

Prof. Dr. A. Zeki YILMAZ

Erciyes Üniversitesi Rektörü

“Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler” Sempozyumunun ilkinde hoş geldiniz. Erciyes Üniversitesi olarak, Türkiye’de yeni gelişen ve toplumumuzun refah düzeyinin yükselmesine önemli katkılar sağlayabilecek bir hukuk dalı olan “Rekabet Hukuku” konusunda böyle kapsamlı bir etkinliğe ev sahipliği yapmaktan dolayı mutluluk duyuyoruz.

Bilindiği üzere 1994 yılında yürürlüğe giren Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un amacı, çeşitli pazarlarda faaliyet gösteren kişi ve firmaların tek başlarına veya birlikte rekabet ortamını bozarak ve tekelleşerek rekabetçi ekonomik yapıya sekte vurmalarını engellemektir. Kanun’un etkin ve doğru uygulanması, hem pazarda faaliyet gösteren firmalar hem tüketiciler açısından bir ihtiyaçtır ve Türkiye’deki sanayi ve ticaret faaliyetleri açısından yaşamsal önem taşımaktadır. Yüzyıllardan beri Anadolu’nun göbeğinde önemli bir ticaret merkezi olan ve Türk sanayisinin gelişmesinde öncü rol oynayan bir il konumunda bulunan Kayseri’nin Türk rekabet hukukundaki güncel gelişmelerin tartışılması için ideal bir mekan teşkil ettiği görüşümü sizlerin de paylaşacağını tahmin ediyorum.

Türkiye’de ilk defa, Rekabet Kurumu dışında bir kurum tarafından rekabet hukuku alanında güncel gelişmelerin en yetkili uzmanlar tarafından ele alınacağı bir sempozyum düzenlenmektedir. 6 yıldır uygulanan rekabet hukukunun ulusal düzeyde bağımsız olarak konuyla ilgili uzmanlar tarafından değerlendirilmesi ülkemiz açısından son derece önemli bir gelişmedir. Dolayısıyla bu Sempozyumun, rekabet hukuku alanında önemli bir boşluğu dolduracağı inancındayız. Kanımızca, Kanun’un yürürlüğe girmesinden bu yana Rekabet Kurumu ve mahkemeler tarafından yürütülen faaliyetlerin değerlendirileceği ulusal bir forum, Türkiye’de Rekabet Hukuku’nun sağlıklı uygulanmasına büyük katkı sağlayacaktır.

Sempozyum, yurt çapında barolar, hukuk ve iktisat fakülteleri, hukuk alanında faaliyet gösteren internet siteleri tarafından duyurulmuştur. Bu Sempozyumu ilk defa gerçekleştiren Erciyes Üniversitesi, Sempozyumu her yıl düzenleyerek Türk rekabet hukuku alanında kurumsallaşan forumlardan biri haline getirmeyi amaçlamaktadır. Bu sene yurt genelinden sağlanan katılımın, gelecek senelerde yurtdışından katılımlarla da zenginleştirilmesi planlanmaktadır. Ayrıca bu Sempozyumda sunulan tebliğlerin ve tartışmaların

yayın haline getirileceğini de belirtmek istiyorum. Sanırım bu yayın, Türk rekabet hukuku için değerli bir kaynak teşkil edecektir.

Bu etkinliğe Türkiye'nin seçkin hukukçularının konuşmacı olarak gelmeleri, ayrıca Rekabet Kurumu'nun desteği ve önemli sayıda mensubu ile katılımı, bizi ayrıca onurlandırmış ve etkinliğimizi gelenekselleştirmek yönünde teşvik etmiştir. Kendilerine Üniversitemiz adına teşekkür ediyorum. Şehir dışından gelen izleyicilere de Erciyes Üniversitesi ve Kayseri'den hoş anılarla ayrılmalarını temenni ederek şimdiden iyi yolculuklar diliyorum. Tüm konuklarımız için bu Sempozyumun bilimsel açıdan doyurucu bir etkinlik olmasını ümit ederim.

Gelecek yıl yeniden görüşmek dileğiyle sevgilerimi, saygılarımı sunuyorum.

