

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2014

- ◆ Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü
Çiğdem AKKAN
- ◆ Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi
Hamdi PINAR
- ◆ Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin
Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi:
Kone Kararının Yansımaları
Eda ŞAHİN

15. YIL
15th YEAR
2000'den beri yayında
Published since 2000

ISSN 1302 - 552X

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15 Sayı/Number: 2 Nisan/April 2014

Üç ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published quarterly

**Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim
ve Asos Index veri tabanlarında
dizinlenmektedir.**

*Competition Journal is indexed in the
EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index
databases.*

YAYINCI REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

SORUMLU MÜDÜR
MANAGING DIRECTOR
Akın ŞİMŞEK

YAYIN KOMİSYONU
EDITORIAL BOARD
Ali İhsan ÇAĞLAYAN
Ali DEMİRÖZ
İbrahim AYDEMİR
Ömür PAŞAOĞLU

DANIŞMA KURULU
ADVISORY BOARD
Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Ömer Faruk ÇOLAK
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Erden KUNTALP
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Güven SAK
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Prof. Dr. Nahit TÖRE
Prof. Dr. Ercan UYGUR
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Osman GÜRZUMAR
Prof. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ
Doç. Dr. İzak ATİYAS
Doç. Dr. Hasan ERSEL

EDİTÖRLER
EDITORS
Dr. Murat ÇETİNKAYA
Yüksel KAYA
Ş. Demet KORKUT

YAYIN SEKRETERİ
PUBLISHING SECRETARY
Özlem ERDOĞAN

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Yönetim Yeri / Managing Office:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address: <http://www.rekabet.gov.tr/rekabetdergisi>

Basımcı / Printer:

Pelin Ofset Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi Bölgesi
Matbaacılar Sitesi 1514. Sok. No: 28
06378 Yenimahalle / Ankara
www.pelinofset.com.tr

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 15

Sayı/Number: 2

Nisan/April 2014

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

1 MAKALELER / ARTICLES

**3 Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü /
*Non-Compete Obligation in Oil Dealership Agreements***
Çiğdem AKKAN

**59 Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi /
*The Relationship Between Competition Law and Unfair Competition Law***
Hamdi PINAR

**89 Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin
Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi:
Kone Kararının Yansımaları / *The Assessment of Umbrella Claims in
Light of the European Union Competition Rules: Reflections on The Kone
Judgment***
Eda ŞAHİN

**127 YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI /
*PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS***

MAKALELER
ARTICLES

**AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMELERİNDE REKABET
ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ****NON-COMPETE OBLIGATION IN OIL DEALERSHIP AGREEMENTS****Çiğdem AKKAN*****Öz**

Kullanım alanı son derece geniş olan akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan ve bayiye rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen hükümlerin geçerliliği konusu rekabet hukukunda önemli bir yere sahiptir. Beş yılı aşan rekabet yasakları kural olarak 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile yasaklanmış ise de bayilik sözleşmesi ile birlikte akdedilen intifa, kira, ekipman sözleşmeleri gibi sözleşmeler yoluyla bu yasağı dolanma yolu bulunmuş ve neredeyse akdedilen tüm akaryakıt bayilik sözleşmelerinde bu yol tercih edilmiş olmuştur. Bu çalışmamızda 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ve sınırlar incelenmiş; ayrıca bayilik sözleşmeleri ile birlikte akdedilen kira, intifa ve ekipman sözleşmeleri gibi sözleşmeler yoluyla rekabet yasağının sınırlarının aşılması hakkında Rekabet Kurumunun tutumu, ilgili yargı kararları ve doktrinel görüşler ele alınarak konuya ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Akaryakıt Bayilik Sözleşmesi, Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, İntifa Hakkı, Petrol Piyasası Kanunu, Repsol Kararı.

Abstract

The issue of the validity of the clauses placed in oil dealership agreements, extremely common areas, and putting the dealer under non-compete obligation have a significant place in competition law. Although non-compete obligation exceeding five years has been banned by the Communiqué No. 2002/2 as a rule, a way of dodging this rule has been found by means of the complementary agreements such as rental contract, utilization agreement, equipment agreement etc. and this way has been preferred in almost all of the oil dealership agreements. In this study, the regulations and limits in regard to the non-compete obligation imposed by the Communiqué No. 2002/2 have been analyzed. In addition, an analysis as to this subject has been made through the policies of the Competition Board, the verdicts relating to this matter and the doctrinal opinions about overcoming the limits of non-compete obligation by means of the complementary

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi, DEÜ SBE Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

agreements concluded such as rental contract, utilization agreement, equipment agreement etc.

Keywords: *Oil Dealerhip Agreement, Non-compete Obligation, the Usufructuary Right, Petroleum Market Law, Repsol Decision.*

GİRİŞ

Rekabet, özellikle serbest piyasa ekonomilerinin en temel kavramlarından biridir. Bu nedenle, serbest piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işlerliğini sürdürebilmesi için rekabet ortamının korunması ve sağlıklı bir şekilde rekabetin devamının sağlanması zorunludur. Buna rağmen; özellikle tacirlerin kendi müşteri çevrelerini koruyabilme ve birtakım yatay ya da dikey anlaşmalar ile başka teşebbüslerle paylaştıkları ticarî sırlarının, *know-how*'ın ve müşteri çevresine ait bilgilerin başka teşebbüslerce kullanılmasını engelleme amacıyla özel hukuk alanındaki birçok sözleşme türünde farklı rekabet yasağı kurallarına yer verilmektedir. Bu şekilde rekabet yasağı hükümlerinin sözleşmelerde yer alması, bazı hallerde bir tarafın korunması için zorunluysen bazı hallerde amacını aşarak bu yükümlülükle yüklenen tarafın serbestçe ticarî faaliyette bulunmasını engellemek suretiyle, o teşebbüsün ekonomik geleceğini tehlikeye atabilmektedir. Bu nedenle, rekabet etmeme yükümlülüklerine ilişkin düzenlemelerin tamamen yasaklanması kadar, hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın serbest bırakılması da son derece sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedir. Özellikle, serbest rekabet ortamının korunması ve bu yapılırken gerektiği noktada müdahalelerde bulunarak bazı kısıtlamaların getirilmesi, piyasada dengenin sağlanması yönünden hayli büyük önem taşımaktadır¹.

Bu çalışma kapsamında, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde yer alan, bayinin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin hangi hallerde geçerli olup hangi hallerde geçerli olmayacağı ilgili mevzuat, Rekabet Kurulu kararları, Danıştay kararları, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları ve Avrupa Komisyonu kararları çerçevesinde incelenecektir. Ayrıca; özellikle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) ile konuya ilişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları sonucunda doktrinde son derece tartışmalı hale gelen akaryakıt bayilik sözleşmelerindeki rekabet yasağı

¹ Dikey anlaşmalarda yer alan kısıtlayıcı hükümlerin piyasada yaratabileceği rekabeti iyileştirici etkiler için bkz. ROTH, QC, P. ve V. SLOANE (2002), "Vertical Restraints in Domestic and EC Competition Law", <http://www.moncton.com/docs/library/Vertical%20Restraints%20in%20Com%20Law%20-%20PR%20VS.pdf>, Erişim Tarihi: 12.03.2014, s. 4; SLAUGHTER ve MAY (2012), "The EU Competition Rules on Vertical Agreements", <http://www.slaughterandmay.com/media/64575/the-eu-competition-rules-on-vertical-agreements.pdf>, Erişim Tarihi: 10.04.2014, s.30 vd.

hükümlerine yönelik sınırlandırıcı düzenlemelerin 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu (PPK) hükümleri ile uyumlu olup olmadığı ve bu düzenlemelerin birlikte ne şekilde yorumlanması gerektiği sorularına cevap aranacaktır.

1. DAĞITIM ANLAŞMALARINI VE AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMELERİNDEKİ REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE GENEL BAKIŞ

Bayilik sözleşmeleri, dağıtım anlaşmalarının bir türü olmakla birlikte nitelik itibariyle dikey anlaşmalardır. Rekabet hukukunda dikey anlaşmalar, değer zincirinin farklı seviyelerindeki işletmeler arasında yapılmaktadır. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2'ye göre dikey anlaşmalar, “Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar” olarak tanımlanmıştır. Dağıtım anlaşmaları ise sağlayıcılar ile dağıtıcılar arasında akdedilen, sağlayıcıların temin ettiği mal ya da hizmetlerin dağıtıcılar tarafından belirli bir bölgede yeniden satışının yapılmasının üstlenildiği anlaşmalardır. 2002/2 sayılı Tebliğ'de dağıtıcı yerine alıcı kavramına yer verilmiş olması nedeniyle Tebliğ ile uyum sağlanabilmesi açısından bundan sonra gerektiği durumlarda “alıcı” kavramı kullanılacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in mehz mevzuattaki karşılığı 2790/1999 sayılı Tüzük'tür². Bu Tüzük'ten önce tek elden dağıtım, tek elden satım ve *franchise* konularında ayrı ayrı düzenlemeler yapılmıştı³. 2002/2 sayılı Tebliğ'de ise tüm dikey ilişkiler için ortak hükümlere yer verilmiştir.

Rekabet kuralları aracılığıyla dikey sözleşmelerin tarafları arasında bir menfaat dengesi kurulmaya çalışılmaktadır. Bu çerçevede; hem bayiye tanınan tekel hakkına ilişkin sınırlandırmalar getirilmekte hem de sağlayıcı lehine bayiye yüklenen rekabet etmeme yükümlülüklerinin sınırları belirlenmektedir. Böylece

² Avrupa Birliği müktesebatında ise 330/2010 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü, OJ L 102/1, 23.04.2010, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması'nın (Lizbon Sözleşmesi- “Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on Functioning of the European Union”, OJ C 83/1, 30.03.2010) 101/3 hükmüne dayalı olarak çıkarılmış ve 01.06.2010 tarihi itibariyle yürürlüğe girerek 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nü (OJ L 336/21, 29.12.1999) yürürlükten kaldırmıştır.

³ 2002/2 sayılı Tebliğ yürürlüğe girmeden önce, 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1998/7 sayılı *Franchise* Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği olarak üç ayrı tebliğ ile dikey anlaşmalar düzenlenmekteydi. Bu tebliğlerin hükümleri, sözleşme özgürlüğünü büyük ölçüde sınırlandırıyor olması nedeniyle “çelik korse”ye benzetilmekteydi. Bkz. NEİPOĞLU, S. ve D.U. GÖÇEN (2008), “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VI, 4-5 Nisan 2008* içinde, s. 196. Daha sonra 2002/2 sayılı Tebliğ ile tüm bu tebliğler yürürlükten kaldırılarak dikey anlaşmalara ilişkin tüm düzenlemeler tek bir çatı altında toplanmıştır.

sınırsız tekel hakkı ve sınırsız rekabet etmeme yükümlülükleri yasaklanmaktadır. Rekabet hukuku kurallarıyla bayiye tanınan basit tekel hakkı serbest bırakılmışken, güçlendirilmiş tekel hakkının sadece aktif ticaret bakımından getirilmesi mümkün kılınmış⁴; pasif ticaretin^{5,6} ve paralel ticaretin⁷ engellenmesi yasaklanmıştır. Bayiye tanınabilecek olan tekel hakkının sınırlandırılmış olması, dağıtım konusu mal ve hizmetin daha kolay dolaşımını sağlamakta; aynı zamanda pazara giriş engelleri oluşmasının ve pazarın kapanmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Buna karşılık bayilerin de ticarî yaşamlarını idame ettirmelerinin sağlanması, ekonomik menfaatlerinin korunması ve bayilik sözleşmesi sona erdikten sonra pazar dışına çıkmalarının engellenmesi, bunun yanında başka sağlayıcıların da kendi mal veya hizmetlerinin dağıtımını yapabilecek bayiler bulabilmeleri imkânının temin edilmesi gerekmektedir. Bu noktada, bayilik sözleşmelerine getirilen rekabet etmeme yükümlülüklerinin yasal düzenlemeler ile sınırlandırılması önem taşımaktadır.

Akaryakıt sektöründe dağıtım anlaşmalarının kullanımı çok yaygın olmakla birlikte rekabet hukuku kapsamındaki uyumsuzlukların en fazla bu sektörde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Bu nedenle özellikle rekabet etmeme yükümlüğü yönünden yürürlükteki mevzuat bir bütün halinde ele alınarak sektörün yakından incelenmesi gerekir. Akaryakıt sektörü regüle edilen bir pazar olup Enerji Piyasası Denetleme Kurumu (EPDK) tarafından sektörde faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler denetime tâbi tutulmaktadır. Yapılan bu denetimlerde yasal mevzuatların gereklerinin yerine getirilip getirilmediği incelenmekte ve aykırılık halinin tespitinde gerekli idari cezalar uygulanmaktadır.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüklerinin öncelikle PPK kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

⁴ Bayiye münhasır bölge tayin edilmeyen hallerde bayiye aktif satış yasağı getiren bayilik sözleşmesinin grup muafiyetinden yararlanamayacağı yönünde bkz. Rekabet Kurulunun 06.11.2012 tarih ve 12-54/1517-535 sayılı “*Şezai Keleş ve Keleş Petrol Tur. Özel Eğ. İnş. Ve Tarım Ür. San. Ltd. Şti.- Altınbaş Petrol Tic. A.Ş.*” kararı.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Dördüncü Bası, Bursa, Türkiye, s. 265 vd.; ASLAN, İ.Y. (2004), *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar*, Bursa, Türkiye, s. 100; KÜÇÜKAYHAN AŞÇIOĞLU, M. (2011), *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Ankara, Türkiye, s. 180 vd., Roth QC ve Sloane 2002, s. 7.

⁶ Örneğin, tek satıcı konumundaki bayinin yetkili olduğu bölgeye internet üzerinden başka bir bölgede yetkili olan dağıtıcının satış yapması pasif ticarettir ve yasaklanamaz. Ancak bir başka bölgede yetkili olan bayi, kendisinin yetki alanı dışında kalan ve başka bir bayinin yetkili olduğu bölgede stand veya mağaza açarsa, o çevredeki müşterilere reklam amaçlı katalog gönderir, herhangi bir şekilde o bölgede reklam yaparsa bu faaliyet aktif ticaret niteliğindedir. 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında alıcıya güçlendirilmiş tekel hakkı tanınarak bu tür aktif satışların yasaklanması muafiyet alınmasını engellemeyecektir.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan 2007, s. 262 vd.; Küçükayhan Aşçıoğlu 2011, s. 183; GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara, Türkiye, s. 203 vd.

1.1. PPK'ya Göre Akaryakıt Bayilerinin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

1.1.1. PPK'nın Amacı

PPK'nın 1. maddesinin birinci fıkrasında Kanun'un amacı "...yurt içi ve yurt dışı kaynaklardan temin olunan petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetlerinin şeffaf, eşitlikçi ve istikrarlı biçimde sürdürülmesi için yönlendirme, gözetim ve denetim faaliyetlerinin düzenlenmesini sağlamaktır." olarak belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında "Bu kanun; petrole ilişkin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerinin sağlanmasına ve geliştirilmesine yönelik; düzenleme, yönlendirme, gözetim ve denetim işlemlerini kapsar." hükmüne yer verilmiştir.

PPK'nın amacına ilişkin bu hüküm incelendiğinde, bu Kanun'la amaçlananın; petrol sektöründe piyasanın şeffaflaşması, eşitlikçi, istikrarlı bir piyasa oluşturulması ile güvenli ve rekabetçi bir pazarın varlığının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle; PPK ile amaçlanan, sektördeki rekabetin kısıtlanması değil; aksine rekabetçi bir ortam içinde istikrarlı ve güvenli piyasa faaliyetinin oluşması için uygun koşulların yaratılmasıdır⁸. Asıl olarak PPK, güvenli bir rekabetçi pazarın varlığını, kaçak akaryakıtın önüne geçerek sağlamayı amaçlamaktadır. Bir diğer deyişle; her ne kadar kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan amaç maddesinde açıkça bu husus belirtilmemiş olsa da, Kanun'un geneline baktığımızda özellikle lisans alma ve koşulları, kaçak akaryakıt dağıtımını önleme amaçlı denetim mekanizması ile bu hükümlere aykırılık halinde uygulanacak idarî cezaların ağırlıklı olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Kısacası, PPK'nın amacının petrol piyasasında rekabeti sağlamak olduğunu söylerken; bunun altındaki asıl amacın ise kaçak akaryakıtı önleyip piyasayı denetim altında tutmak olduğu göz ardı edilmemelidir⁹.

1.1.2. PPK'da Düzenlenen Rekabet Yasası

PPK m.2'de, Kanun'da düzenlenen kavramların tanımlarına yer verilmiştir. Buna göre; bayilik, karşılıklı yükümlülüklerin ekinde fizibilite olan bir sözleşmeye bağlanarak akaryakıt dağıtım şirketleri tarafından gerçek ve tüzel kişilere, akaryakıtın kullanıcılara ikmalî yetkisi verilmesi işlemi; dağıtıcı ise akaryakıt

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, İ.Y. ve E. ÖNAL (2011), *Türk Akaryakıt Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Ekin Basın Yayın, Bursa, Türkiye, s. 118 vd.

⁹ Gürzumar ve Sanlı tarafından, PPK'nın asıl amacının kaçak akaryakıtın önüne geçmek olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bkz. GÜRZUMAR, O.B. ve K.C. SANLI (2009), "Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında", *Halûk Konuralp Anısına Armağan* içinde, Cilt III, s. 564.

dağıtım yetkisi olan ve lisansına işlenmesi halinde depolama, taşıma, ihrakiye¹⁰ ve madeni yağ üretimi işlemleri yapabilen sermaye şirketi olarak tanımlanmıştır.

PPK m. 7, akaryakıt ürünlerinin dağıtımını; m. 8 ise bayilere ilişkin esasları düzenleyen hükümlere yer vermektedir. Madde 7/1 şu şekildedir:

“Dağıtıcı lisansı sahipleri, akaryakıt olarak tanımlanan ürünlerin dağıtım hakkına sahip olur. Dağıtıcı lisansı sahipleri, kendi mülkiyetlerindeki veya sözleşmelerle oluşturacakları bayilerinin istasyonlarına akaryakıt dağıtımının yanı sıra, serbest kullanıcılara akaryakıt toptan satışı ve depolama tesislerinin yakınındaki tesislere boru hatları ile taşıma faaliyetlerinde bulunabilir. Dağıtıcılar başka akaryakıt dağıtıcılarının bayilerine dağıtım yapamazlar.”

Madde 8/1'e göre ise bayiler lisansının devamı süresince bayisi olduğu dağıtıcı haricinde diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapmama ile yükümlüdür. Burada tek elden satın alma¹¹ ve kanundan doğan bir rekabet etmeme yasağı söz konusudur¹². Bir akaryakıt bayisi, sadece bayisi olduğu dağıtıcıdan ve o dağıtıcının bayilerinden akaryakıt temin edebilecek; diğer dağıtıcı ya da bayilerden akaryakıt temini yoluna gidemeyecektir. Kanun koyucu tarafından bu yasal rekabet etmeme yükümlülüğü düzenlenirken bu yükümlülüğe, süre yönünden ya da başka bir yönden hiçbir kısıtlayıcı ölçütle sınırlama getirilmemiştir. Böylece, bayilik ilişkisinin devamı süresince geçerli olacak şekilde bir yasal rekabet yasağı ortaya çıkarılmıştır. Bu durumda, bir akaryakıt bayisi bayilik sözleşmesinin hitamına kadar PPK m. 8 hükmüyle tek elden temin yükümlülüğü altına sokulmuş ve kanunen rekabet etmeme yükümlülüğüne tâbi tutulmuş durumdadır. Kanun koyucunun bu şekilde bir rekabet yasağı getirmesinin asıl amacının, bir bayilik sözleşmesi akdedip gerekli koşulları sağlayarak lisans alan bir akaryakıt bayisinin, farklı dağıtıcılardan temin ettikleri akaryakıtın satışını yapmasını engellemek olduğu söylenebilir. Daha doğru bir ifadeyle asıl amaç; yasal koşulları sağlayıp lisans almış olan bir bayinin, daha sonra bu lisans altında farklı markalarla kaçak akaryakıt satışına yönelmesini engellemektir. Özellikle, PPK'da 2013 yılında yapılan değişikliklerle kanun koyucunun asıl amacının kaçak akaryakıt ticaretinin önüne geçmek olduğu daha net bir şekilde anlaşılmaktadır¹³. Ancak kanun koyucu tarafından kaçak

¹⁰ Ihrakiye, PPK m. 2'de; *“Ülkenin karasuları ve /veya karasuları bitişiğinde deniz vasıtalarına veya hava meydanlarında yerli ve yabancı uçaklara vergili veya vergisiz sağlanan akaryakıt ve maden yağı”* olarak tanımlanmıştır.

¹¹ Tek elden satın alma sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BADUR, E. (2002), “Türk Rekabet Hukukunda Tek Elden Satın Alma Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku* içinde, s. 435 vd.

¹² Aslan ve Önal 2011, s. 14.

¹³ 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına dair Kanun, 28 Mart 2013 tarihinde kabul edilerek 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

akaryakıtı önlemek üzere getirilmiş olan bu düzenlemenin bayileri süresiz ve sınırlayıcı hiçbir kıstas olmaksızın mutlak bir rekabet etmeme yükümlülüğü altında bırakıyor olmasının rekabet hukukunun amacıyla ne kadar uyumlu olduğu konusu eleştirilmeye değerdir. Zira PPK ile getirilen bu düzenlemeyle bayilerin ticaret alanı süresiz ve koşulsuz olarak sınırlanmakta, bayilik sözleşmesine taraf olan sağlayıcıya uzun süreli bayilik sözleşmeleriyle bayiyi kendine bağlama imkânı getirilmektedir. Bunun sonucunda, akaryakıt pazarına girmek isteyen yeni sağlayıcıların dağıtım ağı kurmasını son derece güçleştirerek piyasanın kapanmasına neden olabilecek bir pazar yapısının ortaya çıkması kuvvetle olası bir hâl almaktadır. Bu noktada rekabet hukukunun devreye girerek bu istenmeyen sonucu önlemesini beklemek kaçınılmazdır.

PPK m. 8 ile PPK'nın diğer hükümleri arasında da bağlantı kurulması ve bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. PPK m. 2'de verilen tanımlar incelendiğinde akaryakıt bayilerinin gerçek ya da tüzel kişi olabildiği, akaryakıt dağıtıcılarının ise ancak bir sermaye şirketi olabileceği görülmektedir. Bir gerçek ya da tüzel kişinin akaryakıt bayisi, bir sermaye şirketinin ise dağıtıcı olabilmesi için uygulanması gereken esaslar, PPK'nın 22. maddesine dayalı olarak çıkarılan Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği¹⁴ (Yönetmelik) ile düzenlenmektedir. Bahsi geçen Yönetmelik'in 14. maddesine göre lisanslar 49 yıla kadar verilebilir; lisans ile kazanılan hak ve üstlenilen yükümlülükler lisans süresince geçerlidir. PPK m. 8 ile Yönetmelik'in 14. maddesi birlikte değerlendirildiğinde bir akaryakıt bayisinin 49 yıla kadar bayilik lisansı alabileceği, aynı yönetmeliğin 16. maddesine göre bu sürenin uzatılabileceği ve bu süre içerisinde de bayinin kanundan doğan bir rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlı olacağı sonucu çıkarılmaktadır. Bu kapsamda, tek bir sözleşmeyle yaratılan 49 yıllık aralıksız rekabet etmeme yükümlülüğünün rekabet hukuku yönünden kabul edilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Aşağıda incelenecek olduğu üzere, 2002/2 sayılı Tebliğ düzenlemeleri ile konuya ilişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları sonucunda bu konu ilgili doktrinde son derece tartışmalı bir durum haline gelmiş; bu düzenlemelerin PPK m. 8 ile uyumlu olup olmadığı, bu düzenlemelerin birlikte ne şekilde yorumlanması gerektiği konusunda bir görüş birliğine varılamamıştır.

1.2. 2002/2 sayılı Tebliğ Kapsamında Akaryakıt Bayilerinin Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

1.2.1. Petrol Piyasası Mevzuatı ile 2002/2 Sayılı Tebliğ Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri, hakkında özel bir düzenleme bulunmayan tüm dikey anlaşmalara uygulanır. Akaryakıt sektörü ve bu sektördeki dağıtım zincirine ilişkin özel bir tebliğ ya da başkaca bir yasal düzenleme bulunmadığından akaryakıt

¹⁴ 17.06.2004 tarihli ve 25495 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

bayilik sözleşmelerine de 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri uygulanmaktadır. Ancak burada tartışılması gereken konu; petrol piyasası mevzuatı ile getirilen düzenlemeler karşısında 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen ve daha sonra yürürlüğe giren PPK hükümleri ile çelişki oluşturabilecek düzenlemelerin geçerli kabul edilip Rekabet Kurulu tarafından Tebliğ hükmüne göre karar verilmesinin hukuka uygunluğudur.

Petrol piyasası mevzuatı genel itibariyle sektöre ve lisanslama işlemlerinin işleyişine özgü düzenlemeler getirmekte, sektördeki rekabetin korunması konusunda düzenleme yetkisi ise 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) ile Rekabet Kurulu tebliğlerine ait bulunmaktadır. Ancak Rekabet Kurulunca çıkarılan 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile rekabet etmeme yükümlülüğünün en fazla beş yıl olabileceği ve istisnalar saklı kalmak kaydıyla beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlüğü içeren bir bayilik sözleşmesinin grup muafiyetinden yararlanamayacağına yönelik getirilen düzenleme PPK'dan daha eski tarihli olmasına rağmen PPK m. 8'i bertaraf edebilecek midir? Tebliğin bu hükmü akaryakıt bayilik sözleşmelerine uygulanabilecek midir?

Uygulama doktrinde, bir tebliğ hükmünün kanuna aykırı olmasının mümkün olamayacağı, PPK'nın yürürlüğe giriş tarihinin 2002/2 sayılı Tebliğ'den daha sonra olması ve bu durumda PPK m. 8'in akaryakıt sektörüne ilişkin olarak 2002/2 sayılı Tebliğ'in ilgili hükmünü uygulama dışı bıraktığının kabulü gerektiği, bu nedenle, akaryakıt bayilik sözleşmesindeki rekabet etmeme yükümlülüğünü azamî beş yıl ile sınırlayarak bunu aşan akaryakıt bayilik sözleşme hükümlerinin muafiyetten yararlanamayacağını öngören Rekabet Kurulu ve Danıştay kararlarının aslında kanuna açıkça aykırılık oluşturduğu yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır¹⁵.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler incelenirken Rekabet Kurulunca sadece 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde hareket edilerek PPK'nın yok sayılması yönünde bir yaklaşım sergilenmesi hukuka uygun görülemez. Ancak böyle bir tutumun haklı görülüyor olması, doktrinde yapılan bu eleştirilerin isabetli olduğu sonucunu da doğurmamalıdır. Konuyu incelerken öncelikle PPK m. 8 ile 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5'i ayrı ayrı irdeleyip her iki hükümden çıkan sonuçları sentezleyerek bir sonuca varılması gerekmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ, RKHK'nın 5. maddesine dayanılarak çıkartılmış olup; bu Tebliğ'de anlaşmaları, RKHK'nın m. 4. maddesindeki hükümlerin uygulanmasından muaf tutacak koşullar belirlenmektedir. Başka bir deyişle; RKHK m. 4'e aykırı olup Tebliğ hükümlerinin koşullarını da yerine getiremeyen anlaşmaların, grup muafiyetinden yararlanmaları mümkün olamayacak ve bu anlaşmalar RKHK'nın 4. maddesine tâbi tutulacaktır. Ancak

¹⁵ Aslan ve Önal 2011, s. 14, ASLAN, İ.Y. (2010), "Akaryakıt Dağıtım Sözleşmelerinde Yer Alan Rekabet Yasaklarının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VIII* içinde, s. 23, 27 vd.

bu anlaşmaların, RKHK 5. maddede yer alan şartları karşılıyor olması halinde bireysel muafiyetten yararlanabilmeleri söz konusu olacaktır. RKHK'nın 4. maddesiyle, rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak bozma, engelleme, kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmıştır. Yine RKHK'nın 65. maddesinde, 4. maddeye aykırı anlaşmaların geçersiz olduğu, bu anlaşmalardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği ve ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceği düzenlenmiştir. RKHK ve buna dayanılarak çıkarılmış olan 2002/2 sayılı Tebliğ ile amaçlanan, rekabetin korunması ve sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanmasıdır. PPK m. 8'in düzenleniş amacı ise farklı olup yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi kaçak akaryakıtın önüne geçilmesinin sağlanmasıdır.

Doktrinde konuya ilişkin olarak Gürzumar ve Sanlı tarafından kabul edilen görüşe göre; PPK m. 8 ile amaçlanan kaçak petrolün önlenmesi iken, RKHK m. 4 hükmünün amacı, anti-rekabetçi etkilerin önlenmesidir.¹⁶ Bunlar göz önüne alındığında PPK m.8 nedeniyle RKHK m. 4'ün uygulanamayacağı sonucuna varılamaz. Bu görüşe göre, uzun süreli münhasır sözleşmeler rekabeti engelleyici etkiler doğurmakla birlikte, PPK m. 8'de münhasırlığın süresi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu kapsamda, PPK m. 8'in, RKHK m. 4'teki münhasırlık hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği sonucuna varılabilir. 2002/2 sayılı Tebliğ yönünden ise; PPK m. 8 karşısında akaryakıt sektöründe akdedilen dağıtım sözleşmelerindeki münhasırlık kayıtlarının 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerine göre değerlendirilmesi mümkün değildir. Şöyle ki; PPK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, münhasırlık kayıtlarının RKHK m. 4'ün kapsamına *per se* girdiği kabul edilemeyecektir. Bu nedenle, münhasırlık kayıtlarının 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi söz konusu değildir. Bu durumda sözleşmede yer alan münhasırlık kaydının süresinin, PPK m. 8 ile hedeflenen amacın sağlanması için gerekli olan süreyi aşp aşmadığının somut olay çerçevesinde incelenmesi gerekir. Eğer PPK m. 8 bakımından gerekli olan bu sınır aşılmamışsa sözleşme, RKHK'nın 5. maddesine göre bireysel muafiyetten yararlanabilecektir. Ancak Tebliğ'deki beş yılı aşmayan münhasırlık kayıtlarını kanuna uygun kabul eden karine, akaryakıt bayilik sözleşmeleri için uygulanmaya devam edecektir¹⁷.

¹⁶ Gürzumar ve Sanlı 2009, s.564.

¹⁷ Gürzumar ve Sanlı 2009, s. 564 vd. Yazarlar tarafından, akaryakıt bayilik sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtildikten sonra Tebliğ'deki beş yılı aşmayan münhasırlık kayıtlarının kanuna uygun kabul edilmesi yönündeki karinenin akaryakıt bayilerine uygulanması gerektiği yönündeki açıklamaları çelişki oluşturur bir görüntü sergileyebilir. Öncelikle, akaryakıt bayilik sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılması tarafımızca mümkün görülmemektedir. Tebliğ'deki koşulları karşılayan akaryakıt bayilik sözleşmelerinin grup muafiyetinden yararlanmasını engelleyen bir durum yoktur. Buna karşılık, 2002/2 sayılı Tebliğ'deki koşulları karşılamayan ve beş yılı aşkın bir süre için münhasırlık kaydı getiren bayilik sözleşmelerindeki münhasırlık

PPK m. 8’de öngörülen münhasırlık, bayilik sözleşmesi süresince devam etmek zorunda olan ve kanundan doğan bir zorunluluktur. 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinde ise, bayilik sözleşmelerindeki münhasırlık hükümlerinin en fazla beş yıl için getirilebileceği düzenlenmiş ve aşağıda açıklanacağı üzere, beş yıldan sonra tarafların açık iradeleri ile olmak koşuluyla yeniden zincirleme olarak bayilik sözleşmeleri akdedebilecekleri ve mevcut sözleşmeyi yenileyebilecekleri kabul edilmiştir. Bu durumda taraflar arasında münhasırlık kaydı içeren beş yıl süreli bir akaryakıt bayilik sözleşmesi akdedilmiş olduğunu düşündüğümüzde, bu sözleşme hem PPK m. 8’e hem de 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesine uygun olacaktır. Zira beşer yıllık sürelerle ve süre doldukça yeniden aynı koşullarda bir sözleşme akdederek Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği’nde düzenlenen lisans süreleri boyunca zincirleme sözleşmeler yoluyla münhasırlık kaydı içeren ilişkinin devam ettirilmesi mümkün olup bu tür bir ilişki hem petrol mevzuatına hem de 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5’e aykırılık taşımayacaktır. Sonuç itibariyle, taraflar arasında akdedilen bir akaryakıt bayilik sözleşmesinin her iki mevzuata da uygun bir şekilde düzenlenmesi imkân dâhilindedir. Bu nedenle, her iki mevzuat hükümlerinin çelişki oluşturduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Bu genel açıklamalardan sonra 2002/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde akaryakıt bayilik sözleşmelerine uygulanan rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin muafiyet koşulları incelenecektir.

1.2.2. Akaryakıt Bayilik Sözleşmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ Kapsamında Grup Muafiyetinden Yararlanabilmesi için Gerekli Koşullar

2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında muafiyetten yararlanılabilmesi için öncelikle 2. maddeye 2007 yılında eklenen bir değişiklik¹⁸ ile getirilen pazar payı eşliğinin aşılması gerekmektedir¹⁹. Buna göre; bu Tebliğ ile sağlanan grup

kayıtları sadece beş yıla kadarki süre için grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu sözleşmelerin beş yılı aşan kısmına bireysel muafiyet tanınmasının talep edilmesi öünde bir engel yoktur. Bu durumda Rekabet Kurulu, RKHK 5. madde çerçevesinde bireysel muafiyet koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyerek bir değerlendirme yapacaktır. Bu nedenle PPK m. 8 ile 2002/2 sayılı Tebliğ’in akaryakıt bayilik sözleşmeleri için tamamen devre dışı bırakıldığı sonucuna varılması mümkün görülmemektedir.

¹⁸ 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG 25.05.2007, 26532.

¹⁹ Eşik sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. BOLATOĞLU, H. (2009), “Grup Muafiyet Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçişin İktisadi ve Hukuki Gereklere”, K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri* içinde, s. 21 vd.; SANLI, K.C. (2009), “Rekabet Kurulu’nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım”, K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri* içinde, s. 75 vd.; KARAMAN COŞGUN, Ö. (2007), “Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları”, *TBB Dergisi*, No: 20(71), s. 108 vd., Neipoğlu ve Göçen 2008, s. 196 vd.; ILICAK, A. (2008), “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, www.actecon.com.

muafiyetinden yararlanabilmek için, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payı % 40'ı aşmamalıdır²⁰. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü²¹ içeren dikey anlaşmalarda ise bu pazar payı eşiği alıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payına uygulanacaktır²². Bu pazar payının aşılması halinde doğrudan doğruya grup muafiyetinden yararlanılamayacaktır; ancak şartların bulunması halinde RKHK m. 5 kapsamında bireysel muafiyet alınması mümkün olabilecektir. %40'lık pazar payının hesaplanması ve uygulanması 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6/a maddesinde düzenlenmiştir; ancak konumuzun kapsamı dışında kaldığından çalışmada bu konuya değinilmeyecektir.

Pazar payı eşiği yönünden yapılan inceleme neticesinde eşiğin aşılmadığı sonucuna varılmışsa ikinci aşamada akaryakıt bayilik sözleşmesi, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi çerçevesinde bir incelemeye alınacaktır. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi grup muafiyeti dışında kalan halleri düzenlemektedir²³. Konumuzun kapsamı bakımından grup muafiyeti dışında kalan bu haller bu

[com/PDF/Dikey_2008](#), Erişim Tarihi: 20.05.2014; ŞENSIVAS, B. (2007), "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Tartışmaları Hakkında Bir Değerlendirme", *Rekabet Derneği Rekabet Forumu*, No:31, s. 6 vd.

²⁰ Pazar payı analizinde dikkat edilecek kıstaslar konusunda bkz. ASLAN, İ.Y. (2002), "Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar", *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku* içinde, s.95 vd.; Küçükayhan Aşçıoğlu 2011, s. 151 vd. Bu pazar payı, 330/2010 sayılı AB Tüzüğü'nde %30 olarak düzenlenmiştir. Buna ilişkin olarak bkz. Roth QC ve Sloane 2002, s. 5 vd.; Slaughter ve May 2012, s. 13 vd.

²¹ Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, 25.05.2007 tarih ve 26532 sayılı RG'de yayınlanan 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile 2002/2 sayılı Tebliğin 3. maddesine eklenen (h) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, "Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satışı amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya saymasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülüktür."

²² Alıcının pazar payının önem taşıdığı tek durumun tek alıcıya sağlama yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerle sınırlı olmasının, zincir şeklinde hipermarketlerin yaygınlığı karşısında yetersiz olacağı, tek bir alıcı yerine iki alıcı tayin edilmesi halinde alıcının pazar payının dikkate alınmayarak sağlayıcının pazar payına göre belirleme yapılacağı, bunun da perakende sektöründeki yoğunlaşmalara engel olamayacağı görüşü doktrinde savunulmaktadır. Bkz. Karaman Coşgun 2007, s. 123.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, O.B. (2003), "2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliğ Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1-4 Nisan 2003* içinde, s. 112 vd.; Aslan 2007, s. 349 vd.; Aslan 2004, s. 145 vd.; Küçükayhan Aşçıoğlu 2011, s. 169 vd.; Güven 2008, s. 238 vd.; ASLAN, İ.Y. (2003), "Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Grup Muafiyeti Tebliği", *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinal'e Armağan* içinde, Cilt II, s. 9 vd.; Aslan 2002, s.87 vd., TOPÇUOĞLU, M. (2006), *Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Birinci Bası, Ankara, Türkiye, s. 113 vd. Bunlar "hard-core restriction" ya da "black list" olarak anılmaktadır. Bkz. Roth QC ve Sloane 2002, s. 7 vd., Slaughter ve May 2012, s. 7, 22 vd. Bir anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi kapsamında grup muafiyeti dışında kalması, o anlaşmanın şartları varsa bireysel muafiyet almasına engel değildir. Başka bir deyişle, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde sayılan haller "per se" yasaklar değildir. Buna karşılık kara listede sayılan yasakları içermeyen bir anlaşma "safe harbour = güvenli liman" olarak nitelenmektedir. Bkz. Slaughter ve May 2012, s. 7; KARAKILIÇ, H. (2013), *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye, s. 375.

çalışmada incelenmeyecektir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. maddesi çerçevesinde grup muafiyetine engel bir halin bulunmadığı tespit edildikten sonra sözleşmede bulunan ve bayiye rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen maddenin 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun olup olmadığı irdelenecektir.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenlenmektedir. Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler, 330/2010 sayılı AB Tüzüğü ile aynı doğrultudadır. Rekabet etmeme yükümlülüğü, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3/d hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal ve hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir.”

2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile rekabet etmeme yükümlülüğü, anlaşma sırasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü ve anlaşma bittikten sonraki rekabet etmeme yükümlülüğü olarak ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. Seçici dağıtım sistemi üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğü ise ayrıca ele alınmıştır. Akaryakıt dağıtımında seçici dağıtım sistemi uygulanması söz konusu olmadığından konu, bayilik sözleşmesinin devam ettiği dönemdeki rekabet etmeme yükümlülüğü ve bayilik sözleşmesi sona erdikten sonraki rekabet etmeme yükümlülüğü olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

1.2.2.1. Bayilik Sözleşmesinin Devam Ettiği Dönemde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

1.2.2.1.1. Konu Hakkındaki Düzenlemeler ve Rekabet Kurulu Kararları

1.2.2.1.1.1. Rekabet Etmeme Yükümlülüğünün Süresinin Azamî Beş Yıl Olması

2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi kapsamında bir akaryakıt bayilik sözleşmesinin muafiyet alabilmesi için anlaşmaya konan rekabet etmeme yükümlülüğünün bu maddedeki koşullara uygun olması gerekmektedir. Bu koşullardan ilki bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli olmamasıdır. Bayilik anlaşması ile bayiye getirilen belirsiz süreli bir rekabet etmeme yükümlülüğü muafiyet kapsamı dışında kalacaktır. Sözleşmede belirtilen rekabet etmeme yükümlülüğünün belirli süreli olması ise tek başına yeterli değildir. Ayrıca

bu sürenin 2002/2 sayılı Tebliğ’de belirtilmiş olan azamî süreyi aşmaması gerekmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesi ile getirilen azamî süre beş yıldır. Buna göre bir akaryakıt bayilik anlaşmasında bayi için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, anlaşmanın süresi ne olursa olsun en fazla beş yıl için getirilmiş olmalıdır. Bir başka deyişle, bir akaryakıt bayilik anlaşmasının süresi yirmi yıl olarak belirlenmiş olsa bile bayiye yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin en fazla beş yıllık bir süre ile açıkça sınırlandırılmış olması gerekmektedir. Bu şekilde açık bir süre sınırlamasının yapılmadığı hallerde sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin, sözleşme süresi ile aynı olduğu kabul edilecek ve bu sürenin beş yılı aşması halinde bayilik sözleşmesinin rekabet yasağı getiren hükmü grup muafiyeti dışında kalacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ’in ilgili hükmünde 2003 yılında yapılan değişiklikten²⁴ önce azamî beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün bir istisnası mevcuttu. Buna göre, bayinin anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının % 35’ten az olmamak üzere bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması hali istisna olarak düzenlenmişti. Bu durumda, rekabet etmeme yükümlülüğü on yıla kadar uzatılabilmekteydi²⁵. Ancak bu halde, beş yılı aşan kısım için bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü sadece yatırımın yapıldığı tesisle sınırlıydı. 2003 yılında yapılan değişiklikle bu istisna, 2002/2 sayılı Tebliğ metninden çıkartılmıştır. Geçici Madde ile bu değişiklikten önce yapılmış olan anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmeleri için, 2002/2 sayılı Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarih olan 18.09.2003 tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılan değişikliğe uygun hale getirilmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Kısacası, iki yıllık bir geçiş süreci öngörülmüştür. 18.09.2003 tarihinden önce yapılan sözleşmelere yeni hükmün ne şekilde uygulanacağı Rekabet Kurulunun 26.01.2006 tarihli *Total - Mevlana* kararı²⁶ ile açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, geçiş sürecinin sonu olan 18.09.2005 tarihi esas alınacaktır. Sözleşme bu tarihten önce yapılmış ve rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yıldan fazlaysa; ancak 18.9.2005

²⁴ 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG-18.09.2003, 25233.

²⁵ Doktrinde böyle bir istisnanın özellikle akaryakıt dağıtım şirketlerinin yararına olacağı, çünkü akaryakıt dağıtım şirketlerinin genellikle bayilerinin yatırımlarına önemli katkı sağladığı belirtilmektedir. Ancak bununla birlikte bu oranın tespitinde birçok sorunlarla karşılaşılacağı, oranın hesaplanması konusunda taraflar arasında çıkacak ihtilafların Rekabet Kurulu kararlarına da yansıtacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda, “sağlayıcı tarafından karşılanma” kavramının, sağlayıcının doğrudan veya dolaylı olarak geri almayacağı yatırımlar olarak anlaşılması gerektiği, yapılan yatırımların sözleşme süresince alıcı tarafından geri ödenecek olması halinde, bunun “sağlayıcı tarafından karşılanma” kavramı içine giremeyeceği vurgulanmaktadır. Bkz. Aslan 2007, s. 152, Aslan 2003, s. 19. Buna karşılık doktrinde hükmün, hangi hallerde yatırımın varlığından söz edileceği ve bu yatırım oranının ne şekilde hesaplanacağı konularında hukuk güvenliğini zedelediği düşüncesi ile eleştiri alması mümkün görülmektedir. Bkz. Gürzumar 2003, s 125.

²⁶ Rekabet Kurulunun 26.01.2006 tarih ve 06-04/55-13 sayılı kararı.

tarihi itibariyle geriye kalan süre beş yıldan fazla değilse bu sürenin sonuna kadar rekabet etmeme yükümlülüğü aynen uygulanacaktır. Ancak rekabet etmeme yükümlülüğünün geriye kalan süresi beş yıldan fazlaysa, beş yıla kadar, yani 18.09.2010 tarihine kadar bu yükümlülük geçerli olarak varlığını sürdürecektir, bu tarih itibariyle ise ortadan kalkacaktır²⁷.

Tebliğ'in 5/a-2 hükmünde rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli olarak düzenlendiğinin kabul edileceği belirtilmiştir²⁸. Örneğin, dört yıl süreli bir bayilik sözleşmesinde bayinin sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğü altında olduğuna yönelik bir hüküm konmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak aynı sözleşmede ayrıca bu sözleşmenin süre sonunda taraflarca aynen uygulanmaya devam edilerek zımnen yenilenebileceği yönünde de bir madde bulunmaktaysa, bu durumda 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5 kapsamında muafiyet alınamayacaktır. Bu şekilde bir yenileme maddesinin bulunması halinde bunun muafiyet kapsamında değerlendirilebilmesi için, bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünün sadece bu ilk sözleşmenin süresi ile sınırlı olduğunun ve yenilemeden etkilenmeyeceğinin ya da sözleşme yenilense dahi bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin hiçbir şekilde beş yılı aşmayacağına açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Bayilik sözleşmesindeki yenileme maddesinin zımnen yenileme yerine tarafların açık irade beyanları ile sözleşmenin yenilenebileceği yönünde düzenlenmesi halinde ise ilk sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin beş yılı aşmıyor olması halinde muafiyet alması mümkün olacaktır. Burada tarafların sözleşme süresini uzatabilmek için karşılıklı açık irade beyanları gerekeceğinden sözleşmenin ve

²⁷ Rekabet Kurulu tarafından 2009 yılında verilen *Aksaray Korkmaz Petrol Ltd. Şti.- Petrol Ofisi A.Ş.*, *Erk Petrol Yatırımları A.Ş.* kararında, taraflar arasında 25.12.2003 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayan bayilik sözleşmesiyle bağlantılı intifa sözleşmesinin, 18.09.2010 tarihine kadar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanacağı sonucuna varılmıştır. Bkz. Rekabet Kurulunun 24.06.2009 tarih ve 09-30/643-151 sayılı kararı.

²⁸ Rekabet Kurulu tarafından verilen *Raber Dericilik Gaz Ltd. Şti.- Bizimgaz* kararında, beş yıllık bir süre için imzalanan bayilik sözleşmesinde yer alan ve taraflardan birinin sözleşme süresinin bitmesinden üç ay evvel sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmemesi halinde sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl için yenileneceği hükmünün rekabet etmeme yükümlülüğünü belirsiz süreli hale getirdiği ve bu nedenle grup muafiyetinden yararlanamayacağı tespit edilmiştir. Ancak buna rağmen Rekabet Kurulu tarafından Bizimgaz'ın pazar payının düşük olması, piyasada hâkim durumda bulunmaması, ihlâlin fiyat tespiti gibi ağır bir ihlâl olmaması, bu nedenle rekabetin önemli ölçüde etkilendiğinin söylenmesinin mümkün olmaması gerekçeleriyle, RKHK m. 9/3'deki "*Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlâl ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.*" hükmüne dayanarak Bizimgaz'a bir yazı gönderilip sözleşmedeki rekabet yasaklarına aykırılıkları ve bu aykırılıkların ne şekilde giderileceği açıklanarak gerekli düzeltmelerin yapılmaması halinde haklarında RKHK kapsamında işlem yapılacağına bildirilmesine karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 05.04.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı kararı.

dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünün belirsiz süreli sayılması söz konusu olmayacaktır. Rekabet Kurulu tarafından verilen *Aygaz* kararında²⁹, bayilik sözleşmesinde yer alan “*Bu sözleşme, imza tarihinden itibaren 5 (beş) yıllık süre için akdedilmiştir. Beşinci yıldan sonra sözleşmenin yenilenebilmesi için tarafların karşılıklı olarak iradelerini yazılı şekilde, sözleşmenin sona ereceği tarihten en az 3 (üç) ay önce beyan etmeleri gerekmektedir.*” şeklindeki hükmün sözleşmenin yenilenmesi bakımından açık irade beyanı gerektirmesi ve zımnî yenilemeyi mümkün kılmaması nedeniyle grup muafiyeti kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Gerek rekabet mevzuatı gerekse Rekabet Kurulu kararları ile asıl yasaklanan, tarafların aralarında akdettikleri uzun süreli bayilik sözleşmeleriyle getirilen ve sözleşme süresince devam edecek olan rekabet etmeme yükümlülükleridir. Bu nedenle zımnî yenilemenin mümkün olduğu sözleşmelere izin verilmezken, *açık irade gerektiren yenilemeler* yönünden bir kısıtlama bulunmamaktadır. Başka bir deyişle; kanun koyucunun amacı, tarafların, özellikle de bayinin düşünme imkânına sahip olması ve yeni sözleşmenin iradî olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren ve beş yılı aşmayan sözleşmelerin taraflarca yeniden müzakere edilerek zincirleme bir şekilde yapılması *mümkündür*. Konu ile ilgili Rekabet Kurulu kararlarına değinildiğinde konu daha iyi anlaşılacaktır:

- ***Yakup Demirhan- Total Oil Türkiye A.Ş. kararı***

Rekabet Kurulunca *Yakup Demirhan- Total Oil Türkiye A.Ş.* kararında³⁰ taraflar arasında 2000 yılından bu yana süregelen bir ilişkinin bulunduğu, 16.03.2010 tarihinde Total ile alıcı arasında yeni bir bayilik sözleşmesi akdedildiği, bu tarih itibarıyla 5 yıl süreli intifa hakkı tesis edildiği, bu durumda taraflar arasında yeni bir dikey anlaşma yapılmış ve tarafların iradelerinin yenilenmiş olduğu değerlendirilmesinde bulunularak, dikey ilişkinin 16.03.2010 tarihinden itibaren 5 yıl süreyle grup muafiyetinden yararlanabileceğine, bu nedenle şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

- ***Güneş Petrol ve Kerestecilik İmş. San. ve Tic. Ltd. Şti.- Lukoil Eurasia Petrol A.Ş. kararı***

Güneş Petrol ve Kerestecilik İml. San. ve Tic. Ltd. Şti.- Lukoil Eurasia Petrol A.Ş. kararında³¹ Rekabet Kurulu tarafından, 10.06.2003 tarihinde 11 yıl süreli

²⁹ Rekabet Kurulunun 15.07.2009 tarih ve 09-33/761-181 sayılı kararı. Ayrıca aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 31.07.2008 tarih ve 08-49/702-277 sayılı *Cengiz Koçak- Mogaz Petrol Gazları A.Ş.* kararı.

³⁰ Rekabet Kurulunun 09.10.20013 tarih ve 13-57/796-336 sayılı kararı.

