma ihtimali vardır. Teşebbüs, ya tek başına, ya da başkalarıyla bir arada davranabilir. Başkaları ile beraber davranan teşebbüs ise, bu davranışını ya anlaşma yoluna, ya da anlaşma olmaksızın, uyumlu eyleme dayandırabilir. Dolayısıyla burada ortaya çıkması muhtemel davranış şekilleri genel olarak bunlardan ibarettir. Kötüye kullanma eyleminin ise, bu belirtilen yolların herhangi birinin izlenerek gerçekleştirilmesi mümkündür. Buna karşılık, bu davranış biçimlerinden özellikle anlaşma veya birlikte davranışların, aynı zamanda RKHK.'nin 4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi de söz konusu olabilir.

¹²⁶ Nitekim bu görüş, Aslan tarafından da ifade edilmektedir (Aslan, sh.101).

¹²⁷ Kanununun 2. maddesi ve Rekabet Kurulu'nun çıkarmış olduğu tebliğler çerçevesinde böyle bir yorumun benimsenmesi mümkün gözükmemektedir (bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b)

¹²⁸ "Collective dominance"

¹²⁹ Smit/Herzog, sh.283; Tekinalp/Tekinalp, sh 392'de belirtilen yazarlar

¹³⁰ Komisyon ve Adalet Divanı'nın, birlikte hakimliğe ilişkin yaklaşımlarında farklılıklar bulunmaktadır. Komisyon, bu kavramın uygulanmasında daha istekli davranmaktadır. Örneğin, daha 1970'li yıllarda, bu konuyla ilgili rapor yayımlamıştır (Report by the Commission on the Behaviour of the Oil Companies During the Period from October 1973 to March 1974). Raporunda, özellikle petrol krizinde ve sonrasında, petrol sağlayıcılarının kıtlık nedeniyle müşteriler için zorunlu kaynak olduklarını ve aralarında herhangi danışıklılık bulunmamasına rağmen, "*birlikte hakim*" konumunda olduklarını belirtmiştir (bkz. Gijlstra/Murphy, sh.168 vd.). Komisyon, aynı yaklaşımı şeker karteli davasında sergilemiş, ve iki Hollanda üreticisinin birlikte hakim olduğunu iddia etmiş, Adalet Divanı ise, bu konuda görüş belirtmeksizin, kötüye kullanmanın gerçekleşmediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir (Suiker Unie-Komisyon, dava 40/73, (1975), ECR. 1663 (1976), 1 CMLR.295). Hatta Komisyon'un bu yaklaşımına karşılık, Adalet Divanı, Hoffman La Roche davasında (Hoffman La Roche-Komisyon, (1979), ECR. 461 (1979), 3 CMLR. 211), bağımsız teşebbüslerin birlikte hakim konumunda sayılamayacaklarına ve oligopol piyasalarının bu kavram kontrol altına alınamayacağına karar vermiştir.

¹³¹ Continental Can-Komisyon, (1973), ECR. 215 (1973), CMLR. 199; Commercial Solvents-Komisyon, (1974), ECR. 223 (1974), 1 CMLR. 309; United Brands-Komisyon, (1978), ECR. 207 (1978), 1 CMLR. 429; Hugin-Komisyon, (1979) ECR.1869 (1979), 3 CMLR. 345

¹³² İki'den fazla, fakat az sayıda, aynı veya benzer malı yapan firmanın bulunduğu piyasa yapısı oligopol piyasasıdır (Özgüven, sh.302). Oligopol piyasalar genel olarak, kısmi (dar) ve mutlak oligopol olarak ikiye ayrılmakta ve kısmi oligopolde, teşebbüslerden biri diğerlerine karşı piyasa payları bakımından üstün konumda bulunmakta, buna karşılık mutlak oligopolde, teşebbüslerin piyasa payları aşağı yukarı aynı seviyede bulunmaktadır (Bağrıaçık, sh.13). Burada kastedilen ise, mutlak oligopol piyasalarıdır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, kısmi oligopol piyasasındaki teşebbüs esasen tek başına hakim konumda bulunabilmekte ve birlikte hakimlik kavramına gerek bulunmamaktadır.

¹³³ Whish/Sufrin, sh.281,486; Green/Robertson, sh.329; Craig/de Burca, sh.973; Bellamy/Child, sh.612; Tekinalp/Tekinalp, sh. 392; Kerse, sh.18; Korah, sh. 80,81

¹³⁴ Avrupa Birliği Hukukunda, birlikte hakimlik kavramının belirsizliği, yazarlarca genel olarak ifade edilmektedir (bkz. Smit/Herzog, sh.281; Whish/Sufrin, sh.280,487 vd.; Craig/de Burca, sh.973 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.390; Green/Robertson, sh.329).

¹³⁵ Avrupa Birliği Hukukunda, bağımsız teşebbüslerin birlikte hakim olarak kabul edildiği ilk karar, Italian Flat Glass davasında verilmiştir (Soceita Italiano Vetro SpA-Komisyon (1992) 2 ECR 1403 (1992) 5 CMLR 302). Bu davada Komisyon, üç düz cam üreticisini, fiyat saptama ve kota belirleme anlaşmaları yapmalarından ötürü RA.'nın 85. maddesinden sorumlu bulmuş ve buna ek olarak, bu üreticilerin piyasa davranışlarına ilişkin kararlarını birbirlerine bağlı olarak aldığı, aralarında ürün değişimini içeren üretim modeline yönelik yapısal bağlar kurulduğunu ve bu nedenlerle piyasada bir bütün gibi davrandıklarını belirterek, aynı zamanda 86. madde bakımından birlikte hakim olarak nitelmiştir. Dava önüne gelen İlk Derece Mahkemesi ise (CFI), Komisyon'un olayları yeterince değerlendirmedeğini ve özellikle 85. maddeyi uyguladıktan sonra, 86. maddenin kendine özgü koşullarını incelemeyeğini belirtmiş, ilgili piyasanın araştırılmamasından ötürü kararı bozmuştur. Buna karşılık, prensip olarak birden fazla teşebbüsün hakim konumda kabul edilmesi için herhangi bir engel bulunmadığını ve birlikte hakimliğin, piyasaya özgün niteliklerden kaynaklanan ve temelinde anlaşma ve lisanslarla kurulan ve piyasadaki diğer teşebbüsleri dikkate almadan davranmalarını sağlayan ekonomik bağlarla kurulabileceğini belirtmiştir. Bu karardan bir kaç ay sonra, yine bu konudaki başka bir kararında Komisyon, gemi taşımacılığı yapan teşebbüsleri, aralarındaki yapısal bağlar, piyasa faaliyetlerine ilişkin kararları beraber almaları ve ekonomik faaliyetleri bölüşmeleri nedeniyle, birlikte hakimlik kabul etmiş ve 85 ve 86. maddeleri beraber uygulamıştır (French-West African Shipowners Committees OJ. (1992) L. 134/1). Bu konuda verilmiş bir başka kararda Komisyon, bir kaç sağlayıcının, müşterileriyle, münhasır satın alma yükümlülüğünü öngören anlaşmalar yapmasını ve bunu ortak davranarak gerçekleştirmelerini, hem 85 hem de 86. maddelere aykırı bulmuş ve teşebbüsleri birlikte hakim kabul etmiştir (Almelo, dava 393/92, (1994) 1 ECR. 1477). Yine başka bir kararında Komisyon, Rodby – Puttgarden arasında taşımacılık yapan iki teşebbüsü, ortak fiyatlar belirlemeleri, birbirleriyle koordineli tarifeler yapmaları ve ortak pazarlama faaliyetlerinde bulunmaları nedeniyle, birlikte hakim konumda kabul etmiş ve 85 ve 86. maddeleri bir arada uygulamıştır (Port of Rodby, dava 55/52, OJ.(1994), 5 CMLR 457). Görüldüğü üzere, Avrupa Birliği Hukukunda birlikte hakimlik kavramı, taşımacılık sektörü için özel bir önem taşımaktadır.

¹³⁶ Whish/Sufrin, sh.487; Weatherill/Beaumont, sh.725; Green/Robertson, sh.329

¹³⁷ Şüphesiz böyle bir varsayımda, temel ilişki hukuki işlem şeklinde ortaya çıkmışsa, bunun RKHK.'nın 56. maddesi hükmü nedeniyle geçersiz sayılması gerekecektir.

¹³⁸ Bellamy/Child,sh.591; Smit/Herzog, sh.282; Goyder, sh.297; Aslan, AT., sh.192; Whish/Sufrin, sh.281; Kerse, sh. 22

¹³⁹ Whish/Sufrin, sh.281,489; Craig/de Burca, sh.974; Tekinalp/Tekinalp, sh.392; Kerse, sh.18, DPT., sh. 29

¹⁴⁰ Ekonomi biliminde genel olarak kabul edildiği üzere, oligopol piyasalarında az sayıda teşebbüsün bulunması, her birinin kararları ile piyasa fiyatını belirleyebilmelerine ve bazı hallerde de, diğer teşebbüslerin izleyecekleri stratejileri önceden tahmin etme imkanı sağlar. Teşebbüslerin arasındaki bu yakın etkileşim ise, piyasa davranışlarına ilişkin olarak, diğer teşebbüslerin tepkilerini dikkate alma zorunluluğu yükler. Bütün bunlara bağlı olarak, oligopol piyasalarının yarattığı bu bağımlılık ortamı, teşebbüslerin aralarında herhangi bir danışıklılık veya doğrudan işbirliği bulunmasa dahi, paralel davranışlar göstermelerine sebep olabilmektedir. Özellikle bazı oligopol piyasalarında görülen monopol özellikleri (kazançları), konunun Rekabet Hukuku bakımından önemini artırmaktadır. İşte bu durum, Rekabet Hukuku ve ekonomi biliminde, bu davranışların nasıl değerlendirileceği ve oligopol piyasalarının rekabetle olan ilişkisinin niteliğine dair çeşitli tartışmaların yapılmasına neden olmaktadır (tartışmalar için bkz. Whish/Sufrin, sh.467 vd.; Lipsey/Steiner/Purvis, sh.270 vd.).

¹⁴¹ Avrupa Birliği Hukukunda, dar oligopol piyasalarında, uyumlu eylemin teorik olarak gerçekleşmeyeceği veya bir başka anlatımla, bu piyasaların kendisine özgü koşullarından dolayı ortaya çıkan bilinçli paralellik durumlarının 85/1.maddenin kapsamı dışında kabul edilmesi yönündeki hakim yaklaşım, birlikte hakimlik kavramının, bu piyasalar bakımından önemini ve tatbik imkanını artırmaktadır (bkz. Cewal Davası, OJ.(1993), L.34/20).

¹⁴² Bkz. aşağıda II/B/2

¹⁴³ Whish/Sufrin, sh.489,490; Smit/Herzog, sh.281,282; krş. Aslan, AT., sh.194

¹⁴⁴ Burada, özellikle uyumlu eylem bahsinde ifade edilenler dikkate alınmalıdır (bkz. yukarıda §1/II/B). Özellikle uyumlu eylem kavramının uygulanmasına imkan vermeyen dar oligopol piyasalar, kolektif hakimlik kavramının uygulanması açısından müsait olarak nitelendirilebilir (krş. Aslan, sh.102; Smit/Herzog, sh.282).

¹⁴⁵ Bağrıaçık, sh.14

¹⁴⁶ Bkz. yukarıda II/D

¹⁴⁷ Bkz. Birinci Bölüm/§2/III

¹⁴⁸ Bkz. Birinci Bölüm/§1/III

¹⁴⁹ RKHK.'nın 4. maddesinin aksine, 6. maddede, rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulmasına ilişkin herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Kanımızca böyle bir ibarenin bulunmaması, kötüye kullanmanın, rekabetin kısıtlamanın özel bir görünümü olduğu yolundaki yoruma engel değildir. 4. maddeyle her bakımdan paralel olan bu iki düzenleme arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi de, böyle bir yorumu gerektirir. Kaldı ki, rekabetin korunması amacını güden bu hükmü başka türlü yorumlamak da zordur.

¹⁵⁰ Nitekim 6. maddenin gerekçesinde, aynen şöyle bir ifade bulunmaktadır : “*Piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla ya da bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır*”.

¹⁵¹ Ekonomik açıdan düşünüldüğü vakit, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu konumundan yararlanıp daha fazla menfaat elde etmesinin en kolay ve kestirme yolu, tüketici ve müşterilere sömürmek ve fazladan elde etmek istediği menfaati, onların sırtına yüklemekten geçer. Bu “*monopol karı*” olarak adlandırılmaktadır.

¹⁵² Kötüye kullanma kavramının, geniş bir kullanımı olmakla birlikte, daha çok istismar ve sömürü gibi anlamlara gelmektedir. Burada söz konusu olan, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün davranışları olunca, kötüye kullanmanın büyük olasılıkla, bunları sömürme ve istismar etme şeklinde ortaya çıkması doğaldır.

¹⁵³ Burada teşebbüsün istismarcı davranışı neticesinde mutlaka maddi anlamda menfaat elde etmesi söz konusu değildir. Nitekim Kanun’un “*e*” bendindeki örnekte, teşebbüsün üretim, pazarlama veya teknik gelişmeyi kısıtlamasında doğrudan bir menfaati veya kazancı bulunmamaktadır.

¹⁵⁴ RKHK.’nin 6. maddesinin “*a*” ve “*d*” bentleri, tüketici ve müşterilerin sömürü veya istismarını içermeyen ve daha çok doğrudan rekabet düzenini işleyişine yönelik eylemleri düzenlemektedir.

¹⁵⁵ Amerikan hukukunda, karşılık teşkil eden düzenleme olan Sherman Yasası’nda ise, kötüye kullanma gibi bir kavram bulunmamakla beraber, monopolleşme niyetiyle hareket etmek veya monopol konumunu haksız bir şekilde kullanmak halleri hukuka aykırı kabul edilmekte ve özellikle dışlayıcı uygulama gibi davranışlar, monopol konumunun haksız şekilde kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir (Lieberman/Siedel, sh.569,570). Amerikan hukukundaki hüküm ile, RA.’nın 86.maddesinde hükmün aynı anlama gelecek şekilde uygulandığını söylemek mümkündür. Hatta Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında, “kötüye kullanma” (abuse) kavramına dahi yer verildiği olmuştur (United States-Swift Co., 286, US., 106, p.116, 52 S.).

¹⁵⁶ Smit/Herzog, sh.266; Bellamy/Child, sh.617; Whish/Sufrin, sh.270; Aslan, AT., sh.230; Esin, sh.45; Tekinalp/Tekinalp, sh.389; EC. Report, sh.92; Kerse, sh.20; Craig/de Burca, sh.953,954; Korah, sh.83 vd.; Adkins, sh.94; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.77; Weatherill/Beaumont, sh.743

¹⁵⁷ Avrupa Birliğine temel teşkil eden RA.’nın çeşitli dillerdeki çevirilerinde, kötüye kullanma (abuse) değil, sömürüye dayalı veya istismarcı kötüye kullanma (exploitative abuse) ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenleme ise, maddenin ne ölçüde rekabet düzeninin korunmasına yönelik olduğu hususunda tereddütlere yol açmıştır.

¹⁵⁸ Farklılıklar için bkz. aşağıda III/C

¹⁵⁹ Örneğin bu hususta, hakim durumun kötüye kullanılabilmesi için, bir veya birden fazla teşebbüsün pazarda sağladıkları avantajlı durumdan, diğer teşebbüsler veya üçüncü kişilerin zarar görmüş olmaları gerektiğini ifade edildiği dahi olmuştur (Toğuşlu, sh.52).

¹⁶⁰ Bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/B

¹⁶¹ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, kötüye kullanma kavramının doğrudan rekabet düzenini hedef alan eylemleri de kapsamına alacak şekilde yorumlanması, ilk olarak bir devralma işleminin rekabeti azalttığı ve bu nedenle de kötüye kullanma olarak değerlendirildiği Continental Can davasıyla başlamıştır (Europemballage Corp.&Continental Can-Komisyon, dava 6/72, (1973), ECR. 215 (1973), CMLR. 199). Bu dava hakkında bkz. aşağıda §3/I

¹⁶² “Reduction of competition”

¹⁶³ Hoffmann La Roche davasında, Adalet Divanı'nın, "kötüye kullanma" kavramına ilişkin olarak verdiği tanımlama, uygulamada genel olarak kabul edilmektedir. Karara göre, kötüye kullanma, teşebbüsün varlığı ile doğrudan ilişkili olan ve piyasa yapısına normal rekabetin işleyişindeki şartlardan farklı metotlarla etkide bulunmak suretiyle, rekabetin devamını veya büyümesini engelleyen ve bu nedenle rekabetin zayıflamasına neden olan her türlü davranışı kapsar (Hoffmann La Roche-Komisyon, dava 85/76, (1979), ECR. 461,541 (1979), 3 CMLR. 211; Michelin-Komisyon, dava 322/81, (1983), ECR. 3461 (1988), 1 CMLR. 282). Tanımda, kötüye kullanma kavramına verilen objektiflik, temelde bu kavramın altında yatan kötüniyet ve kusur gibi koşulları (sübjektif faktörü), göz ardı etmekte ve bu yaklaşım kötüye kullanma kavramının tatbik kabiliyetini genişletmektedir.

Bu yaklaşımın benzerini, Amerikan hukukunda da görmek mümkündür. Monopol konumunda bulunan bir teşebbüsün, Sherman Yasası'nın 2. maddesine aykırılık teşkil eden bir davranışının söz konusu olabilmesi için, önceleri "açık niyetinin" bulunması şartı aranırken, bu koşul daha sonra yumuşatılmış ve monopolün genel niyetinin verimliliği artırmak değil, rekabeti dışlamak olduğunun kanıtlanabilmesi halinde, -ki bunun kanıtlanması şüphesiz açık niyetin kanıtlanmasından daha kolaydır- hukuka aykırılığın gerçekleşebileceği kabul edilmiştir (Allison/Prentice, sh370,371; Kintner, sh.108; krş. Lieberman/Siedel, sh.569,570).

¹⁶⁴ Smit/Herzog, sh.265; EC. Report, sh.91; Bellamy/Child, sh.617; Whish/Sufrin, sh.274; Korah, sh.83,84; aksi gör. Esin, sh.88

¹⁶⁵ Kötüye kullanma hakkında farklı tanımlar vermek gerekirse, "*Bir hakim firmanın rekabeti sınırlayıcı, bozucu ve engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek her türlü davranışı, kötüye kullanmayı oluşturur*" (Aslan, AT., sh.231).

¹⁶⁶ Şüphesiz kötüye kullanmanın hukuki işlem şeklinde ortaya çıkması, bunun geçersizliği meselesini de beraberinde getirmektedir (bkz. Üçüncü Bölüm/§2/III/).

¹⁶⁷ Whish/Sufrin, sh.271; Tekinalp/Tekinalp, sh.387; Aslan, AT., sh.231 vd.; Esin, sh.46; Bellamy/Child, sh.619; Kerse, sh.18; farklı sınıflandırma için bkz. Özsunay, Hakim Durum, sh.62; Kerse, sh.20; Craig/de Burca, sh.954

¹⁶⁸ Whish/Sufrin, sh.271; Bellamy/Child, sh.619; Aslan, AT, sh.235

¹⁶⁹ Farklı tanımlar için; Aslan, AT, sh.232; Esin, sh.46; Tekinalp/Tekinalp, sh.387

¹⁷⁰ Continental Can davasında (Europemballage Corp. and Continental Can-Komisyon (6/72) (1973) ECR 215 (1973) CMLR 199), paketleme araçları üreten uluslararası bir şirket olan Continental Can, Avrupa'daki yavru ortaklığı olan Europemballage adlı şirketi vasıtasıyla, aynı konuda faaliyet gösteren Thomassen ve Drijiver N.V. adlı şirketin çoğunluk hissesini (%80)devralmış ve Komisyon bu devralma işlemini, 86. maddeye aykırı bulmuştur. Continental Can karara itiraz etmiş ve dava önüne gelen Adalet Divanı ise, öncelikle kötüye kullanma kavramı üzerinde durmuş ve bu kavramın sadece doğrudan piyasayı etkileyip, alıcı ve müşterilere zarar veren eylemleri değil, aynı zamanda teşebbüs yapısındaki değişiklikler ile ilgili piyasadaki rekabetin ciddi biçimde zarar görmesine neden olması durumunu da kapsadığını ifade etmiştir. Davalı şirketin illiyet bağı itirazını da, temelde bir işletmenin yapısal değişiklik tedbirleri ile piyasayı etkileyici davranışları arasında fark olmadığını belirterek reddetmiştir. Adalet Divanı ayrıca, kötüye kullanma kavramının 86. maddenin ruhu ve RA.'nın genel amaçları göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğini, 85 ve 86. madde arasındaki

tamamlayıcılık ilişkisinin de, rekabeti azaltacak nitelikte olan bu tip davranışlara engel olduğunu ve hakim işletmenin rekabeti önemli ölçüde önleyecek şekilde durumun güçlendirmesinin bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek; birleşmelere 86. maddenin uygulanabileceğine dair prensip kararı vermiştir (karar için bkz. aşağıda §3/1).

¹⁷¹ Sırasıyla 6. maddenin “a”, “b” ve “c” bentleri ile, 4. maddenin, “d”, “e” ve “f” bentleri, ufak farklılıklar içermekle birlikte, birbirlerine paralel düzenlemelerdir.

¹⁷² RKHK.’nun 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki “a” ve “d” bendindeki örnekler, RA.’da; 86. maddenin “a” bendindeki örnek ise, Kanun’un 6. maddesinde yer almamaktadır. Ayrıca benzer nitelikteki 86. maddenin sırasıyla “c” ve “d”, 6. maddenin “b” ve “c” bentleri arasında da önemli farklılıklar bulunmaktadır. Buna karşılık 86. maddenin “b” bendi ile 6. maddenin “e” bendi arasında tam bir paralelliğin bulunduğunu söylemek mümkündür.

¹⁷³ Özellikle Avrupa Birliği Hukuku doktrininde, kötüye kullanma örnekleri RA.’nın metnine göre değil, uygulamada geliştirilen prensipler ışığı altında incelenmektedir. Bu bağlamda, fiyatlarla ilgili kötüye kullanmalar, “mal vermeyi reddetmek”, “tekelci temin yükümlülüğü koymak”, “haksız ticari koşullar koymak”, “ayırımçılık”, “indirim sistemleri”, “ek yükümlülükler koymak” gibi farklı başlıklar altında incelenmektedir (Aslan, AT.,sh.235 vd.; krş. Esin, sh.48 vd.; Korah, sh.85 vd.). Buna karşılık, çalışmamızın genelinde olduğu üzere, RKHK.’nun sistematüğını izlemeyi daha uygun buluyoruz.

¹⁷⁴ “Exclusionary practises”

¹⁷⁵ Piyasada hakim konuma gelen bir teşebbüs, doğaldır ki bu konumunu kaybetmemek ve hatta güçlendirmek için çeşitli tedbirlere başvuracaktır. Teorik bazda düşünüldüğünde, hakim teşebbüs bu amaçla 3 temel yol izleyebilir. Bu hususta öncelikli olarak akla gelen, söz konusu teşebbüsün kendi faaliyetleriyle ilgili olarak yüksek bir performans sergileyerek rakiplerine üstünlük sağlamasıdır ki, bu durum serbest rekabet açısından istenilen bir olgudur ve dolayısıyla hukuka da uygundur. Bunun dışında izleyebileceği bir başka yol ise, piyasadaki aktüel rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırarak veya giriş engelleri yaratarak, rakiplerine karşı dışlayıcı uygulamalarda bulunmasıdır. Bunun dayandığı temel nokta; hakim teşebbüsün piyasada kendisinden başka rakip istememesi ve başka teşebbüslere rekabete girmekten kaçınmak amacıyla dışlayıcı uygulamalara başvurmasıdır. Bu bağlamda, piyasadaki faaliyetleri zorlaştırıcı olabilecek bir durum, büyük olasılıkla aynı zamanda potansiyel rakipler için giriş engeli olacak ve giriş engeli olan bir durum da tam monopol durumu yoksa faaliyet engeli olacaktır. Dolayısıyla kanununda bu iki durumun bir arada öngörülmesi yerinde olmuştur. Hakim teşebbüsün izleyeceği bir diğer yol ise; hakim durumun sağladığı avantajları, rekabet piyasalarında gerçekleştiremeyeceği davranışlarla istismar ederek, haksız menfaat elde etmesidir.

¹⁷⁶ Özellikle madde metnindeki piyasaya girişlerin dolaylı olarak engellenmesi ibaresi, maddenin uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Zira söz konusu madde bu ibareye bağlı olarak yorumlandığında, hakim teşebbüsün konumunun güçlenmesine yol açacak her türlü davranış, bir anlamda diğer teşebbüslerin o piyasaya girmelerini olumsuz olarak etkileyecek ve giriş engeli olarak nitelendirilebilecektir. Şüphesiz bu tip bir genişletici yorumu benimsemek mümkün değildir.

¹⁷⁷ Aslan, sh.74,106; Budak, sh.140

¹⁷⁸ Bkz. yukarıda §1/III/E/5

¹⁷⁹ Bkz. Aslan, AT, sh.244, 245

¹⁸⁰ Bu hususta Ticaret Hukukundaki çeşitli “haksız rekabet” uygulamalarının da, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya piyasa dışına atılmasını amaçlayan eylemler bahsinde değerlendirilmesi mümkündür. Özellikle 57. maddedeki haksız rekabet hallerinden, rakiplere yönelik olan, 1,2,6 ve 7. bentlerin rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı etkisi olacağı muhakkaktır.

¹⁸¹ Dışlayıcı uygulamalar bahsinde ifade edilen; yıkıcı fiyat ve indirim uygulamaları; özellikle Amerikan Antitröst Hukukunda (The Robinson-Patman Yasası) ve bu hukuktan esinlenen yazarlarca; ayırıcı fiyat uygulamaları (price discrimination - bkz sh 44 vd.) başlığı altında mütalaa edilmektedir (Whish/Sufrin, sh.503 vd.; Kintner,sh.60 vd.). Ekonomi bilimi verilerine dayanarak yapılan bu sınıflamanın temeli, 6. madde bakımından hakim teşebbüsün, maliyetlere dayanmayan fiyatlar öngörmesine dayanmakta ve bu bağlamda ekonomik açıdan haklı görülemeyecek biçimde uygulanan indirim sistemleri ve yıkıcı fiyatlar, ayırıcı fiyat uygulamalar bahsinde değerlendirilmektedir (bkz. bu konuda ayrıntılı bilgi için : Lipsey/Steiner/Purvis, sh.238 vd.; Whish/Sufrin, sh. 503; Kintner, sh.60 vd.).

¹⁸² “Predatory pricing”

¹⁸³ Yıkıcı fiyat uygulamalarının, sadece somut olayda buna muhatap olan teşebbüse değil, daha sonra piyasaya girecek olan teşebbüsler için de caydırıcı bir etkisi olduğu genel olarak kabul edilmektedir. (Lipsey/Steiner/Purvis, sh.285) Buna karşılık, giriş engellerinin düşük olduğu piyasalar bakımından ise, teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamak yoluyla, başarıya ulaşması güçtür. Zira yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs, büyük olasılıkla maliyetin altında satış yaparak zarar edecek ve uzun dönemde bunu karşılamak zorunda kalacaktır. İlgili piyasaya giriş engeli düşük olduğu takdirde ise, yıkıcı fiyat uygulamak dahi piyasaya yeni giriş yapmak isteyen teşebbüsler için caydırıcı olmayacak ve piyasaya sürekli girişler olduğu takdirde hakim teşebbüs yıkıcı fiyattan vazgeçecektir.

¹⁸⁴ Kanımızca yıkıcı fiyat uygulamaları ile dumping uygulamaları arasında bazı açılardan büyük benzerlikler bulunmaktadır. Dampingin temel özelliği, uluslar arası ticarete farklı fiyat uygulanmasıdır krş ayırıcı fiyat uygulamaları). Uluslararası ticarete, kendi iç piyasasında üstün konumda bulunan bir teşebbüsün (suni veya doğal üstünlüğü olabilir), bu üstünlüğünden faydalanarak iç piyasadan daha düşük bir fiyatla ihrac fiyatı uygulaması ve bu sayede, yabancı piyasalarda üstünlük sağlaması veya ihrac piyasasındaki rakiplerini bertaraf edebilme amacını gerçekleştirmesi, dumping uygulamasıyla izlenen amaçların en önemlileridir. Teşebbüs düşük fiyat uygulamalarının getirdiği yükü ise, iç piyasadaki gücüyle telafi etmekte ve özellikle uzun dönemde bu uygulamayı rasyonel haline getirebilmektedir (krş. Messerlin, sh.79,80).

¹⁸⁵ Aslında, yıkıcı fiyatların tespit edilmesi ve yaptırıma bağlanması, Rekabet Hukukunda oldukça hassas bir konudur. Zira rekabet teorisi açısından düşünülecek olursa, fiyatların aşağıya çekilmesi, kısa dönemde potansiyel rekabetin bir sonucu ve rekabetten beklenen bir olgudur. Zira böylelikle rekabetçi davranış gerçekleşmekte ve fiyatlar düştükçe tüketici bundan doğrudan faydalanmaktadır. Bununla beraber yukarıdaki anlamıyla yıkıcı fiyatlar, uzun dönemde başka teşebbüslerin piyasaya girişlerini engellemekte ve mevcut olanları da piyasa dışına itmektir. Bu ise

piyasalarda yoğunlaşmaya neden olacağı için rekabet teorisi açısından istenen bir sonuç değildir (Allison/Prentice, sh.375).

¹⁸⁶ Bellamy/Child, sh.621; Green/Robertson, sh.452,460; Aslan, AT., sh.241; Esin, sh.50; Korah, sh.90; krş. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.285; Weatherill/Beaumont, sh.746,747

¹⁸⁷ Zira yapılan fiyat indiriminin başarılı olması, diğer faktörlerin yanı sıra büyük ölçüde rakip teşebbüslerin ekonomik özellikleri ve performanslarıyla ilgili bir kavramdır. Bir teşebbüs açısından yıkıcı olabilecek fiyat indirimi; başka bir teşebbüs açısından aynı sonucu doğurmayabilecek; belki de bu ikinci teşebbüs yıkıcı fiyat uygulamalarından olumlu surette etkilenecektir. Dolayısıyla yıkıcılığın tespitindeki fiyat indiriminin oranı ve süresi, sadece hakim teşebbüs ve hatta piyasa fiyatı değil; aynı zamanda rakipleri de dikkate alınarak değerlendirildiğinde, sağlıklı ve kesin bir sonuca ulaşmak oldukça güçleşmektedir. En uygun çözüm, genel bir kural koymak yerine yıkıcılığa yol açan indirim oranını somut olaya göre değerlendirmek olabilir.

¹⁸⁸ Avrupa Birliği Hukukunda 86. maddenin ikinci fıkrasının a bendindeki; *adil olmayan satış fiyatlarının* veya sözleşme koşullarının doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul ettirilmesine ilişkin kötüye kullanma örneği, genellikle yıkıcı fiyatları kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Zira sadece yüksek değil; bazı şartlar altında olması gereken fiyatların altındaki fiyatlandırma da haksız olabilir (Tekinalp/Tekinalp, sh.390; Smit/Herzog, sh.270; Esin, sh.48; Bellamy/Child, sh.619; Adkins, sh.95).

Nitekim Adalet Divanı'nın da, bu yönde bir içtihadı bulunmaktadır (CICCE-Komisyon (298/83) (1985) ECR 1105, (1986) 1 CMLR 486). Olayda, davacı taraf, yasal tekel konumundaki Fransız televizyon şirketlerinin filmleri göstermek için düşük ücret ödediklerini iddia etmiş, bu iddia ise önce Komisyon, daha sonra da Adalet Divanı tarafından reddedilmiştir. Adalet Divanı kararında; ilke olarak düşük fiyat uygulamalarının da aşırı fiyatlar gibi haksız olabileceğini buna karşılık somut olayda davacı tarafın sadece ortalama film bedellerine dayanarak bunu iddia kanıtlayamayacağını ifade etmiştir.

¹⁸⁹ Bellamy/Child, sh.621 vd.; Aslan, AT., sh.239 vd.; Green/Robertson, sh.456vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.390; Esin, sh.50 vd.; Korah, sh.89 vd.; Whish/Sufrin, sh.530 vd.; Smith, sh.205 vd.; Andrews, sh.49 vd.; Goyder, sh.309; Adkins, sh.96,97; Karakeçili/Alagöz/Çalış, sh.78

¹⁹⁰ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, Amerikan uygulamasının aksine, yıkıcı fiyatın tespitinde sadece değişken giderleri (variable cost) esas alan "*Areeda/Turner*" analizi uygulanmamaktadır. Özellikle Adalet Divanı, fiyatların değişken giderlerin altında olduğu durumlarda, büyük olasılıkla yıkıcı fiyatlandırmanın bulunduğunu kabul etmekte, ama bu davranışın temelini de dikkate almaktadır. Fiyatların, değişken giderlerin üstünde olmakla birlikte, toplam giderlerin (total cost) altında olması durumunda ise, yıkıcı fiyat uygulaması olarak kabul edilmekte; fakat bu takdirde teşebbüsün amacı özellikle incelenmektedir (Whish/Sufrin, sh.531,532; Green/Robertson, sh.457 vd.; Bellamy/Child, sh. 622,623; Smith, sh.207; Adkins, sh.97).

¹⁹¹ Avrupa Birliği Hukukunda, yıkıcı fiyat uygulamalarına ilişkin olarak verilen kararlardan özellikle iki tanesi, bu kavramın hangi şartlar altında kötüye kullanma olarak kabul edileceğine ilişkin belirleyici niteliktedir ve dolayısıyla doktrinde genelde bu

kararlar üzerinde durulmuştur. Kararlardan ilki, Benzol peroksit üreten ECS ile AKZO arasındaki uyumsuzluğa ilişkin olarak AKZO davasında verilmiştir (AKZO-Komisyon (62/86) (1991) 1 ECR 3359). Her iki teşebbüs tarafından da üretilen benzol peroksit, hem plastik üretiminde, hem de un katkı maddesi olarak kullanılabilen bir maddedir ve ECS, geleneksel olarak İrlanda ve İngiltere'deki un katkı maddeleri sahasında faaliyet gösteren küçük bir İngiliz şirketi, AKZO ise her iki piyasa bakımından da hakim konumdaki bir çok uluslu şirkettir. ECS faaliyet sahasını genişletip, plastik sanayine yayılmak istemiş ve bu durum karşısında AKZO, ECS'yi piyasa dışarısında bırakmak için, ECS'nin un katkı piyasasındaki müşterilerini ayartarak onlara daha ucuz fiyatla ürün satmıştır. Bu uygulama ECS için yıkıcı niteliktedir zira; un katkı maddeleri piyasası ECS için hayati öneme sahiptir ve gelirinin %80'nini bu piyasadadan sağlamaktadır. Bu durum karşısında ECS Öncelikle İngiliz mahkemelerine, daha sonra da Avrupa Komisyon'una başvurmuştur. Komisyon ise teşebbüsün amacını ve fiyatların seviyesini bir arada değerlendirmek suretiyle, AKZO'yu 10 milyon ECU ödemeye mahkum etmiştir. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, ağırlıklı olarak maliyet, fiyat ilişkisine ağırlık vermek suretiyle; değişken giderlerin altında tespit edilen fiyat uygulamaları bulunduğu takdirde, bunun tek rasyonel açıklamasının, rakipleri dışlamak ve bu sayede piyasadaki gücünü artırmak olduğunu belirterek kararı onamıştır.

Bu konuda diğer bir karar ise, Tetra Pak II davasında verilmiştir (Tetra Pak II, OJ.(1992), dava 72/1, (1992), 4 CMLR. 551). Söz konusu davada Komisyon, Tetra Pak'ın aseptiksiz karton piyasasında Elopak'a karşı yedi yıl boyunca, değişken maliyetlerin altında satış yapılarak yıkıcı fiyat uyguladığını ve herhangi bir şekilde rekabete maruz kalmadığı (hakim olduğu) aseptik piyasasından bu zararını karşıladığını belirtmiş ve ayrıca zararına satışa neden olabilecek başka faktörlerin bulunup bulunmadığını inceledikten sonra; Tetra Pak'ı kötüye kullanmaktan ötürü mahkum etmiştir.

¹⁹² Nitekim Amerikan Antitröst Hukukunda da, ayırıcı fiyat uygulamalarının tespit edilmesinde ekonomik (maliyetler) açıdan haklı görülebilirliğin yanı sıra, söz konusu teşebbüsün niyeti de dikkate alınmakta (Robinson Patman Act sect. 2-b) ve bu hususta TTK. md. 20/2 hükmündeki basiretli işadami gibi hareket etme kriterine benzer olarak objektif bir ölçüt kullanılmaktadır. Ayrıca bu hususa ispat yükü, ayırıcı uygulamayla isnat edilen teşebbüse yükletilmektedir (bkz. Kintner, sh.72 vd.; Springer, sh.251; Lieberman/Siedel, sh.572). Teşebbüsün subjektif niyetinin dikkate alındığı bu tip bir değerlendirmenin, kanımızca RKHK.'nun "a" bendinin içerisinde mütalaa edilebilecek mal vermeyi reddetme ve indirim sistemleri gibi dışlayıcı uygulamaların tespitinde dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁹³ Şüphesiz yıkıcı fiyat uygulamalarının tespitinde, ilgili teşebbüsün amacının da dikkate alınması, değerlendirmenin objektiflikten uzaklaşmasına neden olduğu gibi, sonuca ulaşmasını güçleştirmektedir. Zira teşebbüsün hangi saikle hareket ettiğinin tespit edilmesi her zaman kolay bir inceleme olmayabilir. Bu hususta, teşebbüsün izlediği genel strateji, fiyat politikaları, diğer teşebbüslerle olan ilişkileri, faaliyet gösterdiği diğer sektörler ve yeni yatırım alanlarının geniş kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulması ve buradan çıkacak bulguların, somut olaydaki davranışları ile mukayese edilmesi yoluyla farazi niyetinin bulunması mümkün olabilir. Bu incelemede ise,

özellikle ilgili teşebbüsün ticari defterleri ve diğer dahili dokümanlarının değerlendirilmesi önem taşır (RKHK. md.44).

¹⁹⁴ “*Refusal to supply*”

¹⁹⁵ Whish/Sufrin, sh.277,614 vd.; Bellamy/Child, sh.628 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.391; Aslan, AT., sh.241 vd.; Esin, sh. 59; Korah, sh.101 vd.; Smit/Herzog, sh.272; Adkins, sh.98; Esin Arif, sh.192-194

¹⁹⁶ Amerikan Hukukunda hizmet vermeyi reddetmenin kötüye kullanma, daha doğru bir deyişle Sherman Yasası'nın ikinci maddesi anlamında monopol gücünün rekabete aykırı kullanılmasına ilişkin bir örnek Lorain davasında yaşanmıştır (Lorain Journal Company-United States, 342 US. 143 (1951)). Lorain kasabasında %99 piyasa payı ile reklam piyasasında hakim konumda bulunan bir gazete, aynı kasabada daha sonra kurulan bir radyo istasyonunun da bu piyasaya girmesiyle, bu piyasada radyo istasyonu ile rakip olmuş ve rakibini piyasa dışına atabilmek amacıyla, radyo istasyonuna reklam veren teşebbüslerin kendisinden reklam hizmeti alamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, piyasaya giriş yapan radyonun ticari faaliyetini devam ettirebilmesi için reklam hizmetinin hayati bir unsur olduğunu belirtmiş ve söz konusu uygulamanın beklenen sonuca ulaşmasa dahi, böyle bir sonucun ortaya çıkmasının kuvvetli bir ihtimal olduğu bu gibi hallerde, Yasa'nın 2. maddesi için aranan koşulların gerçekleşmiş olduğuna karar vermiştir (*attempt to monopolize*). Kısaca “*boykot*” olarak nitelendirilebilecek bu uygulama, aynı zamanda bir başka piyasada rekabetin bozulmasına örnek teşkil eder. Yine Amerikan Hukukunda bu konuda örnek gösterilebilecek bir başka karar, Aspen davasında verilmiştir (Aspen Skiing Co.-Aspen Highlands Skiing Corp.,472 (1985) US. 585). Söz konusu davaya konu olan olayda, Aspen Kolorado dağlarında hizmet veren dört istasyondan üçünü elinde tutan Aspen Skiing şirketi, sahip olduğu bu hakim durumunu Highland şirketini dışlayacak şekilde kullanmış ve neticede davranışları Sherman Yasası'nın 2. maddesine aykırı görülmüştür. Kısaca özetlemek gerekirse, Aspen, daha önce Highland şirketi ile müştereken uyguladıkları ve 4 istasyonda da geçerli olan 6 günlük tele-ski paslarını satmak yerine, kendisinin sahibi olduğu 3 istasyonun paslarını satışa sunmuş ve bu uygulama neticesinde tüketiciler Aspen'in istasyonlarını tercih etmişlerdir. Mahkeme özellikle Aspen tarafından yapılan bu uygulamanın ekonomik açıdan haklı görülebilip görülemeyeceği üzerinde durmuş ve neticede Aspen'in itirazlarını yeterli bulmayarak hukuka aykırılığın bulunduğu karar vermiştir.

¹⁹⁷ Commercial Solvents (C.S.) davasında (Commercial Solvents-Komisyon, dava (6&7/73), (1974), ECR.223,250 (1974), 1 CMLR.309), etambutol adlı ilacın üretiminde kullanılan hammaddeler (nitropropan ve aminobutanol) bakımından hakim durumda bulunan C.S., İtalya'da ve Avrupa Topluluğu'nda ICI (Istituto Chemioterapico Itali an Spa) vasıtasıyla ham madde pazarlamaktaydı. 1970 yılında ise, C.S. hammadde satışının yanı sıra ICI vasıtasıyla etambutol üretimine geçmeye başlamış ve bu nedenle AT.'da bu ilacın üretiminde kullanılan ham maddeleri satmaktan imtina etmiş ve bunun yerine yarı mamul olan dextro-aminobutonal satmaya başlamıştır. İtalya'da Etambutol üreten ve 1966 yılından beri hammaddeleri ICI.'den sağlayan Zoja ise bu durumdan mağdur olmuş ve Komisyon'a şikayette bulunmuştur. Komisyon ve Adalet Divanı ise, mal vermeyi reddetmenin rakipleri ve dolayısıyla rekabeti dışlayıcı etkisi bulunduğu gerekçesiyle 86.

maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, Zoja, sh.352 vd.).

Bu hususa örnek bir diğer dava olan Hugin davasında ise (Hugin-Komisyon, dava (22/78), (1979), ECR.1869 (1979), CMLR.677), İngiltere’de Hugin marka yazar kasa makinelerinin dağıtıcısı olan ve aynı zamanda servis ve yedek parça hizmeti veren Lipton adlı teşebbüs ile Hugin firması, Hugin’in 1972 yılında İngiltere’de kendi yavru ortaklığını kurmasından sonra dağıtıcılık sözleşmesini sona erdirmişler ve bunu takiben Hugin Lipton’a yedek parça sağlamayı reddetmiştir. Komisyon Hugin’i, yazar kasa değil, fakat bunların yedek parçalarına ilişkin piyasada hakim durumda kabul etmiş ve uzun süreden beri müşteri konumunda bulunan ve önemli ölçüde müşteri çevresi edinen Lipton’a mal vermenin reddedilmesinin, yazar kasaların servisi ve tamiri konusundaki temel rakibin piyasa dışına itilmesi sonucunu doğuracağını ve bu nedenle de kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dava önüne gelen Adalet Divanı ise, bu görüşü değerlendirmeksizin olayın üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bu konudaki bir başka karar ise, Avrupa Birliği Hukukunda pek çok hususta emsal teşkil eden United Brands davasında verilmiştir (United Brands-Komisyon, dava (27/76), (1978), ECR.207 (1978), 1 CMLR,429). Söz konusu davada muz piyasasında hakim durumda olan United Brands, Danimarka’daki dağıtıcısı olan Olesen’e, bu firmanın rakip muz firması Dole’nin tek dağıtıcısı olması ve bu markanın reklam kampanyasına katılması nedeniyle mal vermeyi reddetmiş ve gerekçe olarak, bu firmanın ürünlerine gereken özeni göstermediğini ileri sürmüştür. Komisyon ve Adalet Divanı ise, ilke olarak United Brands’in ticari menfaatlerinin korunmasında makul tedbirleri alabileceğini kabul etmiş, fakat somut olay kapsamında bunda aşırıya kaçıldığını (orantılılık prensibi-proportionality principle) belirterek, bu davranışın, diğer dağıtıcıları Dole marka muzların dağıtımını ve pazarlamasında caydırıcı etkisi olduğunu kabul ederek, söz konusu uygulamayı kötüye kullanma olarak nitelemiştir.

¹⁹⁸ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında Amerikan hukukundan esinlenen ve tam çevirisi; “zorunlu kolaylıklar” (essential facilities) olarak adlandırılabilir olan prensibe göre, hakim durumda bulunan teşebbüs, ilgili piyasada faaliyet göstermek için zorunlu olarak elde edilmesi gereken hizmet veya ürünleri haklı bir sebep olmaksızın piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere sağlamaktan kaçındığı, diğer bir anlatımla, piyasada faaliyette bulunacak olan teşebbüse hakkaniyet açısından zorunlu görülen kolaylığı sağlamadığı takdirde, hakim durumunu kötüye kullandığı kabul edilmektedir (bkz Areeda/Kaplow, sh.501,502). Henüz tam olarak Adalet Divanı kararlarında ifadesini bulmayan bu prensip, Komisyon tarafından yaygın olarak uygulanmaktadır (Treacy, sh.502,502; Whish/Sufrin, sh.277; Bellamy/Child, supp., sh.169 vd.; Aslan, sh.109; Craig/de Burca, sh.961; krş. Weatherill/Beaumont, sh.753,754).

Bu konuya örnek olan Holyhead davasında (SeaLink/B and I Holyhead, (1992), 5 CMLR. 255), Holyhead Limanının sahibi durumunda olan ve bu limanda faaliyet gösteren Sealink firması, İrlanda’ya gidiş gelişlerde uygulamakta olduğu tarifelerin başka teşebbüslerin bu piyasada faaliyet edebilme imkanını ortadan kaldırması nedeniyle, Komisyon’un geçici tedbirlerine maruz kalmıştır. Bu olayın bir benzeri Rodby davasında ortaya çıkmıştır. (Port of Rodby, dava L.-55/52, OJ.(1994), 5 CMLR. 457) Söz konusu davada Danimarka’nın Rodby limanı ile Almanya’nın Puttgarden

limanı arasında Feribot taşımacılığı yapmak isteyen Stena işletmeleri, bu güzergahta faaliyet gösteren ve aynı zamanda Rodby Limanında liman hizmetlerinin sağlanmasında tekel olan Danimarka kamu teşebbüsü DSB'nin potansiyel rakibi olacaktır. Komisyon ilgili piyasayı Rodby-Puttgarden güzergahı olarak belirledikten sonra, DSB'nin bu piyasada hakim konumda olduğunu belirtmiş ve haklı bir neden olmaksızın liman hizmetlerinin Stena İşletmelerine sağlanmamasının 86. madde anlamında bir kötüye kullanma olduğuna karar vermiştir.(Bu kararlar aynı zamanda bir piyasadaki hakimiyetin başka piyasalarda kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilebilir.) Yine bu konudaki Magil davalarında (RTE-Komisyon dava (T- 69/89), (1991), 4 CMLR. 586; BBC-Komisyon, dava (T-70/89), (1991), 4 CMLR. 669; ITP-Komisyon dava (T-76/89), (1991), 4 CMLR.745), İDM ve Komisyon, üç televizyon kanalının, haftalık televizyon dergisi çıkarmak isteyen bir teşebbüse bu hizmetin görülebilmesi için zorunlu olarak sağlanması gereken yayın bilgilerinin vermemesini, televizyon yayıncılığı ve televizyon dergiciliği açısından haklı görülebilir bir yönü bulunmadığını, söz konusu televizyon kanallarının ikincil piyasalarını kendilerine sakladıklarını belirtmiş ve bu davranışı kötüye kullanma olarak nitelemiştir (bu karar, fikri hakların kötüye kullanılmasına ve bir başka piyasadaki rekabetin kısıtlanması da örnek olarak gösterilebilir).

¹⁹⁹ Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, mal vermeyi reddetmek büyük ölçüde dışlayıcı uygulamalar şeklinde tezahür etmektedir. Özellikle piyasaya yeni giriş yapacak olanlar için mal veya hizmet sağlamanın reddedilmesinin, giriş engelleri yaratmanın tipik bir örneği olduğu söylenebilir. Bununla beraber somut olaya göre bu davranışın aynı zamanda “ayırıcı uygulama” veya “tüketicinin zararına üretim veya teknik gelişmenin kısıtlanması” bahsinde de mütalaa edilmesi mümkündür (krş. Esin Arif, sh.200).

²⁰⁰ “Borçlar Hukuku bakımından da, bazı malların veya hizmetlerin halka arz edilmesi hususunda hukuki bir tekel elde etmiş olan teşebbüsler bakımından sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu söylenebilir. Bir yerde veya çerçevede (ilgili piyasada) sadece fiili tekel kurmuş olan teşebbüslere gelince, bunlar için bir sözleşme yapma zorunluluğunun ne dereceye kadar kabul edilebileceği, dürüstlük kuralının ışığı altında çözümlenmesi gereken bir sorundur. Böyle bir teşebbüs, kendisine yapılan icabı *makul sebep olmadan reddederse*, gerektiğinde haksız fiil kurallarına, özellikle BK. md. 41/2 hükmüne göre sorumlu tutulabilir”. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.365) Görüldüğü üzere yazarların bu ifadesi, mal vermeyi reddedilmesinin, Rekabet Hukukunun yanı sıra bazı hallerde Borçlar Hukuku açısından da hukuka aykırı olarak kabul edilebileceğini göstermektedir. Ayrıca verilen kıstaslar Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında benimsenenlerden de pek farklı değildir. Bu itibarla mal vermeyi reddetmenin kötüye kullanma olarak değerlendirilmesinde, Borçlar Hukukundaki uygulamanın da dikkate alınması fayda sağlayabilir (krş. Eren, sh.373; Oğuzman/Öz, sh.136).

²⁰¹ Ayrıca bkz. TKHK. md.5/1,2

²⁰² Müşterileri teşvik edici uygulamalar sadece fiyat indirimleri veya çeşitli indirim sistemlerinden ibaret değildir. Bu uygulamaların büyük önemi olmakla birlikte, aynı amaca hizmet edebilecek olan; vergi indirimleri, bedava dağıtım, satış sonrası servisler, reklam panoları ve ürünlerle ilgili olarak muhafaza eşyaları vs.. gibi ek bir takım promosyon uygulamaları da, hakim teşebbüs tarafından uygulandığı vakit dışlayıcı ve

bazı hallerde ayırıcı nitelik kazanabilir. Bu itibarla dışlayıcı uygulamalar bahsinde sadece fiyatlara dayalı değerlendirme yapmak eksik bir yaklaşım tarzı olabilir. Hava taşımacılığı sektöründe sık seyahate çıkanlar için uygulanan indirimlerin de (frequent flyer programmes), bazı şartlar altında kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi mümkündür (Adkins, sh.99,100).

²⁰³ Avrupa Birliği Hukukunda “*indirim sistemleri*” (discount schemes), genellikle ayırıcı uygulamalar bahsinde zikredilmekle birlikte (Whish/Sufrin, sh.528 vd.; Korah, sh.86; Aslan, AT, 248 vd.); kanımızca bu uygulamaların temel özelliği, müşteri teşebbüslerin hakim teşebbüslere bağlanması ve fiilen başka teşebbüslerden mal veya hizmet alınmasının engellenmesidir. Nitekim Komisyon ve Adalet Divanı’nın bu konuda verildiği kararlarda da, bu hususa dikkat çekilmiştir (Andrews, sh.52). Özellikle sadakat indirimleri uygulamasının (fidelity discounts) dışlayıcılık özelliği, ayırıcılık özelliğinden daha ağır basmaktadır. Bununla beraber genelde bu tip uygulamalarda her iki özelliğin de bir arada bulunduğu söylenebilir. Ayrıca hakim teşebbüs tarafından yapılan indirim uygulamalarının başka teşebbüsleri hedef aldığı durumlarda, bunların yıkıcı fiyat uygulamalarından ayrılması da oldukça güçtür. Örneğin Avrupa Birliği Hukukundaki Hilti davasında (Hilti AG-Komisyon dava T-30/89, (1992) 4 CMLR. 16), çivi makinesi, çivi kartuşu ve çivi üreten Hilti, çivi makinesi üretmeyip sadece çivi ve kartuşunu üreten rakiplerini piyasa dışına itmek amacıyla çeşitli kelepçeleme anlaşmalarının yanı sıra, diğer sağlayıcılardan mal alan müşterilere oldukça uygun sayılabilecek indirimler uygulamış ve bu suretle hem yıkıcı fiyat uygulamasını, hem indirim sistemi uygulamasını, hem de ayırıcı uygulamayı bir arada gerçekleştirerek, Komisyon tarafından 6 milyon ECU.’lük bir cezaya çarptırılmıştır.

²⁰⁴ “Fidelity rebates”; “loyalty rebates”

²⁰⁵ Whish/Sufrin, sh.528 vd.; Bellamy/Child, sh.625 vd.; Aslan, AT., sh.249 vd.; Esin, sh. 57 vd.; Korah, sh.86 vd.; Goyder, sh.311,312; Green/Robertson, sh.437; Adkins,sh.98 vd.

²⁰⁶ Burada yapılan indirim, müşterinin aldığı malın niceliğine göre değil; söz konusu müşterinin o mala olan toplam ihtiyacının ne kadarının hakim teşebbüsten sağlandığı, yani bir başka deyişle, müşterinin hakim teşebbüsten hangi oranda mal aldığına göre belirlenmektedir. Görüldüğü üzere yapılan indirim satılan mal veya hizmet miktarına göre belirlenmemekte, müşterinin az veya çok miktarlarda mal alması indirim yapılmasını etkilememektedir. Bu durumun ekonomik rasyonalite açısından indirime temel olacak maliyetlerle doğrudan ilgisi bulunmadığı gibi, müşteriler arasında da ayırma yol açacağı muhakkaktır.

²⁰⁷ Avrupa Birliği Hukukunda sadakat indiriminin kötüye kullanma olarak nitelendirildiği ilk karar Şeker davasında verilmiştir (Suiker Unie-Komisyon, dava (226/84), (1986), ECR. 3263 (1987), 1 CMLR. 185). Söz konusu davaya temel teşkil eden olaya göre; Almanya’nın güneyindeki birkaç şeker üreticisi tarafından her 100 kg şeker için 0.3 Alman Markı tutarında bir indirim yapılmakta ve müşterilerin başka sağlayıcılardan da şeker alması halinde, bu indirim söz konusu olmamaktadır. Komisyon ve Adalet Divanı ise bu uygulamanın, hem şeker alan teşebbüsler arasında rekabet koşulları açısından farklılık yarattığını, hem de rakiplerin piyasaya girişlerini güçleştirdiğini belirterek, bu eylemin 86. madde anlamında kötüye kullanmayı oluşturduğuna karar vermiştir.

Yine bu konudaki bir başka karar ise, Hoffman La Roche davasında verilmiştir. Söz konusu davada Roche firması, müşterilerden bir kısmıyla anlaşarak ihtiyaç duydukları malın tamamını veya büyük bir bölümünü kendisinden sağladığı takdirde indirim uygulamakta, ayrıca sözleşmelere koyduğu “İngiliz şartı” (English clause) olarak anılan bir hükümlerle, başka sağlayıcıların daha ucuz fiyat teklif etmeleri halinde, bunun öncelikle kendisine bildirilmesini ve ancak bu rakama kendisi tarafından inilemediği takdirde düşük fiyatı veren teşebbüsten mal alınmasını şart koşmaktadır. Bu hükümlerle Roche, rakiplerinin fiyat stratejileri hakkında detaylı bilgi edinme imkanını da elde ettiği gibi, ilgili piyasadaki rekabeti de dışlamaktadır. Komisyon ve Adalet Divanı ise, bu uygulamaların hem rekabeti kısıtladığını, hem de 86. maddenin “c” bendi anlamında kötüye kullanmayı oluşturduğunu belirlemiş ve özellikle oranlar üzerinden yapılan indirimler ile miktar indirimleri arasında ayırım yaparak, ikincilerin kötüye kullanma olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir (Bu kararın bir incelemesi için bkz. Özsunay, sh. Hoffman La-Roche, sh.407 vd.).

Bu konuyla ilgili olarak zikredilebilecek bir başka karar ise, BPB davasında verilmiştir (BPB Industries and British Gypsum OJ. (1989), L-10/50). BPB İngiltere’deki müteahhitlere, sadece kendi alçı panolarını almaları halinde sadakat indirimleri uygulamış ve bu uygulamanın Fransa ve İspanya’daki üreticiler için dışlayıcı etkileri olduğu gerekçesiyle, Komisyon bunu 86. madde anlamında kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir. Ayrıca Komisyon BPB’nin bu uygulamadaki asıl amacının, bu müteahhitlerin promosyon ve reklam giderlerinin karşılanması olduğu savını dikkate almamış ve dışlayıcı sonuçların ortaya çıkmasını kötüye kullanmanın gerçekleşmesi bakımından yeterli görmüştür.

²⁰⁸ “Target” veya “turnover related discounts”

²⁰⁹ Hedef indirimlerinin kötüye kullanma olarak nitelendirildiği karar, Michelin davasında verilmiştir (Michelin Komisyon, dava 322/81, (1983), ECR.3461 (1985), 1 CMLR.282). Söz konusu davada, Michelin’in stepne kamyon lastiği piyasasındaki hakim durumunu, müşterilerine karşı uyguladığı ve bir önceki yılın satışlarını esas alan hedef indirimleriyle kötüye kullandığı iddia edilmektedir. Michelin müşterilerine resmi olmayan yollardan ve genellikle pazarlıklar sonucunda çeşitli indirimler uygulamakta ve bu nedenle, uygulanan indirim sistemleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Komisyon ve Adalet Divanı kararında, özellikle uygulamanın müşteriler arasında ayırmacılığa yol açacak kadar objektiflikten ve netlikten uzak olması ve bir yıl gibi uzun bir süreye bağlanmasının onlar üzerinde baskı unsuru oluşturduğunu belirtmiş ve bunun 86. madde anlamında kötüye kullanma teşkil ettiğini ifade etmiştir. Michelin kararıyla birlikte, miktar indirimlerinin kötüye kullanma olarak nitelendirilmesi, kuşkusuz 86. maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Zira Komisyon ve Adalet Divanı, bundan önceki kararlarında miktar indirimlerini 86. maddenin kapsamı dışında bırakmışken, bu kararında, belirli şartlar altında bu uygulamanın da kötüye kullanma teşkil edebileceğine karar vermiştir (bu kararın bir incelemesi için Bkz. Özsunay, Michelin, sh.469 vd.).

²¹⁰ Ticari ve ekonomik açıdan “objektif haklı görülebilirlik” (objective justification) kıstası için, bkz. Whish/Sufrin, sh.278

²¹¹ Aynı şekilde rekabet şartları açısından farklı konumda bulunan alıcılara aynı şartlar ileri sürülmesi de (uniform delivered pricing), bunlar arasında ayırmacılığa ve rekabet koşulları açısından farklılığa yol açar (Whish/Sufrin, sh.503). Bu duruma bir bakıma

örnek teşkil edebilecek bir olay Unilever davasında görülmüştür (Van Den Bergh Foods, OJ. (1995), C-211/4 (1995), 5 CMLR. 734). Söz konusu davada Unilever dondurma alan perakendecilerine bedelsiz olarak dondurucu vermekte ve bu dondurucunun fiyatını sattığı dondurmalara dolaylı olarak yansıtmaktadır. Komisyon ise bu durumu dondurucu almayan perakendeciler açısından ayırıcı olarak nitelemiş ve bu uygulamayı 86. madde anlamında kötüye kullanma olarak nitelendirmiştir.

²¹² Kanımızca, hakim teşebbüs tarafından eşit durumdaki alıcılara (kimselere) farklı şartlar uygulanmasının, alıcılar arasında rekabet şartları açısından farklılık yaratacağı ve söz konusu uygulamanın “kendiliğinden” bir kısım teşebbüsleri rekabet şartları bakımından dezavantajlı konuma sokacağı muhakkaktır. Dolayısıyla Kanun’un bu düzenlemesiyle, Roma Antlaşması’ndaki hüküm arasında netice itibarıyla herhangi bir anlam farklılığı yoktur. 86. maddenin “c” bendinde yer alan ifade kuşkusuz daha yalın ve açık olmakla beraber; Kanun’daki bu hüküm “c” bendinin dolaylı bir ifadesidir.

²¹³ Ayırıcılık yapılmasına ilişkin olarak, ne 86. maddedeki düzenlemede, ne de bu hükmün paraleli olan, 4. maddenin “e” bendinde, “alıcılar” kavramına yer verilmemiş ve bunun yerine, hakim teşebbüsün işlem yaptığı herkesi kapsayabilecek şekilde “kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca 6. maddedeki bu farklılığın mantıklı bir açıklamasını yapmak güçtür; zira hakim teşebbüs sadece müşterileri (alıcıları) arasında değil, kendisinin müşteri olduğu veya herhangi bir şekilde doğrudan alım satım ilişkisinin bulunmadığı kişiler arasında da (zira “alıcı”, alım satım ilişkisinin bir tarafıdır; oysa ticari hayatta alım satım dışındaki ilişkilerle de rekabet etkilenmesi mümkündür), eşit şartlar ve eşit muameleler için farklılıklar gözeterek rekabet şartlarına etkide bulunabilir. Dolayısıyla alıcılarla yapılan işlemler dışındaki kişilerle yapılan muamelelerde de, rekabetin etkileneceği ve bu durumun en az alıcılar arasındaki rekabet kadar önemli olduğu muhakkaktır. Bu itibarla alıcılar dikey bütünlüğü kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.

²¹⁴ “Price discrimination”

²¹⁵ Şüphesiz hakim teşebbüsün, farklı konumdaki teşebbüslere aynı fiyatları uygulaması da “ayırıcı uygulama” olarak nitelendirilmelidir. Buradaki durumda da, yukarıda ifade edilenden bir farklılık arz etmez.

²¹⁶ Yukarıda ifade edilen yıkıcı fiyat uygulamaları ve indirim sistemleri, bunlara muhatap olan teşebbüsler arasında farklılık gözeterek uygulandığı takdirde ayırıcı kötüye kullanma olarak nitelendirilebilir.

²¹⁷ Yapılacak olan değerlendirme işleminin, işleme konu olan edimin ve teşebbüsün konumunun aynıyetini kapsamakta ve bu itibarla oldukça karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Özellikle teşebbüslerin konumları itibarıyla yapılan kıyaslama, muhatap teşebbüsün ilgili piyasadaki konumu, rakip teşebbüsler ve hakim teşebbüs ile olan ilişkileri gibi bir çok parametreye göre inceleme yapılmasını gerekli kılabılır.

²¹⁸ Fiyatın oluşmasına etkili olan pazarlama, işgücü, ölçek ekonomisi ve ulaşım maliyetleri gibi faktörlerin farklılığından kaynaklanan, farklı fiyat uygulamalarını “ayırıcı” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bununla beraber, fiyatı konu olan her incelemede olduğu gibi, bu faktörlerin somut olayda tam olarak değerlendirmesi ve hakim teşebbüs tarafından uygulanan fiyat farklılığının ekonomik açıdan haklı görülüp görülemeyeceği, oldukça güçtür. Ayrıca hakim teşebbüslerin uygulamakta oldukları fiyat indirimlerini sadece ekonomik nedenlere dayandırmamaları ve her zaman bilimsel

verilere dayanmayarak müşterilerine karşı objektiflikten uzak hareket etmeleri, bu davranışlarının ne dereceye kadar ayırıcı olarak nitelendirilebileceği sorusunu gündeme getirir (bkz. Whish/Sufrin, sh.503 vd.).

²¹⁹ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında milliyet (vatandaşlığa) esasına dayalı ayırıcılık uygulamasına ilişkin olarak benzer nitelikte çeşitli kararlar verilmiştir. Bunlardan Gema kararına konu olan olaya göre (GEMA, dava I-134/15, OJ.(1971), CMLR. D.35); eser sahiplerinin haklarını korumaya yönelik olarak Almanya’da kurulan GEMA isimli teşebbüs birliği, söz konusu hizmet bakımından başka bir rakibi olmaması nedeniyle hakim durumdadır. Komisyon ve Adalet Divanı, diğer başka ayırıcılıkların yanında, GEMA’nın sağladığı hizmetler bakımından, başka devletlere mensup olan üyelerine, milliyete esasına dayalı kısıtlamalar getirdiği gerekçesiyle, 86. maddenin c. bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bu kararın bir incelemesi için Bkz. Özsunay, İlgili Pazar, sh.320). Yine bu konudaki GVL davasında verilen karara konu olan olaylar hemen aynı şekilde cereyan etmiştir (GVL-Komisyon, dava (7/82), (1983), ECR.483,509 (1983), 3 CMLR.645,682); Korsika Taşımacılığı davasında da (Corsica Ferries, dava C-18/93, (1994), 1 ECR. 1783), geminin uyuşuna göre farklı pilotaj tarifelerinin uygulanması, Komisyon tarafından 86. maddenin “c” bendi anlamında ayırıcı uygulama olarak nitelendirilmiştir.

²²⁰ United Brands davasında (United Brands-Komisyon, (1978), ECR. 207 (1978), 1 CMLR. 429); muz piyasasında hakim durumda olan United Brands, tropik ülkelerden getirdiği aynı kalite muzları Avrupa’nın Rotterdam ve Bremerhaven limanlarında aynı maliyetlerle, her türlü taşıma masrafı, liman ve ithalat vergileri müşterilere ait olmak üzere alıcılara teslim etmekte ve buna rağmen farklı ülkelere gidecek olan muzlara ekonomik açıdan haklı görülemeyecek şekilde farklı fiyat uygulamaktaydı. Almanya’ya gidecek olan muzlara taşıma maliyetleri daha düşük olduğu halde, talep elastikiyeti daha az olduğu için İrlanda’ya gidecek olanlardan daha fazla fiyat öngörülmekte ve ayrıca dağıtıcılarla yapılan sözleşmelerde paralel ithalatı kısıtlayıcı hükümler dercedilmekteydi. Komisyon, United Brands’i 86. maddeye aykırı davrandığı için mahkum etmiş ve dava önüne gelen Adalet Divanı da, prensip olarak bölgesel farklılıklar nedeniyle sağlayıcıların farklı fiyat uygulamalarında bulunmasının doğal olduğunu, buna karşılık United Brands’in böyle bir farklılığı haklı kılacak şartlarla karşılaşmadığını ve dolayısıyla farklı fiyatlar uygulayamayacağını belirterek kararı onamıştır. Ayrıca Adalet Divanı böyle bir uygulamanın malların serbest dolaşımı ilkesine aykırılık teşkil ettiğini de belirlemiştir (ayırıcılık iddiasının Komisyon ve Adalet Divanı tarafından reddedildiği ilginç bir karar için bkz Özsunay, Tercihli Dağıtım Sistemi, sh.307 vd.)

²²¹ Smit/Herzog,sh.271; Bellamy/Child,sh.624; Green/Robertson, sh.448,449; Goyder, sh.314; Whish/Sufrin, sh.278; Esin, sh.55; Weatherill/Beaumont, sh.747

²²² Aslan, sh.112; Budak, sh.142; Baykan, sh.188

²²³ Her ne kadar bu uygulamaların istismar niteliği ağır basmaktaysa da, özellikle kelepçeleme şartlarının bulunduğu uygulamaların, dışlayıcı özellikleri de bulunmaktadır; zira alınmasının şart koşulduğu diğer ürünün de münhasıran hakim teşebbüsten sağlanması; doğal olarak bu piyasadaki teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırıcı ve girişleri engelleyici etkiler gösterir. Bu itibarla bunların rekabete çok yönlü etkilerinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

²²⁴ Bkz. yukarıda §1/III/E/7

²²⁵ Aslan, sh.112

²²⁶ Bu konuda Aslan tarafından verilen örnek oldukça açıklayıcıdır. Söz konusu örneğe göre; hakim durumda bulunan teşebbüs, kendisinden buzdolabı satın alınmasını, kendisinin ürettiği otomatik çamaşır makinesi ve fırın gibi ev eşyalarının servisinin de sağlanması koşuluna bağlaması, en az kelepçeleme sözleşmeleri kadar rekabeti sınırlayıcıdır (Aslan, sh.113)

²²⁷ Şüphesiz böyle bir uygulamanın, bu bendin kapsamı içerisinde mütalaa edilememesi, bu tip uygulamaların kötüye kullanma olarak mütalaa edilmesini engelleyici değildir.

²²⁸ Krş. Baykan, sh.188

²²⁹ Hakim durumdaki teşebbüsün, satın alınan malın güvenli ve sağlıklı şekilde kullanılabilmesi için, başka bir takım edimlerin de alınmasını öngörmesi, somut koşullar altında hukuka uygun olarak kabul edilebilir. Böyle bir durum, özellikle hakim teşebbüs tarafından sağlanan bir hizmetin güvenli olarak yürütülebilmesi için, başka bir hizmetin de kendisi veya belirlediği bir başka teşebbüs tarafından sağlanması mecburiyetinin bulunduğu durumlarda ortaya çıkabilir. Örneğin özel bir marina işletmesi, marina içerisindeki can ve mal sahiplerinin güvenliğini sağlayabilmek için; sadece kendisinden bakım hizmeti alınması, ya da sigorta yaptırılmasını şart koşabilir. Veya araba üreticisi, müşterilerine sağladığı garanti hizmetini kendisinin belirlediği tamir servislerinden sağlanmasını şart koşabilir. Bu gibi durumlar ticari teamüller açısından olağan karşılanabilir. Bununla beraber böyle bir yükümlülüğün süresi de kötüye kullanmanın belirlenmesinde önem taşır. Benzer örneği mal açısından verecek olursak, bir araba üreticisi, alıcısına, güvenlik nedeniyle hava yastığı bulunmayan araba satımından kaçınabilir veya satın aldığı arabanın üretilmesi için yüksek teknoloji gerektiren önemli yedek parçalarını, sadece kendisinden alması şartını dayatabilir. Ayrıca müşterilerin seçim özgürlüğü, ancak nitelik itibarıyla eşdeğer mallar bulunması halinde söz konusu olabilir. Bu itibarla aynı kalitede olmayıp, daha düşük kalitedeki bir malın alımının engellenmesi amacıyla yapılan bu tip uygulamaların hukuka uygun kabul edilmesi daha uygun olur. Bununla beraber aynı kalitede yedek parça, bir başka teşebbüs tarafından da sağlanabiliyorsa, o vakit bu durum kötüye kullanma olarak telakki edilebilir (krş. Smit/Herzog, sh.273).

²³⁰ Ticari teamüller için bkz. yukarıda §1/III/E/7

²³¹ Özellikle bu tip ilişkilerde yer alan rekabeti sınırlayıcı bir takım kayıtlar Kanun'un hem 4. maddesinin "f" fıkrası, hem de 6. maddesine aykırılık oluşturabilir. Bununla beraber 4. madde bakımından mümkün olan muafiyet imkanının 6. madde bakımından kapalı olması, en azından olağan ticari uygulamalarının kapsam dışında bırakılmasını gerektirir.

²³² Kanunda yer alan asıl ifade ise, anlam bakımından tamamen bozuktur.

²³³ Kanımızca hakim teşebbüsün, tekrar satış haline ilişkin yükümlülükler öngörmesi, geniş yorumlandığı takdirde, aracı teşebbüsler konumundaki alıcıların talep ettiği bir mal/hizmetin, bir başka mal/hizmetin teşhiri şartına bağlanması halini de kapsamaktadır. Bu durumun tekrar satış haline ilişkin olarak, alım-satım şartlarında fiyat gibi sınırlamalar yapılmasından farklılığı ise; öngörülen yükümlülüğün doğrudan satın alınan mal veya hizmete ilişkin olmayıp, büyük olasılıkla hakim teşebbüsün başka bir mal veya hizmetinin sergilenmesi ve reklamının yapılması şeklinde tezahür etmesidir.

²³⁴ “Tying clauses”

²³⁵ Whish/Sufrin, sh.608; Korah, sh.93; Kintner, sh.47 vd.

²³⁶ Avrupa Birliği Hukukunda kelepçeleme şartlarına dair ilk olay; Komisyon tarafından IBM hakkında başlatılan soruşturma neticesinde ortaya çıkmış; fakat bu soruşturma IBM’ in söz konusu uygulamayı sona erdirmesi ile karar aşamasına gelmeden kapanmıştır. Bu konudaki ilk karar ise Hilti davasında verilmiştir (Hilti-Komisyon, dava (T-30/89),(1991), 2 ECR. 1439 (1992), 4 CMLR. 16). Söz konusu davaya esas oluşturan olay ise, çivi tabancası, kartuşu ve çivi üreten, ve tabancalar ile bunların patentli kartuşları bakımından hakim durumda bulunan Hilti, çivi tabancalarının kullanılması için kendisinden kartuş talep eden müşterilerine, ancak belirli bir miktar çivinin de kendisinden alınması şartıyla kartuş sağlamaktaydı. Komisyon bu uygulamayı bağlama şartı olarak kabul ederek, Hilti’yi hakim durumunu kötüye kullanmaktan ötürü 6 milyon ECU ödemeye mahkum etti. IDM bu kararı onarken, Hilti’nin itirazları üzerine, öncelikle bu malların bütün olarak mı, yoksa ayrı ayrı mı değerlendirileceği üzerinde durmuş ve üç ayrı mal piyasasının bulunduğu belirleyerek, fikri mülkiyet haklarını ihlal etmediği sürece, herkesin, başkaları tarafından üretilen cihazlarda tüketilmek üzere kullanılacak mallar üretebileceğine karar vermiştir. Ayrıca Hilti’nin güvenlik standartları ve müşterilerine karşı özen yükümlülüğü bulunduğu ilişkin iddiaları da, bu husustaki asgari kriterlerin çeşitli mevzuatlarla belirlendiği ve dolayısıyla bu tip gerekçelerin objektif olarak haklı görülemeyeceği nedeniyle reddedilmiştir.

Bu konudaki diğer bir önemli karar ise 2. Tetra Pak davasında verilmiştir (Tetra Pak 2, OJ. (1992), L-72/1 (1992), 4 CMLR. 551). Söz konusu davaya esas oluşturan olayda ise; Tetra Pak’ın alıcılarıyla yaptığı sözleşmelerde, kendi karton doldurma makinelerinde kullanılacak olan karton paketleme malzemelerinin münhasıran kendisinden alınması mecburiyeti getiren kayıtlar öngörmesi, Komisyon tarafın “bağlama şartı” olarak nitelendirilmiş ve 86. madde anlamında kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir. Tetra Pak’ın, bu kayıtlarla karton doldurma makinelerinin daha randımanlı ve güvenli şekilde çalışmasını sağlayacak olan malzemelerin kullanılmasının amaçlandığına ve sistem içindeki çıkabilecek bir hata neticesinde, üretici açısından sorumluluğunun tespitinde ortaya çıkabilecek sorunları ortadan kaldırmasının kolaylaştırıldığına dair savunması ise, bu hususta yeterli teknik standartların bulunduğu ve sorumluluğun belirlenmesinde hukuki imkanların elverişli olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

²³⁷ Bellamy/Child, sh. 635

²³⁸ Yine Tetra Pak davasında (Tetra Pak 2, OJ. (1992), L-72/1 (1992), 4 CMLR. 551), Tetra Pak’ın Komisyon tarafından, ayrımcı ve yıkıcı fiyat uygulamalarının yanı sıra, 75 milyon ECU ödemeye mahkum edilmesine yol açan bulgulardan bir tanesi de; Tetra Pak’ın müşterilerle yaptığı sözleşmelerde, garanti süresiyle sınırlı olmaksızın, sattığı karton doldurma makinelerinin satış sonrası tüm servisinin (yedek parça temini dahil) kendisinden sağlanması koşulunu öngörmesi olmuştur. Yine bu konudaki ilginç bir kararda (British Sugar-Napier Brown, dava (L-284/41), OJ.(1988), (1990), 4 CMLR.196); British Sugar’ın, müşterilere teslimi de kapsayan fiyatlandırma politikasının, ilgili piyasaya ek olarak, malın dağıtımını kapsayan tali piyasayı da kendisinde muhafaza etmesine yol açtığı ve bu suretle mal ile birlikte dağıtım hizmetinin de kendisinden sağlanması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle bağlayıcı kabul edilmiş ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Buna benzer bir şekilde CLT davasında

(Centre Belge d'etudes de Marche-Telemarketing-CLT, dava (311/84), (1985). ECR.3261 (1986), 2 CMLR.558), Lüksemburg'da yasal tekel konumunda bulunan CLT'nin, reklam vermek isteyen kimselere, kendisinin belirlediği bir acente veya kendi reklam departmanı ile çalışma yükümlülüğü yüklemesi, hakim durumda bulunduğu piyasaya ek olarak, tali piyasayı da muhafaza etmesine yol açtığı ve başka reklam firmalarının rekabet edebilme imkanını önemli ölçüde kısıtladığı gerekçesiyle kötüye kullanma olarak kabul edilmiştir.

²³⁹ Bellamy/Child, sh.637

²⁴⁰ Budak, sh. 48; krş. Esin Arif, sh.185; aksi gör. Aslan, sh.114,

²⁴¹ Budak, sh.48

²⁴² Bkz. yukarıda III/A

²⁴³ Genel olarak bakıldığında, hakim teşebbüsün rekabete aykırı olarak nitelenen davranışlarını, iki saikle gerçekleştirdiği söylenebilir. Bunlardan ilki, dışlayıcı olarak nitelendirilen ve esasen piyasadaki hakim konumun korunmasını amaçlayan davranışlardır. Hakim teşebbüs bu amaca yönelik olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere pek çok davranışta bulunması mümkündür. Diğer saik ise, ise hakim durumun yarattığı avantajların haksız olarak, yani rekabet ortamında elde edilmesi mümkün olmayacak ölçüde kullanmaktır. Kanun'un özellikle kötüye kullanma olarak nitelendirdiği durumların tamamı, bu iki gruptan birine (ve bazı hallerde her ikisine de) giren hallerin başlıcalarıdır ve bunların özelliklerini yansıtmaktadır. Oysa başka piyasalarda rekabet şartlarına etkiye bulunmak, ayrı bir şekilde kötüye kullanma durumu olarak nitelendirilecek bir durum değildir, zira hakim teşebbüs bu uygulamayı gerçekleştirirken; ya bir dışlayıcı amaç güdecek; ya da kelepçeleme sözleşmeleri gibi haksız bir uygulamada bulunacaktır. Hakim teşebbüsün sadece başka piyasalarda rekabet şartlarını bozmak gibi ayrı bir kötüye kullanma davranışını gerçekleştirmesinde başka bir neden olamaz.

²⁴⁴ CSC davasında hakim durumda bulunan piyasa ham madde piyasaları (nitropropan ve aminobutanol), rekabetin kısıtlandığı piyasa ise, bu ham maddelerden elde edilen ilaca ilişkin son ürün piyasası olmuştur (Commercial Solvents-Komisyon, dava (6&7/73), (1974), ECR. 223,250 (1974), 1 CMLR. 309). Akzo davasında hakim durumda bulunan piyasa organik peroksit, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise benzol peroksittir (AKZO-Komisyon, dava (62/86), (1991), 1 ECR. 3359). Hilti davasında hakim durumda bulunan piyasa çivi tabancaları ve bunların kartuşları, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise çivi piyasasıdır (Hilti-Komisyon, dava (T-30/89), (1991), 2 ECR. 1439 (1992), 4 CMLR.16). British Sugar davasında hakim durumda bulunan piyasa şeker piyasası, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise bunların dağıtımına ilişkin hizmet piyasasıdır (British Sugar-Napier Brown, dava (L-284/41), OJ.(1988), (1990), 4 CMLR. 196). Tetra Pak 2 davasında hakim durumda bulunan piyasa karton doldurma makineleri, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise aseptik doldurma malzemeleri piyasasıdır (Tetra Pak 2, dava L-72/1, OJ. (1992), (1992), 4 CMLR. 551). CLT davasında hakim durumda bulunan piyasa radyo ve televizyon hizmeti piyasası, rekabetin kısıtlandığı piyasa ise televizyon reklamları piyasasıdır (Centre Belge d'etudes de Marche-Telemarketing-CLT, dava (311/84), (1985), ECR. 3261 (1986), 2 CMLR. 558).

²⁴⁵ Avrupa Birliği Hukukunda, bir piyasadaki hakim durumun başka bir piyasada kötüye kullanılmasına ilişkin olarak örnek gösterilebilecek kararların genelindeki ortak özellik;

rekabetin kısıtlandığı diğer piyasanın komşu piyasa, yani hakim konumda bulunan piyasaya malların niteliği bakımından yakın özellikler taşıyan bir piyasa olmasıdır. Buna karşılık, özellikle kelepçeleme sözleşmelerinin bulunduğu kötüye kullanma durumlarında; komşu piyasa özelliği göstermeyen piyasalarda rekabetin zarar görmesi mümkündür.

²⁴⁶ Hakim durumda bulunmak, müşteri ve tüketicileri sömürerek monopol karı elde etmek veya rakipleri dışlayarak rekabet baskısından uzaklaşmak gibi avantajların yanı sıra, bazı şartlar altında gelişim ve ilerleme zorunluluğunun olmadığı rahat bir faaliyet ortamı da sağlayabilir. Bu durum Rekabet Hukuku literatüründe “*rahat yaşam*” (quiet life) olarak adlandırılmaktadır (Whish/Sufrin, sh. 271; Bellamy/Child, sh.640).

²⁴⁷ Ekonomik açıdan değerlendirildiğinde, üretim, pazarlama ve teknolojik gelişme, arzı doğrudan etkileyen faktörler arasındadır. Hakim teşebbüs piyasadaki hakim konumu nedeniyle arzı kontrol altında tutabilmekte ve arzı suni olarak düşürdüğü durumlarda daha yüksek kar elde edebilmektedir. Bir başka deyişle, fiyat arz talep dengesine göre belirlendiğine göre, talepte herhangi bir değişiklik olmaksızın arzın kısıldığı, ya da talepteki yüksek artışa rağmen arzın artırılmadığı durumlarda, teşebbüs piyasadaki arz miktarına etkide bulunmakta ve bu suretle monopol karı elde edebilmektedir. Bu durum, diğer kötüye kullanma hallerinden farklı olarak pasif olarak gerçekleştirilen bir kötüye kullanma uygulamasıdır.

²⁴⁸ Krş. Baykan, Görüşler, sh.54; Smit/Herzog, sh. 270; Akıncı, Eleştiri, sh.56

²⁴⁹ Bu durum özellikle, Devlet tekel ve Devlet tarafından sağlanan imtiyazlı faaliyet alanları veya yatırım maliyetlerinin çok yüksek olduğu iş sahaları bakımından söz konusu olabilir (bir başka deyişle giriş engellerinin yüksek olduğu piyasalarda söz konusu olabilir). Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, üretim, teknik gelişme ve pazarlamanın kısıtlandığı durumların kötüye kullanma olarak kabul edildiği kararlarda, hakim teşebbüs genelde kamu iktisadi teşebbüsü vasfı taşımaktadır. Hatta bu husus bazı yazarlarca, 86. maddenin “b” bendi içerisinde mütalaa edilmesi gereken temel davaların (ki aşağıda bunlar ana hatları ile açıklanmıştır), ayrı bir başlık altında, bu bentten bağımsız bir şekilde değerlendirilmesine yol açmıştır (Esin Arif, sh.202 vd.).

Bu kararlardan biri olan Höfner davasına esas olan olayda (Höfner & Elster-Macrotron, dava C.-260/89, (1991), ECR.1979 (1993), 4 CMLR. 306), Almanya’da tekel olarak faaliyet gösteren işçi bulma kurumu (FEO), piyasadaki talebi karşılayamamakta ve bu nedenle fiilen aynı hizmeti yerine getiren fiili birtakım özel iş ve işçi bulma acentaları faaliyet göstermekteydi. Bu acentalardan biri, yerine getirdiği bir hizmetin karşılığını alamadığından dolayı mahkemede eda davası açmış ve karşı taraf, bu acentaların hukuka aykırı olarak hizmet verdiklerini ve bu nedenle hukuken borcun söz konusu olmadığını iddia etmiştir. RA.’nın 177 maddesi nedeniyle dava önüne gelen Adalet Divanı ise, FEO’nun açık bir şekilde verimsiz çalıştığını ve piyasadaki talebi karşılayamadığını belirterek, bunun 86. madde anlamında kötüye kullanma teşkil ettiğine karar vermiş ve bu şartlar altında, başka teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenemeyeceğini belirtmiştir (Arif Esin, söz konusu davada sadece hakim durumda bulunmanın hukuka aykırı olarak nitelendirildiğini kabul etmektedir. Kanımızca bu görüşe katılma imkanı bulunmamaktadır. -Esin Arif, sh.204)

Bu hususta örnek olarak gösterilebilecek bir diğer karar, Genova davasında verilmiştir (Merci Convezionale Porto di Genova-Siderirgica Gabrielli, dava (C-179/90), (1991),

ECR. 1-5889). Söz konusu olayda, Genova limanında yükleme ve boşaltma işlemlerinin görülmesinde ulusal hukuk bakımından inhisari hakları olan Mercı adlı özel teşebbüs, bünyesinde baş gösteren bir grev neticesinde liman hizmetlerini gereği gibi yerine getirememiş ve bu durum yükünü boşaltamayan Siderurgica'nın tazminat talep etmesine sebep olmuştur. RA.'nın 90. maddesinin yorumu nedeniyle dava önüne gelen Adalet Divanı, faaliyeti görenin inhisar hakları olmasının, somut olay bakımından 86. maddenin uygulanmasını engellemeyeceğini ifade ettikten sonra, Mercı'nın teknolojisinin çok eski olduğunu, bu durumun aşırı fiyatlandırmaya ve liman hizmetlerini verimli biçimde işleyememesine neden olduğunu ve ayrıca ayırıcı uygulamaların bulunduğuna dair kanıtların var olduğunu belirterek, Mercı'nın hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir (Bkz Whish/Sufrin, sh.332,333).

²⁵⁰ Özellikle Türkiye gibi sık biçimde ekonomik kriz yaşayan veya devamlı ekonomik kriz tehdidi bulunan bir Ülkede, üretim, pazarlama veya teknik gelişmenin kısıtlandığı her durumun kötüye kullanma değerlendirilmesi güçtür. Zira bu gibi durumların yaşandığı dönemlerde piyasadaki talep doğal olarak düşecek ve hakim teşebbüs arzın büyük bir bölümünü kontrol ettiğinden ötürü, talepteki dalgalanmalara doğrudan tepki vererek, üretim veya pazarlamayı kısımlayacaktır.

²⁵¹ Teknolojiden farklı olarak, üretim ve pazarlamaya ilişkin kararlar piyasadaki değişimlere kısa dönemde cevap verecek şekilde uyarlanabilirler. Bu itibarla bu faaliyetlere ilişkin olarak, daha sık ve hissedilebilir derecede farklılıklar ve dolayısıyla kısıtlamaların ortaya çıkması mümkündür.

²⁵² Bu hususta bir kıstasın verilmesi güç olmakla beraber; kamunun vicdanın rahatsız edecek şekilde hakim teşebbüsün faaliyetlerini aksatması, arzı veya pazarlamayı kısımlayarak fiyatların suni şekilde yükselmesine yol açması (karaborsa fiyatı), hizmetin görüldüğü iş ortamındaki teknolojiyi iş güvenliği ve sağlığını tehdit edecek düzeyde olması gibi hallerde hakim teşebbüsün pasif davranarak 6. madde anlamında kötüye kullandığını söylemek mümkün olabilir. Kanımızca bu düzenleme, özellikle kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetleri bakımından uygulama alanı bulacaktır.

²⁵³ 86. maddenin a bendi, sadece aşırı fiyatları değil, hakim teşebbüsün sömürücü nitelikteki diğer ticari koşulları empoze etmesini de hukuka aykırı kabul etmektedir. Genel olarak sözleşme niteliği ilgisi olmayan ve karşı tarafın ticari özgürlüğünü kısımlayan şartlar, hakim teşebbüs tarafından dayatıldığı takdirde, kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Görüldüğü üzere bu hükmün 86. maddenin "d" bendi (RKHK. md.6/d) ile büyük benzerliği bulunmaktadır (bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Aslan AT., sh.245,246).

²⁵⁴ Avrupa Birliği Hukukunun ulusal üstü niteliğine bağlı olarak, tek pazar ve malların serbest dolaşımı hedeflerinin gerçekleştirilmesinde bir engel oluşturduğu kabul edilen ithalat ve ihracat sınırlamaları, 86. maddenin "b" bendi kapsamında kötüye kullanma durumu olarak değerlendirilmektedir. Buna göre hakim teşebbüsün, ülkeler arasındaki ticareti engelleyen ve başka ülkelere ithalatı veya başka ülkelere ihracatın kısımlanmasına yol açan şartlar empoze etmesi, hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir (bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Aslan, AT., sh.251,252; Whish/Sufrin, sh.46,276).

²⁵⁵ "Excessive pricing"

²⁵⁶ Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, aşırı fiyatlara ilişkin çekişen bir yaklaşım egemen olmakla beraber, bu hususa örnek teşkil edebilecek çeşitli kararlar verilmiştir. Bunlardan ilki, General Motors davasında verilmiştir (General Motors Continental NV, dava (L-29/14), OJ. (1975), 1 CMLR. D.20). Söz konusu karar Adalet Divanı tarafından yeterli delil bulunmadığından dolayı bozulmuş olsa da, hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından sağlanan hizmetlerin ekonomik değeri ile, bunların fiyatları arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması halinde, bu fiyatlamının kötüye kullanma teşkil edebileceği ve bu farklılığın belirlenmesinde de, eş değerdeki hizmet ve eş düzeydeki fiyatlar bakımından karşılaştırma yapılabileceği Adalet Divanı tarafından ifade edilmiştir. Bu hususta daha sonra verilen United Brands kararı da (Re United Brands Co OJ (1976) L-95/1, (1976) 1 CMLR D28), aynı General Motors kararı gibi Adalet Divanı tarafından bozulmuş, buna karşılık aşırı fiyatlandırmanın kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceği hususu netlik kazanmıştır. Komisyon Chiguita muzlarının üye ülkelerde farklı fiyatlardan satıldığını ve bu fiyatlar arasındaki farkın, bazı ülkelerde %100'e vardığını belirtmiş ve üye ülkeler ve ayrıca diğer marka muzlarla arasındaki farklılıklardan yola çıkarak aşırı fiyatlandırmayı belirlemeye çalışmıştır. Bu kıyaslamada İrlanda baz alınmış ve burada UBC'nin karlı bir faaliyet gösterdiği varsayılarak, ülkeler arasındaki fiyat farklılığının aşırı fiyatların göstergesi olduğu ve malın ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul ölçülerin dışına taşan bir fark bulunduğu takdirde, bunun kötüye kullanma sayılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yine bu konuda bir Fransız mahkemesinde açılan dava neticesinde, RA'nın 177. maddesi vasıtasıyla görüş bildiren Adalet Divanı (ön karar usulü), cenaze hizmetleri sağlayan bir teşebbüsün uyguladığı fiyat tarifelerini değerlendirirken maliyet analizini şart koşmamış ve aynı hizmeti sağlayan başka teşebbüsler ile yapılacak olan karşılaştırmalı fiyat analizinin, aşırı fiyatlandırmanın belirlenmesinde yeterli saymıştır (Corinne Bodson-Pompes Funebres, dava (30/87), (1988), ECR. 2479 (1989), 4 CMLR. 984). Yine Fransız mahkemelerinde açılan bir dava nedeniyle görüş bildiren Adalet Divanı, fiilen monopol konumunda olan eser sahipleri meslek birliğinin, diskoteklere karşı uyguladıkları telif ücretlerinin haksız (aşırı) olup olmadığını değerlendirirken, meslek birliğinin ileri sürdüğü yüksek maliyetleri dikkate almamış ve bunun, ilgili piyasada rekabet olmamasından kaynaklandığını, söz konusu meslek teşebbüsünün bu maliyetleri indirme gayreti içinde olmadığını belirterek, başka ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüslerle fiyatların kıyaslamalı analizini dikkate almıştır. (Ministere Public-Tournier, dava (395/87), (1989), ECR. 2524 (1991), 4 CMLR. 248).

Monopol kar elde etmeye yönelik olmayıp, daha çok paralel ithalatı engelleme ve marka içi rekabeti koruma amacıyla uygulanan bir haksız fiyatlandırma davasında Komisyon, fiilen hakim konumunda bulunan bir teşebbüsün, İngiltere'ye ithal edilecek olan British Leyland arabalarının İngiltere'de kullanılabilmesi için gerekli olan onay sertifikalarının sağlanması hususunda 150 sterlin ücret talep etmesini, sunulan hizmet ile bunun ekonomik değeri arasında orantılılık bulunmadığından dolayı haksız fiyat olarak nitelendirilmiştir (British Leyland, dava (L-207/11), OJ.(1984), 3 CMLR. 92). Bu davalardaki ortak özellik, haksız fiyat olarak nitelenen uygulamanın mal sektöründen çok hizmet sektöründe yer alması ve hakim teşebbüsün genellikle monopol konumunda bulunan bir teşebbüs olmasıdır.

²⁵⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Whish/Sufrin, sh. 491; vd. Korah, sh.95 vd.

²⁵⁸ Lipsey/Steiner/Purvis, sh.262 vd.

²⁵⁹ Whish/Sufrin,sh.491,492; Korah, sh.97,98; Aslan, AT., sh.237; Green/Robertson, sh.468

²⁶⁰ Kanunu hazırlayan komisyon içerisinde de, aşırı fiyatlara ilişkin bir hükme yer verilip verilmeyeceği tartışma konusu olmuş ve bu hususta Amerikan Hukukunun yaklaşımı daha ağır basmıştır (bkz. Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, tartışmalar, İstanbul,1993, sh.67,68)

²⁶¹ Aksi gör, DPT., sh.34

²⁶² Kanun'un sistemi genel olarak değerlendirildiğinde, 4. maddenin birden fazla teşebbüsün danışıklı olarak rekabeti sınırlamaları durumunu, 6. maddenin ise hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenlediğini ve dolayısıyla farklı amaçlara hizmet ettiği söylenebilir. Bununla birlikte, her ne kadar 4. madde teşebbüslerin birlikte gerçekleştirdikleri davranışları (veya daha doğru bir ifadeyle mutabakatları) düzenliyor ise de, aslında bunun temelinde birden fazla teşebbüsün ortak bir takım amaçları gerçekleştirmek üzere (rekabeti sınırlama amacı-kartel anlaşmaları) bir araya gelerek tek bir teşebbüs gibi hareket etmesi ve bir anlamda tekel yani monopol gücünü elde etmesi varsayımı yatmaktadır. Bir başka anlatımla, 4. madde, her somut olay için değil fakat kapsamı itibarıyla pek çok olay için, bağımsız teşebbüslerin ticari anlamdaki bağımsızlıklarından tam anlamıyla vazgeçmeksizin (aksi halde birleşme veya devralma olarak nitelendirilir), rekabeti sınırlanması ortak amacı etrafında birleşmesi ve bu ortak amacın, tekel benzeri bir güç olarak davranması halini düzenleme altına almaktadır. Örneğin yatay olarak fiyat tespiti yapan teşebbüslerin, tespit ettikleri yüksek fiyatı başarıyla uygulayabilmeleri ve tekel karı olarak nitelendirileceğimiz haksız kazancı elde etmeleri, bu teşebbüslerin piyasaya hakim olmalarına veya piyasa fiyatına kırabilecek güçte bir başka teşebbüs bulunmamasına ya da giriş engellerinin yüksek olmasına bağlıdır. Dolayısıyla burada bir anlamda söz konusu olan birlikte hakim durumdan başka bir şey değildir. İşte bu anlamda 4. maddede fiyatlarla ilgili örnek hale yer verilmişken, 6. maddede buna yer verilmemesi ve ayrıca yer verilmemesinin de olumsuz bir şekilde yorumlanması, Kanunun sistemi ile bağdaşmamaktadır. Üstelik Rekabet Kurumu'nun yayınlamış olduğu tek elden dağıtım (md.6/d), franchising ve motorlu araçların dağıtımına (md.8/c) ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde de, aşırı fiyat uygulamalarının muafiyetin geri alınmasının nedeni olarak öngörülmesi karşısında, 6. maddenin aşırı fiyat uygulamalarını kapsamadığını ileri sürmek mümkün olmamaktadır.

²⁶³ Bkz. Birinci Bölüm/§2/II/C

²⁶⁴ Hakim teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada görünürde bir giriş engeli olmasa dahi, söz konusu piyasaya yapılacak olan yatırımın yüksek teknik nitelikler gerektirmesi, faaliyete geçmenin uzun süreler alması ve faaliyetin önündeki doğabilecek bir takım fiili engeller, hakim teşebbüsün bu dönem boyunca hakimiyetini korumasına ve tekel karı (monopoly profit) elde edebilmesine olanak verir. Ayrıca ekonomi teorilerinin ürettiği varsayımlar, rasyonalite ve ihtimallere dayalıdır. Pratikte ise, ilgili piyasada kar marjları yüksek olsa bile, bu durum hakim teşebbüs tarafından gizlenebilir, başka sebeplerden ötürü bilinmeyebilir veya bilinse bile bu piyasaya ilgi duyulmayabilir. Bu itibarla bilimsel gerçeklere dayanmak her zaman doğru sonuçlara götürmeyebilir.

²⁶⁵ Her ne kadar dışlayıcı uygulamalar rekabet kuralları tarafından hukuka aykırı kabul edilse de, bu durum, bu neviden uygulamaların tamamen önlenmesi anlamına

gelmez. Zira doğrudan rakipleri hedef almayan ve özellikle piyasaya yeni gireceklere karşı uygulanan dışlayıcı uygulamaların tespit edilmesi oldukça güç bir meseledir. Bu itibarla dışlayıcı uygulama yapan ve bunda başarılı olan bir teşebbüs, kolaylıkla aşırı fiyatlandırmaya gidebilir ve hakim durumunu kötüye kullanabilir.

²⁶⁶ Buna karşılık Türk Rekabet Hukuku bakımından aşırı fiyatlandırmanın tespitinde, fiyatlarla ilgili uygulamaların tümünde (yıkıcı fiyatlar, ayırıcı fiyatlar vs..) ortaya çıkabilecek bir sakıncanın da dikkate alınması gerekir. Ekonomide yaşanan yüksek enflasyon, hangi fiyatın aşırı ve haksız olduğunun belirlenmesinde yanıltıcı olabilir. Üstelik fiyat artışlarının sektörlere, bölgelere ve dönemlere eşit biçimde dağılmaması, aşırı fiyatın tespit edilmesinde yukarıda belirtilen zorlukları artıracaktır.

§3- Birleşme ve Devralmalar

I- Genel Olarak

Ticari hayatta faaliyet gösteren teşebbüslerin, karlarını artırmak, daha verimli olmak veya piyasadaki konumlarını sağlamlaştırmak gibi çok çeşitli amaçlarla, başka bir teşebbüs veya teşebbüslerle kalıcı olarak bir araya gelmeleri, ekonomik açıdan olağan bir durumdur. Üstelik son yıllarda ortaya çıkan globalleşme ve bunun getirdiği küresel rekabet olgusu, teşebbüsleri, dış piyasaların çetin rekabet koşullarına dayanabilmek amacıyla bir araya gelmeye zorlamakta ve bunun sonucu olarak pek çok sektörde, “*şirket evlilikleri*”¹ ve benzeri kurumsal birliktelikler yoğun olarak yaşanmaktadır.

Teşebbüsleri kurumsal bir yapı içerisinde kalıcı olarak bir araya gelmeye teşvik eden ve hatta bazen zorlayan, pek çok ekonomik ve sosyal nedenin bulunduğu söylemek mümkündür. Örneğin ekonomik açıdan birleşme, genel olarak daha fazla güç ve rekabet avantajı anlamına gelmektedir. Birleşme sonrasında yaşanan kapasite artışı, bazı mallar açısından en verimli üretim biçimini ifade eden ölçek ekonomisine² ulaşılmasını ve bu sayede en ucuz üretimin yapılmasını sağlar³. Bunun yanı sıra birleşme sonrasında artan teknik bilgi ve finans olanakları, farklı yatırım alanlarına ve de özellikle yüksek yatırım harcamaları gerektiren sektörlere girişleri kolaylaştırır. Bu durum, yüksek teknik bilgi ve parasal kaynak gerektiren araştırma-geliştirme (*ar-ge*) faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi açısından da geçerlidir⁴. Ayrıca özellikle dikey birleşme ve devralmalar, etkin bir dağıtım ağının kurulması ve verimliliğin artırılmasında önemli bir vasıta olarak görülebilir⁵.

Birleşme ve devralmaların ulusal veya uluslararası çapta gerçekleşmesinin de, makro boyutta farklı etki ve yararları bulunmaktadır. Ulusal çapta gerçekleştirilen birleşmeler, yerli teşebbüslere dış piyasalarda daha iyi rekabet edebilme imkanı sağlarken⁶; uluslararası platformda gerçekleşen birleşmelerin ülke ekonomisine, yabancı sermaye girişi, yeni istihdam alanları yaratılması, teknoloji transferi ve ihracat artışı gibi çeşitli faydaları⁷ bulunmaktadır⁸. Ayrıca kriz dönemlerinin yarattığı ekonomik durgunluk ve buna bağlı şirket iflaslarının önüne geçilmesinde, birleşme ve devralmalar önemli bir vasıta olarak görülmektedir. Bu faktörlerin, rekabet politikasının belirlenmesinde ve bu bağlamda birleşmelere karşı izlenecek olan yaklaşımın tercihinde etkili olduğunu söylemek mümkündür⁹.

Teşebbüsler arasında kurulan yapısal birliktelikler, yukarıda ifade edilen yararlarına karşılık, piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz birtakım etkiler doğurabilirler. Zira birleşme sonrasında genellikle herhangi bir kapasite artışı olmamakta, buna karşılık, piyasada ekonomik faaliyet yürüten süje sayısı; dolayısıyla da rekabet azalmakta ve iktisadi yoğunlaşma artmaktadır¹⁰. Özellikle

ilgili piyasadaki payı yüksek olan (rakip) teşebbüsler arasında gerçekleşen birleşmeler, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin zayıflamasına ve piyasadaki rekabetin hissedilir ölçüde azalmasına yol açabilmektedir¹¹. Öte yandan dikey bazdaki birleşme ve devralmalar, bir yandan ilgili teşebbüse dağıtım ve sürüm kolaylığı sağlarken, diğer yandan, ilgili piyasa için önemli bir giriş engeli oluşturma tehlikesi taşımaktadır¹². Ayrıca ekonomik gücün kalıcı olarak belirli merkezlerde yoğunlaşmasının, sadece ekonomik düzen değil, sosyal ve siyasal yaşam üzerinde de olumsuz etkilerinin bulunduğu bilinen bir gerçektir¹³.