Prof. Dr. Mehmet Ali BİLGİNOĞLU

Erciyes Üniversitesi İİBF Dekanı

Rekabet teorisi, piyasalarda adil bir rekabet ortamının oluşturulmasının ekonomide etkinliğin gerçekleşmesini sağladığını ileri sürmektedir. Ekonomide etkinlik, üretimde ,kaynak dağılımında ve teknolojiye etkinliği kapsamaktadır. Bir piyasa ekonomisinde piyasa hatalarının gözlenmesi aktif bir rekabet politikasının uygulanmasını gerektirmekte, bu da Genel Ekonomi Politikasının bir alt dalı olan Rekabet Politikasının önemini arttırmaktadır.Rekabet politikasının en önemli amacı olan rekabet alanının düzenlenmesi sayesinde piyasa ekonomisi etkin bir şekilde işleyebilecektir.

Rekabet politikası karar birimlerinin başında,yasama organı gelmekte, piyasa gücünün kötüye kullanımının önlenmesi ve denetimi, küçük ölçekli işletmelerin korunması, haksız rekabetin ve piyasada paralel davranışlar sergilenmesinin önlenmesi vb. araçları içeren rekabet alanı düzenlemeleri rekabet hukukunu oluşturacak şekilde parlamentolar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu araçların başarılı bir şekilde kullanılması, rekabet politikası amaçlarına daha kolay ulaşılmasını sağlayacaktır.

Bu bağlamda, rekabet hukukundaki güncel gelişmeleri ve sorunları Türkiye Ekonomisi açısından ortaya koymak amacıyla Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültemiz tarafından 4 Nisan 2003 tarihinde "Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I" düzenlenmiştir. Sempozyuma konu olarak seçtiğimiz rekabet hukuku, Avrupa Birliği'ne katılım süreci açısından da önemlidir. AB'ye katılmak isteyen her ülke, hukuki, idari, iktisadi

ve siyasi uyum sürecini başlatmak zorundadır. Topluluk mevzuatına uyumun sadece uyulması gereken yükümlülükler olarak algılanmaması gerekir. Düzgün işleyen bir ekonomik ve sosyal hayatın temel taşlarını oluşturan bu mevzuata orta ve uzun vadede uyum sağlanmasının getireceği yararlar, başlangıçta yaşanacak değişim sonuçlarının çok üstündedir. Sürecin sonunda Türkiye, müktesebat olarak bilinen AB ilke, mevzuat ve uygulamalarını kendi iç hukukuna aktaracak ve Avrupa Birliği'ne giriş konusundaki hukuki engel ortadan kalkacaktır. Çünkü rekabet hukuku, müktesebatın en önemli alanlarından birisidir. Bunun en önemli nedenlerinden biri, bu konunun AB'de oldukça erken bir dönemde gündeme gelmiş olmasıdır.

Bu yıl birincisini düzenlediğimiz ve her yıl tekrarlamayı planladığımız bu sempozyum, ele aldığı konuda bir boşluğu doldurmuş, sunulan bildiriler ve yapılan tartışmalar yeni düşüncelerin üretilmesine katkıda bulunarak faydalı olmuştur. Sempozyuma bildiri sunarak veya tartışmacı olarak katılan öğretim üyelerine, uzmanlara, sempozyum bildirilerinin basımını üstlenen Rekabet Kurumu yetkililerine ve sempozyumun organizasyonunda görev alan tüm fakültemiz elemanlarına teşekkürlerimi sunuyorum.

İsmail Hakkı KARAKELLE

Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı

Öncelikle “Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nu düzenleyen Erciyes Üniversitesi'nin Sayın Rektörünü, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinin değerli Dekanını ve diğer yetkililerini kutluyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

“Altı Yıllık Uygulama Işığında Türk Rekabet Hukuku ve Politikası” başlıklı bu konuşmam üç ana bölümden oluşmaktadır. Giriş mahiyetindeki birinci bölümde kısaca rekabet hukukunun ve politikasının ekonomiyi ilgilendiren hukuk ve politikalar içindeki yeri ve önemi üzerinde duracağım. İkinci bölümde Rekabet Kurumu olarak 6 yılda neler yaptığımız hakkında özetle bilgi vereceğim. Son bölümde de, geri bıraktığımız bu 6 yıllık dönemden çıkardığımız sonuçları mevzuat açısından ortaya koymaya çalışacağım.

1.Giriş

Günümüz dünyasında, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin çok büyük bir bölümü ekonomik kaynakların dağılımını büyük ölçüde piyasa mekanizması aracılığı ile yapmaktadır. Türkiye de uzun bir süreden beri tercihini piyasa

ekonomisi yönünde yapmış bir ülke olarak, ekonomik alanda serbestleşme ve daha rekabetçi bir yapılanma yönünde çabalarını sürdürmektedir.