³¹ Rekabet Kurulunun 06.11.2013 tarih ve 13-62/855-363 sayılı kararı.

intifa hakkı tesis edildiği, 12.03.2010 tarihinde intifa şerhinin terkinini için ihtarname gönderildiği, ancak terkin yapılmadığı, taraflar arasında 18.09.2010 tarihinde bir protokol imzalandığı ve sözleşmede “09.06.2003 tarihli intifa ve 18.09.2005 tarihli bayilik sözleşmesi ile bağlantılı yeni bir işletmecilik ilişkisini başlatacağı konusunda taraflar mutabıktır” şeklinde bir hüküm bulunduğu ve bu kapsamda intifa hakkının terkin edilmesi gerektiği yönündeki şikâyet üzerine yapılan inceleme sonucunda; taşınmaz üzerinde 10.06.2003 tarihinde intifa hakkı tesis edildiği, 08.03.2004 tarihinde ilk kez bayilik sözleşmesi akdedildiği, ticari şartların değişmesi nedeniyle 15.03.2005 tarihinde yeniden bir bayilik sözleşmesi akdedildiği, Rekabet Kurulunun 12.03.2009 tarihli duyurusundan sonra 18.09.2010 tarihinde iki yıl süreli yeni bir dikey ilişki tesis edildiği, bu dikey ilişkide tarafların açıkça daha önce akdetmiş oldukları dikey ilişkilerin 18.09.2010 tarihi itibarıyla sona erdiğinin bilincinde oldukları, 18.09.2010 tarihi itibarıyla başlatılan yeni bayilik ilişkisinin önceki bayilik anlaşmalarından ve intifa hakkından bağımsız olduğu, bayinin kendi rızası ile hiçbir baskı altında kalmaksızın yeni bir bayilik sözleşmesi imzaladığı konularında mutabık kaldıkları, buna göre bu tür irade yenilemelerinde intifa hakkının süresinin dikey anlaşma süresiyle uyumlu olup olmadığına bakılması gerektiği, dosya kapsamında intifa hakkının 10.06.2014 tarihinde sona ereceği, bu nedenle uyumlaştırmaya gerek bulunmadığı, şikâyet konusu dikey ilişkinin grup muafiyeti kapsamında olduğu yönünde karar verilmiştir.

- ***Servet Polat Petrol ve Petrol Ürünleri San. Ve Tic. Ltd. Şti.- Starpet Garzan Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş. kararı***³²

Rekabet Kurulu *Servet Polat Petrol ve Petrol Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.- Starpet Garzan Akaryakıt Dağıtım ve Pazarlama A.Ş.* kararında, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un (Kılavuz) 35. paragrafına atıf yaparak çok önemli bir hususa değinmiştir³³.

³² Rekabet Kurulunun 12.11.2013 tarih ve 13-63/882-376 sayılı kararı.

³³ Aynı şekilde, *Mahir Aksoy (Aksoylar Petrol)- Can Aslan Petrolcülük San. A.Ş.* kararında da Rekabet Kurulunca, her ne kadar taraflar arasında 14.05.2007 tarihli beş yıl süreli bayilik sözleşmesinin sona ermesinden sonra 15.05.2012 tarihinde yeniden beş yıllık bayilik sözleşmesi akdedilmiş ise de, ilk bayilik sözleşmesinin süresinin bitiminde bayiye, 09.05.2007 tarihinde Can Aslan lehine tesis edilmiş olan 15 yıl süreli intifa hakkının sonlandırılması yönünde bir imkân tanınmış olduğu konusunda bir bulgu bulunmadığından dikey ilişkinin 09.05.2012 tarihine kadar grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 20.02.2013 tarih ve 13-11/159-81 sayılı kararı. Rekabet Kurulu, *Aydın Petrolcülük ve Tic. A.Ş.- Opet Petrolcülük A.Ş.* kararında, Opet ile Aydın Petrolcülük ve Tic. A.Ş. arasında imzalanan 03.03.2008 tarihli bayilik sözleşmesi ve 01.11.2007 tarihinde Opet lehine tesis edilen 15 yıl süreli kira hakkında oluşan dikey ilişkinin, taraflar arasında varılan mutabakat sonucu beş yıl süreyle yenilendiği ve taraflar arasında 01.02.2013 tarihli yeni bir bayilik sözleşmesi imzalanarak tapudaki kira şerhinin 01.02.2018 tarihinde sona erecek şekilde kısaltıldığı ve böylece dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygun hale getirildiği anlaşıldığından, dikey ilişki ile ilgili olarak RKHK çerçevesinde herhangi bir işlem

Buna göre; bayilik sözleşmesi, taraflarca irade yenilemesi suretiyle yeniden kurulmuş olsa da dikkat edilmesi gereken bir husus vardır; o da alıcının, sağlayıcısını seçme konusunda özgür iradesiyle karar vermiş olup olmadığıdır.

Rekabet Kurulunun bu kararına göre, alıcının özgür irade ile karar vermediğini gösteren ibare ise; bayilik sözleşmesiyle bağlantılı olan intifa, kira, ekipman gibi sözleşmelerin hiçbir kesintiye uğramaksızın devam etmiş olmasıdır. Benzer bir değerlendirmenin tam aksi durum için de geçerli olduğu düşünülmektedir. *Şöyle ki*; bayilik sözleşmesi kesintiye uğramaksızın devam ederken intifa, kira, ekipman gibi sözleşmelerin yenilenmiş olması, bu yenilemenin özgür irade ile yapılmadığının kabulünü gerektirmektedir.

1.2.2.1.1.2. Rekabet Etmeme Yükümlülüğünde Azamî Süre Düzenlemesinin İstisnası

Rekabet Kurulunca 2002/2 sayılı Tebliğ ile bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü azamî beş yıl ile sınırlandırıldıktan sonra buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, bayinin anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin

- mülkiyetinin, arazi ile birlikte sağlayıcıya ait olması halinde veya
- sağlayıcı tarafından bayi ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden bir üst hakkı sağlanarak yahut bir aynî ya da şahsî kullanım hakkı elde ederek bayinin faaliyetine bırakılması halinde

tesisine gerek olmadığı yönünde karar vermiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 17.04.2013 tarih ve 13-22/303-140 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 13.06.2013 tarih ve 13-36/465-201 sayılı kararı. ABAD tarafından verilmiş olan bir kararda, Neste ile 07.10.1986 tarihinde on yıllık süre ile imzalanan bayilik sözleşmesinde on yıldan sonra her zaman dağıtıcının bir yıl öncesinden bildirimde bulunmak kaydıyla sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir. 23.06.1998 tarihinde dağıtıcı Neste'ye, 01.7.1998 tarihi itibarıyla sözleşmeyi sonlandırdığını bildirmiştir. Bunun üzerine Neste, dağıtıcı bir yıl öncesinden ihtarda bulunmaksızın sözleşmeyi feshetmiş olduğundan zararlarının tazmini talebiyle mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme tarafından tartışma konusu, Neste'nin pazar payı ve pazara girişi engelleyip engellemediği noktasında toplanmıştır. Neste vekillerince Finlandiya'da akaryakıt pazarının doymuş bir pazar olduğu, Neste'nin 1.799 istasyondan 573'üne sahip olmasına rağmen pazar payının benzin ve mazotta % 33,5 ve % 44,2 olduğu, pazara yeni girişlerin gerçekleştiği, bunun yanında dava konusu sözleşmenin bir yıl öncesinden bildirilmek kaydıyla her zaman sonlandırılmasının mümkün olması karşısında sözleşmenin rekabeti önleyici bir etkisinin olmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir. ABAD tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, her ne kadar aynı sağlayıcı tarafından akdedilmiş olan dikey sözleşmelerin bir bütün olarak ve pazardaki diğer sağlayıcılar tarafından yapılmış paralel nitelikteki benzer sözleşmelerle birlikte değerlendirilmesi gerekmekte ve bu değerlendirmeyle pazar kapama etkisinin bulunduğu sonucuna varılmakta ise de sözleşmenin dağıtıcı tarafından bir yıl gibi kısa bir süre öncesinden bildirmek kaydıyla sonlandırılması mümkün olduğundan Art. 85/1 EC'nin uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır. Bkz. CJEU, Case C-214/99, *Neste Markkinointi Oy v Yötuuli Ky / Eija Inkeri Ritämäki / Anna - Kaisa Jukkola / Jari Markus Jukkola*, 06.07.2000, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 03.05.2014.

bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin bayi tarafından kullanılacağı süreye bağlanabilir³⁴. Burada önemli olan husus, üçüncü kişinin (malikin) bayi ile bir bağlantısının bulunmamasıdır³⁵. Üçüncü kişi ile bayi

³⁴ Konuya ilişkin bir ABAD kararında; sağlayıcı Total ile bayi Pedro IV arasında akdedilen dört ayrı sözleşme incelenmiştir. Bu sözleşmelerden ilki, bayiye ait arazi üzerine Total tarafından istasyon inşa edilmesi ve bu istasyonun mülkiyetinin Totale ait olması yönündedir. Bu sözleşmeye göre Total inşa ettirdiği istasyon için bayi her ay yaklaşık 1.500 Euro ödeyecek; 20 yılın sonunda istasyonun mülkiyeti bayiye geçecektir. Bu 20 yıllık süre, istasyonun işletilmeye başlandığı tarih itibarıyla işlemeye başlayacaktır. Taraflar arasındaki ikinci sözleşme kira sözleşmesidir. Kira sözleşmesi ile istasyon bir yıllık süre için bayiye kiralanmıştır. Kira sözleşmesi yenilenebilecektir ve aylık kira yaklaşık 3.600 Euro'dur. Üçüncü sözleşme ile bayi, tek elden satın alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Sözleşmenin süresi 20 yıl olup bayi bu süre içinde Total'in imajını, logosunu, renklerini kullanacak; ancak satışları kendi ad ve hesabına yapacaktır. Buna karşılık Total, bayiye aylık 2.100 Euro ödeyecektir. Ayrıca Total, bayiye tavsiye fiyatlarını bildirecek ve bu fiyatlarla pazarda rekabet edilebilirliği koruyacaktır. Ayrıca Total, bayiye Barcelona'daki diğer servis istasyonları tarafından kabul edilen en avantajlı fiyatlarla akaryakıt sağlamayı ve fiyatların hiçbir zaman Barcelona'daki diğer sağlayıcıların uyguladığı ortalama fiyatları aşmayacağını taahhüt etmiştir. Son olarak da Total, bayiye sağlayacağı yaklaşık 180.300 Euro kredi karşılığında bayının mülkiyetindeki arazi üzerinde lehine ipotek tesis ettirecektir. Bahsi geçen sözleşmeler on iki yıl uygulandıktan sonra bayi tarafından rekabete aykırı olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurulmuştur. ABAD önüne gelen dosyada bayiye tedarik edilecek istasyonun sağlayıcının kendisine ait olması ya da üçüncü bir kişiden temin edilmiş olması gerektiğini, bahsi geçen sözleşmelerle yasal rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin aşılmış olduğunu, ayrıca perakende satış fiyatının bayiye dayatıldığını tespit ederek taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki bütününe rekabet hukukuna aykırı bulmuştur. Bkz. CJEU, Case C - 260/ 07, *Pedro IV Servicios SL v Total Espana*, 2.04.2009, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 03.05.2014.

³⁵ Rekabet Kurulunun 2010 yılında verdiği bir karara konu olan olay şu şekildedir: Akaryakıt Pazarlama A.Ş., bir araziyi maliklerinden kiralarak BP ile akdettiği bayilik sözleşmesi gereği faaliyetini bu taşınmaz üzerinde sürdürmüştür. Bu ilişki sona erdikten sonra PO ile taşınmaz malikleri arasında yapılan anlaşmayla PO lehine 15 yıl süreyle intifa hakkı tesis edilmiştir. Bu süreçte Akaryakıt Pazarlama A.Ş.'nin tüm hissedarları değişmiştir. PO, lehine intifa hakkı tesis edildikten ortalama 7 ay sonra Akaryakıt Pazarlama A.Ş. ile bayilik sözleşmesi akdederek Akaryakıt Pazarlama A.Ş.'ye faaliyetlerini sürdürmesi için bahsi geçen taşınmazı sağlamıştır. Rekabet Kurulu bu olayda malikler ile Akaryakıt A.Ş. arasında bir ilişki bulunmadığını, önceden aralarında bulunan kira akdinin sona ermiş olduğunu, maliklerin bayiye üçüncü kişi durumunda bulunduğunu, bayilik sözleşmesi gereği bayinin faaliyette bulunacağı arazinin PO tarafından, bayi ile ilgili bulunmayan üçüncü kişilerden temin edilen aynı hak çerçevesinde bayiye tedarik edildiğini tespit ederek, bu nedenlerle dikey anlaşmada yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün Tebliğ'de yer alan beş yıllık süreyle sınırlı olmadığına karar vermiştir (Rekabet Kurulunun 15.04.2010 tarih, 10-31/472-176 sayılı kararı). Buna karşılık Rekabet Kurulu, Shell&Turcas tarafından satın alınan, daha sonra Atalay Koll. Şti.'ye satılan taşınmazın durumunun klasik intifa hakkı hallerinden farklı olmadığına, beş yıllık rekabet etmeme süresinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Shell&Turcas'ın, taşınmazın Atalay'a, 20 yıllık intifa hakkı sağlaması ve bu süre boyunca kendisiyle çalışması koşuluyla satıldığını, taşınmazın bedelinin intifa süresince tahsil edileceğini, intifa hakkının 20 yıl devam etmemesi halinde sebebe bağlı bir işlem olan taşınmaz devrinin sebepten yoksun kalıp yolsuz tescil halini alacağını beyan etmiş olması, Kurul tarafından sözleşmenin istisna kapsamına alınmasında yeterli görülmemiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1189-448 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 17.06.2010 tarih ve 10-44/782-259 sayılı *Ali Ege- Starpet Akaryakıt A.Ş.* kararı. Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan bir diğer karar da ise, Enerji Petrolün istasyon kurulacak olan arazinin 15 yıllık intifa hakkını 29.06.2007 tarihinde Hançer

arasında bir bağlantı kurulabiliyorsa artık bu istisna hükmünden yararlanılamaz. Ayrıca bu koşul, dikey ilişkinin başlangıcından itibaren mevcut olmalıdır.

Tebliğ ile bu şekilde bir istisna getirilmesinin amacı, yukarıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi durumunda sağlayıcının yapmış olduğu yatırımın boyutu ile orantılı olarak daha güçlü bir korumadan yararlanmasının isabetli olacağı ve kendine ait arazi üzerinde rakip mal veya hizmetlerin satışının yapılmamasında haklı menfaati olduğunun kabulü düşüncesidir³⁶. Gerçekten de sağlayıcı için bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunması bir tür güvencedir ve sağlayıcı ancak kendini güvende hissederse yapacağı yatırımın hacmini arttıracaktır. Aynı şekilde, sağlayıcının yapacağı bu yatırım³⁷ sayesinde, tesis temin edemeyecek durumda olan gerçek ya da tüzel kişiler dahi bayilik faaliyetinde bulunabilecek ve böylece dağıtım pazarına girişlerde artış yaşanacaktır.

Getirilen bu istisna ile rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin tesisin bayi tarafından kullanılacağı süreye bağlanabilmesi sınırsız olarak uygulanamayacak; sadece bayinin o tesiste yürüteceği faaliyet kapsamında geçerli olacaktır. Yani bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmı, sadece o tesiste gösterilen faaliyetlerle sınırlı olacak; bayi o tesiste rakip sağlayıcılardan temin ettiği akaryakıtın satışını yapamayacaktır. Konu hakkında Rekabet Kurulunun çok sayıda kararı mevcuttur.

Petrol ile ileride kurulacak bayilik ilişkisi hakkındaki 15.05.2007 tarihli bir ön sözleşme ile arazi sahibi olan Hançer Petrol'den sağladığı, daha sonra Hançer Petrolün gerekli yasal izinleri almak için başvuru yapmadığı ve lisans almadığı, bu nedenle Hançer Petrolün hiçbir zaman bayi olarak faaliyet göstermediği, arazi üzerine Enerji Petrol tarafından akaryakıt istasyonu kurulduğu, arazinin mülkiyetinin Hançer Petrol tarafından şirket ortaklarından Erdal Hançer'e devredildiği, bu arada Enerji Petrolün 27.12.2010 tarihinde malik ile hiç ilgisi olmayan üçüncü kişi Yarbaşı Petrol ile kira sözleşmesi akdettiği, her ne kadar Hançer Petrol hiçbir zaman bayilik faaliyetinde bulunmamış ise de intifa hakkının dayanağının bayilik ilişkisine yönelik bir ön sözleşme olması nedeniyle en baştan itibaren dağıtıcıyla hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü kişiden aynı hak elde edildiğinin kabul edilemeyeceği ve bu nedenle dikey ilişkinin istisna hükmünden yararlanamayacağına; ancak istasyonun kurulmasına ilişkin tüm yatırımın Enerji Petrol tarafından karşılanmış olması nedeniyle Hançer Petrol ile kurulmuş olan dikey ilişki üzerinden 5 yıl geçmiş olduğundan Enerji Petrol tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmayı sona erdirebilmeleri konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla ilk dikey anlaşmanın imza tarihi olan 15.05.2007'den itibaren on yıla kadar muafiyet tanınabileceğine karar verilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 06.02.2013 tarih ve 13-09/115-61 sayılı kararı.

³⁶ Aslan 2004, s. 152; Aslan 2002, s. 91.

³⁷ Buna müşteriye özgü yatırım da denmektedir. Bkz. KARAKURT, A. (2005a), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 11, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 20.

- **Petrol Ofisi A.Ş.-Al-Kar Besicilik Orm. Ür. İnş. Mob. Otom. San. Tic. Ltd. Şti. kararı**³⁸

Karara konu olayda dağıtıcı PO, mal sahibiyle bayilik sözleşmesi akdetmiş; ayrıca mal sahibi PO lehine 15 yıllık intifa hakkı sağlamıştır. Ancak daha sonra mal sahibi taşınmazı Al-Kar'a devretmiş, bayilik ilişkisi de tarafların muvafakatiyle Al-Kar'a devredilmiştir. PO tarafından, kendisine intifa hakkı sağlayan ilk malikin Al-Kar ile arasındaki ilişkiye üçüncü kişi durumunda kaldığı, bu nedenle Al-Kar ile aralarındaki sözleşmenin Tebliğ'in 5/a maddesindeki istisnadan yararlanması gerektiği iddia edilmiştir.

Rekabet Kurulu bahsi geçen olayda Tebliğ'in istisna hükmünün uygulanamayacağını, "*alıcının satışlarını, sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir aynı veya şahsî kullanım hakkının konusu olan yerde gerçekleştiriyor olması koşulu ilişkinin başlangıcından itibaren sağlanmalıdır.*" şeklinde ifade etmiştir. Kılavuz'un 38. paragrafında da aynı husus açıkça belirtilmiştir.

- **Esin Şentürk ve Enis Aydeniz-Turcas Petrol A.Ş./Shell & Turcas Petrol A.Ş. kararı**

Rekabet Kurulu konuya ilişkin "Esin Şentürk ve Enis Aydeniz – Turcas Petrol A.Ş./ Shell & Turcas Petrol A.Ş." kararında³⁹; maliklerin dosya konusu araziye 15.08.1998 yılında Turtes Petrole kiraladıklarını, daha sonra kira sözleşmesi

³⁸ Rekabet Kurulunun 04.03.2010 tarih, 10-21/265-98 sayılı kararı. Aynı kararda ele alınan bir diğer olayda PO, bayi Baykan ve malik Zekeriya Akar arasında 29.07.2004 tarihinde üçlü bir protokol akdedilmiş; bu protokol kapsamında 29.07.2004 tarihinde PO ile Baykan arasında bayilik sözleşmesi, 01.08.2004 tarihinde de Baykan ile Zekeriya Akar arasında 10 yıl süreli kira sözleşmesi imzalanmıştır. Ayrıca 04.08.2004 tarihinde Zekeriya Akar'a ait bu taşınmaz üzerinde PO lehine 10 yıl süreyle intifa hakkı tanınmıştır. Rekabet Kurulu, bayilik sözleşmesi, protokol ve intifa hakkını tek bir anlaşma olarak değerlendirmiştir. Kurul, taraflar arasındaki üçlü protokolün dahi tek başına taraflar arasındaki bağlantıyı ortaya koyduğunu, kira bedelinin intifa sahibi PO yerine doğrudan malike ödendiğini, protokolle intifa ivazının malike değil bayiye ödeneceğinin kararlaştırıldığını, ayrıca bayilik sözleşmesinin feshi halinde bayiye ödenen intifa bedelinin işlemlenmiş olan intifa süresine ilişkin kısmının malik tarafından PO'ya ödeneceğinin düzenlendiğini belirterek, tüm bunlar ışığında malikin üçüncü kişi sayılamayacağına ve Tebliğ'in 5. maddesinde düzenlenen istisnadan yararlanılamayacağına karar vermiştir. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 27.05.2010 tarih ve 10-38/656-223 sayılı *Shell&Turcas Petrol A.Ş.-Ferhat Etöz Varisleri* kararı.

³⁹ Rekabet Kurulunun 06.11.2012 tarih ve 12-54/1516-534 sayılı kararı. Rekabet Kurulunun 22.11.2012 tarih ve 12-59/1560-561 sayılı *Antalya Kop-Pet Pet. Ür. İnş. Taah. Dek. Turz San. Tic. Yat. İşl. Ve İhr. Ltd. Şti. (KOP-PET)- BP Petrolleri A.Ş.* kararında da; "...Her ne kadar somut olayda kira sözleşmesinin yetkisiz kişilerce imzalandığından ve bu bakımdan geçersiz olduğundan bahisle KOP-PET tarafından 08.09.2009 tarihli ihtarname ile tek taraflı olarak feshedildiği anlaşılmakla birlikte; BP ile işletici Kızılyar arasında akdedilen Protokol'e de konu edildiği üzere; işletici Kızılyar'ın BP nezdinde doğmuş ve doğacak borçlarına karşılık olarak malik KOP-PET tarafından kendisine ait istasyon arazisi üzerinde BP lehine ipotek tesis edilmiş olması, bir başka deyişle Kızılyar'ın BP nezdinde doğacak borçlarından müşterek borçlu müteselsil kefil sıfatıyla sorumlu olması karşısında, KOP-PET ile Kızılyar arasında herhangi bir hukuki ve iktisadi bağlantı bulunmadığı yönündeki iddianın kabulü mümkün görünmemektedir." denilerek dikey ilişkinin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5/a maddesinde düzenlenen istisna hükmünden yararlanamayacağına karar verilmiştir.

gereğince önce Turcas Petrol lehine 20 yıllık kira şerhi işletildiğini, daha sonra bu kira şerhinin fekki ile yine Turcas Petrol lehine 03.12.2001 tarihinden itibaren 01.09.2018 tarihine kadar intifa hakkı tesis edildiğini, bu arada Turtes Petrol ile Turcas Petrol arasında 01.09.1998 tarihli bayilik sözleşmesi akdedildiğini tespit etmiştir. Yapılan değerlendirmede bu sözleşmeye göre istasyonun Turcas Petrol tarafından kurulacağını kararlaştırıldığını, 06.12.2002 tarihinde Turtes Petrolün kiracılık hakkını Akkuşlar Petrole devrettiğini, Turcas Petrol ile Akkuşlar Petrol arasında 05.02.2003 tarihli yeni bir bayilik sözleşmesi akdedildiğini, malikler ile Turcas Petrol arasında hiçbir zaman bayilik ilişkisi kurulmadığını belirterek somut olayda Tebliğ'in 5/a maddesindeki koşulların oluşmadığı, akaryakıt istasyonu Turcas Petrol tarafından kurulmuş dahi olsa 10 yıllık sürenin çoktan dolduğu ve bu nedenle dikey ilişkiye 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyeti ve bireysel muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

• **Petrol Ofisi A.Ş.-Petrol-Tur Petrol ve Tur. Tic. ve San. Ltd. Şti. kararı**⁴⁰

Rekabet Kurulunun 2010 tarihli kararına konu olan olay şöyledir:

PO ile Petrol Tur arasında ilk bayilik sözleşmesi 14.09.2001 tarihinde, en son bayilik sözleşmesi 5 yıl geçerli olmak üzere 01.05.2008 tarihinde akdedilmiştir. Bayinin faaliyet gösterdiği tesisin bulunduğu arazinin 1619/2400 hissesi PO'ya, 781/2400 oranındaki hissesi ise Petrol Tur'a aittir. Petrol Tur'un kendine ait hisse üzerinde PO'ya 15 yıl süreyle intifa hakkı sağlamaya yönelik protokol 30.05.2008 tarihinde imzalanmış, 20.08.2008 tarihinde intifa hakkı tescil edilmiştir. PO bahsi geçen dikey anlaşmaya grup muafiyeti ve ayrıca bireysel muafiyet tanınması amacıyla Rekabet Kuruluna başvurmuştur.

Rekabet Kurulu tarafından dosya konusu dikey ilişki 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5/a kapsamında incelenmiştir. Kurul tarafından, ilgili taşınmazın yaklaşık 2/3'sinin PO'ya, 1/3'ininse Petrol Tur'a ait olduğu, paylı mülkiyet hükümleri uyarınca paydaşlardan birinin payını diğerine devretmediği sürece söz konusu istasyonun ne şekilde işletileceğine her iki paydaşın birlikte karar verebileceği, paylı mülkiyetin kaldırılıp her bir paydaşın kendi payı üzerinde malik olması sağlansa bile taşınmazdan bu şekilde aynı menfaatin sağlanamayacağı ve bunların tek başına akaryakıt istasyonu işletmeye müsait olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda istisna hükmünde sayılan hallerin somut olayda gerçekleşmediği, müşterek mülkiyette Medeni Kanun'a göre önemli yönetim işlerinin pay ve paydaş çoğunluğuyla yapılabildiği, iki paydaşlı müşterek mülkiyet halinde bunun ancak ittifakla sağlanabildiği, kaldı ki intifa hakkının Tebliğ hükmüne aykırı olarak bizzat bayiden elde edildiği ve tüm bunlar dikkate alındığında Tebliğ'in istisna hükmünden yararlanılamayacağı sonucuna varılmıştır.

⁴⁰ Rekabet Kurulunun 08.04.2010 tarih ve 10-29/436-162 sayılı kararı.

Bunun yanında Kurul tarafından, 01.05.2008 tarihli bayilik sözleşmesi, 30.05.2008 tarihli protokol ve 20.08.2008 tarihli intifa hakkı tesisi işlemleriyle tarafların iradelerinin yenilendiğini kabul edilerek, dikey anlaşmanın 01.05.2008 tarihinden itibaren beş yıl süreyle grup muafiyetten yararlanacağına bununla birlikte, şartlar oluşmadığından bireysel muafiyet tanınmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

1.2.2.1.1.3. Rekabet Etmeme Yükümlülüğündeki Azamî Sürenin İkincil Sözleşmelerle Dolanılması Sorunu

1.2.2.1.1.3.1. Genel Olarak

Akaryakıt sektöründe faaliyet gösteren dağıtıcıların uygulamada, muafiyet koşulu olan azamî beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü kuralını dolanmanın yollarını buldukları görülmektedir. Şöyle ki; sağlayıcılar, mülkiyeti bizzat bayiye ait olan tesisler üzerinde öncelikle kendi lehlerine bedelsiz ya da çok düşük sembolik bedellerle 15- 20 yıl gibi uzun süreli bir intifa hakkı tahsis edilmesini veya düşük bedellerle uzun süreli kira akdine dayalı kiracılık hakkı verilerek bunun tapuya şerh edilmesini şart koşmaktadırlar⁴¹. Daha sonra da bu intifa ya

⁴¹ 2002/2 sayılı Tebliğ henüz yürürlüğe girmeden önce konuya ilişkin ortaya çıkan bir uyuşmazlık Yargıtay HGK önüne gelmiştir. Uyuşmazlık konusu, Aytemiz Petrol ile Turcas arasında akdedilmiş olan işletme sözleşmesi ve Turcas lehine tesis edilmiş olan 15 yıllık intifa hakkıdır. Turcas tarafından Aytemiz'e açılan davada, Aytemiz'in sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı davranarak rakip markalara ait ürünlerin teşhiri ve satışını yaptığı, bu hususun yapılan tespitte sabit olduğu, aykırılığın giderilmesi için ihtar çekilmiş olsa da ihlallerin devam ettiği, bunun üzerine çekilen ihtarnameyle sözleşmenin feshedildiği ve tahliye istendiği, buna rağmen Aytemiz tarafından tahliyenin gerçekleştirilmediği belirtilerek tahliye, rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sözleşmeden doğan cezaî şart ve mahrum kalınan kâr talep edilmiştir. Aytemiz tarafından açılan karşı davada ise; tahliye talep edilen taşınmazın kendi mülkiyetinde olduğu, bayilik sözleşmesi imzalanırken davacının sınırlı sayıdaki dağıtıcılardan olması nedeniyle imtiyazını ve gücünü kullanarak intifa hakkı tesisi konusunda direttiği, bu nedenle intifa hakkı tesisi yapıldığı, karşılaştırılan sembolik bedelin dahi Turcas tarafından ödenmediği, ayrıca davacı lehine ipotek tesis edildiği, taşınmazın hiçbir zaman davacı tarafından kullanılmadığı, intifa sözleşmesinin muvazaalı olduğu, ayrıca bu durumun RKHK'ya aykırı olduğu belirtilerek intifa hakkının terkinin talep edilmiştir. Yerel Mahkeme yaptığı incelemede intifa hakkının asıl amacının dağıtıcıya teminat sağlamak olduğu, ancak somut olayda zaten ipotek tesisi ve sözleşmedeki cezaî şart hükmüyle bu teminatın sağlanmış durumda olduğu, intifa sözleşmesinin tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığı ve bu nedenle muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu, petrol istasyonu sahiplerinin sınırlı sayıdaki ana dağıtım firmalarıyla sözleşme yapmak zorunda olduğu, bu nedenle güçlü durumdaki ana dağıtım firmalarının bayilere haksız ve makul olmayan şartları tek yanlı olarak kabul ettirdikleri, bu durumun RKHK kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması oluşturduğu belirtilerek, bu nedenlerle intifa hakkının terkinine karar verilmiştir. Davacı tarafından karar temyiz edilmiştir. Yargıtay 11. HD. tarafından yapılan incelemede, tarafların tacir olduğu, önceden de aynı sektörde faaliyet göstermesi nedeniyle imzaladığı sözleşmenin mahiyetini bilmemesinin düşünülmemeyeceği, davacının davalıya önemli miktarda aynı yardımlarda bulunmuş olup faizsiz kredi kullandırmış olduğu, tüm bunlar dikkate alındığında intifa hakkı sözleşmesinin menfaatler dengesine uygun olduğu, sözleşmelerin dört yıldır karşılıklı olarak uygulandığı, Aytemiz'in sözleşme ihlallerinin açık ve net bir şekilde tespit edilmiş olduğu, sözleşmeye bağlılık ilkesini ihlâl eden davalı-karşı davacının sözleşmenin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu yönündeki iddiasının hukukî korumadan

da kira hakkına dayalı olarak tesisin işletme hakkını bayiye vermektedirler⁴². Akaryakıt sağlayıcıları tarafından bu yol sıkça uygulamaktadır. Bu durumda her ne kadar bayinin kullanacağı tesisin mülkiyeti bayiye ait olsa ve sağlayıcı tarafından bayiden elde edilen intifa ya da kira hakkı rekabet etmeme yükümlüğü yönünden Tebliğ kapsamında bir istisna oluşturmaya da, sağlayıcı tarafından elde edilen uzun süreli intifa ya da kira hakkı sayesinde görünürde beş yıl olan rekabet etmeme yükümlülüğü aslında intifa ya da kira hakkı süresi kadar uzatılmaktadır⁴³. Böylece bayilik sözleşmesi çerçevesinde rekabet etmeme yükümlülüğü beş yıl ile sınırlı olsa da tesisin intifa ya da kira hakkı sağlayıcıya ait olduğu için bayinin tesiste başka bir faaliyette bulunabilme imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır⁴⁴.

Bu uygulama kapsamında, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi yönünden getirilen sınırlama etkisiz bırakılmış, görünürde beş yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bayilik sözleşmeleri muafiyet alma konusunda bir sıkıntı yaşamazken; bu sözleşmelere taraf olan bayiler, bayilik sözleşmesi ile bağlantılı olarak sağlayıcıya uzun süreli intifa ya da kira hakkı veren sözleşmeler dolayısıyla gerçekte 15- 20 yıl gibi bir süre için rekabet edememe durumuyla karşı karşıya bırakılmışlardır.

Rekabet Kurulu ve Danıştay tarafından verilen kararlarda bayilik sözleşmesi ile intifa ve kira sözleşmesinin birbirinden bağımsız olduğu, bu nedenle ayrı ayrı değerlendirilmesi ve intifa/ kira sözleşmelerinin durumunun özel hukuk çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak bu tür durumlarda rekabet hukukuna aykırılık bulunmadığı yönünde tespitler yapılmıştır. Rekabet Kurulunun 02.10.2003 tarihli *Cabbaroğlu-Shell* kararında⁴⁵, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin süresinin beş yıl olduğu, sözleşme süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun bulunduğu, rekabet hukuku yönünden sözleşme sürelerinin tespiti dışında işletme sözleşmesinin geçersizliği, edinilmiş hakların nasıl geri verileceği, taraflar arasındaki kira, intifa, ariyet ve sair diğer sözleşmelerin işletme sözleşmesinin bir parçası olup olmadığı ve bunu ne şekilde etkilediğine ilişkin hususların özel hukukun konusuna girmesi nedeniyle RKHK kapsamında

yararlanamayacağı gerekçeleriyle bozma kararı verilmiştir. Yerel Mahkeme tarafından önceki kararda direnilmiş, bu kez YHGK tarafından dosya incelenmiştir. YHGK, 15 yıl süreyle kurulmuş olan intifa hakkının mülkiyet hakkını zedeleyeceği nitelikte olmadığı, MK 720'de düzenlenen intifa hakkının terkin sebeplerinin somut olayda bulunmadığı gerekçeleriyle direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Bkz. YHGK, 06.06.2001 T., 2001/11-426 E., 2001/481 K.

⁴² Sanlı tarafından buradaki temel amacın, sağlayıcının yapmış olduğu yatırım karşılığında bir aynî teminat sağlama amacı olduğu belirtilmiş ve bu tür sözleşmelerin borçlar hukukunda atipik bir sözleşme türü olarak belirtilen "*bileşik sözleşme*" niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. SANLI, K.C. (2010), "Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Gelinek Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler", *Rekabet Dergisi*, No. 9(3), s.181.

⁴³ Aslan ve Önal 2011, s. 6, 19.

⁴⁴ Bu durum Sanlı tarafından "*ekonomik tabiiyet sorunu*" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Sanlı 2010, s. 179.

⁴⁵ Rekabet Kurulunun 02.10.2003 tarih ve 03-64/770-356 sayılı kararı.

ön araştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir. Rekabet Kurulunun bu kararı Danıştay tarafından bir karşı oya rağmen oy çokluğuyla onanmıştır⁴⁶.

Rekabet Kurulu bir süre aynı yönde kararlar vermeye devam etmiş⁴⁷; ancak bu tür uygulamaların son derece yaygın bir hal alması ve Tebliğ hükmüne rağmen bayilerin rekabet etmesinin fiiliyatta beş yılın çok üzerindeki sürelerle engelleniyor olması karşısında Danıştay 13. Dairesi tarafından tüm bu uygulamayı değiştirecek bir karara imza atılmıştır. Danıştay 13. Dairesi 13.05.2008 tarihli ve 2006/1604 E., 2008/4196 K. sayılı kararı⁴⁸ ile akaryakıt sektöründe yer alan dikey

⁴⁶ Danıştay 13. Daire, 15.01.2007 T., 2006/1287 E., 2007/145 K.

⁴⁷ Rekabet Kurulunun 19.10.2004 tarih ve 04-66/947-225 sayılı *OPET* kararı ve Rekabet Kurulunun 26.01.2006 tarih ve 06-04/56-14 sayılı *Aypet- Shell* kararı.

⁴⁸ “*Dava, davacı şirket ile TOTAL arasındaki bayilik ilişkisi kapsamında, TOTAL’ın elde ettiği intifa hakkı aracılığıyla pazara girişi engellediği ve rekabeti ortadan kaldırdığı yolunda yapılan şikâyetin reddine ilişkin 26.01.2006 tarih ve 06-04/57-15 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.*

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu kurala bağlanarak en çok rastlanılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma örnekleri belirtilmiş, Kanun’un “Muafiyet” başlıklı 5. maddesinde de, maddede sayılan koşulların tamamının gerçekleşmesi durumunda, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebileceği, Kurul’un, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Kanun’un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmanın koşullarını belirlemek amacıyla çıkarılan ve 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile Tebliğin Açıklanmasına Dair Kılavuz’da; alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin büyük önem taşıdığı ve süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün belli istisnalar dışında mümkün olmadığı belirtilerek, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin belirsiz olması halinde, ilgili sözleşmeye grup muafiyetinin uygulanmayacağı kurala bağlanmıştır.

Belirtilen mevzuat hükümlerinin irdelenmesinden; alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin belirsiz olması halinde, ilgili sözleşmeye grup muafiyetinin uygulanmayacağı, başka bir anlatımla sözleşmenin Kanun’un 4. maddesine aykırı hale geleceği kuşkusuzdur.

Dava dosyasının incelenmesinden; TOTAL ile davacı şirket arasında, tarafların bayilik ilişkisine gireceklerine ilişkin 15.01.1997 tarihli protokolün imzalandığı, protokol hükümleri uyarınca, davacının, bayiliğini yapacağı ve mülkiyet sahibi olduğu istasyona ilişkin TOTAL ile 20 yıl süreli kira sözleşmesi, bunun karşılığında da davacının istasyonu işletmesine ilişkin işletme sözleşmesi yapacağı, nitekim, 17.02.1997 tarihinden itibaren TOTAL’a 20 yıl süreli intifa hakkı tesis edildiği ve kurulan istasyonu da davacı şirket tarafından imzalanmış bir yıl süreli sözleşmeyle işletilmeye başlandığı, ancak daha sonraki yıllarda taraflar arasında ihtilafların doğması üzerine TOTAL tarafından tek taraflı olarak işletme sözleşmesinin feshedildiği, davacının da 20 yıllık verilen intifa hakkının kaldırılması yolunda TOTAL’a yaptığı başvurularının sonuçsuz kaldığı, davacının intifa hakkı nedeniyle başka bir sağlayıcının bayiliğini de alamaması üzerine, Rekabet Kurumu’na TOTAL’ın uygulamalarının rekabet hukukuna aykırı olduğundan bahisle şikâyet edildiği anlaşılmaktadır.

Bu şikâyet üzerine Rekabet Kurulu tarafından; sağlayıcı-bayi ilişkisinin ilerleyen dönemlerinde

anlaşmaların rekabet hukuku çerçevesinde sorunlu hale gelmesindeki en önemli unsurun uzun süreli anlaşmalar ve bu sürelerle ilişkin mülk sahibi bayiden alınan intifa/kira hakları olduğu ve özellikle rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin tespitinde işletme ve kira sözleşmesi arasındaki bağlantının ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır. Böylece, bu karara kadar sadece Danıştayın bir karşı oy yazısında⁴⁹ rastlanılan bu görüşle, artık akaryakıt sektörüne yeni yön verecek temel bir kuralın ilk adımı oluşturulmuştur. Danıştay tarafından verilen bu karardan sonra Rekabet Kurulunca da 05.03.2009 tarihli iki ayrı dosya üzerinden

ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu davacının, 2005 yılı içerisinde bayilik sözleşmesinin ve intifanın beş yıla sınırlandırılmasını TOTAL'den istediği, bunun üzerine TOTAL'in bayilik sözleşmesini 01.03.2005 tarihinde feshettiği, ancak intifanın kaldırılmasına yanaşmadığı, dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etme yasaklarının sürelerinin rekabet mevzuatına uygun hale getirilmesi için 2003/3 sayılı «2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ» ile 18.09.2005 tarihine kadar bir geçiş dönemi öngörüldüğü, 2003/3 sayılı Tebliğ'de «Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz» denildiği, dolayısıyla, fesih işleminin yapıldığı tarih olan 01.03.2005 tarihi itibarıyla anılan sözleşmeye 4. madde hükümlerinin uygulanamayacağı, tarafların aralarında düşüklükleri anlaşmazlıkların neticesinde gerçekleştirilen fesih işleminin hukuka uygun olup olmadığı hususunun ise, rekabet hukuku kapsamına girmediği gerekçeleriyle dosya konusu şikayete ilişkin olarak bir ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 02.10.2003 tarih ve 03-64/770-356 sayılı kararında da belirtildiği üzere; akaryakıt sektöründe yer alan dikey anlaşmaların rekabet hukuku çerçevesinde sorunlu hale gelmesindeki en önemli unsur, uzun süreli anlaşmalar ve bu sürelerle ilişkin mülk sahibi bayiden alınan kira/intifa hakları oluşturmaktadır, özellikle rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin tespiti ve bu tesbitin sözleşmenin süresine bağlı olması, işletme ve kira sözleşmesinin arasındaki bağlantının ortaya konulmasını gerektirmektedir.

Başvuruya konu olan sözleşme, TOTAL'ın akaryakıt satış ve servis istasyonlarına ilişkin bayileriyle yapmış olduğu işletme sözleşmesidir ve TOTAL'ın uygulamakta olduğu bayilik sisteminde; öncelikle mülkiyeti bayilere ait olan yerleri uzun süreler için (olayda 20 yıl) kiralamakta ve tapuya şerh verdirerek bu hakkını güçlendirmekte; daha sonra kiralama sözleşmesiyle bu yerlerin maliklerine bu yerlerde satış/servis istasyonu işletme hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla, TOTAL ile bayiler arasındaki hukuki ilişkinin temeli, işletme sözleşmesi ve kira sözleşmesi olmak üzere iki anlaşmaya dayanmaktadır. Başka bir anlatımla, TOTAL öncelikle araziyi sahibi olan bayiden kiralamakta, daha sonra aynı bayiye istasyonun işletmesini vermektedir, işletme sözleşmesinin ve kira sözleşmesinin bazı maddeleri bu iki sözleşme arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Böylece, şerh edilmiş kira sözleşmeleri bayinin işletme sözleşmelerini feshetmesini önlemekte ve TOTAL'ın yapmış olduğu yatırımları bir tür teminat altına almaktadır. Çünkü, bayi işletme sözleşmesini feshetse bile, TOTAL şerh edilmiş kira sözleşmeleri sayesinde kira sözleşmesi süresince kiracının sahip olduğu hakları elinde bulundurabilecek veya başkasına verebilecektir.

İşletme sözleşmesinin birer yıl süreli yapıldığı ve bu sözleşmenin 01.03.2005 tarihinde TOTAL tarafından tek taraftı olarak feshedildiği anlaşılmalı birlikte, kira sözleşmesinin işletme sözleşmesine olan etkisi nedeniyle işletme sözleşmesi de kira sözleşmesiyle birlikte 2017 yılı itibarıyla sona erecek bulunduğundan, taraflar arasında imzalanmış işletme sözleşmesinin süresinin belirsiz hale geldiği yolunda ciddi bulguya ulaşılmaktadır.

Bu durumda, 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca, belirsiz bir süre için veya beş yıldan daha uzun bir süre için anlaşma yapılarak bayiye rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmesi, anlaşmayı Tebliğ dışına çıkarabileceğinden, şikayete konu olan işletme sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine uygunluk denetiminin yapılması gereklidir.”

⁴⁹ Danıştay 13. Daire, 15.01.2007 T., 2006/1287 E., 2007/145 K.

verilmiş olan kararlarda aynı sonuca ulaşılmıştır. Rekabet Kurulu tarafından 05.03.2009 tarihinde “Pol-Pet Petrol Ür. Tur. Konaklama ve Din. Tes. Ltd. Şti.-Bölünmez Petrolcülük A.Ş.” dosyasında verilen kararda⁵⁰, Danıştay tarafından verilmiş olan yukarıda açıkladığımız karara ve Akaryakıt Sektör Raporu⁵¹’na açıkça atıf yapılarak bunlardan alıntılara yer verilmiştir. Aynı şekilde “Barbaros Akaryakıt San. Tic. Ltd. Şti.-Altınbaş Petrol ve Tic. A.Ş.” dosyası⁵² üzerinden aynı tarihte verilen karar da içerik ve gerekçe itibarıyla aynıdır.

Sonuç itibarıyla, Rekabet Kurulu tarafından, bayi ve dağıtıcı arasında imzalanan bayilik sözleşmesi ile intifa veya benzer etkiye sahip sözleşmelerin tamamının, aralarındaki hukukî ve/veya iktisadî ilişki nedeniyle RKHK’nın 4. maddesi anlamında tek bir anlaşma olarak değerlendirilmesi ve bir bütün olarak 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygunluklarının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca Kılavuz’un 37. paragrafına göre, rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin bir diğer önemli hususun da alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen herhangi bir fiili durumun bulunmaması zorunluluğunun olduğu⁵³ belirtilmiştir. Bu nedenle, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi ile bağlantılı kredi sözleşmeleri⁵⁴, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri ya da uzun süreli intifa hakkı tanınması gibi şahsî ya da aynî hakların da rekabet yasağının süresini fiilen uzatacak şekilde kullanılamayacağına, bu tür sözleşmelerin varlığı halinde beş yılı aşan süreler bakımından 2002/2 sayılı Tebliğ’de tanınan muafiyet koşullarının ortadan kalkacağına karar verilmiştir.

Ayrıca aynı kararlar ile dikey anlaşmalarda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesi ile uyumlu hale getirilmesine ilişkin geçiş sürecinin 18.09.2003 tarihinde başlayıp 18.09.2005 tarihinde sona erdiği; 18.09.2005 tarihinden önce yapılmış olan ve beş yılı aşan sözleşmelerin Rekabet Kurulunca uygulanan azami hadde indirme ilkesi gereğince 18.09.2010 tarihine

⁵⁰ Rekabet Kurulunun 5.3.2009 tarih ve 09-09/ 186-56 sayılı kararı.

⁵¹ Akaryakıt Sektör Raporu’nda özellikle PPK ile bağlantı kurulmuştur. PPK m. 7/5 hükmünde dağıtıcıların kendi işlettiği istasyonlarla yapacağı satışın, dağıtıcının toplam yurt içi pazar payının %15’inden fazla olamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Böylece perakende aşamasında dikey bütünleşme engellenmiştir. Akaryakıt Sektör Raporu’nda dağıtıcıların uzun süreli kira ve intifa hakkı sağlayan sözleşmelerle alternatif bir dikey bütünleşme oluşturdıkları sonucuna varılmıştır.

⁵² Rekabet Kurulunun 05.03.2009 tarih ve 09-09/ 187-57 sayılı kararı.

⁵³ Kılavuz’da, bayiye dağıtıcı tarafından ekipman sağlanması halinde bunların sökülmesi bayi açısından çok büyük bir zarara yol açacaksa, beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün sonunda bayiye bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânının sağlanması gerektiği belirtilmektedir.

⁵⁴ Sağlayıcı tarafından alıcıya kredi temin edilmesi halinde bu krediye ilişkin geri ödeme süresinin beş yıllık süre sonunda alıcının rekabet etmeme yükümlülüğünden ve bayilik anlaşmasından kurtulmasını engelleyecek durumda olmaması gerekir. Bkz. Slaughter ve May 2012, s. 26.

kadar Tebliğ'deki muafiyetten yararlanabileceği, bu tarihten sonra “azamî hadde indirme” ilkesi gereğince bu muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmiştir^{55,56}. Yeni durum Rekabet Kurulu tarafından internet sitesinde önce bir duyuruyla, sonra Kılavuz'un 34 - 38. paragraflarında yapılan değişiklikle ilân edilmiştir.

Rekabet Kurulu kararları ve duyuru, Akaryakıt Sektör Raporu'na dayandırılmış; sektör raporuyşa *Repsol* kararı⁵⁷ emsal alınarak hazırlanmıştır.

Rekabet Kurulu tarafından kabul edilen bu yaklaşımla birlikte, bayilik sözleşmeleri yanında onunla bağlantılı olarak akdedilen intifa, kira ve benzeri sözleşmelerin süresi, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi yönünden belirleyici nitelik kazanmış; beş yılı aşan sözleşmelerin bulunması halinde muafiyetten yararlanılamayacağı ve ayrıca bu karardan önce akdedilmiş olan sözleşmeler için de bu yeni koşulların geçerli olacağı kuralı getirilmiştir.

Rekabet Kurulunca yapılan duyuru ve Kılavuz'daki değişiklikten sonra, bu düzenleyici işleme karşı Danıştayda iptal davası açılmış; kira ve intifa sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında olmadığı, bu nedenle Kurum tarafından denetlenemeyeceği, intifa haklarının tesisi ile kaldırılmasının ancak Medenî Hukuk kuralları çerçevesinde yapılabileceği, işlemin geçmişe dönük uygulanmasının önceden kurulmuş olan intifa haklarını yok saydığı, bunun ayrıca kanunların geriye yürümezliği ilkesi ve kazanılmış haklara aykırılık teşkil ettiği, uzun süreli intifa sözleşmeleri nedeniyle yapılan yatırımların iadesi konusunda bir düzenleme yapılmadığı öne sürülmüştür. Danıştay 13. Dairesi

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1140-429 sayılı *Elbistan Polatlar Petrol Ltd. Şti.-Opet Petrolcülük A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 04.02.2010 tarih ve 10-13/137-57 sayılı *Aziz Nasır Arçağ- Opet Petrolcülük A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 10.06.2010 tarih ve 10-42/734-241 sayılı *Şevket Güngör, Güney Petrol Koll. Şti.- Petrol Ofisi A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 16.09.2010 tarih ve 10-59/1222-464 sayılı *Mehmet Emin Mandal- Petrol Ofisi A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 05.08.2009 tarih ve 09-34/797-200 sayılı *Özufuk Petrol Ürünleri Ltd. Şti.- Petrol Ofisi A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 24.03.2010 tarih ve 10-26/360-131 sayılı *Murteza Semih Gürel- Petrol Ofisi A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 24.06.2009 tarih ve 09-30/644-152 sayılı *Gürpet Petol- Shell&Turcas A.Ş.* kararı, Rekabet Kurulunun 11.11.2009 tarih ve 09-54/1299-330 sayılı *Kamil Petrol Ltd. Şti.- Turkuaz Petrol A.Ş.* kararı.

⁵⁶ Rekabet Kurulu 1. Dairesi tarafından internet sitesi üzerinden yapılan açıklamada 18.09.2005'den önce akdedilen intifa sözleşmelerinin 18.09.2010 tarihinde mutlak suretle sona erdirilmesi gerektiği, taraflar tekrar anlaşmış olsalar dahi anlaşmanın intifalar kaldırılmadan geçerli olmayacağı, önce intifaların kaldırılıp sonra tekrar kurulmasıyla geçerli bir yenileme yapılabileceği belirtilmiş; bu şekilde bir yöntem benimsenmesi doktrinde usul ekonomisi ilkesine ve sözleşme özgürlüğüne aykırı görülerek eleştirilmiştir. Bkz. Aslan ve Önal 2011, s. 30, dn. 16. Ancak daha sonra Kurul bu görüşünü değiştirmiş, eğer yeni bir anlaşma yapılabiliyorsa önceki intifa hakkının terkin edilmesine gerek olmadığı, ancak intifa süresinin 18.09.2015'i aşmaması, aşanların bu tarihe kısaltılması yeterli görülmüştür. Bkz. Aslan 2010, s. 22.

⁵⁷ EC, Ref. IP/06/495, 12/04/2006, http://ec.europa.eu/index_en.htm, Erişim Tarihi. 22.06.2014.

tarafından yapılan inceleme⁵⁸ sonucunda, Rekabet Kurulu tarafından yapılan düzenleyici işlemin üst hukuk normlarına aykırılığın rastlanılmadığı, iki yıllık geçiş süreci öngörüldüğü, önceden muafiyet alan bayilik sözleşmelerinin intifa ve kira sözleşmeleri incelenmeden muafiyet almış olmaları nedeniyle kazanılmış bir haktan bahsedilmesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından yapılan temyiz incelemesi⁵⁹ sonucunda da aynı gerekçelerle onama kararı verilmiştir.