İşte bu nedenlerle, Rekabet Hukuku mevzuatlarında piyasada rekabetin azalması sonucunu doğuran teşebbüsler arasındaki kalıcı birlikteliklerin kontrolüne ilişkin düzenlemeler öngörülmektedir. Bu bağlamda, bir teşebbüsün (veya daha fazla teşebbüsün) başka bir teşebbüsü ele geçirmesi, iki bağımsız teşebbüsün yeni bir teşebbüs bünyesinde birleşmesi veya ortak girişim (*joint venture*) benzeri başka türlü kurumsal birliktelikler meydana getirilmesi, rekabet makamlarınca denetim altında tutulmaktadır. Bu tip birliktelikler, yukarıda sayılan yararlarının bir sonucu olarak, “*per se*” yasaklanmamakta, ancak belirli şartlar altında rekabet açısından zararlı etkileri bulunduğu kabul edilerek, esnek düzenlemeler vasıtasıyla kontrol edilmektedir.

Bu amaca yönelik olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen hüküm, 7. maddede “*birleşme ve devralmalar*” başlığı altında yer almaktadır. Oldukça uzun bir şekilde kaleme alınmış olan bu hükme göre, “*Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması*” hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir.

Hükümün ikinci fıkrasında ise, “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul’un çıkaracağı Tebliğlerle ilan edileceği*” ifade edilmiş ve birleşmelerin denetiminde, Rekabet Kurulu’nun münhasıran yetkili olduğunu öngörülmüştür. Rekabet Kurulu ise, bu hükme dayanarak 12.7.1997 tarihinde, “*Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ*” yayınlamış¹⁴ ve hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurulu’na bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit etmiştir.

Birleşme ve devralmalara ilişkin olan 7. madde hükmü en genel anlamıyla piyasa yapısını kontrol etmeyi amaçlayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin altında yatan temel düşünce, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önüne geçilmesi ve piyasada yapısal değişime neden

olan iktisadi yoğunlaşmanın engellenmesidir. Rekabet Hukuku bakımından önemli olan, piyasalarda çok sesliliğin korunması ve ticari karar alma inisiyatifinin belirli merkezlerde toplanmasının önüne geçilmesidir. Dolayısıyla hukuki görünümü nasıl olursa olsun, iktisadi gücün kurumsal biçimde yoğunlaşması yoluyla piyasadaki rekabetin azalmasına neden olan her türlü kalıcı birliktelik, teorik olarak 7. madde kapsamında değerlendirilebilir.

Kanun'un 7. maddesi hükmü yakından incelendiğinde, bu amaca yönelik olarak iki farklı düzenlemeye bir arada yer verildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi, diğeri ise bir teşebbüsün¹⁵, bir başka teşebbüsü kontrol altına alacak şekilde devralmasıdır. Bunların dışında, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ'de, "*ortak girişimler*" (joint-ventures) de birleşme kapsamında değerlendirilmiştir. Rekabet Hukuku bakımından iktisadi yoğunlaşmanın en üst düzeyini ifade eden bu tip birliktelikleri ifade etmek üzere, genel olarak "*konsantrasyon*"¹⁶ veya "*birleşme*"¹⁷ gibi farklı terimler kullanılmaktadır¹⁸.

Avrupa Birliği Hukukunun temelini teşkil eden Roma Antlaşması'nda ise, Paris Antlaşması'nın aksine¹⁹, "*konsantrasyon*" veya "*birleşme*"lere ilişkin herhangi bir açık düzenlemeye yer verilmemiş ve bu durum, konsantrasyonların denetimi hususunda 85 ve özellikle 86. maddelerin ne ölçüde uygulanabilirliği tartışmasını beraberinde getirmiştir²⁰. Komisyon, ilk yıllarda konsantrasyonlar hakkında yayınlamış olduğu memorandumunda, konsantrasyonlara ilke olarak sadece 86. maddenin uygulanabileceğini belirtmiş ve piyasadaki yapısal değişikliklere yol açan yoğunlaşmaların 85. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.²¹ Buna karşılık daha sonraki yıllarda, sadece 86. değil; bazı şartlar altında 85. maddenin de uygulanabileceğine ilişkin kararlar verilmiştir²². Bu karar ve uygulamalara rağmen, genel olarak 85. ve 86. maddeler vasıtasıyla getirilmeye çalışılan çözümler, konsantrasyonların denetlenmesinde hiçbir zaman yeterli görülmemiş²³ ve Komisyon 1973 yılından itibaren sürdürdüğü çalışmaları; özellikle teşebbüslerden gelen baskıların da etkisiyle²⁴, "*Teşebbüsler Arası Konsantrasyonların Kontrolü Hakkındaki Tüzüğü*" hazırlamak suretiyle ancak 1989 yılında sonuçlandırabilmiştir²⁵. Bundan dolayıdır ki, Amerikan Hukukunun aksine²⁶, Avrupa Birliği Hukukunda konsantrasyonların denetimine ilişkin zengin bir içtihadın bulunduğuunu söylemek güçtür.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili Tebliğ'de açıkça ifade edilmemekle beraber, 7. maddenin uygulanmasında merkezi öneme haiz olan kavramın; "*konsantrasyon*" olduğunu söylemek mümkündür. Kanımızca 7. madde ve Tebliğ'de öngörülen hallerin tümünü konsantrasyon başlığı altında toplamak mümkündür. Dolayısıyla nasıl bir görünüm altında olursa olsun, 7. maddenin tatbik edilebilmesi için, öncelikle teşebbüsler arası bir birlikteliğin, konsantrasyon vasfına haiz olması gerekmektedir. Bu itibarla 7. maddenin uygulanma şartlarına geçmeden önce, kavramsal olarak konsantrasyonun neyi

ifade ettiğinin, türlerinin ve görünümünün belirlenmesi önem arz eder. Bu belirlemede ise, özellikle ortak girişimler nedeniyle, 4. madde anlamındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarla olan benzerliklerin ve farklılıkların açığa çıkarılması büyük önem taşımaktadır. Ayrıca Türk Hukukunda, konsantrasyona yol açabilecek nitelikteki çeşitli ilişkilere ait hukuki düzenlemelerin belirtilmesi de, bu birleşme ve devralma terimlerinin kavramsal çerçevesinin çizilmesinde fayda sağlayacaktır. Bir birlikteliğin konsantrasyon olarak nitelendirilmesinin akabinde ise, 7. madde anlamında bir konsantrasyonun ne zaman hukuka aykırı olduğunun belirlenmesi gerekir.

II- Konsantrasyon

A) Kavram

“*Konsantrasyon*” terimiyle genel olarak ekonomik yoğunlaşma olgusu kastedilir. Bununla birlikte her türlü ekonomik yoğunlaşma, Kanun’un 7. maddesi anlamında “*konsantrasyon*” olarak nitelendirilemez. Örneğin ekonomik yoğunlaşma kapsamı içerisinde mütalaa edilebilecek olan 4. madde anlamında karteller²⁷, burada bahsi geçen konsantrasyon kavramının dışında kalır. Bu açıdan, 7. madde anlamında konsantrasyon kavramının daha dar bir anlamı vardır. Öte yandan 7. madde anlamında konsantrasyon kavramı, hukuki birleşmelerden daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Bu nedenle konsantrasyon kavramının tam olarak neyi ifade ettiğini belirlemek gerekir. Fakat hemen belirtelim ki, özellikle ortak girişimlerin de bu kavram içerisinde mütalaa edilmesi, bu kavramın tanımlanmasını güçleştirmektedir²⁸.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, ekonomik karar alma gücünün, bir başka deyişle iktisadi kontrolün, teşebbüsler arasında el değiştirerek belirli merkezlerde yoğunlaşması ve bu durumun, ilgili piyasada rekabet süjelerini azaltacak şekilde yapısal değişikliklere yol açması “*konsantrasyon*” olarak nitelendirilmektedir²⁹. Daha farklı bir ifadeyle, teşebbüsler arasındaki birlikteliklerin sürekli, bağımsız ve kurumsal nitelik göstermesi ve bunun piyasadaki “*aktüel*” ve “*potansiyel*” rekabetin azalması sonucunu doğurması halinde, 7. madde anlamında bir konsantrasyondan bahsetmek mümkündür.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ve ilgili Tebliğ’in aksine, Avrupa Birliği Hukukunda konsantrasyonların denetimine ilişkin olarak çıkarılan Tüzük’te, konsantrasyonun tanımına yer verilmiş ve daha sonra çıkarılan Komisyon duyurularında da³⁰ bu tanım temel alınmıştır. “*Kontrol*” kavramının belirleyici rol oynadığı bu tanıma göre, ilgili teşebbüslerin yapılarında kalıcı ve sürekli değişikliklere yol açan işlemler, şekli dikkate alınmaksızın konsantrasyon olarak kabul edilmekte ve piyasada konsantrasyona yol açan bir ilişkinin tespit edilmesinde, 85. madde anlamında teşebbüsler

arasında rekabetin koordinasyonu amacını taşıyan işlem ve davranışlarla yapılan kıyaslama özellikle dikkate alınmaktadır³¹. Şüphesiz bu kıyaslama, hukuki anlamdaki birleşmeler açısından değil, konsantrasyona yol açabilecek ortak girişimlerin belirlenmesinde önem taşımaktadır³².

B) Türleri

Doktrinde³³, konsantrasyona yol açan sözleşmeler, rekabet üzerinde yaratacağı etki bakımından sınıflamaya tabi tutulmakta³⁴ ve bu çerçevede konsantrasyonlar, “yatay”, “dikey” ve “karma” olmak üzere üç ayrı kategoriye ayrılmaktadır³⁵. Bu sınıflama, 4. madde kapsamındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda olduğu üzere, ekonomik sürecin aşamalarını dikkate aldığı gibi; faaliyette bulunulan piyasaları da göz önünde tutmaktadır³⁶.

1- Yatay Konsantrasyon

Rekabet Hukukunda, ilgili mal piyasasının aynı aşamasında faaliyet gösteren veya bir başka deyişle, birbirleriyle doğrudan rekabet halinde olan teşebbüsler arasındaki kurumsal birliktelikler, “yatay konsantrasyon”³⁷ olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, aynı malın üretimi veya aynı malın dağıtım aşamasında, kısaca ekonomik faaliyetin aynı düzleminde faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin birleşmeleri, yatay konsantrasyon olarak kapsamında değerlendirilmektedir. Şüphesiz birbirleriyle rekabet halinde olan ve rakip konumda bulunan teşebbüsler arasında yaşanan bir birleşme, rakip sayısında azalmaya neden olduğu gibi, bir araya gelen teşebbüslerin azalma nispetinde büyümesine ve dolayısıyla ilgili piyasadaki rekabetin kısıtlanmasına neden olacaktır. Bu itibarla genel olarak dikey ve karma konsantrasyonlarla karşılaştırıldığında, yatay konsantrasyonların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin daha fazla olduğu kabul edilmekte³⁸ ve Rekabet Hukuku uygulamalarında bu tip konsantrasyonlara karşı daha katı bir yaklaşım sergilenmektedir³⁹.

Teorik olarak bu değerlendirmeler doğru olmakla beraber, bazı hususların da altının çizilmesi gerekir. Zira bazı hallerde piyasanın gösterdiği yapısal özellikler, yatay konsantrasyonların rekabet açısından zararlı değil, aksine yararlı sonuçlar meydana getirmesini sağlayabilir. Somutlaştırmak gerekirse, oligopol piyasasında faaliyet gösteren küçük çaptaki teşebbüslerin birleşmeleri, bir taraftan piyasadaki teşebbüslerin sayısında bir azalmaya yol açmakta, fakat diğer taraftan küçük ölçekli teşebbüslerin büyük teşebbüslere karşı rekabet olanaklarını artırarak, piyasadaki rekabetin gerçek anlamıyla artmasına yol açabilmektedir⁴⁰.

2- Dikey Konsantrasyon

İlgili mal piyasasında, ekonomik sürecin birbirini izleyen aşamalarında faaliyet gösteren ve birbirleriyle rakip konumunda bulunmayan teşebbüsler arasındaki kurumsal birliktelikler, “*dikey konsantrasyon*”⁴¹ olarak adlandırılmaktadır. Örneğin, üretici teşebbüsün dağıtıcı teşebbüsle birleşmesi veya üretici teşebbüsün, hammadde sağlayan teşebbüsü devralması, dikey konsantrasyon teşkil etmektedir⁴². Bu tür bir konsantrasyonla izlenen amaç, ilgili malın üretimi bakımından hammaddenin veya dağıtımı bakımından satış ve pazarlamanın kontrol edilmesidir. Teşebbüsler arasında yaşanan bu tip bir birliktelik, genellikle rekabet açısından zararlı olarak değerlendirilmemekte⁴³, ancak ilgili piyasadaki aktüel ve muhtemel (potansiyel) rakipler için dışlayıcı bir takım etkilere yol açtığı takdirde hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Zira dikey konsantrasyonlar, piyasa yapısında doğrudan bir değişikliğe yol açmadıkları gibi, aynen dikey anlaşmalarda da olduğu gibi, markalar arası rekabetin güçlendirilmesi, daha iyi bir dağıtım ağının kurulması, coğrafi piyasalara girişlerin kolaylaştırması gibi, rekabet açısından olumlu katkılar da sağlayabilirler⁴⁵.

3- Karma Konsantrasyon

Rekabet Hukukunda “*karma konsantrasyon*” deyimiyile⁴⁶, genel olarak birbirleriyle herhangi bir şekilde rakip olmayan ve tamamen farklı mal veya hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleşen kurumsal birliktelikler ifade edilmektedir. Örneğin, ayakkabı üreticisi bir teşebbüsün, bir inşaat firmasını devralması veya sabun üreten bir teşebbüsün, bir restoran zinciriyle birleşmesi, karma konsantrasyon olarak nitelenebilir. Bu tür konsantrasyonlar, teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasalar arasındaki ilişkiye göre, “*ürün genişlemesi*”⁴⁷, “*piyasa genişlemesi*”⁴⁸ ve “*saf*” karma konsantrasyonlar olarak üçe ayrılmaktadır⁴⁹. Bir teşebbüsün, aynı mal piyasasında olmamakla beraber, yakın bir piyasada faaliyet gösteren bir başka teşebbüsle birleşmesi ilk durumu⁵⁰, aynı mal piyasasına dahil olan fakat, başka coğrafi piyasada faaliyet gösteren teşebbüsle birleşmesi ise ikinci durumu ifade etmektedir. Bunların dışında kalan ve faaliyet gösterdikleri piyasalar arasında hiçbir şekilde ilişki bulunmayan teşebbüsler arasında gerçekleşen konsantrasyonlar ise, “*saf karma konsantrasyon*”⁵¹ olarak nitelendirilmektedir.

Doğal olarak karma konsantrasyonların rekabete olan olumsuz etkisi, yukarıda ifade ettiğimiz diğer türlerle kıyaslandığında en alt düzeyde kalmaktadır. Zira böyle bir birlikteliğin, piyasa yapısını doğrudan etkilemesi mümkün olmadığı gibi, dışlayıcı etkiler doğurması ihtimali de oldukça zayıftır. Bu itibarla, genellikle bu tip konsantrasyonların yasaklanması söz konusu

olmamaktadır⁵². Bununla birlikte, Amerikan Antitröst Hukukunda, karma konsantrasyonlara karşı daha ihtiyatlı bir tutum sergilenmekte ve özellikle, konsantrasyona ekonomik açıdan güçlü bir teşebbüsün taraf olması⁵³ ve piyasalardaki muhtemel yoğunlaşma eğilimi gibi faktörler, rekabet üzerindeki olumsuz etkinin gerçekleştiğinin göstergesi olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Ayrıca konsantrasyona taraf olan teşebbüsler arasındaki karşılıklı ticari ilişkilerin de, bazı hallerde dışlayıcı etki yaratarak rekabetin azalmasına yol açabileceği genel olarak ifade edilmektedir⁵⁵.

C) Konsantrasyonların Temel Görünümleri

1- Genel Olarak

Gerek Avrupa Birliği Hukukunda, gerekse Türk Hukukunda, konsantrasyon kavramının tanımından ziyade, temel görünümüne ağırlık verilmiş ve bu bağlamda konsantrasyonların denetimi hakkındaki 4064/89 sy. Tüzük'te ve bunun paraleli niteliğinde olan birleşme ve devralmalar hakkındaki Rekabet Kurumu Tebliği'nde, konsantrasyona yol açtığı kabul edilen durumlar üç ana grupta toplanmıştır. Bunlardan ilki, iki veya daha fazla teşebbüsün "*birleşme*"si, ikincisi bir veya daha fazla teşebbüsün başka bir teşebbüsü kontrol altına alacak şekilde "*devralma*"sı ve sonuncusu da, kendisini vücuda getiren teşebbüslerden bağımsız olarak kurulan "*ortak girişim*" türü yoğunlaşmalardır. Bunların tümünde görülen ortak özellik, ekonomik anlamda bağımsız nitelikte olan teşebbüslerden en az birinin, bağımsızlıktan kısmen veya tamamen vazgeçerek, diğeri ve diğerleriyle ortak bir yönetim altında toplanmasıdır.

İlk bakışta, konsantrasyonun temel görünümüne ilişkin olarak Tebliğ'de belirtilen bu durumlar, konsantrasyon kavramının açıklanması bakımından (teorik ve sistematik açıdan) yeterli gözüküyor olsa da, uygulamadaki iktisadi ilişkilerin gösterdiği karmaşık özellikler, somut olayda teşebbüsler arasındaki ilişkilerin, hangi durum altında inceleneceği sorunu ortaya çıkarabilir. Bunun yanı sıra, Rekabet Hukukunun olaylara olan yaklaşımının hukuki olmaktan ziyade iktisadi temellere dayanması, bu alanda yerleşik kullanımı olan hukuki terimlerde karışıklığa yol açabilir. Ayrıca birleşme ve devralma terimleri arasındaki genellik--özellik ilişkisi⁵⁶, somut olaydaki bir birlikteliğin, Tebliğ'in 2. maddesinin "*a*" ve "*b*" bentlerinden hangisine dahil olacağıın belirlenmesinde güçlük çıkarabilir.

Ancak konsantrasyon kavramının sistematik olarak açıklanması aşamasında ortaya çıkan bu sorunların teorik düzeyde kaldığını söylemek gerekir. Zira bir uygulamanın konsantrasyona yol açıp açmadığının belirlenmesinde, bunun Tebliğ'in 2. maddesindeki hallerden hangisine girdiği, pratik açıdan fazla bir önem taşımamaktadır. Tebliğ, ne yapılacak olan

soruşturma, ne de bunun sonuçları açısından bu bentler arasında herhangi bir fark gözetmemiştir⁵⁷.

Çalışmamızda, bu terimlerin kavramsal olarak neyi ifade ettiği (özellikle Ticaret Hukuku açısından) göz önünde tutularak, Tebliğ'deki sisteme uygun bir ayırıma gidilmiş ve konsantrasyonun temel görünümleri, “birleşme”, “devralma” ve “ortak girişimler” olarak üç gruba ayrılmıştır. Takip eden başlıklar altında, sırasıyla bu kavramların neyi ifade ettiği üzerinde durulacaktır.

2- Birleşme

a) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ve buna dayanarak çıkarılan Tebliğ'in 2. maddesi, “birleşme” kavramından bahsetmiş; buna karşılık bu kavramın tanımına yer vermemiştir. Genel olarak “birleşme” kavramından bahsedildiğinde, ayrı ve bağımsız nesnelere bütünleşmesi, kaynaşması ve tek bir nesne görünümünü alması durumları akla gelmektedir. Rekabet Hukuku bakımından ise, teşebbüslerin bir araya gelerek bütünleşmesi veya kaynaşmasının nasıl gerçekleşeceğinin, sonuçlarının ve benzer hukuki kurumlarla olan ilişkilerinin tespit edilmesi, bu kavramın açıklanması bakımından zaruridir. Fakat öncelikli olarak belirlenmesi gereken, bu kavramın iktisadi mi, yoksa hukuki mi olduğudur. Zira birleşmenin hukuki bir kavram olarak kabul edilmesi halinde, birleşmeye taraf olan teşebbüslerin tek bir hukuki yapı içinde bir araya gelmesi şartı aranacak, iktisadi olarak kabul edilmesi halinde ise, ekonomik olarak tek hakimiyete tâbi olma yeterli sayılacaktır.

Çeşitli vesilelerle daha önce de değinildiği üzere⁵⁸, Rekabet Hukuku kurallarının uygulanmasında temel alınan iktisadi olay ve olgulardır. Amaç iktisadi rekabetin korunması olunca, kuralların uygulanması bakımından da önemli olan, olayın hukuki niteliği veya şekli değil, iktisadi niteliği ve bunun sonuçlarıdır. Bu itibarla birleşme kavramı hukuki değil⁵⁹, iktisadi bir kavramdır ve bu açıdan ele alınması gerekir⁶⁰. Nitekim yukarıda değinildiği üzere konsantrasyon kavramı da, iktisadi kontrolün yoğunlaşmasını temel almakta ve bu yoğunlaşmanın hukuki görünümünü göz ardı etmektedir. Bununla beraber Rekabet Hukukunun uygulanmasında iktisadi olguların hukuki kavramlardan tamamen soyutlanması mümkün olmadığı gibi, esasen böyle bir soyutlama da gerekli değildir. Bilakis teknik-hukuki anlamıyla birleşmenin ne olduğunun belirtilmesi ve kavramlar arasındaki ilişkinin belirlenmesi, Rekabet Hukukundaki birleşmenin kavranmasında önemli fayda sağlayacaktır. Bu itibarla öncelikli olarak Türk Hukukundaki birleşmeye ilişkin hükümlerin ve bu kavramın ne anlama geldiğinin kısaca açıklamak gerekir.

b) Türk Hukukunda Birleşme

Türk Hukukunda, teşebbüslerin birleşmesiyle ilgili olarak düşünülebilecek hükümler genel olarak⁶¹, malvarlığı⁶² ve işletmelerin birleşmelerini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 180. maddesi, kooperatiflerin birleşmelerini düzenleyen Kooperatifler Kanunu'nun 84. maddesi⁶³ ve ticaret ortaklıklarının birleşmelerini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu hükümleridir. Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinde, “*Bir işletme diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları bir mamelekin devralınmasından doğan hakları haiz olup bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler*” denilmektedir⁶⁴. Görüldüğü üzere bu hüküm, hukuki anlamda birleşmenin çerçevesini çizmekten ziyade, birleşen işletmelerin, eski alacaklılara olan borçlarının birleşmeden sonraki akıbetini düzenlemekte ve birleşme kavramını, sadece işletmelerin tek ve yeni bir işletme haline gelerek eski varlıklarını yitirmeleri haline hasretmektedir⁶⁵. Belirtelim ki, işletmelerin bu anlamda birleşmesi, işletmeyi işleten gerçek veya tüzel kişilerin birleşme işlemi öncesi iktisadi anlamda bağımsız surette faaliyette bulunması ve sonrasında da, işletmenin tek bir merkezin yönetimine kalıcı biçimde bırakılması kaydıyla, Rekabet Hukuku anlamında bir birleşme teşkil eder.

Türk Hukukunda birleşmelere ilişkin daha ayrıntılı ve fakat sadece ticaret şirketlerine ilişkin olan diğer düzenlemeler ise, genel mahiyetteki Türk Ticaret Kanunu'nun 146 ve takip eden maddeleri⁶⁶ ile çeşitli ortaklıklara ait özel hükümlerin bulunduğu maddelerdir⁶⁷. Genel olarak bu hükümlerde, birleşme kavramı, devralmayı da kapsayacak şekilde kullanılmış ve bu çerçevede, “*İki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya bir yahut daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketin iltihak etmesi şeklinde*” tanımlanmıştır (TTK md.146). Dolayısıyla Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak⁶⁸, Türk Ticaret Kanunu anlamında birleşme kavramı, yeni ortaklık kurulması⁶⁹ ve devralma yoluyla birleşme⁷⁰ olmak üzere iki ayrı durumu kapsamaktadır. Temel olarak iki durum arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Zira ilk halde yeni kurulan ortaklık birleşen ortaklıkları devralmakta, diğerinde ise mevcut bir ortaklık diğer ortaklık veya ortaklıkları devralmakta ve neticede tek bir ortaklık kalmaktadır.

Birleşme kavramı doktrinde⁷¹, “en az bir ortaklığın, ortaklarının başka bir ortaklığa alınması karşılığında malvarlığı veya işletmesini aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak o ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılması (iltihak, katılma); veyahut en az iki ortaklığın, ortaklarının yeni kurulan bir ortaklığa alınmaları karşılığında malvarlıkları veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle birer bütün olarak bu ortaklığa devrederek tasfiyesiz dağılmaları (yeni ortaklık kurulması yoluyla birleşme) sonucunda, iki veya daha çok ortaklığın tek bir ortaklık durumuna gelmesi” şeklinde tanımlanmaktadır⁷².

Ticaret ortaklıklarının birleşmelerine daha yakından bakıldığında, ortaklıklar arasındaki bir birlikteliğin, Türk Ticaret Kanunu anlamında bir birleşme olarak kabul edilmesinin sıkı koşullara bağlı olduğu görülmektedir. Ticaret Hukukunda bir birleşmeden bahsedebilmek için, ortada aynı neviden⁷³ en az iki ticaret ortaklığının bulunması⁷⁴, bunlardan en az birinin infisah ederek mal varlıklarını veya işletmelerini aktif ve pasifleriyle yeni kurulan bir ortaklığa devretmesi ve dağılan ortaklıkların birleşme esnasındaki ortaklarının, yeni kurulan ortaklığın ortağı sıfatını kazanmaları koşullarının tamamının gerçekleşmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere Ticaret Hukuku anlamında birleşmeler, oldukça dar bir alanı kapsamakta ve sadece hukuki değil, ekonomik ve toplumsal⁷⁵ unsurların da bir araya gelmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu anlamda bir birleşme, ekonomik merkezi yoğunlaşmanın en son aşamasını teşkil eder ve doğal olarak bünyesinde iktisadi anlamda (ve doğal olarak rekabet hukuku anlamında) bir birleşmeyi barındırır⁷⁶.

c) Rekabet Hukuku Açısından Birleşme

Rekabet Hukuku açısından birleşme kavramı ise, yukarıda ifade edildiği üzere iktisadi bir kavramdır ve bu nedenle hukuki anlamdaki birleşmelerden çok daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Rekabet Hukuku anlamında bir birleşmeden bahsedebilmek için, bağımsız nitelikteki iki veya daha fazla teşebbüsün, yeni veya mevcut bir teşebbüs bünyesinde iktisadi anlamda birleşmesi, bir başka deyişle tek bir teşebbüsün iktisadi kontrolü veya hakimiyeti altına girmesi yeterlidir. Şüphesiz bu tanıma bağlı olarak, bağımsız bir hak süjesi olmakla beraber, iktisadi olarak bir ana ortaklığa veya birbirlerine bağımlı olan teşebbüsler (veya ekonomik birimler) arasında yaşanan birleşmeler, Rekabet Hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır⁷⁷. Buna karşılık, hukuki anlamda birleşme sayılmayan, “*ikiz (çifte) ortaklıklar*”⁷⁸, “*konzern*”⁷⁹, “*holding*”⁸⁰, “*ortak girişim*”⁸¹ ve “*tröst*”⁸² gibi, iktisadi bağımsızlıktan vazgeçildiği, fakat hukuki bağımsızlığın korunduğu bağlı işletme ilişkileri⁸³, Rekabet Hukuku açısından “*birleşme*” olarak nitelendirilebilir⁸⁴. Bunun yanı sıra, bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürüten gerçek kişilerin, bir araya gelerek adi ortaklık (sermayeye katılmalı ortak girişim) veya ticaret ortaklığı gibi kurumsal ve kalıcı bir birliktelik oluşturması da, Rekabet Hukuku açısından birleşmeyi teşkil eder⁸⁵. Somutlaştırmak gerekirse, ticari işletme işleten tacirlerin bir araya gelerek kurduğu her türlü ortaklık, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe birleşme kapsamında kabul edilebilir.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, birleşme kavramının kapsamı hususunda tam bir netlik bulunmamakla beraber⁸⁶, bu kavram genel olarak iktisadi açıdan değerlendirilmekte ve hukuki biçimi dikkate alınmaksızın, ekonomik anlamda birleşen ve tek bir teşebbüs görünümü veren her türlü kurumsal birliktelikler, birleşme kavramı kapsamında mütalaa edilmektedir⁸⁷. Şüphesiz bu tanım,

hukuki anlamda birleşmeleri kapsadığı gibi, yukarıda ifade edilen türde bağlı işletme ilişkilerini de içine alır. Burada önemli olan, teşebbüslerin kontrolünün birleşmesi ve ekonomik bağımsızlığın terk edilerek aynı merkezin idaresinin kabul edilmesidir⁸⁸.

Özetle, Kanun'un 7. maddesindeki ilk durum ve Tebliğ'in 1. maddesinin "a" bendi, iktisadi anlamdaki her türlü birleşmeyi kapsamakta ve birleşen teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen değişiklikler konsantrasyon olarak değerlendirilmektedir⁸⁹. Doğal olarak bu tip bir birleşme, bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmesi kaydıyla teknik-hukuki anlamdaki birleşmeleri de içine almaktadır⁹⁰. Ayrıca, "a" bendine göre birleşme olarak değerlendirilen bir durumun, birleşme ve devralma kavramları arasındaki genellik ve özellik ilişkisinin bir sonucu olarak, aynı zamanda "b" bendi içerisinde değerlendirilmesi imkanı da vardır.

3- Devralma

a) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinde öngörülen ikinci konsantrasyon durumu, "*Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin, diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık payının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralmasıdır*". Görüldüğü üzere birleşme kavramından farklı olarak, devralmaya ilişkin durum daha detaylı bir şekilde düzenlenmiş ve devralmanın neyi ifade ettiği, kısmen de olsa belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre devralma, bütünü devri, yani birleşmeyi içine aldığı gibi, bunun dışında kalan, kısmen devir veya yönetim hakkının devri hallerini de kapsamaktadır. Öte yandan Tebliğ'de yer alan paralel hükümde ise, sadece devralmadan değil, bunun yanı sıra bir teşebbüs ya da kişinin, diğer bir teşebbüsü kontrol etmesinden de bahsedilmekte ve dolayısıyla devralmanın yanı sıra, bundan daha geniş (ve daha yerinde) bir kavram olan "*kontrol*" ölçütüne de yer verilmektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar dahi, devralmaya ilişkin bu düzenlemenin hukuki olmaktan çok iktisadi kriterlere ağırlık verdiğini ve hukuki anlamıyla devralmanın, burada ifade edilenlerden daha farklı olduğunu göstermektedir. Bununla beraber aralarındaki ilişkinin kurulabilmesi açısından, Türk Hukukunda teşebbüslerin devrine ilişkin olabilecek çeşitli hükümlerin belirtilmesinde fayda vardır.

b) Türk Hukukunda Devralma

Türk Hukukunda teşebbüslerin devrine ilişkin olarak belirtilebilecek olan hükümler; Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi, Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret ortaklıklarının birleşmesi başlığı altında yer alan, 146, 451, 453 ve 454. madde ve Kooperatifler Kanunu'ndaki 84 ve 85. madde hükümleridir⁹¹. Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi⁹², 180. maddede olduğu gibi, bir işletmenin veya malvarlığının bütün olarak devri halinde, devredilen işletmenin alacaklılarının menfaatlerini koruma gayesi güden bir hükümdür ve dolayısıyla doğrudan doğruya bir “devir” muamelesini düzenleme amacı taşımamaktadır. Söz konusu düzenleme, bir malvarlığının ve işletmenin aktif ve pasifleriyle devredilmesi halinde, devreden ile birlikte devralanın da belirli bir süre müteselsilen sorumlu olacağını öngörmekte ve borcun naklinin özel bir halini teşkil etmektedir⁹³. Ayrıca bu madde anlamında bir devirden bahsedebilmek için, söz konusu işletmenin bütününe yakın bir kısmının devredilmesi gerekmektedir⁹⁴. Burada söz konusu olan işlem, devralan gerçek veya tüzel kişinin Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sıfatını haiz olması şartıyla, 7. madde anlamında bir “devralma” ve hatta aynı zamanda birleşme olarak değerlendirilebilir.

Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler ise, her ne kadar devralma kavramına yer veriyor olsa da, 7. madde anlamındaki devralmadan ziyade, iki veya daha fazla ortaklığın hukuksal, ekonomik ve toplumsal anlamda birleşmelerini düzenlemekte ve bu itibarla, gerek hukuki, gerekse iktisadi anlamda (ve rekabet hukuku anlamında) “birleşme” kavramı, bu tip birliktelikler için daha uygun düşmektedir. Yapılan işlem neticesinde ekonomik bağımsızlığın yanı sıra, hukuki bağımsızlığın da kaybedilmesi ve ortak bir merkezden yönetim, bunların devralma kapsamı dışında kalmasında belirleyici olmaktadır⁹⁵.

c) Rekabet Hukuku Açısından Devralma

ca) Genel Olarak

Rekabet Hukuku bakımından “devralma”, yukarıda ifade edilen anlamıyla devralmalardan farklı ve daha geniş bir kavramdır. Kanun'un 7. maddesi, devralma yoluyla konsantrasyonun gerçekleşebilmesi bakımından üç ayrı unsurun devralınmasından bahsetmiştir. Bunlardan ilki malvarlığının, ikincisi ortaklık payının ve diğeri ise, oldukça geniş bir kapsamı olan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devredilmesidir⁹⁶. Bunlardan ilk ikisi, benzer niteliktedir ve bunların kısmen veya tamamen devredilmesi, 7. maddenin uygulanması bakımından fark yaratmaz. Zira burada önemli olan nokta, bunların ikisini de kapsayan, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri, bir başka deyişle “kontrol”ün el değiştirmesidir. Nitekim konsantrasyon

gerçekleşmesi bakımından belirleyici olan, teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen yapısal değişikliklerdir ve bu nedenle, 7. maddenin amacını en iyi şekilde ifade eden unsur, o veya bu şekilde malvarlığının devri değil, yönetimde hak sahibi olacak araçların devredilmesidir.

Kanun'un 7/1. maddesine dayanılarak çıkarılan Tebliğ ise, devralma kavramını daha da genişleterek, bu belirtilen unsurların devralınmasının yanı sıra, kontrol edilmesini halini de madde kapsamı içine almıştır. Bu bağlamda, malvarlığının veya ortaklık paylarının ya da yönetimde hak sahibi olma imkanı veren araçların kontrolü de 7. madde anlamında devralma kavramına dahildir. Görüldüğü üzere Rekabet Hukuku bakımından devralmadan bahsedebilmek için, mutlaka devre konu olan teşebbüse⁹⁷ ait malvarlığı değerlerinin devredilmesi koşulu aranmamakta, bu teşebbüsün karar alma mekanizmasında etkili olma imkanı veren araçların kontrol edilmesi yeterli görülmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, bu düzenlemelerin karşılığı niteliğinde olan 4064/89 sy. Tüzük'ün md. 3/b. hükmü, daha yerinde olarak, kontrol ve devralma ayırımına yer vermeksizin, sadece "*kontrolün devralınması*" kavramına yer vermiş ve bunun ne şekilde gerçekleşebileceğine ilişkin çeşitli durumlar öngörmüştür. Buna göre, "*Teşebbüsün tamamı veya bir kısmının kontrolünün devralınması, aktif kıymetlerin veya hisse senetlerinin alımı ya da sözleşme vasıtasıyla olabileceği gibi, başka yollardan da gerçekleşebilir*" (md.3.1/b). Bu düzenleme çerçevesinde konsantrasyonun meydana gelmesinde önemli olan, teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen sürekli ve kalıcı el değişiklikleridir. Bunun hangi vasıtalar kullanılarak gerçekleştirildiği ise önem taşımamaktadır.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, Rekabet Hukuku anlamında bir devralmanın tespit edilmesinde belirleyici kriter, başka bir teşebbüs üzerinde sağlanan "*kontrol*"dür. "*Kontrol*", sadece devralmanın değil, konsantrasyon ve teşebbüs kavramının belirlenmesinde de merkezi olan bir unsurdur. Teşebbüslerin iktisadi anlamda bağımsız olmalarından neyin anlaşılması gerektiği, kontrol kavramıyla doğrudan ilgilidir⁹⁸. Bu itibarla, Rekabet Hukukunda merkezi bir kavram olan kontrolün ne anlama geldiği ve hangi vasıtalarla elde edildiğinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

cb) Kontrol

"*Kontrol*" kavramının Rekabet Hukuku bakımından gösterdiği öneme rağmen, Kanun'da herhangi bir şekilde bu kavrama yer verilmemiştir. Buna karşılık md. 7/2 hükmüne dayanılarak çıkarılan Tebliğ, devralmanın yanı sıra kontrol ölçütüne de yer vermiş ve takip eden paragraflarda ayrıntılı sayılabilecek düzenlemeler getirerek, bu kavramın kapsamını ve kontrolün hangi surette elde edilebileceğini açıklamıştır. Buna göre "*kontrol*", "*Ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip*"

haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir” (md. 2/2)⁹⁹.

Bu düzenlemeye göre, bağımsız bir teşebbüs üzerindeki “kontrol”, tek bir teşebbüs tarafından elde edilebileceği gibi¹⁰⁰, birden fazla teşebbüs tarafından müştereken¹⁰¹ de elde edilebilir. Kontrolün elde edilmesinde ise, hukuki veya fiili her türlü vasıta ve araç kullanılabilir, yeter ki hedef teşebbüs üzerinde “belirleyici etki”de bulunabilme imkan ve iktidarı sağlanabilsin. Bir başka ifadeyle, hangi araçlarla sağlandığı nazara alınmaksızın, önceden iktisadi anlamda bağımsız olan bir teşebbüsün sevk ve idaresi üzerinde “belirleyici etki” uygulama imkan ve iktidarının varlığı halinde, kontrolün elde edildiğini söylemek mümkündür. Şüphesiz iktisadi kontrolün elde edilmiş sayılması için, belirleyici etkinin geçici veya kısa süreli olmaması gerekir. Görüldüğü üzere Tebliğ bakımından “kontrol”, hukuki olmaktan çok, iktisadi bir kavramdır. Doğal olarak bu yaklaşım kontrol kavramının kapsamını oldukça genişletmektedir¹⁰².

Tebliğ, kontrolün hangi vasıtalarla elde edilebileceğine ilişkin olarak, malvarlığı değerleri üzerinde mülkiyet, işletilmeye müsait kullanım hakları veya organların oluşumu ve kararlarında etkide bulunabilmeye imkan veren haklar gibi çeşitli araçlar öngörmüş, fakat bu araçları herhangi bir şekilde sınırlamamıştır. Bu bağlamda teşebbüsün yönetiminde belirleyici biçimde etkide bulunabilme koşulunu yerine getiren her türlü işlem kontrolün elde edilmesine esas olabilir. Örneğin yönetim sözleşmesi¹⁰³, hasılat kirası sözleşmesi¹⁰⁴, kar sözleşmesi, borsada işlem gören hisse senetlerinin devralınması, malvarlığı veya ortaklık paylarının devri gibi her türlü vasıta, sürekli ve kalıcı olması kaydıyla, devralmanın gerçekleşmesinde yeterli sayılabilir. Bunun yanı sıra kontrol kavramının temel unsuru olan “belirleyici etki”nin sağlanmış sayılabilmesi için, mutlaka belirleyici etki vasıtalarının kullanılmış veya kullanılıyor olmasına gerek yoktur. Kontrolün belirlenmesinde önemli olan, belirleyici etkiye imkan veren vasıtaların istenildiği an, kullanılmaya hazır olmasıdır¹⁰⁵. Nitekim bu husus, gerek Tebliğ’de (md.2/2), gerekse Tüzük’te (md.3/5) yer alan, “belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan vasıtalar” ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Avrupa Birliği Hukukunda da 4069/89 sy. Tüzük’te benzer bir düzenleme yer almakta ve kontrolün tespit edilmesinde, Tebliğ’de olduğu gibi “belirleyici etki”¹⁰⁶ kriterini temel almıştır. Buna göre, bir teşebbüs, başka bir teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanı elde ettiği takdirde, “belirleyici etki”nin ve dolayısıyla “kontrol”ün sağlandığı varsayılmaktadır¹⁰⁷. Bu tanıma rağmen, bir teşebbüs üzerinde, ne zaman ve hangi şartlara bağlı olarak belirleyici etki sağlandığının

belirlenmesi konusunda kesin kriterlerin verilmesi mümkün değildir. Gerek Tüzük ve gerekse Tebliğ, bu hususta örnek kabilinden çeşitli durumlar zikretmekte ve belirleyici etkinin belirlenmesi, ancak somut durumun özelliklerine bağlı olmaktadır. Ayrıca, özellikle teşebbüsler arasındaki karmaşık işbirliği ilişkileri, kontrolün ne zaman sağlandığının tespit edilmesini büsbütün zorlaştırmaktadır.

Bu ifade edilenler bir kenara bırakılırsa, normal şartlar altında bir (hedef) teşebbüsün malvarlığı değerlerinin (veya ortaklık paylarının) tamamının yahut yarıdan fazlasının devralınması ya da teşebbüsün yetkili organlarında karar almaya esas olacak oy oranının elde edilmesi hallerinde, “kontrol”ün elde edildiğini söylemek mümkündür. Buna karşılık bu hususta kesin bir yargıya varmak için hukuki vasıtaların yanı sıra, fiili olguların da dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁸. Zira Rekabet Hukuku bakımından temel alınan hukuki değil, iktisadi kontrolün elde edilmesidir. Örneğin, Tebliğ’de ifade edilen, mülkiyet veya ortaklık paylarının tamamının veya büyük bir kısmının devredilmesine ilişkin haller dahi, istisnai bazı hallerde kontrolün elde edilmesinde yetersiz kalabilir. Özellikle teşebbüsün karar ve yönetim organlarının yapısı ve kompozisyonu veya teşebbüsler arasındaki hukuki ve fiili ilişkiler¹⁰⁹, mülkiyete rağmen, kontrolün belirlenmesinde etken olabilmektedir¹¹⁰.

Kontrolün ne zaman ve ne surette elde edildiğinin belirlenmesine ilişkin yukarıda belirtilen güçlüğe rağmen, Avrupa Birliği Hukuku uygulama ve doktrininde kontrolün elde edilip edilmediğinin belirlenmesi hususunda yol gösterici olması bakımından çeşitli karineler üzerinde durulmaktadır. Örnek vermek gerekirse, bağımsız bir teşebbüsün azınlık hisselerinin¹¹¹ ele geçirilmesi dahi, özellikle bu teşebbüsün kalan hisselerinin yaygın ve dağınık bir hissedarlar grubuna ait olması¹¹² veya somut teşebbüsle ilgili olarak uygulamada genel kurulun toplanamaması (*güç boşluğu*)¹¹³ ya da azınlık hisselerine çeşitli imtiyazlı hakların bağlanmış¹¹⁴ olması gibi hallerde¹¹⁵, “tek başına” veya daha yüksek bir olasılıkla “birlikte kontrol”ün¹¹⁶ sağlanmasında yeterli olabileceği kabul edilmektedir. Şüphesiz Türk Hukukundan farklı olarak, Avrupa Birliği Hukukunda kontrolün devralınıp devralınmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede, Birliğin ulusal üstü yapısı nedeniyle üye devletlerin şirketler hukuku alanındaki farklılıkları da dikkate alınmaktadır¹¹⁷.

Bunun yanı sıra, önceden “birlikte kontrol” edilen bir teşebbüsün, kontrolünde hakim olan teşebbüslerden birinin diğeri veya diğerleri lehine ortaklıktan çekilmesi halinde de¹¹⁸, konsantrasyona yol açan bir devralma ortaya çıkabilmektedir¹¹⁹. Hatta bu durumla ilgili olarak, konsantrasyona yol açan bir devralmadan bahsedebilmek için, bazı istisnai hallerde, teşebbüsün bu yönde bir niyetinin veya mutlaka kendisi tarafından gerçekleştirilmiş bir işlemin gerekmediği dahi söylenebilir¹²⁰. Buna göre, özellikle teşebbüs bünyesindeki kontrol dengelerinin, içe veya dışa yönelik olarak gerçekleşen çeşitli devir işlemleri neticesinde, devir işlemi dışında kalan bir ortak teşebbüs lehine

değişmesi durumunda, konsantrasyonun gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir. Şüphesiz teorik olarak konsantrasyona yol açabileceği varsayılan bu tip durumların, pratikte Rekabet Hukuku otoriteleri tarafından ne şekilde denetleneceği, daha açık bir ifadeyle izin sistemi karşısında bu gibi işlemlerin geçerliliği, önemli bir İdare Hukuku ve Medeni Hukuk sorunu olarak ortaya çıkabilecektir¹²¹.

Kontrolle imkan veren işlemler ile ilgili olarak belirtilebilecek bir başka husus ise, birbiriyle herhangi bir şekilde yakından ilgisi bulunan işlemlerin, birden fazla konsantrasyona yol açıp açmadığının tespit edilmesidir. Avrupa Birliği Hukukunda iki veya daha fazla devralma işlemi, ekonomik ve hukuksal olarak birbirlerine bağlı olarak yapıldığı takdirde, genellikle ortada tek bir konsantrasyonun gerçekleştiği kabul edilmektedir¹²². Örneğin sadece bir teşebbüsün devralmak amacıyla bir başka teşebbüsün kontrolü¹²³ ya da hedef teşebbüsün hisselerinin veya malvarlığına ait değerlerin kısa aralıklarla devralınması halinde¹²⁴, bu işlemler tek bir konsantrasyon kapsamında değerlendirilmekte ve gerek ciro hesaplamaları, gerekse hakim durumun şartları, yapılan işlemlerin öncesi ve sonrası dikkate alınarak bütüne göre tespit edilmektedir.

Buna karşılık birbiriyle bağlantılı olmasına karşılık, sonuçları itibarıyla birbirinden ayrılabilir nitelikte olan işlemlerin, tek değil, birden fazla konsantrasyona yol açabileceği kabul edilmekte ve değerlendirme, bu işlemler bakımından ayrı ayrı yapılmaktadır. Örneğin bu hususta, iki teşebbüsün çeşitli sözleşmeler vasıtasıyla bir kısım hisselerini veya malvarlığı değerlerini karşılıklı olarak mübadele etmelerinin¹²⁵ veya amaçları devralmadan hemen sonra hedef teşebbüsün malvarlığını paylaşmak olan müşterek (konsorsiyum) tekliflerin¹²⁶ ya da yine buna benzer şekilde, önceden müşterek kontrolün sağlandığı bir teşebbüsün malvarlığının ortaklar arasında bölünmesinin¹²⁷ yahut hedefleri devralınan hedef teşebbüsün bir kısım malvarlığının üçüncü kişilere tekrar nakli olan işlemlerin¹²⁸, genellikle birden fazla konsantrasyona yol açtığı kabul edilmektedir.

cc) Doğrudan ve Dolaylı Kontrol

Genel çerçevede düşünüldüğünde, devralmayı gerçekleştiren teşebbüs ile kontrol eden teşebbüsün aynı olması esastır, zira ilke olarak devralan kim ise, kontrol edecek olan da odur. Buna karşılık bu durum, ticari hayatın artık olağan hale gelmiş bağlı işletme ilişkileri karşısında geçerliliğini yitirmiştir. Günümüzde oldukça yaygınlaşan, holding, konzern ve çok uluslu şirketler gibi karmaşık yapılanmalar ve bu yapılar içindeki bağımlı ekonomik ilişkiler karşısında, kontrolün aidiyeti gittikçe belirsizleşmektedir. Dolayısıyla, görünürde devralmayı gerçekleştiren teşebbüs ile devralmaya konu olan

teşebbüsü kontrol edecek olan teşebbüs, bu ve buna benzer ilişkiler neticesinde farklılaşabilmektedir.

Nitekim Tüzük'te açıkça (md. 3/1.b), Tebliğ'de ise dolaylı olarak, doğrudan kontrolün yanı sıra “*dolaylı kontrol*”e ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Tebliğ'e göre, “*Kontrol hak sahipleri ya da sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla beraber fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüslerce elde edilmiş kabul edilir*” (md. 2/3). Kanun'da olduğu gibi, Tebliğ'de de aynı hataya yer verilmiş¹²⁹ ve teşebbüs kavramının *sanki “gerçek kişileri”* kapsamadığı gibi bir izlenim yaratılmıştır. Şüphesiz teşebbüs kavramı bahsinde anlatılanlar çerçevesinde, bu ifadenin hiçbir anlamı bulunmamaktadır¹³⁰.

cd) Tek Başına ve Birlikte (Müşterek) Kontrol

Yukarıda ifade edildiği üzere, bir teşebbüs, diğer bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama iktidarına sahip olduğu takdirde, onun tek başına kontrolü elde ettiği kabul edilmektedir. Normal şartlar altında “*belirleyici etki*”, malvarlığı veya hisse ya da karar organlarında çoğunluğun tek başına elde edilmesiyle sağlanabilir. Bu hususta fiili ve/veya hukuki her türlü faktör dikkate alınmakta ve somut olayın özellikleri belirleyici olmaktadır. Belirtelim ki, teşebbüs üzerinde tek başına kontrolün sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi, müşterek kontrole kıyasla nispeten basit bir incelemedir.

Rekabet Hukuku bakımından sadece tek başına kontrolün elde edilmesi değil, bunun yanı sıra birden fazla teşebbüs tarafından elde edilen “*birlikte kontrol*”ün de konsantrasyona yol açtığı kabul edilmektedir. Buna göre, bir teşebbüsün diğeri üzerinde uyguladığı etki, tek başına kontrole imkan vermiyor ve belirleyici etki, ancak başka teşebbüslerle birlikte ortak hareket ederek uygulanabiliyorsa, “*birlikte kontrol*” söz konusudur. Bir başka deyişle, ilgili teşebbüsün temel ticari politikaları ile ilgili olarak, teşebbüslerin iktisadi menfaatleri ortak davranarak beraberce karar almayı mecbur kılıyor ve bu ortak davranış süreci geçici bir nitelik taşımıyorsa, o vakit o teşebbüs üzerinde müşterek (*birlikte*) kontrolün elde edildiği kabul edilmelidir. “*Müşterek veya birlikte kontrol*”, özellikle ortak girişimler şeklinde ortaya çıkmakla birlikte, bunun dışında birlikte devralma, tek başına kontrole imkan vermeyen kısmi devralmalar, şirket kurtarmalar, karşılıklı hisse almalar¹³¹ ve hatta birleşmelerde de görülebilen bir durumdur¹³².

“*Birlikte kontrol*”ün elde edilmesi bakımından belirleyici etki, teşebbüslerden birinin, gerektiğinde hedef teşebbüsün temel ticari politikasına ilişkin uygulama ve davranışları¹³³ bloke edebildiği hallerde söz konusu olur¹³⁴. Bu ise, tek başına kontrolde olduğu gibi, teşebbüsler arasındaki sözleşmesel ilişkiler veya pay sahipliği gibi hukuki ya da ticari menfaatlerin getirdiği zorunlu uyum süreci gibi fiili vasıtalarla gerçekleşebilir. Bununla birlikte gerek Tebliğ,

gerekse 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü, “*birlikte kontrol*”ün hangi hallerde gerçekleşebileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında ise, “*birlikte kontrol*”ün hangi şartlarda gerçekleşebileceği hususunda, fiili ve hukuki durumları kapsayan çeşitli ihtimaller üzerinde durulmaktadır¹³⁵.

Genel olarak düşünüldüğünde “*birlikte kontrol*”ün söz konusu olabileceği ilk olasılık, söz konusu teşebbüsün karar alma organlarının kompozisyonunda eşitlik veya eşit oy hakkıdır¹³⁶. Böyle bir durumda taraflar, teşebbüs içerisindeki konumları gereği birlikte hareket etmek durumunda kalacak ve dolayısıyla aralarında bir anlaşma olmaksızın dahi, “*birlikte kontrol*” kendiliğinden gerçekleşecektir. Teşebbüsün karar alma organlarında eşitlik, paya (sermayeye) dayalı olabileceği gibi, sözleşme veya daha başka imtiyazlı durumlarla da sağlanabilir. Bu bakımdan, karar alma organlarındaki temsil koşullarının, mutlaka aynı seviyede pay sahipliği veya malvarlığı değeriyle orantılı olması zorunluluğu bulunmamaktadır¹³⁷.

“*Birlikte kontrol*”ün varlığına karine olabilecek bir başka durum, söz konusu teşebbüsün karar alma sürecinde taraflardan birine veya birkaçına “*veto*” hakkı tanınmak suretiyle, teşebbüsün ticari politikasının belirlenmesinde ortak davranış ve uzlaşmanın zorunlu hale getirilmesidir¹³⁸. Şüphesiz veto hakkının tanınması, tarafların teşebbüs üzerindeki pay veya temsil nispetlerinin eşdeğer olmadığı ve bunlardan birisinin Rekabet Hukuku anlamında azınlıkta¹³⁹ olduğu durumlarda önem taşır¹⁴⁰. Bu halde tüm taraflar, veto hakkının yarattığı baskı nedeniyle teşebbüsün faaliyetinin devamı hususunda ortak tavırlar sergilemek zorunda kalacaklardır. Veto hakkıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir husus, Avrupa Birliği uygulamasında azınlığın kendi çıkarlarına ilişkin olarak tanınan veto haklarının, müşterek kontrolün varlığı bakımından yetersiz kabul edilmesidir¹⁴¹. Zira “*kontrol*”, ancak teşebbüsün temel ticari strateji veya politikalarının belirlenmesi amacıyla gerçekleştirilen davranışlar bakımından söz konusu olabilir.

Bu ifade edilen özel durumların dışında, “*birlikte kontrol*”, hedef teşebbüs içinde azınlık paya sahip olan iki veya daha fazla teşebbüsün¹⁴², anlaşma yoluyla¹⁴³ veya fiili olarak bir araya gelerek, teşebbüsün karar alma sürecinde çoğunluğa ulaşmaları halinde de elde edilebilir¹⁴⁴. Şüphesiz, aralarında hukuken bağlayıcı bir sözleşme olmayan ve sadece ortak ticari menfaatleri nedeniyle birlikte davranan teşebbüslerin, hedef teşebbüsün ticari politikası hususunda uzun dönemde uzlaşmaya varabilmeleri, sık rastlanılan bir durum değildir¹⁴⁵. Dolayısıyla kontrole imkan vermesi bakımından daha olası durum, teşebbüslerin bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir araya gelerek, ortak karar ve davranışlarını hukuken güvenceye alarak kontrolü elde etmeleridir¹⁴⁶.

“*Ortak veya birlikte kontrol*”ün tespitinde dikkate alınması gereken önemli bir nokta ise, özellikle ortak girişimler bakımından büyük önem taşıyan, teşebbüsler arasında işbirliğine neden olan birlikte davranışlarla, konsantrasyona

yol açan birlikte davranışların birbirlerinden ayırt edilmesidir. Zira konsantrasyona yol açmayıp, sadece işbirliğine yol açan birlikte davranışlar, 7. madde değil; ancak 4. madde kapsamında kontrol edilebilmektedir. Bu konuya, bir sonraki bahis olan “*ortak girişim*” başlığı altında kısaca değinilecektir.

4- Ortak Girişim

a) Kavram

Son yıllarda ticari hayatta oldukça sık rastlanan bir ortaklık türü olan “*ortak girişim*”, yeni yatırım alanlarına girilmesi, teknik, ekonomik ve hukuki bir takım engellerin aşılması, yüksek maliyet gerektiren faaliyetlerin birlikte üstlenilmesi ve daha da önemlisi, faaliyete konu olan riskin müştereken paylaşılması gibi¹⁴⁷, pek çok konuda teşebbüslere büyük avantajlar sağlamakta ve bu nedenle oldukça rağbet gören bir işbirliği modeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle “*ortak girişim*” ilişkisi içerisinde yer alan teşebbüsler arasındaki işbirliğinin esnekliği ve hukuki birleşmelerden farklı olarak çözülme ve tasfiyenin kolaylığı, bu tip işbirliği ve hatta birleşme modelinin yaygın olarak tercih edilmesine yol açmaktadır.

Bu yararlarına ve yaygınlığına rağmen, “*ortak girişim*”in münhasır bir yasal düzenlemenin konusu olmaması¹⁴⁸ ve çok farklı amaç ve şekillerde ortaya çıkabilmesi nedeniyle, tam anlamıyla neyi ifade ettiğini belirlemek ve tanımını yapmak oldukça güçtür¹⁴⁹. Bunun yanı sıra, doktrinde bu konuda tam bir terim birliği bulunmaması ve “*joint-venture*”, “*müşterek iş ortaklığı*”, “*konsorsiyum*” ve “*müşterek teşebbüs*” gibi farklı terimlerin kullanılması, bu kavramın içerik ve anlamı konusundaki belirsizliği büsbütün arttırmaktadır¹⁵⁰.

Bununla birlikte genel özelliklerinden hareketle “*ortak girişim*”i, “birbirinden hukuken ve iktisadi anlamda bağımsız teşebbüslerin¹⁵¹, ortak bir gaye etrafında bir araya gelerek, müşterek kontrolü ellerinde tuttukları bir organizasyon vasıtasıyla iktisadi faaliyet gösterdikleri bir ortaklık ilişkisi” şeklinde tanımlamak mümkündür¹⁵². Bu faaliyetin konusunda ve mahiyetinde bir sınırlama yoktur¹⁵³. Dolayısıyla taraflar hukuka aykırı olmamak kaydıyla, dağıtım, pazarlama, üretim, gibi herhangi bir düzlemde ve inşaat, finans, araştırma-geliştirme (ar-ge) gibi herhangi bir konuda faaliyet gösterebilirler. Ayrıca “*ortak girişim*”in kar amacıyla faaliyet göstermesi mecburi olmadığı gibi¹⁵⁴, yürütülen faaliyetin sürekli bir nitelik taşıması da nitelendirme açısından gerekli değildir. Önemli olan, önceden bağımsız olan ve ortak girişim ilişkisi sonrasında da bağımsızlığını koruyan birden fazla teşebbüsün varlığı ve kurulan “*ortak girişim*”in müştereken kontrol edilen ayrı bir organizasyon¹⁵⁵ vasıtasıyla iktisadi bir faaliyeti yerine getirmesidir.

Bu özelliklerinden de anlaşılacağı üzere “*ortak girişim*” mutlaka bir sözleşme temeline dayanır. Ortak girişimi kuracak olan taraf (ana) teşebbüsler, öncelikli olarak nasıl bir ortaklık ilişkisi içerisine gireceklerini, hak ve yükümlülüklerini, ihtilafların çözümünü ve sona ermesini, aralarında yapacakları bir temel sözleşme (ortak girişim sözleşmesi) ile tespit ederler¹⁵⁶. Tarafların aralarında yaptıkları bu çerçevede sözleşme, bir ortaklık sözleşmesidir ve bunun hukuken Borçlar Kanunu’ndaki adi ortaklık sözleşmesinden farklı bir sözleşme olmadığı doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla bu sözleşme bir şekle tabi değildir, meğer ki özel bir borç söz konusu olsun.

b) Ortak Girişimin Türleri

“*Ortak girişimler*” doktrinde pek çok açılardan ayırırma tabi tutulmakla beraber¹⁵⁸; konumuz itibarıyla bunların en önemlisi, “*sözleşmeye dayalı*” ve “*sermayeye katılmalı*” ortak girişimler şeklinde yapılan ayırımdır. Bu ayırım, ortak girişime taraf olan teşebbüslerin, müşterek iktisadi hedefi hangi hukuki yapı içerisinde gerçekleştireceklerine, daha somut olarak payların sermaye temeline dayalı olup olmamasına göre yapılmaktadır¹⁵⁹.

Her ne kadar bütün “*ortak girişimler*” bir sözleşme temeline dayanıyor olsa da, “*sözleşmeye dayalı ortak girişim*”lerin belirleyici özelliği, tarafların, müşterek hedeflerini bir tüzel kişilik kurmaksızın, salt ortak girişim sözleşmesi çerçevesinde yürütmeleri ve ortakların paylarını ve katkılarını da bu sözleşmeye göre belirlemeleridir. Doğal olarak bu tip bir ortak girişimin kurumsal niteliği, sermaye ve tüzel kişilik unsuru bulunmadığından dolayı zayıftır. Dolayısıyla “*sözleşmeye dayalı ortak girişimler*”, zorunlu olmamakla birlikte daha ziyade, kapsamlı bir organizasyon gerektirmeyen, münferit veya kısa süreli işlerin yerine getirilmesi amacıyla hizmet ederler. İşte bu özellikleri bakımından adi ortaklık vasfının belirgin olduğu bu tür ortak girişimler, özellikle “*konsorsiyum*”¹⁶⁰, “*partnership*”¹⁶¹ ve “*iş ortaklığı*”¹⁶² gibi adi ortaklık temeline dayalı diğer sözleşmelerle kıyaslanmaktadır¹⁶³.

Ortak girişimlerin ikinci türü olan “*sermayeye katılmalı ortak girişimler*” ise, bir ortak girişim sözleşmesinin yanı sıra, bu sözleşmeye dayanarak kurulan ayrı bir ortaklığın ve bu ortaklığın faaliyeti için gerekli desteğin sağlanması amacıyla güden, çeşitli uydu sözleşmeleri ile ortaya çıkan karmaşık bir ilişkiler bütünüdür. Taraflar aynen sözleşmeye dayalı ortak girişimlerde olduğu gibi bir araya gelerek, öncelikle ortaklık ilişkisinin temelini oluşturacak olan bir temel çerçeve sözleşmesi akdetmekte, fakat müşterek amacı salt bu sözleşme vasıtasıyla değil, ayrı bir ortaklık ve çoğu kez bir tüzel kişilik eliyle gerçekleştirmeyi kararlaştırmaktadırlar.

Bu tür ortak girişimlerde, temel sözleşme ile ana hatları belirlenen ortaklık ilişkisi, kurulacak olan tüzel kişilik ana sözleşmesi ile şekillenmekte ve ortaya birbirinden ayrı ve aynı zamanda da bağımlı iki farklı ortaklık

çıkılmaktadır. Bunlardan ilki adi ortaklık niteliği taşıyan ortak girişim sözleşmesi, diğeri ise bu anlaşmaya dayanılarak kurulan ve müşterek amacın gerçekleştirilmesinde vasıta olan yavru ortaklıktır. Ortak girişim sözleşmesiyle kurulan ortaklık, sadece tarafların aralarındaki ve taraflar ile müşterek yavru ortaklık arasındaki ilişkileri tanzim etmekte ve ortak girişimin dışarıya yansımaları, müşterek yavru ortaklık vasıtasıyla gerçekleşmektedir.

Doğal olarak yukarıda özellikleri belirtilen sermayeye katılmalı ortak girişimler, tek veya kısa süreli işlerden ziyade, devamlı nitelik gösteren veya farklı birtakım işler için kurulmakta ve buna bağlı olarak, daha kapsamlı bir organizasyonu gerektirmektedirler. Bu kapsamlı organizasyon ise, müşterek yavru ortaklık ile ortaklar arasında akdedilen ve daha çok yavru ortaklığın faaliyetlerinde bağımsızlığını sağlama amacını güden, teknoloji transferi¹⁶⁴, mal, işgücü ve kredi sağlanması gibi konularda yapılan uydu sözleşmelerle gerçekleştirilmektedir.

c) Rekabet Hukuku Açısından Ortak Girişim

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ortak girişim sözleşmelerinin rekabet kuralları bağlamında değerlendirilmesi Rekabet Hukukunun en tartışmalı konularından biridir¹⁶⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere ortak girişimlerin çok farklı konu ve biçimlerde karşımıza çıkması ve anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin çok çeşitli amaçlarına hizmet etmesi, bu tip sözleşmelerin hangi rekabet normu kapsamında değerlendirileceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Zira bu tür bir sözleşme, bir taraftan niteliği gereği taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı özellikler göstermekte, diğer taraftan ise, ekonomik gücün belirli merkezlerde yoğunlaşmasına neden olabilmektedir. Başka bir ifadeyle, bir ortak girişim sözleşmesi 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabileceği gibi, 7. madde anlamında rekabeti azaltıcı etkiler de doğurabilir.

Bu ifade edilenler çerçevesinde, ortak girişim sözleşmelerinin Rekabet Hukuku açısından değerlendirilmesinde öncelikle çözümlenmesi gereken mesele, söz konusu ortak girişimin, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı mı, yoksa 7. madde anlamında rekabeti azaltıcı mı olduğudur. Teknik bir ifadeyle, öncelikle ortak girişimin konsantrasyona mı, yoksa kooperasyona (danışıklılığa) mı, yol açtığına tespit edilmesi gerekir. Hemen belirtelim ki, konsantrasyona yol açtığı kabul edilen bir ortak girişim sözleşmesi dahi, aynı zamanda rekabeti sınırlayıcı etkiler gösterebilir, bu itibarla söz konusu tespitin yapılması hiç de kolay bir değerlendirme değildir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ortak girişim kavramına yer verilmemişse de, 7. maddeye ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ, konsantrasyonun bir diğer görünümü¹⁶⁶ olarak ortak girişimi zikretmiş ve bu tip bir ortaklık sözleşmesinin hangi hallerde konsantrasyona yol açabileceğine ilişkin çeşitli kriterler öngörmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre; "*Amaçlarını*

gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler”, Kanun’un 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralma kabul edilmiştir. Bu nedenle bunlar hakkında Tebliğ’in 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulu’ndan izin alınması zorunludur (md.2/1.c).

Tebliğ’deki bu hüküm, Avrupa Birliği Hukukundaki “*eski*” düzenlemeye paralel biçimde, bir ortak girişimin konsantrasyon olarak kabul edilmesi hususunda biri olumlu, diğeri olumsuz, oldukça genel mahiyette iki koşul öngörmüştür. Olumlu koşula göre, bir ortak girişimin 7. madde anlamında bir birleşme veya devralma sayılabilmesi için, ekonomik yaşama bağımsız bir iktisadi varlık olarak katılması ve bu amaca yönelik olarak gerekli işgücü, sermaye, teknoloji ve kapasiteye sahip olması; daha basit bir ifadeyle kendi kendine yetebilmesi ve ticari politikalarını kendi başına oluşturabilmesi gerekmektedir. Zira, ancak bu şartlara haiz bir ekonomik birimin bağımsızlığından ve teşebbüs vasfını kazanmasından söz açılabilir.

Olumsuz koşula göre ise, kurulan bir ortak girişimin, taraflar arasındaki rekabet şartlarına etkide bulunmaması; bir başka deyişle, rekabetin koordinasyonu amacına hizmet etmemesi gerekmektedir. Tebliğ’de, rekabetin koordinasyonunun nasıl ortaya çıkabileceğine ilişkin herhangi bir durum öngörülmemiştir. Bununla birlikte, aynı veya birbirine komşu piyasalarda faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin bir araya gelmesiyle kurulan ortak girişimlerin, büyük olasılıkla rekabetin koordinasyonuna yol açacağı ve hatta dışlayıcı etkiler göstereceği söylenebilir. Doğal olarak rekabetin koordinasyonu kavramından neyin anlaşılması gerektiği, 4. madde çerçevesinde ifade edilenlerin büyük önemi bulunmaktadır¹⁶⁷.

Şüphesiz bir ortak girişimin 7. madde anlamında konsantrasyona yol açtığından bahsedebilmek için, bu koşulların yanı sıra, ortak girişimin taraflarca müştereken kontrol edilmesi gerekmektedir¹⁶⁸. Zira kendi olanakları ile ekonomik faaliyet yürütebilme iktidarına sahip bir ortak girişimin tek bir teşebbüs tarafından kontrol edilmesi, ortak girişim görünümündeki konsantrasyon olarak değil, olsa olsa, birleşme veya devralma yoluyla konsantrasyon olarak nitelendirilebilir.

Gerçi teorik açıdan bakıldığında, konsantrasyona yol açtığı kabul edilen bir ortak girişim, son tahlilde bağımsız bir konsantrasyon durumu değil, kontrolün müştereken devralınması, yani Tebliğ’in “*b*” bendi anlamında devralma yoluyla gerçekleştirilen bir konsantrasyondur. Buna karşılık Tebliğ ve 4064/89 sy. Tüzük, ortak girişimin Rekabet Hukuku bakımından gösterdiği kendine has özellikleri nedeniyle, bunu müstakil bir düzenleme altına alma yolunu tercih etmişlerdir. Nitekim bu farklılık, Avrupa Birliği Hukukunda daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır¹⁶⁹. Zira 4064/89 sy. Tüzük, yukarıda ifade edilen olumlu koşulu, yani konsantrasyon özelliği gösteren bir ortak girişimi

bağımsız olarak değil, kontrolün devralınması yoluyla gerçekleşen konsantrasyonun (md.3/1.b) özel bir durumu olarak düzenlemiştir (md.3/2.b). Buna bağlı olarak Avrupa Birliği Hukuku doktrini, yukarıda açıkladığımız müşterek kontrolün devralınması bahsini, genelde ortak girişimlerle birlikte incelemektedir¹⁷⁰.

Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, 1997 yılında yapılan değişikliklere kadar, konsantrasyonun tespit edilmesinde temel alınan olumlu ve olumsuz koşulların hangi şartlara bağlı olarak gerçekleşebileceği hususunda çeşitli karineler üzerinde durmakta ve kooperasyona (danışıklılığa) neden olan ortak girişimler ile konsantrasyona yol açan ortak girişimleri, birbirlerinden kesin çizgilerle ayırma yoluna gitmekteydi. Buna karşılık, 4064/89 sy. Tüzük'te değişiklik yapılmasını öngören 1310/97 sy. Konsey Tüzüğü ile birlikte, ortak girişimler bakımından konsantrasyon kavramının, kooperasyon kavramını da içine alacak şekilde genişletilmesi ve olumlu koşulu yerine getiren her türdeki bağımsız ve kalıcı yapılanmanın, Tüzük çerçevesindeki prosedüre¹⁷¹ tabi kılınması nedeniyle, yukarıda ifade edilen ayırımın pratik bir önemi kalmamıştır¹⁷².

Her ne kadar olumsuz koşul, bir ortak girişimin 85. madde anlamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma (sözleşme) olarak nitelendirilmesinde halen geçerli olarak kullanılıyor olsa da; artık bu koşul konsantrasyonun varlığı için değil, sadece uygulanacak olan maddi hukuk kuralının belirlenmesinde önem taşımaktadır¹⁷³. Zira olumlu koşula sahip olmakla birlikte, olumsuz koşulu yerine getirmeyen ortak girişimlerin denetimi 17/62 sy. Konsey Tüzüğü'ne göre değil, 4064/89 sy. Tüzük'e, yani konsantrasyonlara ilişkin düzenlemelere göre yapılacaktır.

Ortak girişimin teşebbüs vasfına sahip olması anlamına gelen olumlu koşulun gerçekleşmesi için, öncelikle bu ortak girişimin uzun süreli veya kalıcı olarak faaliyet göstermek amacıyla kurulmuş olması şartı aranmaktadır¹⁷⁴. Teşebbüs sıfatını haiz olmanın diğer unsuru olan ekonomik bağımsızlığın en önemli göstergeleri ise, ekonomik faaliyetin yürütülmesi için gerekli finansal kaynağa, teknolojiye (patent), işgücüne ve teknik bilgi (know-how) kaynaklarına sahip olunmasıdır¹⁷⁵. Bu itibarla, ortak girişim ilişkisine taraf olan teşebbüslerce yeteri derecede kaynak aktarımının sağlanmamış olduğu durumlarda, bağımsızlığın bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁷⁶. Doğal olarak bağımsızlık, özellikle ana teşebbüslere karşı söz konusudur, bu bakımdan ortak girişim kendi başına karar verebilmeli ve tamamen ana teşebbüslerin güdümünde kalmamalıdır¹⁷⁷. Örneğin, ana teşebbüslerin faaliyet alanlarının, dağıtım, üretim, pazarlama ve satış gibi belirli bir bölümünde faaliyet göstermek için kurulan¹⁷⁸ veya ana teşebbüslerle ilişkilerini aynı veya komşu piyasalarda faaliyet göstererek sürdüren ortak girişimlerin¹⁷⁹, fonksiyonel açıdan bağımsızlığının bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Konsantrasyon vasfının bulunup bulunmadığından ziyade, 85. maddenin uygulanması bakımından kooperasyonun tespitinde önem taşıyan olumsuz koşula göre ise, kurulan ortak girişim ilişkisi, gerek ana teşebbüsler, gerekse ana teşebbüslerin her biri ile ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmamalıdır. Olumsuz koşulun gerçekleşmemesi halinde de, ortak girişimin konsantrasyona yol açtığı kabul edilmekte ve konsantrasyonlara ilişkin 4064/89 sy. Tüzük'te yer alan usul kuralları uygulanmaktadır. Fakat bu ortak girişimin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, Tüzük değil, 85. madde hükmü uygulanmaktadır (md. 2, ek f.4)¹⁸¹.

4064/89 sy. Tüzük'te değişiklik yapan 1310/97 sy. Tüzük, ortak girişim ilişkisinin ne zaman kooperasyona yol açabileceği hususunda ise, yeni bir düzenleme getirmemiş¹⁸² ve değerlendirmenin, teşebbüslerin faaliyette bulunduğu piyasalara göre yapılması esasını benimsemiştir¹⁸³. Buna göre, ortak girişimin faaliyet gösterdiği piyasada veya bunun komşu piyasalarında¹⁸⁴, ana teşebbüsler de aktif bir şekilde faaliyet gösteriyorlar ise, kural olarak rekabetin koordine edilmesini amaçlayan bir ortak girişim ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁵. Bu ifadenin mefhumu muhalifine göre, ana teşebbüslerin¹⁸⁶, ilgili piyasadaki faaliyetlerinin tümünü veya önemli bir kısmını ortak girişime aktararak (veya aktarmaksızın), bu piyasadaki faaliyetlerine tamamen veya büyük oranda¹⁸⁷ son vermeleri halinde, kural olarak kooperasyondan söz açılmaz¹⁸⁸. Ayrıca yapılan değerlendirmede mevcut faaliyet kadar, potansiyel rekabet olanakları da dikkate alınmaktadır. Ana teşebbüsler aktif olarak faaliyet göstermemekle birlikte, ekonomik olasılıklar açısından ilgili piyasaya girebilecek imkana ve iktidara sahip iseler¹⁸⁹, taraflar ile ortak girişim arasında rekabetin koordinasyonu amacı bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹⁰. Şüphesiz, potansiyel rekabet imkanını da dikkate alarak yapılan faraziyelere bağlı bu değerlendirmeler, rekabet makamlarına oldukça geniş bir takdir hakkı tanımaktadır¹⁹¹.

Tebliğ çerçevesinde düşünüldüğü vakit, teşebbüsler arasında kurulan bu denli yoğun bir ilişkinin, kooperasyon değil de, konsantrasyon olarak nitelendirilmesi, özellikle teşebbüslerin birbirlerinin rakibi olduğu durumlarda oldukça düşük bir ihtimaldir¹⁹². Bunun yanı sıra, ortak girişim üzerindeki müşterek kontrolün varlığına rağmen, bağımsızlıktan bahsedilmesi de, bir ortak girişimin Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi ihtimalini azaltmaktadır¹⁹³. Nitekim yukarıda ifade edilenler de göstermektedir ki, bir ortak girişimin konsantrasyona yol açabilme ihtimali oldukça sıkı koşullara bağlanmış ve dolayısıyla bu tip birlikteliklerin hukuka aykırılık denetimi ağırlıklı olarak 4. maddeye bırakılmıştır¹⁹⁴.

Bu ifade edilenler ışığında somutlaştırmak gerekirse, Türk Hukuku bakımından “konsorsiyumlar”, “sözleşmeye dayalı ortak girişimler” ve bunların bir türü olan “iş ortaklıkları”, kalıcı özellikler göstermediklerinden dolayı 7. madde değil; büyük olasılıkla 4. madde çerçevesinde değerlendirilebilir¹⁹⁵. Ortak

girişimin “*sermayeye dayalı*” olan türünün ise, yukarıda belirtilen olumlu ve olumsuz koşullara bir arada sahip olması, daha yüksek bir olasılıktır, dolayısıyla, yeterli kaynaklara sahip olan ve ana teşebbüslerden farklı piyasalarda faaliyette bulunmak amacıyla kurulan sermayeye dayalı ortak girişimlerin, konsantrasyon vasfının bulunduğu söylenebilir.

D) Tebliğ Çerçevesinde Konsantrasyon Sayılmayan Haller

1- Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere, konsantrasyon kavramının içerisinde mütalaa edilen durumlar, ekonomik yaşamda oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu itibarla, teorik olarak kontrolün el değiştirdiği ve ilk bakışta konsantrasyon olarak nitelendirilebilecek her durumun, rekabet kurallarının denetimine tabi tutulması amaca uygun bir çözüm tarzı değildir. Zira her çapta konsantrasyonun kontrolü pratik açıdan mümkün olmadığı gibi, bazı durumlar için denetim öngörülmesi, ilişkinin niteliği ve dolayısıyla Rekabet Hukukunun amacıyla bağdaşmaz. Bu bağlamda, temelde ticari faaliyetin bir sonucu olmayan veya piyasalardaki rekabete önemli ölçüde etkide bulunmayan ya da aksi biçimde rekabete olumlu katkıda bulunabilecek türden kurumsal birliktelikler, konsantrasyon kavramının kapsamı dışında bırakılmakta ve rekabet kurallarının amaca uygun bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu kavram sınırlanmaktadır.

İşte bu amaca yönelik olarak 7. maddeye dayanarak çıkarılan Tebliğ’de iki ayrı açıdan sınırlamaya gidilmiştir. Bu sınırlamalardan ilki, konsantrasyona taraf olan teşebbüslerin ekonomik hacim ve büyüklüğüyle, diğeri ise taraflar arasında kurulan ilişkinin niteliği ile ilişkilidir. Bu bağlamda, Tebliğ çerçevesinde konsantrasyon kavramına ilişkin öngörülen sınırlamaların, “*nicelik*” ve “*nitelik*” itibarıyla ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Taraflarca yapılan bir işlemin, 7. maddenin ve Tebliğ’in kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde, öncelikli olarak bu işlemin niteliği, daha sonra da işleme taraf olan teşebbüslerin ekonomik gücü ile ilgili bir ön değerlendirme yapmak icap eder.

2- Nitelik İtibarıyla

Görünürde teşebbüslerin kontrolünde değişikliğe yol açan, fakat özellikle geçici niteliği nedeniyle, amacı ve sonucu rekabetin azaltılması olmayan işlemler ve normal şartlar altında konsantrasyon olarak kabul edilebilecek nitelikte olup, gerçekleşme nedeni bakımından farklı değerlendirilmesi gereken devirler, işlem ve ilişkilerin niteliği itibarıyla rekabet

hukuku denetiminden mutlak olarak bağışık tutulmaktadır. Kanun'un 7. maddesi bu hususta sadece "miras" durumunu zikretmişken¹⁹⁶, Tebliğ bu kapsamı genişletmiş ve 3. madde içerisinde iki farklı durum daha öngörmüştür.

Tebliğ'in 3. maddesinin "a" bendinde öngörülen duruma göre, "*Olağan faaliyetleri kendileri veya başkaları hesabına menkul kıymetlerle işlem yapmak olan teşebbüslerin yeniden satış yapmak amacıyla satın aldıkları menkul kıymetleri, bu menkul kıymetlerden doğan oy haklarının menkul kıymetleri çıkaran teşebbüsün rekabet politikalarını etkileyecek şekilde kullanmamaları kaydıyla geçici olarak elde bulundurmaları*", Kanun'un kapsamı dışında olup, bu tür birleşme ve devralmalar için Kurul'dan izin alınması gerekmez¹⁹⁷. Görüldüğü üzere hüküm, ticari hayatta önemli bir yer tutan çeşitli sermaye piyasası işlemlerinin muafiyet kapsamında olduğunu belirtmekte ve bu hususta kesin olmayan bir karine öngörmektedir¹⁹⁸. Bu düzenleme yeni bir muafiyet durumu öngörmekten ziyade, zaten niteliği gereği muaf tutulması gereken işlemleri belirtmekte ve bu bağlamda konsantrasyon kavramını açıklığa kavuşturmaktadır.

Diğer durumu düzenleyen "b" bendi ise, "*tasfiye, infisah, ödeme güçlüğü, ödemelerin tatil edilmesi, konkordato, özelleştirme yapılması*"¹⁹⁹ amacıyla veya benzeri bir nedenle ve Kanun gereği bir kamu kurum ve kuruluşu tarafından elde edilmesi" Kanun'un kapsamı dışında tutulmuş ve bu tür birleşme ve devralmalar için Kurul'dan izin alınması gerektiği ifade edilmiştir. Anlam ve ifade açısından pek de başarılı olmayan bu düzenlemeye göre²⁰⁰, bir devir veya birleşmenin bu bent kapsamına girebilmesi için, kontrol vasıtalarının kanuna dayalı olarak el değiştirmesi ve ayrıca devralanın, kamu kurum veya kuruluşu vasfını taşıması gerekmektedir²⁰¹. Hüküm, devir veya birleşmenin gerçekleşme nedenine ilişkin olarak çeşitli durumlar öngörmüş, bununla birlikte bu nedenleri tahdidi olarak sınırlamamıştır.

3- Nicelik İtibarıyla

Rekabet Hukuku bağlamında nitelik itibarıyla konsantrasyon olarak kabul edilen bazı işlemler, bu işleme dahil olan teşebbüslerin ekonomide teşkil ettiği büyüklük nedeniyle, rekabet makamlarının denetiminden muaf tutulabilmektedir. Böyle bir muafiyet rejiminin ekonomik ve pratik açıdan çeşitli faydalar sağladığını söylemek mümkündür. Genel olarak ifade etmek gerekirse, öncelikle bu tip bir muafiyetin öngörülmesi pratik açıdan rekabet makamlarının daha sağlıklı inceleme ve değerlendirme yapabilmesi için, kendisine yapılacak olan başvuruların sayıca sınırlandırılmasını sağlamaktadır. Bu tip bir muafiyetin ekonomik faydası ise, ticari hayatın olağan ve aynı zamanda vazgeçilmez uygulamaları olan birleşme ve devralmaların bütününe sektöre uğratılmaması, ancak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek çapta olan konsantrasyonların denetlenmesidir. Belki de bundan önemlisi, izlenecek rekabet

politikası tercihine bağılı olarak, rekabet açısından faydalı kabul edilen küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin birleşmelerinin teşvik edilmesi, bu tip bir muafiyet rejimi ile sağlanabilmektedir.²⁰²

Nicelik itibarıyla sınırlamaya gitmek, genel olarak Rekabet Hukuku mevzuatlarınca benimsenen bir uygulamadır. Bununla birlikte, bu hususta farklı yöntemlerin izlenmesi mümkündür. Örneğin teşebbüslerin ekonomik gücünün tespitinde, sadece ciro veya piyasa payı kriteri²⁰³ temel alınabileceği gibi; her ikisinin birlikte esas alınması da mümkündür²⁰⁴. Uygulanacak olan kriterlerin kanunda tespit edilmesi veya daha esnek bir yaklaşımla rekabet makamlarına bu hususta takdir hakkı verilmesi mümkündür. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, bu hususta ikinci yolu benimsemiş ve hangi tür birleşme ve devralmaların Kurul'dan izin alınması gerektiği hususunu, Kurum tarafından çıkarılacak olan Tebliğlerle belirleneceğini öngörmüştür. Rekabet Kurumu ise, çıkardığı Tebliğ'de, nicelik itibarıyla kapsam dışı kalacak olan konsantrasyonların tespit edilmesinde “*piyasa payı*” ve “*ciro*” kriterini temel almıştır.

Söz konusu düzenlemeye göre, “*Tebliğ'in 2. maddesinde belirtilen bir birleşme ve devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının, piyasanın %25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile, cirolarının 25 trilyon Türk Lirasını²⁰⁵ aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur*” (md.4/1). Görüldüğü üzere Rekabet Kurumu, izin alınması gereken konsantrasyonlar için ciro ve piyasa payını temel alan iki ayrı eşik öngörmüş ve kural olarak, bu eşiklerden bir tanesini aşan konsantrasyonlar için, ön bildirim ve izin mecburiyeti şart koşmuştur²⁰⁶.

Tebliğ'de öngörülen bu eşiklerin neye göre tespit edileceği hususunda, takip eden bentlerde ayrıntılı sayılabilecek düzenlemelere yer verilmiş ve bu suretle konsantrasyonun gerçekleşebileceği çeşitli olasılıkların yaratacağı farkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁰⁷. Kısaca ifade etmek gerekirse, Tebliğ hesaplamaya esas olarak birleşme ve devralmayı (konsantrasyonu) gerçekleştiren, bir başka deyişle kontrol sağlayan ve kontrol sağlanan teşebbüslerin tümünün toplam cirosunu ve piyasa payını temel almış, ayrıca - belki de çok gerekli olmayan biçimde²⁰⁸, sadece doğrudan değil, dolaylı olarak konsantrasyona taraf olan ve esasen, teşebbüs kavramına gerek yatay, gerekse dikey biçimde dahil olan işletmelerin de dikkate alınacağını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda cironun ve pazar payının hesaplanmasında, devralmayı gerçekleştiren teşebbüse bağılı işletmeler dahil olacağı gibi; teşebbüsü kontrol altında tutan ana teşebbüs veya teşebbüsler de dikkate alınacaktır.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, Birliğin ulusal üstü yapısı ve üye devletlerin konsantrasyonlar üzerinde, ulusal mevzuatları gereği denetleme hakkının bulunması nedeniyle, Türk Hukukundan farklı bir sistem öngörülmüştür. Kısaca özetlemek gerekirse, bir konsantrasyonun 4064/89 sy.

Tüzük'ün kapsamına girebilmesi için, öncelikle bunun "*topluluk boyutuna*"²⁰⁹ sahip olması gerekmekte ve birkaç istisna dışında²¹⁰ konsantrasyonun denetiminde tek bir makamın yetkili kabul edilmektedir²¹¹. Bir konsantrasyonun topluluk boyutunun bulunabilmesi için ise, ilgili teşebbüslerin Dünya çapındaki cirolarının 2.5 milyar ECU.'den, en az üç üye devletin her birindeki toplam cirolarının 100 milyon ECU.'den, en az üç üye devletteki toplam cironun hesabına dahil edilen ilgili teşebbüslerden en az ikisinin toplam cirosunun 25 milyon ECU.'den fazla olması, ayrıca ilgili teşebbüslerin en az ikisinin topluluk çapındaki cirolarının 100'er milyon ECU.'nün üzerinde ve ilgili teşebbüslerin her birisinin topluluk çapındaki cirolarının 2/3'ünün tek bir üye devletten elde edilmemiş olması şartları kümülatif olarak aranmaktadır²¹².

Açıklıkla görülmektedir ki, sistemimizden farklı olarak 4064/89 sy. Tüzük piyasa payını değil, ciroyu kriter olarak almış ve daha karmaşık bir niteliği haiz olan çok eşikli bir sistem öngörmüştür. Cironun hesaplanmasında ise, Tüzük ile Tebliğ'in düzenlemeleri çeşitli hükümler dışında büyük ölçüde paralellik göstermektedir²¹³. Bu itibarla Avrupa Birliği Hukukunun bu hususta geliştirdiği prensipler, oldukça teknik bir nitelik arz eden konunun kavranabilmesinde büyük önem taşımaktadır. Özellikle Komisyon'un, gerek cironun hesaplanması ve gerekse hesaplama dahil edilmesi gereken teşebbüslerin belirlenmesi hususunda yayınladığı duyurular²¹⁴, uygulamamız açısından da yol gösterici niteliktedir²¹⁵.

III- Konsantrasyonların Değerlendirilmesi

A) Genel Olarak

Yukarıda ifade edilenler çerçevesinde, bir işlemin konsantrasyon olarak nitelendirilmesini takiben bunun piyasadaki rekabet üzerinde zararlı etkiler meydana getirip getirmediğini tespit etmek gerekir. Belirtelim ki, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan "*ön bildirim*" ve "*izin sistemi*"ne ilişkin hükümler çerçevesinde, bu tespit yapılmasında sadece Rekabet Kurulu yetkilidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıda açıkladığımız özellikleri haiz bir konsantrasyonun geçerlilik kazanması için Kurul'a bildirilmesi²¹⁶ ve daha da önemlisi "*izin*" alınması gerekmektedir²¹⁷. Tebliğ'de öngörülen şartları haiz olan, fakat her hangi bir şekilde hakkında izin alınmayan bir konsantrasyonun geçerlilik kazanması mümkün değildir. Bu anlamda Rekabet Kurulu tarafından verilecek "*izin*", konsantrasyona yol açan işlemin hukuki geçerliliği bakımından bir tamamlayıcı unsur niteliğine sahiptir.

Kanun, yapılacak değerlendirmede, sadece "*piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını*" hukuka aykırılığın gerçekleşmesi bakımından yeterli görmemiş ve bu hususta "*hakim durum*" kavramını belirleyici kriter olarak

almıştır²¹⁸. Dolayısıyla 7. madde anlamında bir konsantrasyonun Rekabet Hukuku bakımından değerlendirilmesinde, bu konsantrasyonun hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye elverişli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Hakim durum ise, daha önce de ifade edildiği üzere²¹⁹, piyasalardaki rekabet baskısını dikkate almaksızın hareket edebilmeye ve bağımsız olarak rekabet şartlarını etkilemeye imkan veren bir ekonomik gücün ifadesidir. Dolayısıyla 7. maddenin uygulanması bakımından, piyasaya dayalı bir kavram olması nedeniyle, öncelikle hakim durumun gerçekleştiği veya güçlendirildiği piyasanın belirlenmesi önem arz eder.

B) İlgili Piyasa

Rekabetin azalması somut bir piyasada gerçekleşeceğine göre, ilgili piyasanın belirlenmesi 7. maddenin tatbikinde de önemli bir yer tutar. Piyasanın belirlenmesi, 7. madde açısından iki açıdan önem taşır; bunlardan ilki, bir konsantrasyonun Tebliğ çerçevesinde izne tabi olup olmadığının belirlenmesi²²⁰; diğeri ise, konsantrasyonun piyasadaki rekabet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesidir. Dolayısıyla 6. maddeden farklı olarak, ilgili piyasa veya piyasaların belirlenmesi 7. maddenin uygulanması bakımından sadece bir koşul değil; aynı zamanda rekabetin etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesinde kullanılan bir kriterdir. Zira konsantrasyona taraf olan teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri piyasalar ve bunlar arasındaki münasebet, rekabetin ne ölçüde etkileneceğini doğrudan ilgilendirmektedir²²¹.

Birleşme ve devralmalara ilişkin Tebliğ’de ilgili piyasa, mal ve coğrafi boyutlarıyla ele alınmış ve Avrupa Birliği Hukukundaki prensiplere uygun olarak tanımlanmıştır²²². Tebliğ’e göre, birinci fıkra anlamında ülkenin önemli²²³ bir bölümünden oluşan coğrafi piyasa, “*Teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin²²⁴, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır*” (md.4/4).

Tebliğ bakımından mal piyasasının tespitinde ise, “*Birleşme veya devralma konusu olan mal veya hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir*” (md.4/5). Görüldüğü üzere, Tebliğ’de yapılan tanım temel olarak talep ikamesini dikkate almakta, buna karşılık piyasayı etkileyebilecek olan diğer unsurların da değerlendirileceğini ifade ederek, arz ikamesinin de

kapsam içine alınmasına dolaylı olarak imkan vermektedir. Aynı şekilde Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, ağırlıklı olarak talep ikamesi kullanılmakta²²⁵, arz ikamesi²²⁶ ise ancak bazı hallerde dikkate alınmaktadır²²⁷.

Bu ifadeler açıkça göstermektedir ki, burada bahsi geçen “*ilgili piyasa*” kavramı, 6. madde çerçevesinde ifade edilenlerden farklı değildir. Bu nedenle 6. maddeye ilişkin kısımda “*ilgili piyasa*” kavramı hakkında yapmış olduğumuz açıklamalar, büyük ölçüde 7. madde bakımından da geçerlidir. Avrupa Birliği hukukundaki uygulamaya bakıldığında ise, coğrafi piyasalar 86. maddeye kıyasla daha geniş²²⁸ ele alınmakta²²⁹, mal piyasalarındaki değerlendirmeler ise, büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir.

C) Hakim Durum

1- Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un öngördüğü sisteme göre, bir birleşme veya devralmanın 7. madde kapsamında hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde belirleyici olan kriter, yapılan işlem sonrasında ilgili piyasada hakim durumun ortaya çıkması veya varolan hakim durumun güçlenmesidir²³⁰. Kanun, hakim durumun yaratılmasını veya güçlendirilmesini kural olarak rekabetin önemli ölçüde azalmasının karinesi olarak kabul etmiş ve hakim durum yaratan veya güçlendiren bir konsantrasyonun, piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağını varsayımıştır.

Bununla birlikte, kanımızca bu iki kavram arasında mutlak anlamda bir neden-sonuç ilişkisinin bulunması şart değildir. Kanun hakim durum kavramını öngörmekle sadece bir karineye yer vermiş, bununla birlikte rekabetin önemli ölçüde azalmasına sebep olacak her hali “*hakim durum*” kriteri ile sınırlamamıştır. Bu düzenleme, yapılacak olan değerlendirmenin daha kesin ve ekonomik açıdan sağlam temellere dayanmasını sağlama amacını taşımakta ve hukuk güvenliği ilkesine hizmet etmektedir²³¹. Zira 7. maddeye ilişkin olarak yapılan hukuka uygunluk değerlendirmesinin konusunun somut bir davranış olmaması bir kenara, önceden bildirim ve izin sistemi, varsayımlara bağlı bir incelemeyi gerektirmekte, bu ise yapılacak incelemenin kesinlikten uzaklaşmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla yapılacak olan değerlendirmede belirliliği sağlamak ve birleşme ve devralmayı gerçekleştirecek olan teşebbüslere hukuki güvence sağlamak amacıyla, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının tespitinde çerçevesi az çok belli olan “*hakim durum*” gibi bir kriterin öngörülmesi mecburi olmaktadır.

Bu açıdan hukuka aykırılığın belirlenmesinde başvurulacak yegane kriter, kanımızca hakim durum kavramı değildir. Şüphesiz söz konusu işlem sonrasında hakim durumun ortaya çıkması veya güçlenmesi, pek çok durumda

rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açacak ve söz konusu işlem hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, istisnai bir takım hallerde, hakim durum yaratan veya güçlendiren konsantrasyonların rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açmaması ihtimali de bulunabilir. Özellikle hakim durumun güçlendirilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen işlemlerde, her durumda rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığı tartışma konusu yapılabilir.

Netice olarak denilebilir ki, hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesinin, mutlaka rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açması zorunlu değildir²³². Buna karşılık aksi durumun, yani rekabetin önemli ölçüde azalmasının, “tek başına veya birlikte hakim durum” kavramından bağımsız olarak gerçekleşebileceğinin kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Aksine bir düşünce, Kanun’da hakim durum kavramına yer verilmesindeki amaca aykırı olduğu gibi, ekonomik gerçeklerle de bağdaşmaz. Bu hususlar, hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi kavramları izah edilirken daha belirgin olarak ortaya çıkacaktır.

Konsantrasyonların değerlendirilmesine ilişkin olarak 7. maddede ve Tebliğ’de öngörülen düzenlemeler, 4069/89 sy. Konsey Tüzüğü’nün hemen hemen çevirisi niteliğindedir (md.2). Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz hususlar, Avrupa Birliği Hukukunda da, farklı yorumların yapılmasına sebep olmuştur. Bu hususta tam anlamıyla bir görüş birliği bulunmamakla beraber, rekabetin önemli ölçüde azalması ve hakim durum kavramları arasında doğal bir neden-sonuç ilişkisi bulunduğu kabul edilmekte, fakat Komisyon’un, sınırlı da olsa, iki ayaklı bir değerlendirme yapması gerektiği de ifade edilmektedir²³³. Bir başka deyişle, olayların pek çoğunda hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesinin, rekabetin önemli ölçüde azaldığının bir göstergesi olduğu, buna karşılık, bazı hallerde de rekabetin önemli ölçüde azaldığının ayrıca tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir²³⁴. Görüldüğü üzere Avrupa Birliği Hukukunda belirtilen bu görüş, yukarıda izah edilenlerin paraleli niteliğindedir ve değerlendirmede, rekabetin azalması kriterine de müstakil olarak yer vermektedir.

2- Tek Başına ve Birlikte Hakimlik

Gerek 7. madde, gerekse buna dayanarak çıkarılan Tebliğ, hakim durum kavramını temel almışsa da, 6. maddede olduğu gibi açıkça “birlikte hakim durum” kavramına yer vermemiştir²³⁵. Tam olarak neyi ifade ettiği hususunda görüş birliği bulunmayan “birlikte hakimlik” kavramının, kendine has özellikleri olan oligopol piyasalarının denetlenmesinde bir araç olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Oligopol yapıdaki piyasalarda faaliyet gösteren az sayıda teşebbüs, birbirlerinin piyasa stratejilerini önceden kestirebilme imkanına sahip olmaları nedeniyle, birbirleriyle rekabete girmekten kaçınmakta ve aralarındaki bu bağımlılık ortamı, bu teşebbüslerin kendiliklerinden uyumlu davranışlarda

bulunmalarına neden olmaktadır. Bu uyumlu davranış neticesinde bu teşebbüsler birlikte hakim gibi davranmakta ve bu durumu rekabetin sınırlandığı piyasalara benzer neticeler meydana getirmektedir.

Avrupa Birliği Hukukunda, “*birlikte hakimlik*” kavramı 6. maddenin söz konusu olduğu olaylarda uygulanmakla birlikte, henüz kesin bir yaklaşımın bulunduğunu söylemek güçtür. Dolayısıyla oligopol piyasalarının “*birlikte hakimlik*” kavramı ile kontrol edilmesi, halen Rekabet Hukukunun tartışmalı konularından birisi olmayı sürdürmektedir. Öte yandan konsantrasyonların değerlendirilmesinde hakim durum kavramının temel alınması, birlikte hakimlik kavramının, birleşmeler için de uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu beraberinde getirmiş ve bu soru, Komisyon’un bu konuda verdiği bir kararla olumlu biçimde cevaplandırılmıştır²³⁶.

Komisyon, konsantrasyon neticesinde ortaya çıkan oligopol ve de özellikle “*düopol*” durumunu birlikte hakimlik kavramı çerçevesi içerisinde değerlendirmekte ve hatta teşebbüslerin birlikte hakim olduklarının kabul edilebilmesi için, aralarında yapısal bir bağın bulunması koşulunu dahi aramamaktadır. Buna karşılık birlikte hakimliğin tesis edilmesinde, ilgili piyasanın potansiyel rekabete kapalı olması, talep yapısının katı ve sabit olması gibi, bir takım özellikler de değerlendirmede dikkate alınmaktadır²³⁷.

Kanun’un 7. maddesinin öncelikli amacı piyasalardaki rekabet yapısının korunması olunca, kanımızca ilgili piyasada birlikte hakimliğin oluşmasına yol açan birleşme ve devralmalar da, bu madde çerçevesinde değerlendirilebilir. Özellikle az sayıda ve birbirine yakın güçte teşebbüslerin bulunduğu piyasalarda, bu teşebbüsler arasında gerçekleşen bir konsantrasyonun tek başına hakimliğe yol açmaksızın rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açması mümkündür²³⁸. Özellikle giriş engellerinin yüksek olduğu ve müşteri bağımlılığının bulunduğu piyasalarda, bu durum belirgin olarak ortaya çıkar. İşte piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azalmasına karşılık, tek başına hakimliğin gerçekleşmediği hallerde kullanılacak tek kontrol vasıtası, “*birlikte hakimlik*” kavramıdır.

3- Hakim Durum Yaratılması

Kanun’un 7. maddesi anlamındaki bir konsantrasyona taraf olan teşebbüslerin, söz konusu işlem öncesi hakim durumda olmamalarına karşın, işlemten sonra ortaya çıkan teşebbüsün hakim duruma gelmesi halinde, kural olarak ilgili piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azalacağı söylenebilir. Zira 6. madde bahsinde de ifade edildiği üzere hakim durum, piyasadaki üstün ekonomik gücü ifade eder ve bu ekonomik güç, piyasadaki rakipleri ve arz, üretim ve fiyat gibi unsurları dikkate almaksızın, rekabetin kısıtlanmasına imkan verecek nispettedir. Piyasalarda herhangi bir kapasite artışı olmaksızın bu oranda gerçekleşen büyümeler, piyasadaki rekabet süjelerinin azalmasına yol açmakta

ve bu durum, rekabet teorisi açısından istenmeyen bir piyasa yapısını ifade etmektedir.

4- Hakim Durumun Güçlendirilmesi

Hakim durumun güçlenmesi, hakim durum yaratılması durumundan daha farklı bir değerlendirmenin yapılmasını gerektirir. Zira bu halde, piyasadaki rekabet zaten istenmeyen bir düzeyde bulunmakta ve bu düzey, konsantrasyon sonrasında daha da azalmaktadır²³⁹. Şüphesiz hakim durumun güçlendirilmesi de, hakim durum yaratılması gibi prensip olarak rekabetin azalmasına yol açan bir durumdur. Buna karşılık azalmanın derecesi, konsantrasyonun niteliğine göre farklılıklar gösterebilir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün, çok ufak bir piyasa payı olan veya tamamen farklı piyasalarda faaliyet gösteren bir teşebbüsü kontrolü alması ile, kendisine yakın güçteki bir teşebbüsü devralması arasında, rekabet üzerinde ortaya çıkacak etki bakımından oldukça büyük farklılık bulunmaktadır²⁴⁰. Oysa güçlenme kavramının genişliği nedeniyle, bu iki durumun da madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte bu nedenle, özellikle hakim durumun güçlendirilmesi bakımından, somut olayda rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının ayrıca belirlenmesi ve değerlendirmenin bu husus dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

D) Tebliğ'e Göre Değerlendirmede Dikkate Alınacak Hususlar

Rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığının tespitinde belirleyici kriter olan hakim durum kavramı 6. madde çerçevesinde açıklandığı için, tekrar bu kavram üzerinde “*etraflica*” durmaya ihtiyaç yoktur. Kısaca hatırlatmak gerekirse, hakim durumun belirlenmesinde öncelikli ve belirleyici olan kriter, teşebbüsün piyasa payı²⁴¹ ve bu payın, rakipleri karşısındaki nispi konumudur. Fakat piyasa payının başlı başına kriter olarak alınabilmesi için, ilgili piyasadaki giriş engellerinin ve bu piyasa payının ne kadar süreyle korunduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır²⁴². Bu kriterin hakim durumun belirlenmesinde yeterli olarak görülmediği durumlarda, ilgili piyasadaki giriş engelleri ve bu kapsamda, piyasadaki arz ve talep koşulları, teşebbüsün ekonomik ve finansal gücü, dikey bütünlüğe sahip olması, teknolojik üstünlük gibi diğer faktörler dikkate alınarak hakim durum tespit edilmektedir.