Piyasa mekanizmasının toplumsal refah düzeyini artırabilmesi, öncelikle serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Oysa biliyoruz ki, piyasalarda rekabetçi ortam kendiliğinden oluşmuyor. Aksine, birincisi, bir mal ya da hizmeti tek bir şirketin üretmesinin birden çok şirketin üretmesinden toplumsal refah bakımından daha avantajlı olduğu “doğal tekel” hali veya eksik bilgi (bilgi asimetrisi) gibi nedenlerle ortaya çıkan rekabetçi ortamdan uzak piyasalarla sıklıkla karşılaşabiliyoruz. Bu piyasalarda kaynak dağılımını piyasa mekanizmasına bırakmak arzulanan toplumsal refahı doğurmayabilir. Bu takdirde yapılması gereken devletin bu piyasalara yönelik düzenlemeler (regülasyonlar) yapmasıdır. Nitekim, enerji, telekomünikasyon ve bankacılık gibi sektörlere yönelik düzenlemelerin ve düzenleyici kurumların ortaya çıkışının temel nedeni de budur.

Piyasalarda rekabetçi ortamdan uzaklaşma ikinci olarak bizzat, teşebbüslerin rekabeti ortadan kaldırmayı amaçlayan davranışları sonucu ortaya çıkabilir. Bu davranışlar genellikle, teşebbüslerin piyasa paylarını korumak ve karlarını artırmak için rekabet etmek yerine örneğin kendi aralarında fiyat veya miktar anlaşmaları yapmayı ya da piyasa güçlerini pazara yeni girişleri engelleyecek şekilde kullanmayı tercih etmelerinden kaynaklanmaktadır. Rekabeti korumayı amaçlayan “anti-tröst” kanunları teşebbüslerin bu tür davranışlarını engellemek ihtiyacından doğmuştur.

Mal ve hizmet piyasalarında niçin rekabet olması isteniyor? Diğer bir deyişle rekabetten ne bekleniyor?

Teşebbüsler rekabetçi bir ortamda ayakta kalabilmek için fiyatlarını düşürmek ve ürün kalitelerini artırmak zorundadırlar. Maliyetlerini aşağı çekemeyen, fiyat ve kalite bakımından rakiplerinin gerisine düşen teşebbüsler pazar paylarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Rekabetçi bir ortam tüketici için ürün çeşitliliği anlamına gelmektedir. Tüketici birçok alternatif arasından istediği fiyat ve kalitedeki ürünü tercih etme şansına sahip olmaktadır.

Teşebbüsler rekabetçi bir ortamda pazar paylarını artırabilmek için mevcut ürünlerini geliştirmek ya da yeni ürünler üretmek durumundadır. Yani ar-ge faaliyetlerine önem vermek zorundadırlar. Hayatımızı kolaylaştıran birçok ürünün varlığı teşebbüsler arasındaki bu yarışın bir sonucudur. Yurt içinde yarış ortamının sağlıklı işlemediği, dış pazarlarda da rekabet gücünü beraberinde getirir. İhracatın artması, uluslararası rekabete hazır teşebbüsler ile mümkündür. Uluslararası arenada iddialı ülkelerin aynı zamanda rekabetçi iç piyasalara sahip ülkeler olması şaşırtıcı değildir.

Rekabetçi ortam, tüketicilerin yararına olduğu kadar, KO-Bİ'lerin faaliyet göstermeleri için de en uygun iklimi sağlar. Tekellerin ve kartellerin hakim olduğu bir ekonomide küçük ve orta ölçekli işletmelerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri ve ayakta kalmaları oldukça zordur.

T.B.M.M. de bu gerekçeleri ve Anayasanın konuya ilişkin 167. maddesini dikkate alarak 1994 yılı sonunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununu kabul etmiştir. Kanun 13 Aralık 1994 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, Rekabet Kurumu da 1997 yılında oluşturularak faaliyetlerine başlamıştır.

Rekabet Kanunu;

Teşebbüslerin anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla ya da bir teşebbüs birliği kararıyla rekabeti engellemelerini,

Hakim durumdaki teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanmasını,

Teşebbüslerin etkin rekabet ortamını ortadan kaldıracak şekilde birleşme ya da devralmalarını yapmalarını yasaklamaktadır.

Rekabet Kanunu'nda kamu teşebbüsleri ile özel teşebbüsler arasında herhangi bir fark gözetilmediği gibi, sektörel bir ayırım da yapılmamıştır. Başka bir deyişle, kamu-özel ayırımı olmaksızın, mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin rekabeti engelleyen eylem ve işlemleri Kanun kapsamındadır.