Sonuç itibariyle mevcut durumda, bayi ile dağıtıcı arasında akdedilen bayilik sözleşmesi, intifa sözleşmesi, kira sözleşmesi, işletme sözleşmesi ve benzer sözleşmeler tek bir dikey anlaşma olarak değerlendirilmekte ve beş yıllık süre ilk sözleşme tarihine göre belirlenmektedir⁶⁰.

1.2.2.1.1.3.2. Kapama Etkisi Yönünden Değerlendirme

Rekabet Kurulunun bayilik sözleşmeleri ile bağlantılı olarak akdedilen intifa, kira, ekipman ve işletme sözleşmesi gibi sözleşmelerin tamamının tek bir dikey ilişki olarak kabul edilmesine yönelik yeni yaklaşımının Akaryakıt Sektör Raporu'na, bu Rapor'un ise *Repsol* kararına dayandırılmış olduğundan yukarıda bahsedilmiştir.

Repsol kararında rekabet yasaklarının pazara girişleri engelleyebileceği, böylece markalar arası rekabeti zayıflatarak pazarı kapatabileceği belirtilmiş; özellikle kira ve intifa tipi sözleşmelerde yer alan rekabet yasaklarının pazarı kapama etkisinin oluşmasında önemli etkileri olacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca *Repsol* kararında değinilen bir diğer husus, tüketici menfaatleridir. Karara göre, sağlayıcının uzun süreli ve rekabeti engelleyici sözleşmeler ile kurduğu dağıtım ağı nedeniyle pazara girişler engellenmekte ve fiyatlarda tüketici aleyhine artışlar ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, rekabeti sınırlayan bu uzun süreli dağıtım anlaşmaları nedeniyle hem bayilerin diledikleri sağlayıcıyı seçme hakkı ortadan kaldırılarak pazar kapatılmakta hem de bu nedenle oluşan fiyat artışları tüketiciyi olumsuz etkilemektedir.

⁵⁸ Danıştay 13. Daire, 28.06.2010 T., 2009/ 5164 E., 2010/ 5457 K.

⁵⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 9.12.2010 T., 2010/ 2182 E., 2010/ 2211 K.

⁶⁰ Rekabet Kurulunun 07.10.2010 tarih, 10-63/1313-491 sayılı *Shell&Turcas Petrol* kararı bu yöndedir. Ayrıca bahsi geçen kararda; "...Uzun süreden beri devam eden dikey ilişkilerde tarafların, özellikle bayinin özgür karar almasının kısıtlanmadığı durumlarda, imzalanan yeni sözleşmelerle dikey ilişkinin de yenilenmesi yeni bir irade beyanı olarak kabul edilebilmeli ve bu şekilde durma göre taraflar arasında yeni bir dikey anlaşmanın yapıldığından bahisle bu durum, grup muafiyeti kapsamındaki sürelerin hesaplanmasında göz önüne alınabilmelidir..." şeklinde bir sonuca varılarak muafiyet başlangıç tarihleri olarak yenileme tarihleri esas alınmıştır. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 09.10.2013 tarih ve 13-57/797-M sayılı *Kukuli Petrolcülük İnşaat Taahhüt San. Tic. Ltd. Şti.- Total Oil Türkiye A.Ş.* kararı.

Doktrinde, Türk akaryakıt sektöründe bir kapama etkisinin⁶¹ söz konusu olmadığı, bu nedenle *Repsol* kararı emsal alınarak düzenleme yapılmasının yerinde olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır⁶². Ancak akaryakıt piyasasında bir kapama etkisi bulunmadığını söylemek pek mümkün değildir. Kapama etkisi, Kılavuz'un 79. paragrafında düzenlenmiştir. Kapama etkisinden söz edilebilmesi için hâkim durumdaki sağlayıcının, alıcılarla akdettiği dikey anlaşmalarla alıcıları bağlaması, piyasaya yeni girecek rakiplerin kendi dağıtım zincirini oluşturmak zorunda kalması ve bu nedenle rakiplerin pazara girişi önünde bir engel oluşturulması gerekmektedir. Kapama etkisini yaratan teşebbüs hâkim durumdaki tek bir teşebbüs olabileceği gibi, hâkim durumda olmamakla birlikte pazar payları yüksek olan birkaç teşebbüs de olabilir. Böylece pazar payları yüksek olan sağlayıcılar tarafından, alıcılarla yapılan uzun süreli ve münhasırlık içeren dağıtım anlaşmaları hep birlikte, piyasanın kapanması etkisini doğuracaktır. Münhasır dikey anlaşmaların pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyeceği şüpheden uzaktır⁶³.

Akaryakıt sektöründe de pazar payı yüksek olan akaryakıt sağlayıcılarının, 15-20 yıllık intifa sözleşmeleri ile bağladıkları bayilerle akdettikleri bayilik sözleşmeleri pazarın kapanmasına sebep olmaktadır. Münhasırlık içeren bu sözleşmelerin süresi uzadıkça rakiplerin pazara girme maliyeti artacak, bu da pazarın kapanması etkisini ortaya çıkaracaktır⁶⁴. Bu sözleşmelere taraf olan bayilerin ise, üstlendikleri yükümlülükler nedeniyle başka bir sağlayıcı ile çalışma şansları ortadan kalkmaktadır. Akaryakıt sektörü incelendiğinde, dağıtım pazarına giriş konusundaki en büyük engelin bayilik ağına sahip olmanın zorluğu olduğu söylenebilir⁶⁵; zira akaryakıt dağıtıcıları PPK m. 9/2'ye göre lisans başvurularında asgarî yıllık 60.000 ton beyaz ürün (benzin, motorin) dağıtım projeksiyonu ile bayi bilgilerini EPDK'ya vermek zorundadır. Piyasa kapamadan söz etmek için bu kapama oranının %100 olmasına gerek yoktur. Büyük orandaki bir kapama yeterlidir. Kaldı ki; ürünlerin standardizasyon derecesi arttıkça rekabet alanı daralmaktadır⁶⁶. Akaryakıt sektöründeki ürünlerde ise standardizasyonun

⁶¹ "En geniş tanımla ile piyasa kapama etkisi; alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticarî stratejileri tanımlar. Bir diğer tanımda ise piyasa kapama etkisi, mevcut ya da piyasaya yeni giren rakip teşebbüslerin rekabet etme şansı bulamadığı piyasa oranı şeklinde ifade edilmiştir." Bkz. KARAKURT, A. (2005b), *Ekonomik ve Hukuki Açısından Piyasa Kapama Etkisi*, Rekabet Kurumu 4. Dönem Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 8. Bir piyasada kapama etkisi mevcutsa bu, o piyasada markalar arası rekabetin zayıf, marka içi rekabetinse fazla olduğu anlamına gelir. Bkz. Roth QC ve Sloane 2002, s. 4. Aynı yönde bkz. Karakılıç 2013, s. 374.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan ve Önal 2011, s. 34 vd.

⁶³ Karakurt 2005a, s. 12, 76 vd.

⁶⁴ EKDİ, B. (2009), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 16, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 124.

⁶⁵ SOYSAL, C. (2003), *Rekabet Perspektifinden Türkiye Akaryakıt Sektörü*, Rekabet Kurumu 2. Dönem Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 29.

⁶⁶ Karakurt 2005a, s. 12.

yüksek olduğu; hatta tüketicinin gözünde homojen olduğu⁶⁷ söylenebilir. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, akaryakıt sektöründe piyasa kapama etkisinin olmadığını savunmak mümkün değildir⁶⁸. Kaldı ki; kapama etkisi yaratmayan dikey ilişkiler de 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerine tâbi olduğundan kapama etkisi olmasa dahi rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşmaması gerekmektedir⁶⁹.

1.2.2.1.1.3.3. Taşınmaz Kullanma Hakkı Vermeyen Uzun Süreli Sözleşmelerin Durumu

Uzun süreli kira, intifa, ekipman, işletme ve benzer nitelikteki sözleşmelerin rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini doğrudan etkilediği ve bu nedenle bu sözleşmelerin süresinin beş yıldan fazla olması halinde bayilik sözleşmesinin grup muafiyetinden yararlanamayacağı konusunda yapılan değişiklikten sonra Rekabet Kuruluna yapılan bir başvuruyla, uzun süreli ipotek tesislerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi ve ipotek hakkının tapudan terkinine karar verilmesi talep edilmiştir. Rekabet Kurulu *Baras Teknik Ltd. Şti., Barbaros Akaryakıt Ltd. Şti.-Altınbaş Petrol A.Ş.* kararında⁷⁰, ipotek hakkının şahsî bir alacağı teminat altına almak amacıyla kurulduğu, ipotek tesisi ile borçlunun şahsî sorumluluğunun sona ermediği ve ipotegün karşılamadığı kısım için borçlunun şahsen sorumlu olmaya devam ettiği, ipotek hakkının alacaklıya taşınmazı kullanma hakkı vermediği, sadece taşınmazın icra kanalıyla paraya çevrilmesi hakkı verdiği, tüm bu nedenlerle intifa ve kira sözleşmelerine benzemediği ve bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü ile bir ilişkisi olmadığı, ayrıca ipotek tesis ve terkininin Medenî Kanun'a tâbi olduğu ve terkin konusunda karar verme yetkisinin genel mahkemelerde olduğu sonucuna varılarak isabetli bir şekilde şikâyetin reddine karar verilmiştir. Ayrıca Rekabet Kurulunca *Yaşar Gıda Petrol Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. vd.-Enerji Petrol Ürünleri Pazarlama A.Ş.* kararında da⁷¹ aynı gerekçelerle ipoteklerin kaldırılması talebi ve teminat mektuplarının haksız olarak paraya çevrildiği iddialarına ilişkin uyuşmazlıkların ancak mahkemelerce karara bağlanabileceği ve bu hususların RKHK kapsamında bulunmadığı yönünde karar verilmiştir.

Rekabet Kurulunun bu kararlarının gayet isabetli olduğunu söylenebilir. Zira Rekabet Kurulunun amacı, bayinin bayilik faaliyetini sürdürdüğü taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının kısıtlanmasını ve böylece bayinin sağlayıcıya bağımlı hale gelmesini engellemektir. Bayinin bu şekilde sağlayıcıya bağımlı

⁶⁷ Soysal 2003, s.31.

⁶⁸ Piyasa kapama etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karakurt 2005b; Ekdi 2009.

⁶⁹ Sanlı 2010, s. 183.

⁷⁰ Rekabet Kurulunun 04.05.20011 tarih ve 11-28/557-170 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 19.12.20013 tarih ve 2013-71/966-412 sayılı *Mutlu Orman Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.-Opet Petrolçülük A.Ş.* kararı.

⁷¹ Rekabet Kurulunun 09.10.20013 tarih ve 13-57/799-338 sayılı kararı.

bir hale getirilmesi ancak taşınmazın kullanma hakkını sağlayıcıya bırakan sözleşmeler yoluyla mümkündür. Bunun dışında kalan ve sadece bir alacağı teminat almayı amaçlayan ipotek tesisi, teminat mektubu, teminat senedi, kefalet, üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesi gibi uygulamalar sonucunda sağlayıcı taşınmazı kullanma hakkını elde edemediğinden bu tür ilişkilerin rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olamaz.

1.2.2.1.1.4. Azamî Süreyi Aşan Rekabet Etmeme Yükümlüklerine Bireysel Muafiyet Tanınması Koşulları

Rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıldan uzun süreli olarak belirlendiği bayilik sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin beş yıldan sonraki kısmı için bireysel muafiyet alınması mümkündür. Bireysel muafiyetin şartları RKHK'nın 5. maddesinde belirtilmiştir⁷².

Rekabet Kurulunun konuya ilişkin ilk aldığı kararlardan biri olan *Total* kararında⁷³ bireysel muafiyet koşulları şu şekilde belirlenmiştir:

“...Daha önce üzerinde istasyonlu akaryakıt bayilik faaliyeti yapılmamış arsalar/araziler üzerinde maliyeti Total Oil Türkiye A.Ş. tarafından karşılanmak suretiyle kurulan istasyonlara ilişkin anlaşmalara;

- a) *“Bayilerin anlaşmaların ilk olarak imzalandıkları tarihten itibaren beşinci yılın sonunda, Total Oil Türkiye A.Ş. tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmaları sona erdirebilmeleri” konusunda tarafların anlaşmaları koşuluyla imza tarihinden itibaren on yıla kadar muafiyet tanınmasına,*
- b) *Tarafların yukarıda belirtilen hususta anlaşmamaları halinde ise bahse konu dikey anlaşmaların, yapıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanabileceklerine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir” .*

Buna göre, akaryakıt istasyonunun faaliyette bulunduğu arazi üzerinde daha önce akaryakıt istasyonu bulunmaması ve tüm yatırımın⁷⁴ sağlayıcı tarafından

⁷² Buna göre, aşağıda belirtilen şartlarının tamamının birlikte bulunması halinde Rekabet Kurulu tarafından teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara bireysel muafiyet tanınması mümkündür. Gerekli koşullar şunlardır:

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

⁷³ Rekabet Kurulunun 18.03.2010 tarih ve 10-24/338-122 sayılı kararı, 660. prg.

⁷⁴ Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan *Aziziye Tur. Pet. Ür. İnş. Taah. ve Emlak Gıda Tic. San. Ltd. Şti.-Can Aslan Petrolcülük San. A.Ş.* kararında, bayilik sözleşmesine ilişkin akaryakıt istasyonunun bulunduğu yerde önceden otogaz istasyonunun mevcut olduğu ve Milangaz'dan mal

yapılarak akaryakıt istasyonunun kurulmuş olması koşuluyla⁷⁵, ayrıca buna ek olarak bayilik sözleşmesinde bayiye dilerse beş yılın sonunda yatırımın kalan süreye tekabül eden bedelini sağlayıcıya ödeyip sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınarak dikey anlaşmaya on yıla kadar (5+5) bireysel muafiyet verilebilecektir.

Rekabet Kurulu, 23.09.2010 tarihli *BP Petrolleri A.Ş.- Big Shop Ltd. Şti.*⁷⁶,

alındığına ilişkin belgelerin bulunduğu, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesine göre her ne kadar istasyona ilişkin yatırımın bir kısmının Can Arslan Petrol tarafından karşılanacağı belirlenmiş ise de büyük bir kısmının da bayi tarafından karşılanacağı belirlendiği, bu durumda tüm yatırımın Can Arslan tarafından yapıldığının kabulünün mümkün olmadığı ve bu nedenle dikey ilişkinin bireysel muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 06.12.2012 tarih ve 12-62/1610-587 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 14.02.2013 tarih ve 13-10/128-66 sayılı *Dustaş Dursunoğulları Gıda ve İth. Mad. Pet. Ür. Tur. İnş. Taah. San. Ve Tic. A.Ş.- Opet Petrolcülük A.Ş.* kararı. Rekabet Kurulunca bazı kararlarda yatırımın “önemli miktarının” sağlayıcı tarafından yapılmış olması yeterli görülmektedir. Bu yönde bkz. Rekabet Kurulunun 20.02.2013 tarih ve 13-11/160-82 sayılı kararı; 28.03.2013 tarih ve 13-17/242-117 sayılı İbrahim Erkan-Yavuzeli Petrol ve Tic. A.Ş.- Altınbaş Petrol ve Tic. A.Ş. kararı. ABAD tarafından verilmiş olan bir kararda da yatırımın “önemli miktarda” olması ya da “önemsiz sayılamayacak miktarda olması” kistasları üzerinde durulmuştur. Bkz. CJEU, Case C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL*, 11.09.2008, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 02.07.2014.

⁷⁵ Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan *Pendik Pet. Ür. İnş. Turz. Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti.- Opet Petrolcülük A.Ş.* kararında, Opet ile bayi arasında yatırımların kim tarafından yapılmış olduğu konusunda oluşan uyuşmazlığın çözümünde taraflar arasındaki anlaşmanın niteliğinin irdelenmesi gerektiği, protokolün imzalandığı tarihte henüz işletilebilir bir akaryakıt istasyonu bulunmadığı, bunun protokoldeki “*Opet ile Bayi arasında tesis edilecek akaryakıt istasyonu*” ibaresinden net olarak anlaşıldığı, protokolde Opet’in yükümlülüklerinin düzenlendiği maddede Opet tarafından Pendik Petrole “işletme yatırım desteği” verileceğinin, bunun bir kısmının akaryakıt istasyonunun inşası için gerekli olan tüm yasal izinlerin alınmasını takip eden yedi gün içinde ödeneceğinin düzenlendiği belirtilerek, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde tüm yatırım maliyetleri Opet tarafından karşılanarak bir akaryakıt istasyonu kurulmuş olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir. Bkz. Rekabet Kurulunun 19.12.2012 tarih ve 12-65/1650-605 sayılı kararı.

⁷⁶ Rekabet Kurulunun 23.09.2010 tarih ve 10-60/1264-476 sayılı kararı. Rekabet Kurulunun bahsi geçen kararına dayanak başvuruda BP tarafından dikey ilişkinin başlangıç tarihinin belirlenmesinde bayilik sözleşmesi tarihi yerine EPDK’dan alınan lisansın tarihinin kabul edilmesi talep edilmiştir. Talebin gerekçesi olarak, inşaatın fiilen yeni başlamış olması, bunun uzun sürebileceği, bayilik sözleşmesi imzalanmış olsa bile inşaatın devam ettiği sürece fiilen faaliyette bulunulmadığı, bu nedenle anlaşmaların fiilen beş yıldan kısa bir süre için yürürlükte kaldığı gösterilmiştir. Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, rekabet etmeme yükümlülüğünün bayilik sözleşmesinin imzalanmasıyla başladığı, bu nedenle bayilik sözleşmesi imzalandıktan sonra bayinin BP’ye rakip bir başka dağıtıcıyla dikey anlaşma yapmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla anlaşma konusu malın bayiye tedariki başlamamış olsa dahi bu durumun mevcut anlaşma nedeniyle bayinin bir başka dağıtıcının sunduğu akaryakıtı satın almasının ve satmasının mümkün olmadığı gerçeğini değiştirmediği, Kanun veya Tebliğ’deki tanımlar dikkate alındığında EPDK’dan alınan lisans tarihinin dikey anlaşmanın ya da anlaşmadaki rekabet etmeme yükümlülüğünün başlangıç tarihi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, bu konuda Rekabet Kurulu ve Danıştay kararlarının istikrar kazandığı, bunlara aykırı olarak alınacak bir kararın bireysel muafiyetin amacına aykırılık oluşturacağı, böyle bir yaklaşımın EPDK’dan lisans almasına rağmen fiiliyatta faaliyete başlanmamış olması halinde fiilen başlangıç tarihinin esas alınmasını gerektireceği ve bunun da karışıklığa yol açacağı gerekçeleriyle talebin reddine karar verilmiştir. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 02.12.2010 tarih ve 10-75/1544-597 sayılı *OPET* kararı.

02.12.2010 tarihli *OPET*⁷⁷, 04.05.2011 tarihli *Baras Teknik Ltd. Şti.*, *Barbaros Akaryakıt Ltd. Şti.-Altınbaş Petrol A.Ş.*⁷⁸, 23.09.2010 tarihli *Petrol Ofisi A.Ş.-NYS A Akaryakıt Gayrimenkul A.Ş.*, *Abaylar Akaryakıt Ltd. Şti.*⁷⁹, 31.03.2010 tarihli *Petrol Ofisi A.Ş.-Öz Petrol Ltd. Şti.*⁸⁰, 28.08.2010 tarihli *Shell&Turcas Petrol A.Ş.-Yakışan Petrol Gıda Ltd. Şti.*⁸¹, *Teknosan İnşaat A.Ş.-Opet Petrolcülük A.Ş.*⁸², *Özutku Otomotiv Mak. Pet. Ür. Tic. ve San. Ltd. Şti.- Termopet Akaryakıt*

⁷⁷ Rekabet Kurulunun 02.12.2010 tarih ve 10-75/1544-597 sayılı kararı.

⁷⁸ Rekabet Kurulunun 04.05.2001 tarih ve 11-28/557-170 sayılı kararı.

⁷⁹ Rekabet Kurulunun 23.09.2010 tarih ve 10-60/1262-474 sayılı kararı

⁸⁰ Rekabet Kurulunun 31.03.2010 tarih ve 10-27/408-154 sayılı kararı

⁸¹ Rekabet Kurulunun 26.08.2010 tarih ve 10-56/1075-404 sayılı kararı. Aynı kararda Rekabet Kurulu tarafından, ilk kez kurulmamış olan (transfer istasyonlar) ve üzerinde ilave yatırımlar yapılmış istasyonlar bakımından bireysel muafiyet sağlanıp sağlanamayacağı konusu incelenmiştir. Yapılan değerlendirme neticesinde, bunların bireysel muafiyetten yararlanamayacağına karar verilmiştir.

⁸² Rekabet Kurulunun 05.09.2013 tarih ve 13-50/714-301 sayılı kararı. Bahsi geçen kararda Opet ile Lütfi Şahsuvaroğulları arasında 15.08.2007 tarihli ve 15 yıl süreli kira sözleşmesi imzalanmış, bu kira sözleşmesi 26.09.2007 tarihinde tapuya şerh verilmiştir. Ayrıca taraflar arasında 20.07.2008 tarihli ve beş yıl süreli bayilik sözleşmesi imzalanmıştır. Teknosan, başvuruya konu taşınmazı 04.06.2013 tarihinde satın almıştır. Teknosan tarafından Rekabet Kuruluna yapılan başvuruda, dikey ilişkinin 26.09.2007 yılında kurulmuş olduğu, bu dikey ilişkinin 26.09.2012 yılında sona ermesi gerektiği, tüm ihtarlara rağmen Opet'in kira şerhini terkin etmediği, OVM Petrol Ofisi A.Ş. (POAŞ) aleyhine taşınmazın tahliye edilerek kendisine teslimi konulu bir dava ikame ettiği ve önceki malikten aldığı teminat mektubunu nakde çevirdiği, tüm bu tutumların rekabet mevzuatına aykırı olduğu iddia edilmiştir. Opet, kendilerinin Teknosan ile aralarında bir dikey ilişki bulunmadığını, bayilik sözleşmesinin önceki malik ile akdedilmiş olduğunu, Teknosan'ın tapudaki kira şerhini bilerek taşınmazı satın aldığı, bahse konu taşınmaz üzerinde ilk defa akaryakıt istasyonu kurulduğunu ve tüm yatırımın Opet tarafından yapıldığını, Teknosan'ın kira sözleşmesini sona erdirmek için BK'da öngörülen bildirimde bulunmadığı ve bunun yerine rekabet hukuku mevzuatı gereğince kendiliğinden sona erdiği kanaatiyle taşınmaza müdahalelerde bulunduğunu, Teknosan'ın söz konusu taşınmazı devralmakla birlikte kira sözleşmesine ilişkin olarak Opet'e fesih bildiriminde bulunmamış olmasının ikinci beş yıllık dönem için zımni kabul olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Rekabet Kurulunca yapılan inceleme neticesinde, beş yıllık sürenin rekabet yasağına dayalı dikey ilişkiye başlangıç teşkil eden ilk anlaşmanın yapıldığı tarih olarak hesaplanacağı, bu durumda olayda 15.08.2007 tarihinde ilk önce imzalanmış olan kira sözleşmesinin tarihinin esas alınacağı ve buna göre 5 yıllık sürenin 15.08.2012 tarihinde dolduğu, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesindeki istisnadan yararlanılabilmesi için alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini ya doğrudan veya alıcıyla hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya (dağıtıcıya) ait tesis (akaryakıt istasyonu) üzerinde ya da bizzat sağlayıcı tarafından alıcıyla hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde edilen aynı veya şahsi kullanım hakkına konu tesiste sürdürmesi gerektiği, ancak bu koşulun dikey ilişkinin en başından itibaren mevcut olması gerektiği, olayda ise bu koşulun oluşmadığı ve bu nedenle dikey sözleşmenin bu istisna hükümünden yararlanmasının mümkün olmadığı; ancak bireysel muafiyet yönünden değerlendirme yapılabileceği, Opet tarafından gönderilen yazıda dosya konusu akaryakıt istasyonunun taraflar arasında yapılan dikey anlaşma doğrultusunda daha önce üzerinde istasyonlu bayilik faaliyeti yürütülmemiş gayrimenkul üzerinde, yatırım miktarı Opet tarafından karşılanmak suretiyle kurulduğunun belirtildiği, bu nedenle dikey anlaşmaya Teknosan'a Opet tarafından üstlenilen ilişkiye özgü yatırımın varsa kalan süreye tekabül eden bedelini ödeyerek anlaşmayı sona erdirmek için tanınması şartıyla 15.08.2007 tarihinden itibaren 10 yıl süre ile bireysel muafiyet tanınabileceği, bu hususta anlaşılabilmesi halinde söz konusu dikey anlaşmaya bireysel muafiyet

*Nak. ve Tic. Ltd. Şti.*⁸³, *Kaşif Şahbazoğlu-Siyam Petrolcülük San. ve Tic. A.Ş.*⁸⁴, *Akdağlar Tarım ve Hayvancılık Gıda İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti.-Can Aslan Petrolcülük San. A.Ş.*⁸⁵ kararlarında da yukarıdaki karara atıf yapılarak orada belirtilen koşulların varlığı halinde dikey sözleşmenin imza tarihinden itibaren on yıla kadar (5+5) bireysel muafiyet tanınabileceğini karara bağlamıştır.

1.2.2.1.2. Eleştiri ve Çözüm Önerileri

Öncelikle 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi ile rekabet etmeme yükümlülüğü için getirilen beş yıllık azamî sürenin PPK hükümleri ile birlikte yorumlanarak bayilik sözleşmelerinin her iki mevzuata da uygun bir şekilde düzenlenmesinin mümkün olduğu, bu nedenle her iki mevzuat arasında çelişki bulunduğu kabul edilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Önemi itibarıyla, PPK'daki asıl amacın güvenliği sağlamak ve kaçak akaryakıtı önlemek iken 2002/2 sayılı Tebliğ'in amacının piyasadaki rekabeti korumak olduğunu, dolayısıyla her iki yasal düzenlemenin birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamakta yarar olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, rekabet etmememe yükümlülüğü içeren bir akaryakıt bayilik sözleşmesinin beş yılı aşmayacak bir süre için akdedilmesi halinde bu sözleşmeyle hem PPK'daki güvenlik amacı hem de 2002/2 sayılı Tebliğ'deki rekabeti koruma amacı sağlanabilecektir. Ayrıca, mülkiyeti sağlayıcıya ait olan ya da sağlayıcı tarafından tamamen dağıtıcıdan bağımsız bir üçüncü kişiden temin edilerek dağıtıcıya tahsis edilen bir arazi üzerinde kurulmuş olan akaryakıt istasyonuna ilişkin bayilik sözleşmesinde sözleşmenin süresi ne olursa olsun getirilmiş olan rekabet etmeme yükümlülüğünün geçerli olacağı ve böyle bir sözleşmenin hem PPK'nın amacına hem de 2002/2 sayılı Tebliğ'in amacına uygun olacağı rahatlıkla söylenebilecektir.

Bunun yanında, Danıştay ve Rekabet Kurulu tarafından uzun süreli intifa, kira, işletme ve benzer nitelikteki sözleşmeler konusunda verilen kararların mevzuatın bütününe aykırı olup olmadığı hususu detaylı bir değerlendirme gerektirmektedir.

Doktrinde, Danıştayın ve Rekabet Kurulunun bu kararları, özellikle hiçbir mevzuat değişikliği olmaksızın sadece bir idarî düzenleyici işlemle ek muafiyet koşulu getirilmiş olması, getirilen bu yeni muafiyet koşulunun hiçbir hukukî

tanınamayacağı, bu durumda gerekçeli kararın tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde aralarındaki dikey anlaşmayı sonlandırmaları yönünde oy çokluğuyla karar verilmiştir. Bir üye tarafından bu karara, taraflar arasında bir yargı sürecinin başlamış olduğu, sonuçları itibarıyla Rekabet Kurulu kararını etkileyebilecek nitelikte olan böyle bir yargı süreci devam ederken RKHK'ya ve mevzuata uygun olmadığından bahisle dikey ilişkinin sonlandırılabilmesi sonucuna ulaşmanın, teşebbüslerin özel hukuk alanına giren haklarını etkileyebilecek nitelikte olduğu gerekçesiyle muhalif kalmıştır. Benzer yönde bkz. Rekabet Kurulunun 106.02.2013 tarih ve 13-09/113-59 sayılı *Bager Elektronik İnş. Tic. ve San. Ltd. Şti.-TP Petrol Dağıtım A.Ş.* kararı.

⁸³ Rekabet Kurulunun 28.03.2013 tarih ve 13-17/243-118 sayılı kararı.

⁸⁴ Rekabet Kurulunun 02.05.2013 tarih ve 13-25/336-154 sayılı kararı.

⁸⁵ Rekabet Kurulunun 23.05.2013 tarih ve 13-30/405-182 sayılı kararı.

dayanağı olmaması bir yana sadece tek yanlı olarak bayilerin menfaatini gözetircesine bir durum yaratması nedeniyle hakkaniyetten yoksun olduğu noktalarında eleştirilmektedir. Özellikle, geçmişe dönük etkileri bakımından sağlayıcıların uzun süreli intifa sözleşmelerine güvenerek yaptıkları yatırımların durumunun ne olacağı, tapuya şerh edilmiş olan uzun süreli intifa ve kira haklarının terkinin ile yeni düzenlemeye uyarlanarak yeniden tescili süreçlerinin zorluğu gibi hususların hiç dikkate alınmamış olması hususu da eleştirilere neden olmaktadır⁸⁶.

Bu eleştirilere karşılık, doktrindeki bir diğer görüş⁸⁷ ise Danıştayın ve Rekabet Kurulunun bu kararlarının aslında RKHK m. 4 hükmüne aykırı bir durum yaratmadığı yönündedir. Bu görüşe göre; RKHK m. 4 hükmüyle, taraflar arasındaki anlaşmalar ile kurulan ekonomik ve fiili ilişkiyi bir bütün olarak incelenmelidir. Bu kapsamda, bayi ile dağıtıcı arasındaki tüm sözleşmeler bir bütün olarak ele alınmalı; ortaya çıkan fiili ve ekonomik sonuçlar birlikte irdelenmelidir. Bu çerçeveden bakıldığı zaman, taraflar arasındaki kira ve intifa sözleşmeleri ya da tapuya verilen şerhlerin özel hukuk alanına girmesi gerekçesiyle RKHK kapsamında değerlendirilmeyip konunun özel hukuka bırakılması hatalı bir yaklaşım olacaktır. Çünkü RKHK'nın amacı, taraflar arasındaki sözleşmeler sonucunda rekabetin engellenip engellenmediği, giriş engeli oluşturulup oluşturulmadığıdır. Bu nedenle, Rekabet Kurulunun kira ve intifa sözleşmeleri hakkında, rekabeti önleyici nitelikteki sonuçlara karşı tedbir alması ve bu sözleşmelere müdahale etmesi RKHK'ya uygundur.

Doktrindeki bu görüşün gerekçesine bakıldığında, yapılan değerlendirmenin son derece isabetli olduğu görülmektedir. Gerçekten de RKHK m. 4'ün amacı, rekabeti engelleyici her türlü anlaşmanın hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanmasıdır. Bu kapsamda, her ne kadar 2002/2 sayılı Tebliğ'de sadece dağıtım sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüklerinin süreleri yönünden bir düzenleme yapmakla yetinilmiş ise de, normlar hiyerarşisine göre kanun hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerektiğinden kira ve intifa sözleşmeleri yönünden Rekabet Kurulunun denetim yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Rekabet Kurulu ve Danıştay tarafından verilen kararların gerekçesinde ise bu hususa değinilmemiş ve gerekçelendirme doğru bir şekilde yapılamamıştır. Bu nedenle görünürde, nisbî etkili olması gereken Rekabet Kurulu ve Danıştay kararlarına dayalı olarak yapılan bir idarî işlem ile sektörel anlaşmaların muafiyet koşullarının arttırılması sonucu ortaya çıkmıştır. Oysaki bu uygulama bir idarî işlemle ortaya çıkmamış olup aslında kanundan kaynaklanan yasal bir sonuçtur.

⁸⁶ Aslan ve Önal 2011, s. 30, 31, Aslan 2010, s. 22.

⁸⁷ Gürzumar ve Sanlı 2009, s. 554 vd. Aynı yönde bkz. KARACEHENNEM, N. (2006), "Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?", *Rekabet Derneği Rekabet Forumu*, No. 25, s. 10 vd. Aynı yönde bkz. Sanlı 2010, s. 183.

Taraflar arasında akdedilen bir bayilik sözleşmesinde her ne kadar bayiye yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yıl olarak düzenlenmiş ise de, bu bayilik sözleşmesine ek olarak akdedilen intifa, kira gibi sözleşmelerle sağlayıcının taşınmaz kullanım hakkını bayiden çok uzun sürelerle edinmiş olması durumunda, dikey ilişki gerçekte 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. Maddesi hükmünün amacına uygun olmayacaktır. Zira intifa, kira ya da benzer bir sözleşmeyle bayiye ait taşınmazın kullanım hakkını uzun bir süre için elde eden sağlayıcı tarafından, bu süre boyunca bayinin o taşınmaz üzerinde rakip sağlayıcılara ait ürünlerin dağıtımını yapması engellenebilecektir. Böylece bayilik sözleşmesinde beş yıl süreli görünen rekabet yasağı, aslında ek olarak akdedilen diğer sözleşmeyle çok daha uzun bir hale getirilmiş olacaktır. Bu tür bir uygulamaya izin verilmesi, kanuna karşı hile oluşturan bir davranışın meşrulaştırılması anlamına gelecektir. Ek sözleşmelerle sağlanacak uzun süreli rekabet yasakları, akaryakıt pazarındaki mevcut sağlayıcıların bayileri çok uzun sürelerle kendilerine bağlı hale getirmesine neden olacaktır. Bunun sonucunda da pazara yeni girmek isteyen sağlayıcıların zaten güç olan dağıtım ağı kurmaları daha da güç, hatta imkânsız hale gelecektir. Böylece pazara yeni girişler önlenmiş olacak ve pazar mevcut sağlayıcılar tarafından kapatılmış bir hale gelecektir. Rekabet hukukunun amaçlarından biri, pazarın kapatılmasını engellemektir. Kapatılmış bir pazarda etkin bir rekabetten söz edilmesi mümkün olmadığı gibi, kartelleşme sonucu artan fiyatlarla tüketici menfaatlerinin önemli ölçüde zedelenmesi kaçınılmazdır.

Tüm bunlar dikkate alındığında bayilik sözleşmesinin yanında ek olarak yapılan kira, intifa gibi sözleşmelerin bir bütün halinde ve tek bir dikey ilişki olarak düşünülmemesinin, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesiyle engellemeyi amaçladığı anti-rekabetçi piyasayı yaratacağı açıktır. Mevzuat hükümlerinin yorumlanmasında hükmün lafzı yanında amacının da dikkate alınması gerektiği temel yorum kurallarından biridir. Bu durumda, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesini sadece lafzen yorumlayarak, bayilik sözleşmesindeki rekabet yasağı süresini dikkate alıp ek sözleşmelerle yaratılan fiili durumun göz ardı edilmesi öncelikle bir yorum hatası olarak nitelendirilmelidir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulunun idari bir işlemine ihtiyaç duyulmaksızın sadece rekabet hukuku kuralları çerçevesinde kapsamlı bir yorum yoluyla aynı sonuca ulaşmanın kaçınılmaz olduğu kabul edilmelidir.

Gürzumar⁸⁸ intifa sözleşmesinin rekabet mevzuatındaki bu hükümleri dolanmak amacıyla yapıldığının anlaşılması halinde intifa sözleşmesinin geçersiz olacağını, buna bağlı olarak tapudaki tescilin yolsuz tescil olup terkininin istenebileceğini kabul etmektedir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, uzun süreli bu tür sözleşmelerin RKHK'nın 4. maddesi kapsamında bir bütün halinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu; bu nedenle bu sözleşmelerin rekabeti

⁸⁸ Gürzumar 2003, s. 127 vd.

engelleiyici nitelik taşıması nedeniyle geçersiz olacağı belirtildikten sonra kanuna karşı hile ya da muvazaaya dayanarak bu sonuca varmak pek isabetli görülmemektedir.

Yapılan açıklamalar ışığında, aslında Rekabet Kurulunun intifa ve diğer uzun süreli sözleşmelere ilişkin olarak baştan itibaren bu doğrultuda karar vermesi gerekirken, uzun bir süre bu sözleşmeler ile bayilik sözleşmelerini birbirinden ayrı olarak değerlendirmiş olması hatalı bir tutum oluşturmuştur. Rekabet Kurulunun ve Danıştayın bu hatalı yaklaşımı, akaryakıt dağıtıcılarının intifa ya da buna benzer diğer sözleşmelerin geçerli olduğu düşüncesine kapılarak bu yola sürekli olarak başvurmaları sonucunu doğurmuştur. Rekabet Kurulu, bu hatalı yaklaşımının bir nebze olsun telafisini mümkün kılmak amacıyla, iki yıllık bir geçiş süreci öngörmüştür. Özellikle yapılan yatırımların çok yüksek olup batık maliyet oluşturması ve bu yatırımların geri dönüşünün sağlanabilmesi için uzun bir süreye ihtiyaç duyulması konularında yapılan eleştiriler karşısında Rekabet Kurulu tarafından böyle bir geçiş süreci uygun görülmüştür. Ancak bu şekilde bir geçiş sürecinin öngörülmesinin hukuka ne kadar uygun olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Kanuna aykırı ve bu nedenle geçersiz olan sözleşmelere iki yıl süresince Rekabet Kurulu kararıyla geçerlilik tanınması mümkün değildir. Rekabet Kurulunun iradesiyle kanuna aykırılığın belirli bir süre için ortadan kalkması ve geçersiz bir sözleşmenin geçerliymiş gibi sonuçlarını doğurması düşünülemez. Bahsi geçen sözleşmelerin yaptırımını RKHK'nın 56. maddesine göre butlandır. Ancak burada butlan ile akdî ilişkinin geçmişe dönük olarak ortadan kaldırılması mümkün olamaz. Zira taraflardan birinin ifa ettiği edim, taşınmazı kullandırma edimidir ve bunun iradesi mümkün değildir. Bu gerekçeyle sözleşmenin geçersizliğinin etkileri ileriye dönük olmalıdır.

Konunun tartışma yaratan bir diğer yanı ise sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme sürelerinin bu şekilde kısıtlanmasının Anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğüyle ne kadar bağdaşır nitelik taşıdığı tartışmalıdır. Bu husus doktrinde eleştirilere neden olmaktadır⁸⁹. Ancak Rekabet Kurulu, zincirleme şekilde açık irade beyanı ile yapılan yenilemeleri yasaklamamakta ve bu yenilemeler yönünden bir sınır getirmemektedir. Böylece taraflar diledikleri kadar yenileme yapabileceklerdir. Bu durumda sözleşme özgürlüğüne gerçek bir aykırılık bulunmadığı kabul edilebilir. Burada üzerinde durulacak diğer konu, bayinin iradesidir. Bayinin isteyerek, kendi iradesi ile uzun süreli bir sözleşme ile bağlı olmayı kabul etmesi halinde ne olacaktır? Mevcut uygulama kapsamında bunun mümkün olmadığı görülmektedir. Zira yasal düzenlemelerle rekabetin sağlanması amacıyla sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getirilerek müdahalede bulunulmuştur. Getirilmiş olan bu düzenlemeler karşısında sözleşme özgürlüğünden bahsederek mevzuata aykırı sözleşmelerin geçerli olabileceğinin ileri sürülmesi kabul edilemez.

⁸⁹ Aslan 2010, s. 28 vd., 50.

1.2.2.2. Bayilik Sözleşmesinin Sona Ermesinden Sonraki Dönemde Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

2002/2 sayılı Tebliğ'in 5/1-b hükmüne göre, anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan veya dolaylı bir yükümlülük getirilemez. Bu bağlamda, akaryakıt bayilik sözleşmesine, sözleşmenin sona ermesinden sonraki döneme yönelik bayinin akaryakıt almayacağı, satmayacağı ya da yeniden satmayacağı yönünde bir hüküm konması halinde bu düzenleme muafiyet kapsamı dışında kalacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ ile kural olarak sözleşme sonrası döneme ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi yasaklanmıştır. Böyle bir yasaklama konmasının amacı, bayinin bayilik sözleşmesi sona erdikten sonra başka sağlayıcılarla yeni bayilik sözleşmeleri akdederek ticarî faaliyetine devam edebilmesinin sağlanması ve bir süreliğine dahi olsa pazar dışına çıkmasının önlenmesidir. 2002/2 sayılı Tebliğ sözleşme sonrasına yönelik rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi yasalandıktan sonra menfaat dengesinin kurulabilmesi amacıyla bu yasağa bir istisna getirilmiştir. Getirilen istisnadan yararlanılabilmesi için şu dört koşulun bir arada bulunması gerekir:

- Yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ya da hizmetlere ilişkin olması,
- Yasaklamanın, anlaşma süresince bayinin faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması,
- Yasaklamanın, sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen *know-how*'ı korumak için zorunlu olması,
- Yasaklamanın anlaşmanın sona ermesinden sonraki bir yılı aşmamak kaydıyla getirilmiş olması.

Bu dört koşuldan birinin dahi gerçekleşmemesi halinde bayilik sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü muafiyet dışında kalmaktadır. Aşağıda bu koşullar daha detaylı olarak incelenecektir.

1.2.2.2.1. Anlaşma Konusu Mal ya da Hizmetlerle Rekabet Halindeki Mal ya da Hizmetlere İlişkin Olması

Akaryakıt bayilik sözleşmesine konan ve sözleşme sonrası dönemde bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü altında olmasına yönelik bir hükmün 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, getirilmiş olan rekabet yasağının bayilik sözleşmesine konu olan mal ya da hizmetlere ilişkin olması gerekmektedir. Bunun anlamı şudur; akaryakıt bayilik sözleşmesi sadece benzin ve motorin türlerinin yeniden satımına ilişkinse bayilik sözleşmesine konan ve bayiye sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen hükmün,

sadece benzin ve motorin türlerinin yeniden satımına yönelik olması zorunludur. Bunun yanında ayrıca bayinin LPG satışı yapmasının da yasaklanması halinde ise bu hüküm istisna hükmünden yararlanamayacaktır.

1.2.2.2.2. Anlaşma Süresince Bayinin Faaliyette Bulunduğu Tesis ya da Arazi ile Sınırlı Olması

Akaryakıt bayilik sözleşmesine, bayinin sözleşme sona erdikten sonra rekabet etmeme yükümlülüğüne tâbi olmasına yönelik konan hükmün sadece bayilik sözleşmesi süresince bayinin faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması gerekmektedir. Bu sınırı aşan bir rekabet yasağı muafiyetten yararlanamayacaktır. Örneğin; bir akaryakıt bayilik sözleşmesinde bayinin bayilik sözleşmesi sona erdikten sonra bir yıl boyunca İzmir sınırları içinde akaryakıt satışı yapamayacağını düzenleyen bir sözleşme maddesi muafiyet kapsamı dışında kalacaktır.

Rekabet Kurulunun 2008 tarihli bir kararında⁹⁰ sözleşmenin sona ermesinden sonra bayiye altı aylık bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi ve bu rekabet yasağının “aynı veya bir başka işyerinde” şeklinde belirtilmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ’de izin verilen sınırları aştığı belirlenmiştir. Buna rağmen, sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ’e uygun şekilde tadil edilmesi halinde grup muafiyetinden yararlanabilecek olması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ve bildirimde bulunulmasına karar verilmiştir.

1.2.2.2.3. Sağlayıcı Tarafından Alıcıya Devredilen Know-How’ı Korumak İçin Zorunlu Olması

Know-how, sağlayıcının tecrübe ve bilgi birikimiyle elde ettiği teknik, ekonomik, ticari bilgi ve sırlarını ifade eder. 2002/2 sayılı Tebliğ’in 3/f maddesinde *know-how*’ın, sağlayıcının tecrübe ve deneyimlerinden doğan patentlendirilmemiş pratik bilgiler paketini ifade ettiği, bu bilgilerin gizli, esaslı ve tanımlanmış olduğu belirtilmiştir. Aynı maddede gizlilik unsuru, *know-how*’ın bütün olarak veya bütünü oluşturan parçaların unsurları ve oluşumu açısından genel olarak bilinmemesi ve kolayca ulaşılabilir olmaması; esaslılık unsuru *know-how*’ın sözleşme konusu mal veya hizmetleri alıcının kullanımı, satışı veya yeniden satışı için zorunlu bilgiler içermesi; belirlenmişlik unsuru ise *know-how*’ın gizlilik ve esaslılık kriterlerini karşılması olarak belirtilmiştir. 2002/2 sayılı Tebliğ’e göre akaryakıt bayilik sözleşmesinde bayiye sözleşme sonrası döneme ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmişse bunun mutlaka sağlayıcı tarafından alıcıya devredilmiş⁹¹ olan *know-how*’ın korunması için zorunlu olması gerekmektedir.

⁹⁰ Rekabet Kurulunun 31.07.2008 tarih ve 08-49/702-277 sayılı Cengiz Koçak- Mogaz Petrol Gazları A.Ş. kararı.

⁹¹ “Tebliğde, *know-how*’ın alıcıya devrinden söz edilmekle birlikte, “devir” ifadesi, sağlayıcının *know-how*’a ait hak ve yetkilerini sona erdiren bir tasarruf işlemi olarak düşünülmemelidir.

Böyle bir zorunluluk olmadığı takdirde akaryakıt bayisine sözleşme sonrası için rekabet etmeme yükümlülüğü yüklenemez⁹².

Sözleşme sonrası dönem için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyet kapsamında kalması için gereken temel koşul, sağlayıcının *know-how*'ının korunması için böyle bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesinin zorunlu olması; *know-how*'ın başka şekilde korunamayacak olmasıdır. Bu temel koşul sağlandıktan sonra ise yer bakımından sınırlama, bayilik sözleşmesi konusuna giren mal ya da hizmetler yönünden sınırlama ve süre bakımından sınırlama koşullarının 2002/2 sayılı Tebliğ hükmüne uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen *Aygaz* kararında⁹³, tüm bayilerle imzalanan tıp sözleşmelerde bulunan, sözleşmenin sona ermesinden sonraki dönem için, bayinin faaliyet gösterdiği yer ile sınırlı olarak bayiye getirilen bir yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü incelenirken *Aygaz* tarafından bayilere devredilen *know-how* bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Araştırma neticesinde *Aygaz*'ın kendi tecrübe ve birikimleri sonucu geliştirdiği "Entegre Sipariş Sistemi"nin 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen gizli, belirlenmiş ve esaslılık şartlarını taşıdığı, bu nedenle *know-how* niteliğinde olduğu, bu *know-how*'ın korunması için sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğünün zorunlu olduğu tespit edilmiştir. Ancak *Aygaz*'ın tüm bayilerinde bu sistemin kurulu olmaması nedeniyle, Rekabet Kurulu dosya konusu olay itibariyle muafiyet koşullarının bulunduğu sonucuna varmakla birlikte, Entegre Sipariş Sistemini uygulamayan bayiler yönünden sözleşme sonrası döneme ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün geçersiz olduğunu, bu nedenle ilgili bayilere *Aygaz* tarafından sözleşmede yer alan sözleşme sonrası

Söz konusu hükümde know-how lisanının kastedildiği söylenebilir. Aslında aynı karışıklık, "transfer" terimini kullanan Mehaç Tüzükte de (m.5/b) bulunmaktadır. Zira, transfer kavramının da mülkiyet veya bir şey üzerindeki kontrol hakkının devrini ifade etmek kullanıldığı görülmektedir." Bkz. Topçuoğlu 2006, s. 118, dn. 127. Aynı yönde bkz. Gürzumar 2003, s. 131, dn. 229.

⁹² Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1189-448 sayılı kararında, akaryakıt sektörünün yapısı gereği rakiplerin büyük ölçüde homojen olan ürünlerinin satışına konu olması, sektörde gerek satış gerekse diğer yardımcı hizmetlerin sunumu konusunda standartlaşmanın yüksek olması, yine güvenlik bakımından ilgili mevzuatta katı kıstaslar öngörülmesi nedeniyle bu sektörde sağlayıcıdan alıcıya anlaşma konusu ürünlerin satımı için vazgeçilmez nitelikte "-esaslı-" bir *know-how* devri olası görülmemiştir. Ayrıca bildirim konusu akaryakıt bayilik sözleşmesinde, sağlayıcı tarafından alıcıya ne tür bir *know-how*'ın devredildiğine ilişkin ayrıntılı bir hüküm de yer almaması, akaryakıt istasyonlarının kuruluş ve varlık nedenlerinin doğrudan doğruya akaryakıt satışı olduğu ve sözleşme sonrası döneme ilişkin getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, istasyonun bir yıl süreyle asli faaliyetini gerçekleştiremeyecek olması anlamına geleceği gerekçeleriyle sözleşme sonrası dönem için getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyet kapsamı dışında olduğuna karar verilmiştir. Aynı yönde bkz. Rekabet Kurulunun 26.08.2010 tarih ve 10-56/1075-404 sayılı kararı.

⁹³ Rekabet Kurulunun 15.7.2009 tarih ve 09-33/761-181 sayılı kararı.

rekabet etmeme yükümlülüğü maddesiyle bağlı olmadıklarının bildirilmesine karar verilmiştir.

1.2.2.2.4. Anlaşmanın Sona Ermesinden Sonraki Bir Yılı Aşmaması

Bayilik sözleşmesiyle bayiye sözleşme sonrası dönem için getirilmiş olan rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyet kapsamında kalabilmesi için 2002/2 sayılı Tebliğ ile getirilen son kısıtlama süre yönündendir. Buna göre, bayinin sözleşme bittikten sonraki rekabet etmeme yükümlülüğünün bir yıldan daha uzun süreli olmaması zorunludur. Rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ya bir yıldan az ya da en fazla bir yıl olabilecektir. Bir yılı aşan rekabet etmeme yükümlükleri ise muafiyet alamayacaktır.

2002/2 sayılı Tebliğ hükmüyle bayinin sözleşme sonrası dönem için rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda açıklanan üç koşulun birlikte varlığı halinde en fazla bir yıl için getirilebileceği düzenlendikten sonra buna bir istisna öngörülmüştür. Buna göre eğer sağlayıcının bayilik sözleşmesi dolayısıyla bayiye aktardığı *know-how* kamuya mal olmamışsa, *know-how*'un kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama mümkündür. Burada *know-how*'ın korunması, bayinin serbest ticaret yapma hakkının korunması karşısında daha üstün bir değer olarak görülmüştür.

1.2.3. Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinde Yer Alan Minimum Satış Kaydının Rekabet Etmeme Yükümlülüğü ile İlişkisi

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde genellikle, bayinin sözleşmede belirtilen minimum miktarda satış yapma yükümlülüğü bulunmakta; bu satış rakamına ulaşamaması halindeyse cezai şart uygulanacağı yönünde düzenlemelere yer verilmektedir. Akaryakıt dağıtıcıları PPK m. 9/2'ye göre lisans başvurularında asgarî yıllık 60.000 ton beyaz ürün (benzin, motorin) dağıtım projeksiyonu ile bayi bilgilerini EPDK'ya vermek zorundadır. Lisans başvurusu için getirilen bu zorunlu koşulu sağlamak zorunda olan akaryakıt sağlayıcıları tarafından bayilik sözleşmelerine bayiler için asgarî bir satış yükümlülüğü getirilmekte ve belirtilen tonaja ulaşamaması halinde bayinin cezaî şart olarak yüksek miktarlarda tazminat ödeyeceği düzenlenmektedir. Sözleşmeye konan bu tür kayıtlar “minimum satış kaydı” olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca buna “miktar zorlama anlaşmaları” da denilmektedir.