Kanun'un 7. maddesi, konsantrasyonun değerlendirilmesinde hakim durum kavramına yer vermiş ve Tebliğ'de de bu kavramın genel özelliklerini yansıtan ve değerlendirmenin genel çerçevesini çizen bir düzenleme öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre değerlendirmede özellikle, “*a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili veya potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve*

geliştirilmesi ihtiyacı; b) ilgili teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme ve pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer engelleri, ilgili mal veya hizmetlere olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde olmayan ve tüketiciye avantaj sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar göz önünde tutulur”(md.6/1).

Görüldüğü üzere yapılacak olan değerlendirmenin genel çerçevesini çizen bu düzenleme, hakim durum kavramını ana hatları ile açıklamaktadır. Düzenlemenin “b” bendinde, hakim durumun özelliklerine ilişkin olarak çeşitli kriterler öngörülmüş, fakat bunlar tahdidi olarak sayılmadığı gibi, hakim durumun varlığı açısından tümünün bir arada bulunması gibi bir koşul da öngörülmemiştir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu yapacağı değerlendirmede bu kriterlerden faydalanacak, fakat kriterlerden birinin veya ötekının üstünlüğü veya bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır.

Tebliğ’in düzenlemesi büyük ölçüde hakim durum kavramını yansıtmakla birlikte, “a” ve “b” bentlerinin son cümlesinin hakim durum kavramı ile doğrudan bir ilişkisinin bulunduğunu söylemek güçtür. Düzenlemenin “a” bendi, hakim durum kavramından bağımsız olarak oldukça genel bir çerçeve çizmekte ve piyasa yapısı ile birlikte, ülkedeki etkin rekabetin geliştirilmesine işaret etmektedir. Piyasa yapısı²⁴³, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısından giriş engellerine, piyasanın büyüklüğünden değişkenliğine kadar bir çok hususun dikkate alınmasını gerektirir. Bu düzenleme, 7. maddenin piyasa yapısını korumayı amaçladığını açık bir dille ortaya koymaktadır. Ülkedeki etkin rekabetin geliştirilmesi ihtiyacı ise, özellikle “ülke dışında mukim olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabet olanakları” ibaresiyle birlikte zikredilince, hakim durum kriterinden ziyade, genel rekabet ve ekonomi politikalarına hizmet eden bir düzenleme olduğu izlenimini uyandırmaktadır²⁴⁴.

Gerçekten de, ülkedeki etkin rekabetin korunması ihtiyacı, hakim durumun değerlendirmesini de içeren, fakat bununla sınırlı kalmayan oldukça genel bir düzenlemedir. Buna bağlı olarak, örneğin fakat ilgili piyasanın kriz sürecinde bulunmasından dolayı birleşmelerin şart olduğu durumlarda veya ağırlıklı olarak dış ticarete yönelik faaliyet gösteren teşebbüslerin, uluslararası rekabet gücünü korumak amacıyla yaptıkları hakim durum yaratan veya bunu güçlendiren birleşmeler, “a” bendi kapsamında, etkin rekabetin korunması amacına hizmet edebilir²⁴⁵.

Düzenlemenin “b” bendinin son cümlesi ise konsantrasyonun tüketici yararına sağlayabileceği teknik ve ekonomik gelişmeye değinmekte ve adeta 5. maddedeki muafiyet hükmünü anımsatmaktadır. Kurul, somut olaydaki konsantrasyonun rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirirken bunun teknik ve

ekonomik gelişmeye rekabet engeli oluşturmayacak şekildeki katkısını da dikkate alacak, ve sadece hakim durum değerlendirmesiyle sınırlı kalmayacaktır.

Şüphesiz ifade ettiğimiz bu hususlar, bu gibi yararlı etkilerin ortaya çıkması durumunda söz konusu birleşme veya devralmanın mutlaka 7. madde yasağından muaf tutulması gerektiği anlamına gelmemektedir. Burada vurgulamak istenen, birleşme ve devralmaların ilgili piyasalarda doğrudan veya dolaylı olarak yapacağı yararlı ve zararlı etkilerin bir arada değerlendirilmesi gereği ve yapılacak değerlendirmede sadece hakim durum kriterine bağlı kalınmasının amaca aykırı sonuçlara yol açabileceğidir. Kanımızca bu düzenlemeler, yapılacak değerlendirmede gereken esnekliğin sağlanmasına hizmet etmekte ve muafiyet benzeri bir kurumun bulunmamasının ortaya çıkarabileceği sakıncaların bertaraf edilmesi amacını taşımaktadır²⁴⁶.

Netice olarak denilebilir ki, Tebliğ'deki kriterler de, yapılacak olan değerlendirmenin sadece hakim durum kavramıyla sınırlı olmadığını ve rekabet üzerindeki zararlı etkilerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu, 7. madde anlamında konsantrasyonun varlığını tespit ettikten sonra, öncelikle bu konsantrasyonun hakim durum yaratmaya veya güçlendirmeye elverişli olup olmadığını inceleyecek; fakat değerlendirmede sadece bununla sınırlı kalmayıp, rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmadığını da Tebliğ'de öngörülen kriterler vasıtasıyla ayrıca tespit edecektir.

AÇIKLAMALAR

¹ Terim için bkz. Baykan, sh.189; Türk, sh.47,dpt.130.

² "Optimum büyüklük" (kavram için bkz. Lipsey/Steiner/Purvis, sh.253-255, ayrıca yukarıda §2/II/C/3/b)

³ Whish/Sufrin, sh.666; Aslan, sh.115; Akıncı, sh.46; Areeda/Kaplow, sh.788; Jacquemin, Horizontal Concentrations, sh.81

⁴ Areeda/Kaplow, sh.788

⁵ Whish/Sufrin, sh.666

⁶ Budak, sh.149;Aslan, sh.115; Whish/Sufrin, sh.668

⁷ Yukarıda ifade edilen yararlarının yanı sıra, Avrupa Birliği Hukukunda, uluslararası çaptaki birleşmelerin pazar entegrasyonuna önemli bir katkı sağladığı kabul edilmektedir.

⁸ Whish/Sufrin, sh.668; krş. Budak, sh.149

⁹ Cook/Kerse, sh.65; İnci, sh.16; nitekim bu husus, 4064/89 sy. Tüzük'ün başlangıç kısmının 4. paragrafında da ifade edilmiştir.

¹⁰ Aslan, sh.115; Bork, sh.199

¹¹ Küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin, büyük çaptaki teşebbüslere karşı birleşmeleri ise, tam aksine rekabet açısından yararlı görülmekte ve bu türden birleşmeler genellikle teşvik edilmektedir. (Kintner, sh.99; Aslan, sh.115).

¹² Aslan, sh.117; Whish/Sufrin, sh.668

¹³ Bkz. Birinci Bölüm/§1/III/D

¹⁴ R.G., t.12.08.1997, Sayı 23078, Tebliğ No : 1997 /1

¹⁵ RKHK.' da, isabetsiz olarak, bir teşebbüsün bir başka teşebbüsü devralmasının yanı sıra, bir kişinin, bir başka teşebbüsü devralması da hukuka aykırı olarak kabul edilmiş ve teşebbüsün aynı zamanda gerçek kişi olabileceği gerçeği göz ardı edilmiştir. Kanımızca burada teşebbüs terimi, ticari işletme kavramıyla karıştırılmıştır. Bir gerçek veya tüzel kişinin, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs sayılabilmesi için, bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunması gerekir. Dolayısıyla herhangi bir şekilde ekonomik faaliyette bulunmayan kişinin, bir teşebbüsü devralmasının yoğunlaşma veya konsantrasyonla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Maddenin yorumunda bu hususa önemle dikkat etmek gerekir (Aslan, sh.121). Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki 4064/89 sy. Tüzük, halen en azından bir teşebbüsü kontrol altında tutan bir veya daha fazla kişiden bahsetmektedir (md.3/b).

¹⁶ "Concentration"

¹⁷ "Merger"; "fusion"

¹⁸ Öncelikle ifade etmek gerekir ki, doktrinde, teşebbüsler arasındaki kurumsal birlikteliklerin nasıl nitelendirileceği hususunda terim birliği yoktur. Türk Hukukunda bu hususta her iki terim de birlikte kullanılmakla beraber (Tekinalp/Tekinalp, sh.394; Aslan, AT., sh.265,266; Çeker,sh.99; Var, Birleşmelerin Kontrolü, sh.4,39; Aslan, sh.115; Özsunay, sh.7), kanımızca terminolojik açıdan konsantrasyon deyimi, teşebbüsler arasındaki bu tip birliktelikleri tam olarak ifade etmekten uzaktır. Zira her ne kadar teşebbüsler arasındaki kurumsal ve sürekli birliktelikler, bir konsantrasyonu ve yoğunlaşmayı oluşturuyorsa da, konsantrasyon iktisadi gücün merkezileşmesinin her türünü ifade etmektedir ve dolayısıyla daha geniş bir kavramdır (Tekinalp/Tekinalp, sh.394; Yasaman, sh.2; aksi gör. Öztürk, sh.505, yazar, birleşmenin konsantrasyon

kavramını içine aldığı ifade etmekte ve dolaylı da olsa konsantrasyonun birleşmeden daha dar bir anlamı olduğunu belirtmektedir). Örneğin 4. madde anlamındaki anlaşma ve uyumlu eylemlerin de, Rekabet Hukuku bakımından konsantrasyon olarak nitelendirilmektedirler (Özsunay, sh.5). Nitekim bu hususu dikkate alan Avrupa Komisyonu ve Konsey, 4064/89 sy. Tüzük'te yaptıkları en son değişikliklerde konsantrasyon kavramının kapsamını genişletmiş ve konsantrasyonun gerçekleşebilmesinde, sadece kurumsal bir birlikteliği yeterli olarak kabul etmişlerdir. Henüz Türk hukukuna yansımayan Avrupa Birliği Hukuku düzenlemesine göre, esasen, maddi açıdan RA.'nın 85. maddesi kapsamına giren konsantrasyonlar, Tüzük çerçevesindeki usule tabi kılınmıştır. Bu itibarla, 7.madde kapsamına giren durumları ifade etmek üzere, en azından terminoloji açısından, sadece konsantrasyon yerine “yapısal” veya “kurumsal konsantrasyon” deyiminin kullanılması, daha uygun gözükmektedir.

Bunun yanı sıra, “birleşme” deyimini de, terminoloji açısından tam uygun olmadığı gibi, hukuki açıdan da karışıklığa yol açabilir. Zira hukukumuzda (TTK.md.146, BK.md.179) bu kavram, sadece belirli tür birliktelikleri kapsayacak şekilde, daha dar kapsamlı olarak kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Hukukunda 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü'nde ise, “konsantrasyon” terimi esas alınmış ve buna dayanarak çıkarılan duyurularda da aynı kavram kullanılmıştır. Çalışmamızda ise, yukarıda ifade ettiğimiz sakıncalar saklı kalmak kaydıyla, ağırlıklı olarak iktisadi bir terim olan “konsantrasyon” tercih edilmiştir.

¹⁹ AKÇTA.'nın 66/1. maddesi, teşebbüsler arası konsantrasyonların denetlenebilmesine olanak tanımaktadır. Söz konusu Antlaşma çerçevesinde, konsantrasyonların denetlenmesinde Komisyon'a geniş yetkiler tanınmış olmasına rağmen, Komisyon bu yetkilerin kullanılmasında oldukça çekingen davranmıştır (kapsamlı bilgi için bkz. Bellamy/Child, sh.899-904).

²⁰ Whish/Sufrin, sh.702,703; Tekinalp/Tekinalp, sh.394; Aslan, AT., sh.271,272; Var, sh.27 vd.; Korah, sh. 237; Cook/Kerse, sh.2,3; Özsunay, sh.188; Karakeçili, sh.5,6

²¹ Konsantrasyonlara karşı 86. maddenin uygulandığı ilk karar, daha önce çeşitli vesilelerle ifade ettiğimiz (bkz. İkinci Bölüm/§2/II/B/1/c) Continental Can davasında verilmiştir (Europemballage ve Continental Can – Komisyon, 6/72, (1973), ECR.215). Söz konusu kararı kısaca özetleyecek olursak; paketleme araçları üreten Continental Can isimli Amerikan firması, Avrupa'da faaliyet göstermek amacıyla Avrupalı ortaklarla Europemballage adlı bir şirket kurmuş, fakat Avrupalı ortakların daha sonra bu ortaklıktan çekilmesiyle, şirketin tek sahibi olarak kalmıştır. Bu şirket aracılığıyla, Avrupa'da aynı konuda faaliyet gösteren Thomassen & Drijver N.V. isimli bir başka teşebbüsün çoğunluk hisselerini devralmış ve Komisyon bu devralmanın, 86. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu karar vermiştir. Continental Can bu kararın iptali için Adalet Divanı'na başvurmuş ve Adalet Divanı da, 86. maddenin Roma Antlaşması'nın ışığı altında geniş yorumlanması gerektiğini ve bu maddenin sadece müşteri ve tüketicilere zarar vermeyi amaçlayan uygulamaları değil, aynı zamanda piyasada rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuran yapısal değişiklikleri de kapsadığını belirtmiş; fakat Komisyon'un kararını, usul ve inceleme eksikliği nedeniyle bozmuştur. Şüphesiz bu karar, konsantrasyonların da 86. madde

vasıtasıyla denetlenebileceği hususunda Komisyon'a önemli bir imkan vermiştir (Bu kararın incelemesi için bkz. : Aslan, AT, sh.272-278; Gijlstra/Murphy, sh.13-26).

²² Konsantrasyonlara karşı 85. maddenin uygulandığı ilk karar, Philip Morris davasında verilmiştir (BAT&Reynolds-Komisyon, dava 156/84, (1987), ECR.4487 (1988), 4 CMLR. 24). Söz konusu davada, Rothmans'ın azınlık hisselerinin Philip Morris tarafından devralınması, 85/1. madde kapsamında değerlendirilmiş, fakat bu sözleşmeye 85/3. madde çerçevesinde muafiyet verilmiştir. Rakip teşebbüslerin temyiz başvurusunu inceleyen Adalet Divanı, hisse devri veya başka bir yolla başka bir teşebbüsün yönetiminin kontrol edilmesi halinin, ilke olarak 85/1. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiş, öte yandan somut olaydaki sözleşmenin Rothmans üzerinde kontrole imkan vermemesi nedeniyle, Komisyon'un muafiyet kararını yerinde bulmuştur (Bu kararın incelemesi için bkz. : Karakeçili, sh.5,6).

²³ RA.'nın 85 ve 86. maddelerinin, konsantrasyonların denetimine uygun olmamasının pek çok nedeni olmakla beraber, bu nedenlerin önemli olanlarına kısaca değinmek gerekir. Her şeyden önce, konsantrasyonların denetiminde önceden işletilebilen bir soruşturma veya denetim mekanizmasının bulunmaması, soruşturma sonrasında hukuka aykırı görülen bir yoğunlaşmanın tasfiyesinde önemli güçlükler yaratmaktaydı. Üstelik inceleme sürelerinin oldukça uzun sürmesi, konsantrasyonlar bakımından uygun değildi. Ayrıca 85/2. maddede yer alan katı hükümsüzlük rejimi, bu tip sözleşmelerin bünyesiyle uygun düşmüyordu. Bunun yanı sıra özellikle 85. madde vasıtasıyla gelen bildirimlerin olağanüstü artması, sağlıklı biçimde denetim yapmayı oldukça güçleştiriyordu.

RA.'nın 86. maddesi açısından bakıldığında ise, bu maddenin sadece birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüsün hakim durumda olması koşuluna bağlı olarak tatbik edilebilmesi ve tek yönlü davranışları kapsamaması, konsantrasyonların denetimi bakımından yeterli değildi. Bunun dışında, kötüye kullanma kavramının belirsiz ifadesi, denetimin hangi kriterlere göre yapılacağı hususunda tereddüt yaratmaktaydı (krş. Var, sh.36-38; Weatherill/Beaumont, sh.807-811).

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki, her ne kadar bu maddeler, konsantrasyonların denetimi açısından karşı elverişli düzenlemeler olmasalar da, bu durum, onların Tüzük ile beraber uygulanamayacağı anlamına gelmez (Whish/Sufrin, sh.703, Bellamy/Child, 308, Aslan, AT.,sh.264, Korah, sh.245) Nitekim bu husus 4064 sy. Konsey Tüzük'ünün önsözünde yer alan 6. fıkrada da açıkça ifade edilmiştir. Amerikan hukukunda da, birleşmelerin denetimi Clayton Yasası ile sağlanmakla beraber; Shearman Yasası'nın rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ilişkin olan 1. maddesi ve monopolleşmeye ilişkin olan 2. maddesi, sınırlı olarak uygulanma kabiliyetini haizdir (Kintner, sh.100; Lieberman/Siedel, sh.564).

²⁴ Korah, sh.237; Cook/Kerse, sh.1,

²⁵ Komisyon 1973 yılında bir tüzük tasarısı hazırlayarak Konsey'e sunmuş ve bu tasarı 1981 ve 1984 yıllarında değişikliğe uğradıktan sonra, ancak 1989 yılında kabul edilmiştir. "4064/89 sy. Teşebbüsler Arası Konsantrasyonların Denetimi Hakkındaki Tüzük" (Council Regulation EEC 4064/89 on the Control of Concentrations Between Undertakings) 21 Aralık 1989 tarihinde yayınlanmış (OJ.(1989) L395/1) ve 1990 yılında üzerinde küçük çapta değişiklikler yapılmıştır (OJ.(1990), L.257/14). Söz konusu Tüzük, 21.9.1990 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu Tüzük'ün etkin bir şekilde uygulanması amacıyla DG.IV (Directorate Generale) bünyesinde "*Merger Task Force*" adı altında

özel bir birim kurulmuştur. Tüzük en son 1997 yılında önemli sayılabilecek ölçüde değişikliğe uğratılmış (t. 30.06.1997, OJ. L.180/1 Regulation No:1310/97) ve özellikle ortak girişimlere ile ilgili kısım ile konsantrasyonların topluluk boyutuna sahip olabilmesi için gerekli olan eşikler değiştirilmiştir. Bu değişiklikler ise, oldukça yakın bir tarih olan 3.3.1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁶ Amerikan Antitröst Hukukunda, birleşme ve devralmaların denetimi Shearman Yasası'nın çıktığı ilk yıllarda, Avrupa Birliği Hukukundakine benzer bir şekilde, söz konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle sağlanmaya çalışılmış, fakat daha sonra bu düzenleme yeterli görülmeyerek, daha etkin hükümler içeren 1914 tarihli Clayton yasasının kabul edilmiştir. Ancak bu Yasa'nın da, sadece sermaye hisselerinin alımı veya devri yoluyla birleşmeleri yasaklaması ve malvarlığının devrini yasaklamaması ve ayrıca sadece aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki konsantrasyonları kapsamaması, etkisiz kalmasına yol açmış ve bu nedenle 1950 yılında Celler-Kefauver Yasası kabul edilerek, konsantrasyonlar hakkındaki 7. maddede değişiklik yapılmıştır (Allison/Prentice, sh.377; Areeda/Kaplow, sh. 792 vd.; Lieberman/Siedel, sh.577; Bork, sh.200).

²⁷ Kavram için bkz. aşağıda §1/III/D

²⁸ Whish/Sufrin, sh.706; Cook/Kerse, sh.13

²⁹ Bu konuda diğer başka tanımlar: “Ekonomik gücün ve karar verme gücünün azalan sayıdaki işletmeler arasında yeniden paylaşımı konsantrasyon olarak nitelenebilir” (Aslan, AT., sh.265); “Konsantrasyon, iki veya daha fazla teşebbüsün, (iktisadi) bağımsızlıklarını kaybedecek şekilde ortak kontrol altında bir araya gelmesi olarak nitelendirilebilir” (Cook/Kerse, sh.13).

³⁰ “Commission Notice on the Notion of a Concentration” (Konsantrasyon Kavramı Hakkında Komisyon Duyurusu) OJ.(1994),C.385/5; “Notice on the Distinction Between Concentrative and Co-operative Joint Ventures” (Konsantrasyona Yol Açan Ortak Girişimlerle, Kooperasyona Yol Açan Ortak Girişimlerin Birbirlerinden Ayırt Edilmesine Dair Komisyon duyurusu) OJ.(1990) C.203/6.

³¹ 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü'nün 3. maddesi, konsantrasyonun tanımı başlığını taşımasına rağmen, bu maddede ampirik bir metot izlenerek, konsantrasyonun tanımından ziyade, temel görünüşleri, unsurları ve konsantrasyon olarak nitelendirilemeyecek haller belirtilmiştir. Aynı yaklaşımı, birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurulu Tebliği'nde de görmek mümkündür. Konsantrasyonun tanımı ise, 4064/89 sy. Tüzük'ün giriş bölümünün 23. paragrafında zikredilmiş (1310/97 sy. yeni Tüzük'ün ise; giriş kısmı, para.5) ve bu tanım, Komisyon'un çıkardığı duyurularda da aynen benimsenmiştir.(Notice on Concentration, giriş kısmı, para..3,4, sh.1, Notice on Distinction, giriş kısmı, md.5, sh.1). Benzer bir tanım: Var, sh.39

³² Bkz. aşağıda II/C/4

³³ Aslan, sh.116; Allison/Prentice, sh.379; Kintner, sh.90; Whish/Sufrin, sh.665; Öztürk, sh.505; Lieberman/Siedel, sh.578; Var, sh.6 vd. (yazar konsantrasyonları üçe değil, dörde ayırmış ve yukarıda ifade edilenlerin yanı sıra, coğrafi birleşmeler adı altında bir başka konsantrasyona yer vermiştir. Ülke kriterinin baz alındığı bu ayırımın, temelde kendisinin de belirttiği pazar genişleme amaçlı (piyasa genişlemesi) konsantrasyondan pek bir farkı yoktur).

³⁴ Özellikle Amerikan doktrini ve uygulamasında, konsantrasyonlar, dikey, yatay veya karma özelliklerine göre değerlendirilmekte ve hukuka aykırılık da genel olarak bu ayırımı tespit edilmektedir (Allison/Prentice, sh.379 vd.; Lieberman/Siedel, sh.580 vd.; Kintner, sh.95 vd.).

³⁵ Normal şartlar altında, bir konsantrasyon bu üç halden birine girmesi gerekirken bazı hallerde birden fazla konsantrasyon türünün özellikleri birada görülebilir. Örneğin, ilgili mal piyasasının dikey bazında da faaliyet gösteren teşebbüs ile, bu piyasaların herhangi birinde faaliyet gösteren başka bir teşebbüs arasındaki birleşmeler hem dikey, hem de yatay birleşme özelliği gösterebilir (<Brown Shoe Co.-United States. US., 370, 294 (1962)>). Krş. yukarıda §1/III/C/2

³⁶ Türk Hukuku bakımından, ne Kanun'un ilgili maddesinde, ne de bu maddeye dayanılarak çıkarılan Tebliğ'de, konsantrasyonlara ilişkin bu şekilde bir sınıflamaya gidilmemiştir. Şüphesiz böyle bir sınıflamanın yapılmış olmaması, yatay konsantrasyonların dışında kalan, dikey ve karma konsantrasyonların kapsam dışında kalacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira ne 7. maddede, ne de buna dayanarak çıkarılan Tebliğ'de, konsantrasyonların mutlaka aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Önemli olan, herhangi bir piyasa (veya piyasalarda) rekabetin önemli ölçüde azalmasıdır. Rekabetin önemli ölçüde azalmasının temel göstergesi olarak kabul edilen hakim durumun güçlenmesi ve Tebliğ'de piyasa payının yanı sıra yer alan ciro kriteri de, bunu destekleyici mahiyettedir.

³⁷ "Horizontal concentrations" ; "horizontal mergers"

³⁸ Whish/Sufrin, sh.665; Kintner, sh.95; Allison/Prentice, sh.379

³⁹ Örneğin Amerikan Antitröst Hukukunda, yüksek yoğunlaşmanın bulunduğu piyasalardaki yatay birleşmelerin değerlendirilmesinde, ufak piyasa payları dahi, hukuka aykırılık için yeterli görülmektedir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi, Philadelphia Ulusal Bankası davasında, birleşme sonrası ortaya çıkan %30'luk piyasa payını, başka hiçbir faktörü araştırmaksızın hukuka aykırılık için yeterli görmüştür.

Doktrinde, Kintner ise daha da ileri giderek, konsantrasyona katılan teşebbüslerin toplam piyasa payının %5'i aşması halinde dahi şüpheli bir durumun belirdiğini, bu oranın yükseldikçe şüphenin artacağını belirtmiştir (Kintner, sh.95,96).

⁴⁰ Nitekim gerek Amerikan, gerekse Avrupa Birliği Rekabet Hukuklarında, ancak hakim durum yaratan ve bu nedenle ilgili piyasada rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açan konsantrasyonlar hukuka aykırı kabul edilmekte ve hatta belirli bir büyüklüğü aşmayan konsantrasyonlar, inceleme kapsamına dahi alınmamaktadır. Küçük ve orta ölçekli teşebbüsleri birleşmeleri ise, aksine yararlı kabul edilmekte ve rekabet otoritelerince teşvik edilmektedir (krş. Aslan, sh.117; Kintner, sh.99; Ersin, sh.24).

⁴¹ "Vertical concentrations" ; "vertical mergers"

⁴² Teşebbüsün, kendisinden sonra gelen ekonomik aşamada faaliyet gösteren bir başka teşebbüsle birleşmesi "*forward integration*" (ileriye yönelik entegrasyon), kendisinden önce gelen bir teşebbüsle birleşmesi ise "*backward integration*" (geriye yönelik entegrasyon) olarak adlandırılmaktadır (kavramlar için bkz. Whish/Sufrin, sh.669; Kintner, sh.91; Lieberman/Siedel, sh.578) Bu bağlamda, yukarıda ifade edilen ilk durum "*forward*", ikincisi ise "*backward integration*" olarak nitelendirilebilir.

⁴³ Örneğin Avrupa Birliği Hukukunda Komisyon, henüz herhangi bir dikey konsantrasyona ilişkin yasaklama kararı vermemiştir. Buna karşılık Amerikan hukukunda, özellikle 1960 ve 70’li yıllarda, devralan teşebbüsün ekonomik gücü ve büyüklüğüne bağlı olarak, çeşitli yoğunlaşmalar (<Reynolds Metal Co.-Federal Ticaret Komisyonu, 309 F.223, (1962), Protector&Gamble Co.- Federal Ticaret Komisyonu, 386 US., 568, (1967)>) hakkında yasaklama kararları verilmiş ve bunların tasfiyesi de dahil olmak üzere, çeşitli yaptırımlar uygulanmıştır.

⁴⁴ Aslan,AT., sh.266; Whish/Sufrin, sh.668; Kintner, sh.96,97; krş. Allison/Prentice, sh.382; 383; Lieberman/Siedel, sh.581

⁴⁵ Whish/Sufrin, sh.537,538,608

⁴⁶ “Conglomerate Concentrations”; farklı bir terim için bkz. Aslan, sh.117, dpt.4; Öztürk, sh.505 (aykırı birleşmeler)

⁴⁷ “Product extension merger”; “product extension concentrations”

⁴⁸ “Market extension merger”; “market extension concentrations”

⁴⁹ Lieberman/Siedel, sh.578; Var, sh. 8; Whish/Sufrin, sh.665; Kintner, sh.90, 91

⁵⁰ Örneğin genel olarak yazılı basın piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün, görsel basın piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüsle birleşmesi veya makyaj malzemeleri üreten bir teşebbüsün, vücut veya saç bakım malzemeleri üreten bir teşebbüsle birleşmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

⁵¹ “Pure Conglomerate Concentrations”

⁵² DPT., sh.35

⁵³ Konsantrasyona taraf olan teşebbüslerden birinin veya daha fazlasının ekonomik açıdan güçlü teşebbüsler olması, şüphesiz bu konsantrasyonun rekabete olan olumsuz etkisini artırmaktadır. Bu çerçevede, aykırı bir konsantrasyonda taraflardan birinin büyük olmasının, devralınan (hedef) teşebbüsün (target enterprise) faaliyet gösterdiği piyasadaki aktüel ve potansiyel rakipler için caydırıcı sonuçlar doğuracağı ve bu durumun, piyasadaki rekabetin azalmasına yol açabileceği genel olarak ifade edilmektedir (Kintner, sh.97; Whish/Sufrin, sh.669).

⁵⁴ Kintner, sh.97,98; Whish/Sufrin, sh.669; Lieberman/Siedel sh. 582,583; Bork, sh. 250 vd.; Allison/Prentice, sh.384

⁵⁵ Kintner, sh.97; Bork, sh.257,258; Aslan, AT., sh. 267; Lieberman/Siedel, sh.583. Zikredilen yazarlar tarafından da özetlenen Yüksek Mahkeme kararına göre, büyük bir yiyecek dağıtıcısı teşebbüsün, suya çıkarılmış soğan ve sarımsak üretiminde hakim bir teşebbüsü satın alması ve akabinde, kendisi aracılığıyla ürünlerini pazarlayan başka teşebbüsleri, devralmış olduğu bu teşebbüsten soğan ve sarımsak almasına göre belirlemesi, Clayton Yasası’nın 7. maddesine aykırı olarak değerlendirilmiştir.

⁵⁶ Birleşme, devralma kavramının özel bir halinden ibarettir. Her birleşme aynı zamanda bir devralmadır, ancak her devralma, aynı zamanda bir birleşme teşkil etmez. Bir teşebbüs başka bir teşebbüs veya teşebbüsleri tamamen devralabileceği gibi (bu halde birleşme gerçekleşir), bunların bir kısmın devralmakla da yetinebilir. Bu itibarla, Tebliğ’in 1. maddesinin “a” ve “b” bentlerinin birbirinden kesin sınırlarla ayrılması mümkün gözükmemektedir.

⁵⁷ Oysa Avrupa Birliği Hukukunda 4064/89 sy. Tüzük’ün 4/2. maddesi, birleşme ve ortak kontrol halindeki bildirim ile bunun dışındaki bildirim hallerini, bildirimde bulunacak kişiler bakımından farklı düzenlemelere tabi tutmuştur.

⁵⁸ Bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b/ba ve Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b/bb/bba

⁵⁹ Belirtelim ki, mevcut düzenleme açısından “birleşme” kavramına sadece hukuki anlamın verilmesi, yani buradaki birleşmenin ticaret ortaklıklarının birleşmesi bağlamında değerlendirilmesi de düşünülebilir. Zira böyle bir yorum tarzının kabulü halinde de sonuç değişmeyecek, Tebliğ’in 2. maddesinin “b” bendindeki “kontrol” kavramının geniş kapsamı, her türlü birleşmeyi kapsayacaktır. Ayrıca bu yaklaşımı destekleyici bir düşünce olarak, “a” bendinin ekonomik bir yaklaşımla geniş yorumlanmasının, “b” bendinin geniş kapsamını gereksiz hale getirdiği de söylenebilir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, buna benzer görüşler bulunmaktadır. Fakat bu yaklaşımın, rekabet hukukunun genelinde hakim olan yaklaşımla çelişeceği açıktır (bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b/ba).

⁶⁰ Öztürk, sh.507; Aslan, sh.118,119; Karakeçili, sh.10

⁶¹ Şüphesiz Türk Hukukunda birleşme teriminin yer aldığı pek çok hüküm olmakla birlikte (MK. md.700, md.708, BK. md.116), konumuz açısından önem taşıyan, kıyaslama imkanı bulabileceğimiz hükümlerdir.

⁶² Malvarlığı, bir hukuk öznesinin parayla ölçülebilir hak ve borçlarının tümüdür (Türk, sh.62; Yasaman, sh.7; Acemoğlu, sh.9,10). Buradaki işletme kavramı ile kastedilen ise, TTK. anlamındaki işletmelerdir ve bunlar genel malvarlığı içerisinde, hususi malvarlığını teşkil ederler (Acemoğlu, sh.16,19; aksi gör. Yasaman, sh.9). BK.’nun 180. maddesi anlamında işletmelerin birleşmesinden bahsedebilmek için, birleşen işletmelerin aktif ve pasifleriyle tamamının yeni kurulan işletmeye tahsisi gerekmektedir (istisna için bkz. Acemoğlu, sh.27,31).

⁶³ Koop. K.’nun, kooperatiflerin dağılmasına ilişkin 7. bölümünün 84. maddesi, birleşme suretiyle dağılmaya yer vermiştir. Söz konusu hüküm, Borçlar Kanunu’nun sistematüğinden farklı olarak “birleşme” ve “devralma” kavramlarını ayırmamış ve bir kooperatifin bir başka kooperatife, aktif ve pasifleriyle bütün olarak devredilmesi halinde, bunu birleşme olarak nitelendirmiştir. Koop. K. anlamında bir birleşmeden bahsedebilmek için, iki veya daha fazla kooperatifin, hukuksal (md. 84/7), toplumsal (md. 84/8) ve ekonomik açıdan birleşmeleri gerekmektedir. Görüldüğü üzere kooperatiflerin birleşmesi, ticaret ortaklıklarının birleşmesine benzemektedir ve bu tip bir birlikteliğin, teşebbüs sıfatını haiz kooperatiflerce gerçekleştirilmesi halinde, Rekabet Hukuku anlamında “birleşme” sayılacağına hiçbir şüphe yoktur.

⁶⁴ Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, evvelce hakiki veya hükmi tek bir şahsa ait olup da, kolektif (kolektif) veya komandit şirket haline konulan bir işletmenin borçları hakkında da aynı hükmün cari olduğu belirtilmiş ve gerçek bir şahsa ait bir işletmenin ya da ticari bir şirketin, şekil değiştirerek, bir şahıs şirketi meydana getirmesi de sonuçları itibarıyla iki işletmenin birleşmesi gibi değerlendirilmiştir.

⁶⁵ BK.’nun 180. maddesindeki işletme veya malvarlığının birleşmesine ilişkin hüküm, temelde borcun naklinin özel bir durumu olarak düzenlenmiştir. 179. maddede yapılan atfa bağlı olarak, borç naklinin hüküm doğurması ve iki senelik sürenin başlaması, devrin ihbarı veya ilanı yapılması başlar. Her iki maddede de, birleşme ve devralmanın ne şekilde yapılacağına ve borçların akıbetinin ne olacağına ilişkin yer alan düzenlemeler dışında, birleşmenin (veya devralmanın) hükümlerine ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Şüphesiz 180. madde anlamında işletmelerin birleşmesinden bahsedebilmek için, işletme sahiplerinin yeni kurulan işletmede ortak sıfatını taşıması

gerekmektedir; zira bunlardan herhangi birinin yeni işletmede pay sahibi olmaması, bunun birleşme değil ancak devir olarak nitelendirilmesine imkan verir. “Karşılıklı devralınması” ibaresinin başka türlü yorumlanması da güçtür.

⁶⁶ TTK.’nın 146. maddesi genel olarak birleşmenin tarifini, 147. maddesi birleşmenin aynı neviden şirketler arasında olması koşulunu ve bunun istisnasını, 148. madde şirketlerin karar almalarını, 148. madde bilanço hazırlanmasını, 150 ve 151. maddeler ise, alacaklıların itiraz haklarını ve birleşmenin külli halefiyetle ilgili hükümlerini düzenlemektedir.

⁶⁷ TTK.’nda birleşmelere ilişkin hususi hükümler, özellikle anonim ortaklıklar bahsinde bulunmakta (md.451, md.452 ve md.453), bunların dışında TSN.’de de çeşitli hükümler yer almaktadır (md.79-81).

⁶⁸ BK.’nda ise (md.179), TTK.’ndan farklı olarak, bir işletmenin başka bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle bir bütün olarak devralması ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Temel özelliği itibarıyla bu madde de, devralma kavramını düzenlemekten ziyade, devralma neticesinde eski işletme sahibinin alacaklılarının menfaatlerini, devralma sonrasında teminat almaya yöneliktir. Bununla birlikte, 179. madde anlamında devralmadan bahsedebilmek için, işletmenin bütününe yakın bir kısmının devir sözleşmesine konu edilmesi gerekir. Bu bağlamda, eğer devralan şahıs (gerçek veya tüzel kişi) Rekabet Hukuku bakımından teşebbüs sıfatına haiz, devre konu işletme de başlı başına ekonomik bir bütün ise, o takdirde, bunlar arasında bir birleşmeden bahsedilebilir.

⁶⁹ “Combination” (kombinasyon veya yeni bir ortaklık kurulması yoluyla birleşme, birleşen teşebbüslerin hukuki kişiliklerini korumaları ve yeni ortaya çıkan teşebbüsün, birleşenlerden bağımsız biçimde faaliyeti göstermesi halinde tipik bir “*ortak girişim*” niteliğini kazanmaktadır).

⁷⁰ “Absorption”

⁷¹ Doktrinde hukuki anlamıyla birleşme (legal fusion) kavramına ilişkin yapılan bazı tanımları zikretmek gerekirse: “Dar ve teknik anlama göre birleşme, çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin bir ortaklık haline gelmesi ve birleşen ortaklık veya ortaklıkların pay sahiplerine, bu ortaklığın paylarının verilmesidir” (Yasaman, sh.5); “Teknik-hukuki anlamda birleşme bir veya birden çok ticaret ortaklıklarının malvarlığının tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir ortaklığa kendiliğinden ve külli halefiyet yoluyla geçmesi ve bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden ortaklığın ortaklarının, hesaplanan bir değiş tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde bileşilen ortaklıkta, kendiliğinden ortaklık kazanmasıdır” (Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu, sh.99).

⁷² Türk, sh.37,38

⁷³ Birleşmenin, ancak aynı neviden ortaklıklar arasında gerçekleşebileceğine ilişkin kural, komandit ortaklıkla kolektif ortaklığın ve anonim ortaklıkla sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın birleşebileceği öngörülerek yumuşatılmıştır (TTK. md.147).

⁷⁴ Ticaret ortaklığının bulunmadığı veya var olan ortaklıkların TTK anlamında aynı neviden olmadığı hallerde, bunlar arasındaki birleşme, BK.’nın 179 ve 180. maddelerine tabidir (Yasaman, sh.12,16).

⁷⁵ Kavram için bkz. Türk, sh.80 vd.

⁷⁶ Türk, sh.20. Bu durumun istisnası olabileceğine ilişkin olarak bkz. Türk, sh.16,77

⁷⁷ Sadece birleşmeler açısından değil, 4. madde açısından da aynı sonuç geçerlidir. Zira ekonomik açıdan bağımsız olmayan ekonomik birimler, birbirleriyle olan münasebetlerinde ayrı teşebbüsler olarak mütalaa edilmezler (bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b/bb/bba).

⁷⁸ “*İkiz ortaklık*” (çift şirket), iki veya daha fazla kişinin iki ayrı şirket kurmaları ve bu şirketlerin, biri diğerinin bağımlı yöneticisi olarak faaliyet gösterecek şekilde bir ekonomik birlik halinde kaynaşmaları halinde söz konusudur. Görüldüğü üzere, çifte ortaklık durumunda ekonomik açıdan birbirine bağımlı olmakla birlikte, hukuksal yönden birbirinden bağımsız iki ortaklık bulunmakta ve ekonomik birlik, ortaklar arasındaki ayniyetten kaynaklanmaktadır (Türk, sh.60; Barlas, sh.100,101; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.170,171; Kaplan, sh.21). Bazı yazarlar, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, çift şirket vasfının bulunduğunu kabul etmektedir (Kaplan, sh.21; Yılmaz, sh.482; aksi gör. Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.171; Barlas, sh.197).

⁷⁹ “*Konzern*”, hukuken bağımsızlıklarını koruyan teşebbüslerin ortak bir yönetim gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bütündür (Barlas, sh.165; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.934; krş. Tekil, sh.45). Konzernler, oluşum tarzı bakımından sözleşmesel ve fiili konzern, ilişkinin niteliği bakımından, eş düzey ve tabiiik esasına dayalı konzernler olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Fiili konzern ilişkisinde, teşebbüsler arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayıp, holdingde olduğu gibi, hakim teşebbüsün gücü, diğer teşebbüsler üzerinde sermayeye katılma veya benzeri sebeplerden kaynaklanmaktadır. Tabiiik esasına dayalı konzernlerde ise, çatı teşebbüsün konzern ilişkisi içerisinde hakimiyeti bulunmakta, eş düzey konzernlerde ise, hakimiyet söz konusu olmaksızın, konzern ilişkisi dahilindeki teşebbüslerin eşit düzeyde yer aldığı ortak yönetim ilişkisi mevcut bulunmaktadır. Bu itibarla, eş düzey konzernler sadece ve mutlaka sözleşmeye dayanırlar. Buna karşılık tabiiik esasına dayalı konzernler sözleşmeye dayanabilecekleri gibi, sözleşme dışı kontrol vasıtalarıyla da kurulabilirler (Barlas, sh.168-171).

Görüldüğü üzere, özellikle tabiiik esasına dayalı konzern ilişkisi, holding ilişkisine benzemekte, fakat bundan daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Sözleşmeye dayalı konzernler ise, çifte ortaklığı da içine alacak genişlikte bir kavramdır ve tek ve ortak bir ekonomik yönetim olgusunun bulunması, bunların Rekabet Hukuku anlamında “birleşme” olarak değerlendirilmesinde yeterlidir.

⁸⁰ “ *Holding*”, bir ortaklığın (çatı-ana ortaklık), diğer bir veya birden fazla ortaklığa, bunların idaresine hakim olacak şekilde katılmasını, yani bunların hisse senetlerine sahip olmasını ve/veya yönetim kurulunda kendi iradesine tabi yönetici bulundurmasını ifade eden bir ilişkidir (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.244; krş. Kaplan, sh.19; Karayalçın, Üst Kuruluşlar, sh.30). Holdingin yavru şirketler üzerindeki egemenliği devamlı bir ilişkidir (dolayısıyla “holding” terimiyle, hem gruba dahil şirketler arasındaki bağımlılık ilişkisi, hem de hakim olan ana şirket kastedilmektedir). Yavru şirketler, özellikle yatırımların sınai, iktisadi ve mali portresi ile pazarlama yönünden, holdingin ana politikasına uymak zorundadırlar. Yavru şirketler, bir ana politikanın uygulayıcısı konumunda bulduklarından dolayı, aralarında fiilen bir rekabet de söz konusu olmaz (Tekil, sh.43,44,45).

Holdingleler, iştirakin dışında ayrıca ekonomik faaliyet yürütüp yürütmediklerine göre, saf ve karma holding; faaliyet gösterdikleri piyasaya göre de, yatay ve dikey holding şeklinde ayrılabilirler. TTK.'nda ise holding, geniş anlamıyla kullanılmış ve sadece iştirak kriterine yer verilmiştir (md.466/4). Oysa Rekabet Hukuku anlamında konsantrasyondan bahsedebilmek için, iştirakin, yavru şirketler üzerinde egemenliğe veya kontrole imkan verecek ölçüde gerçekleşmesi gerekir. Bir holding ilişkisinin "a" bendi anlamında "birleşme" olarak kabul edilebilmesi için, teşebbüsler veya daha doğru bir deyimle ortaklıklar arasındaki ilişkinin, tek bir ekonomik bütün içerisindeki ilişkiler şeklinde olması; gevşek olmaması gerekir.

⁸¹ Teşebbüslerin güçlerini bir araya getirerek ortak girişim şirketi kurmaları, birlikteliğin, süreklilik vasfı taşıması ve yönetimin kurulan ortak girişime devredilmesi halinde, birleşme olarak nitelendirilebilir (ortak girişimler için bkz. aşağıda II/C/4).

⁸² Amerikan ve İngiliz hukuk sistemlerine özgü bir kavram olan "tröst" (trust), çeşitli anlamlara gelmekle birlikte, genel olarak, "bir istihsal veya ticaret şubesinin inhisar altına alınması için, müteaddit teşebbüslerin bir araya gelmesini ifade eder. Tröste dahil olan teşebbüslerin hukuki muhtariyeti baki olmakla birlikte, iktisadi muhtariyetleri tahdit altına alınmıştır" (Hirsch, sh.401).

⁸³ Bağlı işletme ilişkisi, yukarıda ifade edilen bu ekonomik birliktelikleri kapsayan üst bir kavramdır (Barlas, sh.164, Tekil, sh.55) ve genel olarak, hukuki açıdan bağımsız veya diğer bir ifadeyle hak süjesi olup da, ekonomik açıdan başka bir teşebbüse bağımlı veya bağlı konumdaki işletmeleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. (Tekil, sh.54,55; krs. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.931 vd.; Hirsch, sh.400).

⁸⁴ Bunlara gizli birleşme veya eylemli birleşme de denilmektedir (Türk, sh.14).

⁸⁵ Fakat belirtelim ki, gerçek veya tüzel kişilerin oluşturdukları adi ortaklık benzeri ilişkiler, kurumsal bir yapıya sahip olmadıklarından dolayı, kalıcılık vasfını haiz olmayabilirler. Bu açıdan, bu tip birlikteliklerin 4. madde kapsamında değerlendirilmesi ihtimali de bulunmaktadır.

⁸⁶ Avrupa Birliği Hukukunda Cook ve Kerse, 4064/89 sy. Tüzük'ün 4. maddesinin "a" bendindeki birleşme kavramının, sadece hukuki birleşmeleri kapsadığını, iktisadi anlamda birleşmeleri ihtiva etmediğini ileri sürmektedirler. Yazarlar bu görüşlerine dayanarak; "a" bendine ekonomik birleşmelerin tamamını kapsayacak şekilde yorumlanmasının, "b" bendinin geniş düzenlenmesini gereksiz kılacağını ileri sürmektedirler. Ayrıca, kooperasyon ve konsantrasyona yol açan işlemlerin ayrılmasına ilişkin Komisyon duyurusunun 46. maddesinin ve bildirim formunun 2/2. maddesinin de bu görüşü destekleyici mahiyette olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber, yazarlar ayrıca, bu ayırımın pratik açıdan çok bir önem taşımadığını ve bildirim birleşen teşebbüslerce birlikte yapılması gereği dışında (4064/89 no'lu Tüzük md.4/2), "a" ve "b" bentlerine bağlanan sonuçların aynı olduğunu da ifade etmektedirler (Cook/Kerse, sh.15,16).

⁸⁷ Bellamy/Child, sh.309,310; Aslan, AT., sh.280; Var, sh.40; Karakeçili, sh.10; Notice on Concentrations, sh.2, md.7; Esin Arif, sh.216,217; Notice on Undertakings, sh.2 md.12; 24th Report, sh.183,184; İngiliz Hukukunda da, 1973 tarihli Dürüst Ticaret Kanunu'nda (Fair Trading Act, md. 64) birleşmenin kapsamı hususunda aynı yaklaşım benimsenmektedir; bkz. Whish/Sufrin, sh.679.

⁸⁸ Avrupa Birliği Hukukunda ekonomik anlamda birleşmenin en önemli göstergesi olarak tek bir merkezden sevk ve idare ölçütü esas alınmakla beraber, buna ek olarak dahili kar (internal profit), grup içinde oluşan zararların ortak karşılanması ve gruba dahil teşebbüslerin dışa karşı müşterek sorumluluğu gibi özellikler de dikkate alınmaktadır (Notice on concentrations, sh.2, md.7).

⁸⁹ Farklı gör. Aslan, sh.121 (yazar Kanun'daki birleşme teriminin, TTK. anlamında birleşmeleri ve kısmen de ortak girişimleri ifade ettiğini belirtmektedir. Bu görüşü krş. Aslan, AT, sh. 280).

⁹⁰ Teknik hukuki anlamıyla ortaklık birleşmelerinin aynı zamanda 7. madde kapsamına giriyor olması, bunlar için TTK.'nda öngörülen birleşme prosedüründe değişiklik meydana getirecektir. Tebliğ'de öngörülen, önceden bildirim ve izin sistemine ilişkin hükümlerin, TTK.'da öngörülen sistem karşısındaki durumunun belirlenmesi gerekir.

⁹¹ Koop. K.'nda yer alan bu hükümler, büyük ölçüde ticaret ortaklıklarının (özellikle anonim şirketlerin) birleşmesine ilişkin düzenlemelerin paralelidir. Bu itibarla ticaret ortaklıkları hakkında ifade edilenler, kooperatifler bakımından da geçerlidir. Buna karşılık kısaca ifade edecek olursak, Koop.K.'nda devralma kavramı, birleşmeler bahsinde mütalaa edilmekte ve dolayısıyla bu kavram, 7. madde anlamındaki bir devralmadan çok, birleşmenin özelliklerini taşımaktadır. Bu Kanun bakımından devralarak birleşmeden bahsedebilmek için ise, en az bir kooperatifin gerek hukuki ve gerekse ekonomik bağımsızlığının sona ermesi gerekmekte ve ayrıca toplumsal birleşme ve kaynaşmanın da gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Bu itibarla, Koop.K.'ndaki düzenlemeyi, 7. madde anlamında devralma olarak nitelemek mümkün değildir.

⁹² Söz konusu maddeye göre : *“Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar ve gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olur; şu kadar ki iki yıl müddetle evvelki borçlu dahi yenisiyle birlikte müteselsilen mesul kalur; bu müddet muaccel borçlar için ihbar veya ilan tarihinden ve daha sonra muaccel olacak borçlar için de muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Borçların bu suretle naklinin hükümleri, tek bir borcun nakli akdinden doğan hükümlerin aynıdır.”*

⁹³ Devir sözleşmesi birden fazla kimseyle kurulabilir ve işletme birden fazla kişiye devredilebilir. Öte yandan böyle bir devrin konsantrasyona yol açma ihtimali doğal olarak daha zayıftır. Devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi değil, borçlandırıcı işlemdir ve işletmenin mülkiyetinin geçebilmesi için ayrı ayrı tasarruf muamelelerinin yapılması gereklidir (Bununla beraber bu noktada, borç naklinin ne zaman gerçekleşeceği tartışmalıdır: Bu tartışmalar için bkz. Acemoğlu, sh.45 vd.).

⁹⁴ Prensip olarak BK.'nun 179. maddesi anlamında bir devir sözleşmesinden bahsedebilmek için, sözleşmenin, işletme ve malvarlığının bütünü konu etmesi gerekir. Fakat ticari işletme veya malvarlığının önemli bir kısmını oluşturmayan aktifin, alıkonulmasının mümkün olduğu da kabul edilmektedir (Acemoğlu, sh.31).

⁹⁵ Evvelce de belirttiğimiz üzere, aralarındaki genellik özellik ilişkisinin bir sonucu olarak, birleşme ve devralma durumları çoğu kez bir arada bulunmaktadır. Bununla beraber somut olaydaki bir birlikteliğin bunlardan hangisi kapsamında değerlendirileceği sorunu karşısında ileri sürülebilecek ilk ölçüt, kanımızca hukuki bağımsızlığın kaybedilmesi olmalıdır. Zira, olağan şartlar altında hukuki bağımsızlığın kaybedildiği bir durumda, ekonomik bağımsızlık da bütünüyle kaybedilecek ve daha da önemlisi, ayrı bir

yönetim olgusu ortadan kalkacaktır. Bu durum ise, birleşmenin en belirgin özelliğidir. Devralmada ise, temel ölçüt, başka bir teşebbüs üzerinde kontrolün sağlanmasıdır. Dolayısıyla devre konu olan teşebbüsün, devir işlemi sonrasında tamamen erimesi veya kaynaması, devralma durumunun belirgin bir özelliği değildir. Hedef teşebbüs bütünüyle devre konu olsa dahi, ayrı bir yönetiminin olması, ekonomik faaliyete temel teşkil eden kararların tümünün ortak bir merkezden alınmaması, bu gibi hallerin birleşmeden ziyade, bir devralma olarak nitelendirilmesine daha uygundur. Devralmada belirleyici olan “*yönlendirme*”, birleşmede ise “*yönetmedir*”. Şüphesiz bu ifade edilenler çerçevesinde hangi hallerde birleşmenin, hangi hallerde devralmanın söz konusu olduğu tamamen somut olayın özellikleri çerçevesinde tespit edilecektir. İtiraf etmek gerekir ki, verilen bu ölçütlerin bu iki kavramı kesin çizgilerle birbirlerinden ayırt edilmesinde yeterli olacağını söylemek güçtür.

⁹⁶ Esasen malvarlığı değerlerinin veya ortaklığın tamamen veya kısmen devralınması, yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devralınmasının özel halleridir. Zira yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devri, bu iki durumu kapsayacak genişlikte bir anlama sahiptir. Bu itibarla, bunları birbirlerinden ayrı zikretmek yerine, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, kontrolün birer vasıtası olarak öngörmek daha doğru bir yaklaşım olurdu. Nitekim Tebliğ’de buna benzer bir düzenleme getirilmeye çalışılmış, buna karşılık Kanun’daki cümle yapısının değiştirilmemesi karşısında, bu düzenleme başarısız olmuştur.

⁹⁷ Doktrinde, devre konu olan teşebbüsü ifade etmek için genelde “hedef teşebbüs” (target undertaking) deyimini kullanılmaktadır. Hedef teşebbüs, devralmaya konu olması bakımından, teşebbüsün bütünü (bağlı işletmelerin tümü) ifade edebileceği gibi, bazı şartlar altında teşebbüsün bütününden ekonomik faaliyet açısından ayrılabilen birimleri de ifade edebilir. Örneğin holdinge bağlı, hukuki açıdan bağımsız ticaret şirketleri veya hukuki açıdan bağımsız olmayan ve sadece malvarlığı niteliği taşıyan ticari işletmeler devre konu olabilir ve bu açıdan teşebbüs olarak nitelendirilebilirler. Burada açıklıkla görüldüğü üzere, devralmaya konu olabilmesi açısından teşebbüsün “iktisadi bağımsızlık” unsuru göz ardı edilebilmektedir (krş. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b/bb/bba). Şüphesiz gerçek kişilerin teşebbüs olarak nitelendirildiği hallerde, teşebbüsün devralınmasından bahsedildiğinde, gerçek kişinin şahsının devri mümkün olmadığına göre, burada gerçek kişinin kontrolü altındaki malvarlığı değerlerinin devri kastedilmektedir.

⁹⁸ Teşebbüs kavramının en önemli unsuru olarak nitelenebilecek olan “*iktisadi bağımsızlık*” ile “*kontrol*” madalyonun iki yüzüne benzetilebilir. Zira iktisadi bağımsızlığın yitirilmesi, olayların önemli bir kısmında, ilgili teşebbüsün, başka bir teşebbüsün kontrolü altına girmesi ile aynı anda gerçekleşmekte ve bu anlamda, bu iki durum arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Bu itibarla iktisadi bağımsızlık kavramının içeriğinin bilinmesi, kontrol kavramının anlaşılabilmesi için zaruridir.

⁹⁹ Tebliğ’e göre, cironun hesaplanması açısından, “*teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine ya da denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip*” olan teşebbüslerin, kontrolü ellerinde tutulduğu varsayılmıştır (md.4/2b)

¹⁰⁰ “Sole control”

¹⁰¹ “Joint Control”

¹⁰² Kontrolün mahiyeti hakkında bkz. Akıncı, sh.136,141 vd.

¹⁰³ Bir yöneticinin, işletme sahibi tarafa (müteşebbise) ait bir işletmeyi (teşebbüsü), bir ivaz karşılığı olmak üzere kısmen veya tamamen üstlendiği sözleşmeler, “*yönetim sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır (Öz, Management, sh.3). Bu tür sözleşmeler, yöneticinin teşebbüs üzerinde belirleyici etkiyi ve kontrolü sağlamasına imkan verdiği ölçüde, konsantrasyona ve dolayısıyla 7. maddenin uygulanmasına imkan verebilir. Bununla birlikte, bu konuda hassas davranmak ve somut olaydaki ticari ilişkileri dikkatlice incelemek icap eder. Zira yönetim sözleşmesinin, aynı zamanda 4. madde kapsamına girmesi de olanaklıdır. Özellikle yöneticinin iş görme borcunu yerine getirirken işletmeyi iş sahibi için çalıştırması ve çoğu kez de onun adına hareket etmesi, bu sözleşmelerin 4. madde kapsamında değerlendirilmesi ihtimalini artırmaktadır. Yapılacak olan değerlendirmede, yöneticinin işletme üzerindeki hakimiyetinin kapsamı, teşebbüs sahibine bağımlılığının derecesi, sözleşmenin süresi, ilişkinin amacı ve ücretin ne şekilde belirlenmiş olduğu gibi hususlar, söz konusu ilişkiye hangi maddenin uygulanacağı bakımından belirleyici olacaktır. Değerlendirmenin somut olayın koşulları içerisinde yapılması gerektiği hususunda bir tereddüt olmamakla birlikte, kanımızca, özellikle yöneticinin ticari itibarının ve imajının öne çıktığı (atipik yönetim sözleşmeleri-uluslararası yönetim sözleşmeleri) uzun süreli sözleşme ilişkilerinde, 7. madde anlamında bir konsantrasyonun gerçekleştiğini kabul etmek daha uygun gözükmektedir (krş. Alman Hukukunda, GW., 23/2, No.3-b; ayrıca bu yönde Smit/Herzog, sh.96). Bir ayırım yapmak gerekirse, konzern tipi bir ilişki kuran işletme yönetimi sözleşmelerinin 7. madde (işletme yönetimi sözleşmeleri için Bkz. Öz, Management, sh.9), bunun dışında kalan yönetim sözleşmelerinin ise, 4. madde kapsamında değerlendirilmesi önerilebilir (krş. Öz, Management, sh.57 vd.; yazar, yönetim sözleşmelerinin RKHK.’nun 7 veya 6. maddesi değil, münhasıran 4. maddesi kapsamına girdiğini ileri sürmektedir).

¹⁰⁴ BK.’nun 270. maddesine göre, “*Hasılat kirası bir akiddir ki onunla kiralayan, kiracıya ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerinin iktifağını terk etmeyi iltizam eder*”. Hasılat kirasına konu olan malın bir ticari işletme olması halinde, kiracının mal üzerindeki hakimiyeti ve belirleyici kontrolü 7. madde anlamında bir konsantrasyon oluşturabilir. Kiracının bağımsız bir şekilde kendi adına ve hesabına hareket etmesi ve kiralayana sadece bir ücret ödeme borcu altında olması, kiraya konu olan işletmenin kiracının kontrolünde olduğunun en önemli göstergeleridir (Alman Hukukunda bkz.GW.23/2, No.3-c).

¹⁰⁵ Cook/Kerse, sh.18; Notice on Concentration, sh.2, md.9/2

¹⁰⁶ “Decisive influence”

¹⁰⁷ Bellamy/Child, sh.310; Cook/Kerse, sh. 17,18,21; Notice on Concentrations, sh.3, md.13

¹⁰⁸ Notice on Concentrations, sh.2, md.9; Cook/Kerse, sh.22; Esin Arif, sh.217; Karakeçili, sh.10,11; krş. Karayalçın, Üst Kuruluşlar, sh.29

¹⁰⁹ Örneğin; hayati nitelikli uzun dönemli arz anlaşmaları veya önemli kredi anlaşmaları ya da destek anlaşmalarının (bkz. Türk Hukukunda Sermaye Piyasasının Teşviki, Sermayenin Tabana Yaygınlaştırılması ve Ekonomiye Düzenlemede Alınacak Tedbirler

Hakkında Kanun, 25.3.1987, t. 31.3.1987, RG. S.19417, bölüm 2, md.5 vd.) yapısal birtakım ilişkilerle birleşmesi halinde, ortaya çıkan ekonomik bağımlılık, kontrolün yapısında değişmeye neden olabilmektedir (Notice on Concentrations, sh., md.13; Karakeçili, sh.11).

¹¹⁰ Cook/Kerse, sh.21; Karakeçili, sh.10; Notice on Concentrations, sh.3, md.13; Bellamy/Child, sh.319; krş. Akıncı, sh.136

¹¹¹ Burada azınlık hisseleriyle kastedilen, Ticaret Hukukundaki şirketler bahsinde yer alan teknik anlamıyla azınlık hisselerinden farklıdır. Burada azınlık payı ile kastedilen, %50'den daha az oranda olan her türlü pay grubudur. Bilindiği üzere Şirketler Hukukundaki azınlık hisseleri, esas sermayenin 1/10'undan daha az paya sahip olan grubu ifade etmek için kullanılırlar ve kuruluştan dolayı sorumlulukta sulh ve ibranın engellenmesi (TTK md.310), yönetim ve denetim kurulu üyelerine dava açılması (TTK md.341), bilanço müzakerelerinin ertelenmesi (TTK. md.370), özel denetçi atanmasını talep etme (TTK. md.348) ve denetçilere şikayet etme (TTK md.356/2) gibi koruyucu nitelikli çeşitli haklar sağlarlar.

¹¹² Örneğin, Arjomari-Prioux/Wiggins Teape davasında (dava, 4/M.25 OJ.(1991), 4 CMLR.854), Arjomari'nin, Wiggins Teape'nin %39 hissesini devralması, söz konusu teşebbüsün hisselerinin oldukça dağınık vaziyette olması nedeniyle (Teşebbüsün geri kalan çoğunluk hisseleri, bunlardan hiçbiri %4'ü geçmeyecek şekilde 107000 hissedar arasında dağılmaktaydı), Arjomari'nin tek başına kontrolü sağlamasında yeterli sayılabilmektedir.

¹¹³ Komisyon, kontrole ilişkin değerlendirmede sadece hukuki vasıtaları değil, somut olayla ilgili genel kurulun toplanma alışkanlığı gibi fiili vasıtaları da dikkate almaktadır. Zira Şirketler Hukuku bakımından, şirketin temel kararlarının ve ticari stratejisinin belirlenmesinde, genel kurul en büyük karar organıdır. Bu önemime karşılık, uygulamada bu kurul gerektiği ölçüde toplanamamakta veya toplansa dahi, paydaşların bilgi ve tecrübe eksikliği neticesinde ortaklığın idaresi tecrübeli bir azınlığın eline geçmektedir (işletmeci pay sahibi). Ticaret Hukuku doktrinde "*güç boşluğu*" olarak adlandırılan bu durum, kontrolün gerçek aidiyetinin belirlenmesi bakımından önemlidir (Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tekinalp Ünal, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979; ayrıca, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.365; krş. Karayalçın, Üst Kuruluşlar, sh.29; Dalleves, sh.361). Şirketler hukukunda, oy hakkının kullanılmasında temsile cevaz verilmesi ve buna bağlı olarak, özellikle halka açık ortaklıklardaki çağrı yoluyla vekalet toplanması, kontrolün kimlik değiştirmesine neden olmaktadır (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.511,512). Bu nedenlerden dolayı, Avrupa Birliği Hukuku makamları gayet yerinde olarak, genel kurulun kompozisyonundaki fiili durumları dikkate almaktadırlar.

Örneğin, Solvay-Laporte/İnterox davasında (dava, M/197, OJ.(1992), C.82/11), Solvay'ın, Laporte üzerindeki %25 hissesinin, söz konusu teşebbüsün son üç yıl içinde toplanan genel kurullarındaki yüksek katılım oranı dikkate alınarak, belirleyici etki uygulama imkanı vermediğine ve dolayısıyla kontrol için yeterli olmadığına karar verilmiştir. Bir başka kararda ise (Dava 4/M.343, OJ.(1993), C.188/9), Societe Generale de Belgique'in (SGB), Generale de Banque'daki (GB) hisselerini %20.94'ten, %25.96'ya çıkarması, söz konusu teşebbüsün gerek çoğunluk hisselerinin dağılımı ve gerekse genel kuruldaki zayıf temsil alışkanlığı nedeniyle, SGB'ye, fiilen %46 değil;

%55'in üzerinde oy hakkı sağlayacağı belirtilmiş ve SGB. tarafından tek başına kontrolün elde edildiğine karar verilmiştir (Bellamy/Child, sh.312; Cook/Kerse, sh.21; Weatherill/Beaumont, sh.813; Karakeçili, sh.11; Notice on Concentrations, sh.3, md.14).

¹¹⁴ Örneğin, bu hususta Anonim Şirketler Hukukundaki imtiyazlı paylar (TTK. md.401) ve bunlar içerisinde yer alan "oyda imtiyaz" veya "veto hakkı kullanmada imtiyaz" ya da "yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı", gibi imtiyaz hakları, şirkette azınlık paya rağmen, yönetime katılma ve şirketin kontrolünü sağlamaya imkan verebilir (oyda imtiyaz ve yönetim kuruluna aday göstermede imtiyaz için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.421-243; Teoman, Ayrıcalıklı Paylar, sh.107,108).

Bunun yanı sıra, şirket ana sözleşmesinde öngörülmeyip, sözleşmelerle tanınan ve teşebbüsün yönetimine etkide bulunma imkanı sağlayan sözleşmesel nitelikli çeşitli imtiyaz hakları da belirleyici etkiye ve dolayısıyla kontrole imkan verebilir. Örneğin bu hususta Ford/Hertz davasında (dava 4/M.397, OJ.(1994), C.42/13), Ford'un, Hertz üzerinde sahip olduğu %49'luk pay, o esnada 9 kişilik yönetim kurulunun ancak 4 kişininin Ford'un temsilcisi olmasına rağmen, Ford'un istediği an yönetim kurulunda çoğunluğu elde edebilme imkanının bulunması nedeniyle, tek başına kontrolün elde edilmesine yeterli görülmüş ve dolayısıyla Ford'un ortaklık payını %54'e yükseltmesi, konsantrasyona yol açan bir devralma olarak nitelendirilmemiştir.

¹¹⁵ Karakeçili, sh.11; Notice on Concentrations, sh.3, md.14

¹¹⁶ Azınlık hisselerinin elde edilmesi halinde, sadece tek başına değil, birlikte kontrol durumu da gerçekleşebilir. Bu itibarla yapılacak olan değerlendirmede, sadece tek başına kontrol kavramıyla sınırlı kalınmamalıdır. Örneğin, Avrupa Birliği Hukukunda bu hususta Conagra/Idea (dava 4M/010, OJ.(1991), C.118/14, 4 CMLR M.19) ve Thomas Cook/LTU/West LB (dava, 4.M./229, OJ.(1992) C.154/29) davalarında, %10'luk bir azınlık hissesi dahi, karar alma gücünü engelleyecek nitelikte bir veto hakkıyla birlikte, müşterek kontrolün sağlanmasında yeterli görülmüştür. Bonesto/Totta davasında ise (dava M/192, OJ.(1992), C.73/18, 4 CMLR 542), hisselerin %46.5'ini elinde tutan bir grup azınlık hissedar, aralarındaki sözleşme ilişkileri neticesinde müşterek olarak hareket ederek, pratikte yönetimde %60'a eşdeğer olan bir kontrol sağlamış ve onların müştereken kontrolü elde ettiklerine karar verilmiştir. Yine benzer bir şekilde Air France/Sabena davasında (dava 4/M.157, OJ.(1992), C.235/15), Sabena'nın %38 hissesinin, Air France'ın Finacta adlı yavru ortaklığı vasıtasıyla devralınması, kalan hisselerin tamamının Belçika devletine ait olmasına rağmen, onay ve stratejik kararlarda %75 karar yetersayısının aranması nedeniyle müşterek kontrolün varlığı için yeterli kabul edilmiştir (kararın incelemesi için bkz. Adkins, sh.108,111,119,123).

¹¹⁷ Cook/Kerse, sh.21,22,24; Notice on Concentrations, sh.4, md.17

¹¹⁸ İcı/Tioxide davasında (dava, 4/M.023, OJ.(1990), C.278/15 (1991), 4 CMLR 792), Tioxide adındaki teşebbüs üzerinde İcı ve Cookson teşebbüslerince %50'şer paylarca sağlanan müşterek kontrol, daha sonra İcı'nin Cookson'un hisselerini devralması neticesinde tek kontrole dönüşmüş ve bu durum devralma olarak kabul edilmiştir. Yine buna benzer bir durum, ABB/BREL davasında (dava 4/M221, OJ.(1992), C.109/10) yaşanmıştır. Söz konusu davada, ABB ve Trafalgar House tarafından, BREL üzerinde %40'arlık hisseler vasıtasıyla sağlanan müşterek kontrol, Trafalgar'ın sahibi olduğu hisselerinin tümünü ABB'ye satması nedeniyle, ABB'nin BREL üzerinde tek başına

kontrol elde etmesine imkan vermiş ve bu durum, Tüzük çerçevesinde konsantrasyona yol açan bir devralma olarak nitelendirilmiştir.

¹¹⁹ Cook/Kerse, sh.20,21,27; Bellamy/Child, sh.311; Whish/Sufrin, sh.710; Notice on Concentration, sh.3,md.16; Notice on Undertakings, sh.4,5, md.,30,31,32

¹²⁰ Cook/Kerse, sh.20

¹²¹ RKHK.'da konsantrasyonların denetimi hususunda “*izin sistemi*” benimsendiğine göre, bu gibi irade dışı gerçekleşen konsantrasyonlar için izin zorunluluğunun bulunup bulunmadığı veya eğer izin zorunlu ise, bunlar için izin alınmaması durumunda, işlemlerin geçerli olup olmayacağı önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Teorik olarak, bu gibi hallerin de 7. madde anlamında birleşme ve devralma sayılacağına hiç bir şüphe yoktur. Fakat pratikte, bu tür konsantrasyon hallerinin bildiriminde önemli güçlükler yaşanacaktır.

¹²² Bellamy/Child, sh.314, 24th Report, sh.191; Amerikan Hukukunda da aynı yaklaşım söz konusudur, Kintner, sh. 96

¹²³ Notice on Concentrations, sh.3, md.10; Bellamy/Child, sh.314; Notice on Undertakings, sh.4, md.28,29; Cook/Kerse, sh.49,54

¹²⁴ Örneğin konsantrasyonlara ilişkin denetimden kaçmak ve devri gizli tutmak amacıyla, bir teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün malvarlığını kısa aralıklarla devralması ve belirli bir süre sonrasında kontrolü elde etmesi, ortaya çıkan sonuç açısından, ani devralmalardan farklı değildir (Kintner, sh.96). Avrupa Birliği Hukukunda, genellikle 2 yıllık süre içerisinde tekrarlanan devralma işlemleri, tek bir konsantrasyon kapsamında değerlendirilmektedir (Notice on Concentrations, sh.3, md.15).

¹²⁵ Bellamy/Child, sh.315; Whish/Sufrin, sh.710

¹²⁶ Bellamy/Child, sh.314; Notice on Concentrations, sh.3,4, md.16

¹²⁷ Bellamy/Child, sh.315,316; Whish/Sufrin, sh.710; Notice on Undertakings, sh.4, md.24

¹²⁸ Bellamy/Child, sh.315

¹²⁹ Kanun ve Tebliğ'de yer alan ifade yanlışı, (Avrupa Birliği Hukukunda) konsantrasyon kavramı hakkındaki Komisyon duyurusunda da yapılmış ve teşebbüs ile gerçek kişi ayırımına yer verilmiştir (Bkz. Notice on Concentrations, sh.4, md.19).

¹³⁰ Bkz. Birinci Bölüm/§2/IV/C/2/b

¹³¹ Örneğin Renault/Volvo davasında, (dava 4/M.004, OJ.(1991), 4 CMLR 297), Volvo ve Renault, sıkı bir işbirliği ve yapısal birtakım hükümler içeren bir sözleşme yapmışlar ve bu sözleşmeye göre, araba motorlarına ilişkin bağlı işletmelerinin %25'er hisselerini, kamyon ve otobüs işletmelerinin ise %45'er hisselerini karşılıklı olarak birbirlerine devretmeyi taahhüt etmişlerdir. Ayrıca taraflar bununla da yetinmeyerek, genel ticari politikaya, araba işletmelerine ve ağır vasıta işletmelerine ilişkin üç ortak komite oluşturmuşlardır. Komisyon taraflar arasındaki bu işbirliği modelini incelemiş ve neticede, ağır vasıtalara ilişkin işbirliği ve karşılıklı pay devrinin, müşterek kontrol ve dolayısıyla konsantrasyona yol açtığına karar vermiştir (bu kararın özet ve eleştirisi için Bkz. Cook/Kerse, sh.22,23).

¹³² Bkz. Bellamy/Child, sh.319

¹³³ Teşebbüsün temel ticari politikası ile, günlük olağan faaliyetler değil; yıllık veya daha uzun dönemli bütçelerin ve/veya araştırma geliştirme projelerinin ya da büyük çaplı yeni yatırım planlarının onaylanması, yönetim kurulu veya üst düzey yöneticilerin atanması

ve ibra edilmesi, kar dağıtım kararları ve önemli mali sözleşmelerin akdedilmesi gibi konularda alınan kararlar kastedilmektedir (Karakeçili, sh.13; Notice on Concentrations, sh.5,6, md.25-29; Bellamy/Child, sh. 319,320).

¹³⁴ Cook/Kerse, sh.26; Karakeçili, sh.12; Notice on Concentrations, sh.4, md.19; Bellamy/Child, 1st supp., sh.85; Aslan, sh.230

¹³⁵ Müşterek kontrolün varlığına karine olabilecek haller, konsantrasyon kavramı hakkındaki komisyon duyurusunda detaylı olarak açıklanmıştır. Bkz. Notice on Concentrations, sh.4-7; ayrıca Karakeçili, sh.12,13; Bellamy/Child, sh.319-321

¹³⁶ Notice on Concentrations, sh.5, md.22; Karakeçili, sh.12; krş. Bellamy/Child, sh.320

¹³⁷ Cook/Kerse, sh.27; Whish/Sufrin, sh.707; krş. Notice on Concentrations, sh.4, md.20

¹³⁸ Notice on Concentrations, sh.4, md.20; Karakeçili, sh.12,13; krş. Aslan, sh.230

¹³⁹ bkz. yukarıda II/C/3/c/cb

¹⁴⁰ Örneğin bu hususta Thomas Cook/LTU/West LB davasında (dava, 4.M./229, OJ.(1992) C.154/29), %10'luk pay dahi, veto hakkı ve daha başka faktörlerle müşterek kontrolün varlığı için yeterli görülmüştür (Bellamy/Child, sh.320).

¹⁴¹ Bellamy/Child, sh.320; Notice on Concentrations, sh.5, md.22; Karakeçili, sh.12

¹⁴² Teşebbüs ortaklarının adedi fazlalaştıkça, teşebbüsün üzerinde tek veya birlikte kontrolün varlığı da zorlaşacaktır. Bununla birlikte, müşterek kontrolün varlığı için kararlarda ortak hareket etme şartı gerçekleştiği müddetçe, teşebbüs sayısının önemi yoktur. Örneğin, Kelt/American Express davasında (Kelt/American Express, dava M.116, 20/8/1991, (1991) 4 CMLR 740) söz konusu olan banka kurtarma olayında, teşebbüsün temel ticari faaliyetlerine ilişkin kararların, anca sekiz bankanın oybirliği ile alınması, ilgili teşebbüs üzerinde sekiz bankanın müşterek kontrolünün bulunmasına yol açmıştır.

¹⁴³ Hedef teşebbüs içerisinde, ayrı ayrı azınlığa sahip olan iki veya daha fazla teşebbüsün, bu teşebbüs üzerinde anlaşma yoluyla kontrolü elde etmesi, bunlar arasında yapılan "oy sözleşmeleri" ile mümkün olabilir. Söz konusu sözleşme doktrinde, oy hakkının belli bir temsilci aracılığıyla kullanılması, kısmen veya tamamen kullanılmaması veya çekimser kalınması taahhüdünü öngören sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Bu sözleşmeler pek çok amaca hizmet etmekle beraber, konumuz açısından önemi, tek başlarına ortaklık (hedef teşebbüs) yönetiminde hiçbir şekilde etkili olamayan grupların, sürekli bir oy sözleşmesi akdederek, ortaklığın yönetimini ve dolayısıyla da kontrolünü elde etmede vasita olarak kullanılabilenleridir. Bu türde olan oy sözleşmeleri "çok taraflı oy sözleşmeleri" (oy konsorsiyumu) olarak anılmakta ve hukuken adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmektedirler (bu konuda detaylı bilgi için bkz. Moroğlu, "Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri", İstanbul 1978; ayrıca Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, sh.522 vd.; krş. Tekil, sh.215; Kaplan, sh.22).

¹⁴⁴ Karakeçili, sh.13; Notice on Concentrations, sh.6, md.30; Aslan, sh.230

¹⁴⁵ Avrupa Birliği Hukukunda aralarında herhangi bir anlaşma bulunmayan teşebbüslerin, ancak çok güçlü bir çıkar birliği bulunması şartıyla, ortak kontrolü sağladıkları kabul edilmektedir. Bu çıkar birliğinin ise, mutlaka ekonomik bağımlılık gibi fiili temellere dayanması gerekmez. Tarafların sahip olduğu veto hakları da, ekonomik faaliyetin devamlılığı açısından bir çıkar birliği sayılabilir. Örneğin Elf/BC/CEPSA davasında (dava 4/M.098, OJ.(1991), C.132/12, 4 CMLR.580),

aralarında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamasına karşılık, Elf'in CEPASA üzerindeki ortaklık payını %20.5'ten, %34'e çıkarması ve Banco Central'in de aynı oranda paya sahip olması, her birinin haiz olduğu veto hakları nedeniyle, teşebbüsün temel ticari politikası üzerinde ortak davranışa neden olduğu gerekçesiyle müşterek kontrolün varlığı için yeterli sayılmıştır.

¹⁴⁶ Örneğin, Dresdner Bank/Banque National de Paris davasındaki kararda (dava 4/M.21, OJ.(1991), C.5/7) Doğu Avrupa'da finans sektöründe faaliyet göstermek için kurulan bir ortak girişimin %37'şer hissesine sahip olan Dresdner Bank ve Ulusal Paris Bankası, ortak girişim sözleşmesi uyarınca, idare organının atanması ve ortak girişimin idaresinden sorumlu olarak öngörülmüş ve bu durum, OHKB'nin %26 hissesine rağmen, bu iki teşebbüsün birlikte kontrolü sağladıklarının kabulü için yeterli addedilmiştir (Cook/Kerse, sh.24).

¹⁴⁷ Nitekim İngiliz ve Amerikan hukukları ve hatta Türk Hukukunda bu kavramı ifade etmek için yaygın olarak kullanılan "joint venture" deyiminin Türkçe karşılığı, riski müştereken yüklenmek veya ortaklaşa risk yüklenmektir.

¹⁴⁸ Türk Hukukunda, doğrudan doğruya ortak girişimleri düzenlememekle birlikte, bu kavrama dolayısıyla yer veren çeşitli yasa hükümleri mevcuttur. Türk Hukukunda bu kavrama ilk defa, 10.6.1949 t. ve 5422 sy. Kurumlar Vergisi Kanunu'nda 12.1.1985 tarih ve 3239 sy. Kanunla yapılan değişiklik ile yer verilmiştir (RG. S. 18955, t. 11.12.1985). Bu düzenlemeye göre, değişik 1. maddenin "e" bendinde kurumlar vergisi mükellefi olarak "iş ortaklığı" terimi kullanılmış ve bu kavram mükerrer 6. maddede, "*sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilere belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar, iş ortaklığıdır*" şeklinde tanımlanmıştır. Bazı yazarlar, Yasa'da yer verilen iş ortaklığını ortak girişimin özel bir türü olarak nitelendirmekte ve buna dayanak olarak da, iş ortaklığının sadece belli bir iş ve hatta 31 no'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ'inde (RG. t.3.4.1986, S. 19067) ifade edildiği üzere, tek bir iş için kurulduğunu göstermektedirler (Tekinalp/Tekinalp, Joint venture, sh.157; Barlas, sh.191,201).

¹⁴⁹ Doktrinde, ortak girişimi kavramının tanımlanmasının güç olduğu genel olarak ifade edilmektedir (Aslan, sh.228; Barlas, sh.188; Kaplan, sh.4,5; Dayınlarlı, sh.24; Yılmaz, sh.476; Tekinalp/Tekinalp, Joint venture, sh.150; Kerestecioglu, sh.6; Özen, sh.66)

¹⁵⁰ Doktrindeki yazarlar arasında da, tam bir terim bulunduğu söylenemez. Örneğin Barlas ve Akyol, bu kavramı ifade etmek üzere en uygun terimin "ortak girişim" olduğunu belirtmekte, fakat bu terimin de henüz tam anlamıyla yerleşmediği için, "joint venture" terimini kullanmaktadırlar (Barlas, sh.191; Akyol, sh.58). Kaplan, "müşterek iş ortaklığı" ve "joint venture" terimlerini birlikte kullanmakta, fakat uygulamada bu kavramı ifade etmek üzere, müşterek teşebbüs ortaklığı, müşterek taahhüt gibi pek çok farklı terimin kullanıldığına işaret etmektedir (Kaplan, sh.3). Tekinalp, "joint venture" terimini kullanmakta ve ortak girişimi bu kavramdan ayırarak, bunu sadece sermayeye dayalı joint venture'ları ifade etmek için kullanmaktadır (Tekinalp/Tekinalp, Joint venture, sh.151). Akıncı, bu kavramı ifade etmek üzere ortak girişim terimini kullanmakta, bununla birlikte ortak girişimi (ve dolayısıyla joint venture'ı) sadece tüzel kişiliği bulunan ortaklıklara hasretmektedir. Fakat böyle bir sınırlama, ortak girişimin doktrinde genel olarak kabul gören tanımı ile bağdaşmamaktadır (Akıncı, sh.134 vd.).

Özen, “joint venture”, “müşterek iş ortaklığı” ve “ortak teşebbüs” terimlerinin her üçünü bir arada kullanmaktadır (Özen, sh.65). Kanun’un tatbik edilmesinde temel alınan terim teşebbüs olunca, esasen Rekabet Hukuku bakımından bu kavramı ifade eden en uygun terim “müşterek teşebbüs”tür. Bu itibarla, Tebliğ’de “ortak girişim” yerine, müşterek teşebbüs terimine yer verilmesi daha uygun olurdu.

¹⁵¹ Şüphesiz ortak girişim sözleşmesinin tarafı olabilmek için, mutlaka teşebbüs vasfını haiz olmak gerekmektedir. Bu anlamda hukuken bağımsız hak öznesi olan herkes, ortak girişim sözleşmesine taraf olabilir. Bununla birlikte, rekabet kurallarının sadece “teşebbüs”lere uygulandığı dikkate alınır, konumuz açısından gerçek veya tüzel kişiler yerine, teşebbüs teriminin kullanılması daha uygun olacaktır.

¹⁵² Ortak girişimin kavram olarak genişliği ve yazarlarca farklı açılardan ele alınmasına nedeniyle, birbirinden farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Bunlardan bazılarını belirtecek olursak, “müşterek teşebbüs ortaklığı (joint venture), iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken beli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır”(Kaplan, sh.6); “ortak girişim sözleşmesi, iki veya daha fazla kişi veya işletme tarafından, belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir işletme oluşturmak hususunda yaptıkları herhangi bir şekle bağlı olmayan sözleşmelere denir” (Aslan, sh.229); “joint venture, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri anlamını taşır (Barlas, sh.188); “joint venture, biri yabancı diğeri yerli, en az iki şirketin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere ortak bir iş tehlikesini birlikte üstlenerek bir taahhüt işini, bir yatırımı birlikte hareket etmek ve işbirliği yapmak üzere kurdukları sözleşmedir (Akyol, sh.59, verilen bu tanıma iki noktada itiraz edilebilir. Bunlardan ilki, tarafların farklı milliyetlerden olması diğeri ise, tarafların şirket olma zorunluluğudur.).

¹⁵³ Tekinalp/Tekinalp, Joint venture, sh.158,

¹⁵⁴ Aksi gör. Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.153; Kaplan, sh.7; Özen, sh.70

¹⁵⁵ Bir kısım yazarlar, ortak girişimden söz edebilmek için, ayrı bir organizasyonun şart olmadığını ifade etmektedirler (Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.156; Kaplan, sh.3).

¹⁵⁶ Bu sözleşmenin kapsamı konusunda bkz. Kaplan, sh.8,9

¹⁵⁷ Barlas, sh.203,205; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.155,157; Kaplan, sh.1,13; Dayınlarlı, sh.179; Aslan, sh.232; Akyol, sh.75; Özen, sh.72

¹⁵⁸ Ortak girişimler, ilişkiye taraf olan teşebbüslerin milliyetlerine göre, ulusal ve uluslararası; teşebbüslerin faaliyette bulunduğu ekonomik düzleme göre de, yatay, dikey ve yığılmalı olmak üzere çeşitli sınıflamalara tabi tutulmaktadır (Barlas, sh.192,193).

¹⁵⁹ Kaplan, sh.3; Akyol, sh.79

¹⁶⁰ Kişilerin belirli bir işi veya işleri, birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve bunlardan her birinin, diğerlerinden bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu üstlenmesi durumunda “konsorsiyum” söz konusu olur (Barlas, sh.174; benzer bir tanım: Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture,

sh.163). Bu tip bir birlikteliğin belirleyici unsuru ve ortak girişimden temel farkı, adi ortaklık vasfına rağmen, ilişkiye taraf olan teşebbüslerin sorumluluklarının müteselsil değil; ayrı ayrı mevcut olmasıdır (tart. Kaplan, sh.19,20; Yılmaz, sh.481,482; Teoman, İstisna Sözleşmesi, sh.28). Ayrıca zorunlu olmamakla birlikte, bu tip işbirliği modelinde tarafların birleşmeleri şart olmadığı gibi, genelde herhangi bir organizasyonun varlığı ve buna bağlı olarak süreklilik şartı aranmaz (Kaplan, sh.20; Barlas, sh.175). Bunun yanı sıra, kuruluş amacı iktisadi olmakla birlikte, ortak girişimlerde olduğu gibi, kar amacı belirleyici bir özellik değildir (Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.163; Barlas, sh.176; aksi gör. Kaplan, sh.19). Konsorsiyumlar çok değişik tiplerle ve amaçlarla ortaya çıkmakla beraber, genel olarak emisyon konsorsiyumları, kredi konsorsiyumları, oy konsorsiyumları ve iyileştirme konsorsiyumları gibi türlere ayrılmaktadır (bu türler için bkz. Barlas, sh.,179-184).

¹⁶¹ Kaynağını Amerikan ve İngiliz hukuklarından alan “*partnership*”, belirli bir işi veya süreklilik arz eden bir faaliyeti ortaklaşa gerçekleştirmek ve kar elde etmek amacıyla şekle tabi olmayan bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen birden fazla ortağın (partnerin) oluşturduğu ve ortaklardan her birinin müteselsil ve sınırsız sorumluluğunun bulunduğu bir ortaklık türüdür. Bu ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Partnership’ler genellikle uzun dönemli faaliyetler için kurulmakla beraber, bu zorunlu bir koşul değildir. Bu vasıflarıyla, özellikle Amerikan hukukunda, ortak girişimlere partnership hükümleri uygulanmaktadır. Türk Hukuku bakımından bir kıyaslama yapılacak olursa, bu tür yapılanmaların kolektif ortaklıklara benzediği söylenebilir (Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.144-148; Barlas, sh.189; Yılmaz, sh.478-481).

¹⁶² İş ortaklığı, birden fazla teşebbüsün, devamlı olmayan, fakat belirli bir işin yerine getirilmesi amacıyla bir araya gelerek, her birinin yüklenilen işin tamamından sorumlu olacak şekilde bir ortaklık sözleşmesi akdetmeleri halinde söz konusu olur. Bu özelliğiyle bu tip birliktelikler, sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin özel bir türünü oluştururlar (Barlas, sh.200,201; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.157 vd.; farklı gör. Yılmaz, sh.482,483)

¹⁶³ Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, sh.144-148,157-167; Kaplan, sh.18 vd.; Barlas, sh.189,194,200; Yılmaz, sh.480-483; Özen, sh.67-70

¹⁶⁴ Teknoloji transferinin bulunduğu durumlarda, ortak girişim ilişkisi içerisinde yer alan taraf teşebbüslerden biri veya birkaçı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde, gizli ve gizli olmayan know how, patent ve marka gibi sınai ve fikri haklarını müşterek yavru ortaklığa aktarmakta ve ortaklığın iktisadi faaliyetine katkıda bulunmaktadır. Bu katkıyı, lisans gibi bağımlılık unsuru içeren sözleşmelerle yapabileceği gibi, devir yoluyla da gerçekleştirebilir. Şüphesiz her iki halde de, müşterek yavru ortaklık ile teknoloji transferi yapan teşebbüs arasındaki ilişkiler devam etmekte, zira bu tür hakların devri dahi, bunların kullanımındaki teknik zorlukların tek başına üstesinden gelinmesine imkan vermemektedir.

¹⁶⁵ Akıncı, sh.134; Whish/Sufrin, sh.710; Kerestecioğlu, sh.60; Zonnekeyn, sh.420

¹⁶⁶ Konsantrasyonun diğer bir görünümü olarak, “*ortak girişim*” kavramına yer verilmesi, yerinde bir düzenleme olmamıştır. Zira takip eden başlıklar altında açıklanacağı üzere, ortak girişim kurulması, temelde bir teşebbüsün kontrolünün müştereken devralınmasından ibarettir. Bu açıdan, Tebliğ’deki bu düzenleme tarzı, bulanıklık yaratmaktadır.

¹⁶⁷ Bkz. yukarıda §1/III

¹⁶⁸ Zonnekeyn, sh.415; Aslan, sh.230,240; 24th Report, sh. 137; Ahlborn/Turner, sh.251; Adkins, sh.106; Karakeçili, sh.14

¹⁶⁹ 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü, Tebliğ'den farklı olarak, ortak girişimleri açık bir şekilde konsantrasyona yol açan ve açmayan ortak girişimler olarak ikiye ayırmış (1998 yılı öncesi değişikliğe uğramamış haliyle) ve ilkinin "b" bendi anlamında bir devralma olduğunu belirtmiştir. Burada, ortak girişimin devralma olarak nitelendirilmesine rağmen, ayrı bir düzenlemeye de yer verilmiş olması, kanımızca ortak girişimlerin Rekabet Hukuku açısından gösterdiği ikili özelliğe işaret etmektedir. Nitekim 1310/97 sy. Tüzük'le yapılan değişiklikte birlikte, konsantrasyon kavramının rekabeti koordine eden sözleşmeleri de içine alacak şekilde genişletilmesi bile, ortak girişimlerin devralma vasfını değiştirmemiştir. Buna karşılık, Türk Hukukunda sanki ayrı bir konsantrasyon görünümü varmışçasına yapılan bu farklı düzenlemeyi, bu şekilde yorumlamak mümkün değildir.

¹⁷⁰ Bellamy/Child, sh.317 vd.; Cook/Kerse, sh.25 vd.

¹⁷¹ Konsantrasyonların bildirim usullerini düzenleyen 3384/94 sy. eski Konsey Tüzüğü, 1310/97 yeni Tüzük'ün değişiklikleri neticesinde, 447/98 sy. Konsey Tüzüğü (1.3.1998, OJ. L.61,(1998), s.1) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷² Söz konusu Konsey Tüzüğü, 1.3.1998 tarihinde yürürlük kazanmış (30.6.1997, OJ. L.180/1) ve bu tarihten önce gerçekleşen her türlü birleşme ve devirler, bu değişikliklerin kapsamı dışında bırakılmıştır (md.2).

¹⁷³ Zonnekeyn, sh.419

¹⁷⁴ Bellamy/Child, sh.321; Notice on Distinction, sh.2,3, md.12,16; Karakeçili, sh.15; Whish/Sufrin, sh.711; Cook/Kerse, sh.29; Aslan, AT, sh.281; Kerestecioğlu, sh.49; krs. Korah, sh.243; Ahlborn/Turner, sh.252; Weatherill/Beaumont, sh.813,814

¹⁷⁵ Öztürk, sh.513; Bellamy/Child, sh.322; Notice on Distinction, sh.2, md.13; Kerestecioğlu, sh.49; Whish/Sufrin, sh.434

¹⁷⁶ Örneğin, Baxter/Nestle/Salvia kararına göre (dava M.058, 6.2.1991, (1992), CMLR M33), Baxter, Salvia ve Nestle'nin, tıbbi gıda piyasasında faaliyet göstermek için ortaklaşa kurdukları ortak girişime, ilgili piyasadaki tüm faaliyetlerini devretmelerine ve piyasadan çekilmelerine rağmen, patent ve know how gibi, fikri/sınai mülkiyet haklarını, ancak lisans anlaşmasındaki geri alınabilir kaydıyla sağlamaları, söz konusu ortak girişimin büyük ölçüde ana teşebbüslere bağımlılığı anlamına geldiği şeklinde yorumlanmış ve ortak girişimin konsantrasyon niteliğinin bulunmadığına karar verilmiştir. Buna karşılık Elf Atochem/Rohm&Haas davasında (dava 4/M.160, OJ.(1992), C.201/27), ana teşebbüsler tarafından 99 yıllığına kurulan ortak girişime, finansal ve işgücü desteğinin yanı sıra, fikri/sınai mülkiyet haklarının tekelden lisanslarının verilmesi ve ortak girişimin hammadde ihtiyacının garanti altına alınması, ortak girişimin bağımsız olarak kabul edilmesinde yeterli sayılmıştır.

¹⁷⁷ Whish/Sufrin, sh.712; Öztürk, sh.513,514; Cook/Kerse, sh.30; Bellamy/Child, sh.322; Aslan, AT, sh.281,282; Kerestecioğlu, sh.49

¹⁷⁸ Notice on Distinction, sh.2,md.14; Cook/Kerse, sh.30; Karakeçili, sh.15

¹⁷⁹ Avrupa Birliği Hukukunda ana teşebbüslerle aynı piyasada veya komşu piyasalarda (upstream-downstream markets) faaliyette bulunan ortak girişimlerin, fonksiyonel açıdan bağımsız olamayacakları kabul edilmektedir. Fonksiyonel anlamda bağımsızlığın tespit

edilmesinde, özellikle ana teşebbüsler ve ortak girişim arasında cereyan eden ticaretin yoğunluğu ve daha da önemlisi, bu ticaretin ekonomik açıdan olağan karşılanabilir bir ticari ilişki teşkil edip etmediği dikkate alınmaktadır. Örneğin, ortak girişimin sadece ana teşebbüslerin mallarını dağıtması veya bu malları daha yüksek bir bedelle dağıtması halinde, kural olarak ana teşebbüslere bir bağımlılık söz konusudur. Buna karşılık ortak girişimin kurulduğu ilk dönemlerde, -ki bu dönem 3 sene ile sınırlandırılmıştır-, ana teşebbüslere olan bağımlılığın normal ve gerekli olduğu ve bu itibarla olumlu koşulun (full function) yerine getirildiği kabul edilmektedir (Notice on Distinction, sh.3, md.15).

¹⁸⁰ Bellamy/Child, sh.322; Notice on Distinction, sh.3, md.15; Karakeçili, sh.15; Whish/Sufrin, sh.434; krş. Kerestecioğlu, 49,50

¹⁸¹ Korah, sh.254; Akıncı, sh.150,151

¹⁸² Yeni değişiklikler ile birlikte, konsantrasyonların değerlendirilmesinin düzenlendiği 2 maddeye yeni bir fıkra eklenmiş (f.4) ve kooperasyona yol açan ortak girişimlerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulacak kriterler, aynen uygulamada benimsendiği şekliyle kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, ağırlıklı olarak kooperasyona yol açan bir ortak girişim, yine konsantrasyon olarak nitelendirilmekte ve maddedeki atfa bağlı olarak önceden olduğu gibi uygulanacak maddi hukuku normu, RA.'nın 85. maddesi olmaktadır.

¹⁸³ Karakeçili, sh.16; Bellamy/Child, sh.324; krş. Kerestecioğlu, sh.50

¹⁸⁴ Hoogovens/Klockner davasında (dava 4/M.578, OJ./1995), C.71/6), gerek mal, gerekse coğrafya bakımından, ana teşebbüslerin ortak girişimle aynı piyasada faaliyette bulunmayı sürdürmesi, söz konusu ortak girişim ilişkisinin konsantrasyon olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmiştir. Yine buna benzer bir şekilde, Omnitel davasında (4/M.538, OJ.(1995),C.53/8), İtalya'da GSM servisi vermek amacıyla kurulan ortak girişim ilişkisi, ilgili piyasada ana teşebbüslerin de halen aktif olarak faaliyet gösteriyor olmaları nedeniyle, konsantrasyon değil, kooperasyon olarak nitelendirilmiştir. Şüphesiz 1997 yılında yapılan değişiklikler öncesinde verilen bu kararlar, artık Avrupa Birliği bakımından geçerliliğini yitirmiş olmakla birlikte, Türk Hukuku bakımından halen önemini korumaktadır.

¹⁸⁵ Cook/Kerse, sh.34; Karakeçili, sh.16; Bellamy/Child, sh.323; krş. Whish/Sufrin, sh.713; Korah, sh.243,253; Aslan, AT., sh.282; Notice on Distinction, sh.4, md.18; Weatherill/Beaumont, sh.814; Adkins, sh.110; Kerestecioğlu, sh.50; Öztürk, sh.515; Kerestecioğlu, sh.23,44,50; 24thReport, sh.193

¹⁸⁶ Ana teşebbüslerden biri veya birkaçının, ortak girişimin faaliyette bulunduğu piyasadaki faaliyetin tasfiye etmemesi halinde, kural olarak ortak girişimin konsantrasyona yol açtığı kabul edilmemekte ve ortak girişim ilişkisinin rekabeti sınırlayıcı olduğuna karar verilmektedir (1997 yılında yapılan değişiklikler öncesi). Gerek bu duruma, gerekse potansiyel rekabet ilkesine örnek teşkil eden Apollinaris/Schweppes davasında (dava 4./M.093, OJ.(1991), C.137/18), Brau&Brunner (B&B) ve Cadburry Schweppes arasında, Apollinaris ve Cadburry Schweppes (Almanya ve Avusturya) markaları adı altında, Almanya, Avusturya ve çeşitli üye devletlerde mineral suyu ve meşrubatlar üretmek ve pazarlamak amacıyla kurulan ortak girişim, Cadburry Schweppes'in Almanya ve Avusturya dışında kalan Birlik ülkelerinde meşrubat piyasasındaki faaliyetlerini sürdürmesi ve aynı şekilde B&B'nin de,

Almanya’da mineral suyu üretmeye ve pazarlamaya devam etmesi nedeniyle, konsantrasyona değil, rekabetin sınırlanmasına yol açtığı kabul edilmiştir.

¹⁸⁷ Bir ortak girişimin konsantrasyon niteliğinin söz konusu olabilmesi için, kural olarak, ana teşebbüslerin ilgili piyasadan çekilmeleri gerekmekte, bununla beraber “*de minimis*” olarak adlandırılan prensibe göre, ana teşebbüslerin ilgili piyasadan tamamen çekilmemekle birlikte, önemsiz diyebileceğimiz hacimde faaliyetini devam ettirmesi, ortak girişimin konsantrasyon niteliğini değiştirmemektedir (24th Report, sh.193). Örneğin, bu hususta, Knp BT/Societe Generale davasında (dava 4/M.640, OJ.(1995), C.239/4), ana teşebbüslerin ilgili piyasadaki faaliyetlerini önemli ölçüde azaltarak devam ettirmeleri, yine bu piyasada faaliyet göstermek üzere kurdukları ortak girişimin konsantrasyon kapsamında değerlendirilmesini engellememiştir. Benzer bir şekilde Mitsubishi/UCAR davasında (dava 4/M.024, OJ.(1990), C.300/8 (1992) 4 CMLR M50), ortak girişimin tarafı olan Mitsubishi şirketinin, Japonya’da sürdürdüğü faaliyetinin, ortak girişime yaptığı destek göz önünde bulundurulacak olduğunda, oldukça önemsiz boyutta olması, ortak girişimin konsantrasyon vasfını etkilememiştir.

¹⁸⁸ Örneğin, Voith/Sulzer davasında (4/M.478, OJ.(1994), C.183/9), ana teşebbüslerin kağıt makineleri üretimi piyasasından tamamen çekilmeleri, bu piyasada faaliyette bulunmak üzere kurulan ortak girişimin konsantrasyon kapsamında değerlendirilmesi için yeterli sayılmıştır. Yine benzer olarak Sterling Drug davasında (dava 4/M.0072, OJ.(1991), C.156), Sterling Drug isimli teşebbüsün, Avrupa’daki reçetesiz ilaçlar piyasasındaki faaliyetlerinin tümünü, kurulan ortak girişime devretmesi, ABD’de de aynı piyasada halen aktif olarak faaliyette bulunmasına rağmen, ortak girişim ile aralarında doğrudan rekabetin olmadığı ve potansiyel rekabetin de, bütün temel sınai mülkiyet haklarının devredilmiş olması nedeniyle bulunamayacağı şeklinde değerlendirilmiş ve söz konusu ortak girişim ilişkisinin, rekabetin sınırlanmasına değil, konsantrasyona yol açtığına karar verilmiştir.

¹⁸⁹ Örneğin bu hususta verilen BSN-Nestle/Cokoladovny kararında (dava M.090, OJ.(1992), C.16/15), Çekoslovakya’da bisküvi ve çikolata üreten ortak girişim ilişkisi, aynı coğrafi piyasada olmamakla birlikte, ana teşebbüslerden BSN. isimli teşebbüsün bisküvi, Nestle isimli teşebbüsün de çikolata piyasasında faaliyet göstermesi ve bu teşebbüslerin, ortak girişime muhtemel (potansiyel) rakip olma ihtimalleri göz önünde bulundurulurken, 85. madde kapsamında değerlendirilmiştir. Buna karşılık, potansiyel rekabetin tartışılmasına rağmen, aksi yönde bir kararın çıktığı Drager/IBM/HMP davasında (dava 4/M.101, OJ.(1991), C.142/11), Drager, IBM ve HMP bir araya gelerek, devlet ve özel hastaneler için bilgisayar kullanımına dayalı yoğun bakım üniteleri ve yazılım programı geliştirmek ve pazarlamak amacıyla Hopostronics isimli bir ortak girişim kurmuşlar ve bu ortak girişimin faaliyeti için gerekli malvarlığı, işgücü, finansal ve teknolojik desteği kurdukları bu ortak girişime aktarmışlardır. İlgili piyasadaki küçük çaptaki ekonomik faaliyetlerinin tümünü tasfiye eden veya devreden Drager ve HMP’nin, ortak girişimle potansiyel rekabet olanaklarının bulunmamasına karşılık, 1984 yılından bu yana, bu piyasada faaliyet göstermeyen IBM’in rekabet imkanı değerlendirilmiş ve neticede, böylesine spesifik bir piyasaya giriş imkanının oldukça düşük olduğu gerekçesiyle, taraflar arasında potansiyel rekabet imkanının bulunmadığına karar verilmiştir. Elopak/Metla Box-Odin davasında ise (dava (1990), L.209/15), ana teşebbüslerin her birinin ilgili piyasa tek başlarına girecek yeterlilikte

teknik ve finansal imkanı varken, ortak girişim kurarak piyasaya birlikte girmeleri, bu teşebbüslerin arasındaki potansiyel rekabetin kısıtlanmasına yol açtığı gerekçesiyle, konsantrasyon değil, RA.'nın 85. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

¹⁹⁰ Cook/Kerse, sh.32,34; krş. Whish/Sufrin, sh.433; Korah, sh.252; Aslan, sh.236; Akıncı, sh.148,167; Öztürk, sh.503

¹⁹¹ Korah, sh.243

¹⁹² Kanımızca, ortak girişim kurmaya karar veren rakip teşebbüslerin, kurdukları bu sözleşme ilişkisi gereği, birbirleriyle eskisi oranda rekabet edebilme olanağı büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Zira bir yandan, risk, maliyet, araştırma gibi konularda müşterek kontrolün bir gereği olarak, ortak girişimin faaliyetlerinde birlikte hareket edilmesi, diğer taraftan ise, ana teşebbüslerin bu ilişkinin tarafı değilmişçesine rekabet edebilmesi, ticari hayatın olağan akışıyla bağdaşacak bir durum değildir. Bunun yanı sıra, zaten taraf teşebbüsleri ortak girişim kurmaya iten, daha iyi bir satım veya dağıtım ağı kurarak, yüksek risklerin ve maliyetlerin beraberce üstlenilmesi veya daha verimli üretimin yapılması gibi, bünyesinde taraf teşebbüslerin faaliyetlerinde danışıklılığı barındıran haklı ekonomik nedenlerdir. Üstelik ekonomik rasyonalitenin bir gereği olarak, ortak girişimin, ana teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasalar veya bu piyasalarla organik bağ olan komşu piyasalarda faaliyet göstermek için kurulacağı düşünülecek olursa, ortak girişim ilişkisinin konsantrasyona yol açma ihtimalinin oldukça zayıf olduğu veya en azından kooperasyon niteliğinin daha ağır bastığı görülecektir. (krş. Akıncı, sh.140; Tekinalp/Tekinalp, Joint Ventures, sh.169, yazarlar, sermayeye katılmalı ticaret ortaklığı için dahi bağımsızlığın söz konusu olmadığını, aynen şu şekilde ifade etmektedirler; “sermayeye katılmalı joint venture’larda, ortaklar ortaklık sözleşmesini araç olarak kullanarak, ortaklığın kendi iradesi ile karar almasına ve tamamen bağımsız kalmasına imkan vermezler. Ortaklar sözleşmesindeki, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçilmeleri, toplantı ve karar yetersayıları veto hakları karın paylaşımı ve payların devir gibi hükümlerin bir çoğu hakimiyeti joint venture ortakları lehine kurmaktadır. Ortaklık sözleşmesine girmeyen, joint venture gereği kurulmuş olan ortaklık ile ilgili satış ve satın alma sınırlamaları, ortaklarla iş yapma zorunlulukları, oy sözleşmeleri ve ortakların yan yükümlülükleri gibi esaslar sözleşmesinde yer alan hükümler ise bu hakimiyeti perçinler.). İşte bu gerçeği göz önünde tutan Avrupa Birliği makamları, konsantrasyon kavramının kapsamını genişletmek suretiyle, bağımsız olması kaydıyla, kooperasyona yol açabilecek türde olan ortak girişimleri de Tüzük kapsamı içine almış ve bu suretle, piyasa yapısında meydana gelen her türlü kalıcı değişimin de konsantrasyon olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu değişikliğin kooperasyon niteliğinin ağır basması nedeniyle 85. maddenin uygulanmasının bu sonucu değiştirmeyeceğini öngörmüştür.