2. Altı Yılda Neler Yaptık

Geçen altı yılda Rekabet Kurumu olarak yaptıklarımızı üç başlık altında sunmak istiyorum. Öncelikle mevzuat alanında yapılanlar: Rekabet Kanunu gerek diğer ülke kanunlarında, gerekse mevzuat olan A.B. mevzuatında (Roma Anlaşması 81-82) olduğu gibi ana kuralları ortaya koymakta, diğer düzenlemeleri, ikincil düzenlemeler olarak adlandırdığımız tebliğlere bırakmaktadır. Geçen altı yılda yürürlüğe konulan tebliğleri sırasıyla tablodan görebilirsiniz.

SAYISI	TEBLİĞLER	RG TARİHİ	RG SAYISI
97/1	Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ	12.08.1997	23078
97/2	Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10'uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği	12.08.1997	23078
97/3	Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	04.09.1997	23100
97/4	Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	09.09.1997	23105
97/5	Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulduğuna İlişkin Tebliğ	04.11.1997	23160

97/6	Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ	11.11.1997	23167
97/7	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının, 1997 Bütçe Yılı Sonuna Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ	15.11.1997 21.11.1997 (Düzeltilme)	23171
98/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. ve 17. Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının, 1998 Bütçe Yılı Sonuna Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ	19.01.1998	23235
98/2	Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4 üncü Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ	26.03.1998	23298
98/3	Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	01.04.1998	23304
98/4	Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ	12.09.1998	23461
98/5	Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ	18.11.1998	23527
98/6	Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ	18.11.1998	23527
98/7	Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	16.12.1998	23555
99/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/1999 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ	28.08.1999	23800
99/2	Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ	21.10.1999	23853
00/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2000 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ	04.04.2000	24010
00/2	1997/1 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"de ve 1997/2 Sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanunun 10 uncu Maddesine Göre Bidiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği"nde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ	21.08.2000	24147
00/3	1998/3 Sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tebliğ	04.10.2000	24190
01/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2001 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ	09.02.2001	24313
02/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2002 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ	07.02.2002	24664
02/2	Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği	14.07.2002	24815
03/1	4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16 ve 17 nci Maddelerinde Düzenlenmiş Olan İdari Para Cezalarının 31/12/2003 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırıldığının Duyurulmasına İlişkin Tebliğ	25.02.2003	25031

İkinci olarak eğitim alanında yaptıklarımızdan söz etmek istiyorum:
Rekabet Hukukunun yeniliği Kuruma hem istihdam ettiği personeli yetiştirme

(mesleki eğitim) hem de rekabet kültürünün oluşması ve yaygınlaşması için Kanuna muhatap çevrelere yönelik tanıtım çalışmaları yapma görevini yüklenmektedir. Bu bağlamda, meslek personelinin yurtiçi ve dışında eğitimlerine özel önem verilmiş, ayrıca kamuya açık çok sayıda toplantı, panel ve konferans düzenlenmiştir. Rekabet hukuku ve iktisadi alanındaki yayın eksikliği dikkate alınarak bu alanda yüksek lisans ve doktora tezleri ile uzmanlık tezlerinin basımına öncelik verilmiştir. Ayrıca üç ayda bir yayımlanan Rekabet Dergisini salondaki öğretim üyesi ve öğrencilere duyurmak istiyorum. Tüm bu yayınlara elektronik ortamda www.rekabet.gov.tr adresinden ulaşabilirsiniz.

Ana faaliyet alanımız olan rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin çalışmaları tabloda görebilirsiniz.

		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003*	TOPLAM
Rekabet İhlali	Başvuru	22	177	220	255	213	265	35	1187
	Sonuçlandırılan	9	44	306	262	211	217	24	1073
Birleşme/ Devralma	Başvuru	8	59	80	103	82	115	12	459
	Sonuçlandırılan	5	52	76	101	88	102	10	434
Muafiyet/ Menfi Tespit	Başvuru	0	245	44	41	42	35	6	413
	Sonuçlandırılan	0	12	64	23	52	35	1	187
TOPLAM	Başvuru	30	481	344	399	337	415	53	2059
	Sonuçlanan	14	108	446	386	351	354	35	1694