Minimum satış kaydı konusuna Akaryakıt Sektör Raporu'nda değinilmiş; Rapor'da, her ne kadar minimum satış kayıtlarının ilk bakışta bayilerin satışlarını arttırma amacıyla sınırlı olarak görünmesine rağmen, sonuçları itibariyle rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini uzattığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Şöyle ki; sözleşmede yer alan minimum satış kaydında belirtilen tonajı yakalayamayan bayi çok yüklü bir tazminat ödeme zorunluluğu ile karşı karşıya

kalacaktır. Aslında bayilik sözleşmesini sona erdirmek isteyen bayi, cezaî şartın yarattığı baskı nedeniyle sözleşmeyi yenilemek dışında bir yol bulamayacaktır. Rapor'a göre bu durumda rekabet yasağının kapsamı fiilen genişlemekte ve rekabet yasağı belirsiz süreli hale gelmektedir. Bu nedenle bu tür kayıtları içeren sözleşmelerin muafiyet kapsamı dışında kalması gerektiği düşünülmektedir. Doktrinde de bu tür kayıtlar, "rekabet etmemenin daha zayıf bir şekli" olarak nitelendirilmektedir⁹⁴.

Rekabet Kurulunca *Petrol Ofisi A.Ş.- Sevindim Akaryakıt Ltd. Şti.* kararında⁹⁵, konunun taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerle ilişkin ticarî bir ihtilâf olduğu, bu nedenle RKHK ve 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilecek bir yönü olmadığına karar verilmiştir.

2. AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMESİNDE 2002/2 SAYILI TEBLİĞ HÜKÜMLERİNE AYKIRI REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ DÜZENLENMESİNİN SONUÇLARI

2.1. Genel Olarak

Bir akaryakıt bayilik sözleşmesinde bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünü düzenleyen hükmün grup muafiyetinden yararlanabilmesi için yukarıda belirtilen koşullara uygun olması zorunludur. Bayilik sözleşmesine bu şartlara aykırı olarak rekabet etmeme yükümlülüğüne yönelik bir madde konulması halinde ise tüm sözleşmenin mi muafiyet kapsamı dışında kalacağı, yoksa sadece o hükmün mü muafiyet alamayacağı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Burada genel kural, sadece 2002/2 sayılı Tebliğ hükümlerine aykırı bir şekilde düzenlenmiş olan rekabet yasağı maddesinin muafiyet kapsamı dışında kalması, sözleşmenin geri kalanının ise başkaca bir rekabet kuralı ihlâlî ihtiva etmemek kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilmesidir. Yani bayilik sözleşmesinde başkaca bir aykırılık bulunmamakla birlikte bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü 2002/2 sayılı Tebliğ'e aykırıysa bu durumda sadece rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin o hüküm grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak, sözleşmenin geri kalanı grup muafiyetinden yararlanacaktır. Ancak bunun için

⁹⁴ Slaughter ve May 2012, s. 33. Doktrinde; miktar indirimleri, sadakat indirimleri ve promosyonların da miktar zorlama anlaşmaları ile aynı sonucu doğurduğu ve bu tür kayıtları içeren sözleşmelerin münhasır sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Karakurt 2005a, s. 36. Buna ek olarak, dağıtıcıya, sağlayıcıdan daha iyi fiyat teklif eden rakip sağlayıcıdan mal alma imkânı sağlayan ve "İngiliz Şartı" olarak adlandırılan hükümlerin de aynı sonucu doğuracağı, zira bu tür bir hükmün varlığı halinde alıcının öncelikle sağlayıcısına, rakip bir sağlayıcı tarafından verilen daha uygun teklifi bildirip, kendisinin de aynı imkânı sağlayıp sağlayamayacağını sormak zorunda olduğu, bu durumda sağlayıcının, alıcı tarafından kendisinden mal ya da hizmet alınmasını sağlamak amacıyla verdiği fiyatı, rakip sağlayıcının verdiği rakama kadar çekerek dağıtıcıya mal ya da hizmeti kendisinden temin etmek zorunda bırakacağı belirtilmektedir. Bkz. Karakurt 2005a, s. 39. Ayrıca bkz. Slaughter ve May 2012, s. 33

⁹⁵ Rekabet Kurulunun 15.11.2006 tarih ve 06-84/1059-306 sayılı kararı.

rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren sözleşme hükümlerinin diğer hükümlerden ayrılabilir olması gerekmektedir. Eğer rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler, sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrılamıyorsa bu durumda sözleşmenin tamamı grup muafiyeti dışında kalacaktır⁹⁶.

2.2. CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL kararı

ABAD tarafından, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos S* kararında, her ne kadar dikey anlaşmada perakende fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesine yönelik hükümler mevcut ise de bunun, o anlaşmanın tamamının hükümsüz sayılması sonucunu doğuramayacağı, bu hükmün anlaşmanın geri kalanından ayrılmasının mümkün olduğu ve bu nedenle anlaşmanın sadece o hükmünün geçersiz sayılarak geri kalanının geçerli olarak varlığını sürdüreceği belirtilmiştir⁹⁷.

⁹⁶ Gürzumar 2003, s. 121.

⁹⁷ Karara konu olayda Tobar ile Cepsa arasında 07.02.1996 tarihinde bir bayilik anlaşması imzalanmıştır. Buna göre Tobar, tüm petrol ürünlerini, yağları ve diğer ilgili ürünleri Cepsa'dan temin edecek, Cepsa'nın markasını ve logosunu kullanacak, ayrıca Cepsa'dan ticari ve ekonomik destek alacaktır. Buna karşılık Tobar, Cepsa'nın belirlediği perakende satış fiyatına ve diğer koşullara uymak zorundadır. Sözleşme 10 yıllık süre için akdedilmiş; ayrıca sözleşmeye konan hükümler sözleşmenin en az 6 ay önceden bildirimde bulunmak kaydıyla izleyen 5 yıl için uzatılabileceği düzenlenmiştir. Bu süre boyunca Tobar, Cepsa'nın rakiplerinden hem sözleşme konusu istasyonda hem de o çevrede ürün alamayacak, rakiplerin kampanyalarına katılamayacaktır. Yine sözleşme gereği Cepsa, Tobar'a kullanacağı yakıt tankları ve pompaları temin edecek, kuracak ve bunların bakımını üstlenecektir. Sözleşme sona erdiğinde Cepsa bunları geri alacaktır. 02.10.2001 tarihinde Cepsa, Tobar'a bir mektup göndererek Tobar tarafından kendisine kesilecek faturalardaki bedeller aynı kalmak kaydıyla ürünlerin perakende satış fiyatının düşürülmesini talep etmiştir. Tobar tarafından buna şiddetle karşı çıkmış, uzlaşma sağlanamadığından Tobar önce 2003 yılında Cepsa'dan mal almayı kesmiş ve istasyondaki logoları kapatmış; ardından da 2004 yılında fiyat belirlemesinin yasalara aykırı olduğu gerekçesine dayalı olarak mahkemeye başvurup sözleşmenin feshini talep etmiştir. Buna karşılık Cepsa tarafından bu davaya itiraz edilmiş ve öncelikle sözleşmenin devamı, devamının mümkün olmaması halinde zararlarının tazmini ile birlikte sözleşmenin feshi talepli karşı dava açılmıştır. Madrid 3 nolu ilk derece mahkemesi tarafından sözleşmenin geçersiz olduğu yönünde verilen karara karşı ABAD, ilk derece mahkemesinin bu kararını birçok yönden eleştiren bir karara imza atmıştır. ABAD tarafından verilmiş olan bu kararda özet olarak, ilk derece mahkemesinin öncelikle dava konusu sözleşmenin niteliği konusunda bir değerlendirme yaparak bu sözleşmenin acentelik sözleşmesi mi yoksa Art. 81 EC anlamında bir münhasır sağlama sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesi gerektiği; bu belirleme yapıldıktan sonra eğer Art. 81 EC kapsamında bir dikey sözleşme olduğu sonucuna varılmışsa bu sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı değerlendirilmesi gerektiği, bu kapsamda değerlendirme yapılırken ayrıca Cepsa tarafından Tobar'a yapılan yatırımın önemli miktarda ya da önemsiz görülemeyecek miktarda sayılıp sayılamayacağına bakılması gerektiği, yatırım önemli miktarda kabul ediliyorsa sözleşmenin 10 yıla kadar muafiyet kapsamında sayılacağı, ancak bunun için fiyat belirleme konusundaki hükümlerin rekabet hukuku kurallarına uygun hale getirilmesi gerektiği, bu uyumun sağlanmaması halindeyse o hükümlerin sözleşmeden ayrılarak sözleşmenin geri kalanının geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği, yoksa ilk derece mahkemesinin yaptığı gibi tüm sözleşmesinin geçersizliğine karar verilmesinin mümkün olmadığı, buna karşılık Cepsa'nın fiyat belirleme

2.3. Rekabet Kurulunun Yaklaşımı

Kılavuz'un 39. paragrafında yapılan açıklamalara göre, Rekabet Kurulu önüne gelen bir dosyada, bayilik sözleşmesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıldan uzun bir süre için düzenlenmesi halinde yükümlülüğün süresini 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen azamî hadde indirerek değerlendirebilir. Bunun için, bahsi geçen hükmün sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrılabilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Bu durumda Rekabet Kurulunca bayilik sözleşmesindeki rekabet etmeme yükümlülüğü henüz 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen azamî süre olan beş yıllık süreyi doldurmamışsa beş yıla ulaşmak için geri kalan sürede bu yükümlülüğün devam edeceğine, ancak beş yılın dolmasıyla sona ereceğine karar verilebilir. Eğer bayilik sözleşmesinde kararlaştırılan rekabet etmeme yükümlülüğü Rekabet Kurulu tarafından incelemeye alındığında zaten beş yılı doldurmuşsa Kurul tarafından verilecek karar ile bayi tamamen serbest bırakılacaktır.

Aynı durum, sözleşme sonrası dönem için getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri için de geçerlidir. Gerekli şartların bulunması halinde sözleşme sonrası dönem için getirilen bir yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri konusunda Rekabet Kurulunca, bunun bir yıl olarak uygulanması halinde muafiyetten yararlanacağına karar verilebilir. Rekabet Kurulu tarafından verilen *Raber Dericilik Gaz Ltd. Şti.- Bizimgaz* kararında⁹⁸ sözleşme sonrası dönem için öngörülen iki yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün Kılavuz çerçevesinde diğer hükümlerden ayrılabilir nitelikte olması nedeniyle ancak bir yıl olarak uygulanması halinde muafiyetten yararlanabileceği belirtilmiştir.

2.4. Azamî Hadde İndirme İlkesi ve Doktrinindeki Eleştiriler

Azamî hadde indirme ilkesinin Rekabet Kurulunca kabul edilmiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere geçmeden önce azamî hadde indirme ilkesinden kısaca söz etmekte yarar vardır⁹⁹. Azamî hadde indirme ilkesini düzenleyen TTK 1530/ 1 hükmündeki düzenleme şöyledir:

“Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı

baskısına karşı Tobar'ın tek tarafı olarak sözleşmeyi feshetme hakkının bulunup bulunmadığının iç hukuk kurallarına göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. CJEU, Case C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL*, 11.09.2008, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 02.07.2014.

⁹⁸ Rekabet Kurulunun 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı kararı.

⁹⁹ Azamî hadde indirme ilkesi hakkında bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, N. (2010), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I*, İstanbul, Türkiye, s. 607; OĞUZMAN, K. ve T. ÖZ (2012), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul, Türkiye, s. 184; EREN, F. (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul, Türkiye, s. 314; KILIÇOĞLU, A.M. (2012), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Türkiye, s. 100 vd.

aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.”

Hükme göre kanun ya da yetkili makamların koymuş olduğu azamî sınırın taraflarca akdedilen sözleşmeler ile aşılmış olması halinde, aşan kısım kanun gereği geçersiz hale gelecek ve sözleşmenin bu azamî sınır üzerinden akdedilmiş olduğu kabul edilecektir¹⁰⁰. Ayrıca kanun koyucu tarafından açıkça TBK m. 27/2 c.2'nin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle; bu hüküm olmasaydı sözleşmenin yapılıp yapılmayacağına bakılmayacak, sözleşmenin tamamının batıl sayılması söz konusu olmayacaktır. Azamî hadde indirme ilkesi doktrinde “*değiştirilmiş kısmî butlan*”¹⁰¹ veya “*düşey butlan*” olarak da anılmaktadır¹⁰².

Azamî hadde indirme ilkesinin bayilik sözleşmesinin rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükmüne uygulanması halinde, bayilik sözleşmesindeki rekabet etmeme yükümlülüğü beş yılı aşan bir süre için belirlenmiş olsa dahi, TTK m. 1530/1 gereği bu hüküm en yüksek sınır olan beş yıl üzerinden kabul edilmiş sayılacaktır. Ayrıca; sağlayıcının, beş yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüğü olması halinde bu bayilik sözleşmesini hiç akdetmeyecek olduğu yönündeki iradesine sonuç bağlanmayacak; bir başka deyişle bayilik sözleşmesinin tamamının hükümsüzlüğü sonucuna varılması mümkün olmayacaktır. Azamî hadde indirme ilkesinin beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüklerinde uygulanması yaklaşımı doktrinde eleştirilmektedir.

Gürzumar'a göre¹⁰³, bireysel muafiyet almak için yapılan bir başvuruda, Rekabet Kurulunca bazı şartların bireysel muafiyet verilmesine uygun olmadığına karar verildiği takdirde, muafiyet başvurusuna konu anlaşmanın gerekli şekilde değiştirilmesi ve yeniden bireysel muafiyet başvurusu yapılması gerekmektedir. Yoksa Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet için uygun bulmadığı şartlar, Kurulun bu yöndeki kararıyla kendiliğinden değişmiş ve uygun hale gelerek bu haliyle muafiyet almış sayılamaz. Bireysel muafiyete ilişkin bu durumun grup muafiyetinde kabul edilmemesi için geçerli bir sebep yoktur. Bir başka deyişle; nasıl ki bireysel muafiyet için uygun olmadığına karar verilen hükmün taraflarca uygun hale getirilip yeniden başvuru yapılması gerekiyorsa, grup muafiyeti için gerekli olan beş yılı aşmayan rekabet etmeme yükümlülüğünün taraflarca

¹⁰⁰ Burada sözleşmedeki hüküm tamamen geçersiz sayılacak ve bu geçersiz hüküm yerine azamî sınırı belirleyen kural geçecektir; yoksa sözleşmedeki geçersiz hükmün en yüksek hadde indirilmesi söz konusu değildir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu 2010, s. 607.

¹⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu 2010, s. 602 vd., Eren 1998, s. 314. Değiştirilmiş kısmî butlanın uygulanabilmesi için sözleşmenin bölünebilmesi gerekir. Bir diğer deyişle; sözleşmeden geçersiz olan hüküm çıkarılabilmeli ve geriye anlamlı bir bütün kalmalıdır. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu 2010, s. 605.

¹⁰² HATEMİ, H. ve E. GÖKYAYLA (2011), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Türkiye, s. 82.

¹⁰³ Gürzumar 2003, s. 121, dn. 222.

beş yılı aşan bir şekilde düzenlenmiş olması halinde, bu hükmün yerine Tebliğ hükmü kendiliğinden geçemez. Gerekli değişikliği tarafların yapıp yeniden grup muafiyeti başvurusunda bulunması gerekir. Bu nedenle burada azamî hadde indirme ilkesinin uygulanmasının kabulü söz konusu değildir. Ayrıca beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayan bir anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanması da mümkündür. Yazara göre; azamî hadde indirme ilkesi yetkili makamların kabul ettiği azamî hadler için öngörülmüştür. Bu nedenle Rekabet Kurulu Tebliği ile düzenlenen azamî hadlere bu hüküm uygulanamaz. Buna karşılık, eğer geçersizlik konusu hâkimin önüne gelirse hâkim, somut olayın özellikleri ve TMK m. 2 çerçevesinde geçersizliği azamî haddi aşan kısım için öngörüp, bu hadde kadar sözleşmenin ayakta tutulmasına karar verebilir.

Azamî hadde indirme ilkesinin uygulanması konusu, doktrinde Sanlı tarafından da eleştirilmektedir.¹⁰⁴ Yazar tarafından azamî hadde indirme ilkesinin rekabet etmeme yükümlülüğüne uygulanması halinde TTK m. 1530/1 hükmündeki “yetkili makam”ın Rekabet Kurulu olduğu, “azamî had”in ise 5 senelik süre olduğunun kabul edildiği belirtilmektedir. Yazar tarafından, TTK m. 1530/1 gereğince azamî haddi aşan hükmün tamamen geçersiz sayıldığını, kısmi butlan müessesine göre o hükmün yerine kanunun ya da yetkili makamın belirlediği azamî haddin geçtiğini; bir başka deyişle azamî haddi aşan kısmın azamî hadde indirilmediğini, o hükmün tamamen geçersiz hale gelip kanun ya da yetkili makamın belirlediği hükmün onun yerine geçtiğini, bu noktada azamî hadde indirme ilkesinin rekabet etmeme yükümlülüğüne uygulanması halinde Rekabet Kurulunun iradesinin tarafların iradesi yerine geçmiş olacağı ve Kurulun bu şekilde bir işlem yapma yetkisinin bulunmadığı belirtilmektedir.¹⁰⁵ Ayrıca yazar bu görüşünün bir gerekçesi olarak, 2002/2 sayılı Tebliğ’in 5. maddesinin emredici bir hüküm değil, tamamlayıcı bir hüküm olduğunu ve tamamlayıcı bir hükmün kendiliğinden taraf iradelerinin yerine geçemeyeceğini göstermektedir.¹⁰⁶ Yazar tarafından grup muafiyetine aykırı bir sözleşmenin mutlaka hukuka aykırı ve geçersiz olması gerekmediği, grup muafiyetine aykırı olmasına rağmen RKHK m. 4’e aykırı olmayan bir sözleşmenin bireysel muafiyet alabileceği, bu durumda anlaşmanın geçersizliğinden ve azamî hadde indirmeden bahsedilmesinin mümkün olmayacağı, beş senelik sınırı getiren tamamlayıcı kuralın ancak sözleşmenin ruhuna uygun düşmesi halinde hâkim tarafından değerlendirilebileceği, hâkim tarafından uygun görülmesi halinde sürenin beş seneden daha kısa olarak belirlenmesinin mümkün olduğu, hatta tam butlan uygulanarak sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılmasının da mümkün olduğu, bunun bayinin menfaatine aykırı olmadığı savunulmaktadır.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Sanlı 2010, s. 199.

¹⁰⁵ Sanlı 2010, s. 201.

¹⁰⁶ Sanlı 2010, s. 201 vd.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı 2010, s. 202 vd.

Yine yazar tarafından, rekabet etmeme yükümlülüklerine TTK m. 1530/1 hükmünün uygulanması doğru görülmediğinden, beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüklerinde TBK m. 27/2 c. 2'nin uygulanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Doktrinde Rekabet Kurulu kararlarının, sözleşmelerin sadece rekabet kurallarına uygunluğu ve geçerliliğine ilişkin olabileceği, sözleşmelerin TBK ve diğer mevzuat yönünden geçerlilik değerlendirmesinin Kurul tarafından yapılamayacağı yönünde eleştiriler de bulunmaktadır¹⁰⁹.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus, beş yılı aşkın rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmiş olan akaryakıt bayilik sözleşmesinin beş yılın sonunda tamamen; yani bir bütün olarak geçersiz hale geleceğidir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, PPK m. 8'e göre akaryakıt bayilik sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması zorunlu bir unsurdur. Bu durumda beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülükleri 2002/2 sayılı Tebliğ nedeniyle geçersiz olacağına göre, rekabet etmeme yükümlülüğü içermeyen akaryakıt bayilik sözleşmesinin tamamı PPK m. 8 karşısında geçersiz hale gelecek, kısmi butlanın uygulanma imkânı ortadan kalkacaktır¹¹⁰. Rekabet Kurulu tarafından bazı kararlarda, beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bayilik sözleşmelerinde beş yıldan sonra sözleşmenin sadece ilgili hükmünün değil, tamamının geçersiz hale geleceği belirtilmiş ise de bu sonucun gerekçesi olarak PPK m. 8 değil, Kılavuz'un 36. paragrafı ile kısmi geçersizlik müessesine dayanılmıştır. *Opet-Mehmetçik* kararı¹¹¹ buna bir örnektir. Rekabet Kurulunun kararını bu şekilde gerekçelendirmiş olması Sanlı tarafından haklı olarak eleştirilmektedir¹¹².

¹⁰⁸ Sanlı 2010, s. 203.

¹⁰⁹ Sanlı 2010, s. 199; Küçükayhan Aşçıoğlu 2011, s. 197.

¹¹⁰ Sanlı 2010, s. 198, dn. 76.

¹¹¹ Rekabet Kurulunun 25.10.2010 tarih ve 10-19/228-86 sayılı kararı. Bahsi geçen kararda, Mehmetçik Ltd. Şti. kendisinin malik olduğu araziye Opet'e kiralamakta, buna karşılık Opet tarafından kiralanın bu arazinin işletme hakkı Mehmetçik Ltd. Şti. ye verilerek bayilik sözleşmesi akdedilmektedir. Kira sözleşmesinin süresi istasyonun Opet bayisi olarak işletilmeye başlatılmasından itibaren, bayilik sözleşmesi ise imzalandığı tarihten itibaren on beş yıldır. Mehmetçik Ltd. Şti. sektöre bu sözleşmeyle ilk kez girmiştir. Rekabet Kurulunca yapılan değerlendirme neticesinde, bayilik sözleşmesi ile kira sözleşmesi tek bir anlaşma olarak kabul edilmiş, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yılı aştığından anlaşmanın 2002/2 sayılı Tebliğ'deki grup muafiyetinin kapsamı dışında kalmış olduğu, yeni bir yatırım yapılmasına yönelik ve yatırımın geri dönüşü de dikkate alınarak belirli bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir anlaşmada rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükmün sözleşmenin geri kalanından ayrılmasının mümkün olmayacağı, bu nedenle sözleşmenin beş yılı aşan süreler bakımından bir bütün olarak grup muafiyetinden yararlanamayacağı, beşinci yılın sonunda Opet tarafından üstlenilen yatırım bedelinin kalan kısmının Mehmetçik Ltd. Şti. tarafından ödenerek sözleşmenin sonlandırılması konusunda tarafların anlaşmaları halinde sözleşmeye on yıla kadar bireysel muafiyet tanınabileceği sonucuna varılmıştır.

¹¹² Sanlı 2010, s. 198, dn. 76.

2.5. Değerlendirme

Akaryakıt sektöründe 2002/2 sayılı Tebliğ ile RKHK m. 4'e uyumlu olarak bir rekabet yasağı sınırı düzenlenmiştir. Yukarıda da açıklandığı üzere, bayilik sözleşmesi yanında akdedilmiş olan intifa, kira, ekipman gibi sözleşmelerin bir bütün olarak değerlendirilerek beş yıllık süre kısıtlamasına tâbi tutulması aslında Rekabet Kurulu tarafından getirilmiş bir sınırlama olmayıp mevcut rekabet mevzuatı hükümlerinin uygulanmasından ibarettir. RKHK m.5 hükmünün son fıkrasında Rekabet Kuruluna grup muafiyeti koşullarını belirleyen tebliğler çıkarma yetkisi verilmiştir. Rekabet Kurulu da kendisine RKHK ile verilen bu yetkiye dayanarak 2002/2 sayılı Tebliğ'i çıkarmıştır. RKHK m. 4 hükmüne göre rekabeti engelleme, kısıtlama, bozma amacı taşıyana ya da bu amacı taşıyansa dahi bu sonucu doğuran anlaşmalar, uyumlu eylemler, kararlar yasaklanmıştır. Sadece bu hüküm çerçevesinde düşünüldüğünde dikey bir anlaşmada rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunması rekabeti bozucu amaç ve/veya etkiye sahip olduğundan yasaktır. Ancak RKHK ile önce 5. madde ile birtakım koşulların bulunması halinde 4. maddeye aykırılık söz konusu olsa dahi bireysel muafiyet imkânı sağlanmış; ardından da Rekabet Kuruluna verilen yetki ile RKHK m.4 hükmünün kapsamı dışında kalınmasını sağlayacak ve bu grup muafiyetinin kurallarını somutlaştıracak tebliğler çıkarılması imkânı getirilmiştir. Tüm bunlar karşısında beş yıllık süreye ilişkin düzenlemenin grup muafiyeti açısından emredici nitelik taşıdığı söylenebilir. Ancak bunun azamî hadde indirme ilkesinin uygulanması anlamı taşıyıp taşımadığı ayrıca irdelenmelidir.

On yıl süreli ve sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir bayilik sözleşmesinin akdedildiğini ve muafiyet almak için Rekabet Kuruluna başvuru yapıldığını, Rekabet Kurulunun beş yıl için grup muafiyetinden, kalan beş yıl içinse bireysel muafiyetten yararlanabileceğine karar verdiğini düşünelim. Burada sözleşmedeki on yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün varlığı aynen devam etmektedir ve on yıl boyunca bayi bu yükümlülükle bağlıdır. Bu durumda sadece ilk beş yılın grup muafiyeti kapsamına girmiş olması, sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine etki etmemektedir. Kalan beş yıl boyunca sözleşme, bireysel muafiyet kapsamında aynen uygulanabilecektir. Eğer azamî hadde indirme ilkesinin uygulanması gerektiğini kabul etmiş olsaydık hukuken sözleşmedeki rekabet etmeme süresinin beş yıl olarak değişmiş olması ve bu beş yıllık sürenin sonunda bayinin tamamen serbest kalması gerekirdi. Oysaki örnek olayda bayi beş yılın sonunda serbest kalmamakta ve beş yıl daha rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu durumda, bireysel muafiyet söz konusu olmasa dahi, beş yılı aşan rekabet ememe yükümlülüklerinin varlığı halinde sadece beş yıl için grup muafiyeti tanınıyor olması, burada azamî hadde indirme ilkesinin uygulandığı anlamına gelmemektedir. Sağlayıcı beş yıl henüz dolmadan

daha uzun süreli bir rekabet etmeme yükümlülüğü yönünden bireysel muafiyet için başvuru hakkını haizdir. Eğer azamî hadde indirme ilkesi uygulanmış olsaydı, artık bireysel muafiyet için başvuru imkânı da ortadan kalkmış olacaktı. Zira sözleşmedeki rekabet etmeme yükümlülüğü beş yıl olarak değiştirilmiş olacak ve bireysel muafiyet başvurusu yapılabilecek hüküm ortadan kalkmış olacaktı.

SONUÇ

Nitelik itibariyle dikey anlaşma olan akaryakıt bayilik sözleşmeleri rekabet hukuku yönünden 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmektedir. Grup muafiyetinden yararlanabilmesi için akaryakıt bayilik sözleşmesinde bayiye yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğünün 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesindeki koşullara uygun olması gerekmektedir. Buna göre, akaryakıt bayilik sözleşmesindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıldan fazla olmaması zorunludur. Ancak ilgili hükümde buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, bayinin anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyetinin, arazi ile birlikte sağlayıcıya ait olması halinde veya sağlayıcı tarafından bayi ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden bir üst hakkı sağlanarak yahut bir aynî ya da şahsî kullanım hakkı elde ederek bayinin faaliyetine bırakılması halinde bayiye getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin bayi tarafından kullanılacağı süreye bağlanabilir. Burada önemli olan nokta, malik ile bayi arasında bir bağlantı bulunmaması ve bu koşulun ilişkinin en başından itibaren mevcut olmasıdır. 2002/2 sayılı Tebliğ'deki bu sınırlayıcı hükümler karşısında PPK m. 8 sınırsız bir rekabet etmeme yükümlülüğü öngörmektedir. Buna göre, akaryakıt bayilik sözleşmelerinde sözleşme süresince bayinin rekabet etmeme yükümlülüğü altında olması zorunludur. Bu noktada PPK m. 8 ile Tebliğ'in 5. maddesinin çelişkili olduğu yönünde doktrinde ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Öncelikle Rekabet Kurumunun amacı rekabeti ve tüketiciyi korumak iken PPK'nın asıl amacı kaçak akaryakıtın önüne geçmektir. Ancak farklı amaçlarla hareket eden iki hükmün birbiriyle çelişki oluşturmayacak şekilde aynı anda uygulanabilmesi mümkündür. Şöyle ki, beş yılı aşmayan ve sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğü barındıran bir sözleşme, hem sözleşmenin devamı süresince bayiye rekabet etmeme yükümlülüğü ile bağlanmış olması hem de bu rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yılı aşmıyor olması dolayısıyla her iki mevzuat ile de uyumlu olabilmektedir. Sonuç itibariyle önemli olan, bu iki hükmün bağdaştırılarak yorumlanması ve uygulanmasıdır.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi yönünden getirilen kısıtlamanın aşılabilmesi amacıyla, dağıtıcılar tarafından bayilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde kendileri lehine intifa hakkı tesis etmesi talep edilmekte ve bu, bayilik sözleşmesi için bir ön şart olarak ileri sürülmektedir. Rekabet Kurulu tarafından uzun süre bu konuya bir müdahalede

bulunulmamış ve bayilik sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmelerin bir özel hukuk sorunu olduğu yönünde kararlar verilmiştir. Ancak Danıştay ve Rekabet Kurulu tarafından 2008 yılında verilen kararlar ve Rekabet Kurulunca 12.3.2009 tarihinde yapılan duyuru ile bu durumun önüne geçilmiştir. Buna göre, bayilik sözleşmesi ve bununla bağlantılı olarak akdedilen intifa, kira ve işletme sözleşmesi gibi sözleşmelerin tamamı bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Rekabet Kurulunun kararlarının dayanağını Akaryakıt Sektör Raporu, Rapor'un dayanağını ise *Repsol* kararı oluşturmaktadır. Doktrinde *Repsol* kararının ülkemizdeki akaryakıt sektörüne uyum sağlamadığı, akaryakıt pazarında bir kapama etkisinin mevcut olmadığı, 2002/2 sayılı Tebliğ'de grup muafiyeti koşullarının belirlenmiş olduğu, bir idari işlemle bu koşullara ek yeni koşullar getirilmesinin mümkün olmadığı, intifa, kira ve benzeri uzun süreli sözleşmelerin geçerliliğine güvenen sağlayıcıların önemli miktarlarda yatırımlar yapmış olduğu, bir anda tüm bu sözleşmelerin geçersiz sayılmasının sağlayıcılar yönünden çok ciddi zararlara sebep olabileceği gerekçeleriyle birçok eleştiri söz konusu olmuştur. Ancak RKHK m. 4'ün amacı dikkate alındığında Rekabet Kurulunun yeni yaklaşımının aslında çok geç kalmış ve zaten RKHK ve 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında varılması gereken sonuç olduğunu söylemek mümkündür. Zira RKHK'nın amacı, rekabetin engellenmesi amacı taşıyan ya da rekabeti engelleyici sonuç doğuran her türlü anlaşmanın önüne geçmektir. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5 hükmünün amacı ise RKHK m. 4 ile bağlantılı olarak bayinin beş seneden daha uzun bir süre rekabet etmeme yükümlülüğü altında tutulmamasıdır. Uygulamada her ne kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yıl olarak düzenlenmekte ise de akdedilen uzun süreli intifa, kira, işletme gibi sözleşmelerle bayi, sağlayıcı tarafından bu uzun süre boyunca kendisine bağlı tutulabilmekteydi. Zira bayinin işletmesinin bulunduğu taşınmazın kullanma hakkı bu sözleşmeler yoluyla sağlayıcıya geçtiğinden bayinin serbest iradesiyle karar alıp başka sağlayıcılara ait ürünlerin dağıtımını yapabilme imkânının bulunması mümkün değildi. Böylece kanunun istemediği sonucun kanun tarafından yasaklanmayan bir yoldan elde edilmesi anlamına gelen kanuna karşı hile müessesesi ortaya çıkmaktaydı. Ayrıca, akaryakıt sektöründeki dağıtım ağı kurabilme konusundaki zorluğun pazara girişin önündeki en önemli engellerden biri olduğu düşünüldüğünde akaryakıt pazarında kapama etkisinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Tüm bu açıklanan gerekçelerle, Rekabet Kurulunun ve Danıştayın yaklaşımının mevcut yasal düzenlemeler karşısında son derece isabetli olduğu söylenebilmektedir.

Bayilik sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin getirilecek rekabet etmeme yükümlülükleri ise 2002/2 sayılı Tebliğ m. 5/b'de düzenlenmiştir. Buna göre; getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün, anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması,

sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen *know-how*'ı korumak için zorunlu olması ve süresinin bir yılı aşmaması gerekmektedir.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yıldan uzun süreli olarak düzenlendiği sözleşmelere beş yıla kadar grup muafiyeti tanınıyor olması hususu, Rekabet Kurulu tarafından Kılavuz'un 39. paragrafında azamî hadde indirme ilkesinin uygulanması olarak açıklanmıştır. Ancak doktrinde bu konuya yönelik olarak birçok eleştiri bulunmaktadır. Eleştiriler özellikle, azamî hadde indirme ilkesinin uygulanması halinde sözleşmedeki sınırı aşan kısmın azamî hadde indirilmediği, sözleşmedeki hükmün geçersiz sayılarak bunun yerine kanun ya da yetkili makamın belirlediği azamî haddin geçtiği; bu noktada Rekabet Kurulunun iradesinin tarafların iradesinin yerine geçemeyeceği, ayrıca Rekabet Kurulunun bir sözleşmeyi sadece rekabet hukuku kapsamında değerlendirebileceği ve TBK kapsamında geçerli olup olmadığına karar veremeyeceği, grup muafiyeti koşullarını taşımamasının sözleşmenin hukuka aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği ve grup muafiyeti alamayan bir sözleşmenin bireysel muafiyet alma imkânının bulunduğu hususlarında yoğunlaşmaktadır. Beş yıldan uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir sözleşmenin beş yıl için grup muafiyeti, kalan kısım için ise şartları taşımaması halinde bireysel muafiyet alabilme imkânı vardır. Bu nedenle; grup muafiyetinin beş yıl için verilmiş olması burada azamî hadde indirme ilkesinin uygulandığı anlamına gelmemektedir. Zira azamî hadde indirme ilkesi uygulandığının kabulü halinde, sözleşmedeki uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm geçersiz hale gelecektir ve o hüküm yerine 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesindeki beş yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü geçecektir. Bu durumda artık bireysel muafiyet için başvuru yapma imkânı kalmayacaktır, zira ortada bireysel muafiyet alınabilecek bir hüküm kalmamış olacaktır.

KAYNAKÇA

- ASLAN, İ.Y. (2002), “Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku* içinde, s.54-177.
- ASLAN, İ.Y. (2003), “Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Grup Muafiyeti Tebliği”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan* içinde, Cilt II, s. 3-25.
- ASLAN, İ.Y. (2004), *Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar*, Bursa, Türkiye.
- ASLAN, İ.Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Dördüncü Bası, Bursa, Türkiye.
- ASLAN, İ.Y. (2010), “Akaryakıt Dağıtım Sözleşmelerinde Yer Alan Rekabet Yasaklarının Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VIII* içinde, s. 19-38.
- ASLAN, İ.Y. ve E. ÖNAL (2011), *Türk Akaryakıt Sektöründe Rekabet Yasaklarından Doğan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Ekin Basın Yayın, Bursa, Türkiye.
- BADUR, E. (2002), “Türk Rekabet Hukukunda Tek Elden Satın Alma Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku* içinde, s. 435-519.
- BOLATOĞLU, H. (2009), “Grup Muafiyet Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçişin İktisadi ve Hukuki Gereçekleri”, K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri* içinde, s. 21-40.
- EKDİ, B. (2009), *Hâkim Durumda Bulunan Teşebbüslerin Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasayı Kapatması*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 16, Rekabet Kurumu, Ankara.
- EREN, F. (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul, Türkiye.
- GÜRZUMAR, O.B. (2003), “2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliğ Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1-4 Nisan 2003* içinde, s. 68-134.
- GÜRZUMAR, O.B. ve K.C. SANLI (2009), “Akaryakıt Bayileri ile Akaryakıt Dağıtım Şirketleri Arasında Akdedilen Bayilik ve İntifa Hakkı Sözleşmelerinin 4054 Sayılı Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Kabul Edilmesi İhtimalinde Ortaya Çıkacak Özel Hukuk Sorunları Hakkında”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan* içinde, Cilt III, s. 549-577.
- GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası, Ankara, Türkiye.
- HATEMİ, H. ve E. GÖKYAYLA (2011), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, Türkiye.

- ILICAK, A. (2008), “ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi”, www.actecon.com/PDF/Dikey_2008, Erişim Tarihi: 20.05.2014.
- KARACEHENNEM, N. (2006), “Akaryakıt Bayileri Rekabet Etmeme Yükümlülüğünden Kurtulabilecekler mi?”, *Rekabet Derneği Rekabet Forumu*, No. 25, s. 10-16.
- KARAKILIÇ, H. (2013), *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Türkiye.
- KARAKURT, A. (2005a), *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 11, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KARAKURT, A. (2005b), *Ekonomik ve Hukuki Açısından Piyasa Kapama Etkisi*, Rekabet Kurumu 4. Dönem Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara.
- KARAMAN COŞGUN, Ö. (2007), “Rekabetin Dikey Kısıtlanmasına Grup Muafiyetinin Uygulanabilmesi Bakımından Pazar Payı Sınırlamaları”, *TBB Dergisi*, No: 20(71), s. 108-127.
- KILIÇOĞLU, A.M. (2012), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Türkiye.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (2010), *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I*, İstanbul, Türkiye.
- KÜÇÜKAYHAN AŞÇIOĞLU, M. (2011), *Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Ankara, Türkiye.
- NEİPOĞLU, S. ve D. U. GÖÇEN (2008), “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VI, 4-5 Nisan 2008* içinde, s. 185-215.
- OĞUZMAN, K. ve T. ÖZ (2012), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul, Türkiye.
- ROTH QC, P. ve V. SLOANE (2002), “Vertical Restraints in Domestic and EC Competition Law”, [http:// www.moncton.com/ docs/ library /Vertical %20 Restraints %20in %20Comp%20 Law %20-%20PR%20VS.pdf](http://www.moncton.com/docs/library/Vertical%20Restraints%20in%20Comp%20Law%20-%20PR%20VS.pdf), Erişim Tarihi: 12.03.2014.
- SANLI, K.C. (2009), “Rekabet Kurulu’nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım”, K.C. Sanlı (der.), *Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği’nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri* içinde, s. 75-194.
- SANLI, K.C. (2010), “Rekabet Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Akaryakıt Dağıtım Sözleşmeleri II: Geline Nokta, Sorunlar ve Değerlendirmeler”, *Rekabet Dergisi*, No.11(3), s. 177-230.

SLAUGHTER ve MAY (2012): “The EU Competition Rules on Vertical Agreements”, <http://www.slaughterandmay.com/media/64575/the-eu-competition-rules-on-vertical-agreements.pdf>, Erişim Tarihi: 10.04.2014.

SOYSAL, C. (2003), *Rekabet Perspektifinden Türkiye Akaryakıt Sektörü*, Rekabet Kurumu 2. Dönem Uzmanlık Tezleri, Rekabet Kurumu, Ankara.

ŞENSİVAS, B. (2007), “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Tartışmaları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Rekabet Derneği Rekabet Forumu*, No. 31, s.6-9.

TOPÇUOĞLU, M. (2006), *Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri*, Birinci Bası, Ankara, Türkiye.

REKABET KURULU KARARLARI

Rekabet Kurulunun 06.11.2012 tarih ve 12-54/1517-535 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 26.01.2006 tarih ve 06-04/55-13 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 24.06.2009 tarih ve 09-30/643-151 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 05.04.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 15.07.2009 tarih ve 09-33/761-181 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 31.07.2008 tarih ve 08-49/702-277 kararı

Rekabet Kurulunun 09.10.20013 tarih ve 13-57/796-336 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 06.11.2013 tarih ve 13-62/855-363 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 12.11.2013 tarih ve 13-63/882-376 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 20.02.2013 tarih ve 13-11/159-81 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 17.04.2013 tarih ve 13-22/303-140 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 13.06.2013 tarih ve 13-36/465-201 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 15.04.2010 tarih ve 10-31/472-176 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1189-448 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 17.06.2010 tarih ve 10-44/782-259 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 06.02.2013 tarih ve 13-09/115-61 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 04.03.2010 tarih ve 10-21/265-98 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 27.05.2010 tarih ve 10-38/656-223 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 06.11.2012 tarih ve 12-54/1516-534 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 22.11.2012 tarih ve 12-59/1560-561 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 08.04.2010 tarih ve 10-29/436-162 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 02.10.2003 tarih ve 03-64/770-356 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 19.10.2004 tarih ve 04-66/947-225 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 26.01.2006 tarih ve 06-04/56-14 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 5.3.2009 tarih ve 09-09/ 186-56 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 05.03.2009 tarih ve 09-09/ 187-57 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1140-429 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 04.02.2010 tarih ve 10-13/137-57 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 10.06.2010 tarih ve 10-42/734-241 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 16.09.2010 tarih ve 10-59/1222-464 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 05.08.2009 tarih ve 09-34/797-200 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 24.03.2010 tarih ve 10-26/360-131 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 24.06.2009 tarih ve 09-30/644-152 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 11.11.2009 tarih ve 09-54/1299-330 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 07.10.2010 tarih ve 10-63/1313-491 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 09.10.2013 tarih ve 13-57/797-M sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 04.05.20011 tarih ve 11-28/557-170 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 19.12.20013 tarih ve 2013-71/966-412 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 09.10.20013 tarih ve 13-57/799-338 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 18.03.2010 tarih ve 10-24/338-122 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 06.12.2012 tarih ve 12-62/1610-587 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 14.02.2013 tarih ve 13-10/128-66 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 20.02.2013 tarih ve 13-11/160-82 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 28.03.2013 tarih ve 13-17/242-117 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 19.12.2012 tarih ve 12-65/1650-605 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 23.09.2010 tarih ve 10-60/1264-476 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 02.12.2010 tarih ve 10-75/1544-597 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 02.12.2010 tarih ve 10-75/1544-597 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 04.05.20011 tarih ve 11-28/557-170 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 23.09.2010 tarih ve 10-60/1262-474 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 31.03.2010 tarih ve 10-27/408-154 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 26.08.2010 tarih ve 10-56/1075-404 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 05.09.2013 tarih ve 13-50/714-301 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 106.02.2013 tarih ve 13-09/113-59 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 28.03.2013 tarih ve 13-17/243-118 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 02.05.2013 tarih ve 13-25/336-154 sayılı kararı

Rekabet Kurulunun 23.05.2013 tarih ve 13-30/405-182 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 31.07.2008 tarih ve 08-49/702-277 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 02.09.2010 tarih ve 10-57/1189-448 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 26.08.2010 tarih ve 10-56/1075-404 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 15.7.2009 tarih ve 09-33/761-181 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 15.11.2006 tarih ve 06-84/ 1059-306 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı kararı
Rekabet Kurulunun 25.10.2010 tarih ve 10-19/228-86 sayılı kararı

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 13. Daire, 15.01.2007 T., 2006/1287 E., 2007/145 K. sayılı kararı
Danıştay 13. Daire, 13.05.2008 tarihli ve 2006/1604 E., 2008/4196 K. sayılı kararı
Danıştay 13. Daire, 28.06.2010 T., 2009/ 5164 E., 2010/ 5457 K. sayılı kararı
Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 9.12.2010 T., 2010/ 2182 E., 2010/ 2211 K. sayılı kararı

YARGITAY KARARLARI

YHGK, 06.06.2001 T., 2001/11-426 E., 2001/481 K. sayılı kararı

ABAD KARARLARI

CJEU, Case C-214/99, 06.07.2000, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 03.05.2014.
CJEU, Case C - 260/ 07, *Pedro IV Servicios SL v Total Espana*, 2.04.2009, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 03.05.2014.
CJEU, Case C-279/06, 11.09.2008, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 02.07.2014.
CJEU, Case C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL*, 11.09.2008, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/, Erişim Tarihi: 02.07.2014.

AVRUPA KOMİSYONU KARARLARI

EC, Ref. IP/06/495, 12.04.2006, http://ec.europa.eu/index_en.htm, Erişim Tarihi: 22.06.2014.

REKABET HUKUKU İLE HAKSIZ REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN COMPETITION LAW AND UNFAIR COMPETITION LAW

Hamdi PINAR*

Öz

Türkiye, piyasa ekonomisi prensibine dayalı ekonomik bir sisteme sahiptir. Türkiye’de hukuki reformların en önemli sebebi 1995’te Avrupa Birliği ile Türkiye arasında gerçekleşen Gümrük Birliğidir. Günümüzde Türkiye, serbest ve dürüst rekabetin düzenlenmesi için gerekli hukuki alt yapısını esas itibarıyla tamamlamıştır. Türk hukukunda rekabete ilişkin hükümlerin mehaızı AB hukukudur. Ayrıca bu hükümlerin uygulamasında AB hukukunun ölçütleri de dikkate alınmaktadır. Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukukunun, piyasada serbest ve dürüst, bir diğer ifade ile bozulmamış bir rekabetin sağlanması amacıyla hizmet ettiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda özellikle de piyasa aktörleri tarafından rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku sık sık birbirine karıştırılmaktadır. Piyasa düzeninde serbestlik ve iktisadi faaliyetlerde dürüstlüğü korunması ve sağlanması amacıyla piyasada gerçekleşen ihlâllere karşı kamu ve tüm katılımcıların yararına rekabetin korunmasını temin için, rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun birbirini tamamladığının kabulü doğru bir yaklaşım olacaktır. Zira sadece meşru sınırlar içinde gerçekleştiği takdirde bir rekabet serbestisinden bahsetmek mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Türkiye, Piyasa Ekonomisi, Rekabet Hukuku, Haksız Rekabet Hukuku, Bozulmamış Rekabet*

Abstract

Turkey’s economic system has been built upon market economy. The most important reason for legal reforms in Turkey is the Customs Union that has been realized with the European Union in 1995. Turkey has, by now, in principle, completed the legal infrastructure to attain free and fair competition. The competition rules in Turkish Law is based on the EU Law. Consequently, EU Law criteria are taken into consideration in the application of the rules. It has been acknowledged that competition law and unfair competition law serve the purpose of attainment of free and fair, in other words, undistorted competition in the market. In Turkish law, competition law and unfair competition law are often confused with each other, especially by market actors. It would be accurate to deduce that competition

* Yrd. Doç. Dr., LL.M., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

law and unfair competition law are complementary to each other in realizing and ensuring the protection of freedom in the market and fairness in economic activities, in order to protect competition against infringements, to the benefit of State and all participants. It would only be possible to speak of freedom of competition as long as it is realized within legal borders.

Keywords: Turkey, Market Economy, Competition Law, Unfair Competition Law, Undistorted Competition

GİRİŞ

Rekabet, hukuk ve iktisat biliminin konusudur. Ekonomik birer olgu (vakıa) teşkil eden rekabet ve piyasa, rekabeti koruyucu kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte hukuki düzenlemelerin de bir parçası olmuştur¹.

Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinin en önemli ve son dönemi Gümrük Birliğidir. Bu amaçla fıkrî mülkiyete ilişkin yasal düzenlemeler yanında Türkiye'de ilk kez rekabete ilişkin olarak 7 Aralık 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir². Böylece Türk Ticaret Kanununda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler³ dışında mehazı AB hukuku olan ayrı ve bağımsız bir kanun ile rekabet hukuku düzenlenmiştir⁴.

¹ IMMENGA, U. ve E.J. MESTMÄCKER (2012), "D. Der "stärker wirtschaftliche Ansatz" in der Leitlinienpolitik der Kommission", U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 5. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 1.

² Türk rekabet hukukunun tarihçesi hakkında bkz. ATEŞ, M. (2013), *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, Türkiye, s. 139 vd.

³ Haksız rekabet hukukunun tarihçesi ve gelişimi hakkında bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H. (2014), *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, Türkiye, s. 10 vd.

⁴ 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK) 31 vd. maddelerde rekabete ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümler zamanın Topluluk rekabet hukukunun temel maddeleri olan Avrupa Topluluğu Anlaşması (ATA) m. 85 vd. (yeni Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma (ABİDA) m. 101 vd.) hükümleriyle hemen hemen aynıdır. 1/95 s. OKK m. 39'a göre, Türkiye kendi hukuk sisteminde ATA m. 85 ve 86'daki (yeni ABİDA m. 101 ve 102) yasaklanan rekabet ihlalleri ile aynı yönde düzenlemeler yapmakla yükümlü tutulmuştur. Topluluk hukukunun yansımaları bunlarla kalmamış daha da ileri giderek uygulamada yeknesaklığın sağlanması amacıyla 1/95 s. OKK m. 32, 33 ve 34'e aykırı uygulamaların Topluluk hukukunda ilgili hükümlerin uygulanmasından doğan ölçütler çerçevesinde değerlendirileceği ifade edilmiştir (m. 35). Bkz. PINAR, H. (2006), "Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku", *Rekabet Dergisi*, Sayı 23, s. 57 vd. Nitekim Rekabet Kurulu ve Danıştay birçok kararında AB hukukundaki içtihat hukuku ile ortaya çıkan ilkeleri dikkate almışlardır. Buna rağmen -teorik olarak- henüz AB üyesi olamamış bir Türkiye için elbette Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları bağlayıcı değildir. Bkz. GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye, s. 38, dn.18; Amerikan ve Avrupa Birliği rekabet hukuku sistemleri hakkında bkz. Ateş 2013, s. 89 vd.

Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukukunun, piyasada⁵ serbest ve dürüst, bir diğer ifade ile bozulmamış bir rekabetin sağlanması amacıyla hizmet ettiği kabul edilmektedir. Türk hukukunda özellikle de piyasa aktörleri tarafından rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku sık sık birbirine karıştırılmaktadır⁶. Bunun sebebi ise öncelikle her iki hukuk alanında korunan amaçların, bakış açılarının ve hükümlerin anlaşılmasındaki sorunlardır. Ayrıca piyasadaki serbest rekabeti koruyan her iki alandaki hükümler arasındaki ilişkilerin, farklılıkların ve benzerliklerin açık bir şekilde ortaya konulmamasından dolayı bu hükümlerin uygulamadaki etkinliği tam olarak sağlanamamaktadır. Dolayısıyla rekabet ve haksız rekabet hukukunun öncelikle birlikte incelenerek öne çıkan benzerlikleri ile hedefe varmadaki usul ve yöntem farklılıklarının açıkça ortaya konulmasıyla, bu karıştırılmanın önüne geçilebilmesi mümkün olabilecektir.

Rekabet hukuku, ekonomi-politik hedef olarak, piyasa ekonomisi ve meşru sınırlar içinde gerçekleşecek rekabetin olduğu bir ekonomik düzenin gerçekleşmesini; toplumsal-politik hedef olarak ise piyasaya katılanların hepsi için serbest bir düzenin oluşturulmasını amaçlamaktadır. Haksız rekabet hukukunun amacı ise bütün katılanların menfaatine, piyasada dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dolayısıyla rekabet ortamındaki teşebbüslerin⁷ davranışları her iki alanın da konusudur. Bunun sonucu günümüzde çok sayıda olayda hem rekabet kurallarını hem haksız rekabet kurallarını aynı anda uygulama imkânı bulanmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, piyasa ekonomisi ve rekabet serbestisi esaslarına kısaca değinildikten sonra serbest piyasadaki rekabet düzeninin korunması için öncelikle her iki alanın koruduğu amaçlar ele alınacaktır. Devamında her iki alanın işlevsel ortaklığı ve örtüşmeyen noktaları tespit edilecektir. Zira her iki alanı, nihaî hedefte aynı amaca hizmet eden kesişen ve ayrılan görev alanları bulunan iki küme olarak görmenin daha doğru olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca her iki hukuk alanında birbirini tamamlayan ama aralarında yarışma olan bir ilişki içinde bulunan hükümler olduğundan hakların yarışması ortaya çıkmaktadır. Ancak her iki alanda usul ve yöntem farklılıkları vardır. Bu farklılıklar sebebiyle her iki alanın birbirinin anti tezi şeklinde algılanmaması gerekir. Özellikle uygulamada, haksız rekabet hukukundaki genel hüküm ve ortak konulara ilişkin diğer hükümler, rekabet hukukunun piyasadaki serbestiyi güvence altına alma hedefine zarar verici bir şekilde yorumlanmamalıdır.