¹⁹³ Doğal olarak ilk akla gelen soru, bir teşebbüsün aynı esnada, hem kontrol altında, hem de fonksiyonel açıdan bağımsız olmasının nasıl söz konusu olacağıdır. Zira, daha önce ifade edilen anlamlarıyla bağımsızlık ve kontrol, birbirine zıt olan iki kavramdır. Kanımızca, buradaki bağımsızlığı, mutlaka temel ticari strateji ve politikanın belirlenmesi anlamında değil, daha çok günlük faaliyetlerin yürütülmesi şeklinde yorumlamak gerekir. Bir başka deyişle, buradaki bağımsızlık, temel ticari stratejinin belirlenmesine ilişkin kararlardaki bağımsızlık değil, fonksiyonel anlamda bağımsızlıktır. Fakat gene de ifade etmek gerekir ki, bu ikilemin tam olarak nasıl

aşılması gerektiği hususunda kesin kriterler vermek güçtür. Nitekim Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, Komisyon, bazı kararlarında (Air France/Sabena, dava 4/M.157, OJ.(1992), C.235/15; British Airways/TAT, dava 4/M.259, OJ.(1992), C.283/10; Thomson/Pilkington, dava 4/M.086, OJ.(1991), C.250/31), ortak kontrolün varlığını tespit ettikten sonra, kurulan ortak girişim ile aynı mal piyasası, fakat farklı coğrafi piyasada faaliyet göstermeye devam eden ana teşebbüslerden biri arasındaki ilişkiyi, normal şartlar altında “kooperasyon” (rekabetin sınırlanması) kapsamında değerlendirmesi gerekirken (bkz. Notice on Distinction, sh.4, md.18), “endüstriyel liderlik” (industrial leadership theory) olarak ifade edilen teori çerçevesinde, bu iki teşebbüs arasında rekabet olamayacak derecede bağımlılığın bulunduğu, dolayısıyla rekabetin olamayacağı bir durumda, bunun sınırlanmasından da söz edilemeyeceğine karar vermiştir. (krş. Whish/Sufrin, sh.712; Adkins, sh.111,112; Bellamy/Child, sh.322,323)

¹⁹⁴ Hemen belirtelim ki, 1310/97 sy. Tüzük yürürlüğe girmeden önce, ortak girişimler Avrupa Birliği hukukunda da, daha ziyade RA.’nın 85.maddesi ve bu maddenin tabi olduğu 17/62 sy. Tüzük çerçevesinde değerlendirilmekteydi. Fakat Komisyon, özellikle söz konusu madde rejiminin ortak girişimler için elverişsiz olması nedeniyle, ortak girişimlere karşı ılımlı bir tutum sergilemekte ve genel ekonomik faydalarından hareketle, 4. madde çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı yönleri bulunan ortak girişim sözleşmelerine, bireysel ve grup muafiyeti tanımaktaydı (krş. Akıncı, sh.145; Zonnekeyn, sh.414; Kerestecioğlu, sh.36-41). Söz konusu grup muafiyeti Tüzükleri için bkz. yukarıda §1/IV/C/2

1998 yılı itibarıyla 4064/89 sy. Tüzük’te yapılan değişiklikler incelendiğinde ise (1997, OJ. L180/1), Komisyon’un, ortak girişimlere olan yaklaşımının büyük ölçüde değiştiğini gözlemlemek mümkündür. Zira yeni düzenlemeye göre, Komisyon, konsantrasyon kavramını genişletmiş ve özellikle ortak girişimler bakımından önem taşıyan bu yaklaşıma göre, “full function” niteliğinin bulunması, bir ortak girişimin Tüzük ve konsantrasyon kavramı içerisinde mütalaa edilmesinde yeterli görülmüştür (1310/97 sy. Tüzük başlangıç kısmı, md.5). Dolayısıyla Avrupa Birliği Hukukunda, özellikle tabi olunan usul açısından artık ortak girişimlere karşı uygulanacak olan temel düzenleme 85. madde değil, konsantrasyonlar hakkındaki Konsey Tüzüğü’dür (1310/97 sy. Tüzük başlangıç kısmı md.5). Bununla birlikte, bu durum, Tüzük kapsamındaki ortak girişimlere tamamen veya kısmen 85. madde hükümlerinin uygulanmasına engel değildir (1310/97 sy. Tüzük, md.2, ek 4. f.).

¹⁹⁵ Nitekim Birleşme ve Devralmalara ilişkin Rekabet Kurumu Tebliği’nde, bu Tebliğ’e göre yapılan bir konsantrasyon bildiriminin, Kurul’un incelemesi neticesinde konsantrasyon olmadığı sonucuna varılırsa, 4. madde çerçevesinde değerlendirilebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bildirimin dönüşmesi başlığını taşıyan düzenlemeye göre, “*Bu Tebliğ’e göre yapılmış olan bir bildirim incelenmesi sonucunda Rekabet Kurulu bildirilen işlemin birleşme veya devralma olmadığı sonucuna ulaşırsa, bu bildirim Kanun’un 10. maddesinin 1. fıkrası anlamında bir bildirim veya Kanun’un 8. maddesine göre bir menfi tespit başvurusu (ya da) Kanun’un 5. maddesi çerçevesinde muafiyet başvurusu olarak değerlendirilebilir*” (md.8).

¹⁹⁶ Avrupa Birliği Hukukundaki 4064/89 sy. Tüzük'te ise, miras durumu herhangi bir şekilde konsantrasyon kapsamı dışında bırakılmamıştır.

¹⁹⁷ Avrupa Birliği Hukukunda 4064/89 sy. Tüzük ise, sadece “*olağan faaliyetleri icabı menkul kıymetlerle işlem yapmak*” ölçütüne yer vermemiş, bunun dışında kredi ve finans kurumları ile sigorta şirketlerini yukarıda belirtilen şartlar dahilinde istisna kapsamında olduğunu açıkça belirtmiştir. Bunun yanı sıra, tekrar satış ve tasfiyeye ilişkin geçici süreyi de, kural olarak bir yılla sınırlamıştır (md.3/5.a).

¹⁹⁸ Her ne kadar tekrar satış amacıyla geçici olarak elde edilen menkul kıymetler gibi kontrol vasıtaları kural olarak istisna kapsamındaysa da, şüphesiz bunların elden çıkarılması ve üçüncü kişi teşebbüslerce devralınması, konsantrasyona yol açabilir. Bu istisna durumu, “b” bendinden farklı olarak, kesin bir karine (kanuni faraziye) değil, aksinin ispatı mümkün kanuni karinedir.

¹⁹⁹ Bkz. bu konuda “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve KHK.’lerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4046 sy. Kanun”, 24.11.1994, RG. S.22124

²⁰⁰ Düzenlemede neyin elde edildiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiş ve “kontrol” ifadesi her nasılsa unutulmuştur.

²⁰¹ Kamu kurum veya kuruluşlarınca, kanun gereği elde edilen kontrol vasıtaları istisna kapsamında olsa da, bunların üçüncü kişi teşebbüslere devredilmesi, hiç şüphesiz Tebliğ kapsamında konsantrasyon olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Rekabet Kurulu, son yıllarda gündemde olan Özelleştirme idaresi satışlarında, yapılacak olan devir işlemlerinin (devrin), Özelleştirme Yüksek Kurulu ve Danıştay'ın yanı sıra, kendi denetim ve iznine de tabi olduğunu, yayınladığı bir Tebliğ vasıtasıyla duyurmuştur (bkz. “Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumu'na Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ”, RG.23461, t.12.91998).

Bununla birlikte yukarıdaki düzenleme çerçevesinde sadece Özelleştirme İdaresi değil, haciz yapılması halinde, icra daireleri tarafından (örneğin: İİK. Md.92,93) ve iflasta ise, iflas dairesi ve iflas idaresi (İİK. md.229,241) tarafından gerçekleştirilen satışların da, (satılanın ekonomik faaliyeti yerine getirmeye müsait bir bütün teşkil etmesi, devralanın teşebbüs vasfına sahip olması ve söz konusu devrin nicelik itibarıyla konsantrasyon vasfını haiz olması kaydıyla), Rekabet Kurumu'nun iznine olması gerekir. Aksi takdirde, bu satış işlemlerinin geçerli olması mümkün değildir.

²⁰² Kanımızca, nitelik itibarıyla konsantrasyon dışında kalan hallerden farklı olarak (esasen “a” bendindeki durum ayrık tutulabilir), nicelik itibarıyla konsantrasyon sayılmayan birleşme ve devralmalar, Rekabet Kurumu'nun değerlendirmeleri bakımından ayrı rejime tabidir. Zira Tebliğ'de belirtilen eşikler, söz konusu birleşme ve devralmaların rekabete önemli ölçüde etkide bulunmayacağı varsayımına dayanmakta; bununla birlikte, söz konusu işleme mutlak anlamda bir istisna tanımamaktadır. Bu eşiklerin altında kalan bir birleşme ve devralma, RKHK.'nun 7/2. maddesine bağlı olarak izin alınmaksızın geçerli olarak kurulur. Buna karşılık, hakim durum yarattığı veya güçlendirdiği ya da ilgili piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtladığına dair, sağlam ve ciddi kanıtlar bulunduğu tespit edilirse, bu işlemin “tasfiyesi edilmesi”, çeşitli müeyyideler uygulanabilir. Her ne kadar nicelik itibarıyla konsantrasyon sayılmayan bir birleşmenin rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açması hususunda kanuni bir engel

bulunmasa da, belirtelim ki, pratikte böyle bir olasılığın gerçekleşmesi oldukça güç ve hatta imkansızdır.

²⁰³ Piyasa payını değil de, ciroyu esas alan ülkelere örnek olarak, Almanya (Dünya çapında toplam 250 milyon ECU), İrlanda (en azından iki teşebbüs malvarlığının toplam değeri 7 milyon ECU veya ciroları toplamı 13 milyon ECU), ve İtalya (ülke içerisindeki toplam ciro 330 milyon ECU veya kontrol altına alınan teşebbüsün İtalya'daki cirosu 33 milyon ECU) gösterilebilir (Bellamy/Child, sh.373,374).

²⁰⁴ Ciro ile birlikte, piyasa payını da kriter olarak kabul eden ülkelere örnek olarak, *Belçika* (Dünya çapında toplam 24 milyon ECU ve Belçika'da toplam %20 piyasa payı) ve *Yunanistan* (ülke içindeki toplam ciro 10 milyon ECU ve toplam piyasa payı %10) gösterilebilir. Ülkemiz düzenlemesine benzer olarak, ciro veya piyasa payı kriterini benimseyen ülkelere örnek olarak ise, *Fransa* (en azından iki teşebbüsün Ülke içinde 290 milyon ECU'lük cirosu olması kaydıyla, ülke çapında toplam ciro 1 milyar ECU veya ülke içindeki toplam %25'lik piyasa payı), *Portekiz* (ülke içindeki toplam ciro 27 milyon ECU veya, toplam piyasa payı %20 veya Topluluk içindeki piyasa payı %5), *İspanya* (ülke içindeki toplam piyasa payı 150 milyon ECU veya toplam piyasa payı %25) ve *İngiltere* (kontrol altına alınan teşebbüsün Dünya çapındaki malvarlığı değeri 40 milyon ECU veya İngiltere'deki piyasa payı %25) gösterilebilir (Bellamy/Child, sh.373,374).

²⁰⁵ Birleşme ve devralmalara ilişkin olarak çıkarılan Tebliğ'in ilk halinde (RG.12.9.1997 tarih, 1997/1 no'lu Tebliğ) söz konusu rakam 10 trilyon Türk Lirası iken, bu miktar, 1997/1 no'lu Tebliğ'in 4. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin 16/3/1998 t. ve 1998/2 sy. Tebliğ'le 25 trilyon Türk Lirasına çıkarılmıştır.

²⁰⁶ Tebliğ'deki ifade, yanlış yorumlanmaya müsaittir. Burada ilgili coğrafya ve mal piyasası, sadece piyasa payının belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır, zira ilgili teşebbüsün cirosundan kasıt, teşebbüsün faaliyetlerine konu olan her türlü piyasa bakımından toplam cirodur. Aksi yorumun kabul edilmesi halinde, grup teşebbüsler veya bağlı işletmelere ilişkin düzenlemelerin pratik bir faydası olmayacak ve konsantrasyonun değerlendirilmesi aşamasında dikkate alınması gereken pek çok unsur da kapsam dışı kalacaktır (1997/1 sy. Tebliğ, md. 6).

²⁰⁷ *Pazar payının ve cironun hesaplanmasında aşağıdaki teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar paylarının toplamı veya cirolarının toplamı esas alınır.*

a) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki kendi pazar payları veya ciroları,

b) Birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya ticari malvarlığının yarısından fazlasına ya da oy haklarının yarısından fazlasını kullanma yetkisine veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarısından fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip olduğu teşebbüslerin ilgili ürün pazarındaki pazar payları veya ciroları (bağlı işletmeler),

c) Birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüsler üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarında ki pazar payları ve ciroları (hakim işletmeler),

d) (c)'de sayılan teşebbüsler üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarında ki pazar payları ve ciroları,

e) (a),(b),(c) ve (d)'de sayılan teşebbüsler üzerinde (b)'de sayılan hak ve yetkilere sahip olan teşebbüslerin ilgili ürün pazarında ki pazar payları ve ciroları.

Ciro tek düzen hesap planına göre bir önceki mali yılda net satışlardan oluşur. *Ciro hesaplanırken ikinci fıkrada yer alan teşebbüslerin kendi aralarındaki satışlardan doğan cirolar hesaba katılmaz. Teşebbüslerin kısmen devri ile oluşan birleşme ve devirlerde devredilen kısmın cirosu esas alınır (md.4).*

²⁰⁸ Avrupa Birliği Hukukuyla da uyumlu olan bu düzenleme, açıkladığımız ve genellikle kabul gören teşebbüs kavramının içeriği karşısında, fazla bir anlam taşımamaktadır. Zira “teşebbüs”, bağımsız olarak faaliyet gösteren ekonomik birimleri ifade ettiğine göre, bağımsızlığı olmayan ve bir teşebbüsün iktisadi kontrolü altında bulunan ekonomik birimler, teşebbüs olarak adlandırılmaz. Dolayısıyla bu düzenlemenin, teşebbüs kavramının ve cironun hesaplanmasında dikkate alınacak ekonomik birimlerin açıklığa kavuşturulması dışında herhangi bir faydası olduğunu söylemek güçtür.

²⁰⁹ “Community dimension”

²¹⁰ 4064/89 sy. Tüzük’e göre, ilgili konsantrasyon Topluluk boyutuna sahip olmasa bile, bir üye devletin talebi üzerine, üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemesi şartıyla, Komisyon tarafından denetlenebilmektedir. Komisyon’un denetimini harekete geçirmek için, üye devletin, kural olarak, konsantrasyonun gerçekleşmesinden itibaren bir ay içinde bildirimde bulunması gerekmekte ve Komisyon’un da, bildirimden itibaren bir ay içerisinde ön karar vermesi gerekmektedir (md. 22/3). Bir diğer istisna ise, bu durumun tam karşıtı olarak, Topluluk çapında gerçekleşen bir konsantrasyonun, üye devletin bildirmesi ve söze konu olan konsantrasyonun ağırlıklı olarak üye ülkenin ayrılabilir piyasasında etkisini göstermesi halinde, Komisyon kendi takdirine bağlı olarak soruşturmayı ulusal rekabet makamına devredebilir veya kendisi sürdürebilir. Komisyon’un böyle bir bildirim dikkate alabilmesi için, kural olarak üye devletin, Komisyon’a yapılan bildirim kopyasını almasından itibaren üç hafta içinde Komisyon’a başvurması gerekmektedir (md.9). Komisyon ayrılabilir piyasayı, ancak Avrupa Birliği’nin önemli bir kısmı teşkil etmeyen coğrafyalar için kabul etmekte eğilimi göstermektedir (Korah, sh.247; Bellamy/Child, sh.375).

²¹¹ “One stop control”

²¹² Yukarıda ifade edilen eşikler, konsantrasyonların denetiminde 1997 yılında yapılan değişikliklerle birlikte 1.3.1998 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır (30.06.1997, OJ.L.180/1 Regulation No:1310/97). 4064/89 sy. Tüzük’ün önceki düzenlemesine göre; bir konsantrasyonun Topluluk boyutunda kabul edilmesi, bir başka deyişle Komisyon’un yetkili olabilmesi için, Dünya ölçeğindeki toplam cirolarının 5 milyar ECU, topluluk dahilinde 250 milyar ECU. ve ilgili teşebbüslerin her birisinin Topluluk çapındaki cirolarının 2/3’ünün, birden fazla üye devlette gerçekleşmemiş olması şartları aranmaktaydı. Tüzük’te öngörülen bu eşiklerden ilki, teşebbüsün Dünya ekonomisinde teşkil ettiği büyüklüğü, ikincisi Avrupa pazarıyla olan ekonomik ilişkiyi, üçüncüsü ise dahili piyasalarla olan ilişkiyi belirlemeyi amaçlamaktaydı. Belirtilen bu niceliksel eşikler, konsantrasyonların denetiminin yapılmaya başlandığı ilk yıllarda bilinçli olarak yüksek tutulmuş ve hatta Tüzük’ün 1/3. maddesinde, bu eşiklerin 4 yıl sonra tekrar gözden geçirileceği hükmü konmuştur. Komisyon, eşikleri 5 milyardan 2 milyara ve 250 milyondan 100 milyon ECU.’ye indirilmesi için teklifte bulunmuş ve bu teklif ancak 1998 yılının başlarında yürürlüğe konabilmiştir. Yeni düzenlemede, eşikler önemli

ölçüde aşağı çekilmekle birlikte; eski düzenlemede yer alan eşiklerde değişikliğe gidilmemiştir (level 1). 1310/97 sy. Tüzük, Konsey'in değerlendirmesine sunmak üzere söz konusu yeni eşiklerin uygulanması hakkında 1.7.2000 yılında Komisyon'a rapor hazırlamak görevi yüklemektedir (md.1/4).

²¹³ Cironun hesaplanmasında, gerek 4064/89 sy. Tüzük, gerekse Tebliğ büyük ölçüde benzer hükümler ihtiva etmektedirler. Bununla birlikte Tüzük'te, Tebliğ'de olmayan çeşitli hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, cironun hesaplanması bahsinde, kredi, finans ve sigorta kuruluşları için, 5. maddenin "a" ve "b" bentlerinde özel düzenlemeler öngörülmüştür (bu farklılıklar 1310/97 sy. Tüzük'te de az bir değişikliklerle muhafaza edilmiştir). Ayrıca kısmi devre ilişkin olarak, bir teşebbüsün, aynı teşebbüs üzerinde iki yıl zarfında gerçekleştirdiği iki veya daha fazla birleşme veya devir işleminin, kural olarak son işlem tarihinde oluşan tek bir konsantrasyon olarak kabul edileceği öngörülmüştür (md. 5/2.b).

²¹⁴ "Commission Notice on the Notion of Undertakings Concerned", OJ.1994, C.385/12; "Commission Notice on Calculation of Turnover", OJ.1994, C.385/21

²¹⁵ Birleşmeler için, cironun hesaplanmasında nazara alınacak olan teşebbüslerin tespit edilmesi, nispeten kolay bir incelemedir. Bununla birlikte, aynı kolaylığın devralmalar ve ortak girişimler için söz konusu olduğunu söylemek güçtür. Nitekim Komisyon duyurularında da, özellikle bu iki konsantrasyon görünümü üzerinde durulmakta ve bu görümlere ilişkin, çeşitli ihtimaller açıklanmaktadır. Çeşitli ihtimalleri belirtecek olursak, Tebliğ'de de yer aldığı şekliyle (md.4), başka teşebbüsün kısmen devralınması, ilgili kısmın, başlı başına ekonomik faaliyeti yerine getirecek olanaklara sahip olması ve cirosunun hesaplanabilir olması halinde, -ki bu haller ekseriya bağlı işletmeler bahsinde karşımıza çıkar- devralan teşebbüs ve sadece devralınan kısım cironun hesaplanması dikkate alınacaktır (Notice on Undertakings, sh.3, md.13). Bunun yanı sıra, birkaç teşebbüsün sadece başka bir teşebbüsü devralmak ve devrin ertesinde de bölmek amacıyla bir araya gelmeleri halinde de, bir araya gelen teşebbüsler arasında bir yoğunlaşma oluşmayacağı varsayımından hareketle, devralınan kısımlar ve devralınanlar ayrı ayrı değerlendirilmektedir (Notice on Undertakings, sh.3,md.22). Ortak girişimler tarafından yapılan devralmalarda ise, ortak girişimin ana teşebbüslerin maşası gibi kullanılıp kullanılmadığı dikkate alınmakta ve fonksiyonel bağımsızlığı olan ortak girişimlerin başka teşebbüsleri devralmaları halinde, cironun hesaplanmasında kural olarak sadece ortak girişim ile devralınan teşebbüs nazara alınmaktadır (Notice on Undertakings, sh.3,4, md.26, 27, 28, 29).

²¹⁶ Belirtelim ki bildirim yapılmaması, muafiyet için öngörülen bildirimden farklı olarak sadece idari bir takım yaptırımların uygulanmasını gerektirmekte (RKHK.md.16/c), geçerlilik rejimine herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, yukarıda belirtilen şartları haiz bir konsantrasyonun geçerli olabilmesi, onun bildirilmesine değil, izin alınması şartına bağlıdır. Bildirilmemiş olması halinde dahi Rekabet Kurulu'nun yapacağı inceleme neticesinde izin verilebilir (RKHK.md.11/b). Oysa daha önce de ifade edildiği üzere, 4. madde yasağına tabi olan ve yürürlükteki herhangi bir grup muafiyet Tebliği kapsamına girmeyen bir danışıklı ilişkinin geçerli olabilmesi öncelikle onun bildirimine ve daha sonra da muafiyet almasına bağlıdır. Burada bildirim muafiyetin ön şartıdır (kanuni şart-condictio iuris). Kanımızca muafiyet

rejiminde de, birleşmeler için öngörülen esnek sistemin benimsenmesi daha uygun olurdu (açıklamalar için bkz. yukarıda §1/IV/C/1).

²¹⁷ Rekabet Kurulu'nun vereceği izin "sarih" olabileceği gibi, "zımnî" de olabilir. Kanun, birleşme ve devralma incelemelerinin belirli süreler içerisinde tamamlanmasının ekonomik açıdan önemini dikkate almış olacak ki, inceleme sürecini belirli bir takvime tabi tutmuş ve bildirim tarihinden itibaren otuz gün içerisinde hakkında bir işlem yapılmayan birleşme veya devralmanın kendiliğinden geçerlilik kazanacağını belirtmiştir. Bu durum "zımnî izin" olarak mütalaa edilmektedir (bkz. bu konuda Üçüncü Bölüm/IV/B).

²¹⁸ RKHK.'da yer alan ifadenin, hakim durum kavramının ne şekilde değerlendirileceği hususunda açık bir ifade içerdiğini söylemek güçtür. "Hakim durum yaratmaya ve güçlendirmeye yönelik olarak" şeklindeki ifade, Aslan'ın da haklı olarak belirttiği gibi, sanki birleşme ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin bilinçli olarak davranmaları gerektiği izlenimini vermektedir (Aslan, sh.120). Oysa buradaki hakim durum kavramıyla izlenen amaç, rekabetin önemli ölçüde azaltıldığının tespitini kesin, belirli ve ekonomik bulgulara dayandırmaktır. Kanımızca, Tebliğ'de yer alan ifade amaca daha uygun gözükmemektedir (bkz. 1997/1 sy. Tebliğ, md.6/2).

²¹⁹ Hakim durum kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. yukarıda §2/II

²²⁰ Tebliğ'de öngörülen eşiklerden (ciro ve piyasa payı) herhangi bir yerinin yerine getirilmesinin yeterli olması nedeniyle, konsantrasyonun izne tabi olup olmadığının belirlenmesi safhasında ilgili piyasanın tespit edilmesi mecburi değildir.

²²¹ Bkz. yukarıda II/B ve II/C/4/c

²²² Bkz. Özellikle "EC. Notice on the Definition of the Relevant Market for Purposes of Community Competition Law", OJ. C.372, 9.12.1997 ve 2367/90 sy. Konsey Tüzüğü'nün (OJ.1990 L.219/5) ekinde yer alan, "Form Co Relating to the Notification of a Concentrations Pursuant to Council Regulation EEC. No: 4064/89, sect. 5"

²²³ Tebliğ'de coğrafi piyasa tanımlanırken, "ülkenin önemli bir bölümü"nden bahsedilmiş ve Kanun'da öngörülmemen bir sınırlama yapılmıştır. 6. maddede olduğu gibi, 7. madde metninde de coğrafi piyasa için, sadece ülkenin tamamı veya bir kısmı ifadeleri kullanılmakta, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, "önemli bir kısmı" (substantial part) sınırlamasına yer verilmemektedir.

²²⁴ Avrupa Birliği Hukukundaki düzenlemeleri yansıtan bu ifadenin, üniter devlet niteliği olan ve kültürel ve etnik açıdan daha homojen nitelik taşıyan ülkemiz bakımından ne derece geçerli olduğu sorusu akla gelebilir. Avrupa Birliği gibi supra-nasyonal bir hukuk sistemi ve bu sisteme dahil pek çok ulus ve kültür, coğrafi piyasaların birbirinden ayrılmasında önemli rol oynarken, aynı tespiti ülkemiz açısından yapmak mümkün değildir. Bu itibarla, tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin ne derecede önemli olduğu tartışma konusu yapılabilir.

Somutlaştırmak açısından, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında bu hususta örnek olarak zikredilebilecek kararlardan Kirsch/Richemont/Telepiu davasında (dava 4/M.410, OJ.(1994), C.189/6), televizyon yayıncılığı piyasası, uydu iletişiminin olağanüstü artmasına rağmen, kültürel ve linguistik nedenlerden dolayı, ulusal boyutla sınırlandırılmıştır. Yine aynı nedenlerden dolayı, Newspaper Publishing davasında (Newspaper Publishing, dava 4/M.423, OJ.(1994), C.54/12) gazete yayıncılığı piyasası ulusal düzeyde kabul edilmiştir. BSN/Euralim davasında da (dava 4/M, OJ.(1994),

C126/9) hazır yemekler piyasası, güçlü ulusal markalar ve tüketici tercihleri nedeniyle, ulusal bazda tespit edilmiştir (bu kararlar için bkz. 24th Report, sh.199).

²²⁵ Hakim durum bahsinde de ifade edildiği üzere (bkz. §2/II/B), ilgili mal piyasasının tespitinde ağırlıklı inceleme talep yönünden yapılmakta ve talep ikamesinde de, matematiksel kriterlere dayanan çapraz fiyat elastikiyetinin yanı sıra, ürünün fiziksel özellikleri, kullanım amacı gibi niteliksel kriterler de dikkate alınmaktadır. Konsantrasyonlara ilişkin olarak, talep ikamesinin matematiksel kritere göre belirlendiği Unilever France/Ortiz-Miko davasında (dava 4/M.422, OJ.(1994), C.55/5), inceleme özellikle çapraz fiyat elastikiyetine dayandırılmış ve dondurma piyasası, evlere yönelik, lokantalara yönelik ve tesadüfi (impulse) piyasalar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Malın fiziksel özellikleri ve bununla da ilgili olarak kullanım amacının dikkate alındığı davalara ise, özellikle ilaç sektöründen çok sayıda örnek verilebilir (Sanofi/Sterling Drug, dava 4/M.072, 10.6.1991, La Roche/Syntax, dava 4/M.457, 20.6.1994, Glaxo/Wellcome, dava 4/M.555, 28.2.1995, Hoechst/Marion Merrell Dow, dava 4/M.587, 22.6.1995, Sanofi/Kodak, dava 4/M.480, 12.8.1994). Zira Komisyon, ilaç sektörünü ilgilendiren davalarda, ilgili mal piyasasının belirlenmesinde Dünya Sağlık Örgütü'nün (WTO) tanıyıp kullanmakta olduğu ve ilaçların tıbbi özelliklerine dayanan üçüncü kademe sınıflamayı temel almaktadır (bununla birlikte, özellikle son yıllardaki çeşitli kararlarında, bu sınıflamanın kesin suretle uygulanmadığı belirtilmektedir, 26th Report, sh.62).

²²⁶ Daha önce de açıklandığı üzere (bkz. yukarıda §2/II/B/1/c) arz ikamesi, bir ürünün üreten teşebbüsün, önemli bir ek maliyet ve riskle karşılaşmaksızın, kısa sayılabilecek bir süre içerisinde, başka bir ürünü üretecek imkana sahip olması halini ifade eder. Avrupa Birliği Hukukunda, konsantrasyonlara ilişkin olarak arz ikamesinin de dikkate alındığı kararlara örnek olarak, Tarmac davasında (dava 4/M.0180, OJ.(1992) C.50, 25.2.1992), çeşitli tipteki tuğlaların tüketim ve kullanım amaçları açısından ikame edilebilirliği çok sınırlı olmasına karşılık, üretim aşamasında yapılabilecek ufak çaptaki uyarlamalarla farklı tipte tuğlaların üretiminin mümkün olması nedeniyle, ilgili piyasa daha "tuğla" piyasası olarak kabul edilmiştir. Aerospatiale-Alenia/de Havilland davasında ise (dava 4/M.053, OJ.(1991), C.128/13, L.334/42 OJ.(1991), (1992) 4 CMLR M2), Komisyon, öncelikle talep ikamesini değerlendirmiş ve fiyatlardaki farklılık (iki misli fiyat farkı) ile farklı güzergahlarda hitap etmelerinden (kullanım amacı) dolayı, turbo motorlu uçak piyasasını 30, 50 ve 65 koltuklu uçaklar olmak üzere, üç ayrı piyasaya bölmüştür (jet uçakları kapsam dışı kalmıştır). Daha sonra ise, arz ikamesinin bulunup bulunmadığı da incelenmiş ve uçaklardaki koltuk kapasitelerini değiştirmenin ve bunu üretip pazarlayabilmenin üç ila dört yıl alacağını tespit ederek, arz yönünden ikame edilebilirliğin bulunmadığına karar vermiştir (kararın bir incelemesi için bkz. Aslan, sh.133-136).

²²⁷ Korah, sh.241; Whish/Sufrin, sh.717; Bellamy/Child, sh.338; 24th Report, sh.195; Karakeçili, sh.24; krş. Adkins, sh.120

²²⁸ Örneğin Aerospatiale/MBB davasında (dava 4/M.017, OJ.(1991), C.18/13) helikopter piyasası, ürün piyasası bakımından sivil ve askeri helikopter olmak üzere ikiye ayrılmış; coğrafi piyasa ise, Avrupa Birliği toprakları dışındaki rekabet baskısı (özellikle Amerikan helikopter üreticileri) nedeniyle, bütün Dünya olarak tespit edilmiştir. Yine benzer şekilde, Gencor/Lonhro davasında (dava 4/M.619, OJ.(1995), C.314/14

OJ.(1995), C.347/18), plütonyum ve rodyum mallarının coğrafi piyasaları Dünya çapı olarak kabul edilmiştir. GE/ENI/Nuovo Pigone davasında ise (GE/ENI/Nuovo Pigone, dava M/4.440, 6.5.1994), gaz türbünü olarak belirlenen mal piyasası, Avrupa Birliği içerisinde gümrük engellerinin kalkması nedeniyle, coğrafi açıdan Avrupa Birliği toprakları olarak tespit edilmiştir. Aynı şekilde, AEG'nin güç aktarma piyasasındaki işletmesinin Alsthom tarafından devralınmasına ilişkin davada (Alsthom/AEG, dava 4/M.0706, 3.9.1996, OJ. C.308, 17.10.1996), bu piyasa için bazı üye ülkelerde önemli sayılabilecek tüketici alışkanlıklarının varlığı ve buna bağlı ulusal markaların bulunmasına karşılık, son yıllardaki ulusal teknik standartların yeknesaklaşması ve yüksek ölçekli üretimin yaygınlaşması nedeniyle ilgili coğrafi piyasanın Avrupa Birliği topraklarının tamamı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte özellikle perakende, yani doğrudan tüketiciye arz edilen mallar bakımından yine de oldukça dar piyasaların kabul edildiği söylenebilir (Rewe/Billa, dava 4/M.0803, 27.8.1996, OJ.C.306, 15.10.96; Schering/Gehe-Jenepharm, dava 4/M0781, 13.9.1996, OJ.306, 15.10.1996)

²²⁹ Karakeçili, sh.26; Bellamy/Child, sh.339; Whish/Sufrin, sh.717; krş. Cook/Kerse, sh.70,71

²³⁰Avrupa Birliği Hukukunda da, bir konsantrasyonun hukuka uygunluk değerlendirmesinde esas alınan kriter, “hakim durum” kavramıdır. Buna karşılık bazı yazarlar, Komisyon’un öncelikle, Amerikan uygulamasında olduğu üzere, birleşmenin yatay, dikey ve aykırı biçimde gerçekleştirilmesine göre değerlendirme yaptığını ifade etmektedirler ki, bu görüşün yasal dayanağını bulmak güçtür (Esin Arif, sh.227,228). Her ne kadar birleşmenin türü değerlendirme açısından önem taşısa da, belirleyici olan kriter, Tüzük’te de açıkça belirtildiği üzere, “hakim durum” kavramıdır.

²³¹ Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda, 4064/89 sy. Tebliğ’in tasarılarında, hakim durum kavramına yer verilmemiş ve bu durum, özellikle Alman hukukçuları tarafından hukuki belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Netice olarak 1989 yılında, Tüzük çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmenin ekonomik temellere dayanmasını sağlamak amacıyla “hakim durum” kriterine de yer verilmiştir (Cook/Kerse, sh.67; 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü’nün geçirdiği evreler için bkz. İnceci, 16 vd.) Amerikan hukukunda da bir birleşmenin rekabete aykırı olup olmadığının tespit edilmesinde hakim durum kriteri kullanılmakla birlikte, rekabetin önemli ölçüde azaltılması da ölçüt olabilmektedir (krş. Kintner, sh.94,95).

²³² Aksi gör. Aslan, sh. 120

²³³ Whish/Sufrin, sh.718; Bellamy/Child, sh.337; krş. Cook/Kerse, sh.67,68

²³⁴ Avrupa Birliği Hukukunda, Komisyon’un, hakim durumun yaratılması kriterini yeterli görmeyip, rekabetin önemli ölçüde azalması şartını da aradığını söyleyebileceğimiz tek karar, bilindiği kadarıyla Aerospatiale-Alenia/de Havilland, davasında verilmiştir (dava 4/M.053, OJ.(1991), C.128/13, L.334/42 OJ.(1991), (1992) 4 CMLR M2). Söz konusu kararda, geçici olması ve giriş engeli yaratmaması kaydıyla, hakim durum yaratan bir konsantrasyonun, rekabetin önemli ölçüde azaltılabileceğine işaret edilmiştir.

²³⁵ Birlikte hakimlik kavramı için bkz. yukarıda §2/II/D

²³⁶ Birlikte hakimliğin veya başka bir deyişle, oligopol piyasalarına karşı Tüzük’ün uygulandığı ilk karar, Nestle/Perrier davasında verilmiştir (dava 4/M.190, OJ.(1992), C.53/19, L.356/1). Söz konusu davaya göre, Nestle’nin, Fransa’da su piyasasında

faaliyet gösteren Perrier'i devralması ve aynı zamanda Fransa'daki su piyasasındaki en büyük rakibe Volvic'i satması, ilgili su piyasasında giriş engellerinin bulunması, aktüel ve potansiyel rekabetin olmaması, talep yapısının katılığı ve piyasanın dar oligopol oluşturması gibi faktörlerle bir arada değerlendirildiğinde, BSN ve Nestle'nin %82'lik piyasa payı ile birlikte hakim olarak değerlendirilmelerine yol açmıştır. (kararın bir incelemesi için bkz. Aslan, sh.124-133). Yine bu karara benzer olarak, Gencor/Lonrho davasında (dava 4/M.619, OJ.(1995), C.314/14 OJ.(1995), C.347/18), talep yapısının katı ve doymuş, müşteri bağımlılığının yoğun ve giriş engellerinin yüksek olduğu; kısaca dar oligopol piyasası özelliği gösteren plütonyum ve rodyum madenleri piyasalarında, 4 ana üreticiden ikisi olan Gencor ve Lonrho'nun birleşmeleri, piyasada düopolistik hakimliğe yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Buna karşılık Bosch/Allied Signal davasında (Bosch/Allied Signal, dava 4/M.0725, 9.4.1996, OJ. C.155, 30.5.1996) Robert Bosch şirketi tarafından, hidrolik ve ABS fren sistemleri üreten Allied Signal'ın devralınması; devralma sonrasında özellikle ABS fren sistemleri piyasasındaki piyasa payının %50'ye ulaşması ve ITT dışında, piyasadaki rakiplerden hiçbirinin %5 paydan daha yukarısına sahip olmamasına rağmen, ITT'nin hızla yükselen piyasa payı, piyasanın sürekli gelişen ve değişken yapısı ve talebin güçlü olması nedeniyle tek başına veya daha da önemlisi düopolistik hakimliğe yol açmayacağına karar verilmiştir.

²³⁷ 24th Report, sh.206,207; krş. Bellamy/Child, supp., sh.98; 26th Report, sh.64

²³⁸ Somutlaştırmak gerekirse, müşteri bağımlılığının yüksek olduğu, giriş engellerinin yüksek olduğu ve bu sebeple potansiyel rekabetin olmadığı, ve birbirine yakın piyasa paylarına sahip az sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada, teşebbüslerin piyasa paylarının; %7, 9, 10, 17, 20 ve 22 olduğunu varsayalım. Bu teşebbüslerden %7, %9 ve %10'luk paya sahip olan teşebbüslerin birleşmeleri halinde; yeni piyasanın kompozisyonu; %17, %22 ve %26 olacak ve piyasadaki rekabet önemli ölçüde azalacaktır. Oysa ki bu durumda, herhangi bir teşebbüsün tek başına hakim olduğunu söylemek güçtür. Piyasa dar oligopol niteliğini kazanmakta ve böyle bir piyasa yapısı, teşebbüsler arasında bağımlılığın ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla, kanımızca bu tip istisnai durumlarda, birlikte hakimlik kavramı vasıtasıyla, rekabet açısından arzulanmayan oligopol yapı, henüz oluşmadan kontrol edilebilir. Üstelik 7. maddenin amacı ve 6. madde açısından oligopol denetiminin zorluğu göz önünde tutulursa, bu tip bir yöntemin amacı daha uygun olduğu açık bir şekilde görülmektedir.

²³⁹ Hakim durumun güçlendirilmesi halinde, doğal olarak, öncelikle hakim durumda bir teşebbüsün varlığı gerekir. Dolayısıyla en azından hakim durumun söz konusu olduğu bir piyasada, rekabet yapısı zaten istenilen düzeyde değildir ve bu halde, etkin rekabetin devamı RKHK.'nun 6. maddesi vasıtasıyla sağlanmaktadır. Bu nedenle, etkin rekabetin bulunduğu piyasalarda gerçekleşen konsantrasyonlar ile, bu tip piyasalardakiler arasında, ortaya çıkacak sonuçlar itibarıyla ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim hakim durumdaki teşebbüsün gerçekleştirdiği her türlü devralma, hakim durumunun güçlendirmesine yol açacak, buna karşılık hakim durumda bulunmayan bir teşebbüsün gerçekleştirdiği devralmanın sonuçları açısından, aynı yargıya varmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla yapılacak olan değerlendirmede, bu farklılığın dikkate alınması gerekmektedir.

²⁴⁰ Avrupa Birliği Hukuku doktrinde de, hakim durumun güçlendirilmesinin mutlak suretle rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açmayacağı, genelde bu örnekle ifade edilmektedir (Cook/Kerse, sh.68; Whish/Sufrin, sh.718).

²⁴¹ Örneğin, Avrupa Birliği Hukukunda 4069/89 sy. Tüzük'ün giriş kısmının 15. maddesi, birleşen teşebbüslerin ilgili piyasadaki paylarının %25'i bulması halinde, kural olarak konsantrasyonun ilgili piyasadaki rekabeti engelleyeceği varsaymaktadır. Nitekim kanımızca 1997/1 sy. Tebliğ'in 4.maddesinde yer verilen ölçüt de, büyük olasılıkla bu düzenlemenin yansımasıdır. Fakat Avrupa Birliği Hukukunda bu düzenleme pek önemsenmemiş ve birleşme sonrası oluşan çok daha yüksek piyasa payları dahi, hakim durumun varlığı için yeterli görülmemiştir. Örneğin bu hususta, Alcatel/Telettra davasında İspanyol nakil ekipmanları piyasasında %81'lik piyasa payı (dava 4/M.042, OJ.1991, L122/48, (1991) 4 CMLR 778), Magnetti/Marelli davasında, Fransız pil piyasasında %61'lik piyasa payı (dava 4/M043, OJ.1991, L222/38 (1992) 4 CMLR M61), Mannesmann/Hoesch davasında, Alman motorin piyasasında %60'ın üzerinde piyasa payı (dava 4/M.222, OJ.1993, L114/34), bağdaşabilirlik konusunda ciddi şüphelerin bulunmasına rağmen, Ortak Pazar'da hakim durumun varlığı için yeterli görülmemiştir.

Bunun yanı sıra, Renault/Volvo davasında, Fransız kamyon piyasasındaki %60'ın üzerindeki piyasa payı (dava 4/M.004, 7.10.1990, (1991) 4 CMLR 297), Fiat Geotech/Ford New Holland davasında Topluluk çapındaki biçer döver piyasasında %34'lük piyasa payı (dava 4M/009, 8.2.1991), Aerospatiale/MMB davasında (dava 4/M.017, OJ.(1991), C.18/13), Topluluk çapındaki sivil helikopter piyasasında %50'nin üzerindeki piyasa payı, hakim durumun varlığı konusunda, ciddi şüphelerin bulunduğu araştırması için dahi yeterli görülmemiştir (bkz. Bellamy/Child, sh.341).

²⁴² Hakim durumdan söz edilebilmesi için, bunun belirli bir süre devam etmesi zorunluluğu karşısında, konsantrasyonların değerlendirilmesinde giriş engellerinin bulunmadığı piyasalar açısından nasıl bir tutum sergileneceği büyük önem taşımaktadır. Zira konsantrasyonların denetimi, bir ön denetimdir ve henüz konsantrasyon uygulanmamış, dolayısıyla piyasalardaki etkileri somutlaşmamıştır. Değerlendirme büyük oranda faraziyelere bağlı yapılmaktadır. İşte bu faraziyeler doğrudan tatbik edildiği takdirde, giriş ve çıkışların serbest olduğu ve giriş engellerinin bulunmadığı bir piyasada, hakim durumun yaratılmasından bahsetmek güçtür. Zira böyle bir halde, büyük olasılıkla hakim durum geçici nitelik alacak ve rekabet açısından zararlı bir durumun ortaya çıkması söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, hakim durumun uzun süre devam etmesi koşulu sadece giriş engellerine değil, verimlilik, beceri gibi hukuka uygun veya dışlayıcı uygulamalar gibi hukuka aykırı yollarla devam ettirilebilir. Bu nedenden dolayı, "hakim durumun uzun süre devam etmesi" koşulunun ne şekilde tatbik edileceği önemli bir sorundur. Ön denetim nedeniyle, bu hususta tam anlamıyla bir çözüme ulaşmak mümkün gözükmemektedir.

²⁴³ Tebliğ'deki düzenleme, ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi bakımından piyasa yapısını zikretmiş, buna karşılık 4064/89 sy. Tüzük, sadece "ilgili piyasa" değil, "bütün piyasaların yapısı" ifadesine yer verilmiş ve ayrıca başkaca hususların da dikkate alınacağını açık bir dille ifade etmiştir.

²⁴⁴ Avrupa Birliği Hukukunda da, 4064/89 sy. Tüzük'ün başlangıç kısmında yer alan düzenleme (md.4) dikkate alınarak, benzer yorumlar yapılmaktadır (Bellamy/Child, sh.339,344; Cook/Kerse, sh.75; Whish/Sufrin, sh.719; Adkins, sh.117).

²⁴⁵ Yukarıda da ifade edildiği üzere, etkin rekabetin korunması ihtiyacı, bir yönüyle hakim durum yaratan ve dolayısıyla rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuran birleşme ve devralmaların yasaklanmasını gerektirecek, fakat diğer taraftan, istisnai bazı hallerde, hakim durum yaratan ve hatta belki de rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açabilecek birleşme ve devralmaların hukuka uygun görülmesine imkan verecektir. Yukarıda verilen örnekler bu konuda tatmin edici olmakla birlikte, örnekleri biraz daha genişletecek olursak, ülke içindeki bir piyasa veya sektörün ağır kriz içerisinde olması ve hatta yok olma tehlikesi karşısında, hakim durum yaratmamak kaygısıyla böyle bir ortamda gerçekleşecek birleşme veya devralmaları hukuka aykırı kabul etmek, 7. maddenin amacıyla bağdaşmaz. Unutulmamalıdır ki etkin rekabet, ancak bir piyasadan söz edildiği hallerde korunabilir, yoksa örneğimizde olduğu gibi, yok olan bir piyasada etkin rekabeti koruma veya yaşatma kaygısı bulunmayacaktır.

Örneğin, Amerikan hukukunda "failing company defense" (iflas içerisinde olan teşebbüs savunması) doktrini adı altında, ilgili teşebbüsün iyi niyetle hareket etmiş olması, birleşme olmadığı takdirde ekonomik faaliyetine devam edecek ve yakın gelecekte finansal yükümlülüklerini yerine getirecek güce sahip olmaması halinde birleşmeye izin verilebilmektedir. Belirtelim ki, bu doktrinin uygulama alanı bulabilmesi için devre konu teşebbüsün iflas içinde olmasının yanı sıra, başka bir aktüel veya muhtemel alıcının bulunmaması, teşebbüsün devri için makul çabanın sarfedilmiş olması şartları da aranmaktadır (bkz. Clayton Yasası, sect. 7; Areeda/Kaplow, sh. 843; Liebermann/Siedel, sh.580; Allison/Prentice, sh.385; Kintner, sh.98,99). Avrupa Birliği Hukukunda Komisyon, kriz içerisinde olan ve devralınmadığı takdirde faaliyetine son vermek zorunda kalacak olan bir teşebbüsün, hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından devralınmasını, kriz durumunun devralan teşebbüs tarafından ispat edilmesi kaydıyla, konsantrasyonu meşru kılabileceğini kabul etmiştir (Kali Salz/MdK/Treuhand, dava 4/M.308, OJ.(1994), L.186/38).

Yine benzer olarak, iki veya daha fazla teşebbüsün, henüz ülkede bulunmayan bir endüstride faaliyet göstermek üzere birleşmeleri ve endüstrinin boyutları itibarıyla birleşmenin zorunlu olması halinde, yeni ortaya çıkan teşebbüsün hakim durum yaratacağı ve yeni kurulan bu piyasadaki rekabeti önemli ölçüde azaltacağı muhakkaktır. Üstelik bu piyasanın giriş engellerine sahip olması, birleşmenin olumsuz sonuçlarının uzun vadeye yayılmasına neden olacaktır. Böyle bir durumda da, rekabetin korunması kaygısıyla yeni kurulmakta olan bir piyasanın engellenmesi amaca uygun değildir.

Bunun yanı sıra, dış piyasalara yönelik faaliyette bulunan teşebbüsler arasında yaşanan birleşme ve devralmaların yaratacağı uluslararası rekabet gücü, hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. Nitekim kanımızca Tebliğ'deki ifadeler, bu şekilde yorumlanmaya müsaittir.

²⁴⁶ Aksi gör. İnceci, sh.19

Üçüncü Bölüm
REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA
ÖNGÖRÜLEN YASAKLAYICI HÜKÜMLERE AYKIRI
SÖZLEŞME VE TEŞEBBÜS BİRLİĞİ KARARLARININ
GEÇERSİZLİĞİ

Ş1- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a Aykırı
Davranışların Hukuki Sonuçlarına Genel Bir Bakış

I- Genel Olarak

Her yasaklayıcı hüküm gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümlere aykırı eylem ve işlemler de hukuki açıdan çeşitli yaptırımlara tabidir. Kanun bu hükümlere aykırı eylem ve işlemleri esasen idari nitelikli yaptırımlara tabi kılmakla birlikte, bu eylem ve işlemlerin temelde Özel Hukukun konusunu oluşturması, bunların Özel Hukuk alanında ortaya çıkaracağı neticelerin düzenlenmesini de gerekli hale getirmiştir. Nitekim bu gerekliliği göz önünde tutan Kanun koyucu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. kısmını, münhasıran özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelere ayırmıştır¹. Dolayısıyla rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemler için Kanun'da öngörülen yaptırım veya neticelerin, genel olarak, “*Özel Hukuk*” ve “*İdare Hukuku*” olmak üzere iki temel boyutu bulunduğunu söylemek mümkündür.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da özel hukuka dair öngörülen neticelerin ise, temel olarak “*haksız fiil*” ve “*geçersizlik*” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın bu bölümü, Kanun'daki yasaklayıcı hükümlere aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının tabi olduğu geçersizlik rejiminin incelenmesine ayrılmıştır. Kanımızca bu konu, Kanun'da öngörülen yasaklayıcı hükümlerin oldukça geniş bir uygulama alanı olması ve ticari işlemlerin geçerliliğinin bunlardan önemli ölçüde etkilenmesi nedeniyle, büyük önem taşımaktadır. Özellikle Rekabet Hukukunun idari nitelik de taşıyan karma vasfı, geçersizliğin müstakil bir şekilde incelenmesini gerektirmekte ve bu durum, yapılacak incelemenin önemini artırmaktadır.

Geçersizlik yaptırımının, Kanun'a aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelerinin bir parçasını teşkil etmesi itibarıyla, geçersizliğe ilişkin incelemeye geçmeden önce, genel olarak özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelerin açıklanması faydalı olacaktır. Kanun'da açıkça ifade edilmemesine rağmen, yasaklayıcı hükümlerin ve özel hukuk alanındaki neticelerin ikili bir yapılanma içerisinde tatbik edilecek olması ve mahkemelerin bu yapılanma içerisindeki öneminin belirlenmesi, kanımızca, geçersizliğe ilişkin açıklamalara ışık tutacaktır. İdare hukuku alanında ortaya çıkan neticeler ise,

esasen çalışma konumuzun tamamen dışında kalmakla birlikte, Kanun'un idari yaptırımları temel alması ve bu yaptırımların özel hukuk alanındaki neticeler ile bir arada uygulanacak olması, bunların da kısaca açıklanmasını gerekli hale getirmektedir. Dolayısıyla takip eden başlıklar altında, öncelikle idare ve özel hukuk alanında ortaya çıkan neticeler üzerinde kısaca durulacaktır.

II- İdare Hukuku Alanındaki Sonuçlar

Rekabet Hukuku sistemlerinin tümünde olduğu gibi, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun da, rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemleri temel olarak idari yaptırımlara tabi kılmış ve bu yaptırımların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, geniş yetkilere sahip olan mali ve idari özerkliği haiz Rekabet Kurumu'nu münhasır olarak görevlendirmiştir². Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Hukukundaki mevzuat³ temel alınarak düzenlenen bu idari yaptırımlar, oldukça etkin ve caydırıcı özelliklere sahiptir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen idari yaptırımlar incelendiği vakit, bunların iki farklı kategoriye ayrıldığı görülmektedir. Birbirleriyle eş zamanlı olarak tatbik edilmesi mümkün olan bu yaptırımlardan ilki, teşebbüslerin belli bir şekilde davranmalarını gerektiren kararlar, diğeri ise, idari nitelikli para cezalarıdır⁴. İlk kategori içerisindeki kararlar, rekabetin yeniden tesis edilmesi ve ihlalden önceki durumun korunmasını sağlamak amacıyla, teşebbüslere belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklemektedirler⁵. Bu davranış yükümlülüğü, genellikle müspet olmakla birlikte, menfi, yani kaçınma şeklinde de olabilir. Kanun, teşebbüslerin bu neviden bir karara aykırı davranması ya da kararın gereğini yerine getirmemesi halinde ise, kararın cebren icra edilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer vermemiş, buna karşılık, teşebbüslerin bu kararlara uymalarını sağlamak üzere, Kurul'a "*sürelili para cezaları*" tatbik etme olanağı tanımıştır (RKHK.md.17).

Kanun'da öngörülen idari para cezalarını ise, "*konu*" ve "*nitelik*" açısından iki farklı kategoride incelemek mümkündür. Konu açısından idari para cezaları, ihlal edilen kuralın mahiyetine göre, "*usul*" veya "*esasa*" ilişkin olarak ikiye ayrılabilir⁶. Kanun sadece rekabet yasaklarının ihlalini değil⁷, bildirimde bulunulmaması, yanlış ve yanıltıcı bildirim, bilgi isteme ve yerinde inceleme halinde eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi, gibi usul (düzen) kurallarına aykırı davranışları da idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur⁸. Buna karşılık usuli nitelikteki para cezalarının koruduğu menfaatin niteliği dikkate alınarak, bu tür cezalar Kanun'da sabit ve nispeten düşük bir miktar olarak öngörülmüş ve bu hususta Kurul'a herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır⁹. Ayrıca Kanun'un sistemi çerçevesinde, tüzel kişiliği haiz teşebbüsler açısından Kanun'da öngörülen usul yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş olması, teşebbüslerin yanı sıra, bunların yönetim organlarında görev alan gerçek kişilerin de kişisel sorumluluğuna yol açmakta ve bunlara verilen cezanın %10'na kadar para cezası

tatbik edilebilmektedir (RKHK.md.16/3). Bunun yanı sıra usuli para cezalarının zamanaşımı süresi, üç yıl olarak öngörülmüştür (RKHK.md.19.a).

Rekabet yasaklarının çiğnenmesi halinde tatbik edilen esasa ilişkin para cezaları ise, muayyen bir miktar olarak belirtilmemiş ve bunun yerine, gayri safi geliri esas alan bir üst sınır ve usuli cezalardan daha yüksek bir alt sınır öngörülmüştür. Dolayısıyla Kurul, bu sınırları aşmamak koşuluyla idari para cezasını serbestçe takdir edecek; bununla birlikte, ihlale taraf olan teşebbüs veya teşebbüslerin kusuru, cezaya maruz kalan teşebbüslerin pazar içerisindeki ekonomik gücü ve rekabetin sınırlanmasından doğan zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alacaktır¹⁰. Belirtmek gerekir ki, rekabete aykırı davranışlarda bulunan teşebbüslere verilecek cezada, kar değil, bir önceki mali yıldaki cironun esas alınabileceğini öngören bu sistem, oldukça ağır para cezalarının verilmesine yol açabilecektir. Esasa ilişkin para cezalarında zamanaşımı süresi ise, ihlalin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl olarak öngörülmüştür.¹¹

Nitelik açısından ise, para cezalarını “*sürelî*” ve “*ani*” olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Ani para cezaları, esas amacı cezalandırma ve caydırma olan klasik anlamdaki idari cezalardır. Bunlar, belirli bir davranışın ortaya çıkması halinde uygulanır ve uygulanmakla sona erer. Kanun’da öngörülen idari para cezalarının büyük bir kısmı bu niteliği haizdir. Sürelî para cezaları ise, Rekabet Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararın, gerektiği gibi uygulanmasını sağlamak üzere, kararda belirtilen hususların yerine getirilmediği her gün için ayrı ayrı tatbik edilen para cezalarıdır. Kolaylıkla anlaşılacağı üzere bu cezanın öngörülmesindeki asıl amaç, karara uymayan teşebbüslerin cezalandırılması değil, kararlara uyulmasının sağlanması, bir başka deyişle, kararın tazyik edilmesidir.

Bunların dışında idari para cezalarının tümünde görülen ortak bir özellik, bu cezaların Kanun’a aykırı hareket eden tarafların her birine ayrı ayrı tatbik edilmesi, bir başka anlatımla, rekabete aykırı bir eylem veya işleme birden fazla teşebbüsün taraf olması halinde, bunların tümüne tek bir para cezası tatbik edilmemesi ve bu teşebbüslerin, Kurul’un takdiri çerçevesinde, birbirlerinden bağımsız olarak cezaya muhatap olmasıdır. Para cezaları Kanun’da Türk Lirası cinsinden belirtilmiş, bununla birlikte, Lira’nın zaman içinde değer kaybetmesi gerçeği karşısında, 765 sy. Türk Ceza Kanun’a 1988 yılındaki değişikliklerle eklenen ek 2.maddedeki usul çerçevesinde, bu para cezalarının, Kurul’un yayınlacağı tebliğler vasıtasıyla uyarlanması esası getirilmiştir¹². Son olarak belirtelim ki, bu idari yaptırım kararlarının yargısal denetiminin Danıştay tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür (RKHK.md.55).

III- Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlar

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un temel aldığı yaptırım sistemi, idari bir nitelik taşımaktadır. Kanun

hükümleri çerçevesinde ihdas edilen ve geniş yetkilerle donatılan Rekabet Kurumu ve bu Kurum'un uygulamakla görevli olduğu caydırıcı yaptırımlar, Rekabet Hukukunun etkin bir şekilde uygulanması açısından merkezi öneme sahiptir. Nitekim örnek aldığımız Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da, rekabet kurallarının uygulanması ve tutarlı bir rekabet politikasının oluşturulmasında belirleyici kurum, her zaman için Komisyon olmuştur. Bununla birlikte, Rekabet Hukukunun salt bir kamu hukuku dalı olmaktan ziyade, karma özellikler göstermesi ve konusunu oluşturan eylem ve işlemlerin, temelde özel hukuka ait olması, Kanun'a aykırı davranışların aynı zamanda Özel Hukuk alanına ait neticeler doğurmasını kaçınılmaz hale getirmektedir.

Nitekim bu gerekliliği göz önünde tutan kanun koyucu, Kanun'un 5. kısmını "*rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına*" ayırmış ve rekabet yasalarına aykırı eylem ve işlemlerin sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir. Kanımızca, söz konusu hükümler çerçevesinde, özel hukuk alanında ortaya çıkan neticeleri iki ana kategoriye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki "*geçersizlik yaptırımı*", diğeri ise, "*haksız fiil sorumluluğu*"dur. Esasen bir anlamda burada, Özel Hukukun tamamından değil, Borçlar Hukuku alanında ortaya çıkan neticelerden bahsetmek daha uygun olacaktır. Zira gerek "*geçersizlik*", gerekse "*haksız fiil*", Borçlar Hukukuna ait kavramlardır ve kavramsal olarak bu neticelerin içeriği, uygulanması ve etkileri, Borçlar Hukuku prensiplerinden ayrılmamaktadır. Bununla birlikte, Rekabet Hukukunun kendine has karakteri¹³ ve Kanun'un bu neticelere ilişkin farklı bir takım düzenlemeler öngörmüş olması¹⁴, kanımızca Özel Hukuk alanında ortaya çıkan neticelerin müstakil olarak incelenmesini ve bunların Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmelerini gerekli kılmaktadır. Özellikle geçersizlik yaptırımı, Kanun'da yer alan maddi nitelikli hükümlerin yasaklayıcı ve emredici karakteri nedeniyle ticari işlemler açısından önemli bir etki ve uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, yasaklayıcı hükümlere aykırı hukuki işlemlerin nasıl bir geçersizlik yaptırımına tabi olduğunun belirlenmesi özel bir önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, özel hukuk alanında ortaya çıkan bu neticelerin tatbik edilmesi, münhasıran Rekabet Kurulu'nun tasarrufu altında değildir. Hatta denilebilir ki, Kanun'un benimsemiş olduğu rejim çerçevesinde, burada aslen yetkili olan Kurul değil, adli mahkemelerdir¹⁵. Dolayısıyla Kanun, Avrupa Birliği Hukukundakine benzer bir şekilde, Rekabet Hukukunun uygulanmasında ikili bir yapılanma öngörmüş ve dolaylı ve sınırlı da olsa, adli mahkemelerin yetkisini kabul etmiştir. Fakat Rekabet Hukukunun genel uygulaması açısından mahkemelerin merkezi bir öneme sahip olduğu düşüncesine kapılmak yerinde değildir. Zira adli mahkemelerin, rekabet ihlallerine doğrudan müdahalede bulunma imkanı bulunmadığı gibi, bazı rekabet yasalarının tatbik edilmesindeki yetkileri oldukça sınırlıdır. Kanun koyucunun rekabet politikası tercihine bağlı olarak, bu sınırlı yetki, "*haksız fiil*" hükümleri çerçevesinde bir anlamda genişlemişse de¹⁶, nihai durumda bir değişiklik olduğu söylenemez.

Kanun'un öngörmüş olduğu idari yaptırımlardan farklı olarak, yasaklayıcı hükümlere aykırı her davranış sonrasında, mutlak suretle “geçersizlik yaptırımı” veya “haksız fiil sorumluluğu”nun ortaya çıkması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Özel Hukuk alanındaki neticelerin ortaya çıkması, bunların genel ve özel şartlarının gerçekleşmesine bağlı bir meseledir. Örneğin geçersizlik yaptırımı, sadece hukuki işlemler bakımından söz konusu olabileceğine göre, 4. madde anlamında bir uyumlu eylem veya teşebbüs birliği eyleminin, geçersizliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁷. Benzer bir şekilde, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı bir sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde herhangi bir zarara yol açmaması halinde¹⁸, haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması mümkün değildir. Bunların dışında, 4. madde anlamında bir danişıklı ilişkisinin geçersizliği, ancak 5. maddedeki özel koşulların gerçekleşmemiş olmasına bağlıdır. Açıklıkla görüldüğü üzere, rekabet yasaklarına aykırı eylem veya işlemlerin, Özel Hukuk ve İdare Hukuku alanında ortaya çıkması muhtemel olan neticeleri, eşit ağırlıkta öngörülmemiştir¹⁹. Kanımızca bu farklılıklar, Rekabet Hukukunun kamusal yönünün daha ağır bastığının bir göstergesi olarak yorumlanabilir.

Bununla birlikte, her ne kadar Kanun'da Özel Hukuk alanında ortaya çıkan neticeler tali nitelikli olarak öngörülmekte ise de, bu neticeler de en az idare hukuk alanında öngörülen yaptırımlar kadar önem ve etkiye sahiptir. Özellikle inceleme konumuzu oluşturan geçersizlik yaptırımı, ticari hayattaki işlemler bakımından geniş bir uygulama alanı bulmakta ve şüphesiz bu durum da, hukuk güvenliği açısından büyük tehlike yaratmaktadır. Bunun yanı sıra, zarar veya menfaatin üç katı tutarındaki tazminat hükmü vasıtasıyla etkisi kuvvetlendirilmiş haksız fiil sorumluluğunun da, Rekabet Hukukunun farklı bir boyutuyla yaygın ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacağını söyleyebiliriz (RKHK.md.58). Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler sayesinde, rekabet yasaklarına aykırı davranan teşebbüslerin cezai sorumluluğunun yanı sıra, hukuki sorumluluğu da söz konusu olacak ve rekabeti sınırlayıcı davranışlardan zarar gören herkesin, bu zararlarını telafi edebilmesinin yolu açılacaktır.

Hukukumuzdan farklı olarak, Avrupa Birliği Rekabet Hukukuna temel olan Roma Antlaşması'nda, özel hukuka ait doğması muhtemel neticeler etraflıca düzenlenmemiş ve sadece 85.maddenin 2.fıkrasında, 85/1.maddeye aykırı anlaşmaların geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte mevcut uygulama itibarıyla, Roma Antlaşması'nda yer alan rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuk alanında geçersizlik ve haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı hususunda hiçbir şüphe yoktur²⁰. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da daha ayrıntılı olarak düzenlenen bu yaptırımlar, esasen büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama esas alınarak kaleme alınmıştır.

Bununla birlikte Avrupa Birliği Hukukundaki bu uygulamanın, ülkemiz hukuku açısından ne ölçüde referans alınabileceği hususu şüphelidir. Zira ulusal

üstü bir yapıyı haiz olan Avrupa Birliği Hukuku sisteminde, 85 ve 86.maddeye aykırı davranışların özel hukuk alanına ait yaptırımlarının uygulanmasında münhasır yetki Komisyon değil, ulusal mahkemelere aittir. Ulusal mahkemeler ise, Avrupa Birliği Hukuku mevzuatında özel hukuk neticelerine ilişkin yeknesak bir düzenleme bulunmamasından dolayı²¹, kendi ulusal hukuklarını uygulamakta ve doğal olarak bu durum, bu neticelerin niteliği, hükümleri ve sonuçlarına ilişkin, ülkeden ülkeye değişkenlik gösteren bir uygulamanın yapılmasına neden olmaktadır²². Bu itibarla hukukumuz açısından, özel hukuk alanındaki neticelere ilişkin yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı Avrupa Birliği Hukukunun yardımcı kaynak olarak kullanılması, gerek pratik, gerekse teorik nedenlerden ötürü, ancak sınırlı hallerde mümkün olabilir. Bu bağlamda, rekabet yasaklarının incelendiği ikinci bölümden farklı olarak, rekabet yasaklarına aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğinin ele alındığı bu bölümde, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasına daha dar kapsamlı yer verilecek ve değerlendirilmeler ekseriya iç hukukumuz çerçevesinde yapılacaktır.

§2- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği

I- Genel Olarak

A) Geçersizlik Kavramı

Modern hukuk düzenlerinde, irade serbestisi (ve bunun uzantısı olan sözleşme özgürlüğü) mutlak bir prensip olarak kabul edilmemekte ve hukuki sonuca yönelen irade beyanlarının bu sonucu elde edebilmesi ve girilen hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi, pozitif hukukun aradığı çeşitli koşulların gerçekleştirilmesine bağlanmaktadır. Bu koşulların herhangi biri veya birkaçının eksikliği ise, hukuki işlemin sıhhatinin veya geçerliliğinin etkilenmesine ve hatta hukuki işlemin tamamen etkisizleşmesine neden olmaktadır. İşte “geçersizlik” veya “hükümsüzlük”²³, hukuki işlemin yöneldiği hukuki sonuçları meydana getirebilme gücünden yoksun olduğu veya yoksun bırakılabildiği hallerin tümünü ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır²⁴. Geçersizliğin üst kavram olarak nitelendirilmesi ise, geçersizliğin somut olayda, ihlal edilen norm ve hukuki işlemin mahiyetine bağlı olarak, farklı görünüm ve derecelerde ortaya çıkması sebebine dayanmaktadır. Örnek olarak; emredici kanun hükümlerine, ahlaka veya şekle aykırılığın, hukuki işlemin “butlanla” geçersiz olmasına yol açtığı kabul edilmekte; öte yandan irade beyanının hata, hile veya ikrah ile sakatlanması halinde ise, hukuki işlemin “iptal edilebilirliği”nden söz edilmektedir²⁵.

Hukukumuzda “geçersizlik”, üzerinde tam olarak uzlaşmaya varılmış bir kavram değildir²⁶. Hukuki işlemlerin çok çeşitli şekillerde tezahür etmesi ve birbirlerinden oldukça farklı özellikler göstermesi, bunların geçersizliği ve geçersizliğin işlem üzerindeki etkisine ilişkin olarak, yeknesak ve tutarlı bir sistemin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Bunun yanı sıra, kanunlarda geçersizlik kavramı, türleri ve neticelerinin açık ve sistematik olarak düzenlenmemiş olması da²⁷, meseleyi daha da güçleştirmekte ve bu hususta doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Özellikle hukuki işlemlerin geçersiz olduklarının kabulü halinde, bu geçersizliğin türü ve etkisi hususundaki görüş ayrılıkları henüz giderilebilmiş değildir²⁸. Belirtmek gerekir ki bu belirsizlik, bir yandan Kanun kapsamında oluşturulacak geçersizlik rejiminde hareket serbestisi sağlamakta, diğer taraftan özel hukuk kavramlarının tatbik edilebilirliği hususunda güçlük yaratmaktadır.

Kanımızca, hukukumuz açısından geçersizlik kavramı ve türleri üzerinde nazari bir tartışmaya girmek, çalışmamızın boyutlarını ve kapsamını aşacaktır. Bununla birlikte, takip eden bölümlerde yapılacak olan açıklamalara ışık tutması bakımından, pozitif hukukumuzdaki geçersizlik kavramı hakkındaki temel noktaların kısaca belirtilmesinde fayda vardır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, geçersizlikten bahsedebilmek için, ortada bir hukuki işlemin bulunması şarttır. Hukuki işlemin söz konusu olmadığı durumlarda, geçersizlik kavramından bahsetmek mümkün değildir.

Bu bağlamda meseleye Rekabet Hukuku açısından bakıldığında, 4. madde anlamında “uyumlu eylem” ve “teşebbüs birliği eylemleri”nin geçersiz olabilmesi, bu kavramların nitelikleri icabı mümkün değildir²⁹. Hukuki işlem vasfı taşımayan bu tip davranışların, özel hukuk açısından ancak haksız fiil sorumluluğuna yol açması söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra, anlaşma kavramına verilen geniş anlam neticesinde, her anlaşmanın değil, ancak sözleşme niteliğindeki anlaşmaların geçersiz olabilmesi mümkündür³⁰. Bu nedenle Kanun’un 56. maddesinde ifade edilen “anlaşma” kavramının, “sözleşme” olarak anlaşılması zaruri olmaktadır³¹.

Kanun’un 6. maddesi açısından ise, kötüye kullanma kavramının daha çok fiili bir duruma ilişkin olması nedeniyle, geçersizliğin söz konusu olup olmadığı, ancak kötüye kullanma teşkil eden davranışın hukuki işlem şeklinde tezahür etmesi halinde tartışma konusu yapılabilir. Bu nedenle geçersizliğe ilişkin değerlendirmeyi, somut olayın özelliklerine göre yapmak daha uygun olacaktır. Öte yandan 7. madde açısından bakıldığında, birleşme veya devralma sayılan bir durumun, hukuki işlem dışı bir şekilde gerçekleşmesi hemen hemen imkansızdır³². Dolayısıyla, 7. maddeye (maddenin bütünü) aykırı bir durumun ortaya çıkması halinde, geçersizlik yaptırımının asıl olacağını kabul etmek gerekir.

Yukarıda, hukuki işlemin muteberliğini etkileyen geçersizlik sebeplerinin etkilerinin birbirlerinden farklı olduğunu ve hatta aynı geçersizlik

sebebinin, farklı işlemler bakımından değişik sonuçlarının olabileceğini belirtmiş³³. Bunun olağan sonucu ise, birbirlerinden çeşitli açılardan ayrılan geçersizlik türlerinin varlığının kabul edilmesidir. Ayrıntı ve tartışmalara girmeksizin³⁴, geçersizlik türlerini pozitif hukukumuzdaki genel esaslar çerçevesinde, “kesin geçersizlik” ve “askıda geçersizlik” olmak üzere iki ana kategori içerisinde toplamak mümkündür³⁵. Geçersizliğin türlerine ilişkin olarak farklı sınıflamalar yapmak mümkünse de, kanımızca Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un getirmiş olduğu sistem açısından bu sınıflama yeterli görülebilir³⁶. Her iki kategori içerisindeki geçersizlik türleri ve bunların hukuki işlemler üzerindeki etkileri, takip eden bölümler içerisinde gerektiği ölçüde daha detaylı olarak açıklanacaktır. Fakat açıklamalarımıza temel teşkil etmesi bakımından, bu kategorilerin neyi ifade ettiğine kısaca değinmekte fayda vardır.

1- Kesin Geçersizlik

Kesin geçersizlik halinde, hukuki işlem başlangıçtan itibaren hiçbir hüküm ifade etmemekte ve bu hükümsüzlüğün canlandırılması imkanı da bulunmamaktadır. Bir başka deyişle hukuki işlem yapıldığı andan itibaren kendiliğinden (*ipso iure*) geçersizdir ve bu geçersizliğin geçerliliğe dönüşmesi de mümkün değildir. Kesin geçersizliğin söz konusu olduğu temel durum, “butlan” veya “mutlak butlan”³⁷ olmakla birlikte, tartışmalı olarak “yokluk” halinin de geniş anlamda bir “geçersizlik” türü olduğu kabul edilmektedir³⁸.

“Butlan” kavramsal olarak kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddeleri, özel hukuk açısından butlan kavramının genel çerçevesini çizmektedir. Genel hüküm mahiyetindeki söz konusu maddeler, konuları bakımından imkansız veya emredici hukuk kurallarına aykırı olan yahut ahlak ve adaba, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırı olan hukuki işlemlerin batıl olacağını hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu sebepler her zaman hukuki işlemin butlanla sakatlanmasını gerektirmeyeceği gibi³⁹, butlana yol açtığı kabul edilen haller de bunlarla sınırlı değildir. Doktrinde bunların haricinde, muvazaa (BK.md.18), temyiz kudretinin bulunmaması (MK.md.15), şekle aykırılık (BK.md.11) ve tasarruf işlemlerinde tasarruf yetkisinin bulunmaması gibi sebeplerin de butlana yol açacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Butlana yol açan sebeplerden hareketle, bu yaptırımın ilke olarak kamu yararı düşüncesiyle konulduğunu söylemek mümkündür⁴¹.

Bir işlemin yukarıda sayılan sebeplerden biri dolayısıyla batıl olması halinde ise, bunun ne gibi hukuki neticeler doğuracağı veya butlan yaptırımının hükümleri, kanun tarafından değil, doktrin tarafından tespit edilmiştir. Genellikle kabul edildiğine göre⁴², butlan halinde söz konusu hukuki işlem baştan itibaren hiçbir hukuki sonuç meydana getirmez⁴³. Dolayısıyla taraflar batıl olan hukuki işlemin sonuçlarını elde etmek istiyorlarsa, işlemi tekrardan kanuni şartlara uygun olarak yapmak zorundadırlar. Butlan durumu, kural olarak herkes

tarafından, her zaman ileri sürülebilir. Butlan “*ipso iure*” söz konusu olduğu için, ilke olarak dava açmak veya bu yönde bir beyanda bulunmaya da gerek yoktur⁴⁴. Açılmış bir davada ise, butlanın ileri sürülmesi defî değil, bir itiraz teşkil eder ve hakim butlanı re’sen nazar almak zorundadır. Ayrıca hakimın butlana ilişkin vereceği karar inşai bir karar değil, tespit kararı olacaktır. Butlanın kesinliği çerçevesinde, prensip olarak, bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzelmesiyle butlan geçerli hale gelmez⁴⁵. Butlanla batıl bir işlemde edimler ifa edilmişse, taraflar verdiklerini duruma bağlı olarak istihkak davası veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istemek hakkına sahiptirler.

Hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin olarak, butlan sebeplerinden birinin bulunmasına rağmen, bu sebebin işlemi kısmen etkilemesi de mümkündür. Bu gibi hallerde Borçlar Kanunu’nun 20/2.maddesi, hukuki işlemin tamamen değil, kısmen geçersiz sayılmasına ve sakatlıktan etkilenmeyen kısmın geçerli kalmasına imkan vermektedir⁴⁶. “*Kısmi butlan*” olarak adlandırılan bu yaptırım, özellikle hukuki işlemlerin ayakta tutulması veya sözleşme lehine yorum (*favor contractus*) prensibine uygunluk arz etmektedir⁴⁷. Örneğin, sözleşmede fahiş bir cezai şartın kararlaştırılmış olması veya taraflardan birinin iktisadi özgürlüğünü olağandışı nispette kısıtlayacak bir sürenin tespit edilmesi halinde, sözleşmenin tamamının değil, bu kayıtların geçersiz addedilmesi daha akılcı ve amaca uygun bir çözüm tarzı olacaktır. Şüphesiz kısmi butlan yaptırımının söz konusu olabilmesi için, butlana tabi olan kısım çıkarıldığı takdirde, geriye bir hukuki işlemi meydana getirmeye yeterli muhteva unsurlarının kalmış olması gerekir. Bundan da önemlisi, Borçlar Kanunu’nun 20/2.maddesi gereğince, batıl sayılan kısım olmaksızın tarafların bu işlemi yapmayacakları kabul edilebiliyorsa, o takdirde kısmi butlan değil, ancak tam butlan söz konusu olacaktır⁴⁸. Kısmi butlanın subjektif şartını teşkil eden bu farazi irade ise, güven teorisi esas alınarak objektif bir değerlendirme ile tespit edilmelidir. Kanun, tarafların hukuki işlemi ilgili kısım atıldıktan sonra dahi ayakta tutacakları karinesinden hareket ettiğinden ötürü, kural olarak, böyle bir iradenin bulunmadığının ispatı edilmesi, tam butlanı iddia eden tarafa ait olacaktır.

Kesin hükümsüzlük kategorisi altında ifade edilen diğer bir durum ise, hukuki işlemin “*yokluğu*”dur. “*Yokluk*”, hukuki işlemin kurucu unsurlarının bulunmaması halinde ortaya çıkmakta ve esasen hukuki işlemin şeklen dahi meydana gelmediği durumları ifade etmektedir⁴⁹. Örneğin, ortada bir irade beyanı veya akitler arasında bir uyuşma bulunmadığı vakit, işlemin yokluğundan bahsetmek gerekir. Yokluk esas olarak butlana benzemekte ve hükümleri itibarıyla butlandan önemli bir farklılık göstermemektedir. Örneğin, yokluk halinde de, hukuki işlem baştan itibaren hükümlerini doğurmadığı ve bu hükümsüzlüğün hiçbir zaman düzelmeyeceği kabul edilmektedir. Yokluk herkes tarafından ve hiçbir süre ve şekle bağlı olmadan ileri sürülebilir. Yokluk haline bağlanan hukuki sonuçların esas itibarıyla butlanla ayniyet göstermesi, yokluk ayırımının pratik önemini azaltmakta ve böyle bir ayırımın gerekliliğini

tartışmalı hale getirmektedir. Özellikle Borçlar Hukuku açısından geçerli olan bu tartışma, günümüzde önemini yitirmiş gözükmektedir⁵⁰. Doktrindeki egemen görüş⁵¹, Borçlar Hukuku çerçevesinde dahi bu ayırımın gerekli olduğunu ve önemli olmamakla birlikte, bu iki yaptırım arasında pratik açıdan çeşitli farkların bulunduğunu kabul etmektedir⁵².

2- Askıda Geçersizlik

Geçersizlik yaptırımının diğer bir ana türü olan “askıda geçersizlik” kavramı ise, hukuki işlemin muallakta olduğu ve kesin olarak hüküm ifade edip etmeyeceğinin belli olmadığı halleri ifade etmektedir⁵³. Bu belirsizlik süreci ise, hukuki işlemin hükümlerini doğurması için gerekli bir olgu veya işlemin eksikliği (*noksanlık*)⁵⁴, mevcut olan bir geçersizlik sebebinin etkisiz hale gelerek işlemin tekrar geçerli hale gelebilme olasılığı⁵⁵ veya geçerli olan bir işlemin sonradan geçersiz kılınabilmesi imkanından (*iptal kabiliyeti*)⁵⁶ kaynaklanabilir. Burada önemli olan nokta, işlemin geçerliliği veya geçersizliğinin kesin olmayıp, ileride gerçekleşmesi mümkün bir olay sebebiyle değişebilecek olmasıdır. Geçerliliğe veya geçersizliğe etkide bulunan olan olay, bir hukuki işlem olabileceği gibi, fiili bir olgu da olabilir. Örneğin mümeyyiz bir küçüğün yaptığı borçlandırıcı bir işleme icazet verilmesi ilk durum, bozucu şarta bağlı olarak yapılan geçerli bir işlem ise⁵⁷, ikinci durum kapsamında mütalaa edilebilir. Bu iki örnekteki işlemlerin geçersizlik sebebi ve geçerliliğin hükümleri birbirlerinden farklıysa da, her iki durumda da geçersizliğin askıda olduğu açıkça görülmektedir⁵⁸. Dolayısıyla askıda geçersizlik, mahiyetleri itibarıyla birbirlerinden farklı geçersizlik türlerini bünyesinde barındıran bir üst kavramdır.

B) Geçersizliğe İlişkin Olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Sisteme Genel Bir Bakış

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un getirmiş olduğu sistem itibarıyla, maddi rekabet normları veya yasaklayıcı hükümlere aykırı işlemler için geçersizlik yaptırımının söz konusu olduğu hususunda hiç bir tereddüt duyulmamalıdır. Kanun’da geçersizliğe ilişkin olarak öngörülen açık hükümler bir kenara bırakılacak olursa, yasaklayıcı maddi rekabet normlarının emredici vasfı⁵⁹, bunlara aykırılık teşkil eden hukuki işlemlerin geçersiz olmalarını gerektirir. Bundan dolayıdır ki, 4 ve 7. maddelerin aksine, 6. madde hakkında herhangi bir geçersizlik yaptırımından bahsedilmemiş olması, 6. maddeye aykırılık teşkil eden sözleşme ve kararların geçersizliğinin söz konusu olmayacağı şeklinde yorumlanamaz⁶⁰.

Buna karşılık Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un getirmiş olduğu sistem çerçevesinde, rekabet yasaklarının tümü bakımından müşterek bir geçersizlik rejiminin kabul edildiğini, örneğin bu hükümlerin emredici vasfına uygun olarak "*butlan*" yaptırımının benimsenmiş olduğunu söylemek güçtür. Bu durum, gerek Kanun'da öngörülen hükümlerin ifadelerinden, gerekse yasaklayıcı olan bu hükümlerin özelliklerinden açıkça anlaşılabilir. Örneğin, Kanun'da 4. maddeye aykırı karar ve anlaşmaların (dolaylı da olsa) baştan itibaren geçersizliğinden bahsedilmişken (RKHK.md.56), 7. maddeye aykırı işlemler için, "*askıda*" (RKHK.md.10/2), "*sona erme*" (RKHK.md.11/b) gibi farklı ifadeler kullanılmıştır. Hukuken çok da başarılı olmayan bu ifadeler, kanımızca kanun koyucunun farklı bir rejim benimsediğinin göstergesi olarak yorumlanabilir.

Bunun yanı sıra, yasaklayıcı rekabet normlarının birbirlerinden farklı özellikleri de müşterek bir geçersizlik rejiminin tatbik edilmesine müsait değildir. Zira bu normların hedef tuttuğu temel amaç müşterek dahi olsa, bireysel olarak her birinin konu aldığı hukuki ilişkiler ve bu ilişkilerdeki menfaat dengeleri⁶¹ farklıdır. Örneğin, 4 ve 7. madde hükümleri, benzer olarak birden fazla teşebbüsün taraf olduğu ilişkileri konu almaktaysa da, bu ilişkilerin niteliği ve sonuçlarının benzer nitelikler taşıdığını iddia etmek mümkün değildir. Yapısal bir farklılığa yol açan ve tasfiyesi çoğu kez imkansız olan bir birleşme veya devralma işleminin, basit bir kartel sözleşmesi veya bir lisans sözleşmesi gibi değerlendirilmesi ve Kanun'un bu farklı tipteki işlemler için aynı geçersizlik yaptırımını öngörmüş olması, ticari hayatın gerçekleri ve hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Bu bağlamda Kanun'da öngörülen geçersizlik sistemi hakkında söylenebilecek ilk husus, ortak bir geçersizlik rejiminin bulunmadığıdır. Şüphesiz bu durum karşısında, geçersizlik yaptırımına ilişkin incelemenin her yasaklama normu bakımından ayrı ayrı yapılması zaruri olmaktadır.

Kanun'un getirmiş olduğu sisteme bakıldığında ise, geçersizliğin temel olarak 4 ve 7. maddeler açısından düzenlendiği görülmektedir. Kanun, 4. madde için açıkça (RKHK.md.56), 7. madde için ise dolaylı olarak (RKHK.md.7/2, md.10/2, md.11/b) geçersizlik yaptırımından bahsetmiş; buna karşılık 6. madde açısından geçersizliğin söz konusu olup olmayacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6. madde açısından açık bir düzenleme yapılmaması ise, maddeye aykırılık halinde geçersizlik yaptırımının söz konusu olmadığından değil, maddeye aykırılık teşkil eden davranışların ekseriya hukuki işlem niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. 4 ve 7. maddeler açısından öngörülen düzenlemeler ise, 6. maddenin aksine, bu hükümler kapsamına giren ilişkilerin daha çok hukuki işlem şeklinde ortaya çıkması ve hukuk güvenliği açısından bunlar için müstakil bir düzenleme yapılmasının zaruri olması sebebine dayandırılabilir.

Kanun'un geçersizliğe ilişkin olarak 4 ve 7. madde çerçevesinde öngörmüş olduğu hükümler incelendiğinde ise, Rekabet Hukukunun karma vasfının, geçersizliğe ilişkin bu düzenlemelerde oldukça belirgin bir şekilde ortaya çıktığı görülmektedir. Rekabet Hukukunun daha çok idari yönüyle ilgili olan, “*bildirim*” (RKHK.md.10) ve “*izin*” (RKHK.md.7/2) mecburiyetine ilişkin usul hükümlerinin yanı sıra, kendine özgü niteliği olan “*muafiyet*” hükmü (RKHK.md.5, md.13)⁶², rekabet yasaklarına aykırı işlemlerin geçerliliğine doğrudan etkide bulunmakta⁶³ ve bu müdahale ve etki, Kanun'daki geçersizlik rejimini oldukça karmaşık bir hale sokmaktadır. Özellikle 4. madde çerçevesindeki “*bildirim-muafiyet*” sistemi ve bunlara bağlanan hukuki neticeler, çok olasılıklı bir geçersizlik rejiminin benimsenmesini gerektirmekte ve geçersizliğe ilişkin olarak zaten pek de yalın olmayan özel hukuk sistemi ile Kanun'daki rejimin bağdaştırılmasını güçleştirmektedir. Bu yönüyle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unun kendine özgü bir geçersizlik rejimine sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Netice olarak, kanımızca Kanun'un geçersizliğe ilişkin olarak getirmiş olduğu rejimin belirlenmesi ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun açısından tutarlı bir geçersizlik sisteminin oluşturulması, hukuk güvenliği ilkesi açısından büyük önem taşımaktadır. Zira türü ne olursa olsun, hukuki işlemler için “*geçersizlik*” oldukça ağır bir yaptırımdır. Hukuken geçerli olup olmadığı veya geçersiz ise, bunun hukuki mahiyeti belli olmayan işlemler, ticari yaşamın gelişimi için hayati önemi haiz olan “*istikrar*” ve “*güvenlik*” açısından önemli bir tehlike oluşturacaktır. Üstelik Rekabet Hukukunun konusunu oluşturan ve yasaklama normlarına muhatap olma riski taşıyan işlemlerin, ticari yaşam içerisinde önemli bir yer teşkil ettiği düşünülürse, geçersizlik rejiminin tespit edilmesinin önemi kolaylıkla anlaşılır. Bu itibarla, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen yasaklama hallerine aykırı işlemlerin hukuki akıbetinin belirlenmesi ve tutarlı bir geçersizlik sistemi oluşturulması zoruridir. Bu sistemin oluşturulması aşamasında ise, her yasaklama hükmünün kendi özellikleri içerisinde değerlendirme yapmak ve söz konusu olan geçersizliği, normun koruma amacını ve hukuki işlemin özelliklerini göz önünde tutarak tespit etmek uygun bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla çalışmamızın geçersizliğe ilişkin bu bölümünde, geçersizlik her madde açısından ayrı ayrı incelenecek ve bununla birlikte geçersizliğe ilişkin temel esaslar 4. madde bahsinde açıklanacaktır⁶⁴.

II-Rekabeti Sınırlayıcı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği

A) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre; “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır*”. Görüldüğü üzere Kanun, rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan her türlü danışıklı durumun hukuka aykırı olduğunu hükme bağlamakla birlikte, bunun hukuki açıdan ne gibi bir sonucu olduğuna değinmemektedir. Esasen bu yönde bir düzenleme yapılması da, hukuk teorisi açısından zaruri değildir. Zira Kanun'da özel bir düzenlemeye yer verilmediği sürece, niteliği itibarıyla emredici nitelikteki hükümlere aykırı hukuki işlemlerin “*batıl*” olduğu kabul edilmektedir (BK.md.19, md.20)⁶⁵. 4. maddenin ise, gerek lâfzı, gerek amacı açısından, emredici nitelikte olduğu hususunda hiçbir şüphe yoktur⁶⁶. Kanun koyucunun 4. maddeye yer vermesindeki temel amacın, rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkileri engellemek olduğu dikkate alındığında, bu kapsama giren hukuki işlemlerin hukuken geçerli olmadıklarını ve hukuken himaye edilmediklerinin kabul edilmesi, mantıksal bir zorunluluktur.

Hukuk teorisi açısından durum böyleyse de, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bunu yeterli görmemiş olacak ki, 56. maddede, bu neviden hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin müstakil bir düzenlemeye yer vermiştir. Söz konusu hükme göre, “*Bu Kanun'un 4. maddesine aykırı olan her türlü sözleşme ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu sözleşme ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanun'un 63 ve 64. maddelerine tabidir. Borçlar Kanun'un 65. maddesi hükmü bu Kanun'dan doğan ihtilaflara uygulanmaz*”.

Sadece lafzı bakımından değerlendirildiğinde, söz konusu hüküm geçersizlikten daha ziyade, bundan doğan sebepsiz zenginleşme borcunun kapsamını düzenliyor gibi gözükmektedir. Buna karşılık, kanımızca sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atfın asıl önemi, geçersizliğin niteliğinin dolaylı olarak belirtilmiş olmasıdır. Zira burada yapılan atf, sebepsiz zenginleşmeden farklı, özel Kanun hükmünden doğan bir iade borcunun⁶⁷ öngörülme istendiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁶⁸. Bu atfın sebepsiz zenginleşme açısından yegane önemi, ikinci fıkrada belirtilen ahlaka aykırı amaçlarla verilen şeylerin iade edilemeyeceğine ilişkin sebepsiz zenginleşme prensibinin tatbik edilmeyeceğinin belirtilmiş olmasıdır. Dolayısıyla Kanun, 4.

maddeye aykırı karar ve anlaşmalardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceğini öngörmekle, esasen buradaki geçersizliğin niteliğini açıklığa kavuşturmuş olmaktadır⁶⁹.

Geçersizliğin niteliğini belirtmeden önce ifade etmek gerekir ki, 56.madde hükmü Roma Antlaşması'ndaki paralel hükmünde olduğu gibi, sadece “anlaşma” ve “kararların” hukuka aykırılığında bahsetmiş ve danışıklılığın diğer vasıtaları olarak öngörülen, “teşebbüs birliği eylemleri” ile “uyumlu eylem” kavramlarına yer vermemiştir. Şüphesiz bu durum, yukarıda belirttiğimiz üzere, geçersizlik yaptırımının ancak hukuki işlemler bakımından söz konusu olmasının bir sonucudur. Uyumlu eylem ve teşebbüs birliği eylemlerinin sadece fiili duruma ilişkin olmaları ve nitelikleri gereği hukuki işlem vasfını haiz olmamaları nedeniyle⁷⁰, bu düzenleme tarzının yerinde olduğu söylenebilir⁷¹. Buna karşılık anlaşma kavramının geniş yorumlanması ve hukuki işlem dışı irade uyuşmalarını kapsayacak şekilde kullanılması karşısında⁷², söz konusu düzenlemenin yerindeliği şüpheyle karşılanmalıdır. Kanımızca burada anlaşma yerine sözleşme terimine yer verilmesi, anlaşma ve sözleşme terimleri arasındaki farkın belirtilmesi ve 4. maddede öngörülen danışıklılık vasıtalarının açıklığa kavuşturulması açısından daha yerinde bir düzenleme olurdu⁷³.

Geçersizliğin özelliklerini açıklamadan önce belirtilmesi gereken bir başka nokta ise, geçersizliğin hangi işlemler, daha doğru bir ifadeyle hangi sözleşmeler için söz konusu olacağıdır⁷⁴. Esasen 56. madde, 4. maddeden bahsettiğine göre, sadece 4. maddeye aykırı olan işlemin geçersiz kınlanması, başkaca işlemlerin geçerliliğinin bundan etkilenmemesi gerekir. Bu durum meselenin tabiatından kaynaklanır; hukuka aykırı olan işlem hangisi ise, geçersizlik addedilmesi gereken de işlem de sadece odur. İlk bakışta oldukça basit ve doğal görülebilecek bu ifade, rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya sözleşmelerin, genellikle bir başka sözleşme ile ifa edilmesi, bir başka deyişle, ortada fonksiyonel açıdan birbirine bağlı iki veya daha fazla danışıklı ilişkinin bulunması karşısında, oldukça karmaşık bir hal alabilmektedir. Artık böyle bir durumda, piyasadaki rekabete verilen zarar, sadece temel ilişkiden değil, aynı zamanda, bu temel ilişkiye dayanılarak yapılan diğer sözleşmelerden kaynaklanmaktadır.

Meseleyi açıklamak için bir örnek vermek gerekirse, rakip teşebbüsler karşılıklı olarak fiyat tespiti anlaşmaları yaptıkları vakit, kural olarak bu “*fiyat karteli anlaşması*” 4. madde yasağının tipik bir ihlalini oluşturacak ve bu sözleşme –eğer sözleşme vasfını haizse- 56. madde uyarınca geçersiz kabul edilecektir. Bununla birlikte meseleyi bir aşama daha ileri götürdüğümüzde, geçersizlik açısından farklı bir problem ortaya çıkmaktadır. Bu fiyat karteline mensup teşebbüsler, tespit ettikleri fiyatı büyük olasılıkla başka teşebbüslerle yapacakları sözleşmeler vasıtasıyla ifa edecekler ve rekabetin sınırlanmasından doğan ekonomik zarar sonucu, esasen bu aşamada ortaya çıkacaktır. Zira teşebbüslerin sadece kartel anlaşması yapmaları, uygulamadıkları sürece sadece

psikolojik bir olgudur. İşte bu aşamada, fiyat karteli sözleşmesinin ifası mahiyetindeki bu sözleşmelerin geçerliliği meselesi de ortaya çıkmakta ve 4. maddenin geniş lafzı da bu meseleyi adeta körüklemektedir.

Hemen belirtelim ki, 56. madde anlamında geçersizliğin kapsamı sadece “temel ilişki” örneğinin yukarıda belirtilen kartel sözleşmesi (anlaşması) ile sınırlıdır. Kartele mensup teşebbüslerin bu kartel sözleşmesine dayanarak akdettiği başkaca sözleşmeler, ayrıca rekabeti sınırlamadıkları, bir başka deyişle kendi bünyelerinden kaynaklanan bir sebeple 4. maddeye aykırı olmadıkları sürece geçersiz kabul edilemez⁷⁵. Zira genel olarak 4. maddenin konusu, teşebbüslerin gelecekteki iktisadi politikalarını bağımsız oluşturmalarını engelleyen, danişıklı durumlardır. İktisadi politikanın veya kararların, müştereken veya yakın etkileşim içerisinde oluşturulması, 4. maddenin uygulanması açısından yeterli bir sebeptir. Oluşturulan bu politikanın tatbik edilmesi ise, 4. maddenin temel hedefleri arasında değildir. Bir başka açıdan, 4. maddenin konusu eylem veya netice değil, irade ve bu iradelerin uyuşmasıdır. Nitekim 4. maddenin işletilebilmesi için, rekabetin fiilen sınırlandırılmasının şart olmamasının anlamı da budur.

Somutlaştırmak gerekirse, fiyat kartelinin tarafları, tespit ettikleri fiyatları sözleşmeler yoluyla hayata geçirecekler ve fiyata temel olan ilişkinin geçersiz olmasına rağmen, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler ve bu sözleşmelerde yer alan fiyat kayıtları, hukuken geçerli kabul edilecektir. Bu anlamda fiyatın piyasa fiyatından (*olması gereken fiyattan*) aşağı (*yıkıcı fiyat*) ya da yukarı (*monopol karı-kartel karı*) olması hiçbir şeyi değiştirmez. Burada sadece temel ilişki geçersiz kabul edilecek, öte yandan geçersiz ilişkiye dayanarak yapılan hukuki işlemler (*tek yanlı uygulama*) geçerliliğini koruyacaktır⁷⁶. Aksi bir yorum, ticari hayatın gerçeklerine uygun düşmediği gibi, hukuk güvenliği ilkesiyle de bağdaşmaz. Zira böyle bir durumda ticari hayattaki sayısız işlemin geçerliliği tartışma konusu yapılacak ve her işlemin temelinde bir rekabeti sınırlayıcı sözleşmenin bulunup bulunmadığını araştırmak icap edecektir⁷⁷. Bu durumun kabul edilemez olduğu açıktır. Öte yandan bu kurala “*kelepçeleme uygulamaları*” bakımından istisna getirildiğini de belirtmek gerekir⁷⁸.

B) Geçersizliğin Türü

Kanun’un sadece 4 ve 56. maddeleri bir arada ele alınırsa, 4. maddeye aykırı olan karar ve sözleşmelerin tabi olduğu geçersizliğin türünün, Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi anlamında “*butlan*” (veya diğer bir ifadeyle “*mutlak butlan*”) olarak anlaşılması gerektiği intibai uyanmaktadır. Zira her şeyden önce yukarıda belirttiğimiz üzere, 4. maddenin emredici vasfı, bu maddeye aykırılık teşkil eden hukuki işlemlerin batıl olmalarını gerektirir. Böyle bir durumda geçersizliğin farklı nitelikte olduğunun kabul edilmesi ise, kanunda (geniş

anlamda) özel bir düzenlemenin yapılmış olmasına veya hükmün amacının aksini gerektirmesine bağlıdır.

Özel düzenleme vasfını taşıyan ve temel olarak geçersizliğin düzenlendiği 56. maddede ise, geçersizliğin niteliğine ilişkin farklı bir düzenlemeye yer verilmemiş, hatta aksine, sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atıf çerçevesinde, geçersizliğin kendiliğinden (*ipso iure*) ve başlangıçtan itibaren söz konusu olduğu dolaylı olarak belirtilmiştir. Bu durum ise, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin “*butlan*” yaptırımına tabi olduğu şeklindeki görüşü desteklemektedir⁷⁹. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, 85/1. maddeye aykırı işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin başlangıçtan itibaren (*ab initio*) ve kendiliğinden (*ipso iure*) hükümlerini doğurması karşısında, bazı yazarlar, söz konusu geçersizliğin türünün “*butlan*” olduğunu ileri sürmektedir⁸⁰.

Bu görüş çerçevesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan her türlü karar veya sözleşmenin, “*butlan*” yaptırımına tabi olması gerekmektedir. Bunun doğal sonucu ise, söz konusu hukuki işlemlerin baştan itibaren, kendiliğinden ve düzelemeyecek şekilde geçersiz olması, hiçbir hüküm doğurmaması olabilir. Bu durumda geçersizlik, zamanla ortadan kalkmayacağı gibi, tarafların işleme binaen edimlerini ifa etmiş olması veya işlemi tasvip etmiş olmaları ile de sıhhat kazanmamalıdır. Geçersiz bir işleme dayanarak edimini ifa eden taraf, yerine göre ya sebepsiz zenginleşme ya da istihkak davası ile verdiği geri isteyebilir. Kanun’un 4. maddesine aykırı bir işlemin geçersizliği, ilgili herkes tarafından herhangi bir şekilde ve süreye tabi olmadan ileri sürülebilir. Açılmış bir davada, örneğin sözleşmenin ihlâli nedeniyle açılan bir tazminat davasında, hakim, geçersizliği re’sen nazara almakla yükümlüdür. Öte yandan, ilgililer de işlemin geçersizliğini itiraz yoluyla ileri sürebilirler.

Görüldüğü üzere, Kanun’un sadece 56 ve 4. maddeleri çerçevesinde düşünüldüğü vakit, rekabeti sınırlayıcı mahiyetteki bir sözleşme veya kararın kesin olarak geçersiz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu geçersizlik ise, hukuki işlemin özellikleri veya özel bir kanun hükmü aksini gerektirmedikçe⁸¹, Borçlar Hukukundaki “*butlan*” yaptırımına ilişkin esaslardan bir farklılık göstermez. Buna karşılık, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, sadece Kanun’un 4 ve 56. maddelerini göz önünde tutarak tespit etmek ve geçersizliğin türünü “*butlan*” olarak kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Zira Kanun’un rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkiler için öngörmüş olduğu sistem çerçevesinde, 4. maddeyi, muafiyete ilişkin hükümler hesaba katılmaksızın tek başına değerlendirmek imkanı yoktur. Dolayısıyla geçersizlik türünün (ve hükümlerinin) tespit edilmesinde, muafiyete ilişkin özelliklerin de dikkate alınması zorunludur⁸². Bu anlamda 4. madde yasağı ve muafiyet, bir bütünün iki yarısı olarak görülebilir⁸³.