* 31.01.2003 itibarıyla

Tablodan da görüleceği üzere, Kurumumuza bugüne kadar yapılan başvuruların yüzde 90'ından fazlası sonuçlandırılmıştır. Bu başvurular neticesi açılan 57 soruşturmada 47 tanesi nihai karara bağlanmış ve rekabete aykırı davrandığı tespit edilen teşebbüslere yaklaşık 35 Trilyon TL para cezası uygulanmıştır. Bu soruşturmanın sektörel dağılımına bakıldığında en fazla soruşturmaya konu olan sektörlerin sırasıyla medya sektörü, gıda sektörü, hizmet sektörü, gübre ve ilaç sektörleri ile telekom sektörü olduğu görülmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun bir gereği olarak, ait oldukları pazarda belirli pazar payı veya ciro eşliğinin üzerinde bulunan birleşme ve devralmalar için Rekabet Kurulu'nun izni gerekmektedir. Geçtiğimiz altı yıl boyunca Kuruma yapılan 500'e yakın birleşme/devralma başvurusunun hemen tamamı sonuçlandırılmıştır. Rekabet Kurulu, kendisine intikal eden birleşme ve devralma başvurularını değerlendirirken, bunların ait oldukları sektörlerde

rekabeti önemli ölçüde kısıtlayabilecek bir hakim güç oluşturup oluşturmadıklarını esas almaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de ilgili birleşme ya da devralma neticesi ortaya çıkan firmaların pazardaki göreceli gücünün yanında sözkonusu pazarın yapısı ve dinamikleri de dikkate alınmaktadır.

Çalışmalarımızın özetlendiği bu bölümü Rekabet Kurulunun çok sayıda kararından seçtiğim 3 örnek kararla bitirmek istiyorum: LPG kararı (26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı), BİRYAY kararı (17.07.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı), Turkcell kararı (20.07.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı).

Rekabet Kurulunun ilk ve önemli kararlarından, kısaca LPG kararı olarak adlandırdığımız kararı yıkıcı fiyatlamaya ilişkindir: LPG dolumu ve dağıtım alanında faaliyet gösteren 3 büyük gruba bağlı teşebbüsler aralarında anlaşarak Adıyaman'da 1997 yılı içinde 12 kg'lık LPG tüpünün fiyatını yarı yarıya indirmişlerdir. İlk bakışta tüketici lehine olarak gözüken bu davranış, yerel bir rakip teşebbüsün şikayeti üzerine Rekabet Kurumu tarafından incelemeye alınmıştır. Yapılan soruşturma neticesinde fiyatların toplu halde ve anlaşma yoluyla maliyetinin de altına indirilmesinin arkasında şikayetçi yerel teşebbüsün piyasa dışına çıkarılması amacı olduğu anlaşılmıştır. Rekabet Kurumunun müdahalesiyle, yerel rakibi aleyhine "yıkıcı fiyat" uygulaması engellenerek tüketicinin ileride rekabetten arındırılmış bir ortamda daha yüksek fiyatlarla karşılaşma ihtimalinin de önüne geçilmiştir.

BİRYAY kararı gazete ve dergi dağıtım piyasasına ilişkindir: Gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda olan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, bayilerini diğer dağıtım şirketlerince dağıtılan gazete ve dergileri satmamaları konusunda zorlamaları hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş ve adı geçen teşebbüslere para cezası verilmiştir. Bu karar ile Türkiye'de, belediyelere ait olan gazete ve dergi satış büfelerine her dağıtım şirketince sağlanan yayınları satma zorunluluğu getirilmiş ve böylece, tüketicilerin son satış noktalarında istediği gazete ve dergileri bulabilmesinin önü açılmıştır.

Turkcell kararı ise, mobil telefon piyasasına ilişkindir: GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan Turkcell çalıştığı distribütörlerin rakip operatörlerle (Telsim, Aria) kampanya yapmasını önleyerek, bu distribütörlerin ithal ettiği markalı cep telefonlarının rakip operatör hatları ile çalışmasına engel olmuştur. Böylece bu cep telefonlarının yalnızca Turkcell sim kartı ile satılmasına yol açarak, rakip operatörlerin birlikte kampanya yapabileceği markaları kısıtlayarak onların faaliyet alanını daraltmış ve buna bağlı olarak da tüketici tercihlerini kısıtlamıştır. Buna ilave olarak Turkcell, cep telefonu pazarında faaliyet gösteren distribütörler arasında ayrımcılık yaparak, sadece

kendisiyle çalışan distribütörlerin lehine uygulamalarla diğer distribütörleri rekabette dezavantajlı duruma getirmiştir. Bu nedenlerle Rekabet Kurulu, hakim durumunu kötüye kullanan Turkcell hakkında soruşturma açarak para cezası vermiştir. Bu karar, tüketicilerin istedikleri marka cep telefonunu istedikleri GSM operatörünün kartıyla kullanmalarına imkan vermesi, rakip GSM operatörlerinin cep telefonu distribütörleri ile kampanyalar yapmasına olanak tanınması ve bunun sonucunda tüketici fayda ve tercihlerinin artmasına neden olması açısından önemli bir karardır.