⁵ Piyasa kavramı ve türleri ile piyasanın rekabet hukukundaki yeri hakkında bkz. Ateş 2013, s. 263 vd., 27 vd.

⁶ TÜRKKAN, E. (2009), *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye, s. 263.

⁷ Teşebbüs kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş 2013, s. 197 vd.

1. ANAYASAL EKONOMİK DÜZEN

1.1. Piyasa Ekonomisi

Türkiye’de karma ekonomi mantığında bir anayasa olduğu için anayasa değişikliği ile daha rekabetçi bir ekonomik ortam yaratılması ve özgürlüklere daha fazla imkân tanınması istenmektedir. Türkiye’deki mevcut bu algıya karşılık dünyadaki bütün ekonomilerin, karma ekonomik sistemi uyguladıkları ifade edilmektedir⁸. Öğretide ve mahkeme kararlarında 1982 Anayasası’nın nasıl bir ekonomik düzen getirdiği tartışmalıdır. 1982 Anayasası hem mülkiyet ve özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte hem de sosyal devlet ilkesi ve planlamaya yer vermektedir. Bunun sonucu olarak “sosyal piyasa ekonomisi” kavramının tercih edilmesinin isabetli olacağı görüşü ağırlık kazanmaktadır. Nitekim AB Komisyonunca hazırlanan 2005 Yılı İlerleme Raporunda, Türkiye ekonomisinin işleyen bir piyasa ekonomisi olarak kabul edilebileceği teyit edilmiştir⁹. O halde Türkiye’nin özellikle AB üyelik süreci ve 1982 Anayasası’ndaki ekonomik hükümler dikkate alındığında iktisadi düzenin Türkiye’de de, Almanya’daki gibi, ağırlıklı olarak piyasa ekonomisi prensibine dayalı bir sistem olduğu görülecektir¹⁰. Aynı zamanda Anayasa’daki “mali ve ekonomik hükümler” açısından devletin ekonomik alanda hem düzenleyici hem de denetleyici işlevi¹¹ bulunmaktadır. Bu bağlamda devlet, piyasada serbest rekabetin sağlanması amacıyla tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemekle görevlendirilmiştir¹².

Piyasa ekonomisinin olduğu bir sistemde serbest rekabet, hem uygulanan politikaların temel unsuru¹³ hem de çoğu ekonomik alanda özel ekonomik ilişkilerin düzenleyicisidir¹⁴. Dolayısıyla piyasa ekonomisi düzeninde rekabetin gerçekleşip gerçekleşmediği veya ne şekilde gerçekleştiği çok büyük önemi haizdir. Öncelikle bir piyasada rekabetin varlığı için iki şart gerekmektedir.

⁸ Tartışmalar için bkz. TAN, T. (2010), *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Turhan Yayınevi, Ankara, Türkiye, s. 28 vd.

⁹ Farklı değerlendirme ve Anayasa Mahkemesinin kararları açısından bkz. Tan 2010, s. 58 vd.

¹⁰ Karş. KÖHLER, H. (2014a), “Einleitung”, H. Köhler ve J. Bornkamm (der.), *Wettbewerbsrecht* içinde, 32. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 1.51.

¹¹ Devlet, bağımsız idari otoriteler ile regülasyon görevini yerine getirmektedir. Regülasyon kavramı ile esasen piyasaların üst bir otorite yoluyla düzenlenmesi, denetlenmesi, yönlendirilmesi ve yönlendirilmesi faaliyeti tanımlanmaktadır. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu gibi bağımsız idari otoritelere nazaran Rekabet Kurumunun özel bir durumu vardır. Zira Rekabet Kurumu, bütün sektörler üzerinde denetim yetkisine sahiptir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, F. (2011), *Devlet ve Piyasa*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye, s. 19, 64 ve 285 vd.; ATIYAS, İ. (2001), “Regülasyon ve Rekabet”, *Rekabet Kurumu Sempozyumu: Regülasyon ve Rekabet* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 31 vd.

¹² Tan 2010, s. 57.

¹³ ARKAN, S (2003), “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, T. Ansay (der.), *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan* içinde, Turhan Yayınevi, Ankara, s. 3.

¹⁴ Köhler 2014a, Nr. 1.51.

İlki, piyasaya giriş serbestfisi; ikincisi ise iktisadi faaliyet serbestfisi (çalışma ve sözleşme özgürlüğü) olmasıdır. Piyasaya giriş serbestfisi kapsamında satıcılar fiyat, kalite ve hizmet ile diğer etkili parametrelere ilişkin verilerini dikkate alarak piyasaya sunulacak ürünlerini özgürce belirlerken; alıcılar da kendilerine sunulan ürünleri özgürce seçebilme serbestfisine sahiptirler. İktisadi faaliyet serbestfisi ise reklam, sözleşmede karşı tarafı seçme ve sözleşme yapma ile sözleşmenin içeriğini düzenleme esaslarına dayanarak, özgür bir şekilde iradenin oluşmasını zorunlu kılmaktadır. Bu kapsamda ayrıca rekabetin ortaya çıkabilmesi ve gelişmesi için hareket özgürlüğü de şarttır. İster devletin aldığı tedbir veya yaptığı düzenlemelerle, ister piyasa katılımcılarının anlaşma veya davranışıyla olsun, rekabetin bu temel şartı ortadan kaldırıldığında rekabet de sınırlandırılmış olacaktır. Hareket özgürlüğünün sınırlandırılması veya başka bir şekilde de olsa iktisadi faaliyet serbestfisinin daraltılması, zorunlu olarak rekabetin sınırlandırılmasına da sebep olacaktır. Dolayısıyla piyasa işleyişinin yönlendirilmesi için bir düzen prensibi olarak rekabeti isteyen bir hukuk düzeni, tüm müteşebbisler için piyasalara girişi açık tutmak ve piyasalardaki iktisadi faaliyet serbestfisi sınırlamalarını da mümkün olduğunca ortadan kaldırmak zorundadır. Yine de böyle bir düzende hiç kimse iktisadi faaliyette bulunmaya veya rekabete de zorlanamaz. Ancak kendi aralarında rekabetten kaçınmak için veya başkalarının rekabete katılmasını engellemek için teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar, rekabetçi bir ekonomide prensip olarak hukuken tasvip edilebilir bir davranış da değildir¹⁵.

1.2. Rekabet Serbestfisi

Meşru sınırlar içinde gerçekleşecek rekabet serbestfisi için üç bileşenin bulunması şarttır. Bunlar; sözleşme özgürlüğünün tanınması, piyasa giriş serbestfisi ile piyasadan çıkış serbestfisinin bulunmasıdır¹⁶. Sözleşme özgürlüğü gereğince iktisadi oyunculara, belli bir pazarda ticari alım satımlarını kendi seçebildiği partnerleriyle yapabilmelerine izin verilmiş olması şarttır¹⁷.

¹⁵ Köhler 2014a, Nr. 1.17.

¹⁶ Piyasaya giriş, çıkış engelleri ve rekabet konusunda ayrıca bkz. Türkkın 2009, s. 80 vd.

¹⁷ Köhler 2014a, Nr. 1.26. T.C. Anayasa Mahkemesinin 2008 yılında verdiği bir kararda sözleşme özgürlüğünün kapsamı şu şekilde belirlenmiştir: "Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir." Bkz. AYM Esas 2005/128, Karar 2008/54 Tarih 7.2.2008, R.G. Tarih: 01.07.2008 - Sayı: 26923, www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 14.4.2014.

Piyasaya giriş serbestisi, öncelikle isteyen herkesin yeni bir oyuncu (arz veya talep eden) olarak belli bir pazara girebilecek durumda olmasını gerektirir. Ayrıca bu pazarın hem her bir potansiyel alıcı ve satıcının girişine hem de mevcut piyasa katılımcılarının çoğalabilmesine açık olması gereklidir. Buna ilave olarak her bir piyasa katılımcısı pazarda kendi kararını serbestçe oluşturabilmeli ve bu kararlarını uygulayabilmelidir. Son olarak piyasaya mal ve hizmet arz edenler, ürünlerini ve bunların fiyatlarını her zaman kendi özgür iradelerine göre değiştirebilme ve böylece talep edenler de farklı ürünleri farklı fiyatlar arasından veya birbirine benzer ürünleri de yine farklı fiyatlar arasından seçebilme hakkına sahip olmalıdır¹⁸.

Piyasaya giriş kadar çıkışın serbest olması rekabet serbestisinin üçüncü şartıdır. Bu kapsamda iktisadi alanlarda faaliyet serbestisi aynı zamanda bu serbestinin kullanılmaması hakkını da ihtiva etmektedir. Hiç kimse iktisadi bir faaliyette bulunmaya ve rekabete katılmaya zorlanamaz. Ancak iktisadi faaliyete başlandıktan sonra yalnız ve bağımsız hareket edebilme serbestisinden tamamen veya kısmen vazgeçilmesi hususu bir başka tartışma konusu da olabilmektedir. Zira düzeni sağlayan esas olarak rekabetin benimsendiği bir piyasa ekonomisinde bu şekilde bir vazgeçme, örneğin rekabeti sınırlayıcı anlaşma gibi, hukuken kabul edilebilir olmayabilir¹⁹. Dolayısıyla rekabet serbestisi hukuken sınırlandırılmış bir özgürlüktür. Hukuken yasaklanmış rekabetçi bir faaliyet, serbest değildir²⁰. Aynı şekilde, mesela üretimi, dağıtımı, ticareti yasak olan uyuşturucu maddelere yönelik iktisadi faaliyetler açısından da bir rekabet serbestisinden söz edilemez²¹. Sadece izin verilen davranışlar çerçevesinde rekabet serbestisi hukuki düzenlemelerle gerçekleştirilebilir²². Bunun sonucu olarak bir davranışın, dürüst rekabetçi bir davranış²³ olup olmadığı Anayasa'nın ruhuna²⁴ uygunluğunun,

¹⁸ Köhler 2014a, Nr. 1.27.

¹⁹ Köhler 2014a, Nr. 1.28. Bazı ülkelerde *Losec* ilacının ruhsatından vazgeçerek bu ülkelerde hem jenerik ilaçların üretimini engellemeyi veya geciktirmeyi, hem de bu ülkelere yapılabilecek paralel ithalatın önüne geçmeyi amaçlayan *AstraZeneca*'nın bu davranışını ABAD, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. O halde başka teşebbüslerin piyasaya girişini engellemek amacıyla *AstraZeneca*'nın yalnız ve bağımsız hareket ederek pazar dışına çıkması bile bir rekabet ihlâli olarak değerlendirilmiştir. Bkz. ABAD'ın T. 06.12.2012 ve C-457/10 P sayılı *AstraZeneca* kararı, <http://curia.europa.eu>, Erişim Tarihi: 14.4.2014.

²⁰ Köhler 2014a, Nr. 1.29.

²¹ Ateş 2013, s. 7.

²² Köhler 2014a, Nr. 1.29.

²³ Buradaki dürüstlüğün (*Lauterkeit*) çerçevesinin içine özellikle insan haklarına saygı (insan onuru ve ayrımcılık yasağı gibi), açıklık ve gerçeklik, kişiliğin, verilerin ve sırların korunması ile hakkı kötüye kullanma teşkil eden veya ölçüsüz davranışlar yasağı girmektedir. JUNG, P. (2010), "Art. 1", P. Jung ve P. Spitz (der.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* içinde, Stämpfli Verlag, Bern, Art. 1, Nr. 12.

²⁴ Alman Anayasa Mahkemesinin 1958 yılında vermiş olduğu *Lüth* kararı ile ilk kez temel hak ve özgürlükler, özel hukuk alanındaki uygulamalarda etkili olmuştur. Bu durum "yansıma etkisi" (*Ausstrahlungswirkung*) olarak adlandırılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler,

mevcut ekonomik düzeninin ve özellikle de kartel hukukunun ölçütleri dikkate alınarak belirlenmelidir²⁵.

2. PİYASADA REKABETİN KORUNMASI

İktisat biliminin konusu olan rekabet, rekabeti koruyucu ilgili kanuni düzenlemelerin yapılması ile hukuk biliminin de konusu haline gelmiştir. İktisat biliminde rekabet teorisi, piyasa ekonomisinde rekabetin varlığı, şartları ve işlevlerini konu edinmektedir. Oysa hukuk bilimi, rekabeti ekonomik bir fenomen olarak dikkate alarak, normatif ölçülere göre şartları, süreci veya etkileri açısından rekabetin sağlanması veya düzeltilmesini amaçlamaktadır. Bunun sonucu olarak iktisat bilimine karşılık rekabet hukuku, rekabetin korunması amacıyla kendi özel kanuni düzenlemeleri ile ortaya çıkmaktadır²⁶. Rekabetin piyasada arz ve talep edenler arasında ekonomik ilişkiyi düzenleyici bir rolü olması ve rekabet serbestisinin sağlanması için bu alanın normatif olarak düzenlenmesi zorunludur. Yapılan bu düzenlemeler, birçok yönden farklılık ve benzerlik göstermektedir. Rekabet hukuku, önleyici (*prevantif*) (sektör analizleri gibi) bir rolle²⁷, *ex ante* (birleşme ve devralmalar) ve özellikle de *ex post* (kartel anlaşmaları ve hâkim durumun kötüye kullanılması hâllerinde) bir denetimle piyasadaki rekabet düzeninin bozulmasını veya ihlalleri engellemektedir. Buna karşılık haksız rekabet hukuku ise dürüst rekabetin korunması yolu ile mikro düzeyde iktisadi faaliyet serbestisini sağlamaktadır²⁸.

aslında bireyin devlete (kamuya) karşı korunması amacıyla düzenlenmiştir. Ancak özel hukuk alanındaki genel hükümlerin (örneğin Türk hukukundaki Medeni Kanun m. 2 ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 54'deki dürüstlük kuralı gibi) yorumlanmasında Anayasa'daki temel hak ve özgürlükleri (örneğin fikir özgürlüğü) sınırlandırıcı bir yorum getirilemeyeceği kabul edilmektedir. Böylece her alandaki genel hükümlerin yorumlanmasında Anayasa'nın ruhuna uygun bir yorumlanma ve dolayısıyla buna da uygun bir uygulamanın ortaya çıkması sağlanacaktır. Bkz. Köhler 2014a, Nr. 1.45. Buna en güncel misal, Alman Anayasa Mahkemesinin *Benetton I* (2000) ve *II* (2003) kararlarıdır. Bu kararlara konu olaylar İtalyan *Benetton* şirketinin, reklamlarında tekstil ürünleri ile hiç ilgisi olmayan; tamamen korku, acıma, şiddet ve cinsel dokundurmaları konu edinen reklam kampanyaları yürütmesidir. Bu reklamları haksız rekabet kapsamında değerlendiren ve yasaklayan Alman BGH (Temyiz Mahkemesi) kararlarını bireysel başvuru kapsamında inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi, özellikle fikir ve basın özgürlüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle söz konusu kararları Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Kararlar için bkz. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/suche.html>, Erişim Tarihi: 16.4.2014.

²⁵ Köhler 2014a, Nr. 1.27.

²⁶ Immenga ve Mestmäcker 2012, Nr. 1.

²⁷ Türkkkan 2009, s. 329 vd., 390 vd.; Rekabet Kurumu tarafından yapılan sektör araştırmaları ve bunlara ilişkin raporlar için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=pZ+LivBm9kHA/os13uU+bA==H7deC+LxBI8=&nm=109>, Erişim Tarihi: 16.4.2014. Burada ayrıca rekabet otoritelerince yürütülen rekabet savunuculuğunu da hatırlatmakta fayda vardır. Rekabet savunuculuğunun, özellikle rekabet kültürünün oluşturulması ve geliştirilmesinde çok büyük bir rolü olduğu inkâr edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş 2013, s. 174 vd.

²⁸ Köhler 2014a, Nr. 1.33; OHLY, A. (2014a), "Einführung D", A. Ohly ve O. Sosnitzka (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 6. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 71.

2.1. Rekabet Hükümlerinin Amaçları

Hukuk kurallarının yorumlanmasında bu kuralların amacına çok büyük önem atfedilmektedir²⁹. Hukuk kurallarının amaçları ne kadar doğru tespit edilirse bu kuralların yorumlanması da o ölçüde isabetli olacaktır. Öncelikle her iki alanın ilişkisi amaç yönünde doğru bir bakış açısıyla belirlenmelidir. Temel ilke, ihlallere karşı rekabetin korunması amacı açısından rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun birbirini tamamlayan kurallar olduğunun kabul edilmesidir. Dolayısıyla her iki alanın birbirinden farklı değil, birbirine uygun koruma amaçları vardır ki, bu da rekabetin korunması amacıdır. Rekabet düzeninin sağlanması kamu ve piyasa katılımcıları yararınadır. Bunun sonucu olarak piyasa ekonomisi düzeninde serbest rekabetin korunması ile dürüst rekabetin korunması tezat teşkil etmeyecektir³⁰. Rekabet hukuku, ihlallere karşı rekabet serbestisini korurken; haksız rekabet hukuku ise haksız ticari uygulamalar karşısında dürüst rekabeti korumaktadır³¹.

Rekabet hukukuna hâkim bu anlayışa nazaran Türk öğretisinde her iki alanın ilişkisi açıklanırken “*amaç zıtlığından*” söz edilmektedir³². Oysa her iki alanın hedefe ulaşmadaki yön ve yöntemleri farklı olsa da rekabet ve haksız

²⁹ Immenga ve Mestmäcker 2012, Nr. 5. Burada rekabet hukukunda amaç konusunda önemli bir çalışma olan *Gürkaynak*'ın eseri (bkz. GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulanması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye) üzerinde kısaca değinmek gerekir. Bu eserin, açıkça belirtilmese de, tamamıyla *Chicago* Okulunun bakış açısıyla kaleme alındığı anlaşılmaktadır. Bu okulun geliştirdiği kavramlar eserde tek ve tartışmasız gibi yansıtılmıştır. *Chicago* Okulu, yasal bir hedef olarak etkinlik doktrinini benimsemektedir. Günümüz modern ekonomik refah teorisinin şekillenmesinde, etkinlik doktrininin hâkim bir rol oynadığı tartışmasızdır. Buna göre etkinlik, bir diğer ifade ile her piyasada etkinliğin artırılması tek başına rekabet politikasının karar sürecine etkili hedefi olup, böylece rekabet sınırlamalarının hukuka uygun olup olmadığı hususunda dikkate alınan tek ölçüt olmaktadır. Bu görüşe karşı elbette bazı eleştiriler yöneltilmektedir. Bu eleştirilerin temel esası, etkinliğin, bir teşebbüsün davranışının ve rekabet hükümlerinin uygulanmasında verilecek bir kararın ölçüsü olarak elverişli olmadığı vurgusudur. Bu konudaki tartışmalar, başlı başına bir başka araştırma konusu olabilecek niteliktedir. Uygulamadaki gelişmeleri de dikkate alarak bu konuda güncel ve tartışmalardaki farklı bakış açılarının ortaya konulduğu yeni çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Rekabet teorisinin gelişimi ve iktisadi okullar hakkında eleştiriler için bkz. EMMERICH, V. (2008), *Kartellrecht*, 11. Aufl., Beck Verlag, München, Deutschland, s. 4 vd.; Ateş 2013, s. 77 vd.

³⁰ KÖHLER, H. (2005), “Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen”, *WRP*, s. 645.

³¹ Köhler 2014a, Nr. 6.11.

³² İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, *Perşembe Konferansları*, Ekim, Rekabet Kurumu, s. 10. İnan'ın (İnan 1999, s. 10) bu görüşünün gerekçesi ise şu şekildedir: “*..haksız rekabette kötüye kullanma niteliğinde olsa bile, rekabeti sınırlama amacı vardır.... rekabet hakkının sınırlarını çizer. Buna karşılık rekabet hukuku ne yapar? Rekabeti mümkün olduğu kadar genişletmeye çalışır.*” Aynı yönde bkz. ERDEM, E. (2002), “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, A.Kendigelien (der.), *Ömer Teoman'a Armağan* içinde, İstanbul, s. 385.

rekabet hukuku, esas itibarıyla rekabeti korumaktadır³³. Bizatihi rekabet, sadece hedeflenen bir değer değil, aynı zamanda korunmaya değer bir hedeftir³⁴. ABAD birçok kararında rekabet hukuku hükümlerinin amacının sadece doğrudan her bir rakibin veya tüketicilerin menfaatlerini korumak olmadığını, aynı zamanda piyasanın yapısını ve böylece bizatihi rekabeti koruma olduğunu vurgulamıştır³⁵. Rekabet hukuku, kartel anlaşmaları ve hâkim durumun kötüye kullanılması gibi rekabet ihlâllerine müdahale ederken, o esnada bu ihlâllerin tüketicilere doğrudan bir zararının söz konusu olup olmadığına bakmamaktadır. Elbette ki, piyasada bozulmamış bir rekabet sisteminin tesisi ile piyasa katılımcısı olan tüketicinin de menfaatleri korunmuş olacaktır³⁶. Dolayısıyla rekabet ve haksız rekabet hukuku, serbest ve dürüst rekabetin bir diğer ifade ile bozulmamış rekabetin korunmasına matuf ve kapsamlı bir rekabet düzeninin birer parçası olarak anlaşılmaktadır³⁷.

Rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun, serbest ve dürüst bir rekabet düzeninin sağlanması amacına hizmet ettiği tartışmasızdır. Rekabet hukuku, ekonomi-politik hedef olarak, piyasa ekonomisi ve meşru sınırlar içinde gerçekleşecek rekabetin olduğu bir ekonomik düzenin gerçekleşmesini; toplumsal-politik hedef olarak ise piyasaya katılanların hepsi için serbest bir düzenin oluşturulmasını amaçlamaktadır³⁸. Bunun için rekabet hukukunda teşebbüsler arasındaki her türlü kartel anlaşmaları ile hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Haksız rekabet hukukunun amacı da bütün katılanların menfaatine, piyasada dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dolayısıyla rekabet ortamındaki teşebbüslerin davranışları her iki alanın da konusudur. Bunun sonucu günümüzde çok sayıda olayda hem rekabet kuralları hem haksız rekabet kuralları aynı anda uygulama imkânı bulabilmektedir³⁹.

Rekabet ve haksız rekabet hukuku ilişkisi amaç yönünden incelenirken esasta büyük bir fark olmamakla birlikte haksız rekabet hukukunu düzenleyen ulusal kanun hükümlerinin nasıl düzenlendiğine kısaca değinmekte yarar vardır. Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG) 1’de bu kanunun amacının üçlü menfaat grubu

³³ Köhler 2014a, Nr. 6.13; Immenga ve Mestmäcker 2012, Nr. 5; BERGER, M. (1995), “Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz”, A. Kellerhals (der.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht zur Emeritierung von Walter R. Schleup* içinde, Zürich, s. 49 vd.

³⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye, s. 19; Erdem 2002, s. 379 vd.; Jung 2010, Art. 1, Nr. 6.

³⁵ ABAD T. 4.6.2009, C-8/08 sayılı *T Mobile Netherlands* kararı, Nr. 38; ABAD T. 6.10.2009, C-501/06 sayılı *GlaxoSmithKline* kararı, Nr. 63 ve ABAD T. 17.2.2011, C-52/09 sayılı *TeliaSoneraSverige* kararı, Nr. 24, <http://curia.europa.eu>, Erişim Tarihi: 15.4.2014 .

³⁶ Immenga ve Mestmäcker 2012, Nr. 5 vd.; Köhler 2014a, Nr. 6.11.

³⁷ EMMERICH, V. (2009), *Unlauterer Wettbewerb*, 8. Aufl., Beck Verlag, München, Deutschland, s. 57.

³⁸ Emmerich 2008, s. 3 vd.

³⁹ Emmerich 2009, s. 56 vd.

olarak rakiplerin, tüketicilerin ve bunların dışında diğer piyasa katılımcılarının menfaatlerini korumak olduğu açıkça düzenlemiştir. 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı yeni TTK m. 54/1’de –mehaz olan İsviçre hukukundaki gibi– “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” amacı açıkça belirtilmiştir. İsviçre ve Türk haksız rekabet hukukunda amaç maddesi hükmünde korunan amaç için, ikili bir ayırım yapılarak, objektif koruma (*dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması*) ve subjektif koruma (*bütün katılanların menfaatinin korunması*) şeklinde bir düzenleme tercih edilmiştir. Alman haksız rekabet hukukunda ise 2004 yılındaki değişiklikle aynı amaca yönelik benzeri bir şekilde düzenleme yapılmakla birlikte subjektif koruma daha somutlaştırılarak tek tek ismen sayılmıştır⁴⁰.

Objektif koruma sağlanması için TTK m. 54/1’de “*dürüst ve bozulmamış rekabet*” kavramı tercih edilmiştir⁴¹. Zira Gereğe göre, kanunda geçen “*iktisadi rekabet*” kavramı hukuki olmadığı gibi anlam ve içerik de belirsizdir. Bu kavramı, karşıt kavram olan “*iktisadî olmayan (gayrî iktisadî) rekabet*” ile anlamlandırılmak yolunun tercih edilmesinin de söz konusu kavramı yorumlamayı zorlaştırdığı kabul edilmektedir. Ayrıca, iktisadî rekabetin “*rakipler arası rekabet*”i akla getirdiği ifade edilmiştir⁴². Bunun yerine dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı ile hukuken tanımlanabilir bir rekabetin vurgulanmak istendiği belirtilmiştir. Benzer şekilde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun da “*bozulmamış*”, “*engellenmemiş*”, “*kısıtlanmamış*” rekabeti esas alarak engellenmiş, bozulmuş, kısıtlanmış rekabete sonuçlar bağlamış olduğundan her iki kanun açısından da amaçta paralellik kurulmak istendiği açıkça ortaya

⁴⁰ Jung 2010, Art. 1, Nr. 1.

⁴¹ Gereğede Almanca kavramlar ve bunların Türkçe karşılıkları şu şekilde açıklanmıştır: “Dürüst” sözcüğü için kaynak kanunun Almanca metninde “saf, karışık ve katışık olmayan” anlamına gelen “*lauter*” sözcüğü kullanılmıştır. Fransızca metinde “*loyale*” sözcüğü tercih edilmiştir. Fransızca sözcüğün sözlükteki karşılığı ise sadık, dürüst ve haksız olmayan gibi sözcüklerdir. Türkçe metnindeki “dürüst” sözcüğü Fransızca “*loyale*”den çevrilmiştir. Ancak, hüküm yorumlanırken bu sözcüğe Almancadaki “saf, karışık, katışık olmayan” anlamı da verilmeli, ayrıca dürüst kelimesi, sadece doğru veya kanunlara uygun şekilde anlaşılmalıdır. Kastedilen saf, geniş anlamda, kurallara uygun, dürüst rekabettir. Şunu da vurgulamak gerekir ki, hukuka uygun rekabet kat’iyen 6762 sayılı Kanun’un 56 ncı maddesi anlamında kanunî rekabete, kanun kurallarına uygun olarak yapılan rekabete özgülenemez. Hukuka uygun rekabet, oyunun dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynandığı katışiksiz, saf bir rekabettir. “Bozulmamış” rekabet ise güven duyulan bir anlamda “hilesiz” demektir. Bkz. www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.4.2014. Ayrıca bkz. Şehirali Çelik 2014, s. 156 vd.

⁴² Oysa eski 6762 sayılı TTK hâlen yürürlükte iken Yargıtay, 11 HD.03.03.2009 tarihli, E. 2009/310, K. 2009/2460 sayılı “*Kurtlar Vadisi*” kararında haksız rekabet hükümlerinin sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçladığını açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla yeni düzenleme ile getirilen “amaç” hükmünün sadece bu konuya ilişkin açıklayıcı bir işlevi olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır. Bkz. Şehirali Çelik 2014, s. 15, dn. 47.

konulmuştur⁴³. Nitekim bu şekildeki düzenlemeden dolayı haksız rekabet hukuku, bir müessese (*Institution*) olarak rekabetin korunmasını amaçlamış olacaktır⁴⁴.

“*Bütün katılanlar*” kavramı ile haksız rekabete karşı korunan süjeler kastedilmektedir. Bunlar da; her şeyden önce rekabetin ortaya çıkmasını sağlayan rakipler, rekabetten yararlanan olarak alıcılar, özellikle tedarikçiler ve tüketiciler ile rekabet düzenin dürüst bir şekilde işlemesinden ve bunun sonucunda da piyasadaki işleyişten menfaati olan kamudur⁴⁵.

Sonuç olarak rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku birbirine uygun koruma amaçları olan hükümleri ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bu amaçları gerçekleştirmek için buna uygun bir şekilde bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Böylece her iki alan arasında uygulama açısından birbiriyle çelişebilecek ölçü ve değerlerin ortaya çıkmasının da önüne geçilebilecektir⁴⁶.

2.2. Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında İşlevsel Ortaklık ve Örtüşmeyen Alanlar

Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku arasında işlevsel yönden ortak bir özellik vardır. Her iki hukuk dalı da aynı fenomene, yani rekabete, ilişkin olup kötüye kullanılabilen davranışların engellenmesinde birbirini karşılıklı olarak etkilemektedir⁴⁷. Her iki hukuk dalı farklı bakış açılarından kamu ve bireysel menfaatleri korumakta ve dolayısıyla da her iki dal aslında birbirini tamamlamaktadır⁴⁸. Zira rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku farklı perspektiflerden rekabeti korumaktadırlar. Rekabet hukuku, makro düzeyde

⁴³ 6102 s. TTK 54’ün Gerekçesi (Bkz. www.tbmm.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.4.2014). Türk hukukunda mehaz AB hukukundaki gibi (ABİDA m. 101) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 1. maddesinde amaç, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasına yönelik anlaşmalar karşısında rekabetin korunmasıdır. Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun (GWB) § 1’de de amaç aynı şekilde ifade edilmiştir. Alman rekabet ve haksız rekabet hukukundaki (UWG § 1) kavramlar ile İsviçre haksız rekabet hukukundaki kavramlar da (UWG Art. 1) aynıdır. Zira her iki ülkenin kanuni düzenlemelerinde de açıkça “rekabetin bozulması” veya “bozulmamış rekabet” (*Verfälschung des Wettbewerbs, unverfälschter Wettbewerb*) kavramları kullanılmaktadır. Aslında bu kavram, ilk önce kartel hukukunda kullanmış ve daha sonra da haksız rekabet hukuku tarafından benimsenmiştir. Bkz. PODSZUN, R. (2013), “UWG § 1”, H. Harte-Bavendamm ve F. Henning-Bodewig (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 3. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 63.

⁴⁴ Berger 1995, s. 47 vd.; Jung 2010, Art. 1, Nr. 2.

⁴⁵ 6102 s. TTK 54’ün Gerekçesi. ARKAN, S. (2013), *Ticari İşletme Hukuku*, On sekizinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, Türkiye, s. 316; Jung 2010, Art. 1, s. 132 vd.

⁴⁶ Köhler 2014a, Nr. 6.11-13.

⁴⁷ Ohly 2014a, Nr. 71; Berger 1995, s. 49; Köhler 2014a, Nr. 6.12.

⁴⁸ Bundan dolayı öğretilerde bazı yazarlar her iki alanındaki düzenlemelerin birlikte yer aldığı tek bir piyasa kanununun çıkarılmasını savunmuşlardır. Bu konularda bkz. BAUDENBACHER, C. (2001), *Lauterkeitsrecht*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, Schweiz, Art. 1, Nr. 65 vd.

serbest rekabeti korurken; haksız rekabet hukuku mikro düzeyde dürüst rekabeti korumaktadır. Bunun sonucu olarak rekabet hukuku, piyasa yapısının denetimine; haksız rekabet hukuku ise piyasa davranışlarının yani piyasadaki haksız ticari uygulamaların denetimine hizmet etmektedir⁴⁹. Bu yüzden çok sayıda ülkede her iki alan şeklen birbirinden bağımsız ve ayrı kanunlarla düzenlenmiştir⁵⁰.

İşlevsel yönden ortak özellik sebebiyle rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki, değişik görüşlerle açıklanmaya çalışılmıştır⁵¹. Bu ilişkiyi tek başına açıklamaya yetmeyen bu görüşler yerine, her iki alanı nihâî hedefte aynı amaca hizmet eden kesişen ve ayrılan görev alanları bulunan iki küme olarak ifade etmenin daha doğru olacağı belirtilmektedir. Misal olarak boykot her iki alanın kesişen kümesinde yer alır. Buna karşılık aldatıcı reklamların yasaklanması gibi piyasa yapısını hiçbir şekilde etkilemeyecek haksız rekabet hâlleri ve haksız rekabet hükümleri açısından hiçbir şekilde konu teşkil etmeyecek olan yoğunlaşmalar bu kesişme alanlarının dışında kalacaktır⁵².

Tam olmasa da her iki alanın ilişkisini bir olay üzerinden açıklamak mümkündür. Gerçi bu örnek, her iki alanı her yönü ile açıklamaya yetmezse de, farklılığın ve amacın anlaşılması için yeterli olacağı kanaatindeyiz. Piyasa düzeni içindeki iktisadi rekabeti bir futbol oyunu çerçevesinde ele aldığımızda rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi anlaşılır kılmak mümkün olacaktır⁵³. Rekabet hukukunu, sportif müsabaka çerçevesinde bir karşılaşma sonucunun, tarafların önceden anlaşarak değil (yani şike)⁵⁴, yaptıkları mücadelenin

⁴⁹ Ohly 2014a, Nr. 71.

⁵⁰ Bununla birlikte Macaristan, Tayvan, ABD ve İtalya gibi bazı ülkelerde tek bir piyasa kanunu altında her iki alanın birlikte düzenlendiği veya aynı otoritenin yetkisi altında toplandığı da görülmektedir. Bkz. Baudenbacher 2001, Art. 1, Nr. 65 vd. Bir başka güncel örnek ise Hollanda'dır. 01.04.2013 tarihinden itibaren Hollanda'da rekabet otoritesi, posta ve telekomünikasyon otoritesi ile tüketici otoritesi Hollanda Tüketici ve Pazar Otoritesi olarak tek bir çatı altında toplanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.acm.nl, Erişim Tarihi: 25.09.2014.

⁵¹ Bunlardan ayrımcı görüş (*Trennungstheorie*) sonradan terk edilmiş; birlik görüşü (*Einheitstheorie*) genel olarak kabul edilmiş olmakla birlikte her iki alanı açıklamak için tek başına yeterli görülmemiş ve son olarak rekabet hukukunun ön alanı gibi kabul edilen ve rekabet hükümlerinin uygulanmama tehlikesi karşısında haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gerektiği tezi (*Vorfeldthese*) de kendini kabul ettirememiştir. Ohly 2014a, Nr. 74; ayrıntılar için bkz. Berger 1995, s. 42 vd.; Baudenbacher 2001, Art. 1, Nr. 65 vd.; Arkan 2003, s. 8 vd.

⁵² Ohly 2014a, Nr. 71.

⁵³ Karş. Ohly 2014a, Nr. 71.

⁵⁴ Günümüzde spor, sadece sportif bir mücadele olarak görülmemektedir. ABAD'ın *Bosman* kararıyla (C-415/93 sayı ve 15.12.1995, Nr. 73) profesyonel sporcular hizmet sağlayan kişiler olarak kabul edilmiştir. Sportif organizasyonlar, iktisadi bir faaliyet olarak hizmet sektörünün bir parçasıdır. İktisadi açıdan spor piyasası, özellikle futbol, çok yüksek bir ekonomik hacme ulaşmıştır. UEFA'nın 2012 finansal raporuna göre Avrupa'da yıllık transfer hacmi 10,9 milyar Euro civarındadır. Bu miktarda en büyük pay sahibi 2,8 milyar ile İngiltere'dir. İspanya 2,2 milyar Euro ile ikinci, İtalya ise 1,6 milyar Euro ile üçüncü sıradadır. Hollanda 257 milyon Euro ile dokuzuncu sırada, Türkiye ise 225 milyon Euro ile onuncu sırada yer almıştır. Bu sezonda UEFA üyesi ülkelerdeki

sonunda ortaya çıkmasını güvence altına alan kurallara; haksız rekabet hukukunu statlara toplam 163 milyon seyirci gelmiştir. Bkz. http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/09/18/26/2091826_DOWNLOAD.pdf, Erişim Tarihi: 25.9.2014. Yeni yayımlanan bir başka rapora (2013/14 yıllarına ait UEFA Benchmarking Report) göre 2012 yılında Avrupa'daki 237 futbol kulüp, toplam 8,1 milyar Euro'luk bir gelir elde etmiştir. Bu gelirin %25'i TV yayın hakkından (Türkiye'deki oran %42); %24'ü sponsorluk sözleşmelerinden, %20'si ise stada gelen seyirciden alınan ücretlerden oluşmaktadır. Aynı yılda kulüpler ise 7,7 milyar Euro harcama yapmıştır. Bu masrafın en büyük kalemi %48'i yani 3,9 milyar Euro ile oyuncu ücretleridir. Bkz. http://www.uefa.org/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/01/99/91/07/1999107_DOWNLOAD.pdf, Erişim Tarihi: 25.9.2014. Rekabet hukuku açısından ABAD'ın kararlarına göre profesyonel spor kulüpleri birer teşebbüs, ulusal (TFF gibi) veya uluslararası statüdeki (UEFA gibi) kurumlar teşebbüs birlikleri olarak kabul edilmektedir. Sportif alanları tamamıyla rekabet hukukunun alanı dışında gören Amerikan hukukun aksine AB hukukunda böyle bir görüş kabul görmemiştir. Zira iktisadi bir faaliyetleri olduğu sürece profesyonel sporcular ve spor kulüpleri/dernekleri vergi hukuku gibi rekabet hukukunu da dikkat almak zorundadır. Bkz. EMMERICH, V. (2012), "EVG Art. 101 Abs. 1", Nr. 23, U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 5. Aufl., Beck Verlag, München. ABAD'ın bazı kararlarında kural olarak sadece sportif karakter arz eden kurallar veya uygulamalar (doping kontrolü gibi) inceleme dışında tutulurken, iktisadi bir faaliyet olarak kabul edilen sportif faaliyetlerin rekabet hukukunun kontrolüne tâbi olduğu kabul edilmektedir. En önemli karar olan 18.6.2006 tarihli *Meca-Medina* ve takip eden diğer kararlarında ABAD, spor piyasasındaki bir hadise söz konusu olduğunda, sporun özelliği gereği söz konusu kuralları ve uygulamaların meşru zeminde olup olmadığını dikkate alarak somut olayın özelliğine göre karar vermektedir. Rekabet hukuku açısından sadece sporun özelliği gereği yasal sportif amaçların meşru kıldığı ve sportif rekabetin düzenli bir şekilde işlemesi için zorunlu olduğu kabul edilen sınırlamalar istisna teşkil edecektir. Burada da anayasal bir temel ilke olan ölçülülük ilkesi çerçevesinde kalma zorunluluğu vardır. Özellikle yasal otonomi yetkisi tanınan organizatörlerin oyunlara ilişkin kuralları, meşru zeminde görülen kurallardır. Örneğin oyun süreleri, oynanacak oyuncu sayıları gibi kurallar ile yarışmalarda doping yasakları, transfer dönemlerini belirleme, kadın erkek ayrımının yapılması meşru zeminde görülmektedir. Buna karşılık yayın haklarının pazarlanması ve buna ilişkin piyasadaki uygulamalar rekabet hukukunun kapsamındadır. Bkz. AB Komisyonu, Weissbuch Sport 2007, Nr. 4.1., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007D0391&from=DE>, Erişim Tarihi: 25.9.2014; EICHEL, B. (2010), "Transferentschaedigung für Berufsfussballspieler – Neu Erkenntnisse für die Behandlung des Sports im Europarecht durch 'Bosmann II'?", EuR, s. 685 vd.; HIRSBRUNNER, S. ve S. SCHNITZLER (2014), "Fairness und Wettbewerbsrecht – Anmerkung zum Financial Fairplay im Profifussball", EuZW, s. 569 vd. Şikenin etkileri, özellikle teşebbüs niteliğinde olduğu tartışmasız olan spor kulüpleri arasında gerçekleşmesi halinde, sadece sportif puan kazancı veya kaybı şeklinde ortaya çıkmayacaktır. Zira büyük bir kitlenin takip ettiği, karşılaşma sonuçlarının kulüplere ait olan borsadaki şirketleri etkilediği, ligde şampiyon olma veya küme düşme durumunda iktisadi sonuçlarının çok büyük olduğu ve rekabetin çok yönlü olduğu bir piyasa söz konusudur. Dolayısıyla şikenin, iktisadi bir faaliyet olan ilgili spor piyasasında (örneğin futbol piyasası veya daha dar anlamda süper lig piyasası gibi) rekabeti bozan bir anlaşma olarak kabul edilmesi gerekir. Oysa Rekabet Kurulu 27.10.2011 tarihli ve 11-54/1385-495 sayılı kararıyla -isabetsiz bir şekilde- şikenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık karar aleyhine olan üyelerin yazdıkları karşı oy yazısında konunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girdiği ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Karar için bkz. www.rekabet.gov.tr, Erişim Tarihi: 16.6.2014.

ise oyun esnasında hakem tarafından denetlenen oyun kurallarına (örn. faul, elle oynama) benzetebiliriz. Bu açıdan bakıldığında sporda kulüpler arası şike rekabet hukukunun konusu olacaktır. Zira sahadaki oyun esnasında güç, yetenek, şans gibi unsurların karşılaşmanın sonucunu belirlemesi yerine her iki kulüp, aralarında yaptıkları anlaşma ile sonucu önceden tayin etmeye çalışmışlardır. Böylece aynı ligde mücadele eden rakip kulüplere nazaran sonuç, mücadelenin olduğu oyunun kurallarına göre değil, anlaşarak önceden belirlendiğinden ligdeki serbest rekabetçi yapı da bozulmuş olacaktır. Her iki kulübün anlaşması, sadece kendilerini değil, bilakis piyasa katılımcısı olan diğer spor takımlarının lig içindeki konumlarını da etkileyecektir. Buna karşılık bir kulübün, rakip oyuncularından birini ayartarak⁵⁵ onun bireysel olarak hata (şike) yapmasını sağlaması, örneğin kalecinin kolayca gol yemesi, dürüst rekabet kuralını ihlâl eden bir davranış olacağından böyle bir davranış haksız rekabet hukukunun konusu olacaktır. Aynı şekilde oyun esnasında bireysel davranışları ile oyun kurallarını ihlâl edenlere karşı yine haksız rekabet hukuku devreye girecektir. Örneğin sahadaki oyunculardan biri, rakip oyuncuya faul yaparsa, futbolda topla elle oynarsa veya rakip ceza sahası içinde penaltı kazanmak için kendini yere atarak aldattıcı hareketlerde bulunursa sadece dürüstlük kuralına aykırı hareket etmiş olacaktır. Netice itibarıyla her iki alanın hedefi; hukuken belirlenmiş sınırlar içinde serbest ve dürüst rekabet şartları altında bir piyasa oyununun gerçekleşmesi ve böyle bir mücadelenin sonunda ortaya çıkan sonucun da piyasadaki diğer katılımcılar tarafından gönül rahatlığı ile kabul edilmesinin sağlanmasıdır.

2.3. Hakların Yarışması

Her iki hukuk dalının bazı ortak, yani kesişen küme alanları bulunmaktadır. Örneğin bir teşebbüs tarafından yapılan boykot çağrısı hem rekabet hukuku hem haksız rekabet hukukunun konusu olabilir. Haksız rekabet hukuku, boykot çağrısında⁵⁶ rekabet hukuku ile birlikte paralel uygulanabilirken; hâkim durum söz konusu olmadığı için rekabet hukukunun uygulama alanı bulamayacağı bazı hâllerde ise haksız rekabet hükümleri yine de uygulanabilecektir. Her iki hukuk alanındaki hükümler arasında birbirini tamamlayan ama aralarında yarışma olan bir ilişki vardır. Dolayısıyla burada hükümlerin birbirini engellemesi değil, hakların yarışması söz konusu olur⁵⁷. Yani hem rekabet hukuku hem haksız rekabet hukuku kapsamında bir ihlâlin şartlarını gerçekleştiren bir davranışa karşı her iki alandaki korumadan aynı anda yararlanmak mümkündür⁵⁸.

⁵⁵ Haksız rekabet hukuku açısından işletme personelinin ayarılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, K. (2001), “İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Sayı 2, s. 193 vd.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, K. (2009), “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *BATİDER*, Sayı 1, s. 67 vd.

⁵⁷ Baudenbacher 2001, Art. 1, Nr. 68; Ohly 2014a, Nr. 72.

⁵⁸ Ohly 2014a, Nr. 73.

Alman hukukunda kesişen küme alanlarına ilişkin uygulamalarda rekabet hukuku ve haksız rekabet hukukuna göre bir ihlâl olup olmadığının tespitinde esasen aynı ölçüler dikkate alınmaktadır. Zira rekabet hukukundaki boykot yasağının ihlâlının aynı zamanda -kural olarak- haksız rekabet hukuku açısından da bir ihlâl teşkil ettiği kabul edilmektedir⁵⁹. Böylece haksız rekabetle sağlanan koruma, rekabet hukukundaki yasağın amacı ve anlamı ile de uyumlu olacaktır⁶⁰. Ancak burada -yukarıda ifade edildiği üzere- rekabet hukuku açısından uygulama şartı olan hâkim durum olup olmadığı hususu, haksız rekabet hukuku açısından dikkate alınmayacaktır. Zira haksız rekabet için böyle bir şart aranmamaktadır. Örneğin Rekabet Kurulu, ekmeği düşük fiyattan satan teşebbüsün diğer şartlar gerçekleşse bile hâkim durumda olmaması sebebiyle, bu olayda -haklı olarak- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir⁶¹. Aynı olayı haksız rekabet hukuku açısından değerlendirecek olursak, söz konusu ekmeğin satışı maliyetinin altında yapıyorsa, yani haksız rekabet hukuku şartları açısından tedarik fiyatının altında satış şeklinde gerçekleşiyorsa -istisnaî durumlar hariç olmak üzere- böyle bir davranışın yasaklanmış haksız rekabet fiillerinden olduğunu söyleyebiliriz. Böylesi durumda TTK hükümleri gereğince ticaret mahkemelerinde haksız rekabet davası açılabilir.

Bununla birlikte, rekabet hukuku açısından hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün fiili kötüye kullanma olarak görülmediği takdirde bu tespit, haksız rekabet hukuku açısından da esasa ilişkin olarak dikkate alınarak olayda bir haksız rekabet hâlinin bulunmadığı yönünde karar verilmesi isabetli olacaktır⁶².

⁵⁹ Ancak her somut olayın özelliklerinin de her iki alandaki şartlar açısından tek tek incelenerek kesin bir sonuca varılmasının daha isabetli olacağı öğretide savunulmaktadır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Köhler 2014a, Nr. 6.16-17; Köhler 2005, s. 647; OHLY, A. (2014b), “§ 4”, A. Ohly ve O. Sosnitza (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 6. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 10.15; MEESSEN, K.M. (2009), “Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht”, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkampff (der.), *Kartellrecht* içinde, Beck Verlag, München, Nr. 133.

⁶⁰ Emmerich 2009, s. 57.

⁶¹ Rekabet Kurulunun 18.11.2009 tarihli ve 09-56/1326-332 sayılı kararı. Kurulun aynı konuda çok sayıda kararı bulunmaktadır. Buna 4.11.2010 tarihli ve 10-69/1458-557 sayılı, 5.8.2010 tarihli ve 10-52/993-357 sayılı; 17.6.2010 tarihli ve 10-44/772-254 sayılı; 27.5.2010 tarihli ve 10-38/637-214 sayılı; 28.7.2005 tarihli ve 05-49/701-189 sayılı kararları örnek olarak verilebilir. Bir başka karara konu olayda söz konusu olan dökme veya tüplü gaz olarak alınan LPG’yi çeşitli yöntemlerle otogaz olarak kullanılmak üzere istasyonlara boşaltan LPG dağıtım firmalarının, %22 oranında haksız bir maliyet avantajı elde etmeleri ve bunu fiyatlarına yansıtılmaları yine haksız rekabetin konusudur. Bkz. 22.8.2002 tarihli ve 02-48/611-246 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁶² Ohly 2014b, Nr. 10.15.

2.4. Haksız Rekabeti Önleyici Anlaşmalar ve Rekabet Hukuku

2.4.1. Maaş Promosyonu Kararı

Rekabet Kurulunun 07.03.2011 tarihli *Maaş Promosyonu* kararında⁶³ Kurul, bankacılık pazarında faaliyet gösteren yedi bankanın, “centilmenlik anlaşması” adı altında özel firmalara promosyon verilmemesi, protokolü devam eden kurum/firmalara diğer bankalar tarafından teklif verilmemesi konularında anlaşma yapmalarını 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu olay rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku ilişkisi açısından en müşahhas misaldir. Zira soruşturmada centilmenlik anlaşmasının haksız rekabeti önlemek amaçlı yapıldığı yönünde şu şekilde bir savunma yapılmıştır:

“Bankacılık Kanunu’nun 80. maddesinin (e) bendi uyarınca, TBB’nin belirlediği etik ilkeler vasıtasıyla üyeleri arasındaki haksız rekabeti önlemekle görevli olduğu ve bu çerçevede, centilmenlik anlaşmasının TBB Etik İlkeleri’nde yer verilen haksız rekabetin engellenmesi yükümlülüğü nedeniyle gerçekleştirildiği iddia edilmiştir.

Yapılan savunmalarda, bankaların diğer bankanın maaş ödemeleri konusunda protokol akdettiği bir kuruma başvurarak, daha yüksek promosyon teklif etmek ve bazı durumlarda sözleşmeyi feshetmesi halinde cezai şartını ödemeyi taahhüt etmek suretiyle yeni bir protokol imzalanmasını istemesinin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) ve 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girecek 13.1.2011 tarih ve 6102 sayılı TTK’ya göre haksız rekabet teşkil ettiği, bu çerçevede bir bankanın maaş protokolünün tarafı olan kurumu sözleşmeyi süresinden önce feshetmeye yönlendirmesinin sözleşme dışı bir sorumluluk olduğu ve haksız rekabetin yanı sıra 818 sayılı Borçlar Kanunu’na göre haksız fiil, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na göre ise dürüstlük ilkesine ve ahlaka aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.”

Soruşturma neticesinde Kurul, bu bankaların rekabeti ihlal ettikleri sonucuna vararak, ilgili teşebbüslere idari para cezası vermiştir. Haksız rekabete ilişkin savunma hakkında Kurul, isabetli bir şekilde şu tespitleri yapmıştır:

“Haksız Rekabet Konusundaki Savunmaların Değerlendirilmesi

....