Kısaca hatırlatmak gerekirse muafiyet; rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilere 4. madde hükümlerinin uygulanmasını engelleyen bir bağışıklık sistemidir⁸⁴. Buna göre, Kanun'un 4. maddesine aykırı olan bir sözleşme veya karar, 5. maddenin usuli ve maddi koşullarının tamamını yerine getirmesi koşuluyla, 4. madde yasağına tabi olmaktan kurtulmakta ve bu sayede, idari para cezaları, tazminat ve geçersizlik gibi, ağır hukuki neticelerden muaf tutulmaktadır. Kanun muafiyetin, iki şekilde sağlanabileceğini belirtmiş ve muafiyeti, “*bireysel*” ve “*grup*” muafiyeti olmak üzere iki kategoriye ayırmıştır. Her ne kadar 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin türü açısından önem taşımasa da, bu iki muafiyet tipine ait özelliklerin birbirinden esaslı bir şekilde ayrılması nedeniyle, bunların geçerlilik rejimi üzerindeki etkilerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Kanımızca öncelikle değinilmesi gereken, grup muafiyeti hükümlerinin, geçersizlik rejimi üzerindeki etkisidir⁸⁵. Zira gerek geçersizlik, gerekse bireysel muafiyet, ancak grup muafiyeti hükümlerinin tatbik edilmediği hallerde söz konusu olabilir. Grup muafiyeti hükümlerinin uygulandığı bir durumda, 4. maddenin tatbikine yer olmayacağına göre, böyle bir durumda geçersizlikten bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla grup muafiyeti 4. maddenin tabi olduğu geçersizlik rejimi açısından büyük bir öneme sahip olmasına karşılık, bu önem, geçersizliğin niteliği veya hükümlerine ilişkin olmayıp, geçersizliğin varlığına, bir başka deyişle geçersizliğin söz konusu olup olmayacağına ilişkindir. Zira grup muafiyetinin bireysel ve öznel olmayıp, soyut, genel ve objektif olarak uygulanması karşısında, geçersizliğin kesin veya askıda olup olmadığını ya da düzelleme imkanının bulunup bulunmadığını tartışmak uygun değildir⁸⁶. Hukuki işlem, ya grup muafiyet koşullarını yerine getirmektedir ve 4. maddeden istisna tutulur, ya da getirmemektedir ve geçersiz olur. İşte bu ikinci ihtimalde, hukuki işlemin geçersizliği, ancak bireysel muafiyet açısından değerlendirilebilir.

Meseleye bireysel muafiyet açısından bakıldığında ise, 4. maddeye aykırı olan ve yukarıda değindiğimiz üzere “*butlan*”la geçersiz olduğu intibamı uyandıran bir hukuki işlem, 5. maddenin koşullarının gerçekleşmiş olmasına şartına bağlı olarak, Rekabet Kurulu'nun vereceği bir idari karar ile geçerli kılınabilmekte, bir başka deyişle geçersizlik düzelebilmektedir. Münhasıran Rekabet Kurulu tarafından verilebilen bu karar, kural olarak geriye (*ex tunc*) etkili olmakta ve somut olayın özelliklerine bağlı olarak, işlemi baştan yahut bildirim tarihinden itibaren geçerli hale getirebilmektedir⁸⁷. Bu itibarla muafiyet kararı, 4. maddeye aykırı işlemlerin geçersizliğini geçerliliğe dönüştürerek geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu durumun ise “*butlan*” yaptırımının bünyesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Bununla birlikte bu bağdaşmama olgusu, geçersizliğin kesin olup olmaması ile sınırlıdır. “*Butlan*”ın bunun dışındaki hükümleri, uygun düştüğü ölçüde burada söz konusu olan geçersizlik açısından tatbik edilebilmelidir⁸⁸. Bu

bağlamda, 4. maddeye aykırı olan bir hukuki işlemin geçersizliği, baştan itibaren ve kendiliğinden hükümlerini doğurmaktadır. Öte yandan, aynen butlanda olduğu gibi, buradaki geçersizliği, ilgili herkes herhangi bir şekilde ve süreye tabi olmadan ileri sürebilir. Hakim geçersizliği re'sen nazara zorundadır. Öte yandan, ilgililer de işlemin geçersizliğini “*itiraz*” yoluyla ileri sürebilirler. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, 85/1.maddeye aykırı karar ve işlemlerin, 85/2.madde uyarınca, “*kendiliğinden*” ve “*başlangıçtan itibaren*” geçersiz olduğu ve geçersizliğin herkes tarafından ileri sürülebildiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir⁸⁹.

Kanun'un bireysel muafiyete ilişkin olarak öngörmüş olduğu sistem, 4. madde yasağına giren hukuki işlemlerin geçerliliği üzerinde, tek değil, iki yönlü bir etkiye sahiptir. Daha açık bir anlatımla muafiyete ilişkin kanun hükümleri, sadece hukuki işlemdeki geçersizliğin düzelebilmesini değil, aynı zamanda muafiyet olarak geçerli hale gelen bir işlemin geçersiz kılınmasını da mümkün kılmaktadır⁹⁰. Rekabet Kurulu, vermiş olduğu bir muafiyet kararını, Kanun'da öngörülen sebeplerden birine bağlı olarak geri alabilmekte ve bu karar neticesinde hukuki işlem tekrar geçersiz kılınmaktadır. Bu geri alma kararı da, aynen muafiyet kararında olduğu gibi geriye etkili olmakta ve bu etkinin kapsamı ise, geri alma kararına esas olan kanuni sebebe göre değişiklik göstermektedir (RKHK.md.13)⁹¹. Dolayısıyla esasen burada Kurul muafiyet kararını, bir anlamda Kanun'da öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi bozucu şartına bağlı olarak vermekte, fakat bu şartın gerçekleşmesi Borçlar Kanunu'ndaki genel kuralın aksine geriye etkili olmaktadır.

Burada önemle dikkate alınması gereken bir başka nokta ise, muafiyet kararının süreyle sınırlı olmasına bağlı olarak, Kurul'un vereceği bir “*geri alma kararı*” bulunmasa dahi, muafiyet süresinin dolmasına rağmen Kurul'un pasif davranışının da, hukuki işlemin geçerliliğini sona erdirebileceğidir. Fakat geri alma kararından farklı olarak, burada hukuki işlem muafiyet süresince geçerliliğini korumakta ve geçersizlik ancak ileriye etkili olmaktadır. Bu açıdan aslında muafiyet, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğini ancak süreyle sınırlı geçerli kılmakta, bir başka anlatımla, “*sınırlı süreli bir geçerlilik*” söz konusu olmaktadır. Özetle, 4. maddeye aykırı bir sözleşme veya karar bireysel muafiyetten yararlanarak geçerli kılınsa dahi, bu geçerlilik, gerek “*geri alma kararı*”, gerekse süresi sona ermiş bireysel muafiyetin “*yenilenmesi kararının alınmamış olması*” hallerinde ortadan kalkmaktadır.

Netice olarak, bireysel muafiyet hükmü karşısında, kanımızca 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin esas itibarıyla “*butlan*” yaptırımına tabi olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir. 4. madde sistemi içerisinde öngörülen muafiyet hükümleri, bu maddeye aykırı işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldırmakta ve “*butlan*” yaptırımını bertaraf etmektedir⁹². Dolayısıyla 4. maddeye aykırı olan bir hukuki işlemin geçersizliği,

muafiyet şartına bağılı olarak askıda kalmakta ve doğal olarak geçersizliğin türü de, “askıda geçersizlik” olmaktadır⁹³.

Bu durumda “kesin geçersizlik” veya “butlan” yaptırımı ise, ancak Kurul tarafından muafiyet incelemesi yapılarak muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için söz konusu edilebilir. Bu itibarla “butlan”, genellikle kabul edildiğinin aksine, 4. madde kapsamına giren hukuki işlemler için istisnai bir geçersizlik türü olmaktadır. Kanun’un 4. maddesine aykırı, fakat grup veya bireysel muafiyetten yararlanan bir sözleşme veya karar ise, kural olarak geçerli olmakta, bununla birlikte, bu geçerliliğin geçersizliğe dönüşebilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu açıdan, bir anlamda muafiyetten yararlanan hukuki işlemlerin “askıda geçerli” (veya geçersiz) olduğunu söylemek dahi mümkündür.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, muafiyete ilişkin kanun hükümlerinin, 4. maddeyle ilgili geçersizlik rejimi üzerindeki bir başka önemli etkisi, geçersizliğin somut olayda ne zaman, nasıl ve kime dermeyer edileceği, kısaca pratik açıdan tatbik edilmesi meselesiyle de ilgilidir. Zira geçersizliğin tatbik edilmesi esasen adli mahkemelerin görevi dahilinde olmakla birlikte, 4. maddenin diğer yarısını oluşturan muafiyet hükümleri, esas itibarıyla Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmekte, bu durum ise, geçersizliğin kim tarafından ve ne şekilde tatbik edileceği, kısaca görev paylaşımı meselesini beraberinde getirmektedir.

Mahkeme, önüne gelen bir ihtilafta yer alan bir sözleşmenin 4. maddeyi ihlal ettiğini tespit ettiği takdirde, zorunlu olarak muafiyet rejimini de dikkate almak durumundadır. Ancak hakim, pozitif bir hukuk kaynağı olması nedeniyle grup muafiyeti tebliğleri çerçevesinde değerlendirme yapabileceksen, sözleşmenin bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanmayacağını inceleyemez. Dolayısıyla geçersizlik, aynı zamanda bir usul meselesi olarak da ortaya çıkmaktadır. Soyut bir ifadeyle, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliği “*ipso iure*” ve “*ab initio*” hüküm ifade ederken, bireysel muafiyetin, ancak bildirim ve idari bir karara bağılı olarak hükümlerini doğurabilmesi, askıda geçersizliğin pratik açıdan tatbik edilebilirliği bakımından önemli güçlükler yaratmaktadır.

Kanımızca muafiyet kararının belirli usul kuralları çerçevesinde idari bir kurum tarafından verilecek olması karşısında, yukarıda ifade ettiğimiz askıda geçersizliğin klasik anlamıyla tatbik edilmesi mümkün gözükmemektedir. Özellikle bireysel muafiyetin bu idari ve usuli yapısı, 4. maddenin tabi olduğu geçersizlik rejimini oldukça karmaşık bir hale sokmaktadır. Nitekim 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğinin ne şekilde tatbik edileceği ve ulusal mahkemelerin bu alana ilişkin yetkileri, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında da yoğun olarak tartiřılmakta⁹⁴ ve Avrupa Birliği’nin ulusal olmayan yapısının getirdiği sorunlar karşısında, önemli güçlükler yařanmaktadır⁹⁵. Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği Hukukundaki durum böyle iken, kanun koyucunun

aynı düzenleme tarzını benimsemiş olması ve üstelik bu düzenleme tarzının dahi, Kurul ve mahkemeler arasında görev iş bölümünü öngören basit usul hükümleri vasıtasıyla düzeltilmesi imkanı varken, bunun da yapılmamış olması, talihsiz bir durumdur.

Dolayısıyla mevcut durum itibarıyla oldukça karmaşık bir görüntü sergileyen geçersizlik rejimi içerisinde, yukarıda ifade ettiğimiz “geçersizliğin” ne şekilde ortaya çıktığı ve bunun doğurduğu hukuki sonuçlar açıklığa kavuşturulmadır. Fakat, bildirim sistemine bağlanan hukuki neticeler ve bireysel ve grup muafiyetine ilişkin farklılıklar, geçersizliğin hükümlerine ilişkin genel ve soyut kuralların konmasına engel olmaktadır⁹⁶. Bu nedenle, 4. maddenin geçersizlik rejimi ve askıda geçersizliğin pratik olarak kavranabilmesinde uygun bir yöntem olarak, uygulamada ortaya çıkabilecek çeşitli olasılıkları başka bir bölümde ayrı ele almak doğru olacaktır⁹⁷. Bunların dışında, 4. madde bakımından geçersizliğin tatbik edilmesinde dikkate alınabilecek bir başka husus, piyasa üzerindeki etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayan danışıklı ilişkilerin (veya ikinci dereceden rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların), piyasanın zaman içerisinde gösterdiği değişimler karşısındaki durumudur. Daha önce de ifade edildiği üzere 4. madde sadece amacı itibarıyla değil, aktüel veya potansiyel etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayan danışıklı ilişkileri de kapsamakta ve dolayısıyla bir danışıklı ilişkinin hukuka aykırılığı, sadece içeriği ve bu içeriğinden çıkarılan amaca göre değil, aynı zamanda piyasa üzerinde doğuracağı etkiye göre de tespit edilmektedir⁹⁸. Piyasa şartlarının zaman içerisinde değişebileceği göz önünde tutulacak olunursa, bunun danışıklı ilişkilerin hukuka aykırılığına etkide bulunacağını kolaylıkla söylemek mümkündür. Bu çerçevede önceden 4. maddeye aykırı olan bir sözleşme, piyasa şartlarındaki değişimler, örneğin piyasanın yoğunlaşması karşısında 4. madde kapsamına girebileceği gibi, bunun aksinin de gerçekleşmesi mümkündür. Nitekim aynı durum muafiyet almış veya alamamış sözleşmeler için de geçerlidir⁹⁹. Bu itibarla geçersizlik rejiminin açıklanmasında, bu hususun da dikkate alınması gerekir¹⁰⁰.

Öte yandan Kanun’un 4. madde için öngördüğü geçersizlik rejiminin tespit edilmesinde (muafiyete ilişkin hükümlerin yanı sıra), dikkate alınması gereken bir başka husus, 4. madde kapsamına giren hukuki işlemlerin (özellikle de sözleşmelerin) gösterdiği özellikler olmalıdır. Zira “*de lege feranda*” bakıldığında, geçersizlik yaptırımını, normun amacı ve mahiyeti kadar, tatbik edileceği hukuki işlemin özelliklerine de uygun düşmelidir. İşte 4. maddenin birbirlerinden çeşitli açılardan ayrılan, farklı türdeki pek çok sözleşmeye uygulanabilir olması karşısında, bunların tümü için tek tip bir geçersizlik rejiminin ne derece uygun olduğu hususunda tereddüt duyulabilir¹⁰¹. Bu itibarla 4. madde bakımından söz konusu olan geçersizliğin türü, bu geçersizliğin pratik olarak uygulanması ve hükümleri hakkında yapılacak açıklamaları takiben, bu

geçersizliğin maddenin amacı bakımından uygun olup olmadığını ayrıca tetkik etmek gerekir¹⁰².

C) Geçersizliğin Pratik Olarak Uygulanması

1- Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği üzere, 4. madde sistemi içerisinde yer alan muafiyete ilişkin hükümler karşısında, bu maddeye aykırı hukuki işlemlerin her zaman için kesin geçersiz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Muafiyet, 4. maddeye aykırı işlemlerin geçersizliğini düzelterek rekabeti sınırlayıcı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarını geçerli hale getirebilmekte ve muafiyetin bu düzeltici fonksiyonu, teorik olarak 4. maddeye aykırı her türlü danışıklı ilişki bakımından söz konusu olabilmektedir¹⁰³. Dolayısıyla (bireysel) muafiyete ilişkin hükümler çerçevesinde, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin türünü, esas itibarıyla “*askıda geçersiz*” ve ancak sınırlı bir takım hallerde de “*butlan*” olarak kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte, 4. maddeye aykırı olan bir işlemin tabi olduğu geçersizliğin hükümlerinin ne şekilde ortaya çıkacağı ve pratik açıdan nasıl uygulanacağı hususunda kesin ve net bir şey söylemek veya bir genelleme yapmak mümkün gözükmemektedir. Geçersizliğin tatbikinde, kanımızca pratik açıdan ortaya çıkması muhtemel çeşitli ihtimaller çerçevesinde değerlendirme yapmak daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Her şeyden önce, muafiyetin birbirinden esaslı şekilde ayrılan ve birbirlerinin dışlayan iki farklı türünün bulunması karşısında, geçersizliğin bunlar karşısındaki konumunun ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Bir işlemin 4. maddeyi ihlal etmesi karşısında öncelikli olarak grup muafiyeti açısından bir değerlendirme yapmak ve ancak işlemin yürürlükteki grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamına girmemesi halinde, bireysel muafiyet hükmünü dikkate almak gerekir.

Bireysel muafiyetin gösterdiği özellikler karşısında ise, geçersizliğin tatbik edilmesi daha karmaşık bir problem arz edecektir. Zira geçersizliğin kendiliğinden hükümlerini doğuracak olmasına karşılık, muafiyet kararının, evvelce de belirttiğim gibi¹⁰⁴, belirli usul hükümleri çerçevesinde, idari bir organ tarafından verilecek olması ve bu kararın verilmesinde mahkemelerin yetkili olmaması, geçersizliğin fiilen tatbik edilmesine ilişkin çözümlü güç sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Üstelik muafiyet kararının ileriye değil, geriye etkili olarak uygulanacak olması karşısında, sorun sadece pratik değil, aynı zamanda teorik açıdan da kendisini hissettirmektedir. Bireysel muafiyet hükümleri çerçevesinde, özellikle bildirimle bağlanan neticeler, geçersizliğin tatbik edilmesine ilişkin olarak çeşitli ihtimallerin dikkate alınmasını zorunlu hale getirmektedir. Bunun

yanı sıra, özellikle muafiyetin geri alınması kararının, geçersizlik açısından nasıl bir etkide bulunduğunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Netice olarak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin pratik açıdan ne şekilde tatbik edileceği, ancak grup muafiyeti ve bireysel muafiyet açılarından ayrı ayrı incelenerek tespit edilebilir. Belirtelim ki, her iki durum ve de özellikle bireysel muafiyete ilişkin yapılacak inceleme, ayrıca kendi içerisinde farklı olasılıkların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Aşağıda sırasıyla grup ve bireysel muafiyetin geçersizlik karşısında gösterdiği özellikler üzerinde duracağız.

2- Grup Muafiyeti Açısından

a) Genel Olarak

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere grup muafiyeti, 4. maddenin tatbikinde önemli bir yere sahiptir. Her şeyden önce, 4. madde hükümlerinin bir rekabeti sınırlayıcı bir danişıklı ilişkiye uygulanması, ancak söz konusu ilişkinin yürürlükteki grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına girmiyor olmasına bağlıdır. Sözleşme veya karar şeklindeki danişıklı ilişki, tebliğlerden her hangi birinde öngörülen koşulların tümünü yerine getirdiği takdirde, artık bu ilişki 4 değil, 5. madde ve ilgili tebliğ hükümlerine tabi olacak ve böylece de geçerli olarak kabul edilecektir. Bu özelliği itibarıyla grup muafiyetine ilişkin tebliğler, 4. madde yasağının uygulama alanını önemli ölçüde daraltmakta ve deyim yerindeyse, bu yasağı rekabet politikası tercihi doğrultusunda sınırlamaktadır.

Geçersizlik rejimi açısından baktığımızda, grup muafiyeti hükümlerinin 4. madde sistemi üzerindeki etkisinin oldukça yalın olduğu söylenebilir. Kısaca ifade etmek gerekirse, 4. maddeyi ihlal eden bir sözleşme veya karar, yürürlükte olan herhangi bir tebliğin kapsamına girdiği takdirde, hukuken geçerli bir işlem olarak kabul edilir. Bir işlemin herhangi bir tebliğ kapsamına girdiğinin kabul edilmesi için ise, o tebliğin aradığı tüm koşulların yerine getirilmiş olması; örneğin, ilgili tebliğde öngörülen rekabet sınırlamalarından başkasının yüklenmemiş olması gerekir. Öngörülen koşullardan birinin dahi yerine getirilmemiş olması, söz konusu işlemi tebliğin kapsamı dışında bırakmaya yeter. Öte yandan işlemin ilgili tebliğin kapsamına girmesi, otomatik bir süreç içerisinde kendiliğinden gerçekleşir, dolayısıyla bildirim veya başka bir talepte bulunmaya gerek yoktur.

Bir sözleşme veya kararın grup muafiyeti kapsamında geçerli olabilmesi için, tebliğden önce veya daha sonra yapılmış veya uygulanmış olmasının da önemi yoktur. Genel prensibin aksine, rekabeti sınırlayıcı sözleşme, kapsamına girdiği tebliğden önce yapılmış dahi olsa, tebliğin yürürlükte olduğu esnada halen uygulanmaktaysa, grup muafiyeti hükümlerinden faydalanır ve geriye

etkili olarak geçerli kabul edilir¹⁰⁵. Buna karşılık, 4. maddeye aykırı olup da tebliğ kapsamına giren bir sözleşme, söz konusu tebliğin daha sonra yürürlükten kaldırılması halinde yürürlükten kalkma tarihinden itibaren geçerliliğini yitirir ve bireysel muafiyete tabi olmadığı sürece, 4. madde yasağına tabi olur.

Bir sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanması, ancak tebliğde aranan şartların yerine getirilmiş olmasına bağlı olmakla birlikte, taraflar, sözleşmeyi grup muafiyeti tebliğinde aranan şartlara uygun olarak hazırlayıp hazırlamadıkları hususunda tereddüde düşebilirler¹⁰⁶. Böyle bir durumda taraf veya tarafların önündeki ilk seçenek, söz konusu sözleşmenin Kurul'a bildirilmesidir. Kurul, bildirime bağlı olarak yapacağı değerlendirme neticesinde, ya sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girdiğine, ya da girmediğine dair bir tespit kararı verecektir. Sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girdiğine karar verilmesi halinde, -ki bu durumda bir menfi kararı söz konusu olur-, bir sorun ortaya çıkmaz. Buna karşılık, sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girmediğine karar verilmesi halinde, söz konusu sözleşme, ancak bireysel muafiyet açısından değerlendirilebilir ve eğer koşulları var ise, Kurul bireysel muafiyet kararı verip sözleşmeyi 4. maddeden istisna tutabilir. Aksi takdirde sözleşme 4. madde çerçevesinde geçersiz kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki, her iki durumda da Kurul'un vereceği karar yeni bir hukuki durum yaratmamakta, var olan bir hukuki durumu tespit etmektedir. Bu özelliğiyle, söz konusu kararların 8. maddede düzenlenen menfi tespit kararlarından bir farklılığı bulunmamaktadır¹⁰⁷. Böyle bir karar, tarafların kendilerini hukuki açıdan emniyette hissetmelerine hizmet eder. Fakat ifade etmek gerekir ki, Kurul'un vermiş olduğu tespit hükümlerinin bağlayıcı olmadığı gerçeği karşısında, bu hukuki emniyet sınırlı düzeyde kalmaktadır¹⁰⁸.

Kurul'a bildirilmiş ve hakkında ilgili tebliğe uygun olduğu yönünde menfi (veya müspet) bir tespit kararı alınmış bir sözleşme, mahkeme önünde geçersizlik itirazına konu olduğu takdirde, hakimin bu itirazı kabul etmesi ve sözleşmeyi geçersiz olarak kabul etmesi teorik olarak mümkündür. Zira mahkemelerin, 5. maddenin şartlarının bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkileri yoksa da, yayınlanıp yürürlüğe girmekle pozitif hukuk kaynağı haline gelen grup muafiyeti tebliğlerini uygulama yetkilerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, hakim, önüne gelen bir sözleşme veya kararın, yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına girip girmediğini inceleme yetkisine sahiptir ve hatta bu incelemeyi yapmakla da yükümlüdür. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da ulusal mahkemelerin, önlerine gelen bir sözleşmenin, yürürlükteki blok muafiyet tüzüklerinden herhangi birinin kapsamına girip girmediğini inceleme yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, yapacağı inceleme neticesinde, hakim, Kurul'un vermiş olduğu kararlar aynı veya aksi yönde bir karara varabilir. Şüphesiz hakim, aksi yönde karara varırken, bunu sağlam temellere dayandırmalı ve neden aksi karara vardığını açıkça belirtmelidir.

Bu ifade edilenler ışığında, hukuki açıdan daha emniyetli, fakat pratik açıdan yararı şüpheli diğer seçenek, taraf veya tarafların, Kurul'a başvurmak yerine doğrudan mahkemeye başvurarak tespit davası açmasıdır. Dava şartları açısından, tespit davasının açılabilip açılmayacağı usul hukuku bakımından tartışma konusu yapılabilirse de, kanımızca bu tip bir davanın açılmasına cevaz verilmelidir¹¹⁰.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girip girmediği hususunda tereddüt duyulması halinde, teşebbüslerin menfaatlerini gerektiği gibi koruyacak bir mekanizma yoktur. Özellikle grup muafiyeti tebliğlerinin kaleme alınış tarzı dikkate alınacak olursa, teşebbüslerin bu hususta tereddüt duymalarının uzak bir ihtimal olmadığı kolaylıkla söylenebilir. Oysa yukarıda belirtilen bu seçenekler, gereken neticeyi elde etmekten uzak olduğu gibi, grup muafiyeti sisteminden beklenen faydayı da önemli ölçüde azaltmaktadır.

Grup muafiyeti rejimi ile ilgili olarak değinilmesi gereken diğer önemli bir nokta da, dayanağını RKHK.'nın 13. maddesi hükmünden alan ve tebliğlerin tümünde bulunan, "*geri alma kararı*"dır. Mevcut haliyle grup muafiyeti rejimiyle ters düşen söz konusu düzenleme, muafiyetin sağlamış olduğu geçerliliği etkilemekte ve yukarıda değindiğimiz üzere, muafiyetin sağlamış olduğu geçerliliği, askıda geçerlilik (veya geçersizlik) haline dönüştürmektedir. Bu itibarla bu hususun ayrı bir bahis içerisinde incelenmesi, 4. maddenin geçerlilik rejimi açısından önem taşımaktadır.

b) Grup Muafiyetinin Geri Alınması

Belirttiğimiz üzere bir sözleşmenin grup muafiyeti hükümlerinden faydalanması, herhangi bir talep, inceleme veya karara ihtiyaç göstermeksizin kendiliğinden gerçekleşir. Sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanmasının yegane şartı, sözleşmede yer alan kayıtların grup muafiyeti tebliğlerinde öngörülen koşullara uygun olması, daha doğru bir deyişle; sözleşmede tebliğlerde öngörülen rekabet sınırlamalarından başka bir sınırlayıcı kayda yer verilmemesidir. Grup muafiyetinin, somut olayın özelliklerin ve de özellikle piyasa şartlarını dikkate almaksızın hükümlerini doğurması, bir başka ifadeyle genel ve nesnel bir şekilde uygulanması, bazı şartlar altında 5. maddenin ruhuna aykırı neticeler meydana getirebilir. İşte Rekabet Kurulu, grup muafiyetinin uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek bu gibi sakıncaları bertaraf etmek üzere, yayınlamış olduğu tebliğlerin tümünde, Kanun'un 13. maddesine dayanan "*geri alma*" yetkisine de yer vermiştir¹¹¹.

Buna göre, muhtevası itibarıyla grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin aradığı şartları yerine getirmekle birlikte, piyasa üzerinde 5. maddenin genel şartları ile bağdaşamaz etkiler meydana getiren bir sözleşme veya uyumlu eylem, Kurulu alacağı bir "*geri alma*" kararı vasıtasıyla grup muafiyet kapsamı dışarısına çıkarılabilir. Belirtelim ki, her ne kadar "*geri alma*" ifadesi söz konusu

tebliğin geri alınması veya yürürlükten kaldırılması intibahını uyandırıyor da, burada söz konusu olan, somut sözleşme bakımından ilgili tebliğin uygulanmamasıdır. Yayınlanan tebliğleri tamamında çeşitli durumlar sayılarak, hangi hallerde bağdaşamaz etkinin söz konusu olabileceğine ilişkin yol gösterici örnekler verilmiştir. Şüphesiz bu sayılan haller tahdidi değildir. Geri alma kararı verilmesinde önemli olan, sözleşmenin 5. maddedeki genel koşullar ve de özellikle “c” ve “d” bendi ile bağdaşamaz etkiler doğurmasıdır¹¹².

Bireysel muafiyette olduğu gibi, “*geri alma*” kararının verilmesinde de, bu koşulları değerlendirme yetkisi münhasıran Kurul’a aittir. Dolayısıyla Kurul’dan başka hiçbir merci “*geri alma*” kararı vermeye yetkili değildir¹¹³. Verilen “*geri alma*” kararı neticesinde, söz konusu sözleşme grup muafiyeti kapsamı dışında kalmakta ve 4. madde yasağı çerçevesinde “*geçersiz*” kılınmaktadır. Böylelikle grup muafiyetinin sağlamış olduğu geçerlilik, geri alma kararına bağlı olarak askıda kalmakta; bir başka deyişle grup muafiyet kapsamındaki hukuki işlem “*askıda geçerli*” (veya *geçersiz*) olmaktadır.

Hakkında “*geri alma*” kararı verilen bir sözleşme ise, büyük olasılıkla bireysel muafiyet de alamayacak ve böylelikle “*kesin geçersiz*” veya “*batıl*” olacaktır. Zira “*geri alma*” kararı, sözleşmenin özel koşulları göz önünde tutularak, söz konusu sözleşmenin muafiyet şartları ile bağdaşamaz etkiler doğurması halinde verildiğine göre, koşullarda değişiklik olmadığı sürece, sözleşme bireysel muafiyet de alamaz. Öte yandan yürürlükteki tebliğler, geri alma kararının ne zaman hükümlerini doğurduğu ve işlemi hangi andan itibaren geçersiz kıldığı hususunda bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu hususta düzenleme yapılmamış olması ise, tebliğlerde geri almaya ilişkin hükümlerde açıkça atıf yapılan Kanun’un 13. maddesi hükmünün dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, aslen bireysel muafiyet için kaleme alındığı açıkça anlaşılan 13.madde hükmünün, grup muafiyet rejimi için de uygulanması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Kanun’un bu hükmü incelendiği vakit, muafiyetin geri alınmasına neden olarak öngörülen üç geri alma sebebinden, sadece “a” bendindeki durumun grup muafiyetinin bünyesine uygun düştüğü görülmektedir¹¹⁴. Maddenin ikinci fıkrasına göre, “*kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması*” halinde geri alma kararı, değişikliğin vuku bulduğu tarihten itibaren söz konusudur. Bu lafza bağlı kalınırsa, muafiyetin genel şartları ile bağdaşamaz etkiler doğurduğu tespit edilen bir sözleşme için verilen geri alma kararı, bağdaşamaz etkilerin gerçekleştiği tarihe kadar geriye etkilidir ve sözleşme, o tarihten itibaren grup muafiyeti tebliği kapsamı dışında kalır. Görüldüğü üzere Kurul, herhangi bir sözleşmeyi, muhtevası itibarıyla kapsamına girdiği halde, ilgili grup muafiyeti tebliğinin uygulanmasından istisna tutabilmekte ve niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir kararla, bu sözleşmeyi, genel düzenleyici işlem olan grup muafiyetinden muaf

kılabilmektedir. Kanımızca bu özelliğiyle “geri alma” kararı, tamamen kendine özgü bir kurumdur.

Bununla birlikte, RKHK.’nın 13. md. hükmünde bireysel muafiyet için öngörülen düzenlemenin, grup muafiyet açısından ne derece uygulanabilir olduğu tartışılabilir. Öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere söz konusu hükmün grup muafiyet değil, bireysel muafiyet düşünülerek kaleme alındığı hatırd tutulmalıdır. Bunun dışında, geri alma kararının geriye etkili kılınması bazı hallerde hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmamakta, pratik açıdan da çeşitli zorlukları beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce, olay ve nedene göre değişebilmekle birlikte¹⁵, muafiyet ile bağdaşamaz etkinin ne zaman gerçekleştiğinin tam olarak tespit edilmesi çoğu kez imkansız veya en azından çok güç olacaktır. Örneğin, tebliğlerde öngörülen geri alma sebeplerinden örnek vermek gerekirse; “*aracıların veya kullanıcıların sözleşme bölgesi dışında sözleşme konusu malları geleneksel yollarla elde etmeleri mümkün olmuyorsa*” Kurul, sözleşmeyi grup muafiyetinden istisna tutabilir. Açıktır ki, söz konusu geri alma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği bir kenara, böyle bir sebebin ne zaman gerçekleştiğinin tespit edilmesi ve dolayısıyla geri alma kararının hangi andan itibaren geçerli olacağına belirlenmesi oldukça güçtür.

Bunun yanı sıra meseleye hukuk güvenliği açısından bakacak olursak, tarafların büyük çabalarla grup muafiyeti kapsamına uygun olarak hazırladıkları ve bu nedenle geçerliliğine inandıkları bir sözleşmeyi, çoğu kez onların inisiyatifi dışında gerçekleşen bir sebepten dolayı geriye etkili olarak geçersiz kılmak ve hatta bazı somut olaylarda, sadece geçersiz olarak kabul etmek, amaca uygun bir yaklaşım değildir. Tebliğlerde öngörülen geri alma sebeplerinden bir örnek vermek gerekirse, “*anlaşma konusu mallar, ülkenin önemli bir bölümünde, aynı mallarla veya kullanıcı açısından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amacı bakımından eş sayılan mallarla etkin rekabet halinde değilse*” veya “*diğer sağlayıcıların ülkenin önemli bir bölümünde dağıtımın farklı aşamalarına girişleri zorlaştırılmışsa*”, Rekabet Kurulu geri alma kararı verebilecek ve bu karar, 13. madde hükmünün lafzına bağlı kalınırsa, söz konusu sebeplerden birinin gerçekleştiği andan itibaren “*ex tunc*” etkili olacaktır¹⁶. Geriye etkili geri alma kararı neticesinde geçersiz kılınan bir sözleşmenin, büyük olasılıkla bireysel muafiyet de alamayacak olması ve dolayısıyla buradaki geçersizliğinin kesin olacağı göz önünde tutulacak olunursa, bunun taraflar açısından ne kadar ağır bir yaptırım olduğu ve herhangi bir amaca da hizmet etmediği kolaylıkla görülmektedir. Üstelik geri alma sebebi, büyük olasılıkla kısmi geçersizliğe de müsait olmayacak ve fiilen tatbik edilmekte olan bir hukuki ilişki, geriye etkili olarak bütünüyle geçersiz kılınacaktır. Kanımızca söz konusu hüküm ile böyle bir sonucun amaçlandığını söylemek güçtür. Bunların dışında, geri alma kararının geriye etkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmede, yürürlükteki grup muafiyeti tebliğlerinin, sadece dikey sözleşmelere ilişkin olduğu da göz önünde tutulmalıdır.

Netice itibarıyla yukarıda ifade edilenler ışığında grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin bozucu yenilik doğuran idari işlemin, geriye etkili olduğunun kabul edilmesi, grup muafiyetinin özellikleri ve hukuk mantığı çerçevesinde gerçekçi bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Bu itibarla, grup muafiyetine giren bir sözleşmeyle ilgili geri alma kararlarının geriye etkili olmadığını kabul etmek daha uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda kabul gören yaklaşım, geriye alma kararının münhasıran ileriye yönelik etki edeceği şeklindedir¹¹⁷

3- Bireysel Muafiyet Açısından

a) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi yasağına tabi olmakla birlikte, yürürlükteki herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen bir sözleşme, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, bireysel muafiyetten yararlanmak suretiyle 4. madde hükümlerinin uygulanmasından istisna tutulabilir. Esasen bireysel muafiyete ilişkin olarak öngörülen bu düzenleme de, ancak 4. madde yasağına giren, fakat herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen danışıklı ilişkiler için bir anlam ifade eder. Bunun dışında, bireysel muafiyetin uygulanabileceği başka bir ihtimal bulunmamaktadır. Bireysel muafiyet bahsinde ifade edildiği üzere¹¹⁸, muafiyet kararı RKKH. md.10. hükmündeki bildirim usulü uyarınca, ancak talep üzerine Rekabet Kurulu tarafından verilmekte ve danışıklı ilişki hakkında verilen muafiyet kararı, söz konusu ilişkiyi belirli bir süre 4. madde hükümlerinin uygulanmasından istisna tutmaktadır.

Bu çerçevede, aslen 4. madde yasağına tabi olduğu için geçersiz olması gereken bir hukuki işlem, bireysel muafiyet alarak geçerli kılınabilmekte, dolayısıyla 4. maddeye aykırı bir işlemin geçersizliği, muafiyet olasılığına bağlı olarak askıda kalmaktadır. Bir başka ifadeyle, 4. madde yasağına tabi, fakat hakkında muafiyet kararı alınmamış bir hukuki işlem, "*askıda geçersiz*" olmaktadır. Hakkında bireysel muafiyet kararı verilmiş ve geçerli hale gelmiş bir hukuki işlem ise, "*geri alma*" kararı ve "*süre*" şartlarına bağlı olarak geçersiz kılınabilmekte, dolayısıyla geçerliliği bu hallerin gerçekleşmesi şartına bağlı olarak askıda kalmaktadır.

Muafiyet alarak geçerli kılınan hukuki işlemin geçerliliği, muafiyet kararının geriye yürümesine bağlı olarak geriye etkili olmakta; bununla birlikte geriye etkinin ne zamana kadar söz konusu olabileceği hususu, somut olayın özellikleri ve de özellikle, bildirime bağlanan hukuki neticeler karşısında farklılık göstermektedir. Mahkemelerin hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin değerlendirmelerinde de belirleyici bir unsur olması gereken bu durum,

geçersizliğin pratik olarak tatbiki ve hükümlerine ilişkin farklı ihtimallerin dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bunun yanı sıra, bireysel muafiyetten yararlanan hukuki işlemin “geçerliliğinin” askıda olması da, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizlik rejiminde dikkate alınması gereken bir husustur. Dolayısıyla aşağıdaki başlıklar altında, geçersizliğin pratik olarak ne şekilde ortaya çıkabileceği ve hükümleri, çeşitli ihtimaller dairesinde ayrı ayrı açıklanacaktır.

b) Kanun’un Yürürlüğe Girmesinden Önce Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu¹¹⁹

Prensip olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihle yürürlükten kalktıkları tarih arasındaki sürede cereyan eden olaylara uygulanır¹²⁰. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 64. maddesine göre, “*Bu Kanun’un idari para cezasına ilişkin 16 ile 17.maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.*” Bu hüküm çerçevesinde, Kanun’un yürürlüğe girdiği 13.12.1994 tarihinden önce yapılan hukuki işlemlerin Kanun’a aykırılığından bahsetmemek gerekir. Bununla birlikte, dar anlamda rekabet kavramının özelliğine bağlı olarak, bu Kanun kapsamına giren eylem ve işlemlerin ekseriya süreklilik göstermesi karşısında, Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce yapılan işlemlerin yürürlük tarihinden sonra da etkilerini devam ettiriyor veya uygulanıyor olması yüksek bir olasılıktır. Böyle bir durum karşısında, nitelikleri itibarıyla emredici karakterdeki rekabet yasaklarının, Kanun yürürlük kazanmadan önce gerçekleşen ve hüküm ve sonuçlarını halen devam ettirmekte olan işlemlere uygulanabilip uygulanmayacağı meselesi ortaya çıkar. Tekrar edelim ki bu mesele, olmuş bitmiş ve sonuçlarını meydana getirmiş hukuki ilişkiler bakımından değil, ancak etki ve sonuçlarını Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettiren işlemler ve de özellikle “*sürekli borç ilişkileri*” bakımından söz konusu yapılabilir.

Kanunların geriye etkili olacak şekilde uygulanması, hukuk güvenliğiyle bağdaşmayan bir durum olarak görülmekle birlikte,¹²¹ süreklilik arz eden hukuki ilişkilerin, yürürlüğe giren yeni kanun esnasında da etkilerini doğuruyor olması durumu, kanunun geriye etkili olması kapsamında değerlendirilemez. Bu itibarla kural olarak emredici nitelikteki kanun kuralları, bu gibi hukuki ilişkilerin hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak olmasa bile, yürürlüğe girdikten sonra artık kendisi düzenlemelidir¹²². Bu çerçevede Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve yürürlüğe girdikten sonra da mevcut olan hukuki ilişkiler, rekabet yasaklarına ve dolayısıyla 4. madde hükümlerine tabi olacaktır. Bunun doğal sonucu ise, söz konusu hukuki ilişkilerin Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren hükümlerini doğurmaması veya en azından etkisizleşmesidir. Belirtelim ki hukukumuzda, bu gibi hukuki

ilişkilerin muhtevasının, yeni yürürlüğe giren bir emredici norma aykırılık teşkil etmesi halinde, bunun “*butlan*” mı, yoksa Borçlar Kanunu’nun 117. maddesi anlamında “*imkansızlık*” sonucunu mu doğurduğu tartışmalıdır¹²³.

Kanımızca meseleye Rekabet Hukuku açısından bakıldığında, bu durumdaki ilişkilerin muafiyetten yararlanarak geçerli kılınabilmesi olasılığı karşısında, böyle bir tartışmaya yer vermek bir anlam ifade etmeyecektir. Kanun’un 4. maddesine aykırı karar ve sözleşmelerin geçersiz oldukları ve bu geçersizliğin muafiyet kararına bağlı olarak askıda olduğu kabul edildiğine göre, burada “*sonraki imkansızlık*” veya “*butlan*”dan bahsetmek mümkün değildir¹²⁴. Dolayısıyla Kanun’un yürürlüğe girmesinden evvel yapılan hukuki işlemlerin, Kanun’un yürürlük tarihinden sonra da mevcut olmaları halinde, bunları yürürlük tarihinden itibaren “*askıda geçersiz*” olarak kabul etmek gerekir.

Genel olarak denilebilir ki, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan bu hukuki işlemler, “*askıda geçersizliğin*” hükümleri açısından, Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan hukuki işlemlerden önemli bir farklılık arz etmez. Bununla birlikte, çeşitli hususların da belirtilmesi gerekir. Her şeyden önce, Kanun’un yürürlüğe giriş tarihinde mevcut olan işlemlerin geçersizliği baştan itibaren değil, Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren söz konusu olur. İkinci olarak bunların bildirim süreleri, yürürlük tarihinden sonra yapılan hukuki işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejiminden farklıdır¹²⁵. Kanun’un geçici 2. maddesi, bu kapsama giren danışıklı ilişkilerin, 10. maddedeki 1 aylık sürede değil, Rekabet Kurumu’nun teşekkül etmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde bildirilmelerini şart koşmuş ve bu tür ilişkiler için bir “*geçiş dönemi*” öngörmüştür. Rekabet Kurumu ise, 5.11.1997 tarihinde teşekkül etmiş¹²⁶ ve söz konusu geçiş dönemi 5.5.1998 tarihinde sona ermiştir. Dolayısıyla Kanun’un yürürlüğe girdiği esnada mevcut olan her türlü hukuki işlem, 5.5.1998 tarihine kadar bildirilip bildirilmemesine göre, farklı hükümlere tabi olacaktır¹²⁷. Söz konusu sürenin dolduğunu da dikkate alarak, şu ihtimaller üzerinde durulabilir.

Eğer 4. madde yasağına tabi mevcut sözleşme veya karar söz konusu tarihe kadar bildirildiyse, o vakit üç ihtimal üzerinde durmak gerekir. Eğer bildirilen sözleşme hakkında muafiyet kararı verildiyse, bu sözleşme yapıldığı tarihten itibaren “*geçerli*” kabul edilir¹²⁸. Buradaki muafiyet kararı, sözleşmenin bildirildiği tarihe değil, geçersizliğin söz konusu olduğu tarihe kadar geriye etkili olur. Çünkü bu sözleşme, Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce zaten geçerlidir. Mahkeme muafiyet kararına rağmen, sözleşmenin geçersiz olduğuna karar veremez. Buna karşılık tarafların muafiyet talebi reddedildiği takdirde, sözleşmenin sıhhat kazanma olasılığı bulunmadığından ötürü, kesin geçersizlik (*butlan*) söz konusu olacaktır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde hakim, Kanun’un yürürlük tarihinden itibaren sözleşmenin geçersiz olduğunu tespit etmelidir. Nihayet son olasılığa göre, taraflar süresinde bildirmiş olmakla birlikte, sözleşme hakkında henüz bir karar verilmemiş ve Kurul sözleşmeyi halen incelenmekteyse, prensip olarak geçersizliğin düzelebilmeye olasılığı dikkate

alınmalı ve hakim geçersizliğe hükmetmemelidir. Hakim bu gibi durumlarda, geçersizliği “*bekletici mesele*” yapmalı ve kararını Kurulun nihai kararına kadar askıda tutmalıdır¹²⁹. Belirtelim ki, Kanun’da herhangi bir açık hükümle öngörülmediği için, sorunu “*bekletici mesele*” yapmak hakimın takdirine kalmıştır. Hakim dilerse, örneğin sözleşmenin muafiyet alamayacağı kanaatindeyse, geçersizliğe hükmedebilir. Fakat böyle bir durum, çelişkili kararların ortaya çıkmasına ve telifisi güç zararların doğmasına neden olabilir. Dolayısıyla hakim bu tip bir karara varırken oldukça çekingen davranmalıdır. Kurul, inceleme neticesinde muafiyet kararı verdiği takdirde, bu hakimi bağlayacak ve sözleşme yukarıdaki gibi geçerli olarak kabul edilecektir. Buna karşılık aksi yönde bir karar çıktığı takdirde ise, sözleşme Kanun’unun yürürlük tarihinden itibaren olmak üzere kesin geçersiz kabul edilecektir.

Öte yandan Kanun’un yürürlük tarihinde mevcut olan bir sözleşme, 5.5.1998 tarihine kadar bildirilmediyse, o vakit hukuki durum esaslı bir şekilde farklı ve oldukça karmaşık olacaktır. Bir kere böyle bir olasılıkta, hakkında muafiyet kararı verilmiş olsa dahi, süresi içerisinde bildirim yapılmadığından dolayı, sözleşmenin başlangıçtan veya daha doğru bir ifadeyle, geçersizliğin ortaya çıktığı andan itibaren düzelmesi imkanı yoktur¹³⁰. Kanun koyucunun bildirim etkisine ilişkin, kanımızca yerinde olmayarak yapmış olduğu tercihe bağlı olarak, muafiyetin geriye etkisi, bu gibi durumlarda ancak bildirim tarihine kadar uzanabilmektedir. Dolayısıyla hakim, 4. maddeye aykırı olduğundan dolayı geçersizliği iddia edilen bir sözleşme ile karşılaştığı takdirde, prensip olarak bunun geçersizliğine hükmedebilmelidir.

Buna karşılık, buradaki geçersizliğin sonradan düzelebilmesine bağlı olarak iki ihtimali birbirinden ayırmak icap eder. Sözleşme süresi içerisinde bildirilmemiş olmakla birlikte, geçersizliğin mahkeme önünde ihtilaf konusu yapılmasından önce veya yargılama esnasında bildirildiyse¹³¹, yani geç bildirim söz konusu ise, o vakit bunun, sadece Kanun’un yürürlük tarihi ile bildirim tarihi arasındaki süre için geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekecek, fakat bildirim yapılmış olmasına bağlı olarak, bildirimden sonraki dönem için geçersizlik kararı verilemeyecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere burada “*bekletici mesele*” yapmak uygun çözüm olacaktır. Buna karşılık, sözleşme süresi içerisinde bildirilmediği gibi, mahkeme önüne gelmesinden önce de bildirilmediyse, o vakit bekletici mesele yapmaksızın geçersizliğe hükmedilmelidir. Belirtelim ki her iki durumda da geçersizliğin türü “*askıda geçersizlik*”tir.

Görüldüğü üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce yapılan işlemler için söz konusu olan geçersizlik sistemini, Medeni Hukukun ve hatta genel olarak özel hukukun geçersizlik mefhumu ile açıklamak imkanı yoktur¹³². Özellikle bildirime bağlanan ağır hukuki neticeler, geçersizliğin adeta “*kronolojik*” bir vaka gibi ortaya çıkmasına ve hukuki işlemin geçerliliğinin zaman dilimlerine bölünmesine neden olmaktadır.

Özellikle süreklilik arz eden sözleşmelerin, belirli bir süreç içerisinde geçerli kabul edilerek, takip eden süre için geçersiz ve hatta daha sonraki dönem için tekrar geçerli kabul edilmesini hukuk mantığı ve hukuki emniyet ile bağdaştırmak oldukça güçtür¹³³. Dolayısıyla ara dönemlerde ortaya çıkan bu kronolojik geçersizliğin, mümkün mertebe sınırlanması ve de özellikle muafiyet alan, fakat bildirim süresi geciktirildiğinden ötürü muafiyetin başlangıçtan itibaren söz konusu olamadığı hukuki ilişkilerde, geçersizliğin dürüstlük kuralı (MK.md.2) ile törpülenmesi, bir zorunluluk olmaktadır. Dürüstlük kuralının geçersizliğin sınırlandırılmasındaki rolüne, çalışmamızın takip eden bölümlerinde değinilecektir¹³⁴. Bu nedenle burada ayrıca üzerinde durmayı gerekli görmüyoruz.

Avrupa Birliği Hukukunda ise, mevcut işlemlerin geçerliliğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte¹³⁵, Adalet Divanı'nın "*hukuk güvenliği*"¹³⁶ ilkesini gözeterek vermiş olduğu çeşitli kararlar neticesinde¹³⁷, bunların ulusal mahkemeler tarafından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği genel olarak netlik kazanmıştır. Buna göre, rekabet yasaklarının uygulanması hakkındaki temel mevzuat olan 17 no'lu Konsey Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden evvel mevcut olan ve 85/1.madde yasağına giren hukuki işlemler, 1.8.1962 tarihine kadar bildirilmiş olmaları kaydıyla, Komisyon tarafından muafiyetin reddi kararı¹³⁸ verilinceye kadar geçerli kabul edilmekte ve bu durum ise uygulamada "*geçici geçerli*"¹³⁹ olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁰. Tartışmalı olmakla birlikte, olumsuz yönde verilen bir karara rağmen, bu kararın geriye etkili olmadığı ve dolayısıyla geçen süre içerisinde hukuki işlemin geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁴¹. Bu süre içerisinde bildirim yapılmamış sözleşme ve kararlar ise, muafiyet alma imkanını haiz olmadıklarından, geçersiz kabul edilmektedir¹⁴².

c) Kanun'un Yürürlüğünden Sonra Yapılan Hukuki İşlemlerin Durumu¹⁴³

Geçersizlik sorunu hiç şüphe yok ki, yukarıda ifade ettiğimiz Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yapılan işlemler değil, esas itibarla yürürlük tarihinden daha sonra yapılan işlemler bakımından önem ifade eder. Zira "*eski işlemler*" veya "*mevcut işlemler*" olarak da adlandırabileceğimiz bu işlemler için öngörülen geçiş dönemi sona erdiği gibi, pratik olarak bunların mahkeme önünde ihtilaf konusu yapılma olasılığı da sınırlıdır. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak işlemlerin tabi olduğu geçersizlik rejimi ise, uygulanacak esaslar açısından yukarıda açıkladığımız ihtimallerden önemli bir farklılık göstermez. Burada da bildirime bağlanan hukuki neticeler önemli bir problem olarak karşımıza çıkmakta ve mahkemeler ile Kurul arasında eş güdüm eksikliği kendini hissettirmektedir. "*Muafiyet-bildirim*" sisteminin özelliklerine

bağlı olarak Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan işlemlerin geçersizliğini, çeşitli ihtimaller kapsamında ayrı ayrı değerlendirmek zorunlu gözükmektedir.

ca) Bildirilen Hukuki İşlemler

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı olup da, yürürlükteki herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen bir danışıklı ilişkinin, kural olarak 56. madde hükmü gereğince baştan itibaren ve kendiliğinden geçersiz olduğunu, bu geçersizliğin ise, bireysel muafiyet kararının düzeltici etkisine bağlı olarak askıda kaldığını belirtmiştik. Kanun'un getirmiş olduğu sistem çerçevesinde, muafiyet kararı ancak tarafların usulüne uygun surette yapacağı "*bildirim*" talebine bağlı olarak verilebilir¹⁴⁴. Bildirim yapılmaksızın danışıklı ilişkinin bireysel muafiyet alabilmesi söz konusu olmadığı gibi, Kurul'un kendi inisiyatifiyle, re'sen muafiyet kararı vermesi de mümkün değildir. Dolayısıyla meseleye geçersizlik rejimi açısından bakıldığında, bireysel muafiyetin ön koşulu olan "*bildirim*"in hukuki işlemlerin geçerli kılınmasında hayati bir göreve sahip olduğunu kabul etmek gerekir¹⁴⁵. Kısaca; "*bildirim*" olmaksızın, geçerlilik de olmaz¹⁴⁶.

Bildirim, muafiyet verilmesinin ön koşulu olduğu gibi, muafiyetin hükümlerini doğurmasında da rol oynamaktadır. Kurul tarafından verilen muafiyet kararı, geriye etkili olarak hüküm doğurmakta; bununla birlikte muafiyetin bu geriye etkisi, bildirim süresi içerisinde yapılıp yapılmadığına göre değişmektedir. Kanun'un 10. maddesinde, "*..zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet bildirim tarihinden itibaren geçerlidir*" hükmü getirilmiş ve kanımızca hiç de yerinde olmayarak, süresi içerisinde yapılan ve yapılmayan bildirimler arasında önemli bir farklılık yaratılmıştır. Belirtelim ki, esas itibarıyla basit bir düzen hükmü olması gereken 10. maddenin bu şekilde düzenlenmiş olması, geçersizlik yaptırımı açısından 4. maddenin tatbik edilmesinde büyük sakıncalar doğurmaktadır. Bu ifade edilenler ışığında, bildirim yapılmış hukuki işlemlerin geçersizliğini, süresinde yapılan ve süresinde yapılmayan bildirimler olmak üzere ikiye ayırarak incelemek uygun olacaktır.

caa) Süresinde Bildirilen Hukuki İşlemler

Bir danışıklı ilişkinin süresinde bildirilmiş sayılması için, 10. madde uyarınca yapıldığı tarihten itibaren "*bir aylık*" süre içinde Kurul'a bildirilmesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde bildirilen danışıklı ilişkiler, 10. maddede açıkça ifade edilmemekle birlikte, yapıldıkları tarihten, bir başka deyişle, başlangıçtan itibaren muafiyet hükümlerinden faydalanırlar. Dolayısıyla süresi

içinde bildirilen bir sözleşme veya karar, muafiyet kararı verilmesi halinde, yapıldığı tarihten itibaren, kesintisiz olarak geçerli kılınır.

Kanımızca böyle bir ihtimalde, geçersizliğin pratik olarak tatbik edilmesi önemli bir güçlük yaratmaz. 4. maddeye aykırı olan sözleşme veya kararın, başlangıçtan itibaren, kesintisiz olarak geçerli kılınabilme olasılığı, kural olarak mahkeme tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda mahkeme, önüne gelen bir ihtilafı 4. maddeye aykırılığı tespit etmesine karşılık peşinen geçersizliğe hükmetmemeli ve muafiyet ihtimaline bağlı olarak 4. maddenin tatbik edilebilirliğini Rekabet Kurulu kararına kadar “*bekletici mesele*” yapmalıdır¹⁴⁷. Kurul yapacağı inceleme neticesinde muafiyet kararı verdiği takdirde, hukuki işlem başlangıçtan itibaren geçerli kılınacak ve mahkeme ihtilafı buna göre çözecek; örneğin geçersizlik itirazını reddedecektir. Buna karşılık muafiyet talebi reddedildiği takdirde, sözleşme veya karar 4. madde hükümlerinin uygulanmasından istisna tutulamayacak ve yapıldığı tarihten itibaren geçersiz kabul edilecektir. Buradaki geçersizliğin düzelme olasılığının bulunmaması nedeniyle, söz konusu geçersizlik Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi hükmü anlamında “*butlan*” olarak kabul edilecektir.

cab) Süresi Geçtikten Sonra Bildirilen Hukuki İşlemler

Yukarıda ifade edildiği üzere, “*bir aylık*” süre içerisinde yapılmayan bildirimler, ancak bildirim tarihinden itibaren muafiyetten yararlanabilir. Bu durum karşısında, bir sözleşmenin bildirim tarihinden ne kadar önce yapıldığı veya ne süredir uygulanmakta olduğu önem taşımamakta, muafiyet kararı ve dolayısıyla geçerlilik, ancak bildirim tarihine kadar geçmişe etkili olmaktadır. Hakkında muafiyet kararı verilse dahi, yapıldığı tarih ile bildirim tarihi arasındaki bir aydan az olmayan süre içerisinde, sözleşme geçersiz kalmaya mahkum olacak ve kural olarak bu geçersizliğin herhangi bir şekilde düzelme imkanı da bulunmayacaktır. Doğal olarak bu durum, bildirim öncesi dönem içerisinde tarafların hukuki güvenlikten yoksun kalmalarına yol açmaktadır.

Böyle bir ihtimalde, süresi içerisinde bildirilmeyen bir sözleşme ile karşılaşan mahkeme, sözleşmenin muafiyet alabilme olasılığını dikkate alacak; bununla birlikte teorik olarak bildirim süresi içerisinde yapılmamış olması nedeniyle, sözleşmenin akdedildiği tarih ile bildirim tarihi arasındaki süreçteki hukuki ilişkinin geçersizliğini tespit edebilecektir. Bildirimden sonraki dönem bakımından ise, sözleşmenin muafiyet kararına bağlı olarak geçerli kılınabilecek olması ihtimali karşısında mahkeme kural olarak geçersizliğe karar vermemelidir. Kanımızca buradaki en uygun yaklaşım, bu süre açısından sözleşmenin geçersizliğinin Rekabet Kurulu’nun kararına kadar bekletici mesele yapılmasıdır.

Kurul muafiyet talebini reddettiği takdirde, esasen hiç bir problem doğmaz. Bu takdirde sözleşme yapıldığı tarihten itibaren kesin olarak geçersiz,

yani “*batıl*”dır. Buna karşılık muafiyet kararı verildiği takdirde, sözleşme bildirim tarihinden itibaren geçerli, yapıldığı tarih ile bildirim tarihi arasında ise geçersiz olacaktır. Özellikle sözleşmenin akdedildiği tarih ile, bildirildiği tarih arasında uzun sayılabilecek bir zaman dilimi varsa ve daha da önemlisi sözleşme bu dönem içerisinde fiilen tatbik edilmiş, örneğin taraflar edimlerini yerine getirmiş ve sözleşmeye dayanarak üçüncü kişilerle hukuki münasebetlere girişmişlerse, o takdirde söz konusu dönem içerisinde sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi hukuki açıdan çeşitli problemler doğurabilir¹⁴⁸. Kanımızca böyle bir ihtimalde hakim, somut olayın koşullarını iyi tetkik etmeli ve gerekirse Medeni Kanun’un 2.maddesi çerçevesinde geçersizliği uygulamaktan imtina edebilmelidir.

cb) Bildirimi Hiç Yapılmamış Hukuki İşlemler

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 10. maddesi çerçevesinde, 4. madde yasağına tabi olup da, yürürlükteki herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmeyen bir danışıklı ilişkinin muafiyet hükümlerinden yararlanması, ancak bildirilmiş olmasına bağlıdır. Bildirilmemiş olan bir sözleşme veya karar, en azından mevcut durum itibarıyla muafiyet olarak geçerli hale gelemez. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde mahkeme, geçersizliğe hükmedebileceği gibi, geçersizliği “*bekletici mesele*” yapmak durumunda da değildir. Önüne gelen sözleşmenin 4. madde yasağına tabi olduğunu tespit ettiği takdirde, kural olarak geçersizliği tespit edebilmelidir¹⁴⁹.

Bununla birlikte, iki durumu birbirinden ayırmak gerekir. İstisnaen de olsa, bildirilmemiş bir sözleşmenin kanuni bildirim süresi henüz dolmamış olabilir. Bu takdirde hakim sürenin dolmamış olmadığını re’sen dikkate almalı ve taraflara Kurul’a bildirimde bulunmaları için süre vermelidir. Zira bu durumda, muafiyet kararına bağlı olarak sözleşmenin baştan itibaren geçerli kılınabilme olasılığı bulunmakta ve bu olasılık, hakimin vereceği kararı doğrudan ilgilendirmektedir. Taraflar sözleşmeyi süresi içerisinde bildirdiği takdirde ise, çözüm yukarıda değindiğimiz ihtimalden farklılık arz etmez¹⁵⁰.

Mahkeme, bildirim süresi dolduğu halde henüz bildirimi yapılmamış olan bir sözleşme ile karşılaştığı vakit, söz konusu sözleşmenin geçersiz olduğunu tespit edebilir. Kural olarak tarafların yargılama esnasında yapacakları bildirim de, durumu değiştirmez. Özellikle sözleşmenin rekabeti sınırlayıcı amacının açık olduğu veya tarafların sonradan bildirimde bulunmalarının kötü niyete dayandığı hallerde, hakim tereddüt etmeksizin geçersizlik kararı vermelidir. Bununla birlikte hakim, sözleşmenin muafiyet alabileceği kanaatini taşıyorsa ve geçersizlik kararı vermesi halinde telafisi güç zararlar doğacaksa, o vakit yine taraflara Kurul’a bildirimde bulunmaları için süre verebilir. Taraflar bu süre içerisinde bildirimde bulunmazlarsa, hiç şüphesiz, hakim geçersizliği

tespit etmek durumundadır. Taraflar bildirimde buldukları takdirde ise, meselenin çözümü geç bildirimdeki esaslara tabi olacaktır¹⁵¹.

d) Bireysel Muafiyet Kararının Geri Alınması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un sistemi çerçevesinde, bireysel muafiyetten yararlanan bir danışıklı ilişkinin Rekabet Kurulu'nun alacağı bir "geri alma" kararıyla, tekrar 4. madde yasağına tabi olma olasılığı bulunmaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere "geri alma" kararı, muafiyetten yararlanan bir danışıklı ilişkinin, herhangi bir sebepten dolayı muafiyet ile bağdaşamaz özellikler göstermesi halinde yapılan yenilik doğuran idari bir işlemdir¹⁵². Geri alma kararı, gerek bireysel muafiyet, gerekse grup muafiyet kapsamına giren danışıklı ilişkiler için söz konusu olabilir¹⁵³. Bu iki muafiyet türünün hükümleri ve geri alma kararının bunlar açısından gösterdiği özellikler esaslı bir şekilde birbirinden ayrılmaktaysa da, her iki halde de, verilen bir geri alma kararı sözleşme veya kararı "geçersiz" kılmakta ve kural olarak bu geçersizliğin düzelebilmeye olasılığı bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle buradaki geçersizliğin türü "butlan" olmaktadır. Öte yandan bireysel muafiyete ilişkin diğer hususlarda olduğu gibi, mahkemelerin, geri alma kararının koşullarını değerlendirmek veya geri alma kararı vermek gibi yetkileri bulunmamaktadır. Geri alma kararını vermeye tek yetkili makam Rekabet Kurulu'dur.

Bireysel muafiyetin geri alınmasına ilişkin düzenleme, Kanun'un 13. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre bireysel muafiyet ancak, "kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kararın söz konusu sözleşme hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması" hallerinden birinin ortaya çıkması halinde geri alınabilir. Yine aynı maddeye göre verilen bir geri alma kararı, geriye etkili olarak hüküm ifade etmekte ve hukuki işlemi, ya yapıldığı tarihten¹⁵⁴, ya değişikliğin olduğu tarihten¹⁵⁵, ya da muafiyet kararı verildiği tarihten¹⁵⁶ itibaren geçersiz kılmaktadır. Muafiyet kararı gibi, muafiyetin geri alınması kararının da mahkemeleri bağladığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla hakkında geri alma kararı verilen geçerli bir sözleşme, bozucu yenilik doğuran geri alma kararının verilmesi ile birlikte, geriye etkili olarak hükümsüzleşecektir.

Mahkeme, her ne kadar muafiyetin geri alınması kararı vermek veya bu kararın alınmasına esas teşkil eden sebeplerin varlığını tetkik etmek hususunda yetkili değilse de, önüne gelen bir ihtilafta, bu sebeplerden birinin bulunduğu açıkça anlaşılıyorsa, örneğin ilgili taraf kasten yanlış veya eksik bilgi verdiğini ikrar etmişse, o vakit bu durumu Kurul'a bildirmeli ve ayrıca bu husus çözmekle yükümlü olduğu uyuşmazlık hakkında bir ön sorun teşkil etmekteyse, "bekletici mesele" yapabilmelidir¹⁵⁷. Aksi takdirde geriye etkili olarak hüküm ifade edecek

olan geri alma kararı ile hakimin vermiş olduğu geçerlilik kararının birbiriyle çelişmesi ihtimali ortaya çıkacaktır. Bu durumun ise, hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

e) Bireysel Muafiyet Kararının Şart veya Yükümlülüklerle Bağlanması

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5/2. maddesinde, “*muafiyetin verilmesi belirli şart ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir*” hükmü öngörülerek, bireysel muafiyet sisteminin esnek bir yapıya kavuşturulması amaçlanmıştır. Bu hüküm sayesinde, normal şartlar altında muafiyet alamayacak olan danışıklı ilişkilerin muafiyetten yararlandırılması mümkün olabileceği gibi, taraflar ile Rekabet Kurumu arasında bir müzakere ve diyalog ortamı da sağlanabilecektir. Kanımızca pratik açıdan bu hüküm büyük önemi haizdir.¹⁵⁸

Kanun'da “*şart*” ve “*yükümlülük*” olarak iki farklı terime yer verildiğine göre, öncelikle bu terimlerin neyi ifade ettiğinin ve aralarındaki farkların belirlenmesi icap eder. Kanun bu iki kavramı birbirinden ayırmış, buna karşılık nasıl tatbik edileceklerine veya bunların muafiyet üzerindeki etkilerine ilişkin açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Meseleye özel hukuk açısından bakıldığında, “*yükümlülük*” teriminin, belirli bir davranışta bulunma zorunluluğunu ifade eden oldukça geniş kapsamlı bir kavram olduğu görülmektedir¹⁵⁹. “*Şart*” ise, farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmakla birlikte, genel olarak gelecekte vukuu şüpheli olan olay anlamına gelmektedir¹⁶⁰. Hukuki işlemin şarta bağlanması ise iki şekilde gerçekleşebilir. İşlemin hüküm ifade etmesi bir şarta bağlanmışsa “*geciktirici şart*”, işlemin hükmünün sona ermesi bir şarta bağlanmışsa, “*bozucu şart*” söz konusu olmaktadır¹⁶¹.

Her ne kadar bireysel muafiyet özel hukuk değil, idari bir işlem niteliğini haizse de, kanımızca Rekabet Hukuku açısından da, “*şart*” ve “*yükümlülük*” kavramlarının yukarıda ifade edilenlerden farklı bir anlamı bulunduğunu kabul etmek için haklı bir neden yoktur¹⁶². Bu bağlamda muafiyet kararının yükümlülüklerle bağlanması, daha doğru bir ifadeyle muafiyet kararında birtakım yükümlülükler öngörülmesi halinde¹⁶³, verilen muafiyet kararı hükümlerini doğurmakta ve ilişki muafiyetten yararlanmak suretiyle geçerlilik kazanmaktadır. Bununla birlikte, aynı zamanda teşebbüsler belirli bir şekilde davranma yükümü altına girmekte, örneğin belirli bir süre boyunca sözleşmenin yürürlüğü, değişiklikler, piyasa üzerindeki etkileri gibi hususlarda bilgi vermeye zorlanmakta ve böylelikle piyasa ve teşebbüslerin denetimi daha kolay bir şekilde sağlanmaktadır¹⁶⁴. Yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde ise, kural olarak muafiyet kararının hükümleri bundan kendiliğinden etkilenmemekte, buna karşılık bu ihlal, bir geri alma nedeni teşkil

edebilmektedir. Avrupa Birliği Hukuku mevzuatına paralel olarak, muafiyet kararında öngörülen yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde Rekabet Kurulu, somut olayın özelliklerini takdir ederek, dilerse sadece para cezasına (RKHK.md.16/d), dilerse para cezasıyla birlikte muafiyet kararının geri alınmasına karar verebilmektedir (RKHK.md.13/b).

Kurul geri alma kararı verildiği takdirde, bu karar muafiyetin verildiği tarihe kadar geriye etkili olacak ve işlem o andan itibaren “*kesin geçersiz*” olacaktır¹⁶⁵. Mahkeme ise, önüne gelen bir ihtilafta ne yükümlülüğu dikkate almak, ne de bunun ihlal edilip edilmediğini tetkik etmek durumunda değildir. Bu nedenle muafiyet kararında yer alan yükümlülüklerin ihlali, sadece Rekabet Kurulu’nun işlem yapması açısından önem taşır. Mahkeme kural olarak sadece bireysel muafiyet kararının varlığını dikkate alacak ve muafiyetten yararlanan sözleşmenin geçerliliğini tespit etmekle yetinecektir.

“Şart” açısından baktığımızda ise, öncelikle belirlenmesi gereken, buradaki şartın türü, bir başka deyişle Kanun’da “*geciktirici*” mi, yoksa “*bozucu*” şartın mı kastedilmiş olduđudur¹⁶⁶. Zira bunlardan herhangi birinin bulunduğunun kabul edilmesi halinde, varılacak sonuç tamamen farklı olacaktır. Geciktirici şartın bulunduğunu kabul ettiğimiz takdirde, verilen muafiyet kararı hükümlerini ancak söz konusu şartın gerçekleştiği andan itibaren doğuracak ve dolayısıyla sözleşme de bu tarihten itibaren muafiyetten yararlanabilecektir. Oysa bozucu şartı benimsediğimiz takdirde, muafiyet kararı verildiği tarihten itibaren hükümlerini doğuracak ve şartın gerçekleşmesi ile kendiliğinden sona erecektir. Kanun’da bu konuda bir açıklık bulunmadığı gibi, 13. maddenin özel hukuka yabancı olan düzenlemesi karşısında yorumla dahi bir sonuca ulaşmak güçtür.

Hemen belirtelim ki, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında¹⁶⁷ tam bir açıklık bulunmamakla birlikte, muafiyet kararının şarta bağlanması halinin her iki durumu da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶⁸. Bu çerçevede şartın yerine getirilmemesi yerine göre muafiyetin hükümlerinin doğmamasına veya hükümlerinin son bulmasına neden olacaktır. Bununla birlikte yükümlülükten farklı olarak, şartın yerine getirilmemesi halinde muafiyetin hükümlerinden düşmesi için bir karar almaya ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁶⁹. Buna karşılık hukukumuz açısından 13. madde hükmü göz önünde tutulduğunda, bu yorumu peşinen kabul etmek imkanı yoktur. Zira 13. madde hükmü, Avrupa Birliği Hukuku mevzuatından farklı olarak, muafiyete bağlanan şartların gerçekleşmemesi halini de bir geri alma sebebi olarak düzenlemiştir¹⁷⁰. Hal böyle olunca, buradaki şartın geciktirici şart olarak kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira “*geri alma*” kararı, ancak hükümlerini doğuran bir muafiyet kararı için söz konusu olabileceğine göre, şartın yerine getirilmemesi durumunda muafiyetin hükümlerinin doğmadığını kabul etmek mantıken mümkün değildir. Burada ancak “*geriye etkili*” ve Kurul kararına ihtiyaç gösteren bir “*bozucu şart*”ın söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷¹.

Bununla birlikte meseleyi sadece 13. madde çerçevesinde ele almak ve buradan hareketle, Kanun'un sisteminde geciktirici şarta bağla muafiyet kararına yer olmadığı şeklinde bir neticeye varmak doğru değildir. Her şeyden önce 13. madde, muafiyetin şarta bağlanması hususunu değil, muafiyetin geri alınmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla esasen geciktirici şartın burada öngörülmemiş olması, Kanun'da geciktirici şarta bağla muafiyet kararının kabul edilmemesinden değil, geciktirici şartın “*geri alma*” kurumunun mantığına ters düşmesinden kaynaklanmaktadır. Kanımızca üstün tutulması gereken yorum, Kanun'da şartın iki türünün de kabul edildiği; ancak bozucu şartın 13. madde hükmüyle özel bir düzenlemeye tabi kılınmış olduğudur¹⁷². Şüphesiz Kurul muafiyet kararını şarta bağladığı takdirde, bunun geciktirici mi, yoksa bozucu mahiyette mi olduğunu açıkça belirtmeli ve hatta yükümlülük ile şart kavramlarının birbirlerine karıştırılması olasılığına bağlı olarak, hangi kavramın söz konusu olduğunu titizlikle seçmelidir.

Netice itibarıyla muafiyetin geciktirici şarta bağlı olarak verilmesi halinde, şart gerçekleşmeden muafiyet hüküm doğurmamakta ve muafiyet kapsamındaki hukuki işlem de geçersiz kalmaya devam etmektedir. Ancak şart gerçekleştiği takdirde ki, muafiyet kararı hükümlerini doğurmakta ve şartın gerçekleşmesiyle birlikte, herhangi bir işleme ihtiyaç olmaksızın hukuki işlem kendiliğinden geçerli olmaktadır. Dolayısıyla buradaki geçersizlik şarta bağlı olarak askıda kalmakta, geçersizliğin türü ise “*askıda geçersizlik*” olmaktadır. Mahkeme muafiyet kararını dikkate almakla yükümlü olduğuna göre, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini tetkik etmeli, şüphe halinde ise Rekabet Kurulu'na danışmalıdır. Bozucu şarta bağlı olarak verilen bir muafiyet kararı ise, bozucu şart gerçekleşinceye kadar hükümlerini meydana getirmekte, bozucu şart gerçekleşince ise, ancak Kurul'un alacağı bir geri alma kararına bağlı olarak geriye etkili bir şekilde ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla geciktirici şarttan farklı olarak, burada mahkemenin şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almak veya araştırmak gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu takdirde işlemin geçerliliği, geri almadaki esaslara tabi olacaktır. Dolayısıyla ilgili bölümde ifade edilenler burada da geçerlidir¹⁷³.

4- Piyasa Şartlarındaki Değişmelerin Geçerlilik Üzerindeki Etkisi

Kanun'un 4. maddesine dayanan geçersizlik rejiminde dikkate alınması gereken bir başka husus, piyasa koşullarındaki değişmelerin hukuki işlemlerin geçerliliği üzerindeki etkisidir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere¹⁷⁴, bir danişıklı ilişkinin 4. madde kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmesi, sadece ilişkinin muhtevası veya amacı değil, aynı zamanda ilişkinin kurulduğu veya uygulanmakta olduğu şartlar, somut bir deyişle piyasa koşulları ile de

ilgilidir. 4. madde açısından danışıklı ilişki amacı itibarıyla değil, fakat piyasadaki etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bir etki gösteriyorsa, o takdirde bu durum anlaşmanın yasaklanması için yeterli bir neden oluşturmaktadır. Hatta Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bu konuda daha da ileri gitmiş ve sadece aktüel ve fiili etkisi değil, potansiyel ve muhtemel etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı nitelikteki danışıklı ilişkilerin de 4. madde kapsamına girebileceğini hükme bağlamıştır.

Bu çerçevede, sadece piyasa koşullarındaki değişmelerin dahi, danışıklı ilişkinin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinde etken olduğunu söylemek mümkündür. Kısaca açıklamak gerekirse, Kanun'un 4. maddesi kapsamına giren danışıklı ilişkilerin genellikle sürekli borç ilişkileri veya en azından belirli bir zamana yayılan ilişkiler olduğu göz önünde tutularsa¹⁷⁵, ilişkinin varlığını devam ettirdiği bu süre içerisinde piyasa koşullarının değişmesi, sözleşmenin 4. madde bakımından değerlendirilmesinde etkili olabilir. Önceden, piyasa üzerindeki etkileri itibarıyla rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteren bir sözleşme, daha sonra piyasa koşullarının değişmesi nedeniyle aynı etkiyi göstermeyebilir veya tam aksi bir durum söz konusu olabilir. Özetle 4. madde anlamında “etki” piyasa üzerinde gerçekleşeceğine göre, piyasa koşullarındaki değişiklikler, hukuka aykırılığın bir unsuru olan etkinin niteliği veya niceliğini değiştirebilecektir¹⁷⁶.

Nitekim kanun koyucu da bu ihtimali göz önünde tutmuş olacak ki, gerek bireysel, gerekse grup muafiyete ilişkin düzenlemelerde, piyasa koşullarındaki değişmelerin izlenebilmesi ve muafiyetin buna göre uyarlanabilmesine ilişkin hükümler sevk etmiştir. Özellikle muafiyetin geri alınmasına ilişkin kanun hükümleri, kanımızca bunun en açık örneğini oluşturmaktadır. Örneğin Kanun'un 13.maddesinin “a” bendine göre, “*kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması*” halinde bireysel muafiyet kararı geri alınabilir. Her ne kadar “*herhangi bir olay*” ifadesi oldukça geniş bir alanı kaplamaktaysa da, bu hükmün esas uygulama alanı, muafiyet kararının piyasa koşullarında sonradan meydana gelen değişmelere göre uyarlanması olacaktır. Bu durum, grup muafiyeti tebliğlerinde öngörülen geri alma sebeplerinden de açıkça anlaşılabilir¹⁷⁷. Keza bireysel muafiyet kararının belirli bir süreye bağlı olarak verilebilmesi de, kanımızca aynı amaca hizmet etmektedir¹⁷⁸. Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet hükümleri bakımından açıkça öngörülen bu durumun, 4. maddedeki hukuka aykırılık analizi bakımından söz konusu olmaması için hiç bir neden yoktur. Dolayısıyla denilebilir ki, hukuka aykırılığın piyasa şartlarındaki değişime göre değişebilecek olması, Kanun'un genel mantığına da uygun düşmektedir.

Gerçi piyasa koşullarının değişmesinin, hukuka aykırılık üzerinde ne zaman etkili olabileceği hakkında önceden bir şey söylemek mümkün değildir. Keza piyasa şartlarında meydana gelen her değişikliğin, hukuka aykırılık açısından dikkate alınması gerektiği de ileri sürülemez¹⁷⁹. Bu ancak her olayın somut şartları incelenerek tespit edilebilecek bir husustur ve itiraf etmek gerekir

ki, gerek piyasa şartları ile hukuka aykırılık arasında illiyet bağının kurulması, gerekse bunun hangi anda gerçekleştiğinin tespit edilmesi oldukça güçtür. Bu itibarla piyasa koşullarına bağlı olarak hukuka aykırılığın değişmesi, pratikte çok sık karşılaşılabilecek bir durum olmayabilir.

Kanımsızca bu hususta verilebilecek en tipik örnek, piyasanın yoğunlaşma oranında veya piyasada faaliyet gösteren süje sayısında yaşanan ani değişimler olabilir. Rekabet kavramına verilen anlama da bağlı olarak, piyasa yoğunlaşması veya piyasalar arası hareketler, 4. madde açısından rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığının tespitinde önemli bir kriterdir. Piyasa ne kadar yoğunsa, anlaşmanın hukuka aykırı olma riski o kadar yüksek, buna karşılık piyasa ne kadar atomistik (rekabetçi) ise, anlaşmanın hukuka aykırı olma riski o nispette düşüktür. Örneğin dikey anlaşmaların değerlendirilmesinde kullanılan markalar arası rekabet kriteri, bunun bir görünümüdür. Netice itibarıyla piyasa yapısında meydana gelen ani ve şiddetli değişimler, örneğin ağır bir ekonomik kriz veya devletin olumsuz bir müdahalesi nedeniyle ortaya çıkan zincirleme iflaslar ya da teknolojik bir buluşun piyasayı daha cazip kılması halinde, ilgili piyasa koşullarının hukuka aykırılık üzerinde etkide bulunması oldukça muhtemeldir.

Şüphesiz bu ifade edilen hususların, sadece piyasa koşullarındaki değişikliklere ilişkin olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Fiilen veya hukuken¹⁸⁰ anlaşmanın herhangi bir kaydının değiştirilmesi veya tarafların anlaşmayla ilgili olarak yeni hususlar üzerinde sözleşmeye varmış olmaları ise, tamamen ayrı bir meseledir. Esasen böyle bir durumda, Rekabet Hukuku açısından yeni bir anlaşmanın yapıldığını kabul etmek ve üzerinde yeni uyuşmaya varılan noktalara göre, 4. madde çerçevesinde hukuka aykırılığı yeniden değerlendirmek gerekir. Bu takdirde, öncelikle değiştirilen veya eklenen kaydın anlaşmanın muhteva ve amacı üzerinde yapacağı etkiyi ve daha sonra ise, anlaşmanın bütünü piyasa üzerindeki etkisini değerlendirmek gerekir. Buna karşılık, burada incelediğimiz husus ise, anlaşmanın içeriğinde değil, piyasa koşullarındaki değişikliklerin hukuka aykırılığa yapacağı etkiye ilişkindir.¹⁸¹

Öte yandan “*kartel anlaşmaları*” gibi, amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olduğu tespit edilebilen danişıklı ilişkiler bakımından, piyasa koşullarındaki değişmelerin hukuka aykırılık üzerinde bir etkisi yoktur. Zira bu tür ilişkilerin 4. madde açısından değerlendirilmesinde, bunların piyasa üzerindeki etkilerini ayrıca araştırmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bunlar genellikle nitelikleri gereği hukuka aykırı olarak görülmekte ve 4. madde çerçevesinde “*per se*” yasaklanmaktadır. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz durum, sadece rekabeti ikinci dereceden sınırlayan anlaşmalar da olarak adlandırılan ve uygulamanın önemli bir bölümünü teşkil eden, piyasa üzerindeki etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı danişıklı ilişkiler için söz konusudur.

Bu ifade edilenler ışığında meseleye geçersizlik rejimi açısından bakıldığında, hukuka aykırılığın zaman içerisinde değişebilecek olmasının, doğal olarak 4. madde kapsamına giren işlemlerin geçerliliğini de etkileyeceğini

söylemek gerekir. Zira geçersizlik, hukuka aykırılığın doğal sonucudur ve hukuka aykırılığın, sadece çevresel koşulların etkisiyle zaman içinde değişebilecek olması, bu gerçeği değiştirmez. Kural olarak sözleşme ne zaman hukuka aykırı ise, o zaman geçersiz, ne zaman hukuka uygun ise, o zaman geçerlidir. Buna karşılık kanımca geçersizlik meselesini ikiye ayırarak incelemek daha uygun olacaktır.

Önceden hukuka uygun ve geçerli olan bir sözleşmenin, piyasa şartlarının değişmesiyle hukuka aykırı hale gelmesi halinde, sözleşmenin da artık geçersiz olacağına hiç bir şüphe duyulmamalıdır. 4. maddenin amacı açısından farklı bir yorum yapılması mümkün değildir. Bu geçersizlik Kanun'un 13. maddesine paralel olarak baştan değil, piyasa şartlarında yaşanan değişimden itibaren söz konusu olacaktır (RKHK.md.13/2)¹⁸². Sözleşme hakkında Rekabet Kurulu'nun menfi tespit belgesi vermiş olması veya mahkemenin menfi tespit kararı almış olması da bu durumu değiştirmez. Piyasa koşullarının sonradan değiştiğinin ve bu değişimin, piyasa üzerindeki etkisi itibarıyla sözleşmenin 4. madde anlamında rekabeti sınırlamasına yol açtığına ispat edilmesi koşuluyla, önceden alınmış bu kararların hükmü kalmaz. Pratik açıdan gerçekleşme ihtimali oldukça güç olmakla birlikte, Rekabet Kurulu gibi, mahkeme de bu aykırılığı ve geçersizliği tespit edebilir. Buna karşılık, söz konusu hukuki ilişkinin 5. madde hükümlerinden, bir başka deyişle askıda geçersizlikten faydalanma ihtimalinin bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır¹⁸³.

Diğer ihtimal ise, sözleşmenin başlangıçta hukuka aykırı ve geçersiz olmasına karşılık, daha sonra piyasa koşullarında yaşanan değişimler nedeniyle hukuka uygun hale gelmesidir. Hukuk teorisi açısından, böyle bir ihtimalin ortaya çıkması halinde geçersizliğin kendiliğinden düzelmesi imkanı yoktur¹⁸⁴. Geçersizliğin sıhhat kazanmasına imkan sağlayacak “*muafiyet*” gibi bir özel şart gerçekleşmediği sürece, geçersizliğin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Buna göre, yapıldığı esnada rekabet üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle hukuka aykırı olan bir sözleşme, daha sonradan piyasa şartlarının değişmesi nedeniyle hukuka uygun hale gelse bile, sözleşmenin geçersizliği kendiliğinden düzelmeyecektir¹⁸⁵.

Şüphesiz teorik olarak ifade ettiğimiz bu ihtimalin, pratik açıdan gerçekleşmesinin oldukça güç olduğunu da belirtmek gerekir. Her şeyden evvel, hukuka aykırılığın tespit edildiği veya hükme bağlandığı bir ihtimalde, taraflar sözleşmeyi icra etmeyeceklerine göre, sözleşmenin tekrardan Kurul veya mahkeme önüne gelmesi ve bir kez daha değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Önceden söz konusu olan hukuka aykırılığın, mahkeme veya Kurul tarafından tespit edilmediği bir ihtimalde ise, mevcut durum itibarıyla hukuka uygun görülen sözleşmenin geçmişine dair değerlendirme yapılması lüzumu doğmayacak ve mevcut olan hukuka uygunluk, geçmişteki hukuka aykırılığı ve geçersizliği “*de facto*” bertaraf edecektir. Bu hususta taraflardan birinin hukuka aykırılığı ileri sürmesi de, büyük olasılıkla hakkın kötüye

kullanılması teşkil edecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, geçmişteki piyasa koşullarının incelenerek sözleşmenin hukuka aykırılığının tespit edilmesi de, niteliği icabı oldukça güç bir değerlendirmedir.

Bununla birlikte bir an için böyle bir olasılığın gerçekleştiğini varsaydığımızda, mevcut durum itibarıyla hukuka uygun olan bir sözleşmenin, geçmişteki hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz kılınmasının yerindeliği de tartışma konusu yapılabilir¹⁸⁶. Özellikle bu sözleşmenin büyük olasılıkla bildirilmemiş olduğundan dolayı muafiyetten de yararlanamayacağı düşünülecek olunursa, sözleşmenin geçen zaman dilimi içerisinde fiilen tatbik edilmesi ve yaratılan bu fiili durumun hukuken yok sayılması, amaca uygun bir çözüm tarzı olmaktan uzaktır. Üstelik sadece etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayan bu tip bir sözleşmenin, Rekabet Hukuku açısından önemli bir tehlike oluşturmadığı ve bu neviden bir sözleşmenin geçersizliğinin herhangi bir amaca da hizmet etmediği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz genel kuralın bu gibi durumlarda amaca uygun bir şekilde sınırlandırılması gereği bulunmaktadır. Kanımızca bu husustaki en uygun çözüm tarzı, sözleşmenin geçersiz olduğuna dair genel kuralı kabul etmek, bununla birlikte bu kuralı, Medeni Kanun'un 2.maddesi çerçevesinde uygulamamak, örneğin bu yöndeki bir itirazı veya geçersizliğe dayanan talepleri hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirerek dikkate almamak olacaktır¹⁸⁷.

D) Geçersizliğin Hükümleri ve Özellikle BK. md. 65 Kuralı

Evvelce de belirttiğimiz üzere, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi hükmüne aykırı olan bir sözleşme veya teşebbüs birliği kararı, 56. maddenin açık hükmüne bağlı olarak "*geçersiz*"dir¹⁸⁸. Muafiyet hükümleri dikkate alınmadığı bir ihtimalde, buradaki geçersizlik Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi anlamında "*butlan*"dan farklı değildir. Buna karşılık muafiyet hükmü, geçersizliğin kesinliğine engel olmaktan ve buradaki geçersizliği askıya almaktadır. Daha doğrusu, geçersizliğin muafiyet hükümleri çerçevesinde sıhhat kazanma olasılığının bulunduğu hallerde, "*askıda geçersizlik*", böyle bir ihtimalin olmadığı hallerde ise¹⁸⁹, "*kesin geçersizlik*" söz konusu olmaktadır.

Her ne kadar muafiyet hükümleri çerçevesinde 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tümünün "*butlan*"la batıl olduğunu ileri sürmek mümkün değilse de, esasen, buradaki askıda geçersizliğin hükümlerinin, pek çok açıdan butlandan önemli bir farklılık göstermediğini de belirtmek gerekir. Muafiyet, geçersizliğin tatbik edilmesini fiili olarak sınırlamakla birlikte, geçersizliğin tatbik edilebildiği bütün hallerde bunun hükümleri butlandaki gibidir¹⁹⁰. Kısaca tekrar etmek gerekirse, 4. maddeye aykırı hukuki işlem, örneğin bir sözleşme, hiç bir hüküm doğurmayacak şekilde, baştan itibaren ve kendiliğinden geçersizdir. Geçersizlik, ilgili herkes tarafından herhangi bir şekle ve süreye tabi

olmadan ileri sürülebilir. Geçersizlik kendiliğinden ortaya çıktığından dolayı, bu sözleşmeyi geçersiz kılmak için dava açmaya gerek bulunmadığı gibi, bu yönde bir irade beyanında bulunmaya dahi gerek yoktur. Bununla birlikte geçersizliğin tespitini dava etmek mümkündür. Açılmış bir davada ise hakim, geçersizliği re'sen nazara almakla yükümlüdür; öte yandan ilgililer de sözleşmenin geçersizliğini itiraz yoluyla ileri sürebilirler. Geçersizlik belirli bir zamanın geçmesi ile veya tarafların edimlerini ifa etmiş olması ile ya da sözleşmeyi tasvip etmiş olmaları ile düzelmez.

Geçersiz bir sözleşmeden herhangi bir borç doğmayacağı için, henüz ifa edilmemiş edimlerin ifa edilmesine gerek kalmaz. Taraflardan biri ifayı talep ederse, karşı taraf geçersizlik "*itiraz*"ında bulunarak bu talebi etkisiz kılabilir. Hakim de geçersizliği re'sen göz önünde tutmak durumundadır. Nitekim bu husus Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, "*Bu anlaşmalar ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez*" şeklindeki ifadeyle açıkça hükme bağlanmıştır (RKHK.md.56). Geçersiz bir işleme dayanarak edimini ifa eden taraf ise, bu edim geçerli bir sebebe dayanmadığından ötürü edimini geri döndürebilmelidir. Kanun bu durumu da öngörmüş ve yine aynı madde içerisinde, "*Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanun'unun 63 ve 64. maddelerine tabidir*" hükmüne yer vermiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade borcunun kapsamının düzenlendiği maddelerine atıf yapılmış olması¹⁹¹, bu atfın ifa edilen edimlerin tasfiyesinde özel bir düzenlemenin amaçlandığı ve 4. madde nedeniyle geçersizliğin söz konusu olduğu bir durumda borç ilişkisinin tasfiyesinin ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılabileceği şeklinde anlaşılmasına yol açabilir. Buna karşılık hükmün lafzını bir kenarda tutacak olursak, söz konusu düzenlemenin bu şekilde anlaşılması için sağlam bir gerekçe bulmak güçtür. Kanımızca bu düzenlemenin amacı, edimlerin tasfiyesinde sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadenin mümkün olduğunun öngörülmesi değil, 56. maddede bahsi geçen geçersizliğin başlangıçtan itibaren ve kendiliğinden söz konusu olduğunun açıklığa kavuşturulması ve Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi hükmünün tatbik edilmeyeceğinin belirtilmesidir.

Bu itibarla geçersizliğin ortaya çıkması halinde yerine getirilen edimlerin iadesinde genel esaslar uygulama alanı bulacak ve iade, yerine göre "*sebepsiz zenginleşme*" (BK.md.61vd.)¹⁹² veya "*vekaletsiz iş görme*" (BK.md.410-414)¹⁹³ ya da "*ayni hakka dayalı istihkak*" (MK.md.618, md.933)¹⁹⁴ hükümlerine göre sağlanabilecektir¹⁹⁵. Bu kurumların uygulanmasında 4. madde açısından herhangi bir özellik bulunmadığından ötürü, çalışmamızda bu konu üzerinde durmayı gerekli görmüyoruz. Öte yandan takip eden başlık altında açıklayacağımız dürüstlük kuralının buradaki sınırlayıcı fonksiyonu unutulmamalı, tasfiyenin sınırlı olarak uygulama alanı bulacağı göz önünde

tutulmalıdır. 4. madde kapsamına giren sözleşmelerin önemli bir kısmının sürekli borç (sözleşme) ilişkileri olduğu düşünülecek olursa, özel bir durum söz konusu olmadıkça¹⁹⁶, esasen sebepsiz zenginleşme veya aynı hakka dayalı istihkak taleplerini yöneltmek mümkün olmayacaktır¹⁹⁷.

Nihayet 56. maddeyle ilgili olarak değinilmesi gereken son bir nokta, maddenin 2. fıkrasında yer alan, “*Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi hükmü, bu Kanun’dan doğan ihtilaflara uygulanmaz*” şeklindeki hükümdür. Söz konusu hüküm, Borçlar Kanunu’nun 65. maddesinde yer alan prensibin, sadece 4. maddeden doğan ihtilaflarda değil, Kanun’dan doğan tüm ihtilaflarda tatbik edilmeyeceğini belirttiğine göre, sebepsiz zenginleşmenin uygulanmasında önemli bir sınırlama teşkil eden Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi kuralı, 4. maddenin yanı sıra, 6 ve 7. maddeler açısından da tatbik kabiliyetini haiz değildir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da bu tip bir hükme yer verilmesinin ne anlama geldiğini açıklamadan önce belirtelim ki, Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi kuralının adaletsiz bir takım sonuçlar doğurabileceği doktrinde haklı olarak belirlenmekte¹⁹⁸ ve dolayısıyla mümkün mertebeye sınırlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁹.

Borçlar Kanunu’nun 65. maddesindeki, “*Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur*” şeklindeki kural, hukuk ve ahlak kurallarına ters düşen bir amaca ulaşmak için yapılan kazandırmaların iadesi talebini ortadan kaldırmaktadır. Örnekleme gerekirse, adam öldürmek için verilen para, taraflar arasındaki ilişki Borçlar Kanunu’nun 20. maddesi kuralı gereğince batıl olmasına rağmen, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre talep edilemeyecektir. Tarihsel kökleri eskiye uzanan²⁰⁰ bu kuralın temelinde, mahkemeleri ahlaka aykırı ilişkilerden kaynaklanan taleplerle uğraştırmamak ve ahlaka aykırı bir amaçla kazandırma yapmayı cezalandırmak gibi farklı düşüncelerin bulunduğu söylenmektedir²⁰¹.

Söz konusu kuralın uygulanabilmesi için, tarafların her ikisinin de ahlaka veya hukuka aykırı bir saikle hareket etmesi, bir başka ifadeyle ortak amacın hukuka aykırı olması gerekli değildir²⁰². Sadece kazandırmada bulunan tarafın hukuka veya ahlaka aykırı bir saikle hareket etmesi, onun daha sonra ileri süreceği sebepsiz zenginleşme talebini etkisiz kılmaya yeter²⁰³. Üstelik Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi kuralının uygulanabilmesi için, amacın gerçekleşmiş olması da gerekli değildir. Bu bakımdan, esasen bu kural, veren, yani kazandırmada bulunan tarafı cezalandırmakta, zenginleşen tarafı ise ödüllendirmektedir²⁰⁴. Genellikle kabul edildiğine göre, Borçlar Kanunu’nun 65. maddesinin uygulandığı hallerde iade borcu tamamen ortadan kalkmamakta sadece, eksik borç haline gelmektedir. Dolayısıyla borçlu bu yönde bir savunma yapmadıkça, hakim iade talebini kendiliğinden reddedemeyecektir²⁰⁵.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Borçlar Kanunu’nun 65. maddesi kuralının Rekabet Hukukundan doğan ihtilaflarda uygulanmayacağını hükme bağlayarak, Borçlar Hukukunda da tartışmalı olan ve sınırlanması

gerektiği ileri sürülen bu meseleyi radikal bir şekilde çözümlenmiştir. Kanımızca bu düzenleme tarzı çeşitli açılardan yerindedir. Her şeyden önce, 4. madde yasağı nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmenin tasfiye edilmesini engellemek, yukarıda da belirtildiği gibi adaletsiz sonuçlara yol açacaktır. Somutlaştırmak gerekirse, kural olarak ilişkiye taraf olan herkesin hukuka ve ahlaka aykırı hareket ettiği varsayımının geçerli olduğu bir fiyat karteli sözleşmesinin geçersiz kılınması halinde, bu kural sadece fakirleşen tarafı cezalandıracak, oysa aynı ahlaka aykırı amacı taşıyan zenginleşen korunacak ve kayırlabilecektir²⁰⁶. Kanımızca 4. madde kapsamına giren ilişkilerde, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe, teorik olarak taraflardan birinin, özellikle de zenginleşenin üstün tutulması için herhangi bir mantıklı neden bulmak güçtür.

Bunun yanı sıra Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi kuralının uygulanması, ticari yaşamın işleyişi ve hukuk güvenliğini de olumsuz bir şekilde etkileyebilir. Sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinin bu kural ile engellenmesi, zaten 4. maddenin amacı açısından oldukça "katı" olduğunu ileri sürdüğümüz geçersizlik yaptırımını katmerli bir özel hukuk cezası haline dönüştürmektedir. Taraf teşebbüslerin hukuki geçerliliklerine inandığı bir sözleşmenin, örneğin bir tek satıcılık sözleşmesinin geçersiz kılınması ile yetinilmeyip, bir de verilen edimlerin Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi kuralının süzgecinden geçirilmesi, hiç şüphesiz amacı aşan bir durumdur²⁰⁷. Her ne kadar 65. madde kuralının geçersizliğin söz konusu olduğu her durumda değil, ancak kazandırmada bulunan tarafın amacının hukuka veya ahlaka aykırı olduğu hallerde tatbik edileceği ileri sürülebilirse de²⁰⁸, ahlaka ve hukuka aykırı amaç, kapsamı belli olmayan, her somut olayın özelliklerine göre tespit edilmesi gereken izafi bir durumdur. Her olayda ahlaka ve hukuka aykırı amacın araştırılması ise, hukuki belirlilik ve emniyeti zedeleyici olabilir. Üstelik 4. maddedeki hukuka aykırılığın "rekabeti sınırlamak" gibi çerçevesi pek de belli olmayan muğlak bir kritere dayandığı düşünülürse, esasen bu tespitin sağlıklı bir şekilde yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Netice itibarıyla Kanun'da köktenci bir yaklaşımla, Borçlar Kanunu'nun 65. maddesi kuralının tatbik kabiliyeti olmadığı belirtilmesi yerinde olmuştur.

E) Genel Değerlendirme ve Geçersizliğin Sınırlandırılması

1- Genel Olarak

Yukarıda açıklamalarımız gösteriyor ki, 4. madde kapsamına giren rekabeti sınırlayıcı karar ve anlaşmaların tabii olduğu geçersizlik rejimi, 56. maddenin yalın ifadesine rağmen, oldukça karmaşık bir nitelik arz etmektedir. Bu durumun ise, kanımızca iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, esasen bir rekabet politikası aracı olan muafiyet sistemidir. 4. madde yasağının

amaca uygun bir şekilde tatbik edilmesinin ön koşulu olan muafiyet hükümlerinin “*idari-usuli*” nitelikli yapısı, geçersizliğin klasik anlamıyla tatbik edilmesini önlemektedir. Muafiyetin birbirlerinden tamamen farklı iki ayrı türünün olması ve de özellikle bireysel muafiyet bakımından söz konusu olan bildirim yükümlülüğü karşısında, yalın bir geçersizlik yaptırımının uygulanma imkanı tamamen ortadan kalkmaktadır.

Bunun dışında ifade edilebilecek diğer neden ise, 4. maddenin sadece mahkeme ve Kurul tarafından değil, her iki merci tarafından birlikte tatbik edilebilecek olması ve buna rağmen, bu iki merci arasında herhangi bir eş güdüm (koordinasyon) vasıtasının öngörülmemiş olmasıdır. Diğer yasaklayıcı normlardan farklı olarak, bu tip bir vasıtanın öngörülmesi, kanımızca 4. maddenin sağlıklı bir şekilde tatbik edilmesi açısından mutlak suretle gereklidir²⁰⁹. Zira yukarıda da değinildiği gibi 4. madde yasağı ve dolayısıyla geçersizlik, ancak muafiyetin bulunmadığı bir ihtimalde tatbik edilebilmekte, bu açıdan muafiyet, 4. madde sisteminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu durum karşısında, geçersizliğin asıl uygulayıcısı konumundaki mahkemelerin 4. madde yasağını tatbik edebilmelerine karşılık, muafiyet hükmünü tatbik edememeleri, geçersizliğin pratik olarak uygulanmasında çözümü güç sorunlar doğurmaktadır.

Bununla birlikte 4. maddenin geçersizlik rejimi ile ilgili bütün problemi; mahkeme ve Rekabet Kurulu’ndan oluşan ikili yapılanma ve “*idari-usuli*” bir muafiyet sisteminden ibaret görmek yanlıştır. Zira kanımızca temel mesele, sadece geçersizlik yaptırımının mevcut sistem ile bağdaştırılması değil, bu geçersizliğin 4. madde hükmünün amacı açısından ne derece uygun ve elverişli olduğu ile ilgilidir. 4. madde yasağının ticari hayattaki işlemler açısından oldukça geniş bir tatbik kabiliyetini haiz olduğunu dikkate aldığımızda, kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren hükümlerini doğuran “*askıda geçersizlik*” yaptırımının 4. madde yasağı açısından yerindeliği hukuk politikası bakımından tartışma konusu yapılmalıdır. Ayrıca bu tartışma, geçersizlik yaptırımının amaca uygun bir şekilde tatbik edilmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. 4. madde yasağının geniş yorumlanması ve geçersizliğin katı bir şekilde uygulanması olasılığında, ticari hayatın güvenliği bundan önemli ölçüde zarar görecektir. Bu itibarla geçersizliğin hangi sınırlar dahilinde, nasıl uygulanacağı dikkatlice tespit edilmelidir. Meselenin açıklıkla ortaya konabilmesi amacıyla öncelikle çeşitli hususların altının çizilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere geçersizlik, ancak hukuki işlemler için söz konusu olabilir. Bu bağlamda geçersizlik yaptırımı 4. maddenin uygulandığı her ilişki değil, ancak hukuki işlem vasfını haiz olan sözleşme ve kararlara tatbik edilebilir. Uyumlu eylemler ise, niteliği gereği geçersizlik yaptırımına tabi değildir²¹⁰. Bu durum ise, esasen geçersizliğin 4. maddenin asıl koruma amacına hizmet etmekte yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Kanımızca 4. maddenin asıl hedeflediği danişıklı ilişkiler, literatürde “*kartel anlaşması*” olarak

adlandırılan, amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı mahiyetteki ilişkilerdir²¹¹. Bu türden ilişkiler ise, ahlaki veya hukuki bir takım kaygılarla hukuken bağlayıcı karar veya sözleşme tarzında değil, uyumlu eylem gibi fiili olarak tatbik edilmektedir. Tarafların, kartel anlaşmasının konusunu oluşturan eylemin gerçekleştirilmesi hususunda hukuken bağlanmak gibi bir amacı olmadığı gibi, ilişkinin hukuki ihtilafa konu olması dahi söz konusu değildir²¹². Dolayısıyla teorik olarak geçersizlik, bu tür ilişkiler bakımından etkin ve gerçekçi bir yaptırım olmaktan uzaktır.

Yukarıdaki durumun bir başka sonucu ise, teorik olarak geçersizliğin söz konusu olduğu durumda dahi, pratik açıdan geçersizliğin uygulanmasının oldukça güç olduğudur. Zira bir hukuki ilişkinin geçersizliği kendiliğinden söz olmakla birlikte, esasen bu geçersizlik mahkeme önünde ihtilaf konusu yapılmadığı sürece bir önemi haiz olmayacaktır²¹³. Bu tür bir kartel ilişkisinin ise, bildirilmesi ve hatta ihtilaf konusu yapılması dahi çok rastlanacak bir durum değildir. Tereddüt duyulması halinde taraflar hukuken geçerli olmayan bu ilişkiyi geçerliymiş gibi tatbik edecekler ve bu geçersizlik, Rekabet Kurulu tarafından şikayet veya re'sen incelemeye alınmadığı müddetçe tartışma konusu yapılmayacaktır. Dolayısıyla geçersizlik, aslında ancak hukuki geçerliliğine inanılan ve bu nedenle Rekabet Kurulu'na bildirilen veya mahkeme önünde ihtilaf konusu yapılan sözleşme ve kararlar bakımından uygulama alanı bulacaktır²¹⁴.

Uygulamada geçerliliğine inanılan ve bildirim veya mahkeme önünde ihtilaf konusu yapılan sözleşmeler ise, ekseriya “*dikey ilişkiler*” olacaktır²¹⁵. Zira yatay bir ilişkinin rekabet açısından yarattığı tehlike ve dolayısıyla 4. madde yasağına muhatap olma ihtimali, dikey bir ilişki ile kıyaslandığı vakit daha yüksektir. Dolayısıyla bu neviden bir ilişkiye taraf olanlar, büyük olasılıkla sözleşmeyi Kurul'a bildirmekten kaçınacaklar ve geçersizlik fiilen önem taşımayacaktır²¹⁶. Bundan da önemlisi, ticari hayattaki sözleşmelerin ezici çoğunluğu yatay değil, dikey ilişkilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla 56. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımı, pratikte daha çok dikey ilişkiler için tartışma konusu yapılacak, buna karşılık Rekabet Hukuku bakımından asıl tehlike olarak görülen “*yatay ilişkiler*” ve de özellikle “*kartel anlaşmaları*”na (veya sözleşmelerine) istisnaen tatbik edilecektir. Kanımızca Kanun'da öngörülen geçersizlik yaptırımı ile, bu çelişkili durumun amaçlandığını iddia etmek, 4. maddenin amacı açısından mümkün değildir.

Nihayet geçersizlik yaptırımının yerindeliliği ile ilgili değinilmesi gereken bir başka nokta, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı ilişkilerin özellikleriyle ilgili olabilir. Bilindiği üzere “*dar anlamda rekabet*”, teşebbüsler arasındaki mücadele sürecini ifade eder²¹⁷. Bu bağlamda danişıklı ilişkinin, örneğin bir sözleşmenin, rekabeti sınırladığından bahsedebilmek için, bu sözleşmenin süreklilik göstermesi, en azından belirli bir zamana yayılması gerekmektedir. Genellikle bir borç ilişkisi şeklinde tezahür eden rekabeti

sınırlayıcı sözleşmelerin ani edimli olması ise, en azından sözleşme içerisindeki rekabeti sınırlayıcı kayıtlar için mümkün gözükmemektedir. Rekabeti sınırlayıcı sözleşmelerin (kayıtların) konusu ise, ekseriya “*yapma*” veya “*yapmama*” şeklinde bir edimden ibaret olmakta ve dolayısıyla sözleşme, niteliği icabı, süreklilik göstermektedir²¹⁸. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, 4. madde yasağı ve dolayısıyla geçersizlik yaptırımı, uygulamada genellikle “*franchising*”, “*tek satıcılık*”, “*ortak girişim*” sözleşmeleri gibi, sürekli borç ilişkilerine tatbik edilmektedir. Fakat doktrinde²¹⁹ haklı olarak baştan ve kendiliğinden ortaya çıkan geçersizlik yaptırımının bu gibi ilişkiler bakımından yerindeliği tartışma konusu yapılmakta ve bazı şartlar altında geçersizliğin geriye değil, ancak ileriye etkili hüküm doğurmasının daha uygun olduğu ileri sürülmektedir²²⁰. Bu görüşler, 56. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımının 4. madde kapsamına giren ilişkiler için sadece pratik açıdan veya 4. maddenin amacı açısından değil, teorik açıdan da uygun olmadığını ortaya koymaktadır.

Geçersizliğin bu olumsuz yönlerine rağmen, Kanun’un mevcut hükümleri karşısında farklı bir sonuca varmak, örneğin geçersizliğin Rekabet Kurulu kararına ihtiyaç gösterdiğini veya sadece ileriye etkili olarak hüküm doğurduğunu ya da yatay ve dikey ilişkiler için farklı şekilde tatbik edilebileceğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 56. maddesi, 4. madde için tek bir geçersizlik yaptırımı öngörmüştür; o da baştan itibaren ve kendiliğinden ortaya çıkan geçersizliktir. Hükümlerinin çoğu itibarıyla “*butlan*”dan bir farklılık göstermeyen bu geçersizlik, muafiyet ihtimaline bağlı olarak sıhhat kazanabilmekte, dolayısıyla butlan gibi kesin değil, askıda geçersiz olmaktadır. Gerek 4 ve 56. madde hükümleri, gerekse Rekabet Kurulu Tebliği, bu konuda tereddüde yer bırakmayacak şekilde açıktır. Bu nedenle mevcut hükümler çerçevesinde geçersizliğin doğurabileceği sakıncaları bertaraf etmenin yegane yolu²²¹, geçersizliğin pozitif hukukumuzda öngörülen vasıtalarla amaca uygun bir şekilde sınırlandırılması olabilir. Takip eden başlıklar altında geçersizliğin ne şekilde sınırlanabileceği üzerinde durulacaktır²²².

2- Geçersizliğin Kısmi Geçersizlik Çerçevesinde Sınırlandırılması

a) Kısmi Geçersizlik Kavramı

Hukuki işlemi sakatlayan geçersizlik sebebinin, bazı hallerde işlemin tamamına değil, bir kısmına inhisar etmesi mümkündür. Örneğin, hukuki işlemde yer alan bazı kayıtların ahlaka aykırı olması veya emredici hukuk kuralının öngördüğü süreyi aşan bir rekabet yasağı kararlaştırılmış olması (BK.md.349) gibi hallerde, işlemin tamamının mı, yoksa ilgili kısmın mı

geçersiz kılınacağı problemi ile karşılaşılır. İsviçre/Türk hukuklarında²²³ böyle bir durumda kural olarak işlemin tamamının değil, sadece sakatlanan kısmının geçersiz kılınıp, kalan kısmının ayakta tutulması esası kabul edilmiştir²²⁴. “*Kısmi butlan*” olarak adlandırılan bu esas, “*favor contractus*” (sözleşme lehine yorum) ve “*utile per inutile non vitiatur*” (geçerli olan kısım geçersiz olan kısım nedeniyle geçersiz olamaz) ilkelerinin bir görünümü olarak nitelendirilebilir²²⁵.

Bir işlemin tamamının değil, bir kısmının geçersiz kılınabilmesi iki ayrı şartın gerçekleşmesine bağlıdır²²⁶. Bunlardan ilki, geçersizlik sebebinin işlemin bir kısmına inhisar etmesi ve bu kısım işlemde çıkarıldığı takdirde, geriye işlemi meydana getirebilecek yeterli muhteva unsurlarının kalmış olmasıdır²²⁷. Örneğin, geçersiz olan kısım işlemin objektif esaslı noktasını oluşturuyor ise, o vakit geriye yeterli muhteva unsurlarının kaldığından bahsetmek imkanı yoktur²²⁸. Bunun yanı sıra, hukuki işlemin veya işlemde yer alan edimlerin bölünemediği hallerde de, sakatlığın kısmi etkisi söz konusu edilemez²²⁹. Böyle bir durumda işlemin tamamının geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Kısmi butlan, “*objektif şart*” olarak da adlandırılan²³⁰ bu koşul gerçekleşmeksizin hiç bir şekilde uygulanma imkanını haiz değildir.

Kısmi butlanın uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise, tarafların farazi iradelerinin, söz konusu bölüm olmaksızın da işlemin yapılması yönünde olduğunu kabul edilebilmesidir²³¹. Taraf iradelerinin yorumundan, ilgili kısım olmaksızın tarafların işlemi yapmayacakları sonucuna varılıyorsa, o halde geçersizliğin işlemin tamamına yayıldığı kabul edilmekte ve kısmi değil, “*tam butlan*” söz konusu olmaktadır. Buradaki taraf iradeleriyle kastedilen ise, hal ve şartlar, menfaat durumu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilen farazi iradedir²³². Tarafların farazi iradelerinin tespiti, kanun koyucunun hakime verdiği bir görevdir²³³. Buna karşılık, taraflar bir geçersizlik sözleşmesi²³⁴ yapmışlar ve kısmi geçersizliğin ortaya çıkması halinde bunun sonuçlarını düzenlemişlerse, örneğin sözleşmenin tamamının geçersiz olacağını kararlaştırmışlarsa, artık farazi taraf iradelerini ayrıca araştırmaya ihtiyaç yoktur. Bu takdirde söz konusu sözleşme uyarınca, gerçek iradelere göre meseleyi halletmek gerekir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu sözleşmenin dikkate alınması, Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20.maddeleri, dürüstlük kuralı ve geçersizliğe yol açan normun koruma amacı ile sınırlıdır. Kanun’da, işlemi kısmen etkileyen geçersizlik nedeninin, kural olarak işlemin tamamını değil, bir kısmını etkilediği esası kabul edildiğinden dolayı, farazi iradenin aksinin iddia eden, bunu ispatla yükümlü olmaktadır²³⁵.

Sübjektif şart olarak da adlandırılan bu koşulun, objektif şartta olduğu gibi her koşul altında aranmadığını, bazı hallerde sübjektif şart gerçekleşmeksizin dahi kısmi butlanın uygulanabildiğini de belirtmek gerekir²³⁶. Her şeyden önce, objektif şartın gerçekleştiği bir olasılıkta, sübjektif şart gerçekleşmemiş olsa bile, bunu işlemin kısmen geçersiz kılınmasından zarar görecektir taraf iddia etmedikçe, diğer tarafın bu yöndeki iddiasının nazara

alınmaması gerektiği kabul edilmektedir. Temelini dürüstlük kuralına dayandıran bu görüş, İsviçre ve Alman yargı kararlarında ifadesini bulmuş ve doktrin tarafından da benimsenmiştir²³⁷. Bazı hallerde ise, dürüstlük kuralının yanı sıra normun koruma amacı da, sübjektif şartın aranmasını gereksiz kılabilir²³⁸. Bir örnek vermek gerekirse, Borçlar Kanunu'nun 349. maddesindeki rekabet yasağına aykırı bir kaydı ihtiva eden hizmet sözleşmesinin tam butlanını iddia etmek normun amacına aykırı düşer²³⁹. Bunların dışında, bazı hallerde sübjektif şartın aranmasının gerekli olmadığı, kanun tarafından açıkça öngörülmüş olabilir ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1466. maddesi bunun açık bir örneğidir²⁴⁰. Görülüyor ki, kısmi butlanın uygulanabilmesi için, objektif şarttan farklı olarak her zaman sübjektif koşulun gerçekleşmesi gerekli görülmemektedir²⁴¹.

b) Kısmi Geçersizliğin Rekabeti Sınırlayıcı Sözleşmelerdeki Uygulama Alanı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin kısmen geçersiz kılınmasının mümkün olduğuna dair bir hükme yer vermemekle birlikte, bunun aksi yönde ilişkin bir kural da öngörmemektedir. Dolayısıyla yukarıda ifade ettiğimiz genel esasların, 4. maddeye aykırı hukuki işlemler için uygulanmaması için hiç bir sebep yoktur²⁴². Bilakis, 4. maddenin katı geçersizlik yaptırımının sınırlandırılmasında kısmi geçersizlik prensibinin yaygın bir şekilde uygulanması büyük önem taşımaktadır. Böylelikle hukuki işlemlerin, örneğin bir tek satıcılık sözleşmesinin tamamının geçersiz kılınmasının yaratacağı sakıncalar önlenilecek ve ticari hayatın güvenliği ve istikrarı kısmen de olsa sağlanabilecektir²⁴³. Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, kısmi geçersizlik prensibinin tatbik edilebileceği, Adalet Divanının vermiş olduğu kararlar neticesinde Birlik hukuku düzeyinde çözüme bağlanmış,²⁴⁴ bununla birlikte, kısmi geçersizliğin tatbikinde izlenecek esaslar ulusal hukuklara bırakılmıştır²⁴⁵.

Kanun'un 4. maddesine aykırı hukuki işlemler için, kısmi geçersizlik prensibinin uygulanması mümkün olmakla birlikte, 4. madde yasağına aykırı olabilecek sözleşme ve kararların belirli bir tipi veya görünümünün olmaması karşısında, kısmi geçersizlik prensibinin ne zaman ve nasıl uygulanacağını "apriori" olarak belirlemek, suni ve zorlamalı bir yaklaşım olmaktan öte, imkan dışıdır²⁴⁶. Bu nedenle, meseleyi yukarıda belirttiğimiz esaslar ışığında, her somut olayın göstereceği özellikleri dikkate alarak çözümlenmelidir. Bununla birlikte, 4. madde yasağına kısmi geçersizlik prensibini tatbik ederken bazı hususların altının çizilmesi gerekir.

Meseleyi yukarıda yapılan ikili ayırım çerçevesinde ele aldığımızda, kısmi geçersizliğin uygulanmasındaki temel zorluğun, rekabeti sınırlayıcı etki

doğuran kayıt veya sözleşmelerin tespit edilmesi, bir başka deyişle, geçersiz olan ilgili kısmın tespit edilmesi olduğunu söylemek mümkündür. Zira hukuka aykırılığın temel unsuru olan rekabetin sınırlanması, çerçevesi pek de olmayan, muğlak bir kavramdır ve pek çok olayda rekabetin sınırlanması hukuki işlemin bütünü, tarafların konumu, piyasa şartları gibi çok çeşitli faktörlerin kümülatif olarak değerlendirilmesi ile tespit edilmektedir. Özellikle etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayan anlaşmalar (veya rekabeti ikinci dereceden sınırlayan sözleşmeler) bakımından söz konusu olan böyle bir durumda, rekabetin sınırlanmasına neden olan kaydın tespit edilmesi ve bazı hallerde bunun sözleşmenin bütününden ayrılması güç olacaktır²⁴⁷.

Bu durumda tercih edilebilecek en uygun yöntem, hukuka aykırılığın tespit edilmesini takiben, rekabetin sınırlanması sonucunu doğurması muhtemel kayıtların ayrı ayrı incelenmesi ve bu kayıtlardan herhangi birinin yokluğu halinde, işlemin rekabete olan etkisinin tekrardan araştırılmasıdır. Kaydın bulunmadığı bir durumda, geriye sözleşmenin yeterli muhteva unsurları kalıyor ve kalan bu kısım, rekabetin sınırlanmasına yol açmıyorsa, o takdirde kısmi geçersizlik söz konusu edilebilecek, aksi durumda sözleşmenin tamamını geçersiz kılmak gerekecektir. Bir başka deyişle ilgili kısım bir kere belirlendikten sonra, genel kural tatbik edilecektir.

Şüphesiz bu ifade ettiğimiz hususlar, tamamen rekabeti sınırlayıcı kaydın tespit edilmesinin güç olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bazı durumlarda ise, hukuka aykırılığa yol açan kaydın ve dolayısıyla objektif koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi kolay olmaktadır. Örnek vermek gerekirse, rekabeti sınırlayıcı sözleşmelerin pek çoğunda yer alan, münhasır satım veya alım taahhütleri, tekel bölgesi kayıtları, rekabet etmeme taahhüdü, süreye ilişkin kayıtlar, nitelikleri gereği rekabeti sınırlayıcı özellikler gösterirler. Bu türden kayıtları ihtiva eden rekabeti sınırlayıcı bir sözleşme, büyük olasılıkla bu kayıtların sözleşmeden çıkarılması veya en azından törpülenmesi halinde, rekabeti sınırlayıcı olmaktan çıkacaktır²⁴⁸. Doğal olarak böyle bir durumda, kısmi geçersizliğin objektif şartına ilişkin değerlendirme yapmak önemli bir güçlük arz etmez.

Öte yandan benzer şekilde, rekabeti sınırlamaktan başka bir amacı olmayan anlaşmalar veya yaygın bir deyimle “*kartel anlaşmaları*” (veya sözleşmeleri) için de aynı yorumu yapmak mümkündür²⁴⁹. Bu tür sözleşmeler, fiyat tespiti, piyasaların paylaşılması gibi farklı konulara ilişkin olmakla birlikte, sözleşmenin objektif esaslı unsuru veya sözleşmeye tipini veren unsur, 4. madde anlamında rekabetin sınırlanması olunca, o vakit bunların kısmen geçersiz sayılıp, geriye kalan kısmının ayakta tutulması mümkün değildir. Bu nedenle, kural olarak kartel sözleşmelerinin tamamen geçersiz olduklarını kabul etmek icap eder²⁵⁰. Bununla birlikte, kartel sözleşmesi veya amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı kayıt, başka bir sözleşmenin içerisinde yer alıyorsa, o vakit yukarıdaki

genel esasları uygulamak ve olayın özelliklerine göre kısmi geçersizliğin uygulanabilip uygulanmayacağını ayrıca tetkik etmek gerekir.

Kısmi geçersizliğin objektif koşulunun gerçekleştiğinin tespit edilmesi üzerine, ikinci aşama olarak, sübjektif koşulun varlığını araştırmak gerekir. Kural olarak, burada da somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı ve sübjektif koşula ilişkin olarak yukarıda ifade ettiğimiz genel prensipler tatbik edilmelidir. Bununla birlikte, geçersizliğin katı bir şekilde uygulamanın sakıncalarını da göz önünde tutarak²⁵¹, sübjektif koşulun her şart altında mutlak olarak aranmasının, bazı hallerde 4. maddenin amacına aykırı sonuçlar verebileceğini de belirtilmek gerekir. Zira teorik olarak düşünüldüğü vakit, taraflara ait farazi irade büyük olasılıkla sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması yönünde olacak²⁵² ve bunun sonucu olarak kısmi geçersizliğin 4. madde yasağına giren sözleşmeler için uygulanamayacağını söylemek gerekecektir.

Kanımızca bu yaklaşımı, 4. madde ve Rekabet Hukukunun amacı çerçevesinde sorgulamak gerekir. Zira en genel ifadeyle 4. maddenin amacı, teşebbüslerin bir araya gelerek rekabeti sınırlamalarının önüne geçmektir; yoksa teşebbüslerin salt bir araya gelmelerinin yasaklanması gibi bir amaç söz konusu değildir. Bu bağlamda, 56. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımının amacının da, sadece rekabetin sınırlanmasına neden olan kayıtların etkisiz ve geçersiz kılınması olduğu söylenebilir. Sözleşmenin tamamının ve bu arada rekabet ile ilgisi bulunmayan kayıtların da geçersiz kılınması, Rekabet Hukuku açısından herhangi bir amaca hizmet etmez. Ayrıca, farazi taraf iradelerine uygun olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin bütünüyle geçersiz kılınması, ticari yaşamda büyük önemi haiz hukuk güvenliği ve dolayısıyla rekabetin kendisi açısından da önemli bir tehdit oluşturabilir. Bu itibarla, Rekabet Hukukunun genel mantığı çerçevesinde, sadece rekabeti sınırlanmasına yol açan kayıtların hüküm ifade etmesinin engellenmesi, 4. madde ve geçersizlik yaptırımından beklenen amacın sağlanmasında yeterli görülebilir.

Bununla birlikte, meseleyi sadece Rekabet Hukuku yönüyle ele almak da, sözleşmeler hukukunun temel prensibi olan irade serbestisinin göz ardı edilmesi anlamına gelir ki, bu durumu da Borçlar Hukukunun genel esasları ile bağdaştırmak zordur. Geçersizliğin söz konusu olduğu bir olayda farazi iradelerin dikkate alınmaması, tarafların veya en azından taraflardan birinin hiç de arzu etmediği bir sözleşmeyle bağlı kalmasına neden olabilir. Kanımızca yukarıda ifade edilen soyut mülahazalar, sübjektif şartın aranmamasına ilişkin yaklaşımın irade serbestisinden üstün tutulması için yeterli görülemez²⁵³. Dolayısıyla 4. madde açısından belki de en uygun çözüm tarzı, kısmi geçersizliğin tatbikinde gerek objektif, gerekse sübjektif şartların varlığını prensip olarak aramak, bununla birlikte istisnai bazı hallerde de, sadece objektif şartın yeterli olabileceğini kabul etmek olmalıdır. Hangi hallerde sadece objektif şartın yeterli olabileceği ise, somut olayın özelliklerine göre tespit edilmesi

gereken bir husus olacaktır²⁵⁴. Belirtelim ki, farazi taraf iradelerinin tespit edilmesinde yaşanacak güçlüklerin, yapılacak olan bir butlan anlaşması ile bertaraf edilmesi mümkündür.

3- Geçersizliğin Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Sınırlandırılması

Genel prensip niteliğindeki olan dürüstlük kuralı da (MK.md.2), 4. maddedeki geçersizlik yaptırımının sınırlandırılmasında etkin bir vasıta olarak kullanılabilir. Kanun'un 4. maddesindeki geçersizlik rejiminin elverişsizliği ve de özellikle usuli-idari muafiyet sistemi, kanımızca dürüstlük kuralının uygulanmasına elverişli bir ortam yaratmakta ve bu kural, geniş bir uygulama alanı bulabilmektedir. Ortaya çıkan hukuki neticeler açısından önemli bir farklılık bulunmamakla birlikte, dürüstlük kuralının geçersizliğin sınırlandırılması amacıyla yönelik olarak uygulanması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin bazı hallerde, geçersizliğin ileri sürülmesi olayın özelliklerine göre hakkın kötüye kullanılması kabul edilebileceği gibi, diğer bazı hallerde hakim, dürüstlük kuralına dayanarak geçersizliğe ilişkin 56. madde hükmünü uygulamaktan imtina edebilir.

Belirtmek gerekir ki, 56. maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanmasında tamamen genel prensipler caridir. Dolayısıyla esasen burada da, önceden bazı kıstaslar koymak yerine, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirme yapmak ve dürüstlük kuralının uygulanabilip uygulanamayacağını somut olay çerçevesinde tespit etmek en uygun yaklaşım olacaktır. Bununla birlikte 4. madde kapsamına giren hukuki işlemlerin özelliklerini ve geçersizliğin pratik açıdan uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunları dikkate alarak, bir takım hususların altının çizilmesi faydalı olacaktır.

Geçersizliğin türü ve pratik açıdan uygulanması bahsinde açıklandığı üzere²⁵⁵, 4. maddenin idari-usuli geçersizlik rejimi, geçersizliğin klasik anlamıyla tatbik edilmesinde önemli güçlükler yaratmaktadır. 4. madde yasağı ve dolayısıyla geçersizliğin mahkeme tarafından tatbik edilebilirliğine karşılık, muafiyetin ancak Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmesi, mahkemelerin geçersizliğe hükmetmelerini fiilen engelleyebilmektedir. Bundan da önemlisi, bildirimle bağlanan ağır hukuki neticeler, hukuki işlemin geçersizliğini zaman dilimlerine ayırmakta ve adeta geçersizliğin kronolojik bir olgu gibi ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Özellikle süresi içerisinde bildirim yapılmayan, fakat hakkında muafiyet kararı verilen sözleşmeler için söz konusu olan bu olumsuz durum, kanımızca Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulanmasına davetiye çıkartmaktadır.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce akdedilen bir tek satıcılık sözleşmesi, süresi içerisinde (5.5.1998 tarihine kadar) bildirilmediği takdirde, hakkında verilecek muafiyet kararı, ancak bildirim tarihine kadar geriye yürüyecek ve söz konusu sözleşme, yapıldığı tarihten Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçerli, bu tarihten bildirim tarihine kadar geçersiz, muafiyet kararının geriye etkisine bağlı olarak, bildirim tarihinden sonra da geçerli olacaktır. Özellikle sözleşmenin bu süreler içerisinde taraflarca uygulandığı ve geçerli sözleşmeye güvenilerek üçüncü kişilerle ticari ilişkilere girildiği düşünülürse, sözleşmenin bu ara dönem içerisinde geçersiz olarak kabul edilmesinin çözümlenmesi ve izahı güç hukuki sorunları beraberinde getirmesi kaçınılmaz olacaktır²⁵⁶. Benzer durumlar, Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen ve fakat süresi içerisinde bildirim yapılmamış hukuki işlemler için de söz konusu olabilir²⁵⁷.

Kanımızca bu ve bu gibi hallerde hakim, somut olayın özelliklerini de dikkate almak suretiyle, geçersizliğin uygulanmasının dürüstlük kuralı ile çatıştığını kabul edebilmeli ve örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu fikrinden hareketle, geçersizliği uygulamaktan kaçınmalıdır²⁵⁸. Keza aynı şekilde, geçersizlik, taraflardan birinin yaptığı itiraz neticesinde mahkeme önüne geldiğinde de aynı neticeye varılmalı ve söz konusu itiraz, Medeni Kanun'un 2/2. maddesi çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek nazara alınmamalıdır²⁵⁹. Tekrar hatırlatalım ki, dürüstlük kuralının bu şekilde uygulanması, sadece süresi içerisinde bildirim yapılmayan, bununla birlikte muafiyetten yararlanan hukuki ilişkiler bakımından söz konusudur²⁶⁰. Bunun dışında muafiyet talebi reddedilmiş veya geri alınmış ya da hiç muafiyet bildirim yapılmamış sözleşmeler hakkında dürüstlük kuralına başvurmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu hukuki ilişki anılan süreler içerisinde tatbik edilmemişse, o takdirde geçersizliği uygulamamak için hiçbir neden yoktur. Dürüstlük kuralı ancak geçersizliği döneminde fiilen tatbik edilen hukuki ilişkiler için devreye girebilir.

Dürüstlük kuralının 4. maddenin geçersizlik yaptırımına ilişkin tatbiki, yukarıda belirtilen durumlarla sınırlı değildir. Kanımızca dürüstlük kuralının geçersizlik yaptırımının sınırlandırılmasındaki asıl fonksiyonu, geçersizliğin uygulanıp uygulanması değil, geçersizliğin hükümleri, bir başka deyişle, geçersizliğin hukuki sonuçlarında kendini göstermektedir. Daha açık bir ifadeyle, kural olarak kendiliğinden ve baştan itibaren hükümlerini doğuran geçersizliğin 4. madde kapsamına giren hukuki işlemlerin özellikleri göz önünde tutularak, bazı hallerde dürüstlük kuralının yardımıyla sadece ileriye etkili olduğu kabul edilebilir. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, geçersizlik yaptırımının ortaya çıkarabileceği pek çok sorun kendiliğinden çözümlenmiş olacaktır.

Çeşitli defalar ifade edildiği üzere, rekabet kavramının niteliğine bağlı olarak, 4. madde anlamında rekabeti sınırlayıcı özellikler gösteren ilişkiler

ekseriya “*sürekli borç ilişkisi*”²⁶¹ tarzında ortaya çıkmaktadır. Bu tarz bir sürekli borç sözleşmesinin 4. maddeye aykırı olması halinde bunun doğal neticesi, söz konusu sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olarak kabul edilmesidir. Baştan itibaren söz konusu olan geçersizlik ise, icrasına başlanmış sözleşmeler bakımından ifa dolayısıyla yerine getirilen edimlerin geri verilmesini ve ilişkinin tasfiyesini gerektirecektir. Bu durum ise, sürekli borç ilişkilerine konu olan edimlerin niteliği göz önünde tutulduğunda aşılmaz güçlükler doğurmaktadır.

Bir örnek vermek gerekirse, yeni bir ürünün üretimi için bir araya gelen teşebbüslerin akdettiği adi ortaklık vasfını haiz bir ortak girişim sözleşmesi²⁶², 4. maddeye aykırı olduğu ve muafiyetten de yararlanamadığı takdirde “*batıl*” olacaktır. Bu sözleşmenin icrasına, yani sözleşmenin fiilen ifasına başlandıktan sonraki herhangi bir safha içerisinde Rekabet Hukukuna aykırılık tespit edildiği takdirde ise, geçersizlik baştan itibaren söz konusu edilecek ve bu çerçevede tarafların bu süre içerisinde yerine getirmiş olduğu edimlerin iadesi söz konusu olacaktır. Oysa taraflar, büyük olasılıkla, geçen süre içerisinde amaçları doğrultusunda, sermaye getirmiş, üçüncü kişilere karşı taahhüt altına girmiş, çeşitli yatırımlar yapmış ve birlikte risk altına girmiş olacaklar ve geçersizlik nedeniyle bunların iade edilmesi büyük zorluklar doğuracaktır.

Hukuki temelden yoksun kalan bu dönem için, taraflar birbirlerine karşı, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, vekaletsiz iş görmeden doğan çok çeşitli talepler yöneltecekler ve ortaya haksızlıkların çıkması da önlenemeyecektir²⁶³. Örneğin, aynı sermaye getiren taraf, mal aynen mevcutsa istihkak talebi ile malı elde edebilecek, buna karşılık nakdi sermaye getiren taraf ancak sebepsiz zenginleşmeye dayanabilecek ve çoğu kez tatmin edici bir iade elde edemeyecektir. Üstelik haksızlıklar ve olumsuzluklar sadece ilişkiye taraf olanlar için değil, üçüncü kişiler açısından da söz konusu olabilir. Örneğin, ortaklık malvarlığına güvenerek kredi sağlayan alacaklının, ortaklığın baştan itibaren geçersiz kılınması halinde güç duruma düşeceği kesindir. Dolayısıyla baştan itibaren geçersizlik, bazı hallerde hukuki görünüşe güvenin korunması ilkesi açısından da çeşitli sakıncaları beraberinde getirmektedir.

İşte İsviçre/Türk hukuklarında da, sürekli borç ilişkilerinin geriye yönelik olarak tasfiye edilmesinin güç ve hatta bazı hallerde imkansız olması karşısında, “*iptal*”²⁶⁴, “*dönme*”²⁶⁵ ve “*butlan*” hallerinde ortaya çıkan geçersizliğin genellikle olduğu üzere geriye değil, ileriye etkili olması gerektiği bazı yazarlarca haklı olarak ifade edilmektedir²⁶⁶. Temelini dürüstlük kuralından alan bu görüşe göre, sürekli borç ilişkisi bir kere icraya başladıktan sonra, artık geçersizlik nedeni ortaya çıkıncaya kadar geçen süre içerisindeki hukuki ilişkinin varlığını tanımak ve geçersizlik nedeni aksini gerektirmedikçe²⁶⁷, geçersizliğin ileriye etkili olduğunu (*ileriye etkili butlan*) kabul etmek menfaatler dengesi açısından en uygun çözümdür²⁶⁸.

Kanımızca da, 4. madde yasağına tabi sürekli borç ilişkisini doğuran sözleşmeler bakımından ileriye etkili geçersizliğin kabul edilmesi, yukarıda

belirttiğimiz sakıncaları önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır. Bu yaklaşım hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olduğu gibi, 4. maddenin amacına da uygundur. Rekabeti sınırlayan hukuki ilişki, bir kere icra edildikten sonra, artık rekabet açısından olumsuz sonuçlar meydana gelmiştir. Baştan itibaren geçersizliği kabul ederek ilişkileri tasfiye etmek, bir başka deyişle tarihin çarkını geriye döndürmek, bu olumsuz sonuçların ortadan kalkmasını sağlamaz. Bilakis içinden çıkılmaz hukuki problemleri beraberinde getirir. Bu nedenle, icrasına başlanan sürekli borç ilişkilerinin 4. maddeye aykırılığı nedeniyle geçersizliği söz konusu olduğu hallerde, bu geçersizliğin kural olarak ileriye etkili olduğunu kabul etmek gerekir.

III- Hakim Durumun Hukuki İşlem Yoluyla Kötüye Kullanılması Halinde Geçersizlik

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi, piyasada hakim konumda bulunan bir teşebbüsün, bu ekonomik gücün sağlamış olduğu avantajları piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyecek şekilde kullanmasını, bir başka deyişle böyle bir hakim gücünü kötüye kullanmasını yasaklamaktadır²⁶⁹. Söz konusu maddeye göre, *“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasında hakim durumunu tek başına veya başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”*.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4 ve 7. maddelerden farklı olarak, 6. madde yasağı için herhangi bir geçersizlik yaptırımı öngörmemiştir. İlk bakışta bu durum, 6. maddenin yasakladığı kötüye kullanma davranışının hukuki bir işlemi değil, fiili durumu ifade ettiği fikrinden hareketle olağan karşılanabilir²⁷⁰. Oysa kötüye kullanma bahsinde ifade edilenler²⁷¹ ve Kanun'da yer alan kötüye kullanma örnekleri dikkate alındığında, somut olaydaki kötüye kullanmanın, hukuki işlem tarzında ortaya çıkmasının mümkün olduğu açık bir şekilde görülmektedir²⁷². Örnek vermek gerekirse, söz konusu teşebbüsün *“kelepçeleme”*²⁷³ veya *“aşırı fiyat uygulamaları”*²⁷⁴ ile hakim durumunu kötüye kullanması, olayların önemli bir kısmında *“hukuki işlem”*, daha doğru bir ifadeyle *“sözleşme”* tarzında gerçekleşecektir. Dolayısıyla hakim durumun hukuki işlem yoluyla kötüye kullanılması halinde, bunun geçersiz olup olmadığı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Kanun hükümleri çerçevesinde bakıldığında, geçersizliğin 4 ve 7. maddeler için açıkça öngörülmüş olmasına rağmen, 6. madde için öngörülmemiş olması, meselenin olumsuz bir şekilde düzenlendiği şeklinde yorumlanabilir (karşıt kavram kanıtı)²⁷⁵. Bu takdirde, hakim durum hukuki işlem yoluyla kötüye kullanılsa dahi bu işlem geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmayacak, ancak idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır²⁷⁶.

Keza aynı şekilde Kanun'un sistemi açısından bakıldığında da, 6. maddeye aykırı işlemler için geçersizlik yaptırımının söz konusu olamayacağı ileri sürülebilir. Bu yaklaşıma göre, işlevleri açısından birbirlerini tamamlayan ve temelde aynı mantığa dayanan 4 ve 6. maddeler bir arada düşünüldüğünde, nasıl 4. madde anlamında geçersizliğin sadece temel ilişki, yani iradeler bakımından söz konusu olduğu kabul ediliyorsa, burada da aynı sonucu kabul etmek ve sadece kötüye kullanmaya neden olan iradenin geçersizlik yaptırımına tabi olduğunu söylemek gerekir. Somutlaştırmak gerekirse, 4. madde çerçevesinde yasaklanan ve geçersiz kabul edilen fiyat kartelinin kendisidir. Yoksa fiyat karteline mensup teşebbüslerin söz konusu kartel sözleşmesine dayanarak akdettiği başkaca sözleşmeler, ayrıca rekabeti sınırlamadıkları, bir başka deyişle kendi bünyelerinden kaynaklanan bir sebeple rekabete aykırı olmadıkları sürece geçersiz kabul edilemez²⁷⁷. Rekabet üzerinde yaratacağı etki açısından, kartel ile hakim durumdaki teşebbüs arasında önemli bir farklılık bulunmadığına göre, bu yaklaşıma göre, burada da 4. maddedeki çözümü benimsemek ve fiyat uygulamasını, örneğin, hakim teşebbüsün aşırı fiyatlar öngördüğü sözleşmeleri değil, hakim teşebbüsün aşırı fiyat öngörmesini etkisiz ve geçersiz kılmak gerekir. Şüphesiz bu takdirde geçersizlik, ancak iradenin, yönetim kurulu veya genel kurul kararı gibi tüzel kişilik bünyesinde ortaya çıktığı hallerde söz konusu olacak ve oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır.

Oysa, kanımızca 4 ve 6. maddeler arasındaki bağlantıyı doğru tespit etmek gerekir. Her ne kadar bu iki madde arasında fonksiyonel bir bağlılık ve bu anlamda bir paralellik varsa da, iki maddenin yasakladığı davranış farklıdır. 4. madde, yukarıda da değinildiği gibi, sözleşme veya karar şeklinde görünen rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkiyi yani irade uyuşmalarını yasaklarken, 6. madde iradeyi değil, bu iradenin sonucu olan davranışı biçimini yasaklamaktadır. Bir başka ifadeyle 4. madde karteli yasaklarken, 6. madde bunun yansıması olan hakim durumu değil, bu durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Dolayısıyla bu iki madde arasındaki paralellikten yola çıkarak, 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil eden bir hukuki işlemin geçersiz olmaması gerektiğini kabul etmek mümkün değildir.

Kanımızca, Kanun'da bu hususta geçersizliğe ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamış olmasını, meselenin menfi tarzda çözümlendiği gerekçesinden ziyade, kötüye kullanma teşkil eden davranışın, daha çok fiili bir duruma ilişkin olması sebebine dayandırmak daha uygun olur. Bir başka deyişle, 6. maddeye aykırı olan bir davranışın hukuki işlem tarzında ortaya çıkmasının, 4 ve 7. maddeler ile kıyaslandığında oldukça istisnai bir durum olması karşısında, Kanun'da özel bir düzenleme yapılması ihtiyacının ortaya çıkmadığı ve meselenin özel hukukun genel esasları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kabul edilmelidir²⁷⁸.

Genel esaslar açısından bakıldığında ise, hakim durumun hukuki işlem yoluyla kötüye kullanılması halinde bunun yaptırımının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi anlamında “*butlan*” olarak kabul etmek gerekir. Zira 6. madde hükmü, gerek lafzı, gerekse ruhu açısından emredici karakteri haizdir. Üstelik 4 ve 7. madde hükümlerinden farklı olarak, bu emredici karakterin iki yönlü olduğu söylenebilir. 6. madde hükmü, bir yönüyle piyasadaki rekabetin korunması genel amacına hizmet etmekte, diğer taraftan hakim teşebbüs tarafından istismar edilen zayıf teşebbüsleri koruma altına almaktadır²⁷⁹. Bu itibarla, söz konusu hükmün bir taraftan kamu menfaatini, diğer taraftan ekonomik açıdan zayıf olanı koruma amacı taşıdığı ifade edilebilir. Bu münasebetle belirtelim ki, hükmün tespit ettiğimiz bu gayesi, geçersizliğin uygulanmasında önemle dikkate alınması gereken bir unsurdur.

Kanun'un 4. maddesinden farklı olarak, 6. maddede muafiyet gibi özel bir kuruma yer verilmediğine göre, 6. madde açısından söz konusu olan geçersizliğin butlandan farklı olmasını gerektirecek herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Kural olarak, 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil eden bir hukuki işlem, başlangıçtan itibaren, kendiliğinden ve düzelemeyecek şekilde²⁸⁰ (kesin) geçersizdir²⁸¹. Bu itibarla, buradaki geçersizliği, gerek türü, gerekse hükümleri itibarıyla “*butlan*” olarak nitelendirmek gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama da bu yöndedir²⁸². Muafiyet gibi bir kuruma yer verilmemesinin bir diğer sonucu olarak, 6. maddenin tatbikinde Kurul ve mahkemeler arasında bir eş güdüm sorunu ortaya çıkmayacak ve geçersizliğin pratik olarak tatbikinde 4. maddede yaşanan güçlükler söz konusu olmayacaktır²⁸³. Bütün bu açıklamalarımızdan anlaşılıyor ki, 6. madde açısından geçersizliğin türü ve pratik olarak ne şekilde tatbik edilebileceği üzerinde etraflıca durmaya ihtiyaç yoktur. Genel olarak geçersizlik ve bu arada “*butlan*” kavramı üzerinde durduğumuz giriş bahsindeki açıklamalarımız²⁸⁴, 6. madde açısından da yeterli görülebilir.

Her ne kadar 6. maddeye aykırı hukuki işlemlerin tabii olduğu geçersizlik genel olarak “*butlan*” yaptırımından bir farklılık göstermiyorsa da, kanımızca 6. madde hükmünün konuluş amacının butlan yaptırımının uygulanmasında özellikle dikkate alınması gerekir. Somutlaştırmak gerekirse, yukarıda da belirtildiği gibi 6. madde sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda ekonomik açıdan zayıf konumdaki teşebbüslerin korunması amacına da hizmet etmektedir²⁸⁵. Dolayısıyla, burada rekabetin korunması gibi genel ve soyut bir menfaat değil, kötüye kullanma işleminin tespit edilmesiyle birlikte, artık somut bir şekilde ortaya çıkan özel menfaat (*taraf menfaati*) söz konusudur. Geçersizlik yaptırımının bu menfaate aykırı tatbik edilmesi ise, aynı zamanda butlana yol açan 6. maddenin amacına aykırı düşecektir. Bu çelişkili durumun ise, hukuken izah edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla butlan yaptırımını, hükmün korumayı amaçladığı zayıf konumdaki teşebbüslerin menfaatini dikkate alacak şekilde tatbik etmek ve bu anlamda sınırlamak gerekir.

Uygulamada ortaya çıkabilecek muhtemel sorunları dikkate aldığımızda, “*kısmi butlan*” prensibinin 6. maddenin amaca uygun bir şekilde uygulanmasında büyük bir önemi haiz olduğunu ve söz konusu prensibin 6. maddenin amacı ışığında yorumu ve uygulanması ile bu sorunların büyük ölçüde çözümleneceğini ifade etmek mümkündür. Yukarıda²⁸⁶, kısmi butlan yaptırımının uygulanabilmesi için, biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki ayrı şartın gerçekleşmesi gerektiğini açıklamıştık. Kanımızca, kısmi butlan yaptırımının 6. madde açısından uygulanmasında da, tarafların farazi iradelerinin her ahvalde dikkate alınması gerekli görülmemelidir. Kanımızca 6. madde hükmünün amacı, taraf iradeleri ve özellikle hakim teşebbüsün iradesi aksi yönde olsa dahi, kısmi geçersizliğin tatbik edilmesine imkan vermektedir.

Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekirse, hakim durumdaki teşebbüs ile alıcı teşebbüslerle yapılan satım sözleşmelerinde kelepçeleme kayıtlarının bulunması halinde, doğal olarak bu kayıtlar 6. maddeye aykırı görülecek ve yukarıda belirttiğimiz görüş çerçevesinde, sözleşmeye butlan yaptırımını uygulamak gerekecektir. Kural olarak böyle bir durumda ve esasen 6. maddeye aykırı hallerin genelinde²⁸⁷, kısmi geçersizliğin sübjektif şartını mutlak olarak aradığımızda, sözleşmenin kısmen geçersiz kılınması mümkün olmayacak ve ancak “*tam butlan*” uygulanacaktır. Zira olayların önemli bir kısmında, söz konusu kısım olmaksızın hakim teşebbüsün söz konusu işlemi yapmayacağı söylenebilir. Kötüye kullanma teşkil eden kayıtlar, genellikle hakim konumdaki teşebbüsün bu üstün konumundan faydalanarak kendi lehine koydurmuş olduğu kayıtlar olacak ve bu kayıtlar olmaksızın sözleşme yapmayacağı kolaylıkla kabul edilebilecektir.

Bu takdirde ise, sözleşmenin tamamını geçersiz kılmak gerekecek ve sözleşmenin tamamının geçersiz kılınmasından asıl zararı, alıcı teşebbüsler göreceklerdir. Zira kendisi için olumsuz kayıtların varlığına rağmen sözleşme yapmayı kabul eden alıcı teşebbüsler, sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz kılınması halinde, alacağını talep edemeyecek, aldıklarını ise iade etmekle yükümlü olacaktır²⁸⁸. Bu durum ise, hakim teşebbüse ekonomik açıdan bağımlı olan teşebbüslerin cezalandırılması anlamına gelecektir²⁸⁹. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere, 6. maddenin amacı sadece rekabetin korunması değil, aynı zamanda ekonomik açıdan zayıf konumdaki teşebbüslerin korunmasıdır. Özellikle sömürüye dayalı kötüye kullanma hallerinde, bu durum açık bir şekilde görülebilmektedir²⁹⁰. Geçersizliğin bu şekilde tatbik edilmesi ise, hükmün korumayı amaçladığı teşebbüslerin menfaatleri ve dolayısıyla emredici hükmün gayesine aykırıdır. Dolayısıyla 6. maddeye aykırı bir işlem söz konusu olduğunda, geçersizliği tatbik ederken, 6. maddenin koruma amacı da dikkate alınmalı ve sübjektif şart olmaksızın da kısmi geçersizliğin tatbik edilebileceği kabul edilmelidir.

Kanımızca kısmi geçersizliğin bu şekilde tatbik edilmesi ile, butlan yaptırımının 6. madde bakımından ortaya çıkarabileceği sorunları çözümlenmek

mümkün olacaktır²⁹¹. Fakat belirtmek gerekir ki, her şart altında kısmi geçersizliğin bu şekilde uygulanması gerekir tarzında genel bir kural koymak da mümkün değildir. Bu ifade edilenler, sadece 6. maddenin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek muhtemel sorunlara ilişkin bir faraziyeye dayanmaktadır. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine bağlı olarak, 6. madde amacına aykırı bir durum söz konusu olmadığı kabul edilebiliyorsa, o takdirde genel prensipleri uygulamak icap eder.

IV- Birleşme ve Devralma İşlemlerinin (Sözleşmelerinin) Geçersizliği

A) Genel Olarak

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi, piyasa yapısını kontrol altına almayı amaçlayan bir hükümdür²⁹². Maddenin temel amacı, piyasada yapısal değişime neden olan yoğunlaşmaların denetlenmesi ve bu sayede, ekonomik gücün belirli merkezler etrafında toplanmasının önlenilmesidir. Söz konusu hükme göre, *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır”*.

Söz konusu maddede yoğunlaşmaya yol açan haller genel olarak, *“birleşme”* ve *“devralma”* olarak belirtilmişse de, maddenin kapsamının bunlarla sınırlı olmadığını, istisnalar hariç olmak üzere²⁹³, teşebbüslerin kontrolünün kalıcı olarak el değiştirmesine yol açan her türlü durumun 7. madde kapsamına girebileceğini daha önce belirtmiş ve bunların tümünü de *“konsantrasyon”* başlığı altında toplamıştık²⁹⁴. *“Konsantrasyon”*, genel olarak piyasadaki rekabetin azalması sonucunu doğuran; sürekli, bağımsız ve kurumsal nitelikteki teşebbüsler arası birliktelikleri ifade ettiğine göre, doğal olarak bu nitelikteki birlikteliklerin hukuki işlem ile kurulduğunu kabul etmek gerekir. Bu itibarla, 7. madde anlamında bir *“konsantrasyon”*, ancak bir *“hukuki işlem”*, daha doğru bir deyişle, *“sözleşme”* sonucu ortaya çıkabilir²⁹⁵. Bununla birlikte, konsantrasyonun gerçekleşmesi açısından belirleyici kriter esasen fiili bir durumu ifade eden *“kontrolün sağlanması”* olduğuna göre, bu hukuki işlemin mahiyeti hakkında bir genelleme yapmak mümkün değildir. Yerine göre bu bir *“devir sözleşmesi”* olabileceği gibi, bir *“ortak girişim sözleşmesi”* yahut bir *“oy konsorsiyumu sözleşmesi”* de olabilir. Hatta kontrol, birden fazla sözleşmenin bir arada

bulunduğu bir kombinasyon sonucu da sağlanabilir. Bu anlamda, 7. maddenin uygulanmasında ilgili işlemin hukuki görünümü değil, iktisadi açıdan doğuracağı sonuçların önem taşıdığı söylenebilir.

Konsantrasyon, ancak bir hukuki işlem sonucu ortaya çıkabileceğine göre, bu hukuki işlemin 7. maddeye aykırı olması durumunda, bunun geçersiz olup olmayacağı meselesi söz konusu olmaktadır. Kamu düzenine ilişkin olan ve niteliği itibarıyla emredici karakterdeki 7. maddenin ilk fıkrası, bu neviden bir işlemin hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirtmiş olmakla beraber, bunun geçersizliğine ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermemiştir. Bununla birlikte, maddenin ikinci fıkrasında, “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini, Kurul’un çıkaracağı tebliğlerle ilan edileceği*” belirtilmiş ve hukuka aykırılığın değil, fakat izin yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımının “*geçersizlik*” olduğu öngörülmüştür. Belirtelim ki, birleşme ve devralmaların denetiminde “*izin sistemi*”ni benimseyen bu düzenleme karşısında, artık geçersizlik açısından önem taşıyan, 7. maddedeki hukuka aykırılığın sonucu değil (RKHK.md.7/1), izin yükümlülüğüne aykırılığın sonucudur (RKHK.md.7/2). Bu itibarla 7. maddeye tabi olan sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimini, tamamen idari nitelikteki “*izin sistemi*” çerçevesinde incelemek icap eder.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un benimsemiş olduğu “*izin sistemi*”ne göre, 7. madde ve bu maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak çıkarılan tebliğin kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerinin (*konsantrasyonların*) Rekabet Kurulu’na bildirilmesi ve daha da önemlisi izin alınması gerekmektedir. Bu kapsama girip de herhangi bir şekilde hakkında Kurul’dan izin alınmayan bir birleşme veya devralmanın hukuken geçerli olabilmesi mümkün değildir (bkz. RKHK.md.7/2, 10/2, 11)²⁹⁶. İdari işlem niteliğindeki “*izin kararı*”, bu kapsamdaki birleşme ve devralmalar için bir tamamlayıcı unsurdur²⁹⁷. Hukuki işlemdeki “*eksiklik*” ve “*noksanlık*”²⁹⁸ giderilip, tamamlayıcı unsur gerçekleşinceye kadar, konsantrasyona yol açan hukuki işlem veya işlemler geçersizdir²⁹⁹ ve bu geçersizlik izin kararı verilinceye kadar askıdadır³⁰⁰. Bir başka ifadeyle izne tabi bir birleşme ve devralma işlemi, hakkında izin kararı verilinceye kadar “*askıda geçersiz*” veya “*düzelebilir hükümsüzdür*”³⁰¹.

Kural olarak izin kararı, verildiği tarihten itibaren hükümlerini doğurur³⁰². Dolayısıyla izin verilmeden önceki bir aşamada konsantrasyona yol açan işlemin hukuken geçerlilik kazanması, ileride izin kararı verilse dahi mümkün değildir. Kanun’un sistemine göre izin, “*açıkça*” verilebileceği gibi, “*örtülü*” de verilebilir (RKHK.md.10/3). Bu izni vermeye yetkili tek makam ise Rekabet Kurulu’dur, dolayısıyla mahkemelerin 7. madde çerçevesinde “*izin*” vermeye veya hukuka aykırılık değerlendirmesi yapmaya yetkileri bulunmamaktadır³⁰³. Bu anlamda Rekabet Kurulu, konsantrasyonların ve dolayısıyla piyasa yapısının denetlenmesinde münhasır yetkilidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, Kanun'un 7/2. maddesi hükmü gereğince her türlü birleşme ve devralma değil, ancak belirli şartları taşıyan birleşme ve devralmalar için izin alınması şartı bulunmaktadır. Bir birleşmenin izne tabi olması ise, şüphesiz bunun hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuka aykırılık, ancak Kurul tarafından yapılacak inceleme sonucunda belirlenecektir. Hangi tür konsantrasyonlar için izin mecburiyetinin bulunduğu ise, Kanun'da tespit edilmemiş ve bu şartların belirlenmesi, Rekabet Kurulu'nun takdir ve yetkisine bırakılmıştır. Kurul bu yetkisini 1997 yılında yayınlamış olduğu, "*Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ*" ile kullanmış³⁰⁴ ve konsantrasyon kavramını, nicelik ve nitelik açısından sınırlandırmıştır.

Daha önceki başlıklar altında³⁰⁵, hangi tür birleşme ve devralmalar için izin yükümlülüğünün söz konusu olduğu ayrıntıları ile açıklanmış olmakla birlikte kısaca hatırlatmak gerekirse, Tebliğ'in 2. maddesindeki şartları taşıyan bir birleşme veya devralmaya taraf olan teşebbüslerin, 4. madde çerçevesinde "*Ülkenin tamamında ve bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam pazar paylarının, piyasanın %25'i aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyonu aşması halinde, Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur*". Görüldüğü üzere Kurul, izin alınması gereken konsantrasyonlar için, "*ciro*" ve "*piyasa payı*"nı temel alan iki ayrı eşik öngörmüş ve kural olarak, bu eşiklerden bir tanesini aşan konsantrasyonlar için ön bildirim ve izin mecburiyeti şart koşulmuştur. Kanımızca izin sistemi çerçevesinde ortaya çıkan geçersizliği, izne tabi olan ve olmayan birleşme ve devralmalar açısından ayrı ayrı incelemek uygun olacaktır.

B) İzin Kararına Tabi Birleşme ve Devralmalar

Söz konusu tebliğ hükümlerine göre izne tabi olan bir sözleşmenin izin alması için, prensip olarak Rekabet Kurulu'na bildirilmesi gerekmektedir. Bu bildirim tebliğ'de belirlenen esaslar çerçevesinde yapılması zorunludur³⁰⁶. Usulüne uygun olarak yapılmayan bildirim, hiç yapılmamış sayılır. Bildirimin yapılmamış olması ise, işlemin geçerliliğine etkide bulunmamakla birlikte, idari para cezası uygulanmasına neden olur (RKHK.md.11/a, 16/c). Daha açık bir anlatımla, muafiyet sisteminden farklı olarak, herhangi bir şekilde bildirim yapılmamış sözleşmelerin de izin alarak geçerlilik kazanması mümkündür³⁰⁷. Genel esaslar çerçevesinde, "*izin*" kararı verildiği tarihten itibaren hükümlerini doğurur ve bildirim yapılmamış olan sözleşme de, ancak izin kararının verildiği tarihten itibaren hükümlerini ifade eder. Bildirimi yapılmamış bir sözleşmenin, Kurul tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde Kanun'un 7/1. maddesine aykırı olduğuna karar verilmesi halinde ise, söz konusu sözleşme artık "*kesin geçersiz*" olmakta ve hükümleri itibarıyla "*butlan*"dan bir farklılık göstermemektedir. Dolayısıyla "*butlan*" yaptırımının hüküm ve sonuçlarına

ilişkin daha önceki başlıklar altında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Fakat belirtelim ki, hakkında izin kararı alınmamış bir birleşme veya devralma işlemi taraflarca uygulandığı takdirde, bunun tasfiyesinde idari bir usul öngörülmüştür. Buna göre Kurul, Kanun'un 11. maddesine dayanarak birleşmeden önceki durumun iadesini amaçlayan bir karar verecek ve böylece piyasa yapısı açısından ortaya çıkan olumsuz durumun telafisini sağlayacaktır³⁰⁸.

Tebliğ hükümleri çerçevesinde izne tabi olup da, usulüne uygun bir şekilde bildirim yapılan bir sözleşme de, esasen, bildirim yapılmamış sözleşmeler gibi, "askıda geçersiz"dir. Aralarındaki fark, bildirim yapılmış sözleşmeler için idari para cezasının uygulanmaması ve "örtülü izin" imkanının bulunmasıdır. Genel olarak "örtülü izin", birleşme ve devralma işlemlerinin incelenmesinin bir an önce sonuçlandırılmasını ve inceleme esnasında, işlemlerin askıda geçersiz kalmasının doğuracağı muhtemel sakıncaları azaltılmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Birleşme ve devralmaların ekonomik açıdan önemi, onların yasal belirlilik içerisinde yapılmasını ve ivedilikle sonuçlandırılmalarını gerektirir. Aksi halde, bu tür işlemlerin amaca ulaşması imkansız hale gelebilir. Bu çerçevede Kurul, kendisine bildirilen bir sözleşme hakkında süresi içerisinde (15 gün) işlem yapmadığı takdirde, söz konusu sözleşme bildirim tarihinden itibaren otuz gün sonra kendiliğinden geçerlilik kazanır (RKHK.md.10/3)³⁰⁹.

"Örtülü izin" kurumunun söz konusu olmadığı bir ihtimalde ise, Kurul yapacağı ön incelemeye bağlı olarak kendisine bildirilen bir sözleşme hakkında ya izin verir, ya da nihai incelemeye aldığına dair bir karar verir. Sözleşmeye izin verdiği takdirde, askıda geçersizlik sona erer ve sözleşme izin kararından itibaren hukuken geçerli olur. Buna karşılık, sözleşmenin nihai incelemeye alındığına dair bir karar verilirse, bu halde sözleşmenin askıda geçersiz olma durumu devam eder. Bu takdirde Kanun'un 40 ila 59. madde hükümleri uygulanır (RKHK.md.10/2)³¹⁰.

C) İzin Kararına Tabi Olmayan Birleşme ve Devralmalar

Söz konusu Tebliğ çerçevesinde, bildirim yapılması ve hakkında izin kararı alınması zorunlu olmayan bir birleşme veya devralma sözleşmesinin, izin sistemi çerçevesinde geçersiz kılınması söz konusu olamaz. Bu kapsamdaki sözleşmeler hukuken geçerlidir. Dolayısıyla bunların geçerlilikleri izin kararına bağlı değildir. Bununla birlikte, izne tabi olmayan bir sözleşmenin geçersiz olup olmayacağı, daha doğru bir deyişle, bunların Kanun'un 7/1. maddesi hükmüne aykırı olmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanımızca bu hususta bir ayırım yapmak gerekir. Her şeyden önce Tebliğ hükümlerine göre, nitelik itibarıyla konsantrasyon sayılmayan bir birleşme veya devralma sözleşmesinin Kanun'un 7/1. maddesine aykırı olması mümkün değildir. Bu sözleşmeler, tamamen 7.madde kapsamı dışında tutulmuştur³¹¹.

Buna karşılık, nitelik itibarıyla konsantrasyon vasfını haiz olmakla birlikte, nicelik itibarıyla izin yükümlülüğüne tabi olmayan birleşme ve devralmaların, 7/1.maddeye aykırı olmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır. Bir başka anlatımla, ne Kanun, ne de Tebliğ, nicelik itibarıyla konsantrasyon kapsamı dışında kalan birleşme ve devralmaların, Kanun'un 7/1. maddesine aykırı olamayacağı yönünde açık bir hüküm içermemektedir. Bu takdirde, Tebliğ'deki "*ciro*" veya "*piyasa payı*" eşiklerinden hiçbirini aşamayan bir birleşme veya devralmanın, hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye elverişli olup olmadığını veya rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğurup doğuramayacağını incelemek gerekir. Kanımızca, Tebliğ'de %25 piyasa payı eşiği öngörülmüş olması karşısında, bu eşiği aşmayan bir hakim durumun tasavvur edilmesi pratik açıdan oldukça güçtür. 7. madde anlamında hukuka aykırılığın belirlenmesinde temel kriter, "*hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi*" olunca, bu eşiği aşmamasına rağmen hukuka aykırı olan bir konsantrasyon düşünülemez. Bu itibarla izin sistemi dışında geçersizliğin ortaya çıkması mümkün gözükmemektedir³¹².

AÇIKLAMALAR

¹ Bkz. RKHK. md. 56-59

² RKHK.'nun "teşkilat" başlığı altındaki 3. kısmının ilk maddesi olan 20. maddeye göre, "Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanun'un uygulanmasını gözetmek ve Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir. Kurum görevini yerine yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez". Rekabet Kurumu'nun temel organı niteliğini taşıyan Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen 27. madde ise, "Bu Kanun'da yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında başvuru üzerine veya re'sen inceleme araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanun'da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak" hükmünü öngörmüştür

³ İdari yaptırımlar ve özellikle para cezaları, 17/62 sy. Konsey Tüzüğü (OJ.(1962) No.13/21, bkz. md.3/1, md.15, md.16, md.17) ve zamanaşımı süreleri de, 2988/75 sy. Konsey Tüzüğü (OJ.(1974), No.319/29) esas alınarak kaleme alınmıştır (bkz. md.3/1, md.15, md.16, md.17).

⁴ Kanun'da da açıkça belirtildiği üzere (RKHK.md.18/1), para cezaları "ceza" değil, "idari" nitelikli para cezalarıdır. Dolayısıyla, bazı yazarların aksine (Aslan, sh.138,139), bunlara esas olan davranışlar, ceza hukuku anlamında "suç" olarak nitelendirilemez.

⁵ Teşebbüslere, belirli bir şekilde hareket etmeleri veya davranışları yönünde direktifleri içeren kararlar, sadece rekabet yasalarına aykırı davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi halinde değil, devam etmekte olan soruşturma esnasında da verilebilir (RKHK.md.9/4, md.14, md.15). Bununla birlikte, konumuz açısından önemli olan, rekabet yasalarına aykırı bir davranışın ortaya çıkması halinde verilen direktif kararlardır. Kanun, bu hususa ilişkin olarak iki farklı hüküm öngörmüştür. Bunlardan ilki, 4, 6 ve 7. maddelerin tümünün bir arada yer aldığı 9. madde, diğeri ise, sadece süresinde yapılmayan bir birleşme ve devralma bildiriminin 7. madde kapsamında hukuka aykırı kabul edilmesi halinde verilecek direktif kararına ilişkin 11. madde hükmüdür. Kanımızca, 11. madde, birleşme ve devralmaların kendine has özelliklerini dikkate alması dışında, 9. maddeden farklı bir özellik taşımamakta, bir başka deyişle, 9. maddedeki, "rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir" hükmünün paraleli olmaktadır.

⁶ Benzer bir ayırım için bkz. Aslan, sh.138

⁷ RKHK.'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Bu Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararınca sabit olanlarla, bu Kanun'un 11. maddesinin "b" bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara ...lıradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve/veya tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir"

⁸ RKHK.'nun 16. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen bu 3 halin yanı sıra (bkz. 16/1.a,b,c bentleri), "d" bendinde, "Bu Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca

Kurul'un verdiği muafiyet kararlarındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ...lira para cezası hükmü verilir" şeklinde kaleme alınan hükmü, usule ilişkin bir durumdan ziyade, esasa ilişkin bir durum olarak yorumlamak ve hükme, 16. maddeden ziyade, süreli para cezalarının düzenlendiği 17. madde çerçevesinde yer vermek daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Zira burada, taraf teşebbüslere muafiyetin devamını sağlayan bir yükümlülüğün ihlali veya bir başka deyişle, muafiyetin geri alınmasına sebep olabilecek bir olgu karşımıza çıkmaktadır. Bu ise, usule ilişkin değildir. Ayrıca, bir taraftan muafiyetin geri alınmasına ilişkin 13. maddenin ilk fıkrasına aykırı bir davranışı süreli para cezasına tabi tutarken, diğer taraftan geri alma nedeni olabilecek bir yükümlülük ihlalinin, ani ve usuli para cezasına tabi tutulması çelişkili olmaktadır. Netice itibarıyla, RKHK.'nun 16/d. maddesinde düzenlenen durumun, 17. madde içerisine alınması daha uygun olurdu.

⁹ Rekabet yasalarının ihlal edilmesi halinde verilecek para cezalarını düzenleyen 16/2. maddenin aksine, aynı maddenin birinci fıkrası, usul hükümlerine aykırı davranışlara karşı muayyen miktarda para cezası öngörmüş ve bu hususta Kurul'a herhangi bir takdir hakkı bırakmamıştır.

¹⁰ RKHK.'nun 16/4. maddesi : "*Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüslerin pazar içerisindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır.*" hükmünü öngörmüştür. Hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, bu unsurlar tahdidi değildir. Kurul, para cezasına hükmederken, başkaca faktörleri de dikkate alabilir. Söz konusu hüküm ile ilgili değinilmesi gereken bir başka husus ise, hükümde, kusur ve kasıt kavramlarının, sanki birbirlerinden bağımsız kavramlar mı veya birbirlerinin alternatifleriy mi gibi düzenlenmiş olmasıdır. Bu düzenleme, söz konusu hüküm, anlam açısından sakatlamaktadır. Kanımızca sadece "*kusurun ağırlığı*" deyimini, anlatılmak istenin ifade edilmesinde yeterlidir.

¹¹ RKHK.'nun 19. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarına göre : "*...Süre, ihlalin vuku bulunduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar. Bu ihlalle ilgili olarak Kurul'un inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser. Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımını süresini keser.*"

¹² Kurul şu ana kadar, 7.12.1988 tarih ve 3056 sy. Kanun'un getirdiği uyarılama sistemi çerçevesinde, iki adet Tebliğ yayınlamıştır. Bunlardan ilki, 15.11.1997 tarihli RG.'de yayınlanan 1997/7 no'lu Tebliğ (bu tebliğde 17 .maddeye ilişkin olarak yapılan bir yanlışlık, 21.11.1997 tarihli RG.'de düzeltilmiştir), ikincisi ise, 19.01.1998 tarihli RG.'de yayınlanan 1998/1 no'lu Tebliğ'dir. Belirtmek gerekir ki, bu para cezaları oldukça yüksek meblağlara ulaşmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, RKHK.'nun 16/c. maddesi çerçevesinde, süresi içinde bildirilmeyen bir rekabeti sınırlayıcı sözleşme, en son Tebliğ'e göre, 3 milyar 100 milyon lira (veya yaklaşık olarak 10.000 dolar) para cezasına tabi olacaktır. Rekabet yasalarının, yani 4, 6 veya 7. maddelerden herhangi birinin ihlal edilmesi halinde ise, Kanun'da öngörülen alt sınır, 12 milyar 400 milyon (bir başka ifadeyle yaklaşık 40.000 dolar) civarındadır (1998 yılı ortası itibarıyla). Bu meblağların alt sınır olduğu göz önünde tutulursa, bunların özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüsler için ağır mali sonuçlar doğuracağını tahmin etmek zor değildir.

¹³ Rekabet Hukukunun, Borçlar veya Ticaret Hukuku gibi saf özel hukuk karakterinde olmaması ve idari yönünün daha ağır basması, kanımızca özel hukuka ait neticelerin doğrudan ve olduğu gibi uygulanmasında çeşitli güçlükler yaratacaktır. Her şeyden önce, Rekabet Hukukunun uygulanmasında, Rekabet Kurumu adı altında bir idari örgütlenmenin ihdas edilmiş olması ve bu Kurum'un önemli yetkilerle donatılması, özel hukuka ait neticelerin kimin tarafından uygulanacağı veya yetki paylaşımının nasıl yapılacağı sorularını gündeme getirmektedir. Haksız fiil hükümlerinin uygulanmasında, mahkemelerin münhasır yetkili olduğunda hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte, sözleşme ve kararların geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinde, Rekabet Kurulu'nun yetkili olduğunu söylemek gerekir. Bu durum her iki makamın vereceği kararların birbiriyle uyumunun ne şekilde sağlanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır. Üstelik 4. maddede yer alan muafiyet hükmünün ve 7. maddenin uygulanmasında Kurum'un münhasır yetkili olduğu düşünülürse, geçerliliğin kimin tarafından belirleneceği meselesi doğmaktadır. Bunun yanı sıra, "*bildirim*" gibi idari bir külfete, cezai (idari) yaptırımların yanı sıra, hukuksal neticeler bağlanması ve geçerliliğin etkisinin buna tabi kılınması, Borçlar Hukukundaki klasik geçersizlik türlerinin Rekabet Hukukuna aktarılmasını güçleştirmektedir.

¹⁴ Kanun'da öngörülen rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuk alanında doğurduğu neticeler, büyük ölçüde Borçlar Hukuku prensiplerine tabidirler. Örneğin geçersizlik, geçersizliğe bağlanan etkisizlik ve sebepsiz zenginleşme gibi hukuki neticeler ve haksız fiil sorumluluğu, ilk bakışta Borçlar Hukuku esaslarından herhangi bir farklılık göstermez. Buna karşılık, gerek özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelerin düzenlendiği beşinci kısım, gerekse birinci ve ikinci bölümde yer alan çeşitli hükümler nedeniyle, bu neticelerin, Borçlar Hukukundan farklı bir takım esaslara tabi olduğunu söylemek gerekir. Örneğin, Kanun, rekabet yasaklarına aykırı sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz ve bundan dolayı tarafların iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde çözümleneceğinden bahsetmiş, buna karşılık, BK.'nın 65.maddesinde yer alan "*ahlaka aykırı amaçla verilen şeylerin geri istenemeyeceğine*" ilişkin kuralın uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (RKHK.md.56/2). Bunun yanı sıra, Kanun, rekabet yasaklarına (4 ve 6. maddelere) aykırı davranışların haksız fiil sorumluluğuna yol açacağından bahsetmiş, buna karşılık, gerek tazminatın hesaplanması (RKHK.md.58), gerekse haksız fiilin konusunu oluşturan uygulamaların ispatlanması (RKHK.md.59) hususlarında farklı düzenlemeler öngörmüştür. Bunun yanı sıra, 4. maddedeki bildirim külfetine bağlı muafiyet hükümleri ve 7.maddedeki izin sistemi, ortaya çıkan geçersizliğin, klasik manada geçersizlik kavramıyla açıklanmasını güçleştirmektedir (bkz. bu konuda aşağıda §2/II/C/3 ve §2/IV). Bütün bu nedenlerden dolayı, rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuka ait neticelerinin ayrıca incelenmesi büyük önem taşımaktadır.

¹⁵ RKHK., Rekabet Hukukunun uygulanmasında mahkemelerin yetkisini açık bir şekilde düzenlememekle birlikte, dolaylı olarak 58 ve 59. maddelerinde belirtmiştir. Mahkemelerin yetkisi, şüphesiz, temelde özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelere ilişkindir. Örneğin, rekabet yasaklarının ihlal edilmesinden doğan tazminat talepleri, münhasıran mahkemelerin yetkisi dahilindedir. Bunun yanı sıra, rekabet yasaklarına aykırı işlemlerin (4 ve 6. md.) geçerli olup olmadığı ve geçersiz ise buna bağlanan hukuki neticeler ve özellikle sebepsiz zenginleşme ve/veya istihkak davasının

sonuçlandırılması, sadece mahkemelerin yetkisi içerisindedir. Bununla birlikte, bir çekincenin belirtilmesi gerekir. 4. madde kapsamındaki hukuki işlemlerin geçerliliklerinin mahkeme tarafından değerlendirilmesinde, 5. maddedeki muafiyet hükmü, mahkemelerin münhasır yetkisini bulandırmaktadır. Zira 5. maddeye ilişkin değerlendirmenin sadece Kurul tarafından yapılabilecek olması ve 5. maddeye giren bir işlemin, geçersizlik, haksız fiil sorumluluğu gibi hukuki sonuçlara tabi olmaması, mahkemelerin yetkisini bir anlamda daraltmaktadır (bu konudaki açıklamalar için bkz. §2/II ve özellikle §2/II/C/3).

¹⁶ Maddi rekabet normlarının yasaklayıcı ve emredici hükümleri karşısında, geçersizlik yaptırımının ortaya çıkmasının zaruri olduğunu iddia etmek mümkün iken, aynı iddianın, haksız fiil sorumluluğu açısından ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı, kanımızca geçersizliğe ilişkin olarak yer verilen 56. maddeden farklı olarak, Kanun'da haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler öngörülmesi, tamamen kanun koyucunun rekabet politikası tercihini yansıtmakta ve Rekabet Hukukunun farklı bir boyutuyla uygulanmasını sağlamak amacıyla hizmet etmektedir. Bu sayede, sadece teşebbüsler değil, tüketiciler de rekabet kurallarının uygulanmasında söz sahibi olmakta ve Rekabet Hukuku ve “rekabet” kavramının, toplumun daha yaygın bir kesimi tarafından özümsemesi amaçlanmaktadır. Amerikan hukukundan esinlenilerek öngörülen üç katı tazminata ilişkin 58/2. madde hükmü, tüketici ve rakip teşebbüsler, bir başka deyişle davacılar için teşvik edici olacak ve Rekabet Hukukunun mahkemeler tarafından daha yaygın olarak uygulanmasında önemli bir vasıta olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, merkezi bir sistemin egemen olduğu Avrupa Birliği Hukukunda da, son yıllarda Komisyon, sınırlı imkanlarının getirdiği imkansızlıkları aşmak ve Rekabet Hukukunun daha etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, Rekabet Hukukunun ulusal mahkeme ve ulusal rekabet otoritelerince uygulanmasını teşvik etmekte ve mahkeme, otoriteler ve Komisyon arasında işbölümünün önemine dikkat çekmektedir (Weatherill/Beaumont, sh.790; Kerse, sh.370; Aslan, AT., sh.347; Bellamy/Child, sh.642). Nitekim bu konuda yayınlanan açıklayıcı duyurular, iş bölümünün esaslarını genel hatlarıyla düzenlemektedir (Commission Notice on Cooperation Between National Competition Authorities and The Commission in Handling Cases Falling within the Scope of Articles 85 or 86 of the EEC Treaty, OJ.C.313, 15.10.1997; ayrıca Notice on Cooperation Between National Courts and Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty, OJ.(1993), C.39/6).

¹⁷ Bkz. aşağıda §2/I/B ve §2/II/A

¹⁸ Borçlar Hukuku esasları çerçevesinde, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için ortada bir zararın bulunması şart olduğuna göre, zararın bulunmadığı, buna karşılık rekabet yasaklarının ihlali sayılan bazı hallerde, haksız fiil sorumluluğunun doğması mümkün değildir. Bu durumun en açık örneğini, henüz uygulamaya konmamış “kartel anlaşmaları” oluşturur.

¹⁹ İdari yaptırımlar ve özel hukuk yaptırımları arasında yaptığımız bu mukayesenin, sadece rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemler için söz konusu olduğunu da belirtmek gerekir. Zira rekabet yasaklarına aykırı bulunmayan bir davranışın, özel hukuk açısından herhangi bir sonuç doğurması mümkün değildir. Oysa idari yaptırımlar, sadece rekabet yasakları değil, Kanun'da öngörülen başkaca hükümlerin ihlal edilmesi halinde

de uygulanmakta ve dolayısıyla Rekabet Hukukunun uygulanmasında oldukça geniş yer tutmaktadır (bkz. yukarıda §1/II).

²⁰Smit/Herzog, sh.134-148; Korah, sh.63-67,131-143; Bellamy/Child, sh.641-668; Green/Robertson, sh.317-319,330-333,383-392; Whish/Sufrin, sh.318-329; Weatherill/Beaumont, sh.789-805; Kerse, sh.358-380

²¹ Şüphesiz burada, yukarıda ifade edilen madde 85/2 hükmünü hatırlatmak gerekir. Bu hükmün ulusal hukuklar açısından bağlayıcı olması nedeniyle, üye ülke mahkemeleri, madde 85/1'e aykırı bütün sözleşme ve kararları yaptıkları andan itibaren kendiliğinden geçersiz olarak kabul etmekte ve geçersizliğin niteliğine ilişkin olarak yeknesak bir uygulama yapmaktadır. Bununla birlikte, geçersizliğin hükümleri, örneğin, kısmi geçersizliğin uygulanma şartları ve geçersizliğin neticeleri gibi meselelerde ortak bir düzenlemenin bulunmaması, mahkemelerin kendi milli hukuklarını uygulamalarına yol açmaktadır.

²² Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun, üye devletlerdeki uygulamaları hakkında etraflı bir inceleme için bkz. "Roma Antlaşmasının 85 ve 86.maddelerinin Üye Devletlerdeki Ulusal Mahkemelerdeki Uygulanması Hakkında Komisyon Raporu" (The Application of Articles 85. And 86 of the EC Treaty by National Courts in the Member States, Brüksel, 1997)

²³ "Hükümsüzlük" ve "Geçersizlik" terimleri, aynı anlama gelecek şekilde geniş manada kullanılmaktadır. Tezimizin takip eden bölümlerinde, daha önce olduğu üzere Kanun'un öngörmüş olduğu terminolojiye bağlı kalınacak ve ekseriya "geçersizlik" terimi tercih edilecektir

²⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, sh.374; Eren, sh.404; Başpınar, sh.20; doktrinde geçersizlik kavramı hakkında farklı tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre ise geçersizlik, "Teşekkülü anında hukukun zaruri gördüğü bazı unsurları muhtevi olmayan yahut hukukun bazı amir hükümlerini ihlal suretiyle teşekkül eden hukuki işlemin tabi olduğu bir hukuk yaptırımıdır" (Güral, sh.92). Diğer bir tanıma göre, "Hukuki bir muamele tarafların elde etmek istedikleri hukuki hükmü haiz değilse geçersizdir" (von Tuhr, sh.220).

²⁵ Belirtelim ki, irade sakatlıklarının tabi olduğu geçersizlik rejiminin ne şekilde adlandırılması gerektiği hususu oldukça münakaşalıdır. Bir kısım yazarlar, bu hallerin "iptal edilebilirliği" veya "iptal kabiliyetinden" bahsederken (Eren, sh.418; Oğuzman/Öz, sh.131; Reisoğlu, sh.113; Başpınar, sh.22), diğer bir kısım yazarlar, bu hal için "mevcut hükümsüzlüğün ortadan kaldırılması" ifadesini daha uygun bulmaktadır (Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, sh.382).

²⁶ Oğuzman, sh.139; Güral, sh.9; Serozan, sh.120; Akyiğit, sh.2

²⁷ Kanunlarda hükümsüzlük veya geçersizlik kavramına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, mevcut olan dağınık düzenleme, tutarlı bir sistemin oluşmasını imkansız kılmaktadır. Özellikle geçersizliği ifade etmek üzere kullanılan terimlerdeki karmaşa, bunun en açık örneğini oluşturur. Kanun'da geçersizliği ifade etmek üzere, *hükümsüzlük* (MK.md.394, md.488, md.491, md.613, BK.md.34/2, md.108/2), *butlan* (MK.md.95, md.113, md.114, md.125, md.251, BK.md.20, md.161, md.226), *batıl* (MK.md.112, md.451, md.462/2, md.511, md.613, BK.md.99, md.139, md.150/3, md.223/3, md.260/3) *mutlak butlan* (MK.md.112, md.124), *nispi butlan* (MK.md.115), *hüküm ifade etmez* (MK.md.15, md.156/2, BK. md.152/1), *iltizam etmez* (MK.md.16),

ilzam etmez (MK.md.82/2), *muteber olmaz* (MK. md. 150/5, md.169, md.611/2, md.690, BK. md. 61), *refi* (MK.md.293), *itiraz* (MK.md.293, md.294) *sahih olmaz* (BK.md.11/2), *memnu* (MK.md.392, md.688/2) ve *itibar olunmaz* (MK.md.490) gibi çok farklı terimlere yer verilmiş ve geçersizlik konusunda terim birliği dahi sağlanamamıştır (örnekler için bkz. Gural, sh.11,17,18 dpt.46).

Bunun yanı sıra, kullanılan bir kısım terimler de, ifade edilmek istenen ile bağdaşmamakta ve geçersizlik hakkında bir tutarlı sistem oluşturulmasını engellemektedir. Örneğin, bazı hükümlerde (MK.md.119, md.123, md.125, md.126), geçersizlik terimine yer verilmesi gerekirken, fesih terimine yer verilmiş olması, Kanun koyucunun terimleri seçerken rastgele davrandığını göstermektedir (örn. için bkz. ve krş. Gural sh.8,11,183 vd. Bu yazar, fesih hallerini de geniş anlamda hükümsüzlük içerisinde kabul etmektedir.) Şüphesiz “*fesih*” ile “*hükümsüzlük*”, hukuken birbirlerinden özenle ayırt edilmesi gereken kavramlardır. Fesih kavramı ile, sürekli sözleşme ilişkisini ileriye doğru (*ex nunc*) sona erdiren bozucu yenilik doğuran işlem kastedilir (Serozan, sh.120).

²⁸ Örneğin irade bozukluklarının (tartışmalar ve görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, sh.98), şekle aykırılığın (tartışmalar ve görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, sh.121 vd.; Eren, sh.356 vd.) ve muvazaanın (tartışmalar ve görüşler için bkz. Oğuzman/Öz, sh.107 vd.; Eren, sh.431 vd.) hukuki işlem üzerindeki etkisi hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

²⁹ Kavramlar için bkz. İkinci Bölüm/§1/II/B ve İkinci Bölüm/§1/II/C

³⁰ Bkz. İkinci Bölüm/§1/II/D

³¹ RKHK.’da “*anlaşma*” terimine yer verilmesine karşılık, çalışmamızın başlığı ve hukuk terminolojisine uygun olarak, takip eden bölümlerde hukuki işlem vasfını haiz anlaşmaları ifade etmek üzere “*sözleşme*” terimine yer verilecektir.

³² Teşebbüslerin kontrolünde meydana gelen değişiklikler, örneğin bir teşebbüsün diğerini devralması veya iki teşebbüsün birleşmesi, şüphesiz hukuki işlem yoluyla gerçekleşir. Bir konsantrasyonun hukuki işlem dışı bir yolla gerçekleştirildiğini tasavvur etmek oldukça zordur. Bununla birlikte, 7. maddenin uygulanmasında temel alınanın, hukuki değil, fiili duruma ilişkin olması ve iktisadi kontrolün el değiştirmesine neden olan her türlü olgunun konsantrasyon çerçevesinde değerlendirilebilmesi, çok istisnai bir takım hallerde, hukuki işlem dışı olguların birleşme ve devralma sayılmasına imkan verebilir. Örneğin, bir teşebbüsün kontrolünün ikiden fazla teşebbüsün elinde olduğu bir varsayımda, teşebbüsler arasında, “*oy*”a ilişkin yapılan centilmenlik anlaşmaları, hukuki işlem dışı birleşme ve devir kapsamında mütalaa edilebilir. Tabii ki konsantrasyona yol açabilmesi için, oldukça uzun süreli ve kalıcı olması gereken bu neviden bir fiili durumun gerçekleşmesinin pratikte oldukça güç olduğunu da belirtmek gerekir. Bu itibarla, kanımızca 7. madde açısından pratikte gerçekleşmesi çok güç olan bu ihtimal, kapsam dışı tutulabilir.

³³ Özellikle miras ve Aile Hukukunda, bu hukuk disiplinlerinin kendine özgü karakteri, geçersizlik hallerinin farklı bir şekilde tatbik edilmesine neden olmaktadır. Bu hukuklarda, genel olarak geçersizliğin kendiliğinden ve baştan itibaren ortaya çıkması değil, ancak dava yolu ile (Aile Hukukunda “*ex nunc*”; Miras Hukukunda “*ex tunc*”) ileri sürülmesi prensibi hakimdir (bkz. bilhassa MK.md.113 vd., md.499 vd.).

³⁴ Geçersizlik kavramı üzerindeki tartışmalara paralel olarak, bu kavramın alt ayırımları veya türleri hususunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Örneğin geçersizlik hallerini, yokluk, butlan, iptal kabiliyeti, noksanlık ve nispi etkisizlik olmak üzere beş farklı

kategoriye ayıranlar olduğu gibi (Oğuzman, sh.140 vd.); yokluk, kesin hükümsüzlük, iptal edilebilirlik ve eksiklik olarak dörde ayıranlar (Akyiğit, sh.3); noksanlık, butlan ve iptal kabiliyeti olmak üzere üçe ayıranlar (von Tuhr, sh.22-228; Eren, sh.405 vd.; Başpınar, sh.21 vd.) veya butlan ve fesih kabiliyeti olmak üzere ikiye ayıranlar bulunmaktadır (Reisoğlu, sh.110). Bir başka yaklaşım ise, geçersizlik türlerini mutlak butlan, nispi butlan ve kısmi butlan olarak üçe ayırmakta ve yokluk halini geçersizliğin bir görünümü olarak değerlendirmemektedir (Saymen/Elbir, sh.148 vd.). Buna benzer şekilde, yokluğu geçersizliğin türü olarak nitelendirmeyen ve geçersizliği, butlan, tek taraflı bağlamazlık, iptal kabiliyeti olmak üzere üç ana kategoriye ayıran; fakat bunlar haricinde, noksanlık, ileri sürülemezlik gibi başkaca türler olduğunu kabul eden yazarlar da bulunmaktadır (Edis, sh.146-151). Bunların dışında, geçersizlik türleri arasında kategorik bir sınıflama yolunu benimsemeyen ve temel olarak butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımlarını kabul ederek, bunun haricindeki geçersizlik halleri arasında, sadece derece farkının bulunduğunu kabul eden modern görüşü benimseyen yazarlar da bulunmaktadır (Güral, sh.93). Ayrıca belirtmek gerekir görüş farklılıkları sadece sınıflamalar açısından değil, bu sınıflama içerisinde mütalaa edilen geçersizlik sebepleri için de geçerlidir.

³⁵Bu gruplandırma için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.373; benzer : Reisoğlu, sh.110 vd.

³⁶ Rekabet Hukukunun kendisine haz özellikleri bir kenara, genel olarak özel hukukumuz açısından dahi geçersizlik türlerine ilişkin kesin bir sınıflama yapmak ve kanunlarda öngörülen her geçersizlik halini bu kategorilerden birinin kapsamına sokmak, kanımızca mümkün gözükmemektedir. Zira bazı hallerde, bu kategorilerden hiçbirine sokulamayan kendine özgü geçersizlik halleri bulunabileceği gibi (örn. : BK.md.99/2 takdiri butlan); aynı geçersizlik sebebinin, farklı geçersizlik türüne tabi olması da mümkündür (bkz. Güral, sh.72,-74, benzer: Saymen/Elbir, sh.149, dpt.189). Nitekim geçersizlik kavramı üzerindeki tartışmalar, ekseriya bu noktada toplanmaktadır.

Meseleye Rekabet Hukuku açısından bakıldığında, ise özel hukuk çerçevesinde yapılan farklı sınıflamalar ve de özellikle askıda geçersizlik kapsamında yer alan farklı alt ayırımların, RKHK.'un öngörmüş olduğu geçersizlik rejimi açısından fazla bir önemi haiz olmadığı söylenebilir. Zira ileride incelenirken görülecektir ki, rekabet kurallarına aykırı işlemlerin tabi olduğu geçersizlik türü farklılık göstermekle birlikte, ortaya çıkan geçersizlik türlerinin mahiyetlerinde esaslı bir fark bulunmamakta, söz konusu olan farklılık ise, daha ziyade, geçersizliğin düzelebilibil düzelemeyeceği ile sınırlı kalmaktadır.

³⁷ Doktrinde “*mutlak butlan*” ifadesinin kullanılması, buradaki geçersizliği nispi butlandan ayırt etmek ve geçersizliğin herkes tarafından ileri sürülebilmesi sebebine dayanmaktadır. Esasen bu ayırımın, Borçlar Hukuku açısından geçerli olup olmadığı tartışmalıdır.

³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.375; Oğuzman, sh.141; Moroğlu, sh.20; aksi gör. Saymen/Elbir, sh.149; Eren, sh.403; Güral, sh.76 vd.. Aksi görüşteki yazarların dayandığı temel nokta, yokluk halinde, şeklen dahi hukuki işlemin kurulmadığı ve dolayısıyla hukuki işlemin hiçbir zaman var olmadığıdır. Dolayısıyla bu görüşe göre, var olmamış bir hukuki işlemin geçersizliğinden bahsetmek ve yokluğu geçersizliğin bir türü olarak kabul etmek mantıkla bağdaşmaz.

³⁹ Gerçekten BK.'nın söz konusu maddelerinde sayılan geçersizlik sebeplerinin, her şart altında butlan yaptırımına yol açtığı kabul edilmemektedir. Bu maddeler genel bir kuralı ifade etmekte ve işlemin emredici mahiyette bir kuralı ihlal ettiği takdirde ve ancak, söz konusu hükmün başkaca bir yaptırım öngörmediği hallerde butlanın söz konusu olacağı kabul edilmektedir. (Hatemi, sh.144; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, sh.395; benzer Eren, sh.408). Bir örnek vermek gerekirse, TTK.'nın 381/1.maddesi, kanun hükümlerine (emredici hükümlere) aykırı mahiyetteki genel kurul kararlarının butlan değil, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu öngörmüştür. Bununla birlikte, her emredici nitelikteki hükmün iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olmadığı, emredici hükümler arasında nispi ve mutlak emredici hükümler şeklinde bir ayırma yapılması zaruretinin bulunduğu ve bu ikinciler için mutlak butlan yaptırımının söz konusu olduğu doktrinde ifade edilmektedir (bkz. Moroğlu, sh.44 vd.)

Görüldüğü üzere, Kanun'da yer alan açık hükme rağmen, hukuki işlemin tabi olduğu geçersizlik rejiminin belirlenmesinde, ihlal edilen normun koruma amacı ve hukuki işlemin vasıfları büyük rol oynamaktadır. Bu örneğe benzer bir şekilde, emredici mahiyetteki bazı hükümlerin, sadece düzenleyici karakterinin bulunduğu, bu nedenle de, bu tip düzen hükümlerine aykırılığın, kural olarak, butlana yol açmayacağı kabul edilmektedir (Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, sh.395,396; Oğuzman, sh.142 dpt.58).

⁴⁰ Oğuzman/Öz, sh.129; Reisoğlu, sh.111; von Tuhr, sh.221,222; Tekinay, sh.119-121; Eren, sh.406

⁴¹ Nitekim bu özelliğine bağlı olarak, doktrinde, butlanın, “hukuki işlemin unsurları tamam olmakla beraber, muteberlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde” ortaya çıktığı kabul edilmektedir (Oğuzman, sh.141,142; Akyiğit, sh.5). Ayrıca butlan sebeplerinin arkasında kamu yararının bulunduğu düşüncesinin, doktrinde, butlan ile iptal edilebilirliğe yol açan sebeplerin tefriki ve bu iki yaptırımın birbirlerinden ayrılmasında bir kriter olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Bu bağlamda butlan yaptırımının genel bir menfaati, iptal edilebilirlik yaptırımının ise, hususi bir menfaati koruma gayesiyle öngörüldüğü, tartışmalı olmakla birlikte, bazı yazarlarca kabul edilmektedir (Saymen/Elbir, sh.150).

⁴² von Tuhr, sh.222,223,225,226; Oğuzman/Öz, sh.129; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, sh.375,376; Reisoğlu, sh.111; Moroğlu, sh.17; Eren, sh.406,407; Edis, sh.148; Başpınar, sh.23, 24

⁴³ Kanunlarda bu duruma bir istisna olarak, Aile Hukukundaki evlenme akdi örnek verilebilir. Hakim, söz konusu akdin butlanına karar verse dahi, hakimin kararına kadar geçerli bir evlenmenin hükümleri yürür (MK.md.124/2). Bunun dışında, doktrinde, sürekli borç ilişkilerinin niteliğinin, baştan itibaren ortaya çıkan butlan yaptırımına uygun olmadığı ve kural olarak tasfiyenin oldukça güç olduğu bu tip ilişkilerde bazı şartlar altında butlanın ileriye yönelik olarak hükümlerini doğurması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. Oğuzman/Öz, sh.130,134; özellikle Seliçi, sh.37 vd., ayrıca bu konuda bkz. aşağıda II/E/3; butlanla batıl bir hukuki işlemin tamamen hükümsüz olmadığı hakkındaki bkz. Güral, sh.122 vd.).

⁴⁴ Buna karşılık, evlenme akdi ve ölüme bağlı tasarruflar için butlanı ileri sürmek, ancak dava yoluyla mümkün olur (MK.md.113, MK.md.499).

⁴⁵ Bununla birlikte, bu kural da mutlak değildir. Batıl evlenme (MK.md.114) ve tasarruf yetkisini haiz olmayan kişinin yapmış olduğu tasarruf işlemleri açısından istisnaları bulunmaktadır (von Tuhr, sh.225, dpt.42,44; krş. Oğuzman, sh.137).

⁴⁶ Açıklamalar için bkz. aşağıda II/E/2/a

⁴⁷ Kısmi butlanı, “*utile per inutile non vitiatur*” ilkesine (geçersiz olan geçerli olanı sakatlamaz) dayandırmak da mümkündür.

⁴⁸ Bununla birlikte, kısmi butlanın uygulanmasının sübjektif şartı olan bu farazi iradenin, bazı hallerde dikkate alınmayacağını belirtmek gerekir. Her şeyden önce, kısmi butlan nedeniyle batıl addedilecek kayıt olmaksızın, söz konusu sözleşmenin akdedilmeyeceğine ilişkin bir iddia, dürüstlük kuralı süzgecinden geçirilmelidir. Bunun yanı sıra, bazı hallerde ihlal edilen emredici kuralın mahiyeti de, bu farazi iradenin dikkate alınmamasını gerektirebilir. Bu gibi hallerde, taraflardan birinin batıl kısım olmadıkça akdi yapmayacağı bilinmesine rağmen, kısmi butlan yaptırımının uygulanıp, kalan kısmın muteber olması sağlanabilir. Dolayısıyla kısmi butlanın söz konusu olup olmayacağına ilişkin değerlendirmede, sadece taraf iradeleri değil, emredici hükmün amacı da rol oynayabilir. Nitekim bu görüşü destekleyici nitelikte çeşitli kanun hükümlerine de rastlamak mümkündür. Örneğin TTK.’nın 1466. maddesi, bir akit hükümlerince yerine getirilmesi gereken edaların, kanun ve yetkili makamların kabul ettiği en yüksek haddi aşması halinde tarafların farazi iradesine bakılmaksızın Kanun’a aykırı kısmın batıl sayılarak, akdin geçerli en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağını hükme bağlamıştır (Başpınar, sh.26 vd.; Oğuzman/Öz, sh.133; Kaneti, sh.15-17; Eren, sh.413 vd.).

⁴⁹ Bkz. Moroğlu, sh.20; Eren, sh.403; Oğuzman, sh.141

⁵⁰ Butlan ve yokluk arasında bir fark olup olmadığı, esas itibarıyla Borçlar Hukuku açısından tartışma konusu yapılmıştır. Buna karşılık Aile hukuku ve Miras Hukuku açısından böyle bir tartışmanın yeri yoktur. Bu hukuk disiplinlerinde butlan yaptırımının, dava ile ileri sürülmesi ve geçersizliğin düzelebilmesi gibi farklı özelliklere sahip olması, butlan ve yokluk arasındaki farkların belirgin bir şekilde ortaya çıkmasına ve bir anlamda, yokluğun, butlanın yerini almasına neden olmuştur.

⁵¹ Oğuzman, sh.143; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.378; krş. Moroğlu, sh.22, bir görüş ise, yokluğu butlandan ayırmakta, fakat bunu, yokluğun yaptırım olmadığı esasına dayandırmaktadır. Buna göre, yokluk niteliği bakımından bir yaptırım değil, emredici kurala aykırılığın bağlandığı bir sonuçtur. Dolayısıyla geçersizliğin bir türü değildir (Edis, sh.147)

⁵² Borçlar Hukukunda butlan ve yokluk arasında temel neticeler itibarıyla önemli bir farklılık bulunmasa da, bazı tali farklılıkların bulunduğunu belirtmek gerekir (bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, sh.378). Öncelikle butlanın ileri sürülmesi, bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Özellikle ifa edilmiş hukuki işlemlerin, uzun bir süre geçtikten sonra şekle aykırılıktan dolayı butlanının ileri sürülmesi halinde, ifaya düzeltici etki tanınmakta ve butlan etkisiz bırakılmaktadır. Bunun yanı sıra, bazı istisnai hallerde butlan, tazminat iddialarına da esas olabilir. Nihayet bunlardan daha önemli olan bir başka farklılık ise, butlanla sakatlanmış bir işlemin, tahvil edilebilmesi imkanının bulunmasıdır. Kısaca açıklamak gerekirse, “*tahvil*” (konversiyon, çevirme) durumunda, batıl bir hukuki işlemin, benzer başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıdığı ve tarafların farazi iradelerinin de diğer

işlemin yapılması yönünde olduğu kabul edilebiliyorsa, batıl işlemin diğer işleme çevrilmesi mümkün olmakta ve bu sayede işlem ayakta tutulmuş olmaktadır (bkz. bu konuda Kaneti Selim, “Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi”, İstanbul, 1972).

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.381

⁵⁴ “Noksanlık” veya “eksiklik”, kurucu unsurları bulunan bir işlemin hüküm ifade edebilmesi için, bir başka işlemin yapılması veya bir olayın gerçekleşmesinin gerekli olduğu hallede söz konusu olur. Tamamlayıcı unsur olarak adlandırılan bu olay veya işlem gerçekleşinceye kadar, hukuki işlem askıdadır. Tamamlayıcı unsur gerçekleşirse, hukuki işlem geçerli hale gelecek, gerçekleşmez veya gerçekleşmeyeceği kesin olarak anlaşılırsa, söz konusu hukuki işlem kesin olarak hükümsüz kabul edilecektir. Örneğin, kural olarak bir sınırlı ehliyetsizin (mümeyyiz küçüğün) yaptığı bir borçlandırıcı veya tasarrufi hukuki işlem, ancak kanuni temsilcisinin muvafakatıyla hüküm ifade eder. Tamamlayıcı unsur olan muvafakat verilmediği takdirde hukuki işlem hükümsüz olacak, verildiği takdirde ise, işlem başlangıçtan itibaren hüküm ifade edecektir (yetkisiz temsilci bakımından da durum aynıdır).

Bununla birlikte, tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesi halinde, işlemin hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği, bir başka deyişle geçerliliğin geriye etkili (*ex tunc*) olup olmayacağı, söz konusu unsurun niteliğine bağlı olarak değişmektedir. Örneğin taliki şarta bağlı bir işlemde, bu şart, yani tamamlayıcı unsur gerçekleşinceye kadar işlem askıdadır. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesiyle birlikte ise, işlem hükümlerini doğurur, fakat bu geriye etkili değildir (bkz. Oğuzman/Öz, sh.131,132; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.381; Eren, sh.405,406; von Tuhr, sh.221; krş. Gural, sh.201-207).

⁵⁵ Bazı hallerde, hukuki işlem kurulmuş olmakla beraber, kanunun öngörmüş olduğu geçersizlik sebeplerinin birinin bulunması nedeniyle geçersiz olabilir. Bununla birlikte geçersizliğin ortadan kalkması ve işlemin tekrar geçerli hale gelmesi de mümkündür. Dolayısıyla buradaki geçersizliğin de askıda olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin hata, hile ve korkutma hallerinde hukuki işlem geçersiz ve sakat olarak doğmuştur (BK.md.23, md.28, md.29). Fakat Kanun, hata, hile ve ikraha uğrayan tarafın, bir yıl içinde işlem ile bağlı olmadığını bildirmemesi halinde işlemin geçerli hale geleceğini öngörmektedir (BK.md.31). İlgili taraf, bu süre içerisinde hakkını kullanmaz veya kullanmayacağını açıkça bildirirse işlem baştan itibaren geçerli hale gelecek, bildirirse baştan itibaren geçersiz olacaktır. Kural olarak, ilgili tarafın bu yenilik doğurucu beyanını bildirmesi bir şekle tabi olmadığı gibi, dava açması da gerekmez. Öyleyse burada, baştan sakat olan bir işlemin tekrar geçerli hale gelebilmesi, bir başka deyişle geçersizliğin düzelebilmesi imkanı bulunmaktadır. (bkz. Tekinay/Akman /Burcuoğlu /Altop, sh.381,382).

Belirtmek gerekir ki, doktrinde irade bozukluklarının tabi olduğu geçersizliğin mahiyeti, özellikle Kanun’da yer verilen farklı tabirlerden dolayı oldukça tartışmalıdır. İptal kavramını geniş yorumlayan yazarlar (kavram hakkında bkz. Serozan, sh.151 vd.), bu gibi irade bozukluğu hallerinde hukuki işlemin geçersiz olduğunu kabul etmekte ve bu halleri “iptal kabiliyeti” altında mütalaa etmekte (Oğuzman/Öz, sh.131; von Tuhr, sh.227) bir kısım yazarlar ise, yine bu halleri iptal kabiliyeti altında mütalaa etmekte, fakat yukarıda ifade edilenlerin aksine, irade bozukluklarında hukuki işlemin baştan itibaren geçerli olduğunu kabul etmektedirler (Eren, sh.417,492 vd.). Bir başka görüş ise,

buradaki geçersizliği kendine özgü bir geçersizlik olarak kabul etmekte ve bunu tek taraflı bağlamazlık olarak adlandırmaktadır (Güral, sh.194-201).

⁵⁶ Katıldığı görüşe göre, iptal kabiliyeti halinde, hukuki işlem geçerli olarak yapılmıştır; bununla birlikte taraflardan birine tanınan bir yetki veya bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak bu geçerlilik, geçersizliğe dönüşebilmektedir. Öyleyse burada yukarıda ifade edilen durumdan farklı olarak hukuki işlem geçerli olarak kurulmuş fakat bu geçerlilik bozulabilir mahiyettedir. Bu geçerliliği bozan iptal hakkı bozucu yenilik doğuran haktır ve kural olarak kullanılması için dava açmaya ihtiyacı yoktur. Kullanılan bu iptal hakkının geriye yürüyüp yürümemesi ise, söz konusu hukuki işlemin niteliğine göre değişmektedir. İptal kabiliyetinin örnekleri arasında, mümeyyiz küçüğe yapılan bağışın veto edilmesi (BK.md.236/2), ve tartışmalı olmakla birlikte gabin (BK.md.21) durumu sayılabilir (krş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.382)

⁵⁷ Belirtelim ki, şarta bağla işlemlerin, geçersizlik mefhumu kapsamına girmediğini ileri süren müellifler de bulunmaktadır (Saymen/Elbir, sh.149).

⁵⁸ Mutlak butlan halinde dahi geçerliliğin askıda olduğu ve geçersizliğin mahiyeti hususunda mutlak ve nispi butlan arasında bir fark bulunmadığına dair enteresan bir görüş için bkz. Güral, sh.44

⁵⁹ Kanımızca 4, 6 ve 7. maddelerin lafzı, bu maddelerin mahiyetleri itibarıyla emredici olduklarının kabulü bakımından yeterli görülmelidir. Özellikle bazı yazarlar (Aslan, sh.85, 120) tarafından eleştiri konusu yapılan “*hukuka aykırı ve yasaktır*” şeklindeki ifade, başka türlü bir yorum yapılmasını imkansız hale getirmektedir. Bu itibarla, söz konusu hükümleri yedek hukuk kuralı olarak nitelendirmek mümkün olmadığı gibi, emredici karakteri haiz olduğu kabul edilen “*düzen kuralı*” veya “*düzen hükmü*” niteliğinde görmek de mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte kanunlarda geçersizliğe ilişkin yeknesak ve tutarlı bir geçersizlik rejiminin öngörülmediği düşünülürse, rekabet yasaklarına aykırı işlemlerin mutlak suretle geçersizlik yaptırımına bağlanmasının hukuk politikası bakımından gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira incelenirken görülecektir ki, esasen geçersizlik yaptırımı Rekabet Hukukunun geneli bakımından çok elverişli bir yaptırım değildir.

⁶⁰ Bkz. aşağıda III

⁶¹ Yasaklama hükümlerinin koruduğu temel menfaat kamu yararı olmakla birlikte, 4 ve 7. madde hükümlerinden farklı olarak, 6. madde hükmünün, istismara dayalı uygulamaların engellenmesi yoluyla, zayıf konumda olan tüketici ve rakip teşebbüslerin korunması tali amacına da hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Bu nedenle, hakim teşebbüsün hukuki işlem yoluyla kötüye kullanma eylemini gerçekleştirmesi halinde, bunun özel hukuk alanında ortaya çıkardığı neticelerin tespit edilmesinde, tarafların konumundan kaynaklanan menfaat dengeleri önemle dikkate alınmalıdır. Özellikle işlemin tabi olduğu geçersizliğin niteliği, kapsamı ve sonuçlarının belirlenmesinde, bu menfaat dengesi büyük rol oynayacaktır. Kanımızca 6. maddenin menfaatler dengesi açısından gösterdiği bu özellik, prensip olarak, ne 4, ne de 7. madde açısından söz konusu değildir (bkz. bu konuda aşağıda III).