6762 sayılı TTK’nun 56. maddesinde haksız rekabet, “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali” şeklinde tanımlanmıştır. Haksız rekabeti tanımlayan bu hüküm,

⁶³ ÖZEYRANOĞLU, M. (2014), “Rekabet Kurulu Kararları ve Tüketici Yararı”, <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=pAxbJYZ6yZl9cGhUYA0Iwg==H7deC+LxB18=>, Erişim Tarihi: 25.3.2014.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan doğruluk ve güven ilkesinin, rekabet hakkının kullanılmasında da uygulanacağını teyit etmektedir. Bu çerçevede, TTK 57/1. fıkrasının onuncu bendinde sayılan rakipler hakkında da geçerli olan "iş hayatı koşullarına uymama" konusunda, yapılan savunmada iddia edildiği üzere, bankaların protokolü devam eden bir kuruma daha yüksek promosyon teklif etmesinin, anılan maddenin amaçsal ve sistematik bir yorum metodu çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, haksız rekabet teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira aksi yorum tarafların sözleşme serbestisini ihlal edeceğinden Anayasanın 167. maddesi ve 4054 sayılı Kanun ile öngörülen serbest rekabet düzenini işleyemez duruma getirecektir.

Öte yandan, bankaların kendileri ile anlaşması bulunan bir kurumun herhangi bir sebeple sözleşmeyi feshetmek istemesi halinde, sözleşmedeki cezai şart maddesini işleterek verdikleri promosyonu geri almaları ve hatta ilgili mevzuat hükümleri uyarınca cezai şartı aşan zararın tazminini de talep etmeleri imkan dahilindedir. Bunlara ilave olarak, eğer bir eylemin TTK 56 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabet teşkil ettiği düşünülüyor ise, aynı Kanununun 58 vd. öngörülen hükümleri gereğince, görevli ve yetkili yargı mercilerinde haksız rekabet davaları açılarak zararların tazmin edilmesi de mümkündür. Bu sebeple, basiretli bir tacir olan ve teklif aşamasında söz konusu riskleri de hesaplayıp ihalelere katıldığı varsayılan bankalar açısından, haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle telafi edilemeyen zarar iddialarının kabulünün, meri mevzuatımızdaki tazminat sorumluluğunu öngören hükümler ile cezai şart müessesesini etkisiz kılacağı kanaatine varılmıştır.

6102 sayılı TTK'nın "Haksız Rekabet" bölüm başlığı altında düzenlenen 54. maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı; bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak belirtilmiştir. Bu çerçevede, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar yasaklanmıştır. Aynı Kanun'un "Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" başlıklı 55. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin 1 ve 4 numaralı alt bentlerinde ise;

"(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

...

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yönelmek,

hükmüne yer verilmiştir.

6102 sayılı TTK.'nın Genel Gerekçesi'nde; haksız rekabete ilişkin kuralların amacının, bütün katılanların menfaatine, dürüst (hukuka uygun) ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu, 54. maddesinin madde gerekçesinde; tüm katılanlar ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsünün kastedilmiş olduğu, bunların ekonomi, tüketici ve kamu olduğu, katılanlar gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülenmesinin yolunun kapatılmış olduğu dile getirilmiştir. Son olarak 55. maddenin gerekçesinde ise; “Özel olarak sayılan kategorilerden birine giren bir somut olayın kanunen haksız rekabet oluşturmadığı, zira önce kategorinin kapsamında bulunup bulunmadığının yorumu gerektirdiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla Kanunun gerekçesinde belirtilen tüketici ve kamu menfaatinin bir kenara bırakarak, sırf lafzi bir yorumdan hareketle, bankalar arasında sözleşmesi bulunan müşterilere başka bankalarca teklif verilmemesine yönelik rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın haksız rekabeti önlemek amacıyla yapıldığı iddiası, aynı Kanun ile hedeflenen tüketicinin ve kamunun korunması esası ile çelişmektedir.

Diğer taraftan, rekabet hukuku kuralları genel ve soyut bir koruma sağladığından, haksız rekabet hükümlerine nazaran daha kapsayıcıdır. Bu nedenle haksız rekabet hükümleri amacı ne olursa olsun, rekabet ortamını ortadan kaldıracak ya da rekabet kurallarını uygulanamaz hale getirecek şekilde yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla TBB Etik İlkeleri'nde yer verilen haksız rekabete ilişkin hükümler de aynı gerekçeyle rekabet hukukunun kapsamını daraltıcı bir işlev görmemelidir.”

Rekabet Kurulunun bu kararı ve somut olayın anlaşılması için öncelikle sözleşmeyi ihlâlâ yöneltme suretiyle ortaya çıkan haksız rekabet hâline haksız rekabeti hukuku çerçevesinde kısaca değinmek gerekmektedir. Daha sonra bu olay bazında rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku ilişkisinin tekrar bir değerlendirilmesi de isabetli olacaktır.

2.4.2. Haksız Rekabet Hâllerinden Sözleşmeyi İhlâlâ Yöneltilme Hâli

Türk hukukunda haksız rekabet kapsamında sözleşmeyi ihlâlâ yöneltmenin bir haksız rekabet hâli olduğu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6102 sayılı TTK m. 55/b/(1)'de açıkça ve ilk kez düzenlenmiştir. Bu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir:

“....

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,...

İsviçre’de 1988’de yürürlüğe giren yeni kanuni düzenleme (UWG) ile getirilen ve 6102 sayılı TTK’ya da aynen aktarılan bu hükmün kapsamı konusunda bazı eleştiri ve tartışmalar vardır. Bunların başında sözleşmelerin nisbîliği ilkesi ve anayasal koruma altında olan sözleşme özgürlüğü gelmektedir. Sözleşmelerin nisbîliği ilkesi gereğince taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi ancak bu sözleşmenin taraflarınca ihlâl edilebilecek, sözleşme dışı üçüncü bir kişinin sözleşmeyi ihlâl etmesi ise mümkün olamayacaktır⁶⁴. İkinci husus olan sözleşme özgürlüğü ise Anayasa m. 48’e göre korunmaktadır. Öncelikle sözleşme özgürlüğüne kısa olsa da değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği bir kararında sözleşme özgürlüğünün kapsamını şu şekilde belirlemiştir⁶⁵:

“Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.”

Anayasa Mahkemesi, bu kararında vurguladığı üzere sözleşme özgürlüğü, özellikle devletin dışarıdan bir müdahalesinin dahi mümkün olmadığı ve tamamıyla tarafların özgür iradeleriyle şekillenen bir özgürlüktür. Sözleşmelerin kurulmasında ve bu sözleşmelerin devam edip etmemesi hususunda tarafların iradesi özgür olmalıdır. Borçlar hukuku açısından taraflarca sözleşmelerin ihlâlî veya feshî hâlinde elbette bunların bazı hukuki sonuçları ortaya çıkacaktır. Rekabet Kurulu da kararında bunu isabetli bir şekilde belirtmiştir. Bir diğer önemli husus ise, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hükümlerin, Anayasa m. 13’e uygun olduğu takdirde geçerli olmasıdır. Bu hüküm gereğince sözleşme özgürlüğü özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu kanuni sınırlamalar açısından ise ölçülülük ilkesi dikkate alınmak zorundadır. Dolayısıyla haksız rekabet hukuku kapsamında TTK m. 55/b/(1) hükmü de Anayasa’ya uygun bir şekilde sözleşme özgürlüğünü ölçsüz bir şekilde sınırlandıracak doğrultuda yorumlanamaz⁶⁶.

⁶⁴ SPITZ, P. (2010), “Art. 4”, P. Jung ve P. Spitz (der.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* içinde, Stämpfli Verlag, Bern, Nr. 6 vd.

⁶⁵ AYM Esas 2005/128, Karar 2008/54 Tarih 7.2.2008, R.G. Tarih: 01.07.2008 - Sayı: 26923, www.anayasa.gov.tr, Erişim Tarihi: 17.4.2014.

⁶⁶ Bkz. dn. 24.

İsviçre ve Alman haksız rekabet hukukundaki öğreti ve içtihatları incelendiğinde bu konuda ana hatları ile bazı esasların kabul edildiği görülmektedir. Bunların başında sözleşmenin şartlarına ve hukuka uygun olarak bir sözleşmenin feshi, iptali veya dönme hususunda yöneltme yapmanın bizatihi hukuka aykırı sayılmamasıdır. Ancak bu yöndeki yardımlar veya yönlendirmeler müşteri üzerinde baskı yapılarak veya onun karar verme özgürlüğü ölçüsüz bir şekilde etki altında alınarak veyahut aldatıcı bir şekilde olursa, bu davranış haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer ifade ile bir sözleşme ilişkisine dışarıdan yöneltme ya da yönlendirme ile bu sözleşmenin müşterilerinin karar verme rasyonelitesi ihlal edilirse, bir haksız rekabet hâli ortaya çıkar. Zira baskı altında olan bir kişinin, böyle bir durumda, lehte ve aleyhte olan şartları makul bir şekilde değerlendirip karar vermesi mümkün değildir⁶⁷.

Bu açıklamalar ışığında TTK m. 55/b/(1) hükmünün uygulamasında dikkate alınması gereken başlıca şartlar kısaca şunlardır⁶⁸:

- (1) Öncelikle taraflar arasında mevcut bir sözleşme bulunmalıdır.
- (2) Üçüncü bir kişi taraflardan birini bu sözleşmeyi sona erdirmeye veya ihlale yöneltmelidir. Ancak sözleşmenin sona ermesi tek başına yeterli değildir. Zira bu sözleşmenin, hukuka uygun bir şekilde sona erdirilmiş olması halinde bu madde anlamında bir haksız rekabet hali söz konusu olmaz.
- (3) Sözleşmenin feshi sonrası, bu feshi sağlayan kişi bu üçüncü kişi ile ve kendi yararına yeni bir sözleşme yapmış olmalıdır; başka bir kişi ile yapılması halinde bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.
- (4) Bu hüküm sadece bir dikey ilişki içinde mal veya hizmet alan müşterileri [tüketicileri veya ara alıcıları (toptancı veya perakendeci)] kapsar. Örneğin bu hüküm toptancının üreticiden mal alımına ilişkin sözleşmelerin feshini kapsarken; aynı toptancıların perakendecilerle olan sözleşmelerinin yine toptancılar tarafından feshini kapsamamaktadır. Bir diğer ifade ile tersine dikey ilişkilerde, yani sağlayıcılar açısından bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Bunun dışında bu hükmün şartları dikkate alındığında özellikle daha uygun fiyatlarla aynı malın temin edilmesi gibi tekliflerinin olduğu gri pazar (paralel ticaret) kanallarındaki olaylara uygulanması da söz konusu değildir.

2.4.3. Rekabet Hukuku Açısından Kararın Değerlendirilmesi

Maaş Promosyonu kararında savunma tarafı, bankalar arası haksız rekabeti önlemek için centilmenlik anlaşması yapıldığını ileri sürmüştür. Bu olayda haksız rekabeti engellemek amacıyla rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın meşru olabileceği tartışma konusu yapılmıştır. Oysa rekabet hukuku ile haksız rekabet

⁶⁷ KÖHLER, H. (2014b), “§ 4”, H. Köhler ve J. Bornkamm (der.), *Wettbewerbsrecht içinde*, 32. Aufl., Beck Verlag, München, § 4, Nr. 10.36 vd.

⁶⁸ Spitz 2010, Nr. 33 vd.

hukuku arasında özellik ve genellik ilişkisi olmadığı gibi⁶⁹, haksız rekabet hukuku hiçbir zaman maddi hukuk açısından rekabet serbestisinin sınırlandırılması olarak da değerlendirilemez⁷⁰. Ayrıca her rekabet ihlâli aynı zamanda haksız rekabet olarak değerlendirilmeyeceği gibi; tersi olarak da her haksız rekabet davranışı rekabet hukuku açısından bir ihlâl teşkil etmez⁷¹. Ancak her iki alandaki farklılıklar, her iki alanın birbirinin anti tezi şeklinde algılanmamalıdır⁷². Özellikle uygulamada haksız rekabet hukukundaki genel hüküm ve ortak konulara ilişkin diğer hükümler, rekabet hukukunun hedeflediği piyasadaki serbestiyi güvence altına alan ölçü ve değerlerine zarar verici bir şekilde yorumlanmamalıdır⁷³. Zira sadece meşru sınırlar içinde gerçekleştiği takdirde bir rekabet serbestisinden bahsetmek mümkündür⁷⁴. Rekabet hukuku gibi haksız rekabet hukuku da meşru sınırlar içinde piyasada gerçekleşen rekabet yolu ile teşebbüslerin güçlenmesini ve hatta piyasaya hâkim olmalarını engellemeyi amaçlamamaktadır⁷⁵.

Ticari hayatta karşımıza çıkan haksız rekabeti önlemeye yönelik bazı anlaşmaların, aynı zamanda rekabet hukuku açısından kartel yasağı kapsamında olup olmayacağı hususunu ayrıca tartışmak yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AB Komisyonu bazı olaylarda -AB hukuku ölçülerine de uymak şartı ile- haksız rekabeti önlemeye yönelik anlaşmaların rekabet hukuku açısından bir sorun teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Buna ilişkin verilen örnekler şunlardır: Aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunmasına ve markalar arası itibası önlemeye yönelik anlaşmalar ile tufeyli (parazit) rekabeti önleyici yükümlülükler getiren sözleşme hükümleri veya anlaşmalar rekabet hukuku açısından bir sorun teşkil etmemektedir⁷⁶.

Uygulamada her zaman bu şekilde siyah-beyaz bir ayrım söz konusu olmamaktadır. Özellikle hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık arasında gri alanlar bulunmaktadır. İşte bu alanlarda haksız rekabete ilişkin hükümlerin koruma alanlarını aşan ve gerçekten pazarı düzenleyici anlaşmalar yapılabilmektedir⁷⁷. Bu tür anlaşmalara ilişkin örnekler AB Komisyonunun kararlarında rastlamak mümkündür. Tüketicinin korunması iddiasıyla hiçbir şekilde ithalat veya ihracat yasaklarına ve sabit fiyat uygulamalarına ilişkin anlaşmaların meşru

⁶⁹ Emmerich 2009, s. 57; Köhler 2014a, Nr. 6.13; Arkan 2003, s. 11; aksi görüş için bkz. İnan 1999, s. 10; Erdem 2002, s. 383, 385.

⁷⁰ Köhler 2014a, Nr. 6.12.

⁷¹ Köhler 2014a, Nr. 6.13.

⁷² Köhler 2014a, Nr. 6.11.

⁷³ Arkan 2003, s. 6; Köhler 2014a, Nr. 6.13.

⁷⁴ ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Dördüncü Baskı, Bursa, Türkiye, s. 17; Arkan 2003, s. 10.

⁷⁵ Berger 1995, s. 49.

⁷⁶ İlgili kararların tüm bilgileri için bkz. EMMERICH, V. (2007), "EVG Art. 81", U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 4. Aufl., Beck Verlag, München, EVG Art. 81, Nr. 177, dn. 21-23.

⁷⁷ ZIMMER, D. (2007), "GWB § 1", U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB*, 4. Aufl., Beck Verlag, München, Nr. 142.

olamayacağına karar verilmiştir. Aynı yönde yüce hedefler koydukları iddiasıyla kapasiteleri sınırlamayı veya fiyatların yükselmesini hedefleyerek sert rekabetin olduğu pazarları düzenlemeye ilişkin olarak farklı üye ülkelerden teşebbüslerin birlikte kararlaştırdıkları pazar kuralları da meşru sayılmamıştır⁷⁸. Zira haksız rekabet yasakları, hiçbir şekilde rekabet hukuku tarafından güvence altına alınan rekabet serbestisinin sınırlandırması olarak görülemez⁷⁹ ve teşebbüslerin, haksız rekabete karşı kendilerini savunmak için karteller oluşturmaları gibi bir hakları da bulunmamaktadır⁸⁰. Bir haksız rekabet davranışına karşı teşebbüsler kendilerini savunmak için haksız rekabete ilişkin hükümler dairesinde kendilerine tanınan talepleri ancak görevli ve yetkili yargı mercileri yolu ile gerçekleştirebilirler.

2.5. Rekabet İhlâli Haksız Rekabet Teşkil Eder mi?

Her iki alanın ilişkili olduğu bir diğer husus ise, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin ihlâlinin, aynı zamanda TTK m. 55/e'ye (eski 57/b.10) göre de bir ihlâl olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmasıdır.

Haksız rekabet hukukuna ilişkin hükümlerden olan TTK m. 55/e'ye göre iş şartlarına, özellikle kanun veya sözleşmeyle rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur. Bu hükme göre rakipler hakkında da geçerli olan kanun, tüzük, sözleşme yahut mesleki veya mahalli adetlerle belirlenmiş iş hayatı şartlarına uymamak dürüstlük kuralını ihlâl ve dolayısıyla haksız rekabet teşkil eder. Örneğin, ilgili meslek kuruluşlarınca indirimli satışların belli dönemlerde yapılması zorunluluğuna uyulmaması TTK m. 55/e uyarınca dürüstlük kuralını ihlâl eder ve dolayısıyla da haksız rekabet sayılır⁸¹.

Yargıtay, bazı kararlarında çevre mevzuatına veya gıda mevzuatına aykırılık teşkil eden davranışları, bir başka kararında ise işyeri açma izin ve ruhsatı olmaksızın faaliyet yürütülmesini TTK m. 55/e (eski 57/b.10) anlamında bir ihlâl olarak kabul etmiştir:

“560 sayılı KHK.nin 19. maddesi gereğince çıkarılan Atık Yönetmeliğinin 1, 4, 7, 9 maddeleri ile çevreye zarar verecek katı atıklarla ilgili üretim, depolama gibi bazı faaliyetler denetim ve gözetim altına alınmış ve 10. madde ile de çevre kirliliğini önleme bakımından bazı geri dönüş kotaları belirlenerek uyulmaması hali bir takım yaptırımlara bağlanmıştır. Bu

⁷⁸ Emmerich 2007, EVG Art. 81, Nr. 177, dn. 24-26; Zimmer 2007, Nr. 142.

⁷⁹ Köhler 2014a, Nr. 6.11.

⁸⁰ Emmerich 2007, EVG Art. 81, Nr. 176.

⁸¹ Arkan 2013, s. 310; TEOMAN, Ö. (2009), “Haksız Rekabet”, ÜLGEN, H. ve Ö. TEOMAN, M. HELVACI, A. KENDİGELEN, A. KAYA, N.F. NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku* içinde, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

düzenlemeler davacılar ve davalı yönünden uyulması gerekli kuralları ihtiva etmektedir. Somut olayda davacının dönüşümsüz olarak piyasaya sürülen şişeleri toplayarak dolun için satışa arzının meri mevzuata aykırılık teşkil edip kurallara uygun üretim ve satış yapan davacıları zararlandırıcı ve haksız rekabete yol açıcı bir eylem olarak kabulü gerekir”⁸².

“Bir defa, kullanılmış cam kapların toplanıp tekrar piyasaya arz edilmesinin davacıların pazar payını daraltacağı ve dolayısıyla zarara uğrayacakları muhakkaktır. Davalının bu fiili TTK.nun 57/10. maddesinde yazılı ‘Rakipler hakkında cari olan kanun, nizamname, mukavele veyahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet edilmemesi’ hükmüne uygunluk arz etmektedir. Her ne kadar tarafların rakip olmadıkları düşünülebilirse de bu maddenin TTK.nun 56. maddesi ile birlikte mütalaa edilmesi gerekmektedir. Zira haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarının değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar. Madde iyiniyet kurallarına aykırı iktisadi rekabetin her türlü suistimalini haksız rekabet olarak tanımlamış TTK.nun 58. maddesinde ise bundan zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye dava hakkı tanınmıştır. Atık cam kapların toplanıp kırılarak ham madde haline getirilmeden piyasaya arz edilmesi, dönüşümsüz şişelerin aynı şekilde yeniden dolunuma sunulması haksız rekabet teşkil eder: Öte yandan, 560 sayılı KHK.nin 19. maddesi gereğince çıkarılan Atık Yönetmeliğinin 1, 4, 7, 9. maddeleri ile çevreye zarar verebilecek katı atıklarla ilgili üretim, depolama gibi bazı faaliyetler denetim ve gözetim altına alınmış ve 10. madde ile de çevre kirliliğini önleme bakımından bazı geri dönüş kotaları belirlenerek uyulmaması hali bazı yaptırımlara bağlanmıştır”⁸³.

“Dava, TTKnun 57/10.maddesine dayalı haksız rekabetin önlenmesi istemine ilişkindir. Davacı tarafından Ankara 4.Asliye Ticaret Mahkemesi aracılığı ile yapılan tespit sonrası alınan bilirkişi raporunda, davalı M.... Grosmarket Bakırköy Alışveriş Hizm. Ltd. Şti tarafından satışa sunulan ve ambalajında, davalı Arifoğlu Baharat ve Gıda San ve Tic Ltd Şti ile A.... İ.... Gıda San ve Tic AŞ ibaresini taşıyan kırmızı pul biberlerde, Türk Gıda Kodeksi’nin ek 14.maddesinde öngörülenden çok fazla aflatoksin içerdiği belirtilmiştir. Davalılar ise, Ankara İl Kontrol Laboratuarında yapılan analiz sonucunun aksini kanıtlar bir delil sunmamıştır. Bu durumda davalılar eyleminin, TTK.

⁸² 11. HD. E. 1999/1155, K. 1999/1574, T. 26.2.1999 (Kazancı veri tabanı).

⁸³ 11. HD. E. 2001/1828, K. 2001/3862, T. 1.5.2001 (Kazancı veri tabanı). Ayrıca bkz. ODMAN BOZTOSUN, A. (2006), Haksız Rekabet Hukukunda Emegın Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, Banka Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, s. 209; bu konuda benzer Yargıtay kararları ve eleştiriler için bkz. Şehirli Çelik 2013, s. 346 vd.

nun 57/10.maddesinde yazılı haksız rekabet niteliğinde olduğunun kabulü gerekir”⁸⁴.

“Mahkemece; belediyeye yapılan ihbar üzerine belediyece tutanak tutulup, düğün faaliyetlerinin tespit edildiği..bu neviden yapı kullanma izni bulunmayan, düğün salonu işletme ruhsatı olmayan ve olması için yetkili merciden izin almaksızın bu kurala uymadan faaliyet göstermesinin, davacı mensupları aleyhine haksız rekabet oluşturduğu, ödedikleri KDV farklılığının dahi davacı aleyhine haksız rekabet konusu olduğu, TTK 57/10 maddesinin bunu düzenlediği ve izahı yapılan davalı faaliyetinin bu sebeple haksız rekabet olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile davalının işyerini düğün salonu şeklinde kullanmasının haksız rekabet oluşturduğunun tespitine karar verilmesi isabetlidir”⁸⁵.

Yukarıdaki Yargıtay kararlarını da dikkate alarak rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku ilişkisine iş şartlarına uymama açısından kısaca değinmek gerekmektedir. Daha öncede ifade edildiği üzere rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun esasen ortak hedefi; piyasa katılımcıları yararına rekabetin korunmasıdır. Rekabet Kurulunun *Maaş Promosyonu* kararındaki somut olayda aynı zamanda iş şartlarına uymama olup olmadığı sorusunu tartışmak gerekir. Her iki alan aynı amaca farklı perspektiften hizmet eden iki kanuni düzenlemedir. Bir rekabet ihlâli durumunda aynı zamanda haksız rekabetin olup olmadığı tartışmasının cevabı Yargıtayın uygulamasında söz konusu olan gıda veya çevre mevzuatı ihlâlüne nazaran daha farklı olacağı kanaatindeyiz. Zira Yargıtay kararına konu olaylarda aynı zamanda ihlâl edilmiş olan kanunlar ya gıda güvenliğinin sağlanması ya da çevrenin korumasını amaçlamaktadır. Bu kanunlarla getirilen yükümlülükleri ihlâl edenler aynı zamanda rakiplerine nazaran bir rekabet üstünlüğü elde edebilmektedirler⁸⁶. Ayrıca ihlâl halinde gıda ve çevre mevzuatının amacı ve getirdiği müeyyide sistemi, rekabet veya haksız rekabet hukuku gibi rekabeti tekrar tesis edici bir sistem değildir. Aynı şekilde işyeri açma izin ve ruhsatı almaksızın faaliyet yürütülmesine karşı idarece değişik müeyyidelerin uygulanması esasen ileriye yönelik düzenleme olacağından daha önceden zarara uğrayan rakiplerin, bu yolla tazmini söz konusu olmayacaktır. Bütün bunları dikkate aldığımızda bu tür kanuni düzenlemelerin ihlâlinde haksız rekabetin piyasa katılımcılarından özellikle rakiplerin korunması için uygulanmasında bir sorun çıkmayacaktır. Buna karşılık serbest piyasa düzenini

⁸⁴ 11. HD. E. 2003/5014, K. 2003/11697, T. 9.12.2003 (Kazancı veri tabanı).

⁸⁵ 11. HD E. 2012/9239 K. 2013/9493 T. 9.5.2013 (Kazancı veri tabanı).

⁸⁶ Sigortasız işçi çalıştırmak da maliyetlerin düşmesini sağlayacağından rakiplere nazaran bir rekabet üstünlüğü getirdiği açıktır. Dolayısıyla sigortasız işçi çalıştıran müteşebbislerin bu davranışı aynı zamanda iş şartlarına aykırılık teşkil eden bir haksız rekabet hâlidir. Teoman 2009, No. 1311. Aksi görüş için bkz. POROY, R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Türkiye, s. 342 vd.

koruyan rekabet hukuku açısından her ihlâl aynı zamanda haksız rekabet hukuku açısından da TTK m. 55/e (eski 57/10) anlamında bir ihlâl görülmemektedir. Bunun nedeni ise piyasada serbest ve dürüst rekabeti tesis etmek için çıkarılmış ve dolayısıyla aynı amaca hizmet etmiş iki kanuni düzenleme bulunması ve ayrıca rekabet ihlâlinin tespiti halinde 4054 sayılı Kanunda hem idari para cezası hem de tazminat talebinin söz konusu olmasıdır. Netice itibarıyla bir ihlâl söz konusu olduğunda haksız rekabet hukukuna nazaran çok daha ağır müeyyideler rekabet hukukunda düzenlenmiştir. Bundan dolayı da 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir ihlâl Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmiş ve idari para cezası uygulanmış ise artık haksız rekabet hukukundaki değil; rekabet hukuku kapsamında düzenlenmiş olan tazminat talebinin söz konusu olması gerekir. Zira tazminat sorumluluğu konusunda ispat sorunu ortadan kalktığı gibi rekabet hukuku özelliğinden kaynaklanan yeni gelişmelere de açık bir durum ortaya çıkacaktır. Hatta doğrudan kartel anlaşmasının tarafları olmayan firmalardan alınan mallar dolayısıyla uğranılan zararlar için bile tazminat talebi mümkün olabilmektedir. Böyle bir durumda önemli olan husus, kartel anlaşması sebebiyle piyasada fiyatların yükselmesi sonucunda daha yüksek fiyattan başka bir firmadan mal satın alınmış olması nedeniyle uğranılan zarar ile kartel anlaşması arasındaki illiyet bağının ispat edilmesidir⁸⁷. Netice itibarıyla bir rekabet ihlâlinin müeyyidesinin de rekabet hukuku çerçevesinde sınırlandırıcı bir şekilde düzenlendiği kabul edilmektedir.

SONUÇ

1982 Anayasası'na göre Türkiye, piyasa ekonomisi prensibine dayalı bir sisteme sahiptir. Anayasa'da piyasa ekonomisi düzeni içinde serbest ve dürüst bir rekabetin sağlanması için gerekli olan temel ilke ve hükümler mevcuttur. Anayasal hükümlerin mevcudiyetine rağmen Türkiye'de bu alanlardaki hukuki reformlar Gümrük Birliğinin gerçekleştirilmesi amacıyla ve devamı sürecinde yapılmıştır. Zira Türkiye açısından Gümrük Birliği, Avrupa Birliği üyelik sürecinin en önemli aşamasıydı. Bu süreçte fikrî mülkiyete ilişkin yasal düzenlemeler yanında Türkiye'de ilk kez 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Rekabete ilişkin bu hükümlerin me hazı AB hukuku olup, ayrıca bu hükümlerin uygulamasına ilişkin kararlarda AB hukukunun ölçütleri de dikkate alınmaktadır. Haksız rekabete ilişkin hükümler ise 2012 yılında da

⁸⁷ ABAD'ın 05.6.2014 tarih ve C-557/12 sayılı *Kone/ÖBB* kararı için bkz. <http://curia.europa.eu>, Erişim Tarihi: 20.6.2014. Somut olayda, daha önce kartel anlaşmasından dolayı 2007'de rekor düzeyde, yani 992 milyon Euro ceza verilen asansör ve döner merdiven üreticileri olan *Kone*, *Otis*, *Schindler* ve *ThyssenKrupp* şirketleri söz konusudur. Avusturya Demiryollarının bağlı (yavru) şirketi, başka bir üçüncü şirketten aldığı asansörler ve yürüten merdivenler için uğradığı zararı kartel anlaşmasının tarafı olan bu şirketlerden tazminat olarak talep etmektedir. Bkz. PINAR, H. (2014), "Kartelcilerin Başı Daha Çok Ağrıyacak", <http://hamdipinar.blogspot.com.tr>, Erişim Tarihi: 20.6.2014.

Türk Ticaret Kanunu ile tamamen yenilenmiştir. Böylece Türkiye, serbest ve dürüst rekabetin düzenlenmesi için gerekli hukuki alt yapısını esas itibarıyla tamamlamıştır.

Hukuki düzenlemeler, iktisadî faaliyetlerin meşru zeminde yapılabilmesinin sınırlarını tayin eder. Meşru sınırlar içinde gerçekleşecek rekabet serbestisi için ise sözleşme özgürlüğünün tanınması, piyasa giriş serbestisi ile piyasadan çıkış serbestisinin bulunması şarttır. Ayrıca piyasa ekonomisinin olduğu bir sistemde serbest ve dürüst rekabetin sağlanması, rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku ile gerçekleşir.

Bu düzenlemelerin uygulamasında elbette bazı sorunlar çıkacaktır. Bunların biri de Türk hukukunda özellikle de piyasa aktörleri tarafından -günümüzde bile- rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun sık sık birbirine karıştırılmasıdır. Temel alınması gereken yaklaşım ise, piyasa düzeninde serbestlik ve iktisadi faaliyetlerde dürüstlüğün korunması ve gerçekleştirilmesi için piyasada gerçekleşen ihlâllere karşı kamu ve tüm katılımcıların yararına rekabetin korunması amacıyla rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun birbirini tamamladığıdır.

Rekabet hukuku, önleyici (*prevantif*) bir rolle, *ex ante* ve özellikle de *ex post* bir denetimle piyasadaki rekabet düzeninin bozulmasını veya ihlâlleri engellerken; haksız rekabet hukuku dürüst rekabetin korunması yolu ile mikro düzeyde iktisadi faaliyet serbestisini sağlamaktadır. O halde ihlâllere karşı rekabetin korunması amacı açısından rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku birbirini tamamlayan kurallardır. Zira her iki alan açısından amaçta paralellik söz konusu olup bizatihi rekabet, korunmaya değer bir hedeftir. Dolayısıyla piyasa ekonomisi düzeninde serbest rekabetin korunması ile dürüst rekabetin korunması arasında bir tezatlık bulunmamaktadır. Her iki alan arasında özellik ve genellik ilişkisi olmadığı gibi, haksız rekabet hukuku hiçbir zaman maddi hukuk açısından rekabet serbestisinin sınırlandırılması olarak değerlendirilemez. Her rekabet ihlâli aynı zamanda haksız rekabet olarak değerlendirilemeyeceği gibi; tersi olarak da her haksız rekabet davranışı rekabet hukuku açısından bir ihlâl teşkil etmez. Zira sadece meşru sınırlar içinde gerçekleştiği takdirde bir rekabet serbestisinden bahsetmek mümkündür.

KAYNAKÇA

AB Komisyonu, Weissbuch Sport 2007, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=DE>, Erişim Tarihi: 25.9.2014.

ARKAN, S (2003), “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, T. Ansay (der.), *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan* içinde, Turhan Yayınevi, Ankara, s. 3-12.

ARKAN, S. (2013), *Ticari İşletme Hukuku*, On sekizinci Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, Türkiye.

ASLAN, Y. (2007), *Rekabet Hukuku*, Dördüncü Baskı, Bursa, Türkiye.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye.

ATEŞ, M. (2013), *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, Türkiye.

ATİYAS, İ. (2001), “Regülasyon ve Rekabet”, *Rekabet Kurumu Sempozyumu: Regülasyon ve Rekabet* içinde, Rekabet Kurumu, Ankara.

BAUDENBACHER, C. (2001), *Lauterkeitsrecht*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, Schweiz.

BERGER, M. (1995), “Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz”, A. Kellerhals (der.), *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht zur Emeritierung von Walter R. Schleup* içinde, Zürich, s. 31-51.

EICHEL, B. (2010), “Transferentschaedigung für Berufsfussballspieler – Neu Erkenntnisse für die Behandlung des Sports im Europarecht durch ‘Bosmann II’?”, *EuR*, s. 685-695.

EMMERICH, V. (2007), “EVG Art. 81”, U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 4. Aufl., Beck Verlag, München.

EMMERICH, V. (2008), *Kartellrecht*, 11. Aufl., Beck Verlag, München, Deutschland.

EMMERICH, V. (2009), *Unlauterer Wettbewerb*, 8. Aufl., Beck Verlag, München, Deutschland.

EMMERICH, V. (2012), “EVG Art. 101 Abs. 1”, U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 5. Aufl., Beck Verlag, München.

ERDEM, E. (2002), “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, A.Kendigelen (der.), *Ömer Teoman’a Armağan* içinde, İstanbul, s. 377-398.

GÜRKAYNAK, G. (2003), *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve*

İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye.
GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye.

HIRSBRUNNER, S. ve S. SCHNITZLER (2014), “Fairness und Wettbewerbsrecht – Anmerkung zum Financial Fairplay im Profifussball”, *EuZW*, s. 567-573.

IMMENGA, U. ve E.J. MESTMÄCKER (2012), “D. Der “stärker wirtschaftliche Ansatz” in der Leitlinienpolitik der Kommission”, U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 Kommentar zum Europäischen Kartellrecht* içinde, 5. Aufl., Beck Verlag, München.

İNAN, N. (1999), “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, *Perşembe Konferansları*, Ekim, Rekabet Kurumu, s. 3 vd.

JUNG, P. (2010), “Art. 1”, P. Jung ve P. Spitz (der.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* içinde, Stämpfli Verlag, Bern.

KÖHLER, H. (2005), “Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen”, *WRP*, s. 645-654.

KÖHLER, H. (2014a), “Einleitung”, H. Köhler ve J. Bornkamm (der.), *Wettbewerbsrecht* içinde, 32. Aufl., Beck Verlag, München.

KÖHLER, H. (2014b), “§ 4”, H. Köhler ve J. Bornkamm (der.), *Wettbewerbsrecht* içinde, 32. Aufl., Beck Verlag, München.

MEESSEN, K.M. (2009), “Einführung in das europäische und deutsche Kartellrecht”, U. Loewenheim, K.M. Meessen ve A. Riesenkauff (der.), *Kartellrecht* içinde, Beck Verlag, München.

ODMAN BOZTOSUN, A. (2006), Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, 9-10 Aralık 2005, Banka Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, s. 197-247.

OHLY, A. (2014a), “Einführung D”, A. Ohly ve O. Sosnitza (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 6. Aufl., Beck Verlag, München.

OHLY, A. (2014b), “§ 4”, A. Ohly ve O. Sosnitza (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 6. Aufl., Beck Verlag, München.

OĞUZ, F. (2011), *Devlet ve Piyasa*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Türkiye.

ÖZEYRANOĞLU, M. (2014), “*Rekabet Kurulu Kararları ve Tüketici Yararı*”, <http://www.rekabet.gov.tr/default.aspx?nsw=pAxbJYZ6yZl9cGhUYAOIwg==H7deC+LxBI8=>, Erişim Tarihi: 25.3.2014.

PINAR, H. (2006), “Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 23, s. 30-86.

- PINAR, H. (2014), “Kartelcilerin Başı Daha Çok Ağrıyacak”, <http://hamdipinar.blogspot.com.tr>, Erişim Tarihi: 20.6.2014.
- PODSZUN, R. (2013), “UWG § 1”, H. Harte-Bavendamm ve F. Henning-Bodewig (der.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* içinde, 3. Aufl., Beck Verlag, München.
- POROY, R. ve H. YASAMAN (2012), *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Türkiye.
- SPITZ, P. (2010), “Art. 4”, P. Jung ve P. Spitz (der.), *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* içinde, Stämpfli Verlag, Bern.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H. (2014), *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, Türkiye.
- ŞENOCAK, K. (2001), “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, Sayı 2, s. 193-246.
- ŞENOCAK, K. (2009), “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *BATİDER*, Sayı 1, s. 67-95.
- TAN, T. (2010), *Ekonomik Kamu Hukuku Derleri*, Turhan Yayınevi, Ankara, Türkiye.
- TEOMAN, Ö. (2009), “Haksız Rekabet”, ÜLGEN, H. ve Ö. TEOMAN, M. HELVACI, A. KENDİGELEN, A. KAYA, N.F. NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku* içinde, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- TÜRKKAN, E. (2009), *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, Rekabet Kurumu, Ankara, Türkiye.
- ZIMMER, D. (2007), “GWB § 1”, U. Immenga ve E.J. Mestmäcker (der.), *Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB*, 4. Aufl., Beck Verlag, München.

**ŞEMSIYE ETKİSİ NEDENİYLE ZARAR GÖRENLERİN
TAZMİNAT TALEPLERİNİN AVRUPA BİRLİĞİ REKABET
HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ:
KONE KARARININ YANSIMALARI**

*THE ASSESSMENT OF UMBRELLA CLAIMS IN LIGHT OF THE
EUROPEAN UNION COMPETITION RULES:
REFLECTIONS ON THE KONE JUDGMENT*

Eda ŞAHİN*

Öz

Rekabet ihlalleri dağıtım zincirinin farklı kademelerinde yer alan pek çok kişinin zarar görmesine neden olduklarından yaygın bir zarara sebebiyet verirler. Bu husus tüm bu zarar görenlerin tazminat almaya hakkı olup olmadığına ilişkin soruyu da beraberinde getirir. Zarar görenlerin zararlarını ispat bakımından birbirinden farklı ve bazılarının diğerlerine göre daha zor koşullara tabi olması nedeniyle bu soruya cevap vermek kolay değildir. Özellikle zarar ile rekabet ihlali arasında illiyet bağının kurulması, ihlalden zarar görme şekillerine göre mağdurların tazminat elde etmede karşılaştıkları başlıca güçlüklerden birisidir. Rekabet ihlalinin oluşturduğu şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcı grubu, tam da bu noktada zararlarını tazmin etmede zorlanmaktadır. Avrupa Birliği rekabet kuralları çerçevesinde şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören bu grubun tazminat hakkının olup olmadığına ilişkin tartışma, çok yakın bir zamanda Avrupa Birliği Adalet Divanının verdiği kararlarla çözüme kavuşmuş görünmektedir. Bu bakımdan çalışmamız, söz konusu kararın şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesiyle ilgili zorlukları ne ölçüde aşabildiğini tartışacak ve söz konusu etki nedeniyle zarar görenlerin tazminat alma hakkı olduğunu belirtmenin pratikte yol açabileceği olası etkiler üzerinde duracaktır.

Anahtar Kelimeler: *Rekabet ihlalleri, tazminat talepleri, dava açma hakkı, illiyet bağı, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar.*

Abstract

The fact that competition infringements cause a widespread harm gives rise to the issue that numerous persons who are at various levels of the distribution chain are affected. This poses the question whether all those harmed can be compensated for their loss. An answer to that question would not be easy when all

* LLB (Istanbul), LL.M. (Competition Law and Policy, University of East Anglia), PhD Candidate and Teaching Assistant (Competition Law and Policy, Queen Mary, University of London), e.sahin@qmul.ac.uk.

those harmed are subject to different conditions in proving their claims and these conditions might be more difficult for some than for others. Depending on the way in which victims suffer from the infringement, showing the causal relationship between the loss and the infringement appears to be one of the obstacles to a successful damages action. This is where umbrella customers face the hardship in proving their cases to obtain compensation. The debate on whether umbrella customers have a right to damages in EU competition law seems to be settled with the judgment of the Court of Justice of the European Union. Therefore, the article seeks to analyse the extent to which the judgment would overcome the difficulties in claiming umbrella damages and discuss the possible implications of granting standing to umbrella customers in practice.

Keywords: Competition law infringements, damage claims, standing to sue, the causal relationship, umbrella customers.

GİRİŞ

Rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan zararlar, ihlalin ve verilen zararın yapısı gereği çoğunlukla toplumun geneline yayılır.¹ Örneğin, rekabet ihlalleri, ilgili pazarın geneline etki ettiklerinden, çimento sektöründe yapılan bir kartel yüzünden tüm inşaat ve emlak piyasasındaki oyuncular zarar görür.² Dolayısıyla, ihlali gerçekleştirenlerin tek bir rekabete aykırı davranışı dağıtım zincirinin çeşitli katmanlarında bulunan pek çok kişiyi değişik şekillerde etkileyerek yaygın bir zarar yaratır.³ Bu yüzden de haksız fiil sorumluluğuna sebebiyet veren rekabet ihlallerinden dolayı zarar görenler, pratikte zararlarını tazmin etmede farklı zorluklarla karşılaşır.

Rekabet ihlalinin yapısı ve verdiği zarara göre, olası zarar görenler, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin rakipleri, sağlayıcıları ve ihlale konu ürünü veya ikamesini satın alan alıcı grubu olarak sayılabilir. Bu alıcı grubu içerisinde bazıları ihlale konu malı doğrudan ihlali gerçekleştiren teşebbüslerden alarak zarara uğrarken (*direct purchasers*), bazıları da malı araçlardan, bir başka deyişle ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin müşterilerinden satın alarak zarara uğramaktadır (*indirect purchasers*). Bir grup kişi malı satın al(a)madığı için maldan faydalanamamaktan dolayı zarar görürken (*deadweight loss customers*), diğer bir grup da ikame malı ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin rakiplerinden satın aldığı için zarar görmektedir (*umbrella customers*). İşte bu son grupta bulunan ve

¹ Benzer değerlendirmeler için bkz. SANLI, K.C. (2008), "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik bir Bakış", *Perşembe Konferansları*, s.9.

² Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and Others v Commission* [2004] ECR I-123, para. 53.

³ UK Department for Business Innovation and Skills (BIS) (2012), *Private actions in competition law - a consultation on options for reform*, BIS, London, para. 5.1.

şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler olarak adlandırılan alıcılar makalemizin inceleme konusunu oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği (AB) nezdinde şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğrayan alıcıların tazminat hakkı olup olmadığına ilişkin soru, Avusturya mahkemesinin Avrupa Birliği Adalet Divanına (ABAD) ön başvuru (*the reference for preliminary ruling*) yoluyla gönderdiği dava nedeniyle tartışılmaya başlanmıştır. 30 Ocak 2014 tarihinde Kanun Sözcüsü (*the Advocate General*) Juliane Kokott, AB rekabet hukukunun şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesini gerektirdiğini bildirmiştir.⁴ ABAD, 5 Haziran 2014 tarihli kararı ile Kanun Sözcüsü Kokott'un görüşüne katılmış ve böylece şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin üye ülke mahkemelerinde rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüslerden tazminat isteme hakkı olduğu kabul edilmiştir.⁵

Dolayısıyla çalışmamızda öncelikle, şemsiye etkisinin ne olduğu, kişilerin bu etkiden dolayı nasıl zarar gördükleri ve zararlarının tazmininde karşılaşılabilecekleri zorluklar tartışılacaktır. Bu etkiye karşı açılan tazminat davalarının Amerika Birleşik Devletleri (ABD) uygulamasında nasıl değerlendirildiği incelendikten sonra, AB nezdinde şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat alması gerektiğine ilişkin öne sürülen nedenlere değinilecek ve son olarak da ABAD kararına ilişkin değerlendirme ve önerilerde bulunulacaktır.

1. ŞEMSIYE ETKİSİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Şemsiye etkisi, fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde belirleyen rekabet ihlali nedeniyle ilgili ürün bakımından pazarın genelinde yaratılan yüksek fiyat şemsiyesi sayesinde piyasadaki ihlale konu malın ikamesinin ve/veya benzerlerinin de fiyatlarının artırılmasına denir.⁶ Yaratılan fiyat şemsiyesinden yararlanmak suretiyle ihlale katılmamış olan rakip teşebbüsler de kendi ürünlerinin fiyatını artırabilir. Çünkü ihlale konu ürünlerdeki aşırı fiyatlandırma rakip firma ürünlerine olan talebi artırır.⁷ Rekabet ihlali nedeniyle pazarda oluşan bu hukuka aykırı fiyat

⁴ Opinion of AG J. Kokott Delivered on 30 January 2014 Case C-557/12 *Kone AG and Others* (Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) [2014] OJ C 129/8. Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin söz konusu görüşü için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dcbe11e9c22b934a58bfb96a04e4feee6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMc3j0?text=&docid=147064&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first%26%238706%3B=1&cid=89784>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁵ Case C-557/12 *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG* (henüz yayınlanmadı) (*Kone Kararı*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153312&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=251767>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁶ KIRWAN, K. (2012) "Debunking the "Umbrella Theory" of Antitrust Standing", <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=47c9ad69-0334-4b02-a4be-6f89746a5c71>, Erişim Tarihi: 16.06.2014, s.1-2.

⁷ Rakip ürünlere olan talebin artması arz düşüklüğü ve hukuka aykırı fiyat artışından kaynaklanır. Bkz. INDERST, R., F. MAIER-RIGAUD ve U. SCHWALBE (2013), "Umbrella Effects", *IESEG School of Management Working Paper*, No.2013-ECO-17, s.2. Talebin artmış olması bize aynı

artışı, ilgili ürünü ihlali gerçekleştirenlerden satın almayanları da etkiler.⁸ Bir diğer deyişle, ihlali gerçekleştirenlerin eylemi, ikame ürün müşterilerine de zarar verir. Böylelikle, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararı, ilgili ürünü ihlali gerçekleştirenlerden değil de ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerinden satın aldıklarından dolayı oluşur.⁹

Bu bakımdan şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların unsurları incelenecek olursa, öncelikle söz konusu etkinin yalnızca rekabete aykırı fiyat artışını oluşturan rekabet ihlalleri dolayısıyla oluştuğu görülür. Gerçekten de, rekabet ihlalleri sonucu oluşan iki türlü zarar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, rekabet ihlalinin rekabetçi fiyatın üzerinde olmak üzere fiyatları artırmış olması durumunda oluşan zarardır. Bu durumda mağdurların uğradığı zarar, ödedikleri aşırı fiyattır. Bir başka deyişle, ihlal olmasaydı oluşacak rekabetçi fiyat ile ihlal nedeniyle oluşan aşırı fiyatlandırma arasındaki fark (*overcharge*) zarar görenlerin zararıdır. Bir diğer zarar ise kâr kaybıdır. Bu zarar kalemi, ihlalden etkilenen firmanın, ihlal olmasaydı elde edeceği kâr ile ihlal dolayısıyla elde ettiği kâr arasındaki farktır. Şemsiye etkisinin mümkün olabilmesi için rekabet ihlalinin fiyat artışına sebebiyet vermiş olması gerekir. Çünkü piyasada yüksek bir fiyat şemsiyesi yaratılması durumunda rakip firmalar bundan istifade edebilecek ve kendi fiyatlarını artıracaklardır. Ancak bu durumda rakip firma ürünlerini satın alan alıcılar da, şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğradıklarını iddia edebileceklerdir.

Dolayısıyla kâr kaybı bakımından şemsiye etkisinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü kâr kaybı nedeniyle zarara uğranması için öncelikle rekabet ihlalinin mutlaka bir fiyat artışına sebebiyet vermesi gerekmez. Örneğin, dışlayıcı bir uygulama nedeniyle piyasaya girişi engellenen bir firmanın zararı, söz konusu piyasada faaliyet gösterememesi nedeniyle elde edeceği kârdan yoksun kalmasıdır. Bu durumda piyasa genelinde yaratılmış yüksek bir fiyat şemsiyesi yoktur ve piyasaya giremeyen firmadan ürün satın alarak fazla fiyatlandırmadan dolayı mağdur olan bir alıcı grubu da bulunmamaktadır. Şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zarar, tanımında da belirtildiği üzere, ikâme ürünleri alan alıcıların uğradığı zarar olup alım eylemi üzerinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle de rekabet ihlali nedeniyle örneğin daha az sayıda ürün satışı yüzünden uğranılan zamanda şemsiye etkisinden etkilenenler olarak nitelenen grubun sayısal olarak da küçük bir alıcı grubu olmadığını gösterir.

⁸ STEVANOVIĆ, D. (2012), *Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 of the EC Treaty: A More Economic Approach*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, Budapest, s.91.

⁹ MACKENRODT, M-O. (2010), "Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions - The Interaction between the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement", M-O. Mackenrodt, B. C. Gallego ve S. Enchelmaier (der.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* içinde, s.182.

kâr kaybı tazmini gereken bir zarar olsa da ‘şemsiye etkisi’ nedeniyle uğranılan zarar olarak değerlendirilemez.

Bir diğer husus ise eğer bu grup alıcı tazminat isteyecekse dava açacakları tarafın rekabet ihlalini gerçekleştiren teşebbüsler olması, ürünü doğrudan satın aldıkları rakip firmalar olmaması gerektiğidir.¹⁰ Bunun sebebi ise rakip firmaların fiyatlarını artırırken rekabet ihlaline dahil olmamaları ya da rekabet ihlali yapmamalarıdır. Şöyle ki, ürünün satın alındığı rakip firmalar kendi fiyatlarını *i.* herhangi bir danışıklı davranış içerisinde bulunarak ya da *ii.* hâkim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle *artırmamışlarsa*, kendilerine karşı rekabet ihlali nedeniyle dava açamaz.¹¹ Rakip firmaların bir rekabet ihlali içinde olması durumunda ise zaten şemsiye etkisinden söz edilemez. Çünkü şemsiye etkisi, hâkim durumun kötüye kullanılması veya danışıklı hareket sebebiyle yaratılan fiyat şemsiyesinin rakiplerin fiyatlarını artırmalarına olanak sağladığı durumları ifade eder.

Özetle, şemsiye etkisi nedeniyle oluşan zararlardan dolayı tazminat istenebilmesi için: *i.* şemsiye etkisinin aşırı fiyatlamaya sebebiyet vermiş olması, *ii.* rakip teşebbüslerin rekabet ihlali içerisinde bulunmaksızın kendi fiyatlarını şemsiye etkisinden dolayı artırmış olması ve *iii.* davalıların ihlali gerçekleştiren teşebbüsler olması gerekmektedir. Bu bakımdan söz konusu etkiye istinaden kimlerin potansiyel davacılar arasına gireceğinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Öncelikle rakip firma müşterilerinin potansiyel davacı olduklarının altı çizilmelidir. Bunun yanı sıra, şemsiye etkisinin tanımını itibarıyla, rakip firmaların kendileri söz konusu davacı grubuna girmez. Çünkü rakiplerin, şemsiye etkisinin neden olduğu fiyat artışının etkilediği ürünü satın alması mümkün değildir. Aynı şekilde şemsiye etkisi nedeniyle rakip firmaların sağlayıcılarının zarara uğradıklarından bahisle ihlali gerçekleştirenlere karşı tazminat davası açması beklenemez. Çünkü onlar da rakiplerin fiyatını artırdığı ürünü satın almamaktadır. Dolayısıyla, yalnızca rakip firmanın müşterileri, *şemsiye etkisi* nedeniyle zarar görmekte olup potansiyel davacı olarak kabul edilebilir.