⁶² Bkz. bu konudaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/§1/IV ve ayrıca aşağıda II/C

⁶³ Aksi gör. Aslan, sh.178,179. Yazar, “bildirim, söz konusu sözleşmenin geçerliliği ile ilgili değildir ya da onun uygulanmasını etkilemez. Yani bir sözleşme yapıldığı andan itibaren uygulanabilir.” şeklinde bir ifade kullanmakta ve bildirim rekabeti sınırlayıcı

sözleşmelerin geçerliliğini, daha doğru bir deyimle geçersizliğini etkilemediğini ileri sürmektedir. Her şeyden önce bir sözleşmenin geçerli olması ile onun uygulanması farklı şeylerdir, uygulamanın bildirim ile bir ilgisi yoktur. Sanırız ki burada yazar, 4. maddedeki bildirim, 7. madde çerçevesinde birleşme ve devralma sözleşmeleri için öngörülen izin sisteminden farkını belirtmek için bu şekilde bir ifade kullanmıştır. Bunun dışında, bildirim 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğini etkilemediğini kabul etmek de mümkün gözükmemektedir. Zira muafiyetin bildirimle bağlı olması ve geçersizliğin muafiyete bağlı olarak sıhhat kazanması olasılığı, geçersizlik rejiminin bildirimden önemli ölçüde etkilenmesine neden olmakta ve 4. maddenin geçersizlik rejimi, bildirim zorunluluğu karşısında oldukça karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle 4. maddenin geniş yorumlanarak, muafiyetin etkin bir rekabet politikası aracı olarak kullanılması ihtimalinin yüksek olduğu düşünülürse, bildirim 4. maddenin geçersizliğinde önemli bir yeri olduğunu kabul etmek gerekir (bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda II/B ve özellikle II/C/3/c).

⁶⁴ Bu münasebetle ifade edelim ki, geçersizliğin piyasa şartlarından etkilenmesi, kısmi geçersizlik, geçersizliğin sonuçları ve geçersizliğin sınırlandırılmasına ilişkin olarak ifade edilen hususlar, bünyesi elverdiği ölçüde 6 ve 7. maddeler açısından da aynen uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla, ayrı bir özellik bulunmadığı sürece, 6 ve 7. maddelerde bu konular üzerinde ayrıca durulmamıştır.

⁶⁵ Oğuzman, sh.142; Tekinay, sh.116,120; Hatemi, sh.12; Eren, sh.388; krş. Edis, sh.146

⁶⁶ Emredici hukuk kuralları, fertlerin iradeleriyle değiştirilmesi mümkün olmayan kuralları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bir kuralın emredici olup olmadığı, öncelikli olarak söz konusu kuralın lafzından anlaşılabilir. Örneğin hükümde, “*yasaktır*”, “*muteber değildir*”, gibi ifadelerin bulunması halinde, söz konusu hükmün emredici olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, bazı hallerde sadece hükmün lafzından netice çıkarmak doğru sonucu vermeyebilir. İşte bu gibi hallerde, Kanun’un lafzı ile ruhunu tetkik ve hükmün konuluş amacını tespit etmek gerekir. Doktrinde genel olarak kamu düzeni, kişilik hakları, genel ahlak ve zayıf olanın korunması amacına yönelik hukuk kurallarının, niteliği icabı emredici olduğu kabul edilmektedir (bkz. Oğuzman, sh.64-66; Eren, sh.389 vd.; Edis, sh.142 vd.; Hatemi, sh.35 vd.).

Bu ifade edilenler ışığında, maddi rekabet normlarını veya yukarıda incelemekte olduğumuz 4. maddeyi değerlendirecek olursak, evvelce de belirttiğimiz gibi, bunların lafzı itibarıyla emredici olduğunda hiçbir şüphe duymamız gerekir. Zira her üç normun lafzı da açık bir şekilde yasaklayıcı olduğu gibi, maddelerin sonunda yer alan “*hukuka aykırı ve yasaktır*” şeklindeki ifade de, maddelerin emredici olduklarını açık bir şekilde vurgulamaktadır. Kanımızca zorunlu olmamakla birlikte, maddenin amacı açısından da bir değerlendirme yapmak gerekirse, Rekabet Hukukunun genel amacı göz önünde tutulduğunda maddi rekabet normlarının konuluş amacının kamu düzeninin korunması olduğunu söylemek gerekir. Zira Rekabet Hukukunun temel olarak hedeflediği, piyasadaki serbest rekabetin veya rekabet yapısının korunması ve bu sayede rekabetten beklenen faydadan toplumun yararlanmasıdır. Kamu düzeninin ise, genel bir deyişle, örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olduğu düşünülürse, rekabet normlarının bu nitelikte olduğunda hiçbir şüphe duymamak gerekir.

Bununla birlikte, maddeler ve hatta somut olaydaki hukuka aykırılık açısından farklı özelliklerin olması da mümkündür. Örneğin 6. maddenin, 7 ve 4. maddelerden farklı olarak, iktisadi bakımdan zayıf olanı koruma amacına da hizmet ettiği söylenebilir. Zira 6. maddenin genel yasaklama ifadesi ve de özellikle istismarcı kötüye kullanmaya ilişkin örnek hallere bakıldığında (RKHK. md. 6/2.a,b,c), asıl hedeflenenin, ekonomik açıdan üstün olan teşebbüs karşısında, zayıf konumdaki teşebbüslerin korunması olduğu görülecektir (benzer bir görüş için: Oğuzman/Öz, sh.72). Bu tip bir tali amacın 7. maddede bulunması söz konusu değildir. 4. maddede ise, bu tip bir amaç istisnai olarak yer alabilir. Yine 4 ve 6. maddelerin bazı somut olaylar bakımından kişilik haklarının bir yönünü teşkil eden, ticaret veya rekabet hakkını koruduğu da söylenebilir. Özellikle 4. maddenin “d” ve “f”, 6. maddenin ise “a” ve “c” bentleri bu kapsamda zikredilebilir. Yine belirtelim ki, esasen kamu düzeni, kişilik hakları ve zayıf olanın korunması gibi amaçların, birbiriyle yakından ilişkili ve hatta kavramsal açıdan da birbirleriyle aynı anda bulunabileceklerini göz önünde tuttuğumuzda (bkz. Hatemi, sh.54-55), yukarıdaki farklı ihtimalleri fazla önemsememek gerekir.

⁶⁷ Kanun’da iadenin özel olarak düzenleyen ve böyle bir hükmün varlığı halinde sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanmayacağı hakkında bkz. Öz, sh.74,75

⁶⁸ Öz, Management, sh.62

⁶⁹ Nitekim madde başlığının, “*Bu Kanun’a aykırı sözleşme ve kararların hukuki niteliği*” şeklindeki ifadesi de, geçersizliğin hukuki nitelik değil, bir yaptırım olmasına rağmen, bu şekilde yorumlanmaya müsaittir.

⁷⁰ Bkz. İkinci Bölüm/§1/II/B, İkinci Bölüm/§1/II/C ve İkinci Bölüm/§1/II/D

⁷¹ Nitekim Avrupa Birliği Hukukunda da, md.85/2. hükmünün benzer ifadesi, bu şekilde yorumlanmaktadır (bkz. Smit/Herzog, sh.135,136; Aslan, AT., sh.83; Tekinalp/Tekinalp, sh.368).

⁷² Bkz. İkinci Bölüm/§1/II/A ve İkinci Bölüm/§1/II/D

⁷³ Nitekim Kanun, 57. maddesinde; belki de çok yerinde olmayacak şekilde, “*anlaşma*” teriminin yanı sıra “*sözleşme*” terimine yer vermiş ve bir anlamda, bu iki kavram arasında bir farkın bulunduğuna işaret etmiştir. Hal böyleyken, 56. maddede hatalı olarak “*anlaşma*” terimine yer verilmemiş olmasının mantıklı bir açıklamasını yapmak güçtür.

⁷⁴ Kanımızca kararlar bakımından yukarıda ifade ettiğimiz “*ayırt etme sorunu*”nun ortaya çıkması güçtür. Şüphesiz burada geçersiz olacak teşebbüs birliği kararlarıdır, yoksa teşebbüslerin bu karara dayanarak yaptıkları hukuki işlemleri, yani sözleşmeleri geçersiz kılmak söz konusu olmamalıdır.

⁷⁵ Belirtmek gerekir ki, temel ilişkiye binaen yapılan sözleşmeyi (anlaşmayı) 4. maddeye aykırı olarak görmek mümkün değilse de, bu ikinci sözleşmeye dayanılarak başka bir sözleşme yapılırsa, o vakit bu sözleşme de 4. maddeye aykırı ve geçersiz olacaktır. Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse, bir kartele mensup teşebbüsler, piyasaya sürecekleri malların fiyatını beraberce tespit ederlerse, bu sözleşmenin 4. maddeye aykırı olduğunda hiçbir şüphe yoktur. Teşebbüsler 56. madde hükmü gereği geçersiz olan bu sözleşmeyi, kural olarak başka teşebbüsler ile yapacakları sözleşmeler ile tatbik edecekler, örneğin bir satış ağı kurarak çeşitli teşebbüslere malları bu fiyattan sağlayacaklardır. İşte kartel sözleşmesi ile tespit edilen fiyatların, satış ağının kurulmasına ilişkin dikey sözleşmelerde uygulanması nedeniyle bu dikey sözleşmeleri veya ilgili kayıtları geçersiz kılma imkanı yoktur. Aksini iddia etmek, 4. maddeye aykırı olduğu gibi, ticari hayatın

gerçekleri ve hukuk güvenliğiyle de bağdaşmaz. Fakat eğer kartel anlaşmasıyla tespit edilen fiyatı uygulayacak teşebbüs, bunu tekrar satışa da teşmil ederse, o takdirde söz konusu dikey sözleşme de geçersiz olmaya mahkumdur

⁷⁶ Bunte/Langen, sh.1534; Akıncı, sh.433; Smit/Herzog, sh.136,137; bkz. bu yönde bir karar : VAG. France- Magne, dava 10/86, (1986), ECR.4071 (1988), 4 CMLR.98

⁷⁷ Akıncı sh.430

⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm/§1/III/E/7

⁷⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz. Öz, Management, sh.62; Aslan, sh.143; Özsunay, Görüşler, sh.115; Budak, sh.154; Esin, sh.82

⁸⁰ Esin Arif, sh.66; Esin, sh.82; Akıncı, sh.405 vd.; Amerikan hukukunda da rekabeti sınırlayıcı sözleşme ve kararların butlanla batıl olduğu kabul edilmektedir (Akıncı, sh.404).

⁸¹ Kural olarak emredici bir hükme aykırı bir hukuki işlemin “*batıl*” olması icap eder. Bununla birlikte, özel bir hükümle, emredici hüküm kapsamına giren bazı tür işlemler için farklı bir yaptırım öngörülmüş ise, o vakit butlan yaptırımının değil, özel hükümdeki yaptırımın uygulanması gerekir. Rekabet hukuku uygulamasında rastlanması mümkün bir örnekle meseleyi açıklamak gerekirse, anonim şirket genel kurulunda verilen kararların emredici hukuk kurallarına aykırı olmaları halinde, TTK.’nın “*butlan*” değil, “*iptal edilebilirlik*” yaptırımını esas olarak öngörmüş ve özel düzenlemeler getirmiştir. Her ne kadar, genel kurul kararlarının dış ilişkide doğrudan etkili olmadığından dolayı, nasıl olup da rekabeti sınırlayıcı olarak kabul edilebileceği sorusu akla gelirse de, kanımızca 4. maddenin mantığı içerisinde böyle bir soruya yer yoktur. Zira her şeyden evvel bir danışıklı ilişkinin 4. maddenin kapsamına girebilmesi için, bunun dolaylı veya dolaysız olarak rekabeti sınırlaması arasında Kanun herhangi bir farklılık gözetmemiştir. İkinci olarak, 4. maddede ifade edilen “*karar*”, kavramsal olarak diğer tüzel kişi ve hatta tüzel kişi dışı topluluklar için de kural olarak ancak iç ilişkiyi ilgilendirir. Bu anlamda anonim şirket genel kurulunun kararı ile başka tür tüzel kişilerin vermiş olduğu genel kurul kararları arasında fark gözetilemez. Kanun’un 4. maddesinde karar terimine yer verildiğine göre, bunlar da Kanun’u kapsamına girmelidir. Bunun dışında, Rekabet Hukukundaki önleyicilik prensibi gereğince, ortada rekabeti sınırlayıcı bir karar bulunduğu takdirde, bunun yönetim kurulunun eylemi haline dönüştürülmeden engellenmesi gerekir. Nihayet genel kurulun bazı kararları, doğrudan dış ilişkilerde etkili olabilirler. Dolayısıyla bu gibi kararlar bakımından böyle bir tartışmaya dahi yer yoktur. Bu ifade edilenler ışığında, rekabet sınırlama amacına yönelen veya bu etkiyi doğurabilecek bir genel kurul kararı, 56. maddeye değil, TTK.’nın 381.maddesine tabi olacak ve “*ilgililer (TTK.381/1,2,3) kararın alınma tarihinden itibaren 3 ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye müracaatla iptal davası açacaklardır.*” Hemen belirtelim ki, emredici her hükme aykırılığın bu bent kapsamına girmediği ve bazı hallerde, BK.’nın 19 ve 20. maddeleri gereği butlan yaptırımının geçerli olduğu doktrinde ifade edilmektedir (Moroğlu, sh.18,19). Bu görüş tercih edildiği takdirde ise, TTK.’nın burada uygulama alanı bulamayacağını kabul etmek ve RKHK.’nın 56.maddesini uygulamak gerekecektir.

⁸² Krş. Notice on Cooperation, md.25(a)

⁸³ Türk hukukunda muafiyet hükmünün geçersizliği düzeltilebileceği dikkate alınmamış olacak ki, 56. maddedeki geçersizliğin kesin geçersizlik, bir başka deyişle “*butlan*”

olduğu ileri sürülmüştür (Aslan, sh.143). Örneğin Öz, “sözleşme BK.md.20 anlamında kendiliğinden ve düzelemez şekilde batıl olacaktır. Bu durumda RKHK.’nın yasaklarına aykırı hükümler içeren veya amaçlar taşıyan yönetim sözleşmeleri de batıl olacak, ancak hukukumuzdaki butlanın her zaman hakim tarafından tespit edilebilmesi prensibinin aksine, ihtilaf halinde bu hususu Rekabet Kurulu tespit edecek (burada takdiri butlan kavramı ile kıyaslama yapmaktadır) ve 53.madde uyarınca RG.’de yayınlatacaktır.” demekte ve mahkemelerin geçersizliği tespit edemeyeceklerini ve bunun sadece Kurul’un yetkisi dahilinde olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Her şeyden önce müellif, sadece 4.maddenin değil, diğer rekabet yasaklarının da sadece Kurul tarafında tespit edileceğini kabul etmiştir ki, özellikle 6. madde göz önünde tutulduğunda böyle bir görüşü benimsemek güçtür. Bunun yanı sıra meseleye 4. madde açısından baktığımızda ise, temel kural, mahkemelerin 4. madde yasağını tatbik edebilmesi, buna karşılık muafiyet olasılığını dikkate alma zorunluluklarının bulunduğudır. Bu çerçevede, her ne kadar muafiyet sistemi mahkemelerin yetkisini kısıtlıyorsa da, muafiyet alma olasılığının bulunmadığı bir süreç (geç bildirim) veya muafiyet alma imkanının tamamen ortadan kalktığı hallerde (muafiyetin reddi veya geri alınması), kural olarak mahkeme geçersizliğe hükmedebilir. Bunun dışındaki hallerde de geçersizliğe hükmedebilir ve bunun gereğini yerine getirebilir.

⁸⁴ Muafiyet hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/§1/IV

⁸⁵ Evvelce de belirttiğim üzere, grup muafiyeti, bireysel muafiyet kararında olduğu gibi, tek ve muayyen bir danışıklı ilişkiyi değil, genel olarak belirli türdeki danışıklı ilişkilerin tamamını 4. maddenin uygulanmasından istisna tutmakta ve bu özelliğiyle soyut, genel ve nesnel bir nitelik taşımaktadır. Grup muafiyeti, Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan bir tebliğ vasıtasıyla pozitif hukukun yürürlük kaynağı haline gelmekte ve 4. maddeyi önemli ölçüde etkisiz hale getirmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, grup muafiyeti tebliği, öngörmüş olduğu şartların tümünü taşıyan danışıklı ilişkileri 4. madde yasağının uygulanmasından istisna tutmakta ve bu bağlamda, yürürlükteki tebliğlerin herhangi birindeki koşulları taşıyan bir sözleşme (veya karar), tebliğden önce yapıp yapılmadığı dikkate alınmaksızın, kendiliğinden ve baştan itibaren geçerli kılınmaktadır.

⁸⁶ Bu durum, 4. maddeye aykırı olup da geçersiz olması gereken bir işlemin, yapıldığı sırada herhangi bir grup muafiyeti kapsamına girmediği, buna karşılık sonradan yürürlüğe giren bir grup muafiyeti tebliğinin şartlarını kendiliğinden yerine getirdiği haller için de geçerlidir. Her ne kadar burada bireysel muafiyete benzer olarak, başlangıçta geçersiz olarak doğan bir işlem daha sonra geriye etkili olarak geçerli hale gelmekte ve geçersizlik düzelmekteyse de (aksi de mümkün), bunu askıda geçersizlik olarak nitelendirme imkanı yoktur. Zira burada hukuki işlemi geçerli hale getiren, genel ve soyut bir düzenleyici işlemin, yani grup muafiyeti tebliğinin idarece yürürlüğe konulmasıdır. Kıyaslama yapmak gerekirse, Kanun’un emredici bir hükmüne aykırı olan ve bu nedenle batıl olan bir sürekli borç ilişkisi, daha sonra bu Kanun’un yürürlükten kalkmasına tabi olarak geçerli hale gelse (aksi de mümkündür), buradaki geçersizlik veya geçerlilik askıda mı kabul edilecektir? Bir başka ifadeyle, yürürlük kaynaklarındaki değişiklik olasılıklarının işlemleri askıda bırakacağını iddia etmek mümkün müdür? Görüldüğü üzere, bu tip bir yorumun kabul edilmesi halinde her türlü işlemin askıda geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir ki, bu hukuk mantığına aykırıdır.

⁸⁷ Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu muafiyet kararı, karara konu olan hukuki işlemi bildirim yapıldığı tarihe göre geriye etkili olarak geçerli kılabilir. Bildirim yapılmadığı bir ihtimalde ise, muafiyet verilmesi olasılığı yoktur. Burada muafiyetin hangi ana kadar etkili olduğunun belirlenmesi açısından ikili bir ayırım yapılmalıdır. Taraf veya taraflar, işlemi süresi içerisinde yani, yaptıkları andan itibaren bir ay içerisinde bildirdikleri takdirde, o vakit işlem baştan itibaren geçerli olacak şekilde muafiyet alır. Bu anlam, 10. maddenin dolaylı ifadesinden çıkarılmaktadır. Buna karşılık, eğer sözleşme bir aylık süre içerisinde bildirilmediyse, o vakit ancak bildirim tarihinden itibaren geçerli kılınabilir (RKHK.md.10 ve 1997/2 no'lu Tebliğ, md.3). Bu ikinci ihtimalde süresinde bildirim yapılmamasının, idari yaptırımları ayırır.

⁸⁸Kanun'un 4.maddesine aykırı olan hukuki işlemler bakımından ortaya çıkan geçersizliğin hükümleri için bkz. aşağıda II/D

⁸⁹Bunte/Langen, sh. 1532; Korah, sh.136 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.370; Weatherill/Beaumont, sh.790; Aslan, AT., sh.83; Green/Robertson, sh.317; Whish/Sufrin, sh.319; Akıncı, sh.403 vd.; Kerse, sh.13,360; EC. Report, sh.53,54; Smit/Herzog, sh.134 vd.

⁹⁰ Aynı durum, grup muafiyeti kapsamına giren ve geçerliliğini koruyan bir hukuki işlem için de geçerlidir. İşlemin grup muafiyetinden yararlanması, ancak onun 5. maddeye aykırı unsurlar içermemesine, bir başka deyişle 5. maddeye aykırı olmaması kanuni şartına bağlıdır. Rekabet Kurulu, grup muafiyeti kapsamına giren bir işlemin muafiyetin genel şartları ile bağdaşamaz etkiler doğurduğunu tespit ettiği takdirde, grup muafiyetinin geri alınmasına karar verebilmektedir.

⁹¹ Yukarıda belirtilen hallerden "a" bendinde değişikliğin olduğu tarihte, diğer hallerde ise, kararın alındığı tarihten itibaren muafiyet geri alınır. Öte yandan eğer "c" bendi kapsamına giren eksik veya yanlış bilgi, ilgili teşebbüsün hilesine dayanıyorsa, karar hiç alınmamış sayılır (bu konudaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm/§1/IV/C/1 ve aşağıda §2/II/C/3/d).

⁹² Hukuki işlem askıda kaldığı bu süre boyunca 4. maddeye aykırı olduğundan dolayı geçersiz olacak, muafiyet olasılığına bağlı olarak bu geçersizlik düzelebilecektir. Dolayısıyla buradaki "düzelebilen" askıda geçersizlik, tartışmalı olmakla birlikte, "muafiyet tamamlayıcı unsuru eksik olan bir noksan işleme" benzetilebilir. Belirtelim ki, meselenin idari yönünün olması, geçersizliğin özel hukuk kavramlarıyla ifade edilmesini güçleştirmektedir

⁹³ Krş. Langen/Bunte, sh.1537

⁹⁴ Avrupa Birliği Hukukunda da, 85/2.maddedeki geçersizlik yaptırımının, muafiyetin sadece Komisyon tarafından sağlanabilmesi ve belirli bir takım usul kurallarına tabi olması nedeniyle, pratikte oldukça karmaşık bir nitelik gösterdiği yazarlarca ifade edilmektedir (bkz. Korah, sh.66,139 vd.; Craig/de Burca, sh.1023; Tekinalp/Tekinalp, sh.368; Weatherill/Beaumont, sh.791,792; Green/Robertson, sh.317; Whish/ Sufrin, sh.319; Kerse, sh.360)

⁹⁵ Avrupa Birliğinin ulusal olmayan yapısı nedeniyle, diğer bazı hukuk disiplinlerinde olduğu gibi, Rekabet Hukukunun uygulanmasında da çeşitli usuli ve maddi zorluklar yaşanmaktadır. 85. madde açısından ise, muafiyetin sağlanmasında Komisyon'un tek yetkili olması nedeniyle, bu zorlukların daha yoğun olduğunu belirtmek gerekir. Sorunları kısaca ifade etmek gerekirse, her şeyden önce geçersizlik yaptırımının

uygulanmasında ulusal mahkemelerin yetkili olması karşısında, geçersizliğin türü ve niteliğinin de bu hukuklara göre farklılaşabilmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bununla birlikte, Adalet Divanı ve Komisyon'un bu konuda vermiş olduğu çeşitli kararlar neticesinde, geçersizliğin hükümlerine ilişkin oluşması muhtemel farklı yaklaşımlar kısmen engellenmiş ve buradaki geçersizliğin, temelde Birlik Hukukuna ait bir geçersizlik türü olduğu yaklaşımı hakim olmuştur. Bununla birlikte geçersizliğin bazı hükümleri ve sonuçlarına ilişkin halen farklı yaklaşımlar olduğunun belirtilmesi gerekir. Avrupa Birliği Hukukundaki durumu daha karmaşık hale sokan bir başka neden ise, Birlik Hukukunun yanı sıra, ulusal rekabet hukuklarının da paralel olarak uygulanıyor olmasıdır. Ulusal hukuk da, aynen Birlik hukuku gibi, gerek ulusal rekabet otoritesi gerekse mahkemeler tarafından tatbik edilmektedir. Komisyon uygulanacak hukuk konusunda, ulusal rekabet hukuklarının yeknesaklaşması ve Birlik normlarına uygun rekabet kurallarının benimsenmesi yönünde çaba sarf etmektedir. Komisyon Rekabet Hukukunun uygulanmasından doğacak bu gibi ihtilafları önlemek ve gerek mahkemelere, gerekse ulusal rekabet otoritelerine yol gösterici olabilmek amacıyla iki duyuru yayınlamıştır (Commission Notice on Cooperation between National Competition Authorities and the Commission in Handling Cases Falling Within the Scope of Articles 85 or 86 of the E.C. Treaty, OJ.C.313, 15/10/97 ve Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Article 85 and 86 of The EEC Treaty, OJ.1993, C.39/6).

⁹⁶ Aksi gör. Aslan, sh.178,179

⁹⁷ Bkz. aşağıda C

⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm/§1/III/D

⁹⁹ RKHK. özellikle muafiyet hükümleri çerçevesinde, danışıklı ilişkinin tatbik edildiği piyasa şartlarındaki değişimlerin, rekabet açısından yapacağı etkiyi dikkate alarak, esnekli sağlayan bir takım düzenlemeler öngörmüştür. Bir örnek vermek gerekirse, muafiyet kararının en fazla 5 sene süreyle verilmesi ve sürenin bitiminde halen muafiyet koşullarının bulunup bulunmadığının incelenecek olması, piyasa şartlarındaki değişimlerin dikkate alınmasına yöneliktir.

¹⁰⁰ Bkz. aşağıda II/C/4

¹⁰¹ Evvelce de belirtildiği üzere, 4. madde yasağının tatbik edilmesi açısından önemli olan, danışıklı ilişkinin amacı veya etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı, kısaca rekabet üzerindeki etkisidir. Bu açıdan, danışıklı ilişkinin veya sözleşmenin türü veya niteliği, örneğin bir ortak girişim veya lisans ya da satım sözleşmesi olması, 4. maddenin tatbiki açısından ancak dolaylı bir etken olabilir. Rekabet kavramının genişliği dikkate alınacak olunursa bu durum, 4. maddenin birbirlerinden çeşitli açılardan ayrılan, farklı türdeki pek çok sözleşmeye uygulanabilir olması sonucunu doğurmaktadır. İşte hukuka aykırılık açısından ancak dolaylı olarak önem taşıyan "*sözleşmenin niteliği*", kanımızca geçersizlik yaptırımının hukuk politikası açısından yerindeliliğinin sorgulanmasında doğrudan bir etken olabilir

¹⁰² Bkz aşağıda §2/II/E

¹⁰³ Her ne kadar, 4. madde yasağına tabi bazı danışıklı ilişkilerin pratikte muafiyetten yararlanması mümkün gözükmemekteyse de, kanımızca bu durum, 4. maddedeki geçerlilik rejimi açısından önemli değildir. Kaldı ki, 4. maddede örnek olarak sayılan

rekabeti sınırlayıcı haller dahi, istisnaen de olsa muafiyetten yararlanabilir (özellikle kriz kartelleri).

¹⁰⁴ Bkz. İkinci Bölüm/§1/IV

¹⁰⁵ RKHK., bireysel muafiyet sistemini temel almış ve grup muafiyeti rejiminin hükümlerine ilişkin olarak ayrıntılı ve kapsamlı bir düzenleme öngörmemiştir. Kanun hükümlerine baktığımızda, grup muafiyete ilişkin tek düzenleme, oldukça genel nitelikli olan 5/3.madde hükmüdür. Söz konusu hüküm ise sadece ; “*Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler yayımlayabilir.*” şeklinde bir ifadedendir. Dolayısıyla grup muafiyeti rejiminin hükümleri ve geçerliliğin geriye etkili olup olmadığı, ancak yürürlükteki tebliğlerdeki düzenlemelerden elde edilebilir.

İlk olarak 1997/2 no’lu “Anlaşmaların, Uyumlu Eylemlerin ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanun’un 10.maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkındaki Rekabet Kurulu Tebliği” çerçevesinde (RG.23078, t.12.08.1997), grup muafiyeti kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmelerine gerek olmadığı belirtilmiş (md.3/3), daha sonra yayınlanan 1997/6 no’lu “Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sy. Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ’de” de (RG.23167, t.11.11.1997), “*yürürlükteki tebliğ hükümlerine uygun olan sözleşme, uyumlu eylem ve kararları otomatik olarak Kanun’un 4. maddesinin uygulanmasından muaf olduğundan, ilgili teşebbüslerin gerek 05.11.1997 tarihinde var olan, gerek bu tarihten sonra yapılacak olan sözleşme, uyumlu eylem ve kararları bildirmeleri zorunlu değildir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek (md.6/3), anlaşmaların grup muafiyeti hükümlerinden yararlanabilmesinin otomatik bir süreç içerisinde olduğu ve bunun, tebliğden önce var olan anlaşmaları da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, herhangi bir grup muafiyeti tebliğinin yürürlüğe girmesinden önce var olan bir sözleşme veya karar, tebliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte grup muafiyetinden yararlanır ve başlangıçtan itibaren geçerli kılınır. Nitekim yürürlükte olan grup muafiyeti tebliğlerinde de, tebliğin yürürlüğe girmesinden önce akdedilen anlaşmaların tebliğ hükümlerinden faydalanacağı ifade edilmiştir (bunun tek istisnası Franchising anlaşmalarına ilişkin olarak yayınlanan 1998/7 no’lu Tebliğ’dir. Sanırız ki bu Tebliğ’de, bu tip bir düzenlemeye yer verilmemesinin özel bir maksadı yoktur).

¹⁰⁶ Grup muafiyeti bahsinde de değindiğimiz üzere (bkz. İkinci Bölüm/§1/V/C/2), Avrupa Birliği Hukuku mevzuatından örnek alınarak (tercüme edilerek) hazırlanan grup muafiyeti tebliğlerinin amaca uygun bir şekilde kaleme alındığını söylemek güçtür. Tebliğler incelendiğinde, bunların şekilci ve oldukça dar kapsamlı olarak hazırlandığı ve tebliğlerde yer alan kayıtların, günümüzde uygulanmakta olan sözleşmelerin bünyelerine uygun düşmediği veya en azından yetersiz kaldığı kolaylıkla söylenebilir. Özellikle “*tek elden dağıtım*” ve “*tek elden satım*” anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğleri için geçerli olan bu durum, şüphesiz tebliğlerle izlenen amacın elde edilmesini güçleştirmektedir.

Örnek vermek gerekirse, tek elden dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğinin 3/a maddesi, “*sağlayıcıya sözleşme konu malları sözleşme bölgesindeki kullanıcılara doğrudan satmama yükümlülüğünden başka rekabet sınırlaması*

yüklenemez” şeklinde bir hüküm öngörmektedir. Her şeyden önce, sağlayıcıya rekabet sınırlaması olarak, bir tek münhasırlık kaydının yüklenebilmesi ve bundan başka rekabet sınırlamasının yüklenememesi ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmaz. Bundan da önemlisi “rekabet sınırlaması” kavramının neyi ifade ettiği tam olarak belli değildir. Rekabet kavramının geniş yorumu karşısında, sağlayıcının yüklendiği pek çok sürekli edim, rekabeti sınırlayıcı olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla tek elden dağıtım veya daha doğru bir ifadeyle tek satıcılık sözleşmesi akdeden tarafların, bu sözleşmenin tebliğ kapsamına girip girmediği hususunda tereddüt duymaları kadar olağan bir durum yoktur. Bunun yanı sıra, franchising ve motorlu araçların dağıtım ve servisine ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinin detaylı ve teknik bir şekilde kaleme alınmış olması ve ayrıca söz konusu tebliğlerde sadece yer alabilecek kayıtların değil, yer alması gereken kayıtların da tek tek sayma yoluna gidilmesi, tarafların Rekabet Hukukuna ilişkin teknik bilgileri olmaksızın sözleşme yapmalarını imkansız hale getirmektedir (bu durum hukukçuların menfaatine olmakla birlikte, ticari yaşamın işleyişi açısından oldukça sakıncalıdır).

Netice olarak, grup muafiyeti tebliğlerinin mevcut durumu itibarıyla, taraflar, yapacakları sözleşmeyi grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına sokmak amacı ile hareket etseler dahi, bu hususta şüpheye düşmeleri kadar olağan bir durum yoktur. Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz olasılıkların önemi büyüktür. Nitekim Rekabet Kurulu da bu ihtimali göz önünde tutmuş olacak ki, 1997/6 no’lu “Rekabet Kurumu Teşkilatı’nın Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 sy. Kanun’dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ’in” (RG.23167, t. 11.11.1997) 6/4. maddesinde, “*grup muafiyeti tebliğlerindeki koşullara uygun olup olmadığı konusunda tereddütleri olan teşebbüsler, bu nitelikteki sözleşme, uyumlu eylem ve kararları Kurul’a bildirebilirler.*” hükmünü öngörmüştür.

¹⁰⁷ Kanun’da, Rekabet Kurulu’nun grup muafiyetine ilişkin tespit karar verebileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. RKHK.’da öngörülen menfi tespit kararı (md.8), bir danışıklı ilişkinin rekabet yasalarına aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme neticesinde verilen ve danışıklı ilişkinin hukuka aykırı olmadığını tespit eden bir karardır. Kanun’daki bu düzenleme, ilk bakışta, menfi tespit belgesinin, grup muafiyetine ilişkin verilecek müspet tespit kararından daha farklı bir duruma ilişkin olduğu izlenimi vermektedir. Oysa bir anlaşmanın grup muafiyet kapsamına girip girmediğine ilişkin değerlendirme, esasen söz konusu anlaşmanın 4. maddeye aykırı olup olmadığı ile ilgilidir. Dolayısıyla, söz konusu inceleme grup muafiyeti açısından müspet tespit kararı niteliğini taşısa da, Kanun’a aykırı olup olmaması açısından menfi tespit kararından başka bir şey değildir. Dolayısıyla bu inceleme sonrasında verilecek olan karar, menfi tespit belgesinden başka bir şey olmayacaktır.

¹⁰⁸ Anlaşmanın grup muafiyeti tebliğlerinin kapsamına girip girmediği hakkında verilecek tespit kararı, aynen menfi tespit kararı gibi, bağlayıcı değildir (Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşım da bu yöndedir, bkz. EC. Report, sh.64).

¹⁰⁹ Weatherill/Beaumont, sh.791; Tekinalp/Tekinalp, sh.368,369; krş. Korah, sh.64,65; Craig/de Burca, sh.1023; Green/Robertson, sh.317; Whish/Sufrin, sh.320,322; Bellamy/Child, sh.644,645; Kerse, sh. 367; EC. Report, sh.63,64

¹¹⁰ Hukukumuzda açıkça düzenlenmemiş olmasına karşılık, uygulama ve doktrinde benimsenen “*tespit davası*”, hukuksal ilişkinin var olup olmadığının tespit edilmesine ilişkin olarak açılan davalara verilen isimdir. Söz konusu davanın açılabilmesinin,

“*hukuki ilişki*” ve “*hukuki yarar*” şartı olmak üzere iki koşulu olduğu kabul edilmektedir (Kuru, sh.263 vd.). Yukarıda ifade ettiğimiz tespit davasının, hukuki bir ilişkiye ilişkin olduğunda hiçbir şüphe yoktur. Dolayısıyla burada tartışılacak tek husus, tarafların tespit davası açmasında hukuki yararlarının bulunup bulunmadığı olabilir. Bu husus esas itibarıyla bir usul hukuku meselesi olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, tarafların hukuki yararının bulunması için üç şartın bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlar, davacının bir hakkı veya hukuki durumunun güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olması; bu tehdit nedeniyle davacının hukuki durumu tereddüt içerisinde olması ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte olması; kesin hüküm etkisine sahip olan (fakat cebri icraya yeki vermeyen) tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır (Kuru, sh.265).

Kanımızca tarafların akdettikleri bir ilişkinin geçerliliği hususunda herhangi bir nedenle şüphe duydukları takdirde, yukarıda belirtilen ikinci ve üçüncü şartların gerçekleştiği hususunda hiç bir şüphe yoktur. Zira sözleşmenin hükümsüzlüğü, uygulanmaya başlanmamış dahi olsa, taraflar açısından ağır ve zararlı sonuçlar doğurabilir. Bunun yanı sıra mahkemeden alınacak bir tespit hükmü, bu zarar tehlikesinin meydana getiren belirsizliği ortadan kaldırmakta ve hatta kesin hüküm niteliğini haiz olması nedeniyle, Kurul’un vereceği tespit hükmüne üstünlük arz etmektedir. Mahkemenin vereceği tespit kararı, diğer mahkemeleri, yürütme ve idare organlarını bağlayacak ve bu arada, idari bir organ olan Rekabet Kurulu da bu kararla bağlı olacaktır. Şüphesiz bu durum, tarafların hukuki güvenlik içerisinde olmaları amacına en uygun olanıdır. Kanımızca Rekabet Kurulu’nun aksi yönde karar vermesi, ancak tespit kararına konu olan vakaların değişmesine, bir başka deyişle piyasa koşullarının değişmesine bağlı olacaktır (bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda II/C/4). Tespit davasının açılabilmesinin diğer şartı olan tehlikenin güncelliği ise, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Örneğin üçüncü bir şahsın ya da Kurul’un kendi inisiyatifiyle açtığı bir soruşturmanın kapsamına alınan bir sözleşme, güncel bir tehlike içerisindedir. Zararın ağırlığı göz önünde tutulursa, kanımızca olayların pek çoğunda bu şartın gerçekleştiği peşinen kabul edilmelidir.

¹¹¹ Bkz. 1997/4 no’lu Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.6; 1997/3 no’lu Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.6; 1998/3 no’lu Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği md.8; 1998/7 no’lu Franchising Anlaşmalarına İlişkin Grup muafiyeti tebliği md.9.

¹¹² Bu konudaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/2

¹¹³ Grup muafiyeti tebliğlerindeki “*geri alma*”ya ilişkin hükümlere baktığımızda, gerek hükümlerin lafzı, gerekse 13. maddeye yapılan atıf çerçevesinde, söz konusu kararın alınmasında Rekabet Kurulu’nun yetkili olduğunda hiçbir tereddüt yoktur. Bu durum karşısında, grup muafiyetinin aradığı koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini veya sözleşmenin grup muafiyeti kapsamına girip girmediğini inceleme yetkisi bulunan mahkemelerin, “*geri alma*” kararı verme yetkisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Zira geri alma kararının söz konusu olabileceği hallerde de, aslında sözleşme grup muafiyeti kapsamına girmekte, buna karşılık beşinci maddenin ruhuyla bağdaşmayan subjektif özellikleri nedeniyle, ileriye yönelik olarak grup muafiyeti kapsamı dışında

tutulmaktadır. Geri alma kararı, sadece Kurul tarafından verilebilen, kendine özgü, yenilik doğuran bir karardır.

Her ne kadar burada, bir anlaşmanın grup muafiyeti kapsamına girmesi için, beşinci maddenin genel koşullarının da yerine getirilmesi gerektiği ileri sürülüp, geri alma kararının da aslen bir tespit hükmü olduğu ileri sürülebilirse de (Aslan, sh.84, yazar bu kararın tespit kararı olduğunu belirtmekle birlikte bunu gerekçelendirmemektedir), kanımızca tebliğlerdeki hükümlerin lafzı ve 13. madde hükmü buna engeldir. Zira tebliğlerde açıkça, “*bu tebliğ ile muafiyet sağlanmış*” ifadesine yer verilmekte ve ayrıca 13. madde de muafiyet almış bir anlaşmanın, muafiyetinin çeşitli şartlar altında geri alınmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla geri almaya karar vermek için öncelikli olarak, anlaşmanın grup muafiyeti kapsamına girmiş olması ve ondan faydalanması gerekecektir. Oysa buradaki kararı bir tespit kararı olarak niteleyecek olursak, sözleşmenin hiçbir zaman veya en azından söz konusu koşullar ortaya çıkınca grup muafiyeti kapsamına girmediğini kabul etmiş oluruz ki, bu grup muafiyeti tebliğlerinin genel, soyut ve nesnel yapısına terstir. Geri alma kararı, esasen muafiyet koşullarının gerçekleşmiş olduğu faraziyesinin geçerli olduğu anlaşmalar hakkında yapılan menfi yönde bir bireysel muafiyet incelemesidir. Netice itibarıyla geri alma kararı, ancak Rekabet Kurulu tarafından verilebilir.

¹¹⁴ RKHK.’nın 13. maddesi aynen şöyledir : “*Aşağıdaki hallerde muafiyet ve tespit kararları geri alınabilir ya da tarafların belirli davranışları yasaklanabilir : a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, b) Karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, c) Kararın söz konusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması Geri alma kararı “a” bendinde değişikliğin olduğu tarihten itibaren, diğer hallerde ise muafiyet veya menfi tespit kararının verildiği tarihten itibaren geçerlidir. “c” bendinde belirtilen yanlış veya eksikliğin ilgili teşebbüsün hilesi veya kastı ile gerçekleşmesi halinde karar hiç alınmamış sayılır*”. Görüldüğü üzere geri alma sebebi olarak düzenlenen “b” ve “c” bentleri grup muafiyetinin bünyesine uygun değildir.

¹¹⁵ Tebliğlerde öngörülen bir kısım örnekler ise, tatbik edildikleri zaman açısından nispeten tespit edilebilir niteliktedir. Bir örnek vermek gerekirse; 1998/3 no’lu Franchising Tebliği’nin 9/d. maddesinde öngörülen duruma göre, “*franchise alanlar, franchise hakkının konusu mal veya hizmetlerin satış fiyatlarına ilişkin uyumlu eylemler gerçekleştirirse*” grup muafiyeti geri alınabilir. Görüldüğü üzere tarafların inisiyatifindeki böyle bir uygulamanın, ne zaman gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi nispeten kolaydır. Nitekim yine aynı Tebliğ’deki, “c” ve “e” bentlerindeki haller için de aynı şey söylenebilir.

Buna karşılık, bu neviden düzenlemeler açısından önemli bir çekincenin de belirtilmesi gerekir. Franchising ve motorlu taşıtların dağıtım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde açıkça belirtilmemekle birlikte, tek elden dağıtım ve satın alma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinde, tarafların, tebliğlerde öngörülen rekabet sınırlamalarından başkaca sınırlamalar öngöremeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla başkaca sınırlamalar öngörülmediği takdirde, anlaşma kendiliğinden grup muafiyeti dışı kalacak ve grup muafiyeti alamayacaktır. Dolayısıyla bu tip durumlar için geri alma kararının verilmesine gerek yoktur. Tebliğlerin kaleme alınışı ve bütünündeki ifadeler dikkate alınacak olunursa, aynı yorumu franchising tebliği için de yapmak

mümkündür. Bu nedenle, yukarıda örnek olarak verdiğimiz durumun bir rekabet sınırlaması olduğu düşünülürse, bunun geri alma sebebi olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı görülecektir.

¹¹⁶ Örneklerden açıkça anlaşıldığı üzere, tarafların inisiyatifi dışı etkenlerden ötürü sözleşmeyi geçersiz kılmak, hakkaniyete de uygun düşmemektedir. İlk durumu biraz daha açacak olursak, sözleşmeye konu olan mal piyasasının, sözleşme akdedildiği esnada rekabet piyasası olmasına karşılık, sonradan bu durumun çeşitli nedenlerle değişmesi, örneğin taraf teşebbüslerin ticari açıdan başarılı olması ve rakiplerinin piyasadaki silinmesi veya piyasadaki yapısal bozukluklar nedeniyle yoğun iflaslar yaşanması halinde, markalar arası rekabet ortadan kalkmış olacak ve grup muafiyeti geri alınabilecektir. Muafiyet geri alındıktan sonra ise, geri alma kararıyla birlikte sözleşme (geçmişe etkili olarak) geçersiz olacak ve bu geçersizlik kesinlik arz edecek, düzelenmeyecektir. Dolayısıyla taraflar belki de ticari açıdan çok başarılı oldukları ilişkiyi sona erdirmek zorunda kalacaklar ve tasfiye sürecine gireceklerdir. Böyle bir durumun Rekabet Hukukunun genel mantığı ile bağdaştırmak güçtür.

¹¹⁷ Green/Robertson, sh.321; bu yönde karar : Tetra Pak No 1(BTG License), OJ.1988 L.272/27, aksi yönde karar : Decca Navigator System, OJ.1989 L.43/27

¹¹⁸ Bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/1

¹¹⁹ “Old agreements”

¹²⁰ Bkz. Tat. K. md.1; ayrıca Oğuzman, sh.60,61; Edis, sh.154

¹²¹ Oğuzman, sh.61

¹²² Bkz. Tat. K.md.2; ayrıca Hatemi, sh.45; Edis, sh.165

¹²³ Türk hukukunda hakim görüş, yapıldığı esnada hukuka uygun olmakla birlikte, daha sonradan çıkarılan bir emredici kural gereği hukuka aykırı hale gelen bir sözleşmenin, BK.’nun 20.maddesine değil, ifa imkansızlığı çerçevesinde, BK.’nun 117.maddesine tabi olduğunu kabul etmektedir (Oğuzman/Öz, sh.76,297; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.906; von Tuhr, sh.560; krş. Serozan, İfa, sh.136-137). Bu konuda bir başka görüş ise, hukuka aykırı işlemlerin kesin hükümsüz olduğunu ve kanun koyucunun hukuka aykırılığın baştan bulunması ile sonradan ortaya çıkması halleri arasında bir farklılık gözetmediğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, hukukun toplumdaki değişikliğe uyarak değiştiği de göz önünde tutulacak olursa, yasaklayıcı hükmün konulduğu andan itibaren, yasakladığı hususlara ilişkin daha tamamlanmamış ilişkileri etkilediği ve bunları geçersiz kıldığı kabul edilmelidir (Dural, sh.23 ve orada dpt.51’de zikredilen yazarlar). Burada hukuki işlem BK.md.20 hükmüne tabi kılındığı takdirde hükümsüz kabul edilecek ve o andan itibaren hükümlerini doğurmayacaktır. Borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlığın düzenlendiği BK.md.117’nin tatbik edilmesi halinde ise, borç düşecek ve karşılıklı borç yükleyen bir akit söz konusu ise; henüz ifa edilmemiş edimler, ifa edilmeyecek; ifa edilen edimler ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilecektir.

¹²⁴ Bir hukuki işlemin BK.md.117 hükmüne tabi olması için, bu imkansızlığın geçici değil süreklilik göstermesi gerekir. Oysa 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin 5. madde çerçevesinde muafiyet alma olasılığı, buradaki imkansızlığın sürekli olarak kabul edilmesine engeldir. Aynı şekilde BK.’nun 20. maddesi de, butlanın düzelme imkanının bulunmaması nedeniyle, bu gibi durumlara uygun düşmemektedir. Dolayısıyla Rekabet Hukuku açısından bu hükümlerden hangisinin uygulanabileceğine dair bir tartışmaya

girmek yerinde değildir. Esasen bu iki hükmün neticeleri arasında, Rekabet Hukuku bakımından önemli bir farklılık da bulunmamaktadır. Fakat imkansızlık açısından bir ihtimale de değinmek kanımızca uygun olacaktır. Her ne kadar imkansızlığın sürekli ve devamlı olması gerekiyorsa da; devamlı olmayıp geçici nitelikteki bir imkansızlığın ne kadar süreceğinin belli olmadığı ve bu durumun sözleşmenin amacının tehlikeye düşüreceği hallerde de, BK.md.117'nin tatbik edilebileceği ve borcun düşeceği kabul edilmektedir (Dural, sh.101; Oğuzman/Öz, sh.303). Ülkemiz uygulamasında da, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, muafiyet incelemesinin oldukça uzun zaman alabileceği ihtimalinin olduğu düşünülürse, tarafları bu süre boyunca hukuki işlem ile bağlı kalmalarını kabul etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Dolayısıyla burada, imkansızlık hükümlerinin uygulanabilip uygulanmayacağı sorusu akla gelebilir. Bununla birlikte, kanımızca, 56. madde hükmü çerçevesinde geçersizlik yaptırımının uygulanması, Kanun'un ruhuna daha uygun bir yaklaşım tarzı olacaktır.

¹²⁵ Esasen bu farklı bildirim süresi, sadece Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce yapılan ve halen uygulanan işlemler için değil, Kanun'un yürürlük tarihi ile 5.5.1998 tarihi arasında yapılan işlemler için de söz konusudur.

¹²⁶ Bkz. Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulduğuna İlişkin Tebliğ, Tebliğ no 1997/5, RG. 23160, t. 4.11.1997

¹²⁷ Buna karşılık mevcut düzenleme, çeşitli ihtimalleri kapsam dışı bırakmaktadır. Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel yapılan ve etki ve sonuçlarını yürürlük tarihi sonrasında da devam ettiren işlemler, Rekabet Kurumu'nun teşekkül etmesinden ve hatta 5.5.1998 tarihinden önce sona erdiği takdirde ne olacaktır? Şüphesiz burada bu hukuki ilişki veya işlemlerin sona erdiği ve büyük olasılıkla bunların dava konusu olmayacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte istisnaen de olsa, sona ermiş bulunan bu gibi ilişkilerde tasfiye süreci tamamlanmamış veya ihtilaflar sona ermemiş olabilir. İşte böyle bir durumun ortaya çıkması ve meselenin mahkeme önüne gelmesi halinde, RKHK.'nun 4.maddesine aykırılık tespit edildiği vakit ne olacaktır? Zira yukarıda belirttiğimiz durumlardan farklı olarak, burada sözleşmenin muafiyet alması hukuken mümkün değildir. Hatta 4.5.1998 tarihinde sona erdirilen bir sözleşmenin hukuken muafiyet alması mümkün olmakla birlikte, fiili durum açısından bu söz konusu edilemez. Geçersizlik yaptırımını uygulamak, 4. maddenin sistemi açısından çelişki yaratacaktır. Burada aslında hiçbirisi yeterli görülemeyecek çeşitli çözüm yolları önerilebilir. Bunlardan ilki ve kanımızca en uygunu, hakimin gerçek ve açık bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul ederek geçersizliği uygulamaması ve MK.'nun 1.maddesi çerçevesinde meseleyi halletmesi, bir başka deyişle hukuk yaratmasıdır. İkinci çözüm ise, dürüstlük kuralı çerçevesinde ileri sürülen geçersizlik itirazının reddedilmesi ve bunun hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmesi olabilir.

¹²⁸ Hakkında bireysel muafiyet kararı verilmiş olan bir karar veya sözleşmenin geçerliliğinin, *süre* ve *geri alma* şartlarının gerçekleşmesi şartına bağlı olarak askıda olduğu hatırlanmalıdır.

¹²⁹ Usul hukukuna ait bir kavram olan "*bekletici mesele*", bir davadaki asıl sorun hakkında karar verilebilmesi için, daha önce çözülmesi gereken bir sorunun, başka bir mahkeme tarafından (başka bir davada) karara bağlanması gereken hallerde söz konusu olmaktadır. Mahkemenin bir meseleyi bekletici sorun yapması, açıkça Kanun'da öngörülmesi nedeniyle zorunlu olabileceği gibi (bkz. 1982 Anayasası md.152, Uyuş.

Mahk. K. md.18), ihtiyari de olabilir. Zira bekletici mesele yapmak, çelişik kararların ortaya çıkmasının önlenmesi ve emek, zaman ve giderden tasarruf sağlanması gibi faydaları beraberinde getirmekte, bu nedenle Kanun'un ruhuna ve usul ekonomisine uygun düşmektedir (Kuru, sh.447 vd.). RKHK. veya başka kanunlarda ise, bekletici meseleyle ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden ötürü, mahkemeler bekletici mesele yapılması hususunda tereddüt duyabilirler. Ayrıca Rekabet Kurulu'nun bir mahkeme vasfı taşıması da, bu tereddüdü iyiden iyiye haklı kılmaktadır. Bununla birlikte, bekletici mesele yapılmasının yukarıda ifade ettiğimiz faydaları, RKHK.'nun 4. maddesi açısından da aynen geçerlidir. Hatta, Rekabet Kurumu'nun teknik bilgi, uzmanlık, detaylı soruşturma ve kapsamlı piyasa analizi gerektiren Rekabet Hukuku davalarında, daha sağlıklı ve çabuk karar verebileceği göz önünde tutulacak olursa, burada bekletici mesele yoluna gitmenin usul ekonomisi açısından daha faydalı olduğu dahi iddia edilebilir. Böylelikle gerek taraflar, gerekse mahkemeler emek, maliyet ve zamandan tasarruf edecekler ve merciler arasındaki muhtemel karar uyuşmazlığı da ortadan kalkmış olacaktır. Bunun dışında, her ne kadar Rekabet Kurulu bir yargı organı veya bir mahkeme değilse de, karar alma süreci ve işleyişi açısından mahkeme gibi faaliyet göstermekte (RKHK.md.40-55) ve ayrıca Kanun'un uygulanmasında birinci dereceden rol oynamaktadır (RKHK.md.20). Nihayet, muafiyet kararının münhasıran Kurul tarafından verilebilecek olması ve bu kararın, 4. madde yasağının uygulanmasını ortadan kaldıracak olması nedeniyle, mahkemelerin bekletici mesele yapması faydalı değil, aynı zamanda zorunluluk arz etmektedir. Fakat tekrar edelim ki, Kanun'da mahkemeler ve Rekabet Kurumu arasında iş bölümü veya koordinasyonu sağlayan bir mekanizmanın öngörülmemiş olması büyük bir eksikliklerdir.

¹³⁰ Buna esas teşkil eden düzenlemeyi tekrar hatırlatmak gerekirse : RKHK.md.10; 1997/2 no'lu Tebliğ, md.3 ve 1997/6 no'lu Tebliğ, md.5, 6/3. (ayrıca bkz. Form-1 giriş kısmı)

¹³¹ Şüphesiz ikinci ihtimalde yani yargılama esnasında bildirim yapılması halinde, hakim yapılan bildirim ihtiyatla karşılamalı ve sadece yargılamayı uzatmak gibi kötü niyetli yapılmış bir bildirim nedeniyle, bekletici mesele kararı vermemelidir. Hakim, özellikle amacı açısından rekabeti sınırlayıcı vasfı açık olan bir kartel anlaşmasının bulunduğu bir ihtimalde geçersizliğe hükmedebilmelidir.

¹³² Krş. Başpınar, sh.75

¹³³ Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, 4. maddeye aykırı ve herhangi bir grup muafiyeti tebliği kapsamına girmediğinden dolayı da geçersiz olması gereken 10.5.1994 tarihli bir tek satıcılık sözleşmesi, herhangi bir nedenden ötürü 5.5.1998 tarihine kadar bildirilmemiş, ancak 10.5.1998 tarihinde bildirilebilmiştir. Söz konusu sözleşme, 10.7.1998 tarihinde herhangi bir sebepten ötürü ihtilaf konusu yapılmış ve taraflardan biri mahkeme önünde geçersizlik itirazında bulunmuştur. Böyle bir durumda mahkeme, sözleşmenin 4.madde kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra muafiyet olasılığını dikkate alacak ve RKHK.'nun 10.maddesi ve buna dayanarak çıkarılan tebliğler uyarınca, söz konusu sözleşmenin süresi içerisinde bildirilmediğinden ötürü, Kanun'un yürürlük tarihi ile 10 Mayıs tarihi arasındaki süre içerisinde sözleşmenin muafiyetten yararlanamayacağını tespit edecektir. Şüphesiz bu tarihler arasında muafiyetten yararlanamayan bir hukuki ilişkinin geçerli olabilmesi imkanı da yoktur. Fakat aynı zamanda, sözleşmenin bildirilmesine bağlı olarak sözleşmenin muafiyet alması ve

geçerli kılınabilmesi olasılığı bulunmakta ve bu durum, 10 Mayıs sonrasında devam etmiş olan hukuki ilişkinin geçersizliğini askıda bırakmaktadır. Hakim böyle bir durumda kural olarak geçersizliğe hükmedememeli ve Kurul'un kararı veya görüşüne bağlı olarak sözleşmenin geçerliliğini "bekletici mesele" yapmalıdır. Kurul, muafiyetin reddi kararı verdiğinde ortada bir problem çıkmayacak, fakat muafiyet kararı verilip de sözleşme geçerli kılındığında, hukuki durum çözümü güç bir hal alacaktır. Sözleşmenin sadece zamanında bildirilmemiş olmasının, Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren geçersizliğe yol açması ve fakat daha sonra sözleşmenin muafiyet kararı ile geçerli kılınması büyük bir çelişki yaratmaktadır.

¹³⁴ Bkz. aşağıda II/E/3

¹³⁵ Avrupa Birliği Hukukunda "mevcut anlaşmalar" (*old agreements*) ile ilgili düzenlemeler 17 no'lu Konsey Tüzüğü'nde yer almaktadır (6.2.1962, OJ.13, t.21.2.1962). Söz konusu düzenlemeler, mevcut sözleşmelerin (anlaşmaların) geçerliliği ile ilgili açık hükümler içermediği gibi, mevcut sözleşmelerin bildirim ve muafiyet alabilirliğini RKHK.'dan farklı esaslara tabi tutmuştur. "Old agreements" olarak ifade edilen bu kapsamdaki anlaşmalara ilişkin iki hüküm bulunmaktadır. Tüzük'ün 5.maddesi, "Bu Tüzük'ün yürürlük tarihinde mevcut olan ve tarafların 85/3.maddesinin uygulanmasını talep ettikleri, anlaşmanın 85/1. maddesinde tanımlanan anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler 1 Ağustos 1962 tarihinden önce Komisyon'a bildirilmelidir..." hükmünü, 7. madde ise, "Tüzük'ün yürürlüğe girdiği tarihte var olan ve 1 Ağustos 1962 tarihinden önce bildirilmiş olup da Anlaşmanın 85/3. maddesi koşullarını taşımayan anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemlerin yürürlüğüne son verilir veya bundan böyle 85/1.maddesi yasağı kapsamına girmeyecek şekilde ya da 85/3.maddenin koşullarını kapsayacak şekilde değiştirilirse, 85/1.madde yasağı sadece Komisyon tarafından belirlenecek bir süre için uygulanır. Yukarıdaki ifadeye göre, Komisyon tarafından verilen bir karar bildirimine açıkça rıza göstermeyen teşebbüs veya teşebbüs birliklerine uygulanmaz" hükmünü getirmiştir.

¹³⁶ "Legal certainty"

¹³⁷ Bosch-de Geus, dava 13/61, (1962), ECR.45 (1962), CMLR.1; Brasserie de Haecht-Wilkin, dava 48/72, (1973), ECR.77 (1973), CMLR.287; Bloos-Bouyer, dava 59/77, (1977), ECR.2359 (1978), 1 CMLR.511

¹³⁸ Adalet Divanı, parfüm davalarında (örneğin Marty-Lauder, dava 37/79, (1980), ECR.2481 (1981), 2 CMLR.143; Lancome-Etos, dava 99/79, (1980), ECR.2511 (1981), 2 CMLR.164) vermiş olduğu kararlarla, askıda geçerliliğin sadece muafiyetin reddi kararıyla değil, gayri resmi nitelikli idari mektuplar yoluyla da sona erdirilebileceğine işaret etmiştir.

¹³⁹ Avrupa Birliği Hukukunda "provisional validity" olarak adlandırılan ve tam Türkçe karşılığını yukarıdaki gibi "geçici geçerlilik" olarak ifade edebileceğimiz yaptırım, esasen "bozulabilirlik muteberlik" veya dar anlamıyla "iptal kabiliyeti"yle benzerlik göstermektedir.

¹⁴⁰ Bunte/Langen, sh.1535; Weatherill/Beaumont, sh.792; Smit/Herzog, sh.70 vd.; Tekinalp/Tekinalp, sh.370; Korah, sh.137; Green/Robertson, sh.318; Bellamy/Child, sh.694; Kerse, sh. 360,361; EC. Report, sh.54,55; Notice on Cooperation, md.31

¹⁴¹ Bkz. bu konuda Smit/Herzog, sh.78 vd.

¹⁴² Krş. Bellamy/Child, sh.698

¹⁴³ “New agreements”

¹⁴⁴ Burada usulüne uygun bildirim yapılmasıyla kastedilen, RKHK.’nun 10. maddesi ve buna dayanılarak çıkarılan tebliğlerdeki şartlara uygun suretle yapılan bildirimlerdir. Yoksa burada, süresinde bildirim yapıp yapılmadığı kastedilmemektedir. Zira bildirim süresinde yapılmasa dahi, muafiyet verilmesi için yeterlidir.

¹⁴⁵ Bildirim sadece geçersizlik açısından değil, idari para cezalarının uygulanması açısından da büyük önemi haizdir. Bkz. yukarıda §1/II

¹⁴⁶ Krş. Aslan, 178,179

¹⁴⁷ Belirtelim ki Avrupa Birliği Hukukunda, bildirim süresi içerisinde yapılan anlaşmaların takdir edilmesinde, ulusal mahkemelerin yetkilerinin daha fazla olduğu kabul edilmekte ve yukarıda ifade ettiğimiz “*bekletici mesele*” kurumu daha dar uygulama alanı bulmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, mahkemelerin bekletici yapması ancak sözleşmenin maddi koşulları açısından muafiyet alabilirliği hususunda tereddüt duyulduğu takdirde söz konusu olmakta (Notice on Cooperation, md.32), buna karşılık sözleşmenin 85/1.maddeye aykırı olduğu açıkça anlaşılıyorsa ve Komisyon ve mahkemelerin evvelki içtihatlarından bu tip bir sözleşmenin muafiyet alamayacağı kanaati hakim oluyorsa, o takdirde mahkemenin geçersizliğe karar verebileceği, bekletici mesele yapmanın gereksiz olduğu kabul edilmektedir (Notice on Cooperation, md.30). Bir başka deyişle, Avrupa Birliği Hukukunda muafiyet koşullarının değerlendirilmesi resmen ve şeklen olmasa bile, fiilen ulusal mahkemelerce yapılabilmektedir.

¹⁴⁸ Bireysel muafiyet kararının verilmesinde bildirim bu denli önemi haiz olması, geçersizliğe ilişkin olarak önemli sorunları beraberinde getirmektedir. Süresi içerisinde bildirilmeyen bir sözleşme veya karar hakkında muafiyet kararı verilmesi halinde, muafiyetin ancak bildirim tarihine kadar geriye yürüyecek olması, bildirim öncesi süreçte sözleşmenin geçersiz kalmasına yol açmakta ve kural olarak bu geçersizliğin sıhhat kazanması olasılığı da bulunmamaktadır. Öte yandan bildirim sonrası sözleşme geçerli addedilmekte ve bu durum, esasen başlı başına bir çelişkiyi ifade etmektedir. Evvelki dönem açısından söz konusu olan geçersizlik, bir anlamda var olan bu fiili durumun, hukuken yok sayılması anlamına gelmekte ve taraflardan herhangi birinin bu dönemdeki ilişkiye yönelik haklı talepleri, diğer tarafın geçersizlik itirazı ile geri püskürtülebilmekte ve hatta hakim tarafından re’sen dikkate alınmama riskini taşımaktadır. Talep halinde, tarafların bu dönem içerisinde yerine getirmiş olduğu edimlerin tasfiyesi kural olarak yerine göre sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası ile sağlanacak ve uzun bir dönem boyunca devam eden borç ilişkisindeki karmaşık edim ilişkisinin çözülmesinde çoğu kez tatmin edici bir netice elde edilmeyecektir (bkz bu konuda aşağıda II/E/3).

¹⁴⁹ Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşım da bu yöndedir: Notice on Cooperation, md.28

¹⁵⁰ Bkz. yukarıda II/C/3/c/ca/caa

¹⁵¹ Bkz. yukarıda II/C/3/c/ca/cab

¹⁵² İdari bir işlem olan “*geri alma*” kararı, özel hukuk açısından doğurduğu sonuçlar itibarıyla “*iptal*” kavramıyla kıyaslanabilir.

¹⁵³ Bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/2 ve yukarıda II/C/2/b

¹⁵⁴ RKHK.’nun md.13/3 hükmüne göre, muafiyet kararının söz konusu sözleşme hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması halinde, eğer bu eksiklik

veya yanlışlık ilgili teşebbüsün (bildirimde bulunan) hilesi veya kastı ile gerçekleşmişse karar hiç alınmamış sayılacaktır. Dolayısıyla hiç alınmamış sayılan bir bireysel muafiyet kararının, sözleşmeyi geçerli kıldığı söylenemez. Bu durumda sözleşme yapıldığı tarihten, bir başka deyişle başlangıçtan itibaren geçersizdir ve prensip olarak bu geçersizliğin düzelme imkanı bulunmamaktadır (krş. Aslan, sh.84).

¹⁵⁵ RKHK.'nın 13/2.maddesine göre, geri alma kararı, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması halinde verildiği takdirde, değişikliğin olduğu tarihten itibaren hüküm ifade eder. Geri alma kararının temel felsefesini ifade eden bu sebep, piyasa şartlarının değişkenliği gerçeğine bağlı olarak, sözleşmenin, 5 senelik muafiyet süresi içerisinde muafiyetin genel koşulları ve de özellikle 5. maddenin “b” ve “c” bentleri ile bağdaşamaz özellikler gösterebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu hüküm teorik açıdan yerindeyse de, pratik açıdan bakıldığında, kararın alınmasına esas teşkil eden bir olayın tespit edilmesi ve de özellikle bunun hangi zaman içerisinde vuku bulduğunun belirlenmesinin oldukça güç olduğu görülecektir. Bu nedenle geri almanın geriye etkisini, ancak olaydaki değişikliğin ne zaman gerçekleştiğinin açık bir şekilde tespit edildiği hallerde kabul etmek, aksi durumlarda ise, ileriye yönelik etkili olduğunu kabul etmek daha uygun düşecektir. Burada önemle hatırlatmak gerekir ki, kararın alınmasına esas teşkil eden olay, anlaşmadan bağımsız bir duruma ilişkin olmalıdır. Zira tarafların üzerinde uyuştukları ve muafiyete esas olan sözleşme değiştirildiği takdirde, artık burada olayın değişikliğinden değil, muafiyetin ortadan kalktığından bahsetmek daha uygun olur. Zira bireysel muafiyet kararı; belirli bir sözleşme için, o sözleşmenin özel koşulları ve bu koşulların rekabet üzerinde yaratacağı etki dikkate alınarak verilmektedir. Bu koşullarda değişiklik yapılması ise, kural olarak yeni bir sözleşmenin yapıldığı şeklinde anlaşılmalı ve sözleşme tekrar muafiyet almalıdır (bkz. Form 1, giriş kısmı). Üstelik kanımızca değişikliğin esaslı ve yan noktalarda yapılması da fark yaratmamaktadır. Bütün bu durumlarda geriye etkili bir geri alma kararından değil, kanımızca tespit kararından bahsetmek uygun olacaktır. Hal böyle olunca, kural olarak mahkemeler de, sözleşmenin muafiyet kapsamı dışında kaldığına karar verebilirler. Bununla birlikte bu prensibin katı bir şekilde uygulanması, amaca aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Zira taraflar, değişen koşullar karşısında sözleşmeyi uyarlama ihtiyacında olacaklar ve her uyarlamanın Kurul'a bildirilmesi büyük bir yük teşkil edecektir. Üstelik sürenin de kaçırıldığı bir ihtimalde, bazen ufak bir değişiklik dahi, sözleşmenin geçersiz kalabilmesine neden olacaktır. Burada öncelikli olarak şu hususun belirtilmesi gerekir. Sözleşmede yapılan değişiklik, esaslı bir noktaya ilişkin değilse ve bu noktanın rekabet veya rekabetin sınırlanması ile bir ilgisinin bulunmadığı söylenebiliyorsa, o takdirde Rekabet Hukuku açısından yeni bir sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir. Fakat esaslı noktaların değiştirilmesi halinde, artık bunun mutlaka bildirilmesi gerekmektedir.

Bunun dışında, Rekabet Hukukunun genel ilkelerinden hareketle benimsenmesi gereken diğer bir sınırlama, rekabet kavramı ile ilgili olmakla birlikte, muafiyetin genel koşulları ile bağdaştığı açıkça görülebilen değişikliklerin yapılması halinde, yine Rekabet Hukuku anlamında yeni bir sözleşmeden veya daha doğru bir ifadeyle tekrar muafiyet alması gereken bir sözleşmeden bahsetmek yerinde olmayacaktır (bununla birlikte bu ihtimalde mahkemenin yetkili olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir). Bu husus özellikle sürenin kaçırılması halinde önem kazanacaktır.

İfade edilebilecek son sınırlama, sözleşmenin bütünü veya bütününe ilişkin bilgi ve belgelerin değil, sadece değişikliğe ilişkin bilgiler yeterli görülmeli ve Kurul ile taraflar arasında değişikliğin muhtemel sonuçları hususunda iletişim kurulmalıdır. Değişikliğin muafiyeti kaldırdığı ve yeni bir muafiyet verilmesini de olanaksız kıldığı durumlarda ise, geçersizlik açısından mümkün mertebe “kısmi butlan” yaptırımını tercih edilmelidir.

¹⁵⁶ RKHK.’nın md.13/2 hükmüne göre, karara bağlanan şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve kararın yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması halinde, geri alma kararı, muafiyet kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olur. Muafiyet kararı geriye etkili olarak hüküm ifade edeceğine göre, muafiyet tarihi ile muafiyetin hükümlerinin tatbik edildiği bu önceki dönemde hukuki ilişki geçerli olacak, geçersizlik ise, ancak muafiyet kararının verildiği tarihten itibaren söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, kanımızca “şarta bağlı olarak verilen muafiyet kararı”nın, her durumda bu hükümlere tabi kılınması güç gözükmemektedir (bkz. bu konuda aşağıda II/C/3/e).

Bunun yanı sıra, yükümlülüklerin ihlali halinde de, kanımızca muafiyet tarihine kadar geriye etkili bir geri alma kararı uygun değildir. Burada “*de lege feranda*” hukuk açısından benimsenmesi gereken, “a” bendine benzer bir şekilde, yükümlülüğün ihlalden itibaren muafiyetin geri alınmasıdır. Üstelik gerek ihlal, gerekse ihlalin ne zaman vuku bulduğunun tespit edilmesi, “a” bendine göre daha kolaydır. Şüphesiz muafiyet kararına bağlanan yükümlülüğün baştan itibaren yerine getirilmiyor veya ona uygun davranılmıyor olması söz konusu ise, o takdirde geri alma kararı muafiyete kadar etkili olacaktır.

¹⁵⁷Kanımızca yükümlülüğün ihlali söz konusu ise, mahkemenin bekletici mesele yapması dahi uygun değildir. Zira yükümlülüğün ihlal edilmesinin tek yaptırımı “*geri alma kararı*” değildir. Kurul dilerse sadece para cezası vermekle yetinebilir.

¹⁵⁸ Bu konuda bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/1

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, sh.14,dpt.61,848; krş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.329

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, sh.845; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.328.

¹⁶¹ Yukarıda ifade ettiğimiz bu ayırım, Borçlar Hukukunda ve özel hukuk işlemleri için cari olan bir ayırımdır (BK.md.149-155). Dolayısıyla bir idari işlem olan ve idare hukuku esaslarına tabi olan muafiyet kararının şart ve yükümlülüklerle bağlanmasını, özel hukuk kavramlarıyla değerlendirmenin yerinde olduğu tartışma konusu yapılabılır. Bununla birlikte, kanımızca burada şart teriminin, gerek terminolojik anlamı, gerekse hüküm içerisindeki fonksiyonu açısından, daha farklı bir anlama geldiğini söylemek güçtür. Fakat şüphesiz, özel hukuk işlemleri için cari olan hükümlerin, burada da aynen uygulanacak olması gibi bir durum da söz konusu değildir.

¹⁶² RKHK.’da yer verilen bu kavramların, BK.’da yer alan kavramlar ile karşılaştırılması ihtiyacı, idari bir işlem niteliğini haiz olan muafiyet kararının, özel hukuk bakımından önemli sonuçları olmasından kaynaklanmaktadır.

¹⁶³ Yukarıdaki ifade sadece lafzı itibarıyla ele alındığında, sanki muafiyet kararının sadece, yükümlülük ve/veya şartların yerine getirilmesi halinde verilebileceği, bunlar yerine getirilmediği takdirde ise, muafiyetin verilemeyeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Dolayısıyla bir anlamda burada şart ve yükümlülük kavramlarından değil, sadece geciktirici şarttan bahsetmek daha uygun olacak, ayrıca yükümlülük kavramına yer verilmesinin bir anlamı kalmayacaktır. Oysa maddenin amacı ve terimlerin hukuken

(veya terminoloji açısından) taşıdığı farklı anlamlar dikkate alınacak olursa, bu yorumun geçerli olmadığı kendiliğinden anlaşılmaktadır.

¹⁶⁴ Avrupa Birliği Hukukundaki uygulamaya baktığımızda, muafiyet kararlarında bir takım yükümlülükler öngörülmesinin sıkça rastlanılan bir durum olduğu görülmektedir. Komisyon, böylelikle sözleşmenin rekabet üzerindeki etkileri ve piyasaları gerektiği gibi izleyebilme fırsatı elde etme ve iş gücü açısından da tasarruf sağlamaktadır. Bununla birlikte uygulamada kabul edildiğine göre, bu yükümlülükler, rekabetin sınırlanması durumu ile sınırlı ve teşebbüslere önemli bir külfet teşkil etmeyecek şekilde “ölçülülük prensibi”ne uygun olmalıdır. Uygulamada genel olarak, yönetim kurulu toplantı tutanakları, lisans sözleşmelerinin kopyaları, tatbik edilen fiyat listeleri, sözleşmelerdeki değişiklikler, yeni sözleşmeler, başka teşebbüslerle girilen yapısal ilişkiler gibi hususlarda bilgi sağlanması yükümlülükleri öngörülmektedir (Kerse, 218-220; Green/Robertson, sh.382; Bellamy/Child, sh.171,172).

¹⁶⁵ Bkz. yukarıda II/C/3/d

¹⁶⁶ BK.’ da özel hukuk işlemleri için söz konusu olan şart kavramı, temel olarak geciktirici ve bozucu şart olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (BK. md. 149, md. 155). İşlemin hüküm ifade etmesi bir şarta bağlanmışsa geciktirici şarttan, işlemin hükmünün sona ermesi şarta bağlanmışsa bozucu şarttan söz edilir. Tekrar belirtelim ki, bir idare hukuku işlemi olan “muafiyet” kararı için öngörülen şart ve yükümlülük kavramlarının, mutlak suretle özel hukuk kavramları ile açıklamak mümkün olmayabilir.

¹⁶⁷ Komisyon uygulamasına baktığımızda, muafiyetin şarta bağlanması, şartın olmaması veya şartın yerine getirilmemesi halinde muafiyet alamayacak ilişkiler bakımından söz konusu yapılmaktadır. Böylelikle Komisyon, belirli kayıtların sözleşmeden silinmesini veya sözleşmeye dercedilmesini zorlayabilmekte ve rekabetin minimum ölçüde etkilenmesini sağlayabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, muafiyetin verilmesi Synthetic Fibres davasında (OJ.(1984), L.207/17 (1985), 1 CMLR.787), bilgi değişiminin yapılmaması şartına, Ford/Volkswagen davasında ise (OJ.(1993), L.20/14), yine aynı amaca yönelik bilgi değişimini engelleyecek bir sistemin kurulmasına bağlanmıştır. Eurotunnel III davasında ise (OJ.(1994), L.354/66 (1995) 4 CMLR.801) muafiyetin verilmesi, üçüncü kişi teşebbüslerin söz konusu demiryolu hattının %25’ini kullanmasının sağlanması şartına bağlanmıştır (bkz. 24th Report, sh.146 vd.)

¹⁶⁸ Kerse, sh.217

¹⁶⁹ Kerse, sh.217; Green/Robertson, sh.382; Bellamy/Child, sh.171 dpt.60

¹⁷⁰ Avrupa Birliği Hukukunda 85 ve 86.maddelerin uygulanmasında temel mevzuat olan 17/62 no’lu Konsey Tüzüğü, sadece yükümlülüklerin ihlalini geri alma sebebi olarak düzenlemiş (md.8/3.b), buna karşılık şartın yerine getirilmemesi halini zikretmemiştir. Bu sistem içerisinde şart kavramı ile geciktirici şartın kastedildiğinin kabulü daha kolaydır.

¹⁷¹ Borçlar Hukukunda genel olarak kabul edildiğine göre, bozucu şartın gerçekleşmesi üzerine işlem kendiliğinden ve ileriye etkili olarak hükümden düşer (Oğuzman/Öz, sh.864,865; von Tuhr, sh.754). Özellikle burada bir geri alma kararına ihtiyaç duyulması, bireysel muafiyetteki şart kavramını, Borçlar Hukukundaki “şart” kavramından esaslı bir şekilde ayırmaktadır.

¹⁷² Kanımızca kanun koyucunun, Avrupa Birliği Hukukundan farklı olarak, bozucu şartın gerçekleşmesini Kurul tarafından alınacak bir geri alma kararına bağlamış olması,

yerinde bir düzenleme olmuştur. Bu takdirde tarafların hukuki durumu belirlilik içinde olacak ve taraflar bir süprizle karşılaşmamış olacaktır. Buna karşılık, buradaki geri alma kararının muafiyet kararına kadar geriye etkili olmasının ne gibi bir düşünceye dayandığını anlamak güçtür. Kanımızca Kanun'un açık ifadesine rağmen, geri almanın muafiyet kararının verildiği tarihe değil, "a" bendinde olduğu gibi şartın yerine getirilmediği veya ihlal edildiği tarihe kadar geriye yürüdüğünü kabul etmek gerekir.

¹⁷³ Bkz. yukarıda II/C/3/d

¹⁷⁴ Bkz. Birinci Bölüm/§1/III/D

¹⁷⁵ Daha önce de ifade edildiği üzere "*dar anlamıyla rekabet*", bir mücadele sürecini ifade etmesine bağlı olarak, süreklilik arz eden bir davranış biçimidir. Dolayısıyla bir danışıklı ilişkinin rekabetin sınırlanmasına yol açması, bu ilişkinin belirli bir dönem boyunca devam etmesine veya süreklilik göstermesine bağlıdır. Teşebbüsler, aralarında gerçekleşmesi gereken rekabeti hukuki veya fiili bir takım taahhütler vasıtasıyla sınırlamakta ve bu sınırlama da ekseriya "*yapma*" veya "*yapmama*" şeklinde ortaya çıkan bir edim ilişkisi şeklinde gerçekleşmektedir. Sınırlamaya yol açan bu taahhüt, hukuki bir karakteri haiz olduğu takdirde bu borç ilişkisi vasfını taşımakta ve genellikle, kartel, franchising, tek satıcılık, ortak girişim ve adi ortaklık sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi mahiyetinde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, dar anlamda rekabete bağlı olarak, rekabeti sınırlayan edimin sürekli olması, örneğin taraflardan birine kaçınma borcu yüklemesi, her zaman borç ilişkisini sürekli olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Zira borç ilişkisinin sürekli olarak nitelendirilmesi, asli edimlere göre belirlenecek bir meseledir.

¹⁷⁶ Burada etkinin niteliği ile kastedilen, rekabetin olumlu veya olumsuz surette etkilenmesi, niceliği ile kastedilen ise, rekabeti olumlu veya olumsuz surette etkileyen bir sözleşmenin etkisinin şiddeti veya derecesidir. Kanımızca piyasa koşullarında yaşanan değişimler, gerek etkinin niceliğine, gerekse niteliğine etkide bulunabilme kabiliyetini haizdir. Şüphesiz bu durum, her olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Piyasa şartlarında yaşanan değişimlerin etkisiyle, söz konusu etkinin niceliğinin değişebilecek olmasıyla kastedilen, muhtevası veya etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı mahiyetteki bir ilişkinin, piyasadaki süjelerin (teşebbüslerin) sayısında meydana gelen ani bir düşüş neticesinde, rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin artacak olmasıdır. Piyasanın yoğunluğunun artması halinde, rekabet ortamının bu sınırlayıcı ilişkiden daha olumsuz biçimde etkileneceği, bir başka deyişle olumsuz etkinin şiddetinde bir artma veya nicelik farkı olacağı muhakkaktır (özellikle "*de minimis*" doktrini).

Bazı hallerde ise, piyasa koşullarında yaşanan değişimler sadece etkinin niceliğinde değil, niteliğinde de farklılık yaratabilir. Bir başka deyişle, evvelden rekabeti olumlu surette etkileyen bir danışıklı ilişki, piyasa koşullarının değişmesiyle rekabeti olumsuz surette etkileyebilir. Somutlaştırmak gerekirse, piyasada yaşanan yapısal bir kriz nedeniyle teşebbüsler arasında kurulan bir kriz karteli, piyasa koşullarının tekrar normale dönmesi ile artık rekabeti olumsuz bir şekilde etkileyecektir.

¹⁷⁷ Tek elden dağıtım ve tek elden satım anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğlerinden örnek vermek gerekirse, "*sözleşme konusu mallar, ülkenin önemli bir bölümünde aynı mallarla veya kullanıcı açısından nitelikleri fiyatı veya kullanım amacı bakımından eş sayılan mallarla etkin rekabet halinde değilse*", "*diğer sağlayıcıların*

ülkenin önemli bir bölümünde dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaşmışsa” (md.6/a,b), “aracıların veya kullanıcıların sözleşme bölgesi dışında sözleşme konusu malları geleneksel yolla elde etmesi mümkün olmuyorsa” grup muafiyeti geri alınabilir. Şüphesiz fiili duruma ilişkin olan bu örnek geri alma halleri, piyasa koşullarının değişmesiyle yakından ilgilidir.

¹⁷⁸ RKHK.’nın 5. maddesinin gerekçesi kısmında aynen şu ifadeler yer verilmektedir: “*Muafiyet kararları belirli süreler için verilecek ve belirlenen şartların varlığı halinde bu kararlar yenilenebilecektir. Böylelikle Kurul’a, ilgili pazarda muafiyet kararı verildikten sonra meydana gelebilecek değişimleri ve rekabetin sınırlanması sonucunu doğurabilecek gelişmeleri sürekli izleme fırsatı verilmiş olmaktadır*”.

¹⁷⁹ Mahkemeler ve Rekabet Kurulu, piyasa şartlarının değişip değişmediğini ve bu değişimin sözleşme üzerindeki etkisini oldukça dikkatli incelemek durumundadır. Bazı hallerde piyasa şartlarındaki değişimler yanıltıcı olabilir. Örnek vermek gerekirse, akdedildiği esnada piyasadaki rekabete olan etkisi itibarıyla hukuka uygun olan bir sözleşme, başarılı bir şekilde tatbik edilmesi halinde, belirli bir süreç sonrasında piyasa koşullarını etkileme gücünü haiz olabilir. Şüphesiz başarılı bir şekilde tatbikin doğal sonucu, büyük olasılıkla piyasadaki rakiplere karşı üstün konuma gelmek ve piyasayı kontrol edebilmektir. Mesela malını özgün bir marka ile piyasaya sürmek isteyen bir üretici teşebbüsün etkin ve verimli bir dağıtım sistemi kurması halinde, belki ilgili piyasaya girişler zorlaşacak ve hatta mevcut teşebbüsler piyasadan çekilmek zorunda kalacaktır. İşte ekonomik verimliliğe bağlı olarak, ekonomik anlamda başarıyı ifade eden böyle bir sürüm sisteminin, somut olayın özelliklerine göre, zaman içerisinde piyasadaki rekabet üzerinde olumsuz neticeler doğurduğu iddia edilebilir. Bu durumda, sürüm sisteminin hukuka aykırı olduğunu ve başarılı olduğu süreçten itibaren hukuka aykırı ve geçersiz olduğunu iddia etmek mi gerekecektir? Şüphesiz bu sorunun cevabı hayır olmalıdır. Zira böyle bir sürüm sisteminin yasaklanması, rekabetin korunması değil, ancak bozulması amacına hizmet eder. Oysa Rekabet Hukukunun asli amacı, ekonomik verimliliği sağlamaktır, yoksa verimliliğe dayanan ticari başarıyı cezalandırmak değil. Bu nedenle, piyasa şartlarının değişmesine bağlı olarak, hukukilik durumunun değişmesi, oldukça istisnaen, hassas bir şekilde tetkik edilmesi gereken bir husustur.

¹⁸⁰ Daha önce çeşitli kereler ifade edildiği üzere, Rekabet Hukuku açısından önemli olan, fiili ve gerçek durumdur. Bu çerçevede, bir sözleşmede değişiklik yapıldığından bahsedebilmek için, bunun hukuki açıdan geçerli olması, örneğin, kanuni veya iradi şekle tabi bir sözleşme ise, bu şekilde yapılmış olması gerekli değildir. Hatta söz konusu değişiklik, tamamen fiili olarak, tarafların hareket ve davranışlarıyla veya uyumlu eylemleriyle de ortaya çıkabilir. Tarafların yaptıkları sözleşmeye aykırı hareket etmeleri de, değişikliğin yapıldığı anlamına gelir (şartları varsa kısmi mevzua söz konusu olacaktır). Netice itibarıyla, Rekabet Hukuku açısından değişiklik yapıldığından bahsedebilmek için, bunun hukuken geçerli bir değiştirme sözleşmesine dayanması gerekmemekte, hukuken geçersiz irade uyuşmaları ve fiili durumlar da değiştirme kapsamında mütalaa edilebilmektedir.

¹⁸¹ Burada Rekabet Hukuku açısından yeni bir anlaşmanın kurulduğunun ifade edilmesi, Borçlar Hukuku açısından yeni bir sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla karıştırılmamalıdır. Her ne kadar, Borçlar Hukuku açısından yeni bir sözleşmenin kurulmuş olması, Rekabet Hukuku açısından da yeni bir sözleşmenin kurulmuş olduğu anlamına gelirse de,

Rekabet Hukuku açısından yeni bir sözleşmenin bulunduğu kabulü, bundan daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Rekabet Hukuku açısından yeni sözleşmenin kurulmuş olması, sadece geniş anlamda borç ilişkisi veya sözleşme ilişkisinin değil, dar anlamda borç ilişkisinin değiştirilmesi halini ve hatta akdin taraflarca tamamlanması halini de kapsamaktadır. Bilindiği üzere geniş anlamda borç ilişkisinin değiştirilmesi, çeşitli şekillerde yapılabilir. Taraflar aralarında mevcut olan sözleşmeyi sona erdirmek üzere, yeni bir sözleşme yapıyorlarsa, esasen burada bir “yenileme akdi” söz konusudur. Fakat buradaki yenileme sözleşmesini, dar anlamda yenileme sözleşmesi ile karıştırmamak icap eder. Eski sözleşmenin sona erdirilip yenisinin kurulduğunun tespiti, taraf iradeleri ve sözleşmenin güven teorisi çerçevesinde yorumu neticesinde tespit edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, bu her zaman kolaylıkla tespit edilebilecek bir husus değildir. Fakat bazı hallerde, taraf iradelerinden bir sonuca ulaşmak mümkün olmasa ve hatta iradeler aksi yönde olsa bile, sözleşmenin mahiyetini değiştiren dar anlamda borç yenilemeleri, artık yeni bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun göstergesi sayılabilir. Şüphesiz bu gibi durumlarda da, borç yenilenmesi veya edimde meydana gelen sonraki değişikliklerin, ifa yerine edim veya ifa uğruna edim gibi kavramlara karıştırılması meselesi ortaya çıkar. Rekabet Hukuku açısından ise, yenilemenin geniş anlamda borç ilişkisi mi, yoksa dar anlamda borç ilişkisine mi ilişkin olduğu veya ifa yerine edimin mi, yoksa ifa uğruna edimin mi bulunduğu önem taşımamaktadır. Zira burada önem taşıyan yegane husus, sözleşmede meydana getirilen değişikliğin, rekabet üzerinde yaratacağı etkidir. Bu çerçevede yeni bir sözleşmeyle kastedilen, aslında sözleşmenin yeniden değerlendirme zorunluluğudur. Yoksa tarafların iradesi dikkate alınarak, onların yeni bir sözleşme yaptıkları ve eski anlaşmalarını sona erdirdikleri kastedilmemektedir.

¹⁸² Dolaylı olarak bu görüşte: Akıncı, sh.418

¹⁸³ Mahkeme ve Kurul, bu neviden bir sözleşmenin 4. madde kapsamına girdiğine karar verdikleri takdirde, çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz ilk sorun, hukuka aykırılığın ve dolayısıyla geçersizliğin hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağıdır. Piyasa şartlarının ne zaman değiştiği açık ve kesin bir şekilde tespit edilebiliyorsa, -ki bunu tespit etmek hemen hemen imkansızdır- o vakit bir sorun yoktur. Sözleşme bu tarihten itibaren hukuka aykırı ve dolayısıyla geçersizdir. Bununla birlikte, bu kez de sözleşmenin muafiyet alabilme olasılığı sorun yaratacak niteliktedir. Zira böyle bir durumda sözleşme büyük olasılıkla bildirilmemiş olacak ve hukuka aykırılık ile karar tarihi arasında, geçersiz kalmaya mahkum olacaktır. Bu durumdaki bir sözleşme, esasen süresi içerisinde bildirilmemiş sözleşmelerle aynı hükümlere tabi olacaktır (bkz. yukarıda II/C/3/c/ca/cab). Sözleşme her nasılsa bildirilmiş ise, bu takdirde sözleşmenin geriye etkili olarak geçerlilik kazanma olasılığı bulunmaktadır. Söz konusu sözleşme mahkemenin önünde ise, mahkeme meseleyi bekletici mesele yapmalı, Kurul’un önünde ise, Kurul muafiyet değerlendirmesi yapmalıdır (bkz. yukarıda II/C/3/c/ca/caa).

Diğer ihtimalin gerçekleşme olasılığı ise daha yüksektir. Zira çoğu kez piyasa şartlarının değişmesi kesin ve ani bir tarihte gerçekleşmemekte, belirli olmayan bir süreye yayılmaktadır. Böyle bir durumda ise, mahkeme veya Kurul’un hukuka aykırılığın ne zamandan itibaren söz konusu olacağını tespit etmesi oldukça güçtür. Kanımızca bu gibi durumlarda en uygun çözüm, hukuka aykırılığın ve geçersizliğin karar tarihinden itibaren söz konusu olduğunu kabul etmek ve böylelikle sözleşmenin kesintisiz olarak muafiyetten yararlanmasına imkan vermek olacaktır.

¹⁸⁴ Belirtelim ki, pozitif hukukumuzda hukuka aykırılığın bu şekilde değişebilmesi, bir başka deyişle izafi hukuka aykırılık çok rastlanılan bir olgu değildir. Kıyaslama yapmak gerekirse, yapıldığı esnada ahlaka (veya kamu düzenine ya da hukuka) aykırı bir hukuki işlem, ahlaki telakkilerin değişmesine bağlı olarak daha sonra ahlaka aykırı olmaktan çıkarsa, hukuki işlem kendiliğinden hukuka uygun hale gelmez (Hatemi, sh.115, tart. için 214-217; krş. Eren, sh.406). Yine benzer bir şekilde, başlangıçta konusu itibarıyla objektif olarak imkansız ve dolayısıyla geçersiz olan bir işlem, sonradan bu imkansızlığın ortadan kalkması ile kendiliğinden geçerli hale gelmez (Oğuzman/Öz, sh.76; von Tuhr, sh.225).

¹⁸⁵ Hukuka aykırı bir sözleşmenin, sonradan hukuka uygun hale gelmesiyle geçersizliğin kendiliğinden geçerliliğe dönüşebileceğini kabul etmek, geçersizlik yaptırımının mantığı ile bağdaşmadığı gibi, çeşitli sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Bu tip bir görüşün kabul edilmesi halinde, yapıldığı esnada etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı ve geçersiz kabul edilen bir sözleşme, ileride piyasa şartlarının değişmesine bağlı olarak geçerlilik kazanabilecek ve taraflar da, sözleşmenin ileride geçerlilik kazanacağı düşüncesiyle sözleşmeyi icra etmekten çekinmeyeceklerdir. Sözleşmenin icra edilmesi ise, kuşkusuz rekabete zarar verecek ve geçersizlik yaptırımının bir anlamı kalmayacaktır. Böyle bir durumun ise, 4. maddenin yasaklayıcı ve önleyici amacına aykırı olduğu açıktır.

¹⁸⁶ Bkz. Güral, sh.115-117

¹⁸⁷ Burada akla gelen bir başka çözüm tarzı, hukuka aykırılığın ortadan kalkmasıyla birlikte tarafların sözleşmeyi fiilen devam ettirmelerinin, geçersiz olan sözleşmenin yerine, muhtevası aynı, fakat yeni bir sözleşmenin geçtiğinin kabul edilmesi olabilir. Rekabeti sınırlayıcı sözleşmelerin özel bir şekle tabi olmadığı göz önünde tutulunca, taraf iradelerinin bu tarz yorumu mümkündür (Güral, sh.49,50,112,113, yazar böyle bir durumda taraflarca yapılan tasvibin hukuki işlemi geçerli hale getirmesinin önünde bir engel bulunmadığını kabul etmektedir. Bu yorum benimsendiği takdirde ifade ettiğimiz çözüm kolaylıkla kabul edilebilir.)

¹⁸⁸ Şüphesiz 4. madde yasağı ve dolayısıyla geçersizliğin, ancak sözleşme veya kararın yürürlükteki grup muafiyeti tebliğleri kapsamına girmediği ve sözleşme veya karar hakkında bireysel muafiyet kararı alınmadığı hallerde uygulanabildiği hatırd tutulmalıdır.

¹⁸⁹ Kanun'un öngörmüş olduğu sistem çerçevesinde kesin geçersizlik, ancak muafiyeti geri alınmış veya bireysel muafiyet talebi reddedilmiş sözleşme ve kararlar bakımından söz konusu olabilir. Bunun dışındaki tüm ihtimallerde, geçersizliğin askıda olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla "askıda geçersizlik", 4. maddeye aykırı hukuki işlemler için genel, "kesin geçersizlik" ise istisnai yaptırım türü olmaktadır.

¹⁹⁰ Bkz. yukarıda I/A/1

¹⁹¹ BK.'nun 63. maddesine göre, "Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse, onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nispetinde red ve iade ile mükellef değildir. Şu kadar ki kabız, o şeyi suiniyet ile elden çıkarmış yahut onu elden çıkarır iken bilahare red ve iadeye mecbur olacağına vakıf bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur". 64.maddeye göre ise, "Mddeaaaleyhin, yaptığı zaruri yahut faideli masrafları istirdada salahiyeti vardır. Fakat mddeaaaleyh, o şeyi kabzettiği zaman suiniyet ile hareket etmiş ise yaptığı faideli masraflardan iade zamanında halen mevcut olan fazlalık nisbetindeki miktarı kendisine tediye olunur. Diğer masraflardan dolayı

müddeaaaleyhin, bir güne tazminat talebine hakkı yoktur. Lakin iadeden evvel kabzolunan şey ile birleştirilmiş olan ziyadeyi, o şeye zarar vermeksizin tefrik kabil olduğu ve müddei de masrafların bedelinin ifasını teklif etmediği takdirde ilave olunan ziyadeyi ref' edebilir".

¹⁹² Geçersiz bir sözleşmeye dayanarak ifada bulunmak, borç olmayan şeyin ifası, yani bir "conductio indebiti"dir (BK.md.62). Dolayısıyla muteber olmayan bir sebebe dayanarak verilenlerin (ifa edilenlerin) iadesi, karşı taraf için zenginleşme koşulunun gerçekleşmesi şartının yanı sıra, verenin, bu ifayı hataen yapmış olması koşuluyla geri istenebilir. İadenin kapsamı, RKHK.'da da açıkça belirtildiği gibi, BK.'nun 63 ve 64. maddelerine göre belirlenecek ve bu arada, BK.'nun ahlaka ve hukuka aykırı amaçlar için yapılan kazandırmaların sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak geri istenemeyeceğine ilişkin 65.madde hükmü uygulanmayacaktır. BK.'nun 63 ve 64. maddeleri iadede, zenginleşen tarafın iyiniyetli veya kötünüyetli olmasına göre farklı rejimler öngörmekte ve iyi niyetli zenginleşen açısından oldukça elverişli düzenlemeler içermektedir. Kısaca açıklamak gerekirse, zenginleşen iyiniyetli ise, sorumluluğu iade zamanında elinde kalan ile sınırlı olacak ve ayrıca mala yaptığı faydalı masrafları her zaman için talep edebilecektir. Buna karşılık kötünüyetli zenginleşen, zenginleşme ortadan kalkmış veya azalmış olsa da, zenginleşmenin tam değerini iade edecek ve yaptığı masrafları değil, sadece iade anında mevcut bulunan masraftan kaynaklanan değer fazlalığını talep edebilecektir. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkı, BK.'nun 66.maddesine göre bir ve on senelik zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır.

¹⁹³ Bkz. Seliçi, sh.49, Oğuzman/Öz, sh.134

¹⁹⁴ RKHK.'da iadede sebepsiz zenginleşme kurallarının uygulanacağını öngörmekle birlikte, sebepsiz zenginleşmenin uygulanabilmesi için iktisabın gerçekleşmiş olması, - eğer söz konusu ise- aynı hakkın fakirleşen taraftan, zenginleşen tarafa geçmiş olması gerekir. Bununla birlikte, hakkın el değiştirmeyip (eski) sahibinde kaldığı durumlarda, sebepsiz zenginleşme kökenli iade davası açmaya olanak yoktur. Bu takdirde aynı hakka dayanan bir istihkak davası açmak icap edecektir. Örneğin, RKHK.'nun 4. maddesine aykırı bir sözleşmede yer alan bir gayrimenkul mülkiyetinin devri borcu, sözleşmenin tamamının geçersiz olması nedeniyle, doğmayacak ve önceden yerine getirilmiş olan borç ise, taşınmazlara ilişkin aynı hakların devrinde "illilik" ilkesi geçerli olduğundan dolayı tasarruf işlemini de sakatlayacaktır. Dolayısıyla zenginleşme ortaya çıkmayacak ve malik olma sıfatını koruyan taraf yolsuz tescilin düzeltilmesi davası açacaktır (MK.md.933). Menkullere ilişkin aynı hakların devrinde de illilik ilkesi benimsenirse, çözüm yukarıdaki gibi olacak (MK.md.618), buna karşılık soyutluk ilkesi benimsenirse, iade ancak sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılacaktır.

¹⁹⁵ Kural olarak bu temellerden herhangi birine dayanarak yapılan talep diğerlerini dışlar. Bununla birlikte, geçersiz sözleşme ilişkisi içerisinde yer alan edimlerin farklı temellere dayandırılması, örneğin menkul bir malın sebepsiz zenginleşme, gayrimenkulun ise aynı hak esaslarına göre istenmesi pek tabi ki mümkündür. Bunun dışında BK.md.413/3'ün atıf gereğince, gerçek vekaletsiz iş görme esasına dayalı bir talepte, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tamamlayıcı rol oynayabileceği unutulmamalıdır.

¹⁹⁶ Burada özel bir durumla kastedilen, genel şartların gerçekleşmesine rağmen, 4. madde hükmünün amacının, dürüstlük kuralının geçersizliği sınırlamak üzere uygulanmasına engel teşkil ettiği hallerdir. Somut bir deyişle, kanımızca amacı itibarıyla

rekabeti sınırlayıcı sözleşme ve kararlar (*karteller*), uzun süreden beri uygulanıyor olsalar da, ilişkinin tasfiyesi önemli güçlükler arz ediyor olsa da, bu tür ilişkilerde dürüstlük kuralının sınırlayıcı fonksiyonuna başvurmamak gerekir. Nitekim BK.'nun 65. maddesinin uygulanamayacağını öngören RKHK.'nun 56/2. maddesindeki hükmün de, biraz zorlamayla da olsa, bunu destekleyici mahiyette olduğu söylenebilir. Zira bir an için BK.md.65 kuralının Rekabet Hukuku ihtilaflarında uygulandığını varsaydığımızda, bu kuralın sebepsiz zenginleşmeyi önleyici fonksiyonu olayların büyük kısmında kartel ilişkilerinde etkisini gösterecekti. Dolayısıyla 56/2.madde gibi bir hükme yer vermekle, kanun koyucunun kartel ilişkilerinde sebepsiz zenginleşme kurallarının tatbik edilmesini arzuladığını söylemek mümkündür. Oysa kartel ilişkilerinde dürüstlük kuralı çerçevesinde geçersizliğin ileriye etkili olması gerektiğini ileri sürdüğümüzde, bu görüş 56/2.maddeye ters düşmekte veya en azından md.56/2 hükmünü büyük ölçüde boşa çıkarmaktadır.

¹⁹⁷ Bkz. aşağıda II/E/3

¹⁹⁸ von Tuhr, sh.430; Serozan, İfa, sh.250; Öz, sh.113; Hatemi, sh.621 vd.

¹⁹⁹BK.md.65'in ne şekilde sınırlandırılması gerektiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Örneğin bir görüşe göre, BK.md.65 hükmü, her türlü hukuka ve ahlaka aykırı saikle yapıla kazandırmalarda değil, sadece karşı tarafı bu amaca teşvik etmek için yapılan kazandırmalarda uygulanabilmelidir (görüş için bkz. Oğuzman/Öz, sh.737, 208 no'lu dpt.taki yazarlar). Bir başka görüşe göre ise, BK.md.65 kuralının uygulama alanı, geçersizliği öngören yasaklayıcı kuralın koruma amacı ile sınırlı tutulmalı, sadece edim istemini yasaklayıcı ve engelleyici butlan kuralının amacının, bu edimin iadesini de yasaklamayı ve engellemeyi haklı gösterdiği durumlarda uygulanmalıdır (Serozan, İfa, sh.251).

²⁰⁰ Söz konusu kuralın tarihsel geçmişi hakkında bkz. Hatemi, sh.417-442

²⁰¹ BK.md.65 kuralının, “*hiç kimse kendi ahlaka aykırı davranışı sonucu başkasına karşı bir hak kazanamaz*” -“*iki haksız kişi arasındaki çekişmede zilyet olan üstün tutulur*” gibi farklı dayanakları olduğunu söylemek mümkündür.

²⁰² Tartışmalı olmakla birlikte, BK.md.65 kuralının uygulanabilmesi için ortada sebepsiz iktisaba dayanan bir iade talebi ve dolayısıyla sebepsiz iktisabın hukuki şartlarının bulunması gerekir. Hukuki ilişki geçerli ise veya sebepsiz zenginleşme değil, aynı bir talep söz konusu ise, BK.'nun 65.maddesinin uygulanmaması gerekir. Buna karşılık bu çözümün adaletsiz sonuçlara yol açacağını ileri süren bir görüş, BK.md.65 kuralının aynı talepler için de uygulanabileceğini kabul etmektedir (Konumuz açısından önemi olmayan bu tartışma ve görüşler için bkz. Öz, sh.116,117; Hatemi, sh.495 vd.).

²⁰³ Öz, sh.114; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.740; Oğuzman/Öz, sh.736

²⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.739; von Tuhr, sh.430

²⁰⁵Öz, sh.119; Oğuzman/Öz, sh.737 (belirtelim ki diğer görüş, iade borcunun doğmadığını kabul etmekte ve dolayısıyla bu durumun hakim tarafından re'sen göz önünde tutulması gerektiğini ileri sürmektedir –bkz. Hatemi, sh.599 vd.)

²⁰⁶ Pek tabii ki, böyle bir durumun ortaya çıkmaması da mümkündür. Yukarıdaki durum, taraflardan birinin alacağına kavuştuğu, buna karşılık henüz edimini ifa etmediği veya BK.md.65 kuralını ileri süren zenginleşenin, yerine getirdiği ifayı, istihkak davası ile geri döndürdüğü hallerde uygulama alanı bulur.