2. ŞEMSIYE ETKİSİ DOLAYISIYLA UĞRANILAN ZARAR VE İŞBU ZARARIN TAZMİNİNDEKİ ZORLUKLAR

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar, kendi satıcıları ile doğrudan ilişkide olmak suretiyle malı satın aldıklarından, zararları, ürünü doğrudan ihlali

¹⁰ HOVENKAMP, H. (2011), *Federal Antitrust Policy: Law of Competition and its Practice*, Fourth Edition, West, US, s.683.

¹¹ Mackenrodt 2010, s.182; VAN UYTSEL, S. (2012), “Collective Actions in a Competition Law Context - Reconciling Multilayer Interests to Enhance Access to Justice”, S. Wrba, S. Van Uytzel ve M. Siems (der.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* içinde, s.85.

gerçekleştirenlerden satın alan müşterilerden farklı değildir.¹² Doğrudan alıcıların zararı nasıl hesaplanıyorsa bu grup alıcıların zararı da aynı şekilde hesaplanır. Bu zarar, rekabet ihlali sebebiyle ödedikleri bedelle, rekabet kısıtlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farktır.¹³ Dolayısıyla, zararın şemsiye etkisinden kaynaklandığı ispat edilebildiği sürece, zararın miktarının hesaplanmasında doğrudan alıcılara uygulanan kural uygulanır. Örneğin, iki ekonomist olan Laitenberger ve Smuda'nın çalışması, AB'de sekiz üye ülkeyi etkileyen deterjan kartelinden dolayı Alman tüketicilerinin ne kadar zarara uğradığını hesaplarken şemsiye etkisinden dolayı oluşan bir zararın da olduğunu ortaya koymuştur. Yazarlara göre, kartel nedeniyle pazardaki diğer perakendeciler de fiyatlarını artırmış ve bu nedenle de kartelin tüketicilere verdiği 315 milyon Avro zararın 7.34 milyonluk kısmı şemsiye etkisinden kaynaklanmıştır.¹⁴ Söz konusu yazarlar bu bulguya piyasadaki kartele konu ürün ve ikamelerinin kartelden önceki ve sonraki fiyatlarını karşılaştırmak suretiyle ulaşmıştır.¹⁵

Ayrıca, hukuka aykırı fiyat artışının, ihlali gerçekleştirenlerin doğrudan ya da dolaylı alıcıları ile şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler arasında bölüştürülmesine de gerek yoktur. Kural olarak, hukuka aykırı fiyat artışı, dağıtım zincirinin çeşitli kademeleri tarafından paylaşıldığında, bir diğer deyişle, doğrudan alıcılar tarafından fiyat artışının bir kısmı veya tamamı alt segmentteki alıcılara ve onlar tarafından da bir alt segmentte bulunan alıcılara yansıtıldığında, ihlali gerçekleştirenler tarafından ödenecek tazminat miktarının bu alıcılar arasında nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Eğer doğrudan alıcı hukuka aykırı fiyat artışının bir kısmını kendi müşterilerine yansıtırsa, alacağı tazminatın da yansıttığı oranda azalması gerekir. Dolayısıyla, her segmentteki hukuka aykırı fiyat artış oranı hesaplanmalı ve bu yolla ihlal nedeniyle başlangıçta yaratılan hukuka aykırı fiyat artışı alıcılar arasında bölüştürülmelidir. Bu sayede ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin verdiklerinden daha fazla oranda bir zararı tazmin etmeleri ve mağdurların da zararlarından daha fazla oranda bir tazminat elde etmeleri önlenir.

Fakat şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcılar, hâlihazırda rakiplerin müşterileri olduklarından ihlali gerçekleştirenlerin değil de rakiplerin yaptığı fiyat artışından etkilenmektedirler. Bu yüzden de ihlali gerçekleştirenlerin zarar verdikleri dağıtım zincirinin dışında olup rakiplerin ürün satımı yaptığı dağıtım zincirine tabidirler. Sonuç olarak, şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olanlar ile

¹² LAVE, J.M. (2003), "Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims", *Antitrust Bulletin*, No:48, s.227-228.

¹³ Hovenkamp 2011, s.683.

¹⁴ LAITENBERGER, U. ve F. SUMDA (2013), "Estimating Consumer Damages in Cartel Cases", *ZEW Discussion Papers*, No. 13-069, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/83472/1/769011144.pdf>, Erişim Tarihi: 19.06.2014, s.15.

¹⁵ *Ibid*, s.9-12.

ihlalin gerçekleştiği dağıtım zincirinde bulunan doğrudan ya da dolaylı alıcı arasında böyle bir zarar paylaşımı sorunu olduğundan bahsedilemez.¹⁶

Tüm bu açıklamalara rağmen şemsiye etkisinden dolayı uğranılan zararların tazmini bakımından ispat güçlükleri bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Temel zorluk, bu zarar ile ihlal arasında illiyet bağının nasıl kurulacağına ilişkindir. Bu yüzden de şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının doğrudan alıcılar gibi hesaplanıyor olması, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminindeki problemleri ortadan kaldırmaz.¹⁷ Zira, rekabet ihlali nedeniyle zarar gören herhangi bir kişinin tazminata hak kazanabilmesi için rekabet ihlalinin varlığını, bu ihlal nedeniyle zarara uğradığını ve zarar ile ihlal arasındaki illiyet bağını ispat etmesi gerekir.¹⁸

Öncelikle, haksız olarak ödenen fazla bedel nedeniyle alıcıdan satıcıya yaratılan refah transferi, ihlali gerçekleştirenlerin kendilerine değil, alıcılardan ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerine olmuştur. Alıcılar tarafından fazla ödenen bedel, aynı dolaylı alıcılarda olduğu gibi, ihlali gerçekleştirenlerin cebine gitmemiştir.¹⁹ Halbuki, illiyet bağının kurulması, zararın ihlali gerçekleştirenlerin eylemi yüzünden gerçekleştiğinin kanıtlanmasına bağlıdır. O yüzden de şemsiye etkisiyle oluşan zarar bakımından rakiplerin fiyat artırmalarının sebebinin, rekabet ihlali olduğu kanıtlanmalıdır. Ancak şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zarar, rakip firma ürünlerinin alınması suretiyle oluştuğundan, alıcılar ihlalle uzaktan bağlantılıdır.²⁰ Bu yüzden de şemsiye etkisi yüzünden uğranılan zararın tazmini için, ihlale konu ürün ile ilgisi olmayan alıcı, ihlali, şemsiye etkisini ve rakip firma ürününü almak suretiyle zarara uğradığını ispat etmek zorundadır. Rekabet otoritesi tarafından verilmiş bir ihlal tespit kararı varsa söz konusu alıcılar, ihlalle ilgili hususları ispat yükümlülüğünü yerine getirebilir ancak her hâlükârda şemsiye etkisini de ispat etmeleri gerekecektir.

¹⁶ Bkz. Lave 2003, s. 255.

¹⁷ Lave aksi görüşte olup şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde komplike zarar hesaplanmasının gerekmediğini belirtmektedir. Komplike zarar hesabından kasıt, özellikle hem doğrudan hem de dolaylı alıcılara tazminat talep etme hakkı tanındığında ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin ödemesi gereken toplam tazminat miktarının bu alıcılar arasında paylaşılmasıdır. Lave 2003, s. 228, not 18. Halbuki şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin *overcharge*'ı bir alt segmentteki alıcılara geçirmesi mümkündür. Bkz. bölüm 5.2.

¹⁸ Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğuna dayanarak zararın tazmini istenebileceğinden sayılan bu koşullara ek olarak kusurun varlığının da ispatı gereklidir. Ancak kusurun varlığının ispatı şemsiye etkisinden dolayı zarar görenler için diğer zarar görenlerden daha farklı bir zorluk içermez.
¹⁹ Yazarlar, dolaylı alıcıların zararlarını tazmin etmesi gerektiğini ileri sürerken, şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararlar için ihlali gerçekleştirenlerin tazminat ödemesinin ne kadar adil olacağı sorununa dikkat çekmişlerdir. Bkz. AREEDA, P.E., H. HOVENKAMP, R.D. BLAIR ve C.P. DURRANCE (2006), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol.IIA*, Third edition, Aspen Publishers, New York, US, s.200.

²⁰ LANDE, R.H. (1993), "Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?", *Ohio State Law Journal*, No:54, s.147.

Dolayısıyla, hem ihlal ve uğranılan zarar arasındaki uzaktan bağlantı²¹ hem de rakiplerin fiyatlarını artırmalarının sebebinin piyasada hâlihazırda bulunan rekabete aykırı davranıştan kaynaklandığını, başka bir nedenden ötürü olmadığını ortaya koyma gerekliliği²² şemsiye etkisinden zarar görenlerin iddialarını ispatlamalarını oldukça zorlaştırmaktadır. Bu son husus, rekabet ihlaline dayanarak tazminat isteyebilmenin temelini oluşturur. Ancak bir firmanın fiyatlarını artırma kararı almasında, örneğin kendi tedarikçileri ile olan ilişkileri ya da ürünlerinin talep elastikiyeti gibi,²³ pek çok değişik faktör rol oynayabilmektedir. Bu yüzden de rakip firmanın neye istinaden kendi fiyatlarını artırdığının ispatlanması gerekmektedir.

Bu tespitin bir diğer yansıması da şemsiye etkisi dolayısıyla zarar gören her bir kişinin zararının bir diğeriyle aynı olmama ihtimalidir. Bu alıcılar eğer farklı satıcılardan ürün almışlarsa, ki bu olasılık ihlale konu pazardaki rakip firma sayısı çoğaldıkça artar, şemsiye etkisi dolayısıyla zarar gören her bir kişi farklı oranlarda zarara uğramış olabilir. O zaman da bazıları farklı miktarlarda da olsa aşırı fiyatlandırmadan dolayı zarara uğrarken bazıları hiç uğramayabilir.²⁴ Bu nedenle de şemsiye etkisi nedeniyle rakiplerden ürün satın alan her birey doğrudan alıcı konumunda bulunsa da aşırı fiyatlandırmadan zarar görmüş olduğunun rakip firma ve ikame ürün bazında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Ayrıca şemsiye etkisi, ihlale konu ürünün ikame ürünleri üzerinde etkili olduğu için hangi ürünlerin ikame ürün olduğu ve dolayısıyla bu etkiye istinaden üzerinde fiyat artışı yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, kolanın fiyatlarını rekabetçi fiyat seviyesinin üzerine çıkaran bir kartel nedeniyle portakal suyu, soda veya ayranın da fiyatları artmış olabilir mi?²⁵ “İlgili ürün pazarı; ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri”²⁶ kapsayacağından ikame ürünlerin neler olduğunun bulunması için ilgili ürün pazarının tanımlanması gerekecektir. Eğer ihlale konu ürün, diğer ürünlerin üretiminde girdi olarak kullanılıyorsa, ihlale konu ürünün ikamesinin girdi olarak kullanıldığı ürünler de saptanmalıdır.²⁷ Son olarak ise ikame ürünleri satın alan herkesin şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olup olmadığı incelenmelidir. Bunun için ikame ürünlerin neler olduğunun belirlenmesinden sonra yaratılan fiyat şemsiyesinin piyasadaki hangi ürünleri ne kadar etkilediği bulunmalıdır.

²¹ Mackenrodt 2010, s.181.

²² Lave 2003, s.228, not 18; Areeda vd. 2006, s.200; Mackenrodt 2010, s.181.

²³ Van Uytsel 2012, s.81.

²⁴ Ibid.

²⁵ Areeda vd. 2006, s.201.

²⁶ AB Komisyonu (1997), *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*, para 7.

²⁷ Areeda ve diğerlerine göre, ikame ürünler ile ihlale konu ürün aynı pazarda olmalıdır. Bkz. Areeda vd. 2006, s.201.

Bu anlatılanlar ışığında aşağıdaki bölümde, ABD uygulamasının söz konusu zorluklara ve şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine nasıl bir yaklaşım sergilediği tartışılacaktır.

3. ABD UYGULAMASINDA ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLI ZARARLARIN TAZMİNİ

ABD’de rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması etkin bir şekilde uygulanmakta olup tazminat davaları federal rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tüm dosyaların %90’ını oluşturmaktadır.²⁸ Rekabet hukukunun rekabet otoriteleri eliyle işletilmesinin zayıf olduğu ABD’de, özel hukuk uygulamasının hem tazminat hem de caydırıcılık amaçlarının ikisine de hizmet edecek şekilde düzenlenmesi şaşırtıcı değildir.²⁹ Her ne kadar Clayton Kanunu madde 4’te rekabete aykırı davranış nedeniyle işinde veya malvarlığında zarara uğrayan “herkesin” tazminat davası açma hakkı olduğu belirtilse de³⁰ Yüksek Mahkeme, Kongrenin Clayton Kanunu madde 4’ü kabul etmekteki amacının rekabet ihlalinin kaynaklanan muhtemel her zararın tazmin edilmesi olmadığını 1972 yılında belirtmiştir.³¹ Bu nedenle de rekabet hukukunun özel hukuk uygulaması, delil gösterme ve zararı kanıtlama yükümlülüğünü yerine getirilebilecek olsa dahi prensip olarak tazminat alabilecek en iyi pozisyonda bulunan iddia sahiplerine tazminat vermeyi benimsemiştir.³² Dolaylı alıcıların federal düzeyde tazminat haklarının olmadığına ilişkin mahkeme kararı³³ da bu tespiti desteklemektedir.³⁴

²⁸ CROSS, F.B. ve R.L. MILLER (2008), *The Legal Environment of Business: Text and Cases - Ethical, Regulatory, Global, and Corporate Issues*, Seventh Edition, South-Western Cengage Learning, US, s.647. Benzer şekilde, ABD bölge mahkemelerinde 1975-2010 yılları arasında görülen rekabet davaları incelenmek suretiyle bir araştırma gerçekleştirilmiştir. Buna göre, incelenen 35 yıllık sürenin yalnız 9 yılında %90’lık oranın altında bir özel hukuk uygulaması olduğu saptanmıştır. Bu 9 yıl içindeki en düşük oran ise 1990 yılında %83.4 olarak gözlemlenmiştir. Araştırmanın son yılı olan 2010 yılının oranı ise %91.8’dir. Bkz. Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online (2010), “Antitrust Cases Filed in U.S. District Courts” <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412010.pdf>, Erişim Tarihi: 17.06.2013.

²⁹ JONES, C.A. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, First Edition, Oxford University Press, UK, s.80.

³⁰ Clayton Act, October 15, 1914, ch. 323, 38 Stat. 730, codified at 15 U.S.C. 12–27, 29 U.S.C. 52–53.

³¹ *Hawaii v Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972) para. 264.

³² HANSBERRY, D., C. HUMMER, M. LE BERRÉ ve M. LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelists Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No: 5(4), s.199.

³³ *Illinois Brick Co. v Illinois* 431 U.S. 720 (1977). Dolaylı alıcı kuralının ayrıntılı incelemesi için bkz. BAŞ, K. (2011), “Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, *Rekabet Dergisi*, No: 12(4), s.3-74.

³⁴ *Cargill* ve *Hawaii* kararları uygun davacıların (*proper plaintiffs*) dava açması gerekliliğini vurgulayan kararlara örnek olarak gösterilebilir. *Cargill, Inc. v Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104, (1986) para. 110 n.5, *Hawaii* (1972).

Genel olarak, ABD uygulaması, rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayanların tazminata hak kazanabilmesi için zararın, ihlalin doğrudan etkisi olması gerektiğine işaret etmektedir. Bu bakımdan, tazminata hak kazanılabilmesi “zararın, rekabet hukukunun önlemeyi amaçladığı ve ihlalcinin eylemini hukuka aykırı yapan zararlardan” olduğunun kanıtlanmasına bağlıdır.³⁵ Benzer şekilde, zararın, ihlali gerçekleştirenin eyleminden kaynaklandığının açıkça gözlemlenebilir olması da gerekmektedir. Bir diğer deyişle, zarar gören kimselerden kimlerin tazminat almaya hakkı olduğu hususu belirlenirken, iddia edilen ihlalin söz konusu zarara sebebiyet vermesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.³⁶ Sayılan bu ilkeler çerçevesinde, şemsiye etkisinden dolayı zarar gören alıcıların ihlalle uzaktan bağlantılı olmalarının zararlarının tazminini güçleştirdiği söylenebilir. Gerçekten de, bu etkiden kaynaklanan zararlar, federal düzeyde şu ana dek hiç tazmin edilmemiştir.³⁷ Söz konusu zarara ilişkin tazminat istemleri çoğunlukla hem bu tür zararlar için açılmış olan tazminat davalarında illiyet bağının ispatlanmasının neredeyse imkânsız olmasından³⁸ hem de bu grup alıcıların zararlarının çok spekülâtif bulunmasından dolayı reddedilmiştir.³⁹

Bu kapsamda mahkeme kararlarına bakılacak olursa, *Mid-West Paper Products Company* davasında hâkim, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminini reddederken sırasıyla üç neden ileri sürmüştür. Birinci neden, zarar hesaplanırken rakiplerin fiyatları artırmasının ne kadarının pazardaki olağan etkilerden, ne kadarının ihlali gerçekleştirenlerin eyleminden kaynaklandığının hesaplanmasının mümkün olmamasıdır. Buradan hareketle hâkim, dolaylı alıcı kuralına atıf yaparak, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların hesaplanması için piyasada halihazırda var olan bir ihlalin, rakiplerin uyguladığı fazla fiyat üzerindeki etkisini bulmanın Yüksek Mahkemenin tam da *Illinois Brick* kararında kaçınmak istediği komplike zarar analizinin içine girdiğine hükmetmiştir. Son olarak ise hâkim, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlali gerçekleştirenler ile arasında doğrudan bir bağ olmamasından bahisle söz konusu kişilerin, rekabet hukukunun, rekabet ihlallerinden korumayı amaçladığı kimselerden olmadığını belirtmiştir.⁴⁰

³⁵ Bkz. “antitrust injury” ilkesi için, *Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977) para. 489.

³⁶ *Blue Shield of Virginia v McCready*, 457 U.S. 465 (1982) para. 479.

³⁷ CONNOR, J.M. ve R.H. LANDÉ (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines”, *Tulane Law Review*, No: 80, s.518. Eyalet mahkemeleri arasında farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlere tazminat hakkı veren ve bu hakkı reddeden eyalet mahkeme kararları için bkz. CRAMER, L. ve D.C. SIMONS (2012), “Parties Entitled to Pursue a Claim”, A.A. Foer ve R. M. Stutz (der.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook* içinde, s.76-77.

³⁸ Lande 1993, s.147; Hovenkamp 2011, s.684.

³⁹ *Areeda* vd. 2006, s.200; *Mackenrodt* 2010, s.181; *Van Uytsel* 2012, s.85.

⁴⁰ *Mid-West Paper Products v Continental Group*, 596 F.2d 573 (3d Cir. 1979) para. 584-586.

Bir diğer şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminini reddeden karar ise *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation* kararıdır.⁴¹ Mahkeme, ilk olarak dolaylı alıcı kuralına atıf yaparak, şemsiye etkisinde de zararın hesaplanması ve alıcılar arasında paylaştırılmasında güçlük olduğunu ve bunun sonucu olarak da ortaya mükerrer (*duplicative*) tazminat riski çıkabileceğini belirtmiştir. Çünkü davalı hem doğrudan alıcılara hem de rakiplerinin müşterilerine karşı sebebiyet verdiği tüm fiyat artışını ödeyecektir. Bu yüzden de mahkemeye göre davalı, aynı *overcharge*'ın etkisinden iki kere sorumlu olacaktır.⁴² İkinci olarak ise, şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların hesaplanmasının “kabul edilemez derecede spekülative ve kompleks” olduğu ifade edilmiştir. Mahkemeye göre *Illionis Brick* kararı uygulanabilirliği olmayan bir zarar hesaplamasını yasaklamaktadır. Şemsiye etkisi tam da bu yüzden reddedilmelidir. Çünkü rakiplerin fiyatlarını artırması davalıların eyleminden olduğu kadar diğer pek çok faktörden de etkilenmiş olabilir. Rakiplerin fiyatlama kararlarının ne ölçüde ihlalin fiyat artışı yaratan etkisinden kaynaklandığını bulmak spekülative olarak nitelendirilmiştir.⁴³

Görüldüğü üzere, mahkeme kararları şemsiye etkisinden kaynaklı zararları hesaplamanın kompleks yapısına dikkat çekip bu kişilerin zararları olan uzaktan bağlantıları sebebiyle kanunun koruma amacı dışında olabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören kimseler dolaylı alıcı kuralı ile karşılaştırılmak suretiyle değerlendirilmektedir. Çünkü mahkemeler, söz konusu etkiden kaynaklı zararların tazmininin kabulü halinde zararın hesaplanmasının, dolaylı alıcılarda olduğu gibi kompleks ekonomik analiz gerektiğine hükmetmişlerdir. Kaldı ki, şemsiye etkisinin kabulü halinde davalıların ödeyeceği tazminat miktarının iki farklı alıcı grubu, yani ihlali gerçekleştirenlerden doğrudan ve dolaylı olarak ürün alan alıcı grubu ve rakiplerin müşterileri olan alıcı grubu için ayrı ayrı değerlendirileceğine dikkat çekilmiştir. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan kararlar şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine izin vermemiştir. Fakat, reddeden mahkeme kararları olduğu gibi şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilebileceğini kabul eden mahkeme kararları da vardır.

İlk olarak, *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, her ne kadar dolaylı alıcı kuralının tartışıldığı bir dava olsa da şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazmin edilmesi gerektiğini ve söz konusu etki ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ifade etmiştir.⁴⁴ Aynı şekilde, *State of Washington v American Pipe & Construction Co.* kararı da şemsiye etkisi ile zarar arasında uygun illiyet

⁴¹ 691 F.2d 1335 (9th Cir. 1982).

⁴² *Ibid*, para. 1340.

⁴³ *Ibid*, para. 1341.

⁴⁴ 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979) para. 1166, n.24.

bağının bulunduğuna ve ayrıca şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlalle uzaktan bağlantılı olmadığına işaret etmiştir.⁴⁵ Ancak, davacı, davalının eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağına kanıtlayamamıştır.⁴⁶ Bir diğer karar ise, *Associated General Contractors v Carpenters*'dir.⁴⁷ Burada mahkeme, ABD rekabet hukuku kurallarının dava açma hakkını düzenleyen maddelerinin, rekabet ihlalinin yarattığı yüksek fiyat yüzünden zarar gören ihlalle bağlantılı olmayan kimselerin müşterilerini kapsayacak kadar geniş olduğunu ve iddialarının başarısının da bu durumu ne ölçüde kanıtlayabileceklerine bağlı olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Buradan hareketle mahkeme, üzerlerine düşen görevin, davacının zararını, davalının yaptığı iddia edilen rekabet ihlalini ve ikisi arasındaki ilişkiyi incelemek olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Tüm bu tespitlere rağmen davacının tazminat istemi şu dört sebep ileri sürülerek reddedilmiştir: *i.* Yüksek Mahkeme en iyi durumda bulunan davacılara dava açma hakkı tanınmasına karar vermiştir,⁵⁰ *ii.* şemsiye etkisinden kaynaklı zararın doğrudan rekabet ihlalinden kaynaklanmaması nedeniyle, ihlalle uzaktan bağlantılı bu kişilere dava açma hakkı tanınması onları dava açmaya yönlendirmez ve bu yüzden de bu kişilere dava açma hakkı verilmesi rekabet hukukunun özel uygulamasının kamu yararına hizmet etme amacına aykırı olur,⁵¹ *iii.* zararın söz konusu ihlalle olan ilişkisi şüphelidir ve *iv.* mükerrer (*duplicative*) tazminat riski vardır.⁵²

Bazı yazarlar, zarar görenlerin birinin kartel üyelerinden diğerinin ise kartelin oluşturduğu yüksek fiyat şemsiyesinden yararlanarak fiyatlarını artıran rakipten alınması arasında fark olduğunu belirten mahkeme kararlarını eleştirmektedir. Onlara göre, ABD rekabet hukuku, davalının hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan tüm zararların önlenmesi amacını gütmektedir.⁵³ Fakat, genel olarak ABD mahkemeleri, şemsiye etkisi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazminine işlevsel bir bakış açısı sergilemek suretiyle tazminat istemlerini reddetmektedir.⁵⁴ ABD ile AB rekabet hukukunun özel uygulaması pek çok

⁴⁵ 280 F. Supp. 802 (1968) para. 806.

⁴⁶ Hansberry vd. 2014, s.199, n.21. ABD haksız fiil hukuku illiyet bağının kurulmasına iki aşamalı bir yaklaşım sergilemektedir: Gerçek neden (*cause in fact/actual cause*) olarak adlandırılan ilk aşama eylem gerçekleşmeseydi zararın meydana gelip gelmeyeceğini araştırırken, ikinci aşama olan yakın neden (*proximate cause*) sorumluluğun kapsamını saptamak için öngörülebilirlik testini uygulamakta ve davalının makul bir öngörülebilirlik çerçevesinde verdiği tüm zararları tazmin etmesini beklemektedir. ÖZKAN, Z. (2014), "Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedenselliğin Tesisi Çerçevesinde Gerçek Neden ve İspatı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No: 26(110), s.35-38.

⁴⁷ 459 U.S. 519 (1983) para. 534.

⁴⁸ Ibid, para. 533.

⁴⁹ Ibid, para. 535.

⁵⁰ Ibid, para. 540.

⁵¹ Ibid, para. 542.

⁵² Ibid, para. 545.

⁵³ BLAIR, R.D. ve R.E. ROMANO (1990), "Distinguishing Participants from Nonparticipants in a Price-Fixing Conspiracy: Liability and Damages", *American Business Law Journal*, s.47.

⁵⁴ Hansberry vd. 2014, s.199.

yönüyle birbirinden ayrılır. Bunlardan biri de artık şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının AB rekabet hukuku kapsamında tazmin edilmesinin mümkün olmasıdır.

4. AVRUPA BİRLİĞİ NEZDİNDE ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLI ZARARLARIN TAZMİNİ

4.1. AB Rekabet Hukuku Kapsamında Zarar Görenlerin Tazminat Hakkı

AB uygulamasında, prensip olarak, rekabet hukuku ihlalden etkilenen “herkesin” iddiasını kanıtlaması halinde tazminat talep edebilmesi gerektiği benimsenmektedir.⁵⁵ Bu ilkeyi ABAD ilk olarak 2001 yılında verdiği *Courage* kararında, rekabet hukuku çerçevesinde teşebbüslerin ihlal teşkil eden davranışlarından dolayı mağdur olan herhangi bir kimsenin uğradığı zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirterek vurgulamıştır.⁵⁶ 2006 yılında alınan *Manfredi* kararında⁵⁷ ve sonrasında 2013 yılında alınan *Donau Chemie* kararında⁵⁸ yine herkesin tazminat hakkı olduğu aynı cümlelerle tekrar edilmiştir. Anılan kararların hiçbirinde alıcılar arasında bir sınıflandırma yapılmamış, dolaylı alıcı ya da şemsiye etkisinden etkilenen diye özellikle bir kesim belirtilmemiş ve genel ilke olarak AB rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören herkesin tazminat davası açma hakkı olduğu kabul edilmiştir.

Aynı ilkenin, 10 Kasım 2014 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından onaylanan rekabet hukuku kurallarının ihlalden doğan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılacak olan davalara ilişkin zarar görenlerin dava açmasını kolaylaştırıcı önlemleri içerisinde barındıran, “AB ve üye ülke rekabet hukuku ihlallerine ilişkin tazminat davalarını düzenleyen kuralları belirleyen Direktif”te de (Direktif) sürdürüldüğü görülmektedir. Direktif’in 1 ve 12. maddelerine göre, rekabete aykırı davranış nedeniyle zarar gören herkesin üye ülke mahkemelerinde tazminat istemiyle dava açma hakkı bulunmakta olup, bu hak açıkça doktrinde çok tartışmalı olan dolaylı zarar gören alıcıları da kapsamaktadır.⁵⁹

Zarar gören herkesin zararının tazminini öngören AB rekabet hukuku, bu politikayı öncelikli olarak tazminat amacını gözettiği için benimsemiştir. Bu husus Direktif de dahil olmak üzere diğer AB Komisyonu (Komisyon) belgelerinde

⁵⁵ Joined Cases C-295/04 and C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-06619, para. 61.

⁵⁶ C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927, para. 26.

⁵⁷ *Manfredi* kararı, para. 61.

⁵⁸ Case C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others* [2013] ECR I-0000, para. 24.

⁵⁹ AB Komisyonu (2014), *Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

de açıkça ifade edilmiştir.⁶⁰ AB uygulaması bakımından, rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasının birincil amacının tazminat olarak belirlenmesi şartıcı değildir.⁶¹ Çünkü rekabet hukuku, Komisyon ve üye ülke rekabet kurumları aracılığıyla etkili şekilde işletildiğinden⁶² ihlali gerçekleştirenler zaten caydırılmakta, ancak bu yolun sonucunda zarar görenler herhangi bir tazminata hak kazanamamaktadır.⁶³ Dolayısıyla, tazminat davaları, zarar görenlerin zararlarını telafi edebilecekleri tek mekanizmadır. Bu nedenle de söz konusu davaların öncelikli olarak tazminat amacına hizmet ettiğinin kabulü yerindedir.

Ancak birincil amacın tazminat olması, tazminat davalarının caydırıcılık amacına hizmet etmediği anlamına gelmemektedir. Zira ihlali gerçekleştirenlerin, zarar gören herkese tazminat ödeme yükümlülüğü altında olması, davalıların bu yolla, yani tazminat ödemek suretiyle ihlali gerçekleştirmekten caydırılmasını sağlar. Gerçekten de ABAD, AB rekabet hukuku ihlalleri nedeniyle mağdur olanların tazminat isteme hakkının varlığının kabulü sayesinde, rekabet hukuku kurallarının işleyişinin güçleneceğini ve rekabet ihlallerinin caydırılacağını ifade etmiş, böylece rekabetin korunmasına da önemli bir katkı sağlanacağını belirtmiştir.⁶⁴ Davalıların zarar verdikleri herkesi tazmin etme yükümlülüğü altında olmaları, rekabet hukukunu ihlal etmeleri halinde sorumlu olacakları tazminat miktarını artırır. Yüksek tazminat ödeme riski de, ihlalden beklenen kazancı azaltarak davalıların ihlali gerçekleştirmekten uzak tutabilir.⁶⁵

Bu değerlendirmeler ışığında Komisyon'un ABAD kararı öncesi de görüşü, şemsiye etkisi yüzünden mağdur olanların zararlarının tazmin edilmeleri yönünde olmuştur. Rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmininde üye ülke mahkemelerine yol göstermesi için yayınlanan rehberde (*the practical guide*)

⁶⁰ AB Komisyonu (2005), *Green Paper on damages actions for breach of EU antitrust rules*, para. 1.1; AB Komisyonu (2008a), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, para. 1.2; AB Komisyonu (2009), *Proposal for a Council Directive on Rules Governing Damages Actions for Infringements of Articles [101] and [102] of the Treaty*, explanatory memorandum, para. 1.1-1.2; Direktif 2014, madde 2.

⁶¹ Bkz. aynı görüşte, WAELBROECK, D. ve D. SLATER (2006), "The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?", *European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings* içinde, s.2; NEBBIA, P. (2008), "Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?", *European Law Review*, No: 33(1), s.27.

⁶² GERBER, D.J. (2007), "Private enforcement of competition law: a comparative perspective", T.M.J. Möllers ve A. Heinemann (der.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* içinde, s.431.

⁶³ BASEDOW, J. (2007), "Introduction", J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.1.

⁶⁴ *Courage* kararı, para. 27; *Manfredi* kararı, para. 91; *Donau Chemie* kararı, para. 23, *Kone* kararı, para. 23. Aynı şekilde bkz. AG in *Courage*, Opinion of AG Mischo Delivered on 22 March 2001 in *Courage*, para. 57.

⁶⁵ Baş (2011), s.7.

açıkça, en azından ikame bir ürün almak suretiyle fazla fiyat ödeyerek zarara uğrayan tüketicilerin tazminat alması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Söz konusu rehberde ayrıca, bu tüketicilerin tazminat taleplerinin ne oranda karşılanabileceğinin illiyet bağını inceleyecek olan üye ülke mahkemelerinin inisiyatifine bırakılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁷

Öncelikli olarak AB hukuku kapsamında hangi koşullar altında illiyet bağının ispat edilmiş olarak kabul edileceğinin üye ülkelerin iç hukuklarına göre farklı farklı belirleneceğine işaret etmek gerekir.⁶⁸ Bu nedenle de ortak prensipleri belirlemek için oluşturulan AB haksız fiil çalışma grubunun⁶⁹ ispat yükümlülüğü ile ilgili tespitleri şemsiye etkisinden kaynaklı zararların ispatlanmasındaki güçlükler bakımından faydalı olabilir.

Söz konusu prensiplerden madde 3/105'e göre, zararı yaratan pek çok eylemin bulunması ve hangisinin tam olarak zararın tümünü ya da bir kısmını oluşturduğunun tespit edilememesi durumunda zarara katkısı olabilecek muhtemel eylemlerin hepsinin zarardan aynı ölçüde sorumlu tutulmaları esastır.⁷⁰ Buradan hareketle sorumluluğun kapsamını düzenleyen madde 3/201 ise, bir kişinin zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı, tutulacaksa sorumluluğunun ölçüsünü, sınırlı sayıda olmayan⁷¹ beş koşulun varlığına bağlamaktadır. İlk koşul, zararın olağan bir insan tarafından eylemin gerçekleştirildiği sırada öngörülebilir olması gerekliliğidir. Bunu saptarken zarar veren eylem ile yarattığı sonucun, zaman ve yer olarak birbiriyle yakınlığı ya da eylemin olağan sonucu ile zararın büyüklüğü arasındaki ilişkiye bakılabileceği vurgulanmıştır. İkinci koşul ise, korunması amaçlanan menfaatin mahiyeti ve değeridir. Söz konusu menfaate ne büyüklükte bir değer atfediliyorsa sorumluluğun kapsamı da aynı ölçüde genişleyecektir. Üçüncü koşul, sorumluluğun temeline atıf yaparken, örneğin kusursuz sorumluluk gerektirecek bir halin varlığının, kişinin verdiği

⁶⁶ AB Komisyonu (2011), *Draft Guidance Paper: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union-Public Consultation*, para. 114; AB Komisyonu (2013a), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, para. 133. Benzer görüş için bkz. Centre for European Policy Studies (2007), Erasmus University Rotterdam (EUR) ve Luiss Guido Carli (LUISS), *Report for the European Commission 'Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios', Final Report* (Welfare impact report), Centre for European Policy Studies, s.78.

⁶⁷ AB Komisyonu 2011, s.108, not 112; AB Komisyonu 2013a, para. 126, not 107.

⁶⁸ *Hansberry vd.* 2014, s.200.

⁶⁹ European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

⁷⁰ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, <http://www.egtl.org/Principles>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

⁷¹ European Group on Tort Law (2005), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer-Verlag, Wien, Austria, s.60.

zararı mutlaka tazmin etmesi yönünde yorumlanabileceğini belirtmektedir.⁷² Dördüncü koşul, hayatın olağan risklerinin de göz önünde bulundurularak zararın gerçekleşmesiyle ilgisi olmayan eylemlerin sorumluluk kapsamında çıkarılması gerektiğini ifade etmektedir. Son koşul ise ilgili hukuk normunun amacına, yani hangi menfaati ne ölçüde korumak için düzenlendiğine bakılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Örneğin, eğer bir hukuk normu belirli bir menfaati korumayı amaçlıyorsa, söz konusu menfaat ihlal edildiğinde bu ihlalin yarattığı zararın sorumluluktan kaçması mümkün görünmemektedir.⁷³

Bu kapsamda şemsiye etkisi dolayısıyla uğranılan zararların tazmini sorununa bakıldığında, Kanun Sözcüsünün bu etkinin verdiği zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmederken illiyet bağı ile ilgili benzer açıklamalarda bulunduğu gözlemlenmektedir. Buna göre, her olayın özelliklerine göre ayrı ayrı incelenmek üzere, zarar ve eylem arasında yeterli düzeyde doğrudan bir illiyet bağı olmalıdır. Bunun kurulabilmesi için de ihlali gerçekleştirenlerin zararı ne kadar öngörebildikleri ve bu zararın tazmininin hukuk kurallarının koruma amacıyla ne ölçüde uyumlu olduğu incelenmelidir.⁷⁴ Kanun Sözcüsü Kokott'un görüşüyle uyumlu hüküm veren ABAD'ın da benzer bir muhakeme yürüttüğü gözlemlenmektedir. Bu bakımdan, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat alıp alamayacaklarına ilişkin AB'deki durumun netleşmesini sağlayan *Kone* kararı ve bu karara giden süreç aşağıdaki bölümde incelenecektir.

4.2. Şemsiye Etkisi: ABAD'ın *Kone* Kararı

4.2.1. Karar Öncesi Aşamalar

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat hakkı olduğunu onaylayan Kanun Sözcüsü görüşünün ve ABAD kararının arkasında, 2007 yılında Komisyon'un, *Kone*, *Otis*, *Schindler* ve *ThyssenKrupp* şirketlerinin kartel oluşturduklarına ilişkin verdiği karar bulunmaktadır. Söz konusu kartel, Komisyon'un aldığı pek çok şikâyet üzerine asansör ve yürüyen merdiven sektöründe re'sen başlattığı inceleme sonucu ortaya çıkarılmıştır.⁷⁵ Komisyon, söz konusu rakip şirketlerin Belçika, Almanya, Lüksemburg ve Hollanda'da en az 1995 yılından başlayarak 2004 yılına dek yürüyen merdiven ve asansörlerin satışı, kurulması, bakımı ve modernizasyonu bakımından pazar paylaşımı yoluyla kartel oluşturduklarına hükmetmiştir.⁷⁶ Bunun üzerine de şirketlere toplam 992 milyon Avro ceza vermiştir. Genel Mahkeme, (eski ismiyle Avrupa Toplulukları

⁷² Ibid, s.62.

⁷³ Ibid, s.63.

⁷⁴ Bkz. bölüm 3.2.3.

⁷⁵ Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] para. 18 (henüz yayımlanmadı) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129323&doclang=EN>, Erişim Tarihi: 22.06.2014.

⁷⁶ Case COMP/E-1/38.823, Commission Decision *PO/Elevators and Escalators C* (2007) 512 final.

İlk Derece Mahkemesi), ThyssenKrupp'un cezasında tekerrür nedeniyle yapılan ceza artırımını hukuka aykırı bularak⁷⁷ önemli ölçüde indirim yapsa da ihlal kararını ve verilen cezaları yerinde bulmuştur. Böylece Genel Mahkeme, hem diğer firmalara verilen cezaları aynen onamış hem de ThyssenKrupp için de cezaya hükmetmiştir.⁷⁸

Bu kararlar ışığında 2008 yılında Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*), hem Avusturya rekabet otoritesinin hem de Avusturya rekabet mahkemesinin (*Kartellgericht*) bahsi geçen yürüyen merdiven ve asansör kartelinin 1980'lerden 2004 yılına dek Avusturya pazarında rekabeti bozduğundan bahisle Kone, Otis ve Schindler'in de içinde bulunduğu toplam beş teşebbüse uyguladığı idari para cezası yaptırımını onamıştır.⁷⁹ Avusturya pazarını da etkileyen bu kartelin üyelerinin, rekabetçi piyasa koşullarında oluşması gerekenin üzerinde fiyat uyguladığı ve bunu da pazar paylarında herhangi bir düşme olmaksızın yapabildikleri ortaya çıkmıştır.⁸⁰ Böylelikle, kartelin varlığını ve zarara sebebiyet verdiğini tespit eden ve bu nedenle firmalara ceza uygulayan bu karar, adı geçen kartel sebebiyle mağdur olan kişilerin *follow-on* olarak, bir diğer deyişle bu karara istinaden mahkemeye başvurarak zararlarını talep etmelerinin yolunu açmıştır.

Şemsiye etkisinden dolayı zarar görmenin tazminata konu olup olamayacağı tartışması tam da bu noktada, Avusturya Federal Demiryollarının bir iştiraki olan ÖBB-Infrastruktur'un (ÖBB) kartel üyesi olmayan şirketlerden aldığı yürüyen merdiven ve asansör nedeniyle zarara uğradığını iddia etmesiyle başlamıştır. ÖBB aslında tüm Avusturya'da demiryollarının inşası ve bakımından sorumlu olduğundan kartele konu yürüyen merdiven ve asansör ürünlerinin en önemli müşterisidir.⁸¹ Avusturya pazarındaki kartel üyelerine (Kone, Otis, Schindler ve ThyssenKrupp) karşı açtığı davada ÖBB, kartele konu ürünlerin bazılarını doğrudan kartel üyelerinden, bazılarını dolaylı alıcı olmak suretiyle ara teşebbüslerden, bazılarını ise kartelin etkili olduğu piyasadaki kartel üyelerinin rakiplerinden satın aldığını belirterek bu kapsamda ödediği aşırı fiyat yüzünden kartel üyelerinden toplam 8 milyon Avro tazminat talep etmiştir.⁸² ÖBB, şemsiye etkisine dayanarak kartel üyesi olmayan ürün sağlayıcılarının bu kartele istinaden

⁷⁷ Buna neden olarak, Komisyon'un ana şirket ile şubelerin tek bir ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadığının ve tekerrüre konu önceki karardaki ThyssenKrupp şubelerinin söz konusu kartel bakımından kapsama alınan şubelerle aynı olup olmadığının incelenmemesi gösterilmiştir. Sonuç olarak mahkeme, ThyssenKrupp'un cezasını 159.9 milyon Avro azaltmıştır. Joined Cases T-141/07, T-142/07, T-145/07 and T-146/07 *General Technic-Otis and Others v European Commission* [2011] OJ/C 269.

⁷⁸ General Court of the European Union (2011), *Press Release No 72/11* (Luxembourg) <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/cp110072en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁷⁹ *Kone* kararı, para 7.

⁸⁰ *Ibid*, para. 8-9.

⁸¹ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 10.

⁸² *Ibid*, para. 11.

fiyatlarını artırdığını ve bu nedenle aşırı fiyatlandırmadan dolayı zarara uğradığını öne sürerek söz konusu 8 milyonluk tazminat talebinin en az 1.839.239,74 Avroluk kısmının şemsiye etkisinden kaynaklanan zarardan dolayı oluştuğunu iddia etmiştir.⁸³

Gerçekten de kartel üyelerinin danışıklı hareketi tüm Avusturya pazarındaki yeni makine aksamına ilişkin ticari işlem hacminin yarısından çoğuna etki etmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla söz konusu kartelin, piyasada faaliyet gösteren ve karteğe dahil olmayan firmalar için yüksek bir fiyat şemsiyesi oluşturması olasıdır. Ancak, ÖBB'nin tazminat talebi Avusturya'da hem ilk derece mahkemesi hem de yüksek mahkeme tarafından reddedilmiştir.⁸⁵

4.2.2. Avusturya Mahkemesinin Red Kararının Arkasındaki Nedenler

Avusturya hukuku, kartel üyesi olmayan ve bu nedenle rekabet ihlalinde bulunmayan bir satıcıdan alınan ürün nedeniyle görülen zararın tazminine imkân vermemektedir. Bunun nedeni, ilk olarak, tazminat talebinin ancak ilgili taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki var ise mümkün görülmesidir.⁸⁶ Zarar sözleşme dışı sorumluluğa istinaden isteniyorsa, Avusturya mahkemeleri içtihadına göre, tazminat elde etmek için mağdurun, ilgili kanunun amacının kendisinin zarar görmesini engellemek olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Bu da iki hususun ispat edilmesine bağlıdır: *i.* uygun illiyet bağı ve *ii.* hukuka aykırılık şartı.⁸⁷ Bu iki koşulun incelenmesi, Avusturya mahkemelerinin *neden* şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat istemeye hakkı olmadığı yönünde hüküm kurduğuna ışık tutacaktır.

Öncelikle, Avusturya mahkemeleri, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören ile kartel üyelerinin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, piyasada faaliyet gösteren ve karteğe dahil olmayan rakip firmanın, kendi ticari faaliyetlerini yürütmesi kapsamında aldığı karara istinaden fiyatlarını artırması ve bu nedenle şemsiye etkisinden kaynaklı uğranılan zarar, kartelin dolaylı bir etkisidir. Bu bağlamda da rakip teşebbüsün kendi ürünleri için aldığı fiyat artırım kararı, içerisinde kartelin de tesirinin

⁸³ Court of Justice of the European Union (2014), *Press Release No 79/14*, (Luxembourg) (*Kone* basın bülteni), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁸⁴ *Kone* kararı, para. 9.

⁸⁵ *Ibid*, para 11.

⁸⁶ HENRY, D., M. MAIER ve P. WERNER (2014), "EU's Top Court Rules Cartel Victims can Claim Damages from Cartelists Despite No Contractual Link", http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fdc7a0ae-a3a2-437e-9fb8-b7ddfa753bc3&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=html+email+-+body+-+general+section&utm_campaign=lexology+subscribe+r+daily+feed&utm_content=lexology+daily+newsfeed+2014-06-11&utm_term=, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

⁸⁷ *Kone* kararı, para. 13.

olduğu piyasa koşullarından etkilendiği gibi söz konusu piyasa koşullarında kendi firması ve ürünleri için oluşan ekonomik durumdan ve kartelin etkisinin olduğu ya da olmadığı pek çok unsurdan etkilenmiş olabilir.⁸⁸ Bu nedenle de söz konusu zararın yaratıldığı, kartel üyeleri tarafından öngörülemez olduğundan zarar ile ihlal arasında illiyet bağı kesilmiştir.⁸⁹

Ayrıca, Avusturya Yüksek Mahkemesi, şemsiye etkisinden dolayı görülen zararın hukuka aykırılık şartını sağlamadığına hükmetmiştir. Buna göre, bu zarar salt ekonomik zarardır. Bu türlü zararlar, davacının kendisine ya da eşyasına verilmeksizin oluştuğundan⁹⁰ kural olarak haksız fiil hukuku kapsamında tazmin edilmez.⁹¹ Avusturya hukukuna göre salt ekonomik zararın tazminini, ancak bu zararın, sözleşme hükümlerine aykırılıktan, mutlak hakların ihlalinde kaynaklanması halinde veya bu türlü zarara uğrayan kişilerin kanununun menfaatini korumak üzere getirildiği kimselerden olması halinde mümkün olabilir. Şemsiye etkisinden kaynaklı uğranılan zarar bu sayılanların hiçbirisine uymamaktadır. Mahkemeye göre, ihlal edilen rekabet hukuku hükmünün amacı, ihlalle dolaylı olarak bağlantılı olmak suretiyle zarar görenleri kapsamamaktadır. Çünkü şemsiye etkisinden dolayı uğranılan zarar, yalnızca rakip firmanın kendi ürünü için aldığı bağımsız bir fiyatlandırma kararının yan etkisidir.⁹² Bu nedenle de mahkeme, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların hukuka aykırılık şartını sağlamadığını, söz konusu şartın ancak kartel üyelerinin aşırı fiyatlandırma yoluyla kendi ürünlerini alanları etkilemesinde sağlandığına hükmetmiştir.⁹³

Sonuç olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin, rekabet hukuku kapsamında korunan kişilerden olmadığı ve bu etkiyi oluşturan pek çok neden olması dolayısıyla illiyet bağının kesildiğinden bahisle ÖBB'nin tazminat talebini reddeden Avusturya yüksek mahkemesi, ABAD'dan AB mahkemeleri tarafından ihdas edilmiş olan etkililik prensibi (*the principle of effectiveness*)⁹⁴ ve Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 101. maddesinin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar için kartel üyelerinden tazminat istenebilmesini gerektirip gerektirmediği hususunda görüş talep etmiştir.⁹⁵ Bir diğer deyişle,

⁸⁸ Ibid, para. 14.

⁸⁹ Hansberry vd. 2014, s.203.

⁹⁰ BUSSANI, M. ve V.V. PALMER (2003), "The Notion of Pure Economic Loss and its Setting", M. Bussani ve V.V. Palmer (der.), *Pure Economic Loss in Europe* içinde, s.5.

⁹¹ YAHYA, M.A. (2005), "Can I Sue Without Being Injured: Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No:3, s.101. Aynı durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Bkz. Sanlı 2008, s.10.

⁹² *Kone* kararı, para. 15.

⁹³ Ibid, para. 14-15.

⁹⁴ Bu ilkeye göre üye ülke usul kuralları, AB hukukunun kişilere tanıdığı rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararları için tazminat talep etme hakkını kullanmalarını "pratikte olanaksız veya aşırı ölçüde zor" hale getirmemelidir. *Manfredi* kararı, para. 71.

⁹⁵ *Kone* basın bülteni 2014.

görüş talep edilen husus, üye ülke iç hukukunun şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazminini baştan engelleyen hükümlerinin ABİDA'nın 101. maddesi ve etkililik prensibi ile uyumlu olup olmadığıdır.

4.2.3. Kanun Sözcüsü Kokott'un Şemsiye Etkisine İlişkin Görüşü

Ön başvuru yoluyla ABAD'a gönderilen dava ilk önce Kanun Sözcüsü Kokott'un incelemesine konu olmuştur. Kanun Sözcüsü'nün görüşü daha sonra ABAD tarafından da benimsendiği için kısaca özetlenmesinde fayda bulunmaktadır. Kanun Sözcüsü Kokott'un, Avusturya mahkemesinin ABAD'a yönelttiği soruyu tanımlayış şekli, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazminine yeşil ışık yakacağını göstermektedir. Bu kapsamda soru, AB hukuku normları çerçevesinde, piyasada fiyat artışına sebebiyet veren bir rekabet ihlalinin varlığı halinde rakipler bilerek ya da bilmeyerek kartelin yarattığı bu fiyat şemsiyesi altında hareket ederek kendi fiyatlarını rekabetçi fiyatın üzerine çıkarttıklarında *i.* kartel üyesi olmayan bu teşebbüslerin fiyat artışından etkilenen kişilerin kartel üyesi teşebbüsler karşısında tazminat hakkı olmalı mıdır, ya da *ii.* zarar dolaylı ve ihlalle uzaktan bağlantılı olduğu için üye ülke iç hukuku normlarına göre tazminat hakkı olmamalı mıdır?⁹⁶

Kanun Sözcüsü, ilk olarak, kartel üyelerinin şemsiye etkisine istinaden yarattıkları zarardan dolayı sorumlu olup olmadıkları sorununun üye ülke iç hukukları açısından değil de AB hukuku normları açısından incelenmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Çünkü temel soru, kartel üyelerinin, doğrudan veya dolaylı alıcıları tarafından olmasa da zarar verdikleri başka bir alıcı grubu tarafından dava edildiklerinde, sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir. Bu soru da üye ülkelerin iç hukuklarının karar vermesine bırakılamayacak kadar önemlidir.⁹⁷ Eğer her üye ülkede bu soruya verilecek cevap değişirse, iç pazarın etkin işleyişi bozulur ve hatta *forum shopping*⁹⁸ riski doğar.⁹⁹ Bu nedenle de kartel üyelerinin verdikleri zararlardan dolayı farklı şekillerde zarar görenlerin hangilerine ne ölçüde tazminat ödemekle yükümlü olduğu, AB hukuku çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu yolla şemsiye etkisi nedeniyle mağdur olanlar da dahil olmak üzere, zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerektiği hususuyla ilgili tüm üye ülkelerde uygulanmak üzere tek bir ilke belirlenebilecektir.¹⁰⁰

Kanun Sözcüsü'ne göre “zarar gören herkesin” tazminat talep edebilmesine ilişkin AB rekabet hukuku prensibi dar yorumlanmamalı ve özellikle de kartellerin

⁹⁶ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 2.

⁹⁷ Ibid, para. 28.