²⁰⁷ Belirtelim ki, tek satıcılık gibi etkisi itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bir ilişkiye taraf olanlardan herhangi birinin rekabeti sınırlamak veya daha doğru bir deyimle hukuka ve ahlaka aykırı bir amaçla hareket ettiğini ve edimini bu amaçla yerine getirdiğini ileri sürmek güçtür. Bu gibi ilişkilerde tarafların saikleri bir kenara, rekabete aykırılığın tespit edilmesi dahi çok güçtür. Dolayısıyla, niteliği gereği tespit edilmesi çok güç olan bir olgunun, taraflarca arzu edildiğinin ileri sürülmesi ihtiyatla karşılanmalıdır (aynı yönde : Akıncı, sh.422). Bununla birlikte, rekabet kavramının geniş yorumuna bağlı olarak, bu gibi rekabeti ikinci dereceden sınırlayıcı ilişkilerde de BK. md.65 kuralı tatbik edilebilir.

²⁰⁸ Hangi tür sözleşmeler için BK.'nun md.65 kuralının uygulanacağını önceden belirlemek güç olmakla birlikte -eğer uygulanmayacağı belirtilmemiş olsaydı- söz konusu kuralın özellikle kartel ilişkileri gibi, amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulabileceği söylenebilirdi (aynı yönde Akıncı, sh.424).

²⁰⁹ Gerek 6. madde, gerekse 7. madde açısından böyle bir tartışmaya yer yoktur. 6. maddede muafiyet benzeri bir hüküm bulunmadığından dolayı, mahkemeler de aynen Kurul gibi söz konusu hükmü tatbik edebilirler. Bu madde açısından koordinasyon, sadece mahkeme ve Kurul'un birbirleriyle çelişkili kararlar vermesini önler. 7. madde ise münhasıran Kurul tarafından tatbik edilebilir.

²¹⁰ Bkz. İkinci Bölüm/§1/II/B

²¹¹ Bkz. İkinci Bölüm/§1/III/D ve İkinci Bölüm/§1/III/C/3

²¹² Weatherill/Beaumont, sh.798

²¹³ Krş. Güral, sh.40 vd.96,97

²¹⁴ Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki istatistiki bilgilere baktığımızda, Komisyon'un önüne gelen olayların önemli bir kısmının "*bildirim*"e dayandığı görülmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, Komisyon'un önüne gelen davalar için geçerli olan bu durum, son yıllarda yatay anlaşmaları kapsayacak şekilde yaygınlaşan grup muafiyeti tüzükleri çerçevesinde değişmekte ve gerek dava adedi, gerekse bu sayıdaki bildirim nispeti düşürülmektedir. Örnek vermek gerekirse, 1989 yılında Komisyon'un önündeki toplam 3239 davanın 2669 adedi bildirimde dayanmakta, buna karşılık; 1995 yılındaki 1178 davadan, 709'u ve 1996 yılındaki toplam 1263 davanın ancak 670 adedi bildirimde dayanmaktadır (26th Report, sh.341,342).

²¹⁵ Yatay ve Dikey İlişkiler için bkz. İkinci Bölüm/§1/III/C/2

²¹⁶ Sözleşmenin Kurul tarafından hukuka aykırı görülmesi riski bir tarafa, bildirim formunun taraflara yüklediği sorumluluk da, bildirimden kaçınmak için yeterli bir neden oluşturabilir. Belirtelim ki böyle bir durumda sözleşmenin mahkeme tarafından 4. maddeye aykırı nitelendirilme riski her zaman bulunmaktadır. Bununla birlikte, RKHK.'nun henüz mahkemelerce benimsenmemiş olduğu düşünülecek olunursa, bu riskin ciddi bir boyutu olduğu söylenemez.

²¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm/§1/I

²¹⁸ Belirtelim ki, her borç ilişkisi bir edim içermeyeceği gibi, yapmama veya yapmama şeklindeki bir edimin de mutlak suretle süreklilik göstermesi söz konusu değildir.

²¹⁹ Seliçi, sh.37 vd.; Serozan, sh.176; Doğanay, sh.104,105; Öz, Management, sh.63; Barlas, sh.51; Oğuzman/Öz, sh.134; Serozan, İfa, sh.252

²²⁰ Bkz. aşağıda II/E/3

²²¹ Esasen mevcut hükümler çerçevesinde geçersizliğin olumsuz yönlerini bertaraf etmenin tek yolu, geçersizliğin sınırlandırılması değildir. Burada önerilebilecek bir başka yol, -ki kanımızca daha akılcı olan yol-, meseleyi hukuka aykırılık çerçevesinde çözümlenmek, bir başka deyişle, 4. maddeyi dar yorumlayarak, geçersizlik yaptırımının ortaya çıkmasını engellemektir. Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, 4. maddeyi geniş yorumlayarak, esasen olumlu yönleri ağır basan ve rekabete olumlu etkisi olduğu tespit edilen ilişkileri 4. madde yasağı içerisinde değerlendirmek ve bunları ancak muafiyetten yararlandırma yolunu tercih etmek, muafiyetin yetersizliği ve özellikle muafiyet kararı verilmesi halinde dahi geçersizliğin söz konusu olabilmesi karşısında, akılcı bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Kanımızca, muafiyeti ancak istisnaen başvurulması gereken yedek bir vasıta olarak düşünmek ve danişıklı ilişkilerin hukuka aykırı olup olmadığını daha ziyade 4. madde çerçevesinde değerlendirmek en uygun çözümdür. Özellikle genel yasaklama koşulunun dikey ilişkilere tatbik edilmesinde esnek ve olumlu yaklaşılması halinde, geçersizliğin doğuracağı sakıncaların büyük ölçüde bertaraf edilebileceğini söylemek mümkündür. Bu itibarla, dikey sınırlamalara olan yaklaşım büyük ölçüde belirleyici olacaktır.

Bununla birlikte, bu görüşümüzün Kanun'un sistemi çerçevesinde ne derece uygulanabilir olduğu hususu da şüphelidir. Zira her şeyden muafiyet hükmü, 4. maddenin geniş yorumlanmasına bir dayanak oluşturacak mahiyettedir. Bunun yanı sıra, muafiyet bir rekabet politikası aracıdır ve Rekabet Kurulu'nun etkin bir politika oluşturması, daha doğru deyimle rekabet politikasına hakim olması, ancak 4. maddenin geniş yorumlanması ve değerlendirmenin mümkün mertebeye muafiyet hükümleri çerçevesinde yapılması ile olur. Nitekim yürürlükteki grup muafiyeti tebliğlerindeki sınırlayıcı kayıtlar göz önünde tutulduğunda, Rekabet Kurulu'nun Avrupa Birliği Hukukundaki yaklaşımı benimsediği söylenebilir. Bunlardan da önemlisi, Kanun'un 10. maddesi hükmü, 4. maddenin geniş yorumlanacağına ilişkin en açık göstergedir.

²²² Geçersizliğin sınırlandırılması ile ilgili açıklamalara geçmeden önce belirtelim ki, geçersizliği sınırlayan veya geçersizliğin ortaya çıkarabileceği sakıncaları hafifleten başkaca hukuki imkanlar da bulunmaktadır. Örneğin “*tahvil*” ve “*culpa in contrahendo*” kurumları bunların örneklerini oluştururlar. Bununla birlikte bu kurumların geçersizliğin sakıncalarının bertaraf edilmesindeki etkisi çok az olduğu gibi, 4. madde açısından uygulanmaları da farklı bir özellik arz etmez. Bu itibarla çalışmamızda, bu kurumlar üzerinde ayrıca durulmayacaktır (Tahvilin 85/1. maddeye aykırı sözleşmelere uygulanabileceği hakkında bkz. Smit/Herzog, sh.140-143).

²²³ Alman hukukunda ise aksi çözüm kabul edilmiş (BGB.md.139) ve işlemin bir kısmına inhisar eden sakatlığın, kural olarak işlemin tamamının geçersiz kılınmasına yol açacağı kabul edilmiştir.

²²⁴ Kısmi butlan kavramının yasal dayanağı, BK.'nin md.20/2. hükmünde yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, “*Akdiñ muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdiñ yapılmayacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur*”. Söz konusu hükümde, her ne kadar sadece akit terimine yer veriliyorsa da, kısmi butlanın bütün hukuki işlemler için uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, kısmi geçersizliğin sadece butlan değil, diğer geçersizlik türleri için uygulanabileceği kabul edilmektedir (Kaneti, sh.17; Başpınar, sh.49; Akyiğit, sh.9).

²²⁵ Kısmi geçersizliğin doktrinde verilen bir tanımına göre, bir sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılık nedeniyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmın batıl olup, sakat olmayan kısımlarının tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasına “*kısmi butlan*” denir (Başpınar, sh.29).

²²⁶ Başpınar ise, kısmi butlanın şartlarını olumlu ve olumsuz şartlar olarak ikiye ayırmakta ve yukarıda ifade ettiğimiz subjektif ve objektif şartların her ikisini de olumlu şartlar içinde incelemektedir. Bunun dışında, yukarıda yer vermediğimiz ve doktrinde de genel olarak üzerinde durulmayan olumsuz şartı ise yazar, butlan sözleşmesinin yapılmamış olması olarak ifade etmektedir. Yazara göre, BK.md.20/2, ancak taraflar arasında geçerli bir butlan sözleşmesi yapılmadığı takdirde uygulama alanı bulur (Başpınar, sh.51).

²²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.379; Kaneti, sh.13,14

²²⁸ Başpınar, sh.66, farklı : Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.380,381. Yazarlar subjektif esaslı noktaları da, objektif esaslı nokta gibi değerlendirmekte ve sakat olan kısım subjektif esaslı noktaya inhisar ettiği takdirde, kısmi butlan prensibinin uygulanamayacağını kabul etmektedirler. Genel kural bu olmakla birlikte, kanımızca geçersizliğin subjektif esaslı noktaya inhisar etmesine rağmen, istisnai bazı hallerde kısmi butlan prensibi uygulanabilmelidir.

²²⁹ Başpınar, sh. 57 vd.; Eren, sh.410; Oğuzman/Öz, sh.133

²³⁰ Başpınar, sh.54; Eren, sh.410; benzer Kaneti, sh.13

²³¹ Örneğin taraflar ilgili kaydın batıl olduğunu bilmekteyseler, bu kaydı ciddi suretle istedikleri söylenemez. Bu takdirde geriye kalan kısmın muhafaza etmek istedikleri varsayılır (von Tuhr, sh.223 dpt.30; Başpınar, sh.93).

²³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.380; Kaneti, sh.15,16; Eren, sh.415; krş. Smit/Herzog, sh.140; Bunte/Langen, sh.1533

²³³ Fakat belirtelim ki, farazi iradelerin ne şekilde tespit edileceği doktrinde münakaşalıdır ve bu hususta objektif, subjektif ve iki aşamalı inceleme görüşü olmak üzere, üç farklı görüş bulunmaktadır (görüşler hakkında bkz. Başpınar, sh.94-101; Kocayusufpaşaoğlu, Hükümsüzlük, sh.26-27).

²³⁴ “*Geçersizlik sözleşmesi*” veya “*butlan sözleşmesi*”, tarafların, sözleşmenin bir kısmının sakat olması halinde, bu kısmın butlanı ile bunun sözleşmenin diğer kısımlarına etkisini düzenlemek üzere yaptıkları sözleşmeye verilen isimdir. Taraflar butlan sözleşmesi ile sözleşmenin sakat kısmını geçerli hale getirmemekte, sadece sakat kısmın sakat olmayan kısımlar üzerindeki etkisini düzenlemektedir. Taraflar butlan sözleşmesi ile, sözleşmenin yalnız sakat kısmının batıl olmasını kararlaştırabilecekleri gibi, tümünün de batıl olmasını kararlaştırabilirler. Aynı şekilde taraflar, bu sözleşme ile sözleşmenin sakat kısmını ikame bir kısım ile değiştirmek suretiyle muhafaza etmek yönünde de anlaşabilirler. Butlan sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

²³⁵ Kaneti, sh.16; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.380; Eren, sh.415

²³⁶ Kaneti, sh.16; Oğuzman/Öz, sh.133,134; von Tuhr, sh.223,dpt.31

²³⁷ Eren, sh.415; Kaneti, sh.16,17, dpt.67

²³⁸ Oğuzman/Öz, sh.134; Kaneti, sh.16; Eren, sh.413; von Tuhr, sh.223,dpt.31

²³⁹ Doktrinde bunların dışında, BK.'nun 189/3 ve 196.madelerine aykırı kayıtları ihtiva eden satım sözleşmelerinin ve BK.'nun 99.maddesine aykırı sorumsuzluk kayıtları ihtiva eden hizmet sözleşmelerinin, farazi iradeler dikkate alınmaksızın kısmen geçersiz kılınmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.

²⁴⁰ TTK.'nun 1466.maddesi aynen şöyledir : “*Ticari hükümlerle yasak edilmiş bulunan muamele veya şartlar, aksine hususi bir hüküm bulunmadıkça batıldır; şu kadar ki, bir akit hükmünce yerine getirilmesi gereken edalar hakkında kanun veya salahiyetli makamların kabul etmiş olduğu en yüksek haddi aşan mukaveleler en yüksek had üzerinden yapılmış sayılır ve bu hadden fazla olan edalar, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır. Bu hallerde BK.'nun 20.maddesinin ikinci fıkrasının son cümleleri tatbik olunmaz.*” Genel olarak bu hüküm niteliği itibarıyla Kanun’dan kaynaklanan “*değiştirilmiş kısmi butlan*” olarak kabul edilmektedir (Başpınar, sh.168,169; Kocayusufoğlu, Hükümsüzlük, sh.32).

²⁴¹ Sübjektif şartın ve dolayısıyla tam butlanın uygulama alanını daraltarak, kısmi geçersizliğin uygulama alanını genişleten bir başka durum ise, doktrinde “*genişletilmiş kısmi hükümsüzlük*” olarak adlandırılan kısmi butlan türüdür. Burada, tarafların farazi iradelerinden, sözleşmenin bir kısmına ilişkin sakatlığın, bu kısım olmaksızın geçerli kısımlardan bazılarının da yapılamayacağı sonucuna varılarak, sakat kısım ile birlikte söz konusu geçerli kısımlar da batıl kabul edilmektedir (Başpınar, sh.172; Kocayusufoğlu, Hükümsüzlük, sh.32).

²⁴² Öz, Management, sh.63,64

²⁴³ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kayıtlarından bir kısmı geçersiz kılınan (veya süresi kısaltılan) bir sözleşmede de, taraflar açısından sebepsiz zenginleşme problemi ortaya çıkarılabilir. Tarafların daha önce yapmış oldukları ifa bakımından, bu ifanın geçerli mi, yoksa geçersiz kısma ilişkin mi sayılacağı, eğer geçersiz kısma ilişkin sayılırsa, bunun ne şekilde geri döndürüleceği önemli bir problem olarak karşımıza çıkar (Çeşitli yaklaşımlar için bkz. Akıncı, sh.419-421,425 vd.). Fakat belirtmek gerekir ki bu durum, dürüstlük kuralının devreye girmediği, geçersizliğin geriye etkili olduğunun kabul edildiği hallerde bir sorun teşkil eder.

²⁴⁴ La Technique Miniere-Maschinenbau Ulm, dava 56/65, (1966), ECR.235; Societe de Vente de Ciments et Betons-Kerpen&Kerpen, dava 319/82, (1985), 1 CMLR.511

²⁴⁵ Bunte/Langen, sh.1533; Smit/Herzog, sh.137, vd.; Weatherill/Beaumont, sh.791; Tekinalp/Tekinalp, sh.370; Korah, sh.65,66; Green/Robertson, sh.317; Bellamy/Child, sh.653-655; Akıncı, sh.406; Whish/Sufrin, sh.323; Kerse, sh. 14; Esin Arif, sh.69; Aslan, AT., sh.84; EC. Report, sh.54,55; Korah/Rothnie, sh.43; Hall, sh.43

²⁴⁶Ortak girişim ve patent lisansı sözleşmelerinde, kısmi geçersizliğin uygulanması hususunda bkz. Akıncı, sh.412-415

²⁴⁷Buna karşılık taraf menfaatlerinin karşılıklı olmadığı teşebbüs birliği kararları açısından, kısmi butlan prensibinin tatbik edilmesi önemli bir güçlük arz etmez. Teşebbüs birliği kararları için gerek objektif, gerekse sübjektif şartın tespit edilmesi oldukça kolaydır. Bu itibarla yukarıdaki açıklamalar, daha çok sözleşmeler bakımından bir anlam ifade eder.

²⁴⁸ Kanun’un 4. maddesine aykırı olan bir sözleşmede yer alan kaydın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığının değerlendirilmesinde, yukarıda değinildiği gibi, kural olarak kaydın bulunduğu ve bulunmadığı ihtimalleri dikkate almak ve kaydın bulunmadığı bir

ihhtimalde, sözleşmenin rekabeti sınırlamadığı tespit edilirse, ilgili kısmı objektif analize tabi tutmak gerekir. Bu durumun doğal sonucu ise, sübjektif koşulun da gerçekleşeceğini varsayarsak, ilgili kısmın sözleşmeden ayrılması ve sözleşmenin kalan kısmıyla ayakta tutulmasıdır. Örneğin rekabet etmeme taahhüdü veya münhasır alım kayıtlarının bulunduğu bir ihtimalde bu tip bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Doktrinde kısmi geçersizliğin bu hali, “*basit kısmi hükümsüzlük*” olarak adlandırılmaktadır.

Buna karşılık bazı hallerde ise, rekabete aykırılığa yol açtığı tespit edilen kayıt tamamen sözleşmeden çıkarılmamakta ve bu kaydın yerini başka bir kayıt almaktadır. “*değişik kısmi hükümsüzlük*” (değiştirilmiş kısmi butlan) olarak adlandırılan bu olasılıkta ikame kayıt, ya emredici bir hükme (TTK.md.1466), ya tamamlayıcı bir kurala, ya da tarafların farazi iradelerine dayandırılmaktadır. Konumuz açısından önem taşıyan son olasılıkta hakim, tarafların, geçersiz kalan bölümün yerine başka bir hüküm üzerinde uyuşacakları ve sözleşmeyi bu şekilde kurmuş olacakları sonucuna varırsa, onların ortak farazi iradelerine dayanan bu hükmü bulup, sözleşmedeki boşluğu anılan hükümle doldurabilecektir. Kanımızca 4. madde açısından kısmi geçersizliğin bu şekilde tatbik edilmesi, özellikle rekabeti sınırlayan sözleşmelerde yer alan “*süre*” kayıtları bakımından önem taşımaktadır (Bu kavramlar için bkz. Başpınar, sh. 149 vd.; Kocayusufoşpaşaoğlu, Hükümsüzlük, sh.25-33). Böylelikle, uzun süreli sözleşmelerin tamamen geçersiz kılınması yerine, süre kısaltılacak ve sözleşme farazi taraf iradelerine göre ayakta tutulmuş olacaktır (*geçersizliğin dikey uygulanması*). Fakat belirtelim ki, geçerliliği özellikle MK.23/2 açısından ele alınan süre kayıtlarının nasıl bir geçersizlik yaptırımına tabi olduğu oldukça tartışmalı bir konudur (tartışmalar için bkz. Oktay, sh.225 vd.; Hatemi sh.217 vd.).

²⁴⁹ Bu tür anlaşmalar için Bkz. İkinci Bölüm/§1/III/D ve İkinci Bölüm/§1/III/C/3

²⁵⁰ Akıncı, sh.411,412

²⁵¹ Bkz. yukarıda II/E/1

²⁵² Kısaca izah etmek gerekirse, somut olayda geçersizliği söz konusu edilen kaydın tarafsız etki alanında, hiçbir tarafın yararına olmadığını iddia etmek mümkün değildir. Bu kayıt, mutlak suretle taraflardan birinin menfaatine hizmet ediyor olacak ve ilgili işlemin hukuka aykırılığını etkileyebilecek etkiye sahip olduğuna göre, genellikle bu kaydın geçersiz kılınması da, taraflar arası pazarlık dengesini tamamen bozacak, bir başka deyişle, o şart, sözleşmenin sübjektif esaslı unsuru vasfını taşıyacaktır. Pazarlık dengesi aleyhine bozulan taraf ise, işlemin kalan kısmı ile bağlı kalmak istemeyecek ve haklı olarak işlemin tamamının geçersizliğini iddia ve ispat edecektir

²⁵³ Bununla birlikte yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, 6. madde açısından farklı sonuca ulaşmak mümkündür. Savunduğumuz görüş çerçevesinde 6. maddenin koruma amacı, tarafların ve de özellikle hakim teşebbüsün iradesinin dikkate alınmamasını gerektirmelidir (Açıklamalar için bkz. aşağıda III)

²⁵⁴ Bu konuda bir genelleme yapmak ve önceden kıstaslar koymak mümkün olmamakla birlikte, danışıklı ilişki taraflarından birinin diğerine karşı üstün konumu nedeniyle dayattığı rekabeti sınırlayıcı kayıtlar (kendi ahlaka aykırı davranışına dayanmak: MK.md.2) veya dikey sözleşmelerde yer alan “*fiyat tespiti*”, “*bağlayıcı uygulama*” gibi kartel kayıtları, sübjektif şart aranmaksızın, kısmi geçersizliğe tabi tutulabilir. Böylelikle sözleşmenin tamamen geçersiz kılınarak karşı tarafın düşeceği olumsuz durum önlenmiş olacaktır. Kanımızca, 4. madde kuralının amacı ve dürüstlük kuralı bunu gerektirir.

Fakat tabii ki, sübjektif şartın aranıp aranmayacağını, tamamen somut olayın özelliklerine göre tespit etmek gerekir.

²⁵⁵ Bkz. yukarıda II/B ve II/C

²⁵⁶ Açıklamalar için bkz. yukarıda II/C/3/b

²⁵⁷ Bkz. yukarıda II/C/3/c/ca/cab

²⁵⁸ Tartışmalı olmakla birlikte, bir hükmün, lafzı ve ruhu itibarıyla tespit edilen anlamıyla uygulanmasının dürüstlük kuralı ile çatıştığı ve hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, Kanun'da uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı sonucuna varılabilmektedir (Oğuzman, sh.74,76,175; Edis, sh.113,114). Kanımızca kanun koyucunun bildirimle ilişkin tatmin edici olmayan düzenlemelerine bağlı olarak, yukarıda belirtilen durumlarda 56. maddedeki geçersizliğin tatbik edilmesinin dürüstlük kuralı ile çatıştığı söylenebilir.

²⁵⁹ Her hak gibi, geçersizliğin ileri sürülmesi de dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkündür. Dürüstlük kuralına aykırı olarak, dava veya itiraz yoluyla geçersizliğe dayanılmaz. Geçersizliğin ileri sürülmesinin, hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirileceği meselesini önceden belirli ilkelere bağlamak mümkün değildir. Hakim, geçersizliğin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını her olayda "re'sen" ve olayın özel şartlarını göz önünde tutarak serbestçe takdir edecektir. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, geçersizliğin sadece bir dönem açısından söz konusu olduğu ve anılan dönemde de, tarafların hukuki ilişkiyi fiilen tatbik ettiği bir ihtimalde, taraflardan biri tarafından ileri sürülen geçersizlik itirazı, büyük olasılıkla hakkın kötüye kullanılması (MK.md.2/2) engeliyle karşılaşacaktır. Zira borçların ifa edilmesinden ve bildirimden itibaren hukuki ilişkinin geçerlilik kazanmasından sonra, geçersizliğin ileri sürülmesinin meşru bir menfaate dayandığını söylemek güçtür. Üstelik anılan dönemdeki geçersizliğin, sadece Kanun'da öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı ortaya çıktığı (RKHK.md.10) ve bu yükümlülüğünün her iki tarafa da ait olduğu düşünülürse, bu güçlük imkansızlığa dönüşür.

²⁶⁰ MK.'nin 2.maddesinin uygulama alanı bulabileceği bir başka husus için bkz. yukarıda II/C/4

²⁶¹ Kısaca ifade etmek gerekirse, "*sürekli borç ilişkisi*", borcun muhtevasının bir süreye yayılmış edim borcunun teşkil ettiği ilişkiler olarak tanımlanmaktadır. Bir borç ilişkisinin sürekli olarak nitelendirilmesi için, "*asli edim*" borçlarından en az birinin sürekli olması gerekir. Edimin sürekli olması ile kastedilen ise, edim fiilinin borçlu tarafından kesintisiz olarak, her an yerine getirilmesidir. Süre, sözleşmenin (ilişkinin) ifa biçimi değil, onun belirleyici unsuru niteliğindedir. Tartışmalı olmakla birlikte, asli edimlerden birinin aralıklı veya dönemli edim olması halinde de sürekli borç ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. (Seliçi, sh.4 vd.; krş. Oğuzman/Öz, sh.9,10,46; Serozan, sh.163 vd.; Oktay, sh.210,211; Eren, sh.276; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh.10 vd.; Kocayusufoğlu, sh.49

²⁶² "Production joint ventures" : kavram için bkz. İkinci Bölüm/§1/III/C/2; ayrıca ortak girişim sözleşmesi için bkz. İkinci Bölüm/§3/II/C/4/a

²⁶³ Seliçi, sh.49; Doğanay, sh.98

²⁶⁴ Yenilik doğurucu hak olan "*iptal hakkı*", kullanılmakla birlikte, ya zaten baştan itibaren geçersiz bir hukuki işlemin geçersizliği kesinleştirir, ya da baştan itibaren geçerli

bir hukuksal işlem sonradan geçmişe etkili yoldan geçersiz kılar (Serozan, sh.151; krş. Oğuzman/Öz, sh.97,98; Başpınar, sh.22).

²⁶⁵ “Dönme”, sözleşme ilişkisini tek yanlı bir irade bildirimini ile bir çözülme ilişkisine dönüştürme yetkisi sağlayıcı özülüyle ve bir bağımlılık ilişkisi yaratıcı niteliğiyle, yenilik doğuran bir haktır (Serozan, sh.62). Bu hak kullanılmakla birlikte, sözleşme artık başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelir.

²⁶⁶ Seliçi, sh.37 vd.; Serozan, sh. 175-177; Serozan, İfa, sh.252,253; Barlas, sh. 51; Doğanay, sh.104 (adi ortaklık akdi açısından); Akyiğit, sh.38,51; Centel, sh.120 vd. (Hukumumuzda yürürlüğe girmiş olan bir iş (hizmet) sözleşmesinde butlanın, geçmişe etkili biçimde hüküm doğurmayacağı, geçersizliğin tespitine kadar olan dönemin hukuken korunması gerektiği kabul edilmekte ve bir anlamda “ileriye etkili butlan” yaptırımı benimsenmektedir. Bu yaklaşım 1958 yılında verilen bir İBK. ile Yargıtay tarafından da benimsenmiştir -İBK., t.18.6.1958-20/9-RG.30.9.1958, No:10020-); Oğuzman/Öz, sh.100; 134, Öz, Management, sh.63 (yazarlar, sürekli sözleşme ilişkileri için iptal ve dönme hakkının ileriye etkili olacağını kabul etmekte, bununla birlikte “butlan” halinde, dolaylı da olsa, fiili sözleşme ilişkisinden yararlanılması gerektiğini ileri sürmektedirler); krş. Güral, sh.124,141,142; Gürzumar, sh.134

²⁶⁷ Belirtelim ki, sürekli borç ilişkilerinde, dürüstlük kuralı temeline dayandırılan “ileriye etkili butlan” yaptırımının, geçersizliğin ortaya çıktığı her durumda uygulanması gibi bir durum söz konusu değildir. Bazı hallerde, yukarıda belirttiğimiz şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, kamu yararı veya korunması gerekli bir kimsenin varlığı, sürekli borç ilişkisinin varlığına koruma menfaatine üstün gelebilir. Bu durum, özellikle edimin hukuka aykırı olduğu hallerde uygulama alanı bulabilir (Seliçi, sh.61; Centel, sh.121; krş. Barlas, sh.51; dpt.179).

Kanımızca Rekabet Hukuku bakımından da “kartel sözleşmeleri” için dürüstlük kuralı söz konusu edilmemeli ve amacı itibarıyla rekabeti sınırlayıcı bu tür hukuki ilişkilerde geçersizlik “*ex tunc*” olarak hüküm ifade etmelidir. Nitekim md.56/2 hükmünde yer alan, BK.’nın 65.maddesi hükmünün uygulanmayacağına dair kural da bunu gerektirmektedir.

²⁶⁸ Seliçi, sh.57

²⁶⁹ RKHK.’nın 6. maddesi hakkındaki açıklamalar için İkinci Bölüm/§2

²⁷⁰ Örneğin “mal vermeyi reddetme”, “üretim, pazarlama ve teknik gelişmenin kısıtlanması” ve “başka piyasalarda rekabetin bozulmasını amaçlayan eylemler”, gibi kötüye kullanma hallerinin, hukuki işlemde ziyade, eylem şeklinde ortaya çıkması daha yüksek bir olasılıktır.

²⁷¹ İlgili başlık altında açıklandığı üzere, RKHK.’nın 6.maddesinin Roma Antlaşması’ndan farklı metni, kötüye kullanma kavramının iki farklı şekilde yorumlanmasına neden olabilir. Madde metninde yer alan “tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması” şeklindeki ifadenin, kötüye kullanmanın muhtemel görünümünün belirtildiği şekilde yorumlamak mümkün olduğu gibi, birlikte hakimliğin unsurları olarak da algılamak mümkündür. Hemen belirtelim ki, bu yorumlardan herhangi birinin üstün tutulması, varılacak sonucu değiştirmemektedir. Avrupa Birliği Hukuku uygulamasından hareketle, bu ifadeyi birlikte hakimliğin unsurları olarak nitelendiren yazarlar bulunmakla birlikte, diğer yorumun üstün tutulması halinde, esasen kötüye kullanma durumunun hukuki

işlem şeklinde gerçekleşebileceği daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Aksi görüş benimsendiği takdirde ise, madde metninde yer alan “birlikte davranışlar” ve “anlaşmalar” 4.madde kapsamında değerlendirilecek ve 56.madde hükmü gereğince “geçersiz” kılınacaktır (bkz. İkinci Bölüm/§2/II/D)

²⁷² Şüphesiz burada ayrıca dikkate alınması gereken bir başka nokta da, şartları gerçekleşmişse, 4. maddenin de söz konusu hukuki ilişkiye tatbik edilebilme olasılığının bulunmasıdır.

²⁷³ Bkz. İkinci Bölüm/§2/III/C/3

²⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm/§2/III/C/6/a

²⁷⁵ Kavram için bkz. Edis, sh.111,130

²⁷⁶ Bir örnek vermek gerekirse, aşırı fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullanan bir teşebbüs (belirtelim ki, aşırı fiyat uygulamalarının kötüye kullanma kapsamına girip girmediği tartışmalıdır, bkz. İkinci Bölüm/§2/III/C/6/a), bu uygulama Rekabet Kurulu tarafından tespit edildiği takdirde, RKHK.’nun 16/2.maddesi gereği idari para cezasına mahkum olur. Bunun dışında Kurul, uygulama devam ettiği müddetçe, ilgili teşebbüse, söz konusu uygulamadan kaçınması gerektiğini bildiren bir karar verebilir. Hakim teşebbüsün bu kararı uygulamadığını varsaydığımızda, Kurul RKHK.’nun 17/a. maddesi gereği teşebbüse ancak süreli para cezası verebilir. Böyle bir durumda, fiyat uygulamalarının geçersiz kabul edilmemesi, çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Kanun bir taraftan kendisinin caiz görmediği bir uygulama için idari para cezası uygulamakta, diğer taraftan hukuk düzeni söz konusu sözleşmeyi geçerli kabul etmektedir. Örneğin, aşırı fiyat uygulamalarına maruz kalan alıcı teşebbüslerden biri, geçersizlik itirazı ileri süremeyecek, hakim teşebbüsün belirlediği aşırı fiyatı ödemekten kaçınmayacaktır. Söz konusu fiyat uygulamaları hukuken geçerli kabul edildiği takdirde, hakim teşebbüs geçerli olan sözleşmeleri uygulamaya devam edebilecek, sadece para cezalarını ödeyecektir. Ödediği bu para cezasını ise, uyguladığı fiyatları daha da artırarak karşılayabilecek ve böylelikle para cezası dolaylı olarak tüketiciler üzerinde kalacaktır.

²⁷⁷ Bu tür sözleşmeler ancak uyumlu eylem karinesi teşkil ederler (RKHK.md.4/3). Bkz. İkinci Bölüm/§1/II/B

²⁷⁸ Dolayısıyla burada bir kanun boşluğu bulunduğundan da söz edilemez. Zira RKHK.’da geçersizliğe ilişkin herhangi bir hükmün öngörülmemiş olması, sadece özel bir düzenleme yapılmadığına işaret eder. Geçersizliğe ilişkin genel kural niteliğindeki BK.’nun 19 ve 20.maddeleri, burada uygulama alanı bulacak olması (MK.md.5), kanun boşluğu olduğu fikrini bertaraf etmektedir. Üstelik bundan da önemlisi, geçersizliğe ilişkin bir kanun boşluğu bulunabileceği fikri, kavramsal açıdan da yerinde gözükmemektedir. Zira “geçersizlik”, genel olarak kanunlarda hüküm ve sonuçları itibarıyla açıkça düzenlenmiş ve sisteme bağlanmış bir kavram değildir. Bilakis, genellikle benimsenen modern teori, geçersizliğin hükmün amacı ve taraf menfaatlerine göre ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiğini kabul etmektedir (Güral, sh.90 vd., Eren, sh.405,dpt.124). Dolayısıyla, esasen bu açıdan, Kanun’da açık bir düzenleme bulunması dahi gerekli değildir. Söz konusu emredici hükmün içeriği ve gayesi, geçersizliğin niteliği ve hükümlerinin tespitinde yeterlidir. Bu ise, kanun boşluğunun doldurulmasıyla değil, düpedüz kanun hükümlerinin yorumlanmasıyla elde edilecek bir neticedir.

²⁷⁹ Benzer : Oğuzman/Öz, sh.72 (yazarlar, RKHK.'da yer alan yasaklayıcı hükümlerin ekonomik açıdan zayıfları koruma amacı güttüğünü ifade etmekte ve bu yönüyle kamu düzeni ve genel ahlakla ilgili olduğunu belirtmektedirler. Söz konusu hükümlerin kamu düzeni ile ilgili hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, kanımızca bu hükümlerin asli amacının veya karakteristik özelliğinin zayıfların korunması olduğunu söylemek veya hepsinin genel ahlakla ilgili olduğunu söylemek güçtür.)

²⁸⁰ Her ne kadar 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil eden bir hukuki işlem kesin geçersiz ise de, bu geçersizliğin piyasa şartlarında yaşanan değişmelerden etkilenip etkilenmediğinin incelenmesi gerekir. Örnek vermek gerekirse, aşırı fiyat uygulayan hakim durumdaki teşebbüs, piyasa şartlarındaki değişmeler nedeniyle hakimliğini yitirirse, o vakit söz konusu fiyat uygulamasının ne şekilde değerlendirileceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bunun tam aksi bir şekilde, aşırı fiyat uygulayan hakim durumda olmayan bir teşebbüsün daha sonra hakim duruma gelmesi halinde, söz konusu uygulamanın geçersizliği meselesi gündeme gelmektedir. Kanımızca, bu gibi durumlar için 4. madde çerçevesinde ifade edilenler aynen geçerli ve yeterlidir (bkz. yukarıda II/C/4).

²⁸¹ Bu münasebetle belirtelim ki, 6. maddeye aykırılığı nedeniyle geçersiz kılınacak olan, sadece niteliği itibarıyla kötüye kullanma teşkil eden işlemlerdir. Niteliği itibarıyla kötüye kullanma teşkil etmeyen, ancak başka etkenlerle bir arada kümülatif olarak değerlendirildiğinde kötüye kullanmanın bir parçasını oluşturan işlemlerin geçersiz kılınması mümkün değildir. Bir başka deyişle, kötüye kullanmanın birer aracı olan ve olağan şartlar altında niteliği itibarıyla kötüye kullanma sayılamayacak işlemlerin geçersiz kılınması gibi bir durum söz konusu değildir. Örnek vermek gerekirse, hakim teşebbüsün kelepçeleme veya ayırıcı uygulamalarda bulunması, ya da aşırı fiyat yahut teknelci temin yükümlülüğü gibi kayıtlar öngörmesi, niteliği itibarıyla kötüye kullanma teşkil eder. Bunlar tek başlarına kötüye kullanmanın oluşması için yeterlidir. Dolayısıyla hukuki işlem tarzında ortaya çıkan bu gibi davranışların geçersiz kılınması gerekir. Buna karşılık, “*sadakat indirimleri*”nin veya “*yıkıcı fiyat uygulamaları*”nın, bunlar aynı zamanda ayırıcı veya dışlayıcı özellikler göstermediği sürece, bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira, söz konusu davranışların 6. madde kapsamında değerlendirilmeleri, bunların ayırıcı veya dışlayıcı özellikler göstermesi şartına bağlıdır. Bir başka deyişle, dışlayıcı bir etki yapmayan ve belirli teşebbüsleri hedef almayan bu gibi uygulamalar, 6. madde kapsamında kötüye kullanma teşkil etmezler. Söz konusu dışlayıcı etki, ancak düşük fiyatın uygulandığı pek çok sözleşmenin bir arada kümülatif olarak değerlendirilmesi ile söz konusu olabilir. Dolayısıyla bunlar dışlayıcı uygulamaların birer vasıtasıdır ve bireysel olarak kötüye kullanmayı oluşturmazlar.

Aksi bir yorumun kabul edilmesi, 6. maddenin amacı ve hukuk güvenliği ilkesi açısından da kabul edilemez. Zira bu neviden sözleşmeler için butlan yaptırımının uygulanması gerektiği ileri sürülürse, farazi iradeler büyük olasılıkla aksi yönde olacağından ötürü, kısmi butlanı uygulamak da mümkün olmayacak ve tam butlanın tatbik edilmesi gerekecektir. Sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması halinde ise, dışlayıcı uygulamadan etkilenmediği gibi, esasen bundan yarar sağlayan pek çok teşebbüs olumsuz etkilenecek, hukuk güvenliği ilkesi de zarar görecektir. Bu durumun 6.

maddenin ekonomik açıdan zayıf olanın korunması amacına da aykırı düşmektedir (krş. Langen/Bunte, sh.1788,1789; Smit/Herzog, sh.289).

²⁸² Langen/Bunte, sh.1788,1789; Smit/Herzog, sh.287 vd.; Korah, sh.19; Whish/Sufrin, sh.324; Bellamy/Child, sh.656; EC. Report, sh. 202; Aslan, AT., sh.264 vd.; Goyder, sh.297; Alman hukuku için krş. Heidenhain/Schneider, sh.66,78

²⁸³ Rekabeti sınırlayıcı sözleşme ve kararların geçersizliğini açıkladığımız bölümde de ifade ettiğimiz gibi, muafiyet, sadece türüne değil, pratik olarak uygulanmasını da önemli ölçüde etkilemekte ve geçersizliğin fiilen uygulanmasında önemli sorunlar doğurmaktadır (bkz. yukarıda II/C). Oysa 6. madde açısından, bu neviden güçlüklerin ortaya çıkması söz konusu değildir. Teorik olarak mahkemeler de, Rekabet Kurulu da, 6. maddeyi birbirlerinden bağımsız olarak tatbik edebilecektir. Bununla birlikte böyle bir durumda iki merci arasında içtihat uyuşmazlığı ortaya çıkması mümkündür ki, bu da “*de lege lata*” hukuk açısından ancak ihtiyari ve fiili bir koordinasyon ile çözümlenebilir. Kanımızca bu koordinasyonun sağlanmasında Rekabet Kurulu’na büyük iş, mahkemelere ise büyük fedakarlık düşmektedir.

²⁸⁴ Bkz. yukarıda I/A/1

²⁸⁵ Esasen 6. madde hükmünün amacı dikkate alınarak, belki, burada butlandan farklı bir geçersizlik türünün, örneğin “*iptal kabiliyeti*” veya “*tek taraflı bağlamazlık*” gibi yaptırımların uygulanabileceği ileri sürülebilir. Zira 6. maddenin somut olarak uygulanması halinde, artık korunması gereken bir taraf söz konusu olmakta, menfaat somutlaşmakta ve özelleşmektedir. Dolayısıyla burada hukuken korunan menfaati ihlal edilen taraf, hukuki işlemin o haliyle geçerli kalmasını istiyorsa, bu işlemi kendiliğinden ve başlangıçtan itibaren geçersiz kılmanın bir anlamı olmadığı iddia edilebilir. Tabiidir ki, ilgili kanun hükmüyle menfaati korunan şahıs, bunun korunup korunmadığını kendisi daha iyi takdir edecek durumdadır. Nitekim hukukumuzda da, bu gibi özel menfaatleri koruyan kanun hükümleri için butlan değil, genel olarak iptal kabiliyeti (BK.md.31, md.21) veya tek taraflı bağlamazlık (tart. MK.md.16) ya da noksanlık (MK.md.15, md.169) gibi farklı yaptırımlar öngörülmüştür.

Ancak, kanımızca 6. madde hükmü açısından bu düşüncelere katılma imkanı yoktur. Zira burada korunan menfaat sadece ekonomik açıdan zayıf olanın menfaati değildir. Hatta esasen zayıfın korunması, tamamen izlenecek rekabet politikasına bağlı bir amaçtır ve tali niteliktedir. Unutulmamalıdır ki, Rekabet Hukukunun öncelikli ve asli amacı, piyasadaki rekabetin korunmasıdır. Bu amacın gerçekleşmesi, diğer amaçları kendiliğinden sağlayacaktır. Dolayısıyla 6. maddeyi sadece taraf menfaatini koruyan bir hüküm olarak değerlendirmek ve butlan yaptırımının uygulanmaması gerektiğini ileri sürmek, gerçekçi bir yaklaşım olmaktan uzaktır. Kanımızca burada tercih edilmesi gereken yöntem, kural olarak butlan yaptırımını benimsemek, bununla birlikte ekonomik açıdan zayıf olanın korunması amacından hareketle, bu yaptırımı menfaatler dengesini gözetecek şekilde sınırlamak olacaktır.

²⁸⁶ Bkz. yukarıda I/A/1 ve özellikle II/E/2/a

²⁸⁷ Yukarıda ifade ettiğimiz kelepçeleme kayıtlarının yanı sıra, “*aşırı fiyat uygulamaları*” veya “*ayırımci uygulamalar*” ya da “*tekelci temin yükümlülüğü öngörmek*” gibi diğer başlıca kötüye kullanma hallerinde de, kısmi geçersizliği tatbik ederken her iki tarafın da farazi iradesini araştırmak, 6. maddenin amacına aykırı sonuçlar doğurabilir. Zira burada hakim teşebbüsün kendi menfaatini ön planda tutarak dayattığı sözleşme koşulları söz

konusudur ve büyük olasılıkla, hakim teşebbüs, söz konusu kayıtlar olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürebilecektir. Bu gibi hallerde, sözleşmenin tamamen geçersiz kılınması ise, hakim teşebbüsün değil, genellikle ona ekonomik açıdan bağımlı ve onun dayattığı koşullar çerçevesinde ticari ilişki kuran teşebbüslerin zararına olacaktır. Bu durumun ise, 6. maddenin amacına aykırı olduğunda hiç şüphe yoktur. Dolayısıyla bu gibi hallerde, sübjektif şart olmaksızın kısmi geçersizliğin uygulanması ve 6. maddenin amacına uygun bir yöntemin benimsenmesi gerekir. Fakat önemle hatırlanmalıdır ki, bu durum sadece 6. maddenin amacının gerektirdiği hallerle sınırlıdır. 6. maddenin amacı açısından böyle bir yöntemin benimsenmesinin gerekli olmadığı hallerde, kısmi geçersizliğin uygulanmasında genel kurallar uygulanacaktır.

²⁸⁸Hakim teşebbüsün dayattığı sözleşme koşulları nedeniyle sözleşmenin tamamen geçersiz kılındığı bir durumda, söz konusu sözleşmenin tarafı olan ekonomik açıdan bağımlı teşebbüslerin zararları, “*culpa in contrahendo*” veya şartları tamamsa, RKHK.’da öngörülen haksız fiil esasları çerçevesinde biraz olsun hafifletilebilir.

²⁸⁹ Aslan, sh.144

²⁹⁰ Bkz. İkinci Bölüm/§2/III/B/1

²⁹¹ Krş. Aslan, sh.144,145 (yazar, uygulanması gereken ilkenin mağdur işletmenin lehine olması gerektiğini belirttikten sonra, “örneğin mal vermeyi kesme halinde kötüye kullanmadan önceki durumun iadesi en adil çözüm olarak görünmektedir. Tekrar belirtmek gerekirse, kötüye kullanma teşkil eden hukuki işlemleri mağdur işletmenin zarar görmeyeceği bir şekilde çözüme bağlamak gerekir. Bu çözüm tarzı, duruma göre kısmi geçersizlik, eski halin iadesi gibi hukuki yaptırımlar olabilir” demektedir. Kanımızca bu ifade edilenler bir kaç noktada karşı çıkmak mümkündür. Bir kere yukarıda da ifade edildiği üzere, mağdur işletme, kötüye kullanma teşkil eden söz konusu hukuki ilişkinin bir tarafı olmayabilir. Bu takdirde kısmi geçersizliğin ilgili taraf menfaatine tatbiki söz konusu olamaz. Bunun yanı sıra, yazarın verdiği mal vermeyi reddetme örneği, bir hukuki işlem olmadığından bahisle, bunun geçersizliği de söz konusu edilemez. Ve nihayet üçüncü olarak, eski hale iade kurumunun neyi ifade ettiği ve hangi hukuki temel dayandığı tam olarak anlaşılammaktadır. Bilindiği kadarıyla bu isimde bir geçersizlik türü bulunmamaktadır)

²⁹² Söz konusu madde hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/§3

²⁹³ RKHK.’da bu istisnalardan sadece miras durumuna yer verilmişken, 1997/1 no’lu Tebliğ bunun kapsamını genişletmiş ve 3.maddede, iki ayrı durum daha öngörmüştür (bkz. İkinci Bölüm/§3/II/D/2).

²⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm/§3/II/A

²⁹⁵ Aslan, sh.143

²⁹⁶ Bu husus, sadece Kanun’un ilgili maddelerinde değil, md.7/2 hükmüne dayanılarak çıkarılan, 1997/1 no’lu Tebliğ’de de hiç bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilmiştir. Söz konusu Tebliğ’in md.5/6 hükmüne göre, “*Bu Tebliğ’in 5. maddesine göre usulünce yapılmış olan bildirim hakkında, Kanun’un 10. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde açıkça veya aynı maddenin 3. fıkrası çerçevesinde zımnen bir karar verilmeden önce birleşme veya devralma hukuken geçerlilik kazanamaz*”

²⁹⁷ Tamamlayıcı unsur ile kastedilen, kurucu unsurları tamam olan bir işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için bulunması gereken olgulardır. Gerçekte bu olgular, hukuki işlem kavramı dışında bulunan, onun oluşmasına kurulmasına herhangi bir katkıda

yapmayan, sadece hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasını sağlayan olgulardır. Bu olguların bulunmadığı durumlarda hukuki işlem yine meydana gelecek, ancak istenilen hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır (Akipek, sh.278,279).

²⁹⁸Bilindiği üzere “*eksiklik*” veya noksanlık, bazı yazarlar tarafından geçersizlik türlerinden biri olarak kabul edilmekte ve ayrı bir başlık altında incelenmektedir. Esas açısından bir farklılık bulunmamakla birlikte, benimsediğimiz görüş çerçevesinde “*eksiklik*”, “*askıda geçersizliğin*” bir görünümüdür. Kısaca tanımlamak gerekirse, kurucu unsurları bulunduğu için tamam olan bir işlemin hüküm ifade etmesi bakımından başkaca unsurlarla tamamlanması gerekiyorsa; Kanun’un öngördüğü bazı unsurlar bulunmuyorsa, işlemin eksikliği söz konusudur (bkz. yukarda I/A/2).

²⁹⁹Belirtelim ki, 7. madde anlamında birleşme veya devralma, hukuki açıdan oldukça karmaşık bir şekilde tezahür edebilir. Özellikle 7. maddenin uygulanması için hukuki işlemlerin niteliğinin değil, işlemler neticesinde ortaya çıkan iktisadi sonucun önem taşınması ve dolayısıyla, birleşme veya devralma adı altında, tipik bir sözleşme türünün bulunmaması, 7. maddedeki izin sisteminde önemli güçlükler yaratabilir. Somutlaştırmak gerekirse, 7. maddenin uygulanması bakımından belirleyici olan “kontrolün el değiştirmesi” durumu, bazen tek ve basit bir sözleşme sonrasında ortaya çıkabileceği gibi, doğacak ekonomik sonuçlar dikkate alındığında, çoğu kez karmaşık nitelikli birden fazla sözleşme vasıtasıyla gerçekleşecektir. İşte bu ikinci durumda, izin alma “*külfer*”inin hangi sözleşme için söz konusu olduğunu belirlemek veya izin alınmadığı takdirde hangi sözleşmelerin bundan etkileneceğini belirlemek güç olabilir. Esasında bu gibi hallerde mesele, kanımızca hangi sözleşme veya sözleşmenin kontrolün el değiştirmesine neden olduğu noktasında toplanmaktadır. Bu gibi birden fazla sözleşmenin bulunduğu hallerde sözleşmelerin tümünü geçersiz kılmayıp, kısmi geçersizlik prensibindeki esasları uygulayarak, kontrolün elde değiştirmesine neden olan sözleşmenin geçersiz kılması kabul edilebilir.

³⁰⁰Avrupa Birliği Hukukunda da aynı durum söz konusudur (4064/89 sy. Konsey Tüzüğü md.7/5): Cook/ Kerse, sh.121,122; keza Alman hukukunda da durum bu yöndedir : (GW.md.24/a) Raybould/Firth, sh.414, Heidenhain/Schneider, sh.98

³⁰¹Aynı yönde: Esin, sh.83, aksi gör. Aslan, sh.180 (Yazar birleşme ve devralma sözleşmesinin yapıldıktan itibaren Rekabet Kurulu’nun iznine kadar askıda geçerli olduğunu ifade etmektedir ki bu düşüncenin kabul edilmesi kanımızca izin sisteminin mantığı ile bağdaşmaz. Bilindiği kadarıyla askıda geçerlilik, işlemin askıda bulunduğu süre boyunca geçerli kalması, işlemin askıda kalmasına neden olan olayın gerçekleşmesiyle birlikte geçersiz olması veya geçerliliğini sürdürmesidir. Bu durumun ise Kanun’un sistemine aykırı olduğu açıktır).

³⁰²RKHK.’da izin kararının hangi andan itibaren hükümlerini doğuracağına, bir başka deyişle, izin kararının geriye etkili hüküm ifade edip etmeyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Belirtelim ki bu yönde bir hükmün bulunmaması karşısında, prensip olarak izin kararının ancak ileriye etkili hüküm ifade ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim izin sisteminin mantığı da, verilecek iznin geriye etkili hüküm ifade etmesine engel görülebilir. Aksi halde izin değil, icazet sisteminden bahsetmek daha doğru olur. Bununla birlikte, bildiri yapılmış ve geçen süre içerisinde de uygulanmış olan birleşme ve devralmaların, izin kararı verilinceye kadar geçersiz kılınması, taraflar ve bu taraflarla ilişkiye giren 3. kişiler açısından adaletle aykırı sonuçlar meydana getirebilir.

Bu itibarla, sadece bildirilmiş işlemler açısından Kurul'un geriye etkili izin kararı verip veremeyeceği tartışma konusu yapılabilir. Özellikle 4064/89 no'lu Tüzük'te olduğu gibi geçersizlikten istisna tanıyan bir hükme yer verilmemiş olması (derogation : bkz.md.7/4 ayrıca menkul kıymetler için istisna bkz. md.7/5) tartışmanın önemini artırmaktadır. Buna karşılık, hakkında bildirim yapılarak uygulamaya konmayan veya bildirim dahi yapılmayan birleşme ve devralma işlemleri hakkında böyle bir tartışmaya yer yoktur.

³⁰³Aynen muafiyet kararında olduğu gibi, birleşme ve devralmaların hukuken değerlendirilmesinde de tek yetkili makam Rekabet Kurulu'dur. Bu itibarla mahkemelerin 7. maddeyi uygulamaları söz konusu olamaz. Mahkemeler önlerine gelen bir olayda, sadece gerekli izin alınıp alınmadığını, bir başka deyişle iznin varlığını veya yokluğunu tetkik edebilirler. Kural olarak bunu da re'sen tetkik etmeleri icap eder.

³⁰⁴R.G., t.12.08.1997, S. 23078, Tebliğ No : 1997 /1

³⁰⁵Bkz. İkinci Bölüm/§3/II/D

³⁰⁶Birleşme ve devralmaların hangi usuller çerçevesinde bildirilmesi gerektiği, genel olarak 1997/1 no'lu Tebliğ'in 5.maddesinde düzenlenmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, "bildirim", birleşme veya devralmayı gerçekleştiren taraflar veya bu taraflardan biri ya da bunların yasal temsilcileri yahut bunların ortak temsilcileri tarafından yapılabilir. Bildirim, Tebliğ'in ekinde yer alan Form-2 ve ekli evraklar vasıtasıyla yirmi nüsha olarak Rekabet Kurumu'na yapılır ve Kurum tarafından alındığı tarihte yapılmış sayılır. Formdaki bilgilerin yanlış veya eksik olması, bildirim yetkisiz kişiler tarafından yapılmış olması hallerinde bildirim yapılmamış sayılır.

³⁰⁷Daha önce açıklandığı üzere, 4. madde kapsamına giren bir işlemin muafiyet olarak geçerlilik kazanması, bildirim yapılmasına bağlıdır. Bu anlamda bildirim, bireysel muafiyet kararına bağlı olarak, 4. maddeye aykırı hukuki işlemler için geçerlilik koşuludur (bkz. İkinci Bölüm/§1/IV/C/1) . Oysa 7. madde için geçerlilik, bildirim değil, izin kararına bağlıdır. Bu husus, RKHK.'nın 11/a. maddesinde açık bir şekilde ifade edilmiştir : "*Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlem den haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda; birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme ve devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygulanır.*"

³⁰⁸RKHK.'nın 11/b. maddesine göre, bildirilmesi zorunlu olup da bildirilmemiş olan bir birleşme ve devralma işlemi, daha sonra Kurul tarafından herhangi bir şekilde incelemeye alınır, "*Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrasına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte birleşme ve devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçecek süre içerisinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiç bir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.*"

³⁰⁹Kanun örtülü iznin verilmesinde, on beş ve otuz günlük iki farklı süre öngörmüştür. Normal şartlar altında Kurul'un on beş gün içerisinde herhangi bir işlem yapmaması

halinde, birleşme otuz gün içerisinde yürürlük kazanacaktır. Bununla birlikte, Kurul on beş günlük süreyi geçirdikten sonra bir işlem yaparsa, o takdirde birleşme veya devralma işleminin örtülü izin çerçevesinde (30 gün) geçerlilik kazanıp kazanamayacağı belli değildir. Şüphesiz bu belirsizlik, Kurul'un birleşme ve devralma hakkında ciddi şüphelerinin olması ve nihai inceleme kararı vermesi durumunda da ortaya çıkacaktır. Kanımızca böyle bir ihtimalde, örtülü iznin söz konusu olmadığını kabul etmek daha uygun bir çözüm olacaktır. Fakat belirtelim ki, bu görüş süreler arasında neden bir farklılık yaratıldığını açıklamaktan uzaktır.

³¹⁰Kurul birleşme veya devralma bildirimini nihai incelemeye aldığı takdirde, söz konusu işlem nihai karara kadar askıda kalır, yani geçersiz kalmaya devam eder. RKHK., böyle bir ihtimal için ayrı bir prosedür öngörmemiştir. Belirtelim ki, ayrı bir prosedürün öngörülmemiş olması, ivedilikle sonuçlandırılması zorunlu olan birleşmelerin, bir seneden daha uzun bir zaman alacak bir incelemeyle karşı karşıya kalması ihtimalini beraberinde getirmektedir. Kurul'un birleşme ve devralmaları bu kadar uzun bir süreye yayılan zaman içerisinde değerlendirme yetkisinin bulunması, birleşme ve devralmaların mahiyetine uygun değildir.

Avrupa Birliği Hukukundaki 4064/89 no'lu Tüzük ise, birleşme ve devralmaların incelenmesinde tamamen ayrı bir usul öngörmüş ve Komisyon'un nihai inceleme kararı almasını, otuz günlük süreyle (RKHK. ise 15 gün), nihai karar almasını ise, dört ayla sınırlanmıştır(bkz. md.10/1,3). Bunun dışında, Avrupa Birliği Hukukunda konsantrasyonların denetlenmesindeki usul esaslarını tespit eden bir Konsey Tüzüğü de yürürlüktedir (bkz. Teşebbüsler arası Konsantrasyonların Kontrolü Hakkında 4064/89 sy. Konsey Tüzüğü Öngörülen Bildirimlere, Sürelere ve Duruşmalara İlişkin 21 Aralık 1994 Tarih ve 3384/94 sy. Komisyon Tüzüğü, OJ.No.L.377/1, t. 31.12.1994).

³¹¹Bu husus,1997/1 no'lu Tebliğ'in "*Birleşme ve Devralma Sayılmayan Haller*" başlığını taşıyan 3.maddesinden açıkça anlaşılmaktadır. Söz konusu maddeye göre, "*Aşağıda mahiyeti açıklanan birleşme ve devralmalar Kanun'un 7.maddesi kapsamında dışında olup, bu tür birleşme ve devralmalar için Kurul'dan izin alınması gerekmez.*"

³¹²Bir an için tebliğ kapsamına girmeyen bir konsantrasyonun hakim duruma yol açarak ilgili piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azalmasına neden olduğunu varsaydığımızda, kanımızca bunu "*geçersiz*" olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte bu geçersizliğin kendine has özelliklerinin olacağı ve idari nitelik taşıyacağı da açıktır.

Her şeyden önce, 7. madde, niteliği itibarıyla emredici karakterde bir hükümdür ve hükmün altında, piyasadaki rekabet yapısının bozulmasına yol açacak işlemlerin denetlenmesi suretiyle kamu düzeninin korunması düşüncesi yatmaktadır. Amaç bu olunca, şüphesiz bu amaca aykırı mahiyetteki işlemler hukuka aykırı ve geçersiz kabul edilmelidir. Maddenin amacı açısından ayrı bir yorumda bulunmak, örneğin bu hükmün bir düzen hükmü mahiyetini taşıdığını ileri sürmek ve geçersizliğin değil, sadece idari yaptırımların uygulanacağını söylemek çelişkili olacaktır. Nitekim izin sisteminin altında yatan temel düşünce de, 7. maddeye aykırı olmasından dolayı geçersizliği ve tasfiyesi gereken olan birleşme ve devralmaların, tasfiyesinde ortaya çıkacak güçlüklerin izin ve ön denetim yoluyla aşılması ve bu suretle hem piyasaların kolaylıkla izlenmesi, hem de tarafların hukuki güvenlik içerisinde olmalarının teminidir. Her ne kadar izin kapsamına dahi girmeyen bir konsantrasyonun, sonradan Kurul tarafından yasaklanabilmesi hukuk güvenliğine aykırı olarak görülebilirse de, Kanun'un sistemi

çerçevesinde aksi bir yorumu kabul etmek güçtür. Hakim durum yaratarak veya güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açan hukuki işlemlerin, Kurul kararıyla birlikte “ileriye etkili olarak geçersiz” olduğunu kabul etmek gerekir. Kurul dışında herhangi bir merciinin örneğin mahkemelerin 7. maddeye ilişkin hukuka aykırılığın değerlendirmesi yapma yetkisi bulunmamaktadır. Aslan ise, 7. maddeye aykırı birleşme ve devralmaların “yok” hükmünde olduğunu belirtmekte, fakat bunu herhangi bir gerekçeye dayandırmamaktadır (Aslan, sh.143,144). Oysa meseleye özel hukuk kavramları açısından bakıldığında, 7. maddeye aykırılığın yaptırımının yokluk olduğunu söylemek oldukça güçtür.

SONUÇ

Çalışmamız sırasında tespit ettiğimiz önemli hususları ve vardığımız temel sonuçları, konuya ilişkin “*de lege feranda*” gözlemlerimizle şu şekilde sıralayabiliriz :

1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kabul edilmesiyle birlikte, Türk Hukukundaki rekabetin ve rekabet özgürlüğünün korunması hususundaki yasal boşluk doldurulmuştur. Kanun, rekabetin korunması amacına yönelik oldukça elverişli ve etkin düzenlemeler içermektedir. Özellikle Kanun hükümleri çerçevesinde oluşturulan ve rekabet politikası oluşturulmasında belirleyici olan “*Rekabet Kurumu*” ve bu Kurum’un haiz olduğu yetkiler bunun en önemli göstergeleridir.
2. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, her ne kadar piyasada bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürüten her türlü kişi ve kişi gruplarına (ekonomik birimlere) uygulanma kabiliyetini haizse de, kanımızca bu hususta bazı noktaların açıklığa kavuşturulması gerekir. Öncelikle, Kanun’un uygulama alanı bakımından, ülke ekonomisi açısından hayati önem taşıyan bazı piyasalar veya sektörler bakımından bir istisna öngörülüp öngörülmeceğinin belirlenmesi gerekir. Örneğin, savunma sanayii veya tarım sektörü Kanun’un kapsamında mıdır? Bunun dışında, piyasalar değil, fakat teşebbüslerin aidiyeti veya yerine getirilen faaliyetin özelliği bakımından Roma Antlaşması’nda olduğu gibi, istisnaya yer verilip verilmeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu konularda, Rekabet Kurulu’nun hazırlayacağı yasal düzenlemeler ve yayınlayacağı tebliğler büyük ölçüde yeterli olacaktır. Ayrıca Kanun kapsamında olduğu hususunda tereddüt duyulmayan, fakat, rekabet koşulları açısından kendine haz özellikleri olan, taşımacılık, medya, sigorta ve bankacılık gibi bazı piyasalar için, rekabet kurallarının uygulanmasında özel düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kanımızca Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, bu gibi piyasalar bakımından özel bir takım düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır.
3. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 2. maddesi çerçevesinde, rekabet kuralları sadece Türkiye sınırları içerisinde faaliyet gösteren teşebbüslere değil, ülke dışında faaliyet gösteren teşebbüslere de tatbik edilebilir. Bununla birlikte, 2. madde hükmünden çıkan anlama göre rekabet kuralları, Türkiye sınırları içinde faaliyet gösteren, fakat bu faaliyetleri itibarıyla Türkiye’deki rekabet koşullarını olumsuz yönde etkileyemeyen teşebbüslere, örneğin

ihracat kartellerine de uygulanabilir. Bu nedenle, Kanun'da “*etki teorisi*”nin benimsenmiş olduğunu söylemek güçtür.

4. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan yasaklayıcı hükümlerin geniş lafzı nedeniyle, bu hükümlerin amaca uygun bir şekilde yorumlanması özel bir önem taşımaktadır. Kanımızca bu durumun en açık örneğini, 4. madde oluşturmaktadır. Söz konusu madde çerçevesinde, rekabete olan etkileri bakımından farklı değerlendirilmesi gereken yatay ve dikey sınırlamalar için herhangi ayırım gözetilmemiştir. Kanımızca, uygulamada önemli yer tutan ve ekonomik yaşamın devam edebilmesi açısından büyük önem taşıyan dikey anlaşmaların, 4. madde çerçevesinde farklı bir yasal düzenlemeye tabi tutulması gerekir. Bu hususta, Avrupa Birliği Hukukunda son aşamaya gelen eğilimlerin önemle dikkate alınması gerekir. Yasal bir düzenleme yapılmadığı takdirde, dikey sınırlamaların 5. maddedeki muafiyet hükmü içinde değil, 4. madde yasağı içinde “*rule of reason*” analizine göre değerlendirmesi yerinde olacaktır. Her ne kadar muafiyet sistemiyle bağdaşmıyor olsa da, görüşümüz çerçevesinde, 4. maddenin ikinci fıkrasının “*e*” bendinde yer alan “*anlaşmanın niteliği ve ticari teamüller*” kriteri, yapılacak bu tip bir değerlendirmeye veya sınırlamaya yasal dayanak olarak gösterilebilir.
5. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin uygulanabilmesi için, teşebbüsler arasındaki rekabetin değil, piyasadaki rekabetin sınırlanmış olması gerekir. Rakip teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlamakla birlikte, piyasadaki rekabete etkide bulunmayan bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının 4. madde içinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Avrupa Birliği Hukukunda, “*de minimis*” olarak adlandırılan bu yaklaşım çerçevesinde, tarafların piyasada teşkil ettiği güç nedeniyle piyasadaki rekabete etkide bulunması mümkün olmayan danışıklı ilişkilerin 4. madde kapsamı dışında tutulması gerekir. Her ne kadar bu sonuca 4. maddenin yorumu ile de ulaşmak mümkünse de, hukuk güvenliği ilkesi ve teşebbüslerin Rekabet Hukukundan doğan hak ve yükümlülüklerin açıklığa kavuşturulması açılarından, bunun bir an önce yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gerekir. Ayrıca bu tip bir düzenleme, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması tali amacına da bir vasıta olarak görülebilir.
6. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için muafiyet sistemini benimsemiş olmakla birlikte, kanımızca muafiyet sisteminin mevcut durumu, kendisinden beklenen amacın gerçekleştirilmesi açısından yeterli değildir. Muafiyetin her iki türü

de, amacı veya etkisi itibarıyla piyasadaki rekabeti sınırlayan, fakat bir bütün olarak değerlendirildiğinde olumlu etkileri, olumsuz etkilerinden daha ağır basan danışıklı ilişkileri 4. madde yasağında (ve de özellikle geçersizlik yaptırımından) gerektiği ölçüde koruyamaz. Meseleye bireysel muafiyet açısından bakıldığında, muafiyet kararının ancak bildirim talebinin yapıldığı tarihten itibaren hükümlerini doğuracak olması bir kenara, yapılacak olan bildirimlerin yoğunluğu, büyük olasılıkla Kurul'un muafiyet incelemesini kısa süre içinde sonuçlandırmasını fiilen engelleyecektir. Bu ise, inceleme süresi boyunca anlaşma veya kararların askıda kalmasına ve buna taraf olanların da hukuki güvenceden yoksun kalmalarına neden olacaktır. Grup muafiyeti rejimi, bireysel muafiyetin sakıncalarını bir ölçüde telafi ediyorsa da, onun sağladığı koruma da yeterli değildir. Herşeyden önce, mevcut düzenlemeler itibarıyla grup muafiyetinin kapsamı oldukça sınırlıdır. Bu sınırlılık, özellikle iki açıdan kendini göstermektedir. Şu ana kadar çıkarılan tebliğler sadece dikey anlaşmalara ilişkindir. Oysa bazı tür yatay ilişkilerin de grup muafiyetinden yararlanması mümkün olmalıdır. Özellikle mevcut hükümler çerçevesinde ortak girişimlerin de 4. madde kapsamına girdiği düşünülürse, yatay anlaşmaların grup muafiyeti rejiminden yararlandırılmasının önemi daha iyi anlaşılır. Grup muafiyetinin kapsamının sınırlı olmasının diğer bir nedeni ise, yayınlanan tebliğlerin kaleme alınış tarzı ile ilgilidir. Tebliğler, sadece iki teşebbüsün taraf olduğu ve ancak tebliğde öngörülen sınırlamaları içeren danışıklı ilişkileri kapsamakta, danışıklı ilişkide, örneğin bir sözleşmede, başka bir rekabeti sınırlayıcı kaydın bulunması, grup muafiyetinin uygulanmamasına neden olmaktadır. Tebliğlerde muafiyete imkan veren rekabeti sınırlayıcı kayıtların yetersizliği karşısında, dikey sözleşmelerin gerçek anlamıyla grup muafiyeti koruması altında olduğunu söylemek güçtür. Bu itibarıyla grup muafiyeti tebliğlerinin daha esnek bir şekilde kaleme alınması ve yapılacak düzenlemelerin, ekonomik yaşamın gerçeklerini alması gerekir.

7. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, "*birlikte hakimlik*" kavramına ilişkin olan, "*başkaları ile yapacağı anlaşmalar ve birlikte davranışlar*" şeklindeki düzenleme, hükmün anlam ve bütünlüğünü bozmaktadır. Birlikte hakimlik yorumlanırken (4. maddede yer alan uyumlu eylemin kavramının elverişsizliği nedeniyle), oligopol piyasalarını ancak bu kavram vasıtasıyla denetim altına almanın mümkün olduğu hatırd tutulmalıdır. Kanun'un 6. maddesiyle ilgili değinilebilecek bir başka nokta, 2. fıkrada öngörülen kötüye kullanma kullanma hallerinin

sınırlayıcı olmaması karşısında benimsediğimiz görüş çerçevesinde, “aşırı fiyat uygulamaları”nın da, somut olayın özelliklerine göre bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirilebileceğidir. Kanımızca aşırı fiyat uygulamalarının bu kapsamda değerlendirilmesi, Kanun’un sistemine daha uygundur.

8. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 7. maddesinin oldukça teknik özelliklere sahip olması, söz konusu maddenin sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için açıklayıcı veya yol gösterici tebliğ veya benzeri düzenlemelerin yayınlanmasını gerektirmektedir. Kanımızca bu hususta Avrupa Birliği Hukukunda yürürlükte olan duyurulardan faydalanılması mümkündür. Bunun dışında, Kanun’un 7. maddesine dayanılarak yürürlüğe sokulan Tebliğ’e göre, ancak rekabeti sınırlayıcı olmayan ortak girişimler Tebliğ kapsamına girebilmektedir. Oysa örnek aldığımız Avrupa Birliği Hukukunda, 1997 yılında yapılan değişikliklerle birlikte, yapısal özellikler taşımaları kaydıyla, ortak girişimlerin tamamı konsantrasyon kapsamında değerlendirilmekte ve bunlar konsantrasyonların tabi olduğu usulden yararlanmaktadır. Bu usul benimsendiği takdirde, ortak girişimlerin 4. maddenin elverişli olmayan muafiyet ve geçersizlik sisteminden kurtulması sağlanacaktır. Kanun’un 7. maddesi hükmü ile ilgili değinilebilecek bir başka nokta, benimsenen “izin sistemi”ndeki nihai inceleme sürelerinin, 7. madde için elverişli olmamasıdır. Kanımızca bu sürelerin kısaltılması ve birleşme ve devralmaların farklı usullere tabi kılınması gerekir.
9. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’nu geçersizlik sistemiyle ilgili olarak, 4. maddeye ilişkin öngörülen geçersizliğin, amaca uygun olmadığını belirtmek gerekir. 4. maddenin geniş uygulama alanı nedeniyle, geçersizlik yaptırımını ticari hayattaki pek çok işlemin hukuki durumunu belirsizlik içine sokmaktadır. Üstelik muafiyet rejiminin yeterli koruma sağlayamaması, bu belirsizliği tehlikeli hale getirmektedir. Özellikle bireysel muafiyetin ve dolayısıyla geçerliliğin bildirim tarihinden itibaren hükümlerini doğuracak olması (RKHK.md.10/1), kanımızca acilen değiştirilmesi gereken bir düzenlemedir.
10. Son olarak, içerdiği hükümler itibarıyla amaca elverişli olduğunu söyleyebileceğimiz Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un, Türkiye piyasalarında ve Türk Hukukunun bir parçası olarak tatbik edileceği hatırdta tutulmalıdır. Kanun’un uygulanması ve sağlıklı bir rekabet politikasının oluşturulmasında, Türk ekonomisinin gösterdiği özelliklerin hassasiyetle dikkate alınması ve ulusal ekonomik çıkarların gözetilmesi gerekir. Bu itibarla, Hukukumuzda kaynaklık eden Avrupa Birliği Hukukundaki değişiklik ve

yeniliklerin hukukumuza aktarılmasında da, bu husus önemle göz önünde tutulmalıdır. Nihayet, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, hukukumuzla olan bütünlüğünün sağlanması şarttır. Bu bağlamda, ilk bakışta Kanun'a aykırı olabilecek çeşitli mevzuat hükümlerinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun karşısındaki durumlarının belirlenmesi ve aykırılıkların en aza indirilerek mevzuatların uyumlaştırılması gerekir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU Kevork**, “Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri”, İstanbul 1971
- ADKİNS Bernard**, “Air Transport and Competition Law”, London 1994
- AHLBORN Christian / TURNER Vanessa**, “Expanding Success ? Reform of the EC. Merger Regulation”, CMLRev, 1998, Vol.19, Iss. 4, sh.249-262
- AKINCI Ateş**, “Mukayeseli Hukuk Açısından A.T. ve A.B.D. Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1988 (atıf şekli : Akıncı,..)
- AKINCI Ateş**, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, Tes-Ar Yayını, No:20, Ankara 1996, sh. 51-66 (atıf şekli : Akıncı, Eleştiri, ..)
- AKINCI Ateş**, “Amerikan Rekabet Hukukunun Ana Hatları”, İSO. Dergisi, A.B.D. eki, Aralık 1991, sh. 147-152 (atıf şekli : Akıncı, ABD. Rekabet Hukuku,...)
- AKINCI Ateş**, “Rekabet Kurulu Teşkilatı”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, sh. 60-64 (atıf şekli : Akıncı, Rekabet Kurulu,..)
- AKİPEK Şebnem**, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, AHFD., 1995, C.44, S.1-4, sh.269-291
- AKÜNAL Teoman**, “Tüzel Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler”, İstanbul 1995 (atıf şekli : Akünal,..)
- AKYİĞİT Ercan**, “Hizmet Akdinin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği”, İstanbul 1990
- AKYOL Şener**, “Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, 2. Fasikül, İstanbul 1997 (atıf şekli : Akyol,..)
- AKYOL Şener**, “Medeni Hukuk Uygulama Örnekleri, Borçlar Genel Hükümler”, 2. Bası, İstanbul 1992 (atıf şekli : Akyol, Uygulama Örnekleri..)
- ALLISON R. John / PRENTICE A. Robert**, “The Legal Enviroment of Business”, 3rd Edition, Austin 1989
- ANDREWS Philip**, “Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach”, CMLRev. 1998, Vol. 19, sh.49 vd.
- ANİK Gülgün**, “Competition Rules of Turkey”, CMLRev. 1998, Vol. 18, sh.311-318
- AREEDA Phillip / KAPLOW Louis**, “Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases”, 5th Edition, New York 1997 (atıf sekli : Areeda/Kaplow, ...)

- ASLAN Yılmaz**, “Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”, Bursa 1997 (atıf şekli : Aslan,...)
- ASLAN Yılmaz**, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku”, Ankara 1992 (atıf şekli : Aslan, AT., ...)
- ASLAN Yılmaz**, “Rekabet Hukuku, Türkiye’de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi”, 2. Bası, Bursa 1993 (atıf şekli : Aslan, Kanun Önerisi, ...)
- ASLAN Yılmaz**, “Hakim İşletmelerin Hakim Durumların Kötüye Kullanmaları”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, sh.54-59 (atıf şekli : Aslan, Hakim Durum,..)
- AYTAÇ Zühtü**, “Bağlı İşletmeler”, BATIDER., 1976, C. 8, S.4, sh.97 vd.
- BAĞRIACIK Atilla**, “Türk Sanayinde Pazar Hakimiyeti”, İstanbul 1983
- BARLAS Nami**, “Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri”, İstanbul 1998
- BAŞPINAR Veysel** “Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı”, Ankara 1998
- BAYDAROĞLU Can**, “AB. ile Tam Üyelik Yolunda Gümrük Birliği”, İstanbul 1996
- BAYKAN Renan**, Türkiye’de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri”, İTO. Yayını No:1996-23, İstanbul 1996 (atıf şekli : Baykan,..)
- BAYKAN Renan**, “Rekabetin Korunması Kanunu İle İlgili Görüş ve Öneriler”, Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, sh.50-56 (atıf şekli : Baykan, Görüşler,..)
- BELLAMY Christopher / CHILD Graham**, “Common Market Law of Competition”, 4th Edition, London 1993 (atıf şekli : Bellamy/Child,..)
- BELLAMY Christopher / CHILD Graham**, “Common Market Law of Competition, 1st Supplement”, 4th Edition, London 1996 (atıf şekli : Bellamy / Child, supp..)
- BLACK Oliver**, “ Per Se Rules and Rule of Reason, What Are They?” CMLRev. 1997, Vol.18, sh.148 vd.
- BORK H. Robert**, “The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself”, 2nd Edition, New York 1993
- BOZER Ali / GÖLE Celal**, “Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi”, 14. Bası, Ankara 1994
- BUDAK Ali Cem**, “Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısı’nın Eleştirisi”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart, İstanbul 1993, sh.126-157

- CALAMARI D. John / PERILLO M. Perillo**, “Contracts”, 3rd Edition, New York 1997
- COOK C. J. / KERSE C. S.**, “EEC. Merger Control Regulation 4064/89”, London 1991
- CRAIG Paul / DE BURCA Grainne**, “EC. Law, Text, Cases and Materials”, Oxford, 1995
- CROTTI Francesca / KASMAN Mine**, “Turkey’s New Merger Control Legislation”, CMLRev.1998, Vol.19, Iss.6, sh.370-378
- ÇAPOĞLU Gökhan**, “Rekabet Kavramı ve Rekabeti Koruma Yasa Tasarısı”, Türkiye İktisat, Yıl 5, S.14, Mayıs 1993, sh.5-10
- ÇEKER Mustafa**, “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, BATIDER., C.18, S.3, sh. 261-277
- DALLEVES Louis**, “Avrupa ve İsviçre Hukukunda Anonim Şirketler Arasında Karşılıklı İştirakler”, (çev. Mahmut Birsnel), BATIDER., C.7, S.1-4, 1973, sh.357-396
- DAYINLARLI Kemal**, “Joint Venture Sözleşmesi”, Ankara 1989
- DELSAUX Pierre**, “AT. Rekabet Hukuku ve Üye Devletler Rekabet Yasaları”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart, İstanbul 1993, sh.23-27
- DOĞANAY Ümit**, “Adi Şirketler Akdi”, İstanbul 1968
- D.P.T.**, “Rekabet Hukuku ve Politikası Alanında AT Mevzuatına Uyum Değerlendirme Raporu”, 1994 (atıf şekli : DPT, ..)
- DURAL Mustafa**, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık”, İstanbul 1976
- EDİS Seyfullah**, “Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri”, Ankara 1979
- ERDEM Mete**, “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Sistemleri”, MHB., Yıl.1992, S.1-2, sh.11-40
- EREN Fikret**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” C. I, 5.Bası, İstanbul 1994
- ERKAN Hüsnü**, “Soruşturma, Rekabet Hukuku Yasa Tasarısı”, Mülkiyeliler Dergisi, 1994 Ocak, sh.32-36 (atıf şekli : Erkan,..)
- ERKAN Hüsnü**, “Rekabet ve Küçük İşletmeler”, İşveren Ocak 1998, sh.19-21 (atıf şekli : Erkan, Küçük İşletmeler, ..)
- EROL Kemal**, “Rekabet Kurulu’nun Yapısı, Yetkileri ve Usul”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, Tes-ar Yayını, No:20, Ankara 1996, sh.27-44 (atıf şekli : Erol,..)
- EROL Kemal**, “Rekabet Kurulu’nun Yapısı ve Yetkileri”, İKV. Dergisi, Eylül-Ekim S.132, 1998, sh. 34-45 (atıf şekli : Erol, Rekabet Kurulu,..)
- ERSİN Mehmet Akif**, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a Bakış”, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere

Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, Tes-ar Yayını, No:20, Ankara 1996, sh.17 vd. (atıf şekli : Ersin,..)

ERSİN Mehmet Akif, “4054 sy. Kanununun Temel Hükümleri ve Rekabet Kurulu'nun Yetkileri”, Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa'daki Uygulamalar Semineri, İTO. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları (2), 25 Mayıs 1995, sh.39-49 (atıf şekli : Ersin, Görüş ..)

ESİN Arif, “Rekabet Hukuku”, İstanbul, 1998 (atıf şekli : Esin Arif,...)

ESİN Zümrüt, “Avrupa Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Marmara Üniversitesi AT. Enstitüsü, Basılmamış Y. Lisans Tezi, İstanbul 1997 (atıf şekli : Esin,...)

EUROPEAN COMMISSION, “The Application of Art.85 and 86 of The EC. Treaty by National Courts in Member States”, Brussels 1997 (atıf şekli : EC. Report,..)

EUROPEAN COMMISSION, “24. Report on Competition Policy 1994”, Brussels-Luxembourg 1995 (atıf şekli : 24th Report,..)

EUROPEAN COMMISSION, “26. Report on Competition Policy 1996”, Brussels-Luxembourg 1997 (atıf şekli : 26th Report,..)

EUROPEAN COMMISSION, “27. Report on Competition Policy 1996”, Brussels-Luxembourg, 1998 (atıf şekli : 27th Report, ..)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on Cooperation between National Competition Authorities and the Commission in Handling Cases Falling Within the Scope of Articles 85 or 86 of the E.C. Treaty”, OJ.C.313, 15/10/97

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Article 85 and 86 of The EEC Treaty”, OJ.1993, C.39/6 (atıf şekli: Notice on Cooperation,..)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law”, OJ. C. 372, 9/12/1997 (atıf şekli : Notice on Relevant Market,)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Notion of Concentrations”, OJ. 1994 C.385/5 (atıf şekli : Notice on Concentrations,...)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Distinction Between Concentrative and Cooperative Joint Ventures”, OJ. 1994 C.385/1 (atıf şekli : Notice on Distinction,..)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Notion of Undertakings Concerned”, OJ. 1994 C.385/12 (atıf şekli : Notice on Undertakings,...)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Calculation of Turnover”, OJ.1994 C.385/21 (atıf şekli : Notice on Turnover,....)

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on the Non-imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases”, OJ. 1996 C.207

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on Concerning Agreements, Decisions and Concerted Practises in the Field of Cooperation Between Enterprises”, OJ. 1968, C.75

EUROPEAN COMMISSION, “Notice on Agreements of Minor Importance Which do not Fall under Article 85(1) of the Treaty Establishing the European Community”, OJ. 1997 C.372

EUROPEAN COMMISSION, “Green Paper on Vertical Restraints in EU. Competition Policy” (Execurive Summary), COM (96) 721 final, (1997) 4 CMLRev 519, 22 January 1997 (atıf şekli : Green Paper, ...)

FİKENTSCHEK Wolfgang, “İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku)” (çev Tuğrul Ansay, Mustafa Ünal), BATIDER. Ayrı Bası Haziran 1980, C.10, S.3, sh.711 vd.

GİJLSTRA D.J. / MURPHY D.F., “Leading Cases and Materials on the Competition Law of The EEC.”, Kluwer 1976

GİRİTLİ İsmet, “Türkiye’nin İdari Yapısı”, 8. Bası, İstanbul 1991

GOYDER D. G., “EEC. Competition Law”, Oxford 1988

GREEN Nicholas / ROBERTSON Aidan, “Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK. and EC.” 2nd Edition, London 1997

GÜRAL Jale, “Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısından Türk Medeni Kanunu’nun Sistemi”, Ankara 1953

GÜRİZ Adnan, “Hukuka Giriş”, Ankara 1996

GÜRZUMAR Osman B., “Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukten Korunması”, İstanbul 1995

HALL F. D., “Enforcement of EC. Competition Law by National Courts”, Procedure and Enforcement in EC. and US. Competition Law, Proceedings of the Leiden Europa Instituut Seminar on User-friendly Competition Law, Edited by: Slot Pier Jan, McDonnel Alison, London 1993, sh.41-49

HATEMİ Hüseyin, “Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları”, İstanbul 1976

HEIDENHAIN Martin / SCHNEIDER Hannes, “German Antitrust Law”, 4th Edition, Frankfurt 1991

HİRSCH E.E., “Ticaret Hukuku Dersleri” İstanbul 1946

İMREGÜN Oğuz, “Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak”, 10. Bası, İstanbul 1993

İNAN Nurkut, “Türk Rekabet Kanunu Tasarısının Birinci Bölümü”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, sh.46-53 (atıf şekli : İnan,..)

İNAN Nurkut, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Avrupa Birliği Rekabet Politikasına Uyum”, Avrupa Birliği El Kitabı, Merkez Bankası Yayını, 2. Bası, Ankara 1995, sh.247-258 (atıf şekli : İnan, RKHK,...)

İNAN Nurkut, “Maddi Hukuk Açısından Rekabet Hukuku”, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, sh.67-77, Bodrum 16-19 Mayıs 1998, (atıf şekli: İnan, Maddi Hukuk,...)

İNECİ Barbaros,” A.E.T. Rekabet Politikası ve Şirket Birleşmelerinin Kontrolü”, İKV. dergisi C.7, Yıl: 7, sh.15-33 (atıf şekli : İnci,..)

İŞGÜZAR Hasan, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, Ankara 1989

JACQUEMIN Alexis, “AT. Sanayi ve Rekabet Politikaları”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, sh.7-16 (atıf şekli : Jacquemin, ...)

JACQUEMIN Alexis, “Horizontal Concentration and European Merger Policy”, Mergers, Market and Public Policy, (yayına hazırlayan: G. Musatti), Kluwer 1995, sh.81-94 (atıf şekli : Jacquemin, Horizontal Concentration,..)

KABAALIOĞLU Haluk, “Avrupa Rekabet Hukuku”, İkinci Yılında Gümrük Birliği Semineri, 8-9 Kasım 1997, İstanbul, yayına hazırlayan: Türkiye Avrupa İşbirliği Derneği İstanbul Şubesi, İstanbul 1998, sh.76-86

KANETİ Selim, “Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)”, İstanbul 1972 (atıf şekli : Kaneti,...)

KANETİ Selim, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları 1955-1964”, Ankara 1968 (atıf şekli : Kaneti, Federal Mahkeme Kararları...)

KAPLAN İbrahim, “İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, Joint-Venture”, Ankara 1994

KARAKEÇİLİ Feridun, “Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi – Birleşmeler, Devralmalar ve Ortak Girişimler (Joint-Ventures)”, İKV. Yayınları, No:143, İstanbul 1997

KARAKESİCİ Feridun / ALAGÖZ Aylin / ÇALIŞ Şirin, “Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları”, İKV. Yayınları, No : 135, İstanbul 1995

KARAYALÇIN Yaşar, “Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme”, 3. Bası, Ankara 1968 (atıf şekli : Karayalçın, ...)

KARAYALÇIN Yaşar, “Üst Kuruluşlar Hukuku”, BATIDER 1991-1992, C.16, S.1-4, sh.7-46 (atıf şekli : Karayalçın,Üst Kuruluşlar ..)

KARLUK Rıdvan, “Avrupa Birliği ve Türkiye”, 4. Bası, İstanbul 1996

KATIRCIOĞLU Erol, “Bir Pazar Ekonomisi Kurumu Olarak Rekabet Hukuku” Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İnan, Tes-ar Yayını No:20, Ankara 1996, sh.1 vd. (atıf şekli : Katircioğlu, ...)

- KATIRCIOĞLU Erol**, “Türk Rekabet Kanunu Tasarısı ile İlgili Görüşler”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, Tartışmalar, 11-12 Mart, İstanbul 1993, sh.86-88 (atıf şekli : Katırcıoğlu, Görüşler,..)
- KERESTECİOĞLU Argun**, “Ekonomik ve Sosyal Boyutlarıyla Müşterek Teşebbüslerin AB. Rekabet Normları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996
- KERSE C. S.**, “E.C. Antitrust Procedure”, 3rd Edition, London 1994
- KINTNER Earl W.**, “An Antitrust Primer”, 2nd Edition, London 1973
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, “Borçlar Hukuku Dersleri” 2. Bası, İstanbul 1985 (atıf şekli : Kocayusufpaşaoğlu,..)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip**, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile İlgili Düşünceler”, Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, sh.25-34 (atıf şekli, Kocayusufpaşaoğlu, Hükümsüzlük,..)
- KORAH Valentine**, “ An Introductory Guide to EEC. Competition Law and Practise”, 5th Edition, London 1994 (atıf şekli : Korah,..)
- KORAH Valentine**, “Cases and Materials on EC. Competition Law”, Oxford 1997 (atıf şekli : Korah, Cases,..)
- KORAH Valentine**, “Vertical Restraints in EC Competition Law”, Türkiye Birinci Uluslararası Rekabet Sempozyumu, 5-6 Ekim 1998, İstanbul (atıf şekli :Korah, Vertical,..)
- KORAH Valentine / ROTHNIE Warwick** “Exclusive Distribution and the EEC. Competition Rules”, 2nd Edition, London 1992
- KURU Baki**, “Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı”, 6. Bası, Ankara 1994
- LANGEN Eugen / BUNTE J. Hermann**, “Kommentar zum Deutschen und Europaischen Kartellrecht”, 8. Auflage, Berlin 1998
- LARGO Esra**,”Rekabet Politikasının Ekonomik ve Hukuksal Anlamı ve Avrupa Birliği Rekabet Politikası” Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye S.26 Temmuz – Ağustos, 1996
- LİEBERMAN K. Jetrho / SİEDEL J. George**, “The Legal Enviroment of Business”, New York 1989 (atıf şekli : Lieberman/Siedel, ...)
- LIPSEY G. Richard / STEINER O. Peter / PURVÍS D. Douglas**, “Economics” 8th Edition, New York 1987 (atıf şekli : Lipsey/Steiner/Purvis, ..)
- MESSERLIN Patrick**, “Türkiye Açısından Anti-damping ve Anti-sübvansiyon Politikaları”, Türkiye İçin Rekabet Politikaları Konulu Sempozyum, İstanbul 1993, sh.78-90
- MOROĞLU Erdoğan**, “Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, İkinci Bası, İstanbul 1993 (atıf şekli : Moroğlu,..)

MOROĞLU Erdoğan, “Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri”, İstanbul, 1978 (atıf şekli, Moroğlu, Oy Sözleşmeleri,..)

OĞUZMAN Kemal, “Medeni Hukuka Dersleri”, 6. Bası, İstanbul 1990 (atıf şekli : Oğuzman,..)

OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Dersleri”, 1998 İstanbul

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY Saibe, “Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler” 6. Bası, İstanbul 1999

OKTAY Saibe, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, İHFM. 1997, C.LV- S.3, sh.209-234

ÖZ Turgut, “Sebepsiz Zenginleşme”, İstanbul 1998 (atıf şekli : Öz,..)

ÖZ Turgut, “Management Sözleşmesi”, İstanbul 1998 (atıf şekli : Öz, Management,..)

ÖZAY İl Han, “Günüşığında Yönetim”, İstanbul 1992

ÖZEL Sibel, “The Extraterritorial Application of the EEC. Competition Rules”, Mahmut R. Belik’e Armağan, İstanbul 1993, sh.335-356

ÖZEN M. Murat, “Uluslararası Teknoloji Transferi Sözleşmeleri, (Franchise, Lisans ve Joint Venture)”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1996

ÖZSUNAY Ergun, “Kartel Hukuku”, İstanbul 1985 (atıf şekli : Özsunay, ...)

ÖZSUNAY Ergun, “A.E.T.”de Karteller ve Rekabeti Sınırlayıcı Diğer Uygulamalar”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, 1980-81, S.2, sh.63 vd.(atıf şekli : Özsunay, Kartel, ..)

ÖZSUNAY Ergun, “Pazardaki Egemen Gücün Kötüye Kullanılması, Hoffman LaRoche Kararı Üzerine bazı Düşünceler” İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, 1980-81, S.10, sh.407 vd. (atıf şekli : Özsunay, Hoffman La Roche,..)

ÖZSUNAY Ergun, “Pazardaki Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin İlginç Bir Olay –Zoja/CSC-IC Kararı- Üzerine Bazı Düşünceler” İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, 1980-81, S.10, sh.352-355. (atıf şekli : Özsunay, Zoja Kararı,..)

ÖZSUNAY Ergun, “AET.’nun 86. maddesinin Uygulanması Bakımından Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılmasında İlgili Pazar Kavramı” İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, S.9, Aralık 1980 sh.319 vd. (atıf şekli : Özsunay, İlgili Pazar,..)

ÖZSUNAY Ergun, “Satıcılara Yeniden Dışsatım Yasağı Öngören Dağıtım Sözleşmeleriyle A.E.T. Rekabet Düzenin Bozulması: -B.M.W. – Belçika ve diğerleri/, AET. Komisyonu Kararı- Üzerine Bazı Düşünceler” İktisat ve Maliye Dergisi, C.28, Ocak 1982, S.10, sh.417 vd. (atıf şekli : Özsunay, BMW, ...)

ÖZSUNAY Ergun, “Üye Devletler Arasında Ticaretin Etkilenmesine İlişkin Ölçütler ve Komisyon’un Para Cezası Verme Yetkisi : -Tepea B. V./Komisyon

Kararı- Üzerine Bazı Düşünceler” İktisat ve Maliye Dergisi, C.29, Ekim 1982, S.7, sh.274 vd. (atıf şekli : Özsunay, Tepea,..)

ÖZSUNAY Ergun, “Roma Antlaşmasının 36 ve 85. maddeleri Arasındaki İlişki : Societes Coditel / Cine Vog Films ve Diğerleri Kararı Üzerine Görüşler ve Standartlar”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.29, S.10, Ocak 1983 sh.394 vd. (atıf şekli : Özsunay, Societes Coditel, ..).

ÖZSUNAY Ergun, “Koperatif Üyeleri İçin Münhasır Satılma Yükümlülüğünün Öngörülmesi Yoluyla A.E.T. Rekabet Düzenin Bozulması: Cooperative Stremsel – En Kleurselfabrik / Komisyon Kararı Üzerine Düşünceler” İktisat ve Maliye Dergisi, C.29, S.9, Aralık 1982 sh.362-364 (atıf şekli : Özsunay, Münhasır Satın Alma..)

ÖZSUNAY Ergun, “A.E.T. Rekabet Hukukunda Paralel İthalatın Kısıtlanmasına İlişkin Anlaşmaların Roma Anlaşmasının 85. Maddesine Aykırılığı, -N.V. I.A.Z. International Belgium S.A. ve Diğerleri v. Komisyon Kararı- Üzerine Gözlemler”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.31, S.9, Aralık 1984 sh.355 vd. (atıf şekli : Özsunay, Anseau,..)

ÖZSUNAY Ergun, “Yetkili Satıcılar Arasında Satış Yasağı Öngören Sözleşmelerin Roma Antlaşmasının Madde 85/f.1’e Aykırılığı, HasselBlad (GB) Limited/Komisyon Kararı Üzerine Görüşler”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.31, S.2, Mayıs 1984 sh.66 vd (atıf şekli : Özsunay, HasselBlad, ...)

ÖZSUNAY Ergun, “Pazardaki Egemen Durumun Genel İndirim Sistemi İle Kötüye Kullanılması ve Üye Devletlerden Birinin Ülkesinin Ortak Pazarın Esaslı Bir Bölümü Sayılabileceği Durumlar: 9 kasım 1983 Tarihli “Michelin / Komisyon Kararı Üzerine Bazı Gözlemler”İktisat ve Maliye Dergisi, C.30, S.12, Mart 1984 sh.469-473 (atıf şekli : Özsunay, Michelin,..)

ÖZSUNAY Ergun, “Tercihli Dağıtım Sisteminde Ayrımcı Uygulamalar ve Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin Standartlar”, İktisat ve Maliye Dergisi, C.29, S.8, kasım 1983 sh 307 vd. (atıf şekli : Özsunay, Tercihli Dağıtım, ..)

ÖZSUNAY Ergun, “Türk Kartel Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı”, Rekabetin Korunması, Türkiye ve Avrupa’daki Uygulamalar Semineri, İ.T.O. Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları II, 25 Mayıs 1995, sh.57-70 (atıf şekli : Özsunay, Hakim Durum..)

ÖZSUNAY Ergun, “Türkiye’de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı’na İlişkin Görüşler”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, 11-12 Mart, İstanbul 1993 sh.107-126 (atıf şekli : Özsunay, Görüşler,.....)

ÖZTÜRK Pınar, “Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi” Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, sh.491 vd.

PAPPALARDO Aurelio, “AT. Rekabet Hukuku ve Uygulaması”, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, sh.17-22

PEPPERCORN Luc, “The Economics of Verticals”, Competition Policy News Letter, Vol.2, 1998, June, sh.1 vd.

POROY Reha, “Avrupa Ekonomik Topluluğunda Rekabet Hukuku”, Çeşitli Sorunlar Üzerine Konferanslar, IV, 1973 sh.59-70 (atıf şekli : Poroy,...)

POROY Reha, “Ticari İşletme Hukuku”, 6.Bası, İstanbul 1991 (atıf şekli, Poroy, Ticari İşletme...)

POROY Reha / TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, “Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku”, 7. Bası, İstanbul 1997 (atıf şekli : Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, ...)

RAWLİNSON William / CORNWELL Malachy, “European Community Law, A Practitioner’s Guide”, 2nd Edition, London 1994

RAYBOULD M. David / FIRTH Alison, “Law of Monopolies, Competition Law and Practise in the USA., EEC., Germany and the UK.”, London 1991

REİSOĞLU Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 12. Bası, İstanbul 1998

ROTH Volf, Hening, “AET. Rekabet Hukuku”, AT. Hukuku ve Türkiye’nin Uyum Semineri, 1989 TEB Yayını (Çev. Fazıl Sağlam), sh.158

SAYMEN Ferit H. / ELBİR Halid Kemal, “Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler”, İstanbul 1958

SELİÇİ Özer, “Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi”, İstanbul 1976

SEROZAN Rona, “Sözleşmeden Dönme”, İstanbul 1975 (atıf şekli : Serozan,..)

SEROZAN Rona, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri ve Haksız Zenginleşme”, C.3, İstanbul 1998 (atıf şekli : Serozan, İfa. ..)

SEROZAN Rona, “Tüzel Kişiler”, İstanbul 1990 (atıf şekli : Serozan, Tüzel Kişiler,..)

SMITH H./ HERZOG P., “The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty”, New York 1976

SMITH Jonathan, “Abuse of Dominant Position : Predatory Pricing : AKZO Chemie BV v Commission”, CMLRev. 1991, Vol. 12, sh. 205 vd.

SPRINGER Ulrich, “Meeting Competition : Justification of Price Discrimination under EC. And US. Antitrust Laws”, CMLRev 1997, Vol.18, sh.251 vd.

STOCKMANN Kurt, “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması”, (Çev. Meneviş Öğüt), Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet

Boyutu Konrad Adenauer Vakfı, Yayına Hazırlayan Hüsnü Erkan, İzmir 1992 sh.17-39

TANDOĞAN Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama”, C.I/1, 6.bası, İstanbul 1990 (atıf şekli : Tandoğan,...)

TANDOĞAN Haluk, “Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması”, Ankara 1977 (atıf şekli : Tandoğan, Tüketicilerin Korunması...)

TEKİL Fahiman, “Anonim Şirketler Hukuku”, İstanbul, 1993

TEKİNALP Ünal, “A.E.T. Antlaşmasının 85 ve 86.maddeleri Anlamında İşletme Kavramı (I)”, İktisat ve Maliye Dergisi 1980, C.26, S.11, sh.452-456 (atıf şekli : Tekinalp,...)

TEKİNALP Ünal, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları”, İstanbul 1979 (atıf şekli : Tekinalp, Güç Boşluğu,..)

TEKİNALP Ünal, “Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri”, İHFM. 1996, C.LV (1996), sh.27-86 (atıf şekli : Tekinalp, Gümrük Birliği, ..)

TEKİNALP Gülören, “Uyumlu Eylemler Kavramı” Hayri Domaniç’e Armağan, sh. 201 vd. (atıf şekli : Tekinalp Gülören,...)

TEKİNALP Ünal / TEKİNALP Gülören, “Avrupa Birliği Hukuku”, İstanbul 1997 (atıf şekli : Tekinalp/Tekinalp, ...)

TEKİNALP Ünal / TEKİNALP Gülören, “Perdeyi Kaldırma Teorisi,” Reha Poroy’a Armağan, sh.387 vd.(atıf şekli : Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi,..)

TEKİNALP Ünal / TEKİNALP Gülören, “Joint Venture”, Karayalçın’a Armağan, İstanbul 1995, sh.201-207 (atıf şekli: Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture,..)

TEKİNAY S. Sulhi, “Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku”, 6. Bası, İstanbul 1992

TEKİNAY S. Sulhi / AKMAN Sait / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Bası, İstanbul 1993

TEOMAN Ömer, “Tek Satıcılık Hakkınının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulama Olanığı” Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 9.4.1993 Tarihli Sempozyum, sh.25-40 (atıf şekli : Teoman,...)

TEOMAN Ömer, “Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar” C.1, Kitap 7,1995-1996, İstanbul 1997, sh.105-111 (atıf şekli : Teoman, Ayrıcalıklı Paylar,...)

TEOMAN Ömer, “Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar”, C.1, Kitap 5, 1992-1993, Ankara 1995, sh.25-34 (atıf şekli : Teoman, İstisna Sözleşmesi,..)

- TİRYAKİOĞLU Bilgin**, “Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı”, Ankara 1997
- TOLUNER Sevin**, “6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlararası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, İHFM.1996, C.LV, sh.3-26
- TÖRE Nahit**, “Rekabet ve Piyasalar”, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, (Düzenleyen Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Tarafından) Bodrum, 16-18.5.1998, Ankara 1998, sh.34-64
- TREACY Pat**, “Essential Facilities-Is the Tide Turning”, CMLRev. 1988, Vol. 19, Iss.8, sh.502 vd.
- TÜRK Hikmet Sami**, “Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi”, Ankara 1986 (atıf şekli : Türk, ...)
- TÜRK Hikmet Sami**, “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi” BATIDER, C.XIII, S.2, 1983, sh.120 vd. (atıf şekli, Türk, Sosyal Piyasa Ekonomisi,...)
- TOĞUŞLU Arzu**, “Roma Antlaşmasının 85 ve 86. maddeleri Çerçevesinde Rekabet Kuralları ve Türkiye’deki Rekabet Ortamına Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997
- VAR Hülya**, “Avrupa Birliğinde Şirket Birleşmelerinin Kontrolü”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996
- von TUHR Andreas**, “Borçlar Hukuku” (Çev. Cevat Edege) I ve II. Cilt, Ankara 1983
- WEATHERILL Stephen / BEAUMONT Paul**, “EC Law”, 2nd Edition, London 1995
- WHISH Richard / SUFRIN Brenda**, “Competition Law”, 3rd Edition, London 1993 .
- WILLIMSKY Margaret Sonya**, “The Concept of Competition” CMLRev 1997, Vol.1 sh.54 vd
- WOUDE Marc Van Der**, “The Court of First Instance : The First Three Years”, 16 Fordham International Law Journal, 1993, sh.421 vd.
- YASAMAN Hamdi**, “Anonim Ortaklıkların Birleşmesi”, Ankara 1987
- YILMAZ Lerzan**, “Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı”, Mahmut R. Belik’e Armağan, İstanbul 1993, sh.475-491
- ZONNEKEYN A. Geert**, “The Treatment of Joint Ventures Under the Amended EC. Merger Regulation”, CMLRev. 1998, Vol.19. Iss. 7, sh.414-421