⁹⁸ Tanım için bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü (2010), para. 147.

⁹⁹ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 29.

¹⁰⁰ Ibid, para. 28-30.

ne kadar büyük ölçüde ve yaygın bir zarar yaratabilecekleri göz önüne alındığında tazminat isteme hakkı yalnızca belirli bir gruba mal edilmemelidir.¹⁰¹ Tabii ki şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin de tazminat alabilmek için illiyet bağıını ispat etmeleri gerekecektir. Ancak Kanun Sözcüsü'ne göre bu illiyet bağı doğrudan bir illiyet bağı olup bilinen illiyet bağı olarak değerlendirilmemelidir.¹⁰² Şöyle ki, eğer şemsiye etkisinin oluşumu kartel yüzündense, bir diğer deyişle, kartel bu etkinin oluşumundaki etken ise, doğrudan illiyet bağıının bulunduğu farz edilmelidir.¹⁰³ Bunun için de aşağıdaki iki koşulun bulunması gerekmektedir:

- i. Kartel üyelerinin yaptıkları anlaşma nedeniyle şemsiye etkisi yüzünden bir zarara sebebiyet verdiklerini öngörebiliyor olmaları
- ii. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararın tazmin edilmesinin ihlal edilen rekabet hukuku kurallarının amacıyla uyumlu olması

İlk koşul bakımından Kanun Sözcüsü, piyasa ekonomisinin işleyişi gereği teşebbüslerin fiyat belirlerken pazarın o anki konumunu değerlendirdiklerini belirtmiştir. Bu nedenle de hâlihazırda pazarda bir kartelin var olup olmadığı bilinmese dahi, kartel üyesi olmayan firmanın, piyasadaki yüksek fiyatları dikkate alarak kendi ürünlerinin fiyatını artırmasının kartel üyeleri için öngörülemez ya da sürpriz olmadığını vurgulamıştır.¹⁰⁴ Kanun Sözcüsü'ne göre özellikle de kartel üyelerinin, pazarın önemli bir bölümünü kapsayacak şekilde bir kartel oluşturduklarında, belirledikleri fiyatın ilgili pazardaki tüm aktörler için bir kıstas olarak ele alınacağını öngörmeleri gerekmektedir.¹⁰⁵ Bu bakımdan da şemsiye etkisi, Avusturya mahkemesinin belirttiği gibi, kartelin bir yan etkisi değildir. Tam tersine, kartel üyeleri, piyasadaki deneyimlerine dayanarak, yaptıkları ihlalin sebep olduğu *her zarar*, olağanüstü durumlar söz konusu olmadıkça, öngörebilirler.¹⁰⁶ Böylece, Kanun Sözcüsü tarafından neredeyse aksi ispat edilemez (kesin) bir karine ihdas etmiştir.¹⁰⁷

İkinci koşul bakımında ise Kanun Sözcüsü, AB rekabet hukukunun amacının, şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesini gerektirdiği sonucuna varmıştır. Bunun nedeni, öncelikle ihlali gerçekleştirenlerin bu zarardan sorumlu tutulmalarının, onları tazminat ödemek suretiyle ihlalden uzak durma ve rekabet kurallarıyla uyumlu hareket etmeye yönlendirmesi, bunun da iç pazarda rekabet

¹⁰¹ Ibid, para. 32.

¹⁰² Ibid, para. 36.

¹⁰³ Ibid, para. 37.

¹⁰⁴ Ibid, para. 46.

¹⁰⁵ Ibid, para. 47.

¹⁰⁶ Ibid, para. 42-43.

¹⁰⁷ VEENBRINK, M ve C.S. RUSU (2014), "Case Comment – Case C-557/12 Kone AG and Others v ÖBB Infrastruktur AG", *Competition Law Review*, No:10(1), s.111.

ortamının sağlanması için gerekli olmasıdır.¹⁰⁸ İkinci olarak da şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi sayesinde rekabet ihlallerinin pazardaki diğer firmalar ve özellikle de tüketiciler üzerinde yarattığı olumsuz etkiler giderilir.¹⁰⁹

Bu gerekçelere dayanan Kanun Sözcüsü'nün çözüm önerisi, ilke olarak şemsiye etkisi nedeniyle görülen zararın tazmininin *baştan* reddi yerine, olayın özelliklerine göre bir incelemenin yapılması ve salt teori üzerinden değil de davada söz konusu zararı kanıtlamak için sunulan belgelerin değerlendirilerek sonuca varılmasıdır.¹¹⁰ Nitekim, bu şekilde rekabet hukukunun etkili bir şekilde uygulanmasına katkı sağlanacağını düşünen Kanun Sözcüsü'nün görüşüne¹¹¹ ABAD da katılmış ve şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi yönünde karar vermiştir.

4.2.4. ABAD'ın Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Hakkına Yaklaşımı

ABAD, ilk olarak, şemsiye etkisinin kartelin olası etkilerinden biri olarak zaten kabul edildiğini ve davaya konu kartelin de rekabeti bozmak suretiyle piyasa fiyatının üzerinde bir fiyat seviyesi oluşturduğunu ve bunun da kartel üyesi olmamakla birlikte ilgili pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin de fiyatlarını artırmasına olanak sağladığını belirtmiştir.¹¹² Buradan hareketle ABAD, bir teşebbüsün kendi fiyatlarını belirlerken piyasa fiyatını pek tabii göz önüne alacağını ve kartel olmasaydı daha düşük bir fiyat belirleyeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, ABAD'a göre, rakip teşebbüsün kendi fiyatını belirlerken aldığı karar, tamamen kartel üyelerinden bağımsız olarak gerçekleşmiş gibi görünse de aslında kartelin bozduğu piyasa koşulları altında verildiğinden rekabet kurallarına aykırıdır. Bu nedenle de kartel üyeleri tarafından bu zarar hiç oluşmamış gibi davranılamaz.¹¹³ Avusturya mahkemesi önündeki davada da taraflar, kartelin şemsiye etkisi nedeniyle zarara yol açabileceğine itiraz etmemiş, aksine AB hukukunun söz konusu etkiden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi gerektiği yönünde yorumlanamayacağını belirtmişlerdir.¹¹⁴

Bu çerçevede ABAD'a göre şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazminini reddeden Avusturya mahkemesinin gerekçesi kabul edilemez. Çünkü Avusturya hukuku, olayın özelliklerini incelemeksizin illiyet bağının

¹⁰⁸ Kanun sözcüsü Kokott'un *Kone* kararına ilişkin görüşü, para. 68.

¹⁰⁹ Ibid, para. 57.

¹¹⁰ Ibid, para. 84-85.

¹¹¹ Ibid, para. 85. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesinin pişmanlıktan faydalanmak isteyen kartel üyelerini caydırabileceğine ilişkin görüş için bkz. VAN ACKER, J. ve V. LEFEVER (2013), "Advocate General Opens Door to Umbrella Claims in Cartel Damages Cases", *Competition Policy International*, s.4.

¹¹² *Kone* kararı, para. 27-28.

¹¹³ Ibid, para. 29-30.

¹¹⁴ Ibid, para. 28.

kurulamayacağından bahisle bu kişileri kati surette tazminat hakkından mahrum etmektedir.¹¹⁵ Halbuki, ABAD'ın 2001 yılında verdiği *Courage* kararından beri yerleşmiş içtihadına göre AB rekabet hukuku, ihlalden zarar gören “herkesin” tazminat hakkı olduğunu vurgulamaktadır. Bu bakımdan, ABAD'a göre, üye ülke iç hukukunun, olayın özelliklerini ve zarar ile ihlal arasında doğrudan bir illiyet bağı olup olmadığını değerlendirmeksizin tazminat hakkını, zarar gören ile kartel üyeleri arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından bahisle baştan reddetmesi ve kartel üyesi olmayan teşebbüsün, kartelin yarattığı fiyat şemsiyesine dayanarak belirlediği fiyat politikasına izin vermesi, kartelin bozduğu rekabetçi piyasa koşullarının daha da bozulmasına katkı sağlar.¹¹⁶ Bu nedendir ki, ABAD, ABİDA'nın 101. maddesinin amacını dikkate alarak, ki bu AB rekabet hukuku kurallarının ihdas edilme amacıyla aynıdır, iç pazardaki rekabetin korunması için fiyatların serbest rekabet koşullarında belirlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.¹¹⁷

Dolayısıyla ABAD'a göre, “Söz konusu kartelin, olayın ve pazarın belirli özelliklerine göre, bağımsız hareket eden üçüncü kişilerin şemsiye etkisinden yararlanmak suretiyle fiyatlarını belirlemelerinden sorumlu olduğu ve bu belirli özelliklerin kartel üyelerince göz ardı edilemeyeceğinin saptanabildiği hallerde, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin aralarında sözleşme olmasa da kartel üyelerinden tazminat talep etmesi gerekir. Bu koşulların sağlanıp sağlanmadığını araştırmak üye ülke mahkemesinin görevidir.”¹¹⁸ Buna göre, kartelin yarattığı pazar gücü ve şemsiye etkisinin oluşumunu sağlayan ilgili pazarın kendine has özellikleri kartel üyeleri tarafından göz ardı edilemez. Bu da Kanun Sözcüsü'nün aksine,¹¹⁹ ABAD'ın aksi ispat edilebilir bir karine ihdas ettiği şeklinde yorumlanabilir.¹²⁰ Kaldı ki, ABAD, davalılardan Kone ve Otis'in şemsiye etkisi nedeniyle tazminat ödemelerinin cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*) oluşturacağına ilişkin itirazını da tazminat miktarının ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin kazancının karşılığı olması gibi bir kural olmadığından bahisle reddetmiştir.¹²¹

Sonuç olarak ABAD, şu ana kadarki içtihatları ile uyumlu olarak, rekabet ihlali nedeniyle zarara uğrayan herhangi bir kişinin zararının tazmin edilmesini öngörmüştür. Eğer şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören, illiyet bağına ortaya koyabilirse, bir diğer deyişle zararı ile bu zararının rekabet ihlalinin gerçekleştiren teşebbüslerin piyasada yarattığı şemsiye etkisinden kaynaklandığını kanıtlayabilirse, AB rekabet hukuku kurallarına dayanarak ihlali gerçekleştirenlerden tazminat isteyebilecektir. Gerçekten de kartellerin yarattığı

¹¹⁵ Ibid, para. 31.

¹¹⁶ Ibid, para. 33.

¹¹⁷ Ibid, para. 32.

¹¹⁸ Ibid, para. 34.

¹¹⁹ Kanun Sözcüsü bunun kesin karine olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. not 105.

¹²⁰ Veenbrink ve Rusu 2014, s.108.

¹²¹ Kone kararı, para. 35.

zararın büyüklüğü ve ne kadar çok kişiyi etkilediği göz önüne alındığında verdikleri zarardan sorumlu olmalarının ve bu zararı tazmin etmelerinin istenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenlerin hem Kanun Sözcüsü'nün belirttiği hem de ABAD'ın biraz daha yumuşatarak da olsa kabul ettiği karineden yararlanması mümkündür.¹²² Bu yüzden de aşağıda ayrıntılı olarak, ABAD'ın bu kararının, uygulamada şemsiye etkisi nedeniyle zarar gördüğünü ispat etmesi gereken kişiler bakımından hâlihazırda var olan ispat sorunlarına nasıl bir çözüm sunduğu ve şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat hakkının varlığının kabulünün ilaveten ortaya çıkaracağı sonuçlar ve bunlara ilişkin çözüm önerileri tartışılacaktır.

5. ŞEMSIYE ETKİSİNDEN KAYNAKLANAN ZARARIN TAMİN EDİLMESİ GEREKTİĞİNİ BELİRTEN ABAD KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖNERİLER

5.1. İspat Güçlükleri Bakımından

Öncelikle, fiyatları rekabetçi fiyatın üzerine çıkaran rekabet ihlallerinin ilgili piyasada yarattıkları fiyat şemsiyesi nedeniyle rakip teşebbüslerin kendi fiyatlarını artırmalarının olası olduğu belirtilmelidir. Bu, o piyasada ticari faaliyette bulunan firmaların, piyasada oluşan fiyatı gözlemlemelerinin doğal sonucudur. Dolayısıyla, fiyatların rekabetçi fiyatın üzerine çıkmasına sebep olan rekabet ihlallerinin, ihlale konu veya ikame ürün alan tüm alıcıları fazla fiyat ödemeye mahkûm etmek suretiyle zarara uğratması mümkündür. Tüm bunlar göz önünde bulundurularak şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazminindeki ispat güçlüklerinin ABAD kararı sayesinde ne derece aşılmış olduğu tartışılmalıdır.

İlk olarak, hangi ürünün ikame ürün olabileceğine ilişkin sorunun çözümü, her davanın kendine has özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirir. Örneğin, ABAD'ın kararına konu asansör ve yürüyen merdiven ürünlerinin hem kartelin yapıldığı hem de rakip firmanın sattığı ürünler olduğu göz önüne alındığında, ihlalden kimin ne kadar etkilendiğinin belirlenmesi açısından bir sorun olmayacaktır. Zira ürün çeşitliliğinin olmadığı, ikame ürünlerin neler olduğunun belirlenebildiği pazarlarda şemsiye etkisini tespit etmek daha kolaydır.¹²³

Diğer bir ispat sorunu yaratabilecek husus ise her rakip firmanın içinde bulunduğu durumun birbirinden farklı olmasına ilişkindir. Bir diğer deyişle, her teşebbüsün kendi ürün sağlayıcısı ile olan ilişkileri, ürünlerine olan talep, işletmede fiyatlandırma için hangi faktörlere dayanarak karar verildiği gibi pek çok unsur firmadan firmaya göre değişir. Bu durumda zarar görenlerin illiyet bağını ispatı daha da güçleşmektedir. Bunun nedeni, zarar görenin hâlihazırda ihlalle uzaktan bağlantılı olup yalnızca ihlalin gerçekleştiği pazarda satılan benzer

¹²² Bkz. Veenbrink ve Rusu 2014, s.111.

¹²³ Areeda vd. 2006, s.201.

ve/veya ikame ürünü satın almasıdır. ABAD, bu bakımdan, piyasanın kendine özgü özellikleri ve kartelin faaliyet alanı göz önüne alındığında şemsiye etkisinin oluşmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda, bu etki nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Kısacası ABAD, piyasa genelinde fiyat artışı yaratabilecek bir ihlalin tüm rakip firmaların fiyatlarını artırdığına ilişkin bir karine kabul etmiştir.

Bu karinenin ilgili davaya uygulanıp uygulanmayacağı ise davacının iktisat alanında uzman bir bilirkişiden alacağı rapora istinaden ortaya konulabilir.¹²⁴ Böylece aksi ispat edilmedikçe ve söz konusu koşullar sağlandığı sürece, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören herkesin tazminat alma hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bu yüzden de fiyat artışının şemsiye etkisi nedeniyle olup olmadığına ilişkin hususun ispatı bakımından her rakip firma için ayrı ayrı inceleme yapılması gerekliliği ortadan kalkmıştır. Söz konusu inceleme yalnızca uğranılan zarar miktarının saptanması için gerekli olabilir.

AB rekabet hukuku kapsamında şemsiye etkisi için sözü edilen karinenin getirilmesi olağan karşılanmalıdır. Çünkü yeni çıkarılan Direktif'te de rekabete aykırı fiyat artışının yansıtılmasından kaynaklı zararlar (*passing-on of overcharges*) bakımından aksi ispat edilebilir bir karine benimsenmiştir. Direktif'in 14. maddesine göre, sırasıyla şu üç koşulun sağlanması halinde dolaylı alıcıların zararlarını tazmin etmek için rekabete aykırı fiyat artışının kendilerine yansıtıldığını ispat etmelerine gerek yoktur: *i.* davalının rekabet ihlalinin gerçekleştirdiği sabit olmalı, *ii.* bu rekabet ihlali doğrudan alıcılara satılan ihlale konu üründe hukuka aykırı olarak fiyat artırımına sebep olmalı ve *iii.* dolaylı alıcı da ihlale konu ürünün kendisini veya onu içeren herhangi bir başka ürünü satın almalı. Direktife'e göre, bu koşullar altında hukuka aykırı fiyat artışının, aksi davalı tarafından ispat edilmedikçe, dolaylı alıcılara yansıtıldığı kabul edilir. Söz konusu karinenin neden kabul edildiğine ilişkin Komisyon açıklaması dikkat çekicidir. Buna göre, hukuka aykırı fiyat artışının alt segmentteki alıcılara yansıtıldığının ispat edilmesi hem ihlali gerçekleştiren hem de zarar gören bakımından zor olduğundan ispat yükünün ihlali gerçekleştirenlere yüklenmesi daha "adil" olacaktır.¹²⁵

Dolayısıyla, *passing-on of overcharges* gibi şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde de var olan ispat güçlükleri karşısında, ABAD tarafından aksi ispat edilebilir bir karine getirilmek suretiyle kolaylık sağlandığı söylenebilir.

¹²⁴ ABD uygulamasında, rekabet hukukuna ilişkin her davada davacıların iktisat alanında uzman bilirkişi kullandığı görülmektedir. Areeda vd. 2006, s.127. Bu husus Yeşil Kitap'ta Komisyon tarafından da önerilmiştir. Bkz. AB Komisyonu 2005, para. 2.9.

¹²⁵ AB Komisyonu (2013b), *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report: Damages Actions For Breach of the EU Antitrust Rules Accompanying The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*, para. 156.

Böyle bir karine karşısında, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin ispat etmeleri gereken tek unsur, uğradıkları zararın miktarıdır. Kuşkusuz, uygulamada üye ülke mahkemeleri tarafından yukarıdaki karinenin ne derece uygulama alanı bulacağını ilerideki kararlar gösterecektir. Ancak ABAD kararı sayesinde hem ispat kolaylığı getirilmiş hem de şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin mahkemeye başvurmaları halinde davacı olmaları garanti edilmiştir. Tüm bunlara ek olarak, ABAD kararının söz konusu zararların tazmininin gerekliliğini vurgulamış olmasının uygulamaya başkaca yansımaları vardır ki bunların da AB rekabet hukuku kapsamında açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

5.2. Uygulamaya Olası Yansımaları Bakımından

İlk olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler, eğer nihai tüketici değilse, uğradıkları fiyat artışını bir alt segmentteki alıcılara geçirdiklerinde dolayı olarak zarar gören bu alıcı grubunun da tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.¹²⁶ Komisyon'un şu ana dek olan söylemlerini¹²⁷ onaylayan Direktif'e göre de, AB rekabet hukuku ihlallerinden zarar gören dolaylı alıcıların tazminat isteme hakları ve davalıların da yansıtma savunmasını (*passing-on defence*), yani doğrudan alıcıların zararın bir kısmını veya tümünü kendi fiyatlarını artırmak suretiyle alıcılarına yansıtmalarından dolayı iddia ettikleri kadar bir zarara uğramadıklarını ileri sürme hakları vardır. Dolayısıyla şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat talep etme hakkı olduğu kadar kendilerine yansıtma savunması ileri sürülebilmesi de mümkün olduğuna göre, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcı, fiyat artışını bir alt segmente yansıtırsa, bu yüzden zarara uğrayan dolaylı alıcıların da tazminat talep etme hakları olacaktır.

AB rekabet hukukunun, herkesin tazminat hakkı olduğunu kabul etmesi, şemsiye etkisinden kaynaklı dolaylı zararları da kapsadığına göre, ihlali gerçekleştirenlerin zarar verdikleri kesime ek olarak her rakip firma için o rakip firma ürünlerini alan *i. doğrudan alıcı*, yani şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören ve *ii. dolaylı alıcı*, yani şemsiye etkisinden kaynaklı zararın yansıtılması suretiyle zarar gören¹²⁸ alıcı grupları yaratılmaktadır. Bu alıcıların da, ABAD'ın şimdiye dek verdiği kararlar göz önüne alındığında, tazminat talep etme hakkının olduğu kabul edilmelidir.

Kural olarak, mahkemelerin söz konusu dolaylı alıcıların tazminat taleplerini değerlendirmesi kolay değildir. Zira bu şekilde ihlalden daha da uzaklaşan bir dolaylı alıcı grubu daha yaratılmış olur ki pratikte bu kişilerin zararlarını ispatlaması şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören doğrudan alıcıların zararlarını ispatlamasından daha zordur. Ancak, Direktif'in 14. maddesinde kabul edilen aksi

¹²⁶ Bkz. Mackenrodt 2010, s.182.

¹²⁷ Bkz. örneğin, AB Komisyonu 2005, para. 2.4; AB Komisyonu 2008a, para. 2.1.

¹²⁸ Buna ikame ürünü satın alamayanlar (*deadweight loss customers*) grubu da ilave edilebilir.

ispat edilebilir karinenin bu duruma da uygulanması gerekir. Şöyle ki, şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören dolaylı alıcıların tazminat istemleri de, aksi ispat edilmedikçe, aşırı fiyatlandırmanın alt segmente yansıtıldığı kabul edilmek suretiyle değerlendirilmelidir. Bu durumda da söz konusu ispat zorluklarının büyük oranda ortadan kalktığı görülecektir. Çünkü yalnızca aşırı fiyatlandırmaya sebebiyet veren bir ihlale konu ürünü aracı teşebbüsten aldığı belgelemek, tazminata hak kazanmayı sağlayabileceğinden, bu grup dolaylı alıcılar için geçerli olan büyük bir ispat zorluğu aşılmış olur.

Yukarıdaki açıklamalarla bağlantılı olmak üzere, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesinin uygulamada ortaya çıkarabileceği bir diğer durum da Direktif'in 11. maddesi ile ilgilidir. Söz konusu madde, rekabet ihlalinin gerçekleştiren teşebbüslerin verdikleri zarardan müşterek ve müteselsil olarak sorumlu olmalarını benimseyen bir kural getirmektedir. Direktif söz konusu sorumluluğun teşebbüsün doğrudan ve dolaylı alıcıları bakımından geçerli olacağını düzenlemiştir. Ancak şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenler, bu alıcı gruplarından hiçbirisinin içerisine girmemektedir. Çünkü onlar ne ihlali gerçekleştirenlerden ne de ihlalle bağlantılı herhangi bir firmadan ürün almışlardır. Bu şartlar altında müşterek ve müteselsil sorumluluğun şemsiye etkisinden kaynaklı zararları kapsayıp kapsamayacağına ilişkin bir belirsizlik karşımıza çıkmaktadır.¹²⁹

Kanaatimizce ABAD'ın şemsiye etkisi nedeniyle zarar gören alıcıların zararlarının tazmin edilmesine hükmetmesi ve bu alıcıların teorik olarak aslında ürünü satın aldıkları firmaların (ihlali gerçekleştirenlerin rakiplerinin) doğrudan alıcısı konumunda olmaları, onların da müşterek ve müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmelerini gerektirir. Bu da demektir ki, ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar bakımından da müşterek ve müteselsil olarak sorumlu olmaları lazımdır.

Bunun kabul edilmesi halinde önümüze çıkan soru, ilgili maddede ihlali gerçekleştirenlerin sorumluluğunun kendi doğrudan ve dolaylı alıcılarına karşı olduğu belirtildiğinden, söz konusu sorumluluğun şemsiye etkisinden dolaylı olarak zarar görenler bakımından da geçerli olup olmayacağıdır. Kanaatimizce, rakip firmaların içinde bulunduğu dağıtım zincirinde yaratılan tüm bu zarar görenler bakımından müşterek ve müteselsil sorumluluk ilkesinin genişletilmesi gerekir. Bunun nedeni, daha önce de belirtildiği gibi, AB rekabet hukukunun hem dolaylı alıcıların hem de şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat hakkı olduğunu kabul etmesidir. Bu bakımdan, şemsiye etkisi nedeniyle dolaylı olarak zarar görenlerin tazminat alma hakkından mahrum bırakılmayacağına kabulü, ihlali gerçekleştirenlerin onlara karşı da müşterek ve müteselsil olarak

¹²⁹ Henry vd. 2014.

sorumlu olmasını ve bu sayede söz konusu alıcıların da tazminat alma haklarının korunmasını gerektirir.

Dolayısıyla, görünen o ki, ABAD kararının ardından gerçekten de şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi isteniyorsa daha çok yeni onaylanmış olan Direktif’te bir değişikliğe gidilmesi gerekecektir. Bu husus, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmininin daha önce neden düşünülmediği sorusunu gündeme getirebilir. Çünkü şemsiye teorisi olarak tanımlanan etkinin iktisadi bakımından zaten kabul edilen bir etki olduğuna ve Komisyon’un önceki belgelerinde de bu kişilerin tazminat alması gerektiğinin vurgulandığına şüphe yoktur.

Bir diğer husus ise şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi halinde ihlali gerçekleştirenlerin aşırı tazminat sorumluluğu altına girip girmedikleri sorunudur.¹³⁰ Bu soru öncelikle tazminat sorumluluğunun kapsamının incelenmesini gerektirir. Tazminat miktarı, parasal bir değer olarak, verilen zarar ile ilişkilidir.¹³¹ Dolayısıyla, davalı, eylemlerinin yol açtığı zararı ödemekle yükümlü olup verdiği zarardan daha çok ya da daha az tazminat ödememelidir.¹³² Mağdurlar ise uğradıkları zarar kadar tazminat almalı, bu miktar gördükleri zarardan ne çok ne de az olmamalıdır. Şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesine bakıldığı zaman, fazla ödenen ya da fazla edinilen bir bedelin olmadığı gözlemlenecektir. İhlali gerçekleştirenler, piyasada şemsiye etkisi yaratıp rakiplerin fiyatlarını artırmalarından, rakip ürünlerin alıcılarına zarar vermişlerdir. Tazmin etmeleri beklenen zarar, söz konusu ihlalin verdiği zarardır, ne daha fazlası ne de daha azı. Zarar görenler de ödedikleri *overcharge*’ı tazminat olarak isteyebilirler. Bu miktar da onların zararının karşılığıdır, ne daha azı ne de daha fazlası. Dolayısıyla, ABAD’ın da belirttiği gibi, zararın, kazancın karşılığı olması gibi bir kural yoktur. Tam tersine kural, tazminat miktarının, zararın karşılığı olmasıdır. Karteli gerçekleştirenler, yaptıkları ihlalin şemsiye etkisi yaratacağını ve bu nedenle de ilgili pazar genelinde aşırı fiyatlamaya sebebiyet vereceğini göz ardı edemeyeceklerine göre, öngördükleri bu zararı karşılamaları durumunda aşırı tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmiş olmazlar.¹³³

¹³⁰ Hovenkamp 2011, s.683.

¹³¹ Welfare impact report 2007, s.77.

¹³² WAGNER, G. (2011), “Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options”, *Law Quarterly Review*, No:127, s.67.

¹³³ Şemsiye etkisinden kaynaklanmayan fiyat artışlarının tazmin edilmemesi hususunda mahkemelerin delilleri ve iktisat alanındaki bilirkişinin raporunu değerlendirirken daha dikkatli olması gerekir. Bu kapsamda aksi ispat edilebilir karine gereği, zararın şemsiye etkisinden kaynaklanmadığının ispat yükü ihlali gerçekleştirenlerin üzerindedir.

Son olarak da, yukarıdaki açıklamalar ışığında akla gelebilecek en önemli soru, ihlali gerçekleştirenlerin tüm bu zarar gören alıcı gruplarına tazminat ödeme yükümlülüğü altında bırakılmasının, tazminat davalarının sayısında beklenmeyen bir patlama ortaya çıkarmak suretiyle aşırı caydırıcılık¹³⁴ ve ABD’de gözlemlendiği iddia edildiği gibi,¹³⁵ özel hukuk davalarının kötüye kullanılması sorunlarına yol açıp açmayacağına ilişkindir. Öncelikle, ABD’de de rekabet hukukunun özel uygulaması çok yaygın olarak kullanılıyor olsa da sözü edilen kötüye kullanmanın anekdotlara dayalı olduğu, tüm sistemi yansıtmadığı gibi ampirik bir bilgiye de dayanmadığı son zamanlarda yapılan çalışmalarla ortaya konmuştur.¹³⁶

Tüm tazminat davalarının incelenmesi suretiyle rekabet hukukunun özel hukuk uygulamasına ilişkin sistemin bütünü bakımından bir çalışma yapmak mümkün olmasa da yakın zamanda yürütülen araştırmalar ABD uygulamasına ilişkin genel kanının sorgulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Gerçekten de, Davis ve Lande’nin rekabet ihlalden kaynaklanan zararlara karşı açılan 60 adet davayı incelediği çalışması, bu davalarda toplam 33.8 ile 35.8 milyar dolar arasında bir nakit tazminata hükmedildiğini saptamıştır.¹³⁷ Ayrıca çalışmada, bu davalar için yapılan masraflar ve avukat ücretleri düşüldüğünde hükmedilen tazminatın %80’inin zarar görenlere dağıtıldığı görülmüştür.¹³⁸

Her ne kadar tazminat miktarı yüksek gibi görünse de, rekabet davalarında hâkimin üç katı tazminata hükmetme zorunluluğuna rağmen söz konusu tazminat

¹³⁴ Hovenkamp’a göre, şemsiye etkisinden kaynaklanan zararların tazmininde, caydırıcılık ve tazmin etme amaçlarından hangisine öncelik verileceğinin de rol oynadığı söylenebilir, çünkü iki doğrudan alıcı grubunun da ihlali gerçekleştiren teşebbüslerden tazminat alabilmesi, söz konusu teşebbüslerin iki kere cezalandırılması anlamına da gelebileceğinden aşırı caydırıcılık sağlayabilir. Hovenkamp 2011, s.683. Aksine Page ise şemsiye etkisinden kaynaklı zararlar tazmin edilmezse caydırıcılığın sağlanmasının mümkün olmadığına dikkat çekmektedir. PAGE, W.H. (1985), “The Scope of Liability for Antitrust Violations”, *Stanford Law Review*, No:37(6), s.1491-1492.

¹³⁵ Bkz. örneğin, AB Komisyonu (2008b), *Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, para. 43. Aynı şekilde, ALMUNIA, J. (2010), “Common standards for group claims across the EU”, University of Valladolid School of Law, SPEECH/10/554, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Erişim Tarihi: 16.09.2014.

¹³⁶ RUSSELL, T.L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, No:128, s.152; JONES, C.A. (2012a), “Opting-in to Opting-out: Why Collective Redress in Europe Should Adopt the Opt-out Approach to Class Actions”, *Foreword - Concurrences Journal*, s.2; JONES, C.A. (2012b), “Deterrence and Compensation in New Competition Regimes: The Role of Private Enforcement”, R. Whish ve C. Townley (der.), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* içinde, s. 176; DAVIS, J.P. (2014), “Classwide Recoveries”, *The George Washington Law Review*, s.940-941.

¹³⁷ DAVIS, J.P. and R.H. LANDE (2013), “Defying Conventional Wisdom: The Case for Private Antitrust Enforcement”, *Georgia Law Review*, No:48(1), s.17.

¹³⁸ *Ibid*, s.47-48.

miktarı, ihlali gerçekleştirenlerin aşırı fiyatlamaya sayesinde elde ettiği kâra yaklaşmamaktadır. Connor ve Lande, ABD’de aşırı fiyatlamaya sebebiyet veren 66 kartelin yarattığı *overcharge* ile söz konusu kartellere karşı açılan tazminat davalarında hükmedilen tazminat miktarını karşılaştırmış ve ödenen tazminatın gerçekte verilen zararın %50’sine bile denk gelmediğini bulmuştur.¹³⁹ Benzer bir başka çalışma ise, tazminat davalarının uzlaşma ile çözülmesi durumunda mağdurların ne miktarda tazminata hak kazandığını araştırmış ve maruz kalınan *overcharge*’ın yalnızca %30’unun tazmin edilebildiği ortaya konulmuştur.¹⁴⁰ Dolayısıyla, ABD özel hukuk uygulamasının davalıların aleyhine çalıştığına ve aşırı tazminata yol açtığına ilişkin genel inanç gerçeği yansıtılmamaktadır.

Buradan hareketle, şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesinin Avrupa’da dava sayısında aşırı artışa sebep olabileceğine ilişkin argüman incelenmelidir. Öncelikle, AB genelinde rekabet ihlallerine karşı açılan tazminat davalarının çok düşük sayıda olduğu belirtilmelidir. *Courage* kararının herkesin tazminat alması gerektiğine hükmetmesi üzerine, Komisyon adına ilk olarak *Ashurst Study* yaptırılmıştır. Bu çalışma, 1962-2004 yılları arasında, tüm AB genelindeki tazminat davalarının sayısını ve başarı oranını araştırarak neden bu denli az sayıda dava olduğunu ortaya koymayı amaçlamıştır. İncelenen 42 yıl boyunca AB genelinde 60 adet tazminat davası tespit edilmiş ve bunların da yalnızca 28’inin sonunda tazminata hükmedildiği görülmüştür.¹⁴¹

Sonrasında Komisyon adına yaptırılan *The Welfare Impact Report*, 2004-2007 yılları arasında AB genelinde açılmış davaları incelemiş ve 96 adet tazminat davası bulmuştur. Bu davaların sadece 10 üye ülkede açıldığı ve yalnızca 18’inin sonunda tazminata hükmedilmiş olduğu ortaya konmuştur.¹⁴² Direktif hazırlanırken Komisyon tarafından yapılan son çalışmada ise durumun aslında *Courage* kararından beri, yani 13 yıldır hiç değişmemiş olduğu yine rakamlarla gösterilmiştir. Açılan tazminat davalarının büyük bir çoğunluğu üç üye ülkede gözlemlenmiştir: Birleşik Krallık, Almanya ve Hollanda. Bunun yanı sıra, 20 üye ülkede rekabet ihlallerinden kaynaklanan zararların tazmini için hiç tazminat davası açılmamış olduğu tespit edilmiştir.¹⁴³ Diğer çarpıcı bulgu ise, 2006-2012 arasında Komisyon’un ortaya çıkardığı ihallerden yalnızca %28’inin bir tazminat

¹³⁹ CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2012), “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, *Cardozo Law Review*, No:34, s.429-430.

¹⁴⁰ CONNOR, J.M. (2012), “Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What Do the Data Show?”, *American Antitrust Institute Working Paper*, No: 12-03, s.14-15.

¹⁴¹ WAELBROECK, D., D. SLATER ve G. EVEN-SHOSHAN (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules, Comparative Report (Ashurst Study)*, s.1.

¹⁴² Welfare impact report 2007, s.39-42.

¹⁴³ AB Komisyonu (2013c), *Executive Summary of the Impact Assessment - Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules*, para. 52.

davasına sebebiyet vermiştir.¹⁴⁴ Ayrıca, Komisyon davaların büyük şirketler tarafından açıldığını, tüketicilerin zarar gördükleri halde dava açmadığını, bu nedenle de AB’de rekabet ihlalden zarar görenlerin her yıl ortalama €5.7 milyar ile €23.3 milyar arasında bir miktarı ihlali yapanlara kâr olarak bıraktığını tespit etmiştir.¹⁴⁵

Dolayısıyla yıllardır rekabet hukukunun özel uygulamasını etkin hale getirmek için uğraşan Komisyon’un dava sayısını yalnızca şemsiye etkisinden zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini kabul etmek suretiyle artırabileceğini iddia etmek gerçekçi görünmemektedir. AB rekabet hukuku uygulamasına ilişkin tüm sistem göz önüne alındığında, işleyişin farklı olduğu ve daha çok rekabet hukukunun rekabet otoritelerince yürütüldüğü ve bunun böyle de olmaya devam edeceği gözden kaçırılmamalıdır. O yüzden de somut veri ile desteklenemeyen aşırı caydırıcılık ya da dava sayısında patlama ya da kötüye kullanma olabileceğine ilişkin iddialar, şemsiye etkisinden dolayı zarar görenlerin tazminat alma hakkının engellenmesi için yeterli değildir.

SONUÇ

Rekabet ihlallerinin yarattığı zararların toplumun her kesimine yayılması pek çok kişinin zarar görmesine yol açar. Bu nedenle de rekabet hukukunda zararını ispatlamak suretiyle kimin ne ölçüde tazminat alabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de dolaylı alıcıların zararlarının tazmin edilip edilemeyeceğinden, ürünü satın almayanların zararlarının tazmin edilmesi gerekip gerekmediğine kadar uzanan yelpazede bir diğer grup da rakip ürünü satın alanlardır. Bu son grup, rakip firmadan ikame ürün satın almak suretiyle zarara uğramaktadır. Kural olarak, şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin başarılı şekilde zararlarını telafi etmeleri, delillerin rekabet ihlalden yapan teşebbüslerin elinde ve gizli olması ya da yargılamanın kompleks ekonomik analiz gerektirmesi gibi rekabet yargılamasının kendine has zorluklarına katlanmalarının yanı sıra, rakip firmaların rekabete aykırı fiyat artışı gerçekleştiren ihlallerin oluşturduğu fiyat şemsiyesinden yararlanarak fiyatlarını artırdığını ve bunun ile zararları arasındaki illiyet bağına da ispatlamalarına bağlıdır.

Şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin ihlalle uzaktan bağlantılı olmaları, ihlale ve illiyet bağına ilişkin hususları ispat etmelerini daha da zorlaştırmaktadır. Bu ispat yükü ve mağdurların zararlarının spekülasyon yapısı ABD’de söz konusu alıcıların davacı statülerinin reddedilmesiyle ve şu ana dek bu zararların hiç tazmin edilmemesiyle sonuçlanmıştır. AB rekabet hukuku kapsamında ise hem Kanun Sözcüsü Kokott hem de ABAD söz konusu alıcı grubunun tazminat almaya hakkı olması gerektiğini vurgulamıştır. Böylece hem AB rekabet hukukunun özel

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid, para. 52-53, 67.

hukuk uygulamasının öncelikli amacı olan tazminat amacına hizmet eden bir görüş oluşturulmuş, hem de ihlali gerçekleştirenlerin rekabet ihlallerinin yarattığı tüm zararlardan sorumlu olmaları gerektiği ilkesinin altı çizilmiştir.

Bu bakımdan hem Kanun Sözcüsü hem de ABAD'ın *Kone* kararı karine niteliğinde bir saptama yapmış ve yapılan kartelin pazardaki gücü ve ihlalin gerçekleştirildiği piyasanın spesifik özellikleri değerlendirildiğinde, şemsiye etkisinin gerçekleşeceği saptanıyorsa, kartel üyelerinin bu etkinin oluşacağını ve dolayısıyla zarara yol açacağını göz ardı edemeyeceklerine hükmetmiştir. Söz konusu zarar göz ardı edilemeyeceğine göre öngörülebilirdir ve bu da şemsiye etkisi nedeniyle verilen zararın tazmin edilmesini gerektirir. Gerçekten de karine, ispat güçlüklerini büyük ölçüde gidermektedir. Çünkü zarar görenler, bu sayede, rakiplerin tek tek iç karar verme mekanizmalarını incelemek suretiyle onların şemsiye etkisinden dolayı mı yoksa başkaca bir nedenden dolayı mı fiyatlarını artırdıklarını ispat etme yükünden kurtulmuşlardır. Bu durumda ispat edilmesi gereken unsurlar, ihlalin ve piyasanın yapısı gereği hukuka aykırı olarak yapılan fiyat artışının şemsiye etkisi yaratıp yaratamayacağı, ikame ürünün satın alındığı ve bu nedenle uğranılan zararın miktarıdır.

ABAD'ın *Kone* kararı negatif uyumlaştırma (*negative harmonisation*) yoluyla üye ülke mahkemelerinde şemsiye etkisi nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan davaların baştan reddedilmesi imkânını ortadan kaldırmıştır. Böylelikle üye ülkelerin şemsiye etkisinden kaynaklı zararların tazmin edilmesi olanağını göz önüne alması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Ancak hâlihazırda toplam 28 üye ülkenin bulunduğu AB'de her üye ülkenin medeni usul yargılamasının, delil değerlendirme ve illiyet bağının nasıl saptanacağına ilişkin kurallarının birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Aynı şekilde Direktif çok yakın bir zamanda yayınlanmış ve burada da dolaylı alıcılar dışında başkaca rekabet ihlalinin etkilenen kişilere ait bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yüzden de ABAD'ın *Kone* kararının ardından, pratikte bu alıcı grubunun tazminat almasını kolaylaştırmak adına uyumlaştırma (*positive harmonisation*) sağlayan bir dökümanla, Direktif'te değişikliğe gitmek gibi, kalıcı bir çözümün sunulmasına ihtiyaç vardır. Önümüzdeki günlerde en azından ÖBB bakımından, ABAD kararının ardından şemsiye etkisi nedeniyle zarar görenlerin tazminat elde etmesine ilişkin durum Avusturya'da tekrar değerlendirileceğinden, sonucun ne olacağını görmek mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

AB Komisyonu (1997), *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law*.

AB Komisyonu (2005), *Green Paper on damages actions for breach of EU antitrust rules*.

AB Komisyonu (2008a), *White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*.

AB Komisyonu (2008b), *Commission Staff Working Paper Accompanying The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*.

AB Komisyonu (2011), *Draft Guidance Paper: Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union- Public Consultation*.

AB Komisyonu (2013a), *Staff Working Document: Practical Guide Quantifying Harm in Actions for Damages Based on Breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*.

AB Komisyonu (2013b), *Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report: Damages Actions For Breach of the EU Antitrust Rules Accompanying The Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council*.

AB Komisyonu (2013c), *Executive Summary of the Impact Assessment - Damages Actions for Breach of the EU Antitrust Rules*.

AB Komisyonu (2014), *Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD).

ALMUNIA, J. (2010), “Common standards for group claims across the EU”, University of Valladolid School of Law, SPEECH/10/554, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, Erişim Tarihi: 16.09.2014.

AREEDA, P.E., H. HOVENKAMP, R.D. BLAIR ve C. P. DURRANCE (2006), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol.IIA*, Third edition, Aspen Publishers, New York, US.

BASEDOW, J. (2007), “Introduction”, J. Basedow (der.), *Private Enforcement of EC Competition Law* içinde, s.1–5.

BAŞ, K. (2011), “Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler”, *Rekabet Dergisi*, No: 12(4), s.3-74.

BLAIR, R.D. ve R.E. ROMANO (1990), “Distinguishing Participants from Nonparticipants in a Price-Fixing Conspiracy: Liability and Damages”, *American Business Law Journal*, s.33-57.

BUSSANI, M. ve V.V. PALMER (2003), “The Notion of Pure Economic Loss and its Setting”, M. Bussani ve V. V. Palmer (der.), *Pure Economic Loss in Europe* içinde, s. 3 - 24.

Centre for European Policy Studies (2007), Erasmus University Rotterdam (EUR) ve Luiss Guido Carli (LUISS), *Report for the European Commission ‘Making Antitrust Damages Actions More Effective in the EU: Welfare Impact and Potential Scenarios’*, Final Report, Centre for European Policy Studies.

CONNOR, J.M. (2012), “Private Recoveries in International Cartel Cases Worldwide: What Do the Data Show?”, *American Antitrust Institute Working Paper*, No: 12-03, s.1–39.

CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2005), “How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines”, *Tulane Law Review*, No: 80, s.513–569.

CONNOR, J.M. ve R.H. LANDE (2012), “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”, *Cardozo Law Review*, No:34, s.427–490.

Court of Justice of the European Union (2014), *Press Release No 79/14*, (Luxembourg) (Kone basın bülteni), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/cp140079en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

CRAMER, L. ve D.C. SIMONS (2012), “Parties Entitled to Pursue a Claim”, A. A. Foer ve R. M. Stutz (der.), *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook* içinde, s.64–94.

CROSS, F.B. ve R.L. MILLER (2008), *The Legal Environment of Business: Text and Cases - Ethical, Regulatory, Global, and Corporate Issues*, Seventh Edition, South-Western Cengage Learning, US.

DAVIS, J.P. (2014), “Classwide Recoveries”, *The George Washington Law Review*, s.890-950.

European Group on Tort Law (2005), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Springer-Verlag, Wien, Austria.

European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, <http://www.egtl.org/Principles>, Erişim Tarihi: 27.09.2014.

General Court of the European Union (2011), *Press Release No 72/11* (Luxembourg), <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/cp110072en.pdf>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

GERBER, D.J. (2007), “Private enforcement of competition law: a comparative perspective”, T.M.J. Möllers ve A. Heinemann (der.), *The Enforcement of Competition Law in Europe* içinde, s.431-452.

HANSBERRY, D., C. HUMMER, M. LE BERRE ve M. LECLERC (2014), “Umbrella Effect: Damages Claimed by Customers of Non-cartelists Competitors”, *Journal of European Competition Law & Practice*, No:5(4) s.196-205.

HENRY, D., M. MAIER ve P. WERNER (2014), “EU’s top court rules cartel victims can claim damages from cartelists despite no contractual link”, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fdc7a0ae-a3a2-437e-9fb8-b7ddfa753bc3&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=html+email+-+body+-+general+section&utm_campaign=lexology+subscriber+daily+feed&utm_content=lexology+daily+newsfeed+2014-06-11&utm_term, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

HOVENKAMP, H. (2011), *Federal Antitrust Policy: Law of Competition and its Practice*, Fourth Edition, West, US.

INDERST, R., F. MAIER-RIGAUD ve U. SCHWALBE (2013), “Umbrella Effects”, *IESEG School of Management Working Paper*, No.2013-ECO-17, s.1–22.

JONES, C.A. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, First Edition, Oxford University Press, UK.

JONES, C.A. (2012a), “Opting-in to Opting-out: Why Collective Redress in Europe Should Adopt the Opt-out Approach to Class Actions”, *Foreword - Concurrences Journal*, s.1–3.

JONES, C.A. (2012b), “Deterrence and Compensation in New Competition Regimes: The Role of Private Enforcement”, R. Whish ve C. Townley (der.), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* içinde, s.167–182.

KIRWAN, K. (2012), “Debunking the “Umbrella Theory” of Antitrust Standing”, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=47c9ad69-0334-4b02-a4be-6f89746a5c71>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

LAITENBERGER, U. ve F. SUMDA (2013), “Estimating Consumer Damages in Cartel Cases”, *ZEW Discussion Papers*, No. 13-069, <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/83472/1/769011144.pdf>, Erişim Tarihi: 19.06.2014.

LANDE, R.H. (1993), “Are Antitrust “Treble” Damages Really Single Damages?”, *Ohio State Law Journal*, No:54, s.115–174.

LAVE, J.M. (2003), “Umbrella Standing: The Trade-off between Plaintiff Suit and Speculative Claims”, *Antitrust Bulletin*, No:48, s.223-269.

MACKENRODT, M-O. (2010), “Private Incentive, Optimal Deterrence and Damage Claims for Abuses of Dominant Positions - The Interaction between

the Economic Review of the Prohibition of Abuses of Dominant Positions and Private Enforcement”, M-O. Mackenrodt, B. C. Gallego ve S. Enchelmaier (der.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?* içinde, s.165–189.

NEBBIA, P. (2008), “Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?”, *European Law Review*, No: 33(1), s. 23–43.

PAGE, W.H. (1985) “The Scope of Liability for Antitrust Violations”, *Stanford Law Review*, No:37(6), s.1445-1512.

RUSSELL, T.L. (2010), “Exporting Class Actions to the European Union”, *Boston University International Law Journal*, No:128, s.141–180.

ÖZKAN, Z. (2014), “Amerikan Haksız Fiil Hukukunda Nedenselliğin Tesisi Çerçevesinde Gerçek Neden ve İspatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, No: 26(110), s.33-56.

SANLI, K.C. (2008), “Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Haksız Fiil Sorumluluğuna Ekonomik bir Bakış”, *Perşembe Konferansları*, s.3-21.

Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online (2010), “Antitrust Cases Filed in U.S. District Courts”, <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412010.pdf>, Erişim tarihi: 10.06.2013.

STEVANOVIĆ, D. (2012), *Damages Actions for Breach of Articles 81 and 82 of the EC Treaty: A More Economic Approach*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Central European University, Budapest.

UK Department for Business Innovation and Skills (BIS) (2012), *Private actions in competition law - a consultation on options for reform*, BIS, London.

VAN ACKER, J. ve V. LEFEVER (2013), “Advocate General Opens Door to Umbrella Claims in Cartel Damages Cases”, *Competition Policy International*, s.1-5.

VAN UYTSEL, S. (2012), “Collective Actions in a Competition Law Context - Reconciling Multilayer Interests to Enhance Access to Justice”, S. Wrška, S. Van Uytsel ve M. Siems (der.), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* içinde, s.57-92.

VEENBRINK, M. ve C.S. RUSU (2014), “Case Comment – Case C-557/12 Kone AG and Others v ÖBB Infrastruktur AG”, *Competition Law Review*, No:10(1), s.107-115.

WAELEBROECK, D. ve D. SLATER (2006), “The Commission’s Green Paper on Private Enforcement: “Americanization” of EC Competition Law Enforcement?”, *European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings* içinde, s.1–17.

WAELEBROECK, D., D. SLATER ve G. EVEN-SHOSHAN (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition*

Rules, Comparative Report (Ashurst Study), s.1-136.

WAGNER, G. (2011), "Collective Redress – Categories of Loss and Legislative Options", *Law Quarterly Review*, No:127, s.55–82.

YAHYA, M.A. (2005), "Can I Sue Without Being Injured: Why the Benefit of the Bargain Theory for Product Liability is Bad Law and Bad Economics", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, No:3, s.83–131.

AB: Davalar

C-453/99 *Courage Ltd. v Bernard Crehan*, ECR [2001] I-6927.

AG in *Courage*, Opinion of AG Mischo Delivered on 22 March 2001 in *Courage*. Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and Others v Commission* [2004] ECR I-123.

Joined Cases C-295/04 and C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-06619.

Case COMP/E-1/38.823, Commission Decision *PO/Elevators and Escalators C* (2007) 512 final.

Joined Cases T-141/07, T-142/07, T-145/07 and T-146/07 *General Technic-Otis and Others v European Commission* [2011] OJ/C 269.

Case C-199/11 *Europese Gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] (henüz yayınlanmadı), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129323&doclang=EN>, Erişim Tarihi: 22.06.2014.

Case C-536/11 *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG and Others* [2013] ECR I-0000.

Opinion of AG Kokott Delivered on 30 January 2014 Case C-557/12 *KONE AG and Others* (Request for a preliminary ruling from the Oberster Gerichtshof (Austria)) [2014] OJ C 129/8, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dcbe11e9c22b934a58fbfb96a04e4feee6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMc3j0?text=&docid=147064&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first%26%238706%3B=1&cid=89784>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

Case C-557/12 *Kone AG and Others v ÖBB-Infrastruktur AG* (henüz yayınlanmadı) (*Kone Kararı*), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153312&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=251767>, Erişim Tarihi: 16.06.2014.

ABD: Davalar

State of Washington v American Pipe & Construction Co. 280 F. Supp. 802 (1968).

Hawaii v Standard Oil Co., 405 U.S. 251 (1972).

Illinois Brick Co. v Illinois 431 U.S. 720 (1977).

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

Mid-West Paper Products v Continental Group, 596 F.2d 573 (3d Cir. 1979).

In re Beef Industry Antitrust Litigation, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979).

Blue Shield of Virginia v McCready, 457 U.S. 465 (1982).

In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation
691 F.2d 1335 (9th Cir. 1982).

Associated General Contractors v Carpenters, 459 U.S. 519 (1983).

Cargill, Inc. v Monfort of Colo., Inc., 479 U.S. 104, (1986).

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI / PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadi alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 750 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

- Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),
- Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),
- 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,
- Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72.

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayıhan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published quarterly by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading "Publication Policy and Notes for Contributors". Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay net **TL 750** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

- a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),
- b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),
- c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,
- d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.
3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.
4. Foreign terms used in the text should be in italics.
5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,
Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,
Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayıhan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA

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

ISSN 1302-552X



9 771302 552009