3. Sonuç: Dersler

6 yıllık uygulamadan çıkardığımız sonuçları bu toplantının başlığına da uygun olarak mevzuat alanında yapılması gereken değişiklikler üzerinde yoğunlaştırmayı planlıyorum. 4054 sayılı Kanun kabul tarihi itibarıyla ve birçok yönüyle hala Türk Hukukunun çağdaş yüzünü temsil etmektedir. Ancak geride bıraktığımız dönem, bize Kanunun aksayan, değiştirilmesi gereken hükümlerinin olduğunu da göstermiştir.

Değişiklik önerilerini maddi hükümlere, usul hükümlerine, yerinde inceleme ve bilgi istemeye, yargı organları Kurum ilişkilerine ve kamu tasarruflarına ilişkin öneriler olarak beş başlık altında özetleyeceğim.

a. Maddi Hükümler

Maddi hükümler, Kanun'un amacına ulaşılmasında kullanılacak temel araçları temsil etmeleri sebebiyle mevzuatın yapıtaşlarını oluşturmaktadır. Bu hükümlerin, özellikle Kanun'un muhatabı teşebbüsler açısından açık, net ve anlaşılır olmaları ve uygulayıcı açısından farklı piyasa koşullarına göre yorumlanabilme esnekliğine sahip olmaları Kanun'un etkin uygulanırılığı açısından büyük önem arz etmektedir.

6 yılı aşkın bir uygulama sonucunda, 4 (ve 5), 6 ve 7 nci maddeler altında toplanabilecek maddi hükümlerin, hukuki belirlilik ve yorum esnekliği konularında bir dizi eksiklikler içerdiği anlaşılmıştır.

Bu çerçevede, 4 üncü maddede yer alan *uyumlu eylem karinesinin*, esasen teşebbüsler arası paralel davranışların bilinçli olduğuna ilişkin Rekabet Kurumu'nda olması gereken ispat yükünü nasıl rekabeti kısıtlamadıklarını açıklamak zorunda bırakarak teşebbüslere yüklediği ve bu durumun genel hukukun bir ilkesi olan iddiayı ortaya koyan makamın ispat külfeti altında bulunduğu ilkesi ile çeliştiği; 5 inci maddede vücut bulan *muafiyet rejiminin*; muafiyet koşullarındaki belirsizlik, muafiyetin süre ile sınırlı olması, 4 üncü madde ile yasaklanan ancak 5 inci madde ile muaf tutulan davranışların hukuki

statülerinde yaşanan belirsizlik nedenleriyle en azından tartışılması gerektiğini düşünölmektedir.

Bunun yanı sıra 4 ve 6 ncı maddelerde yer verilen *örnekleme sisteminin*, bentlerde sayılan hallerin her durumda geçerli rekabet ihlallerini tanımlamamaları, esasen de bunu mümkün olmayışı, bentler halinde örnek hallerin sayılmasının rekabet hukukunun temel ilkesi olan, ancak belirli analizler yapıldıktan sonra bir eylem ya da davranışın rekabeti sınırlandırıcı olduğuna hükmedilebileceği, her olayın kendi koşulları ve olayın gerçekleştiği zaman diliminde geçerli piyasa koşulları çerçevesinde değerlendirilme zorunluluğu ilkesi ile çeliştiği; 7 nci madde altında yer alan *hakim durum testi* nin ise, birleşme veya devralma sonucunda hakim durum yaratılmasa da (oligopolistik bir pazarda 3 ve 4 üncü sıradaki teşebbüslerin birleşmesi gibi) rekabetin önemli ölçüde kısıtlanabileceği halleri kapsamaması nedeniyle Kurum açısından gerekli yorum esnekliğine engel teşkil ettiğini düşünüyorum.

Ayrıca, birleşme veya devralmalara ilişkin yedinci maddede birleşme ve devralma kavramları yerine *“birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri”* kavramının kullanılmasının, birleşme veya devralmalara yönelik bir çok madde altında yer verilen hükümlerin daha açık ve anlaşılır bir biçimde tek madde altına toplanmasının, birleşme veya devralmalar hakkında Kurul tarafından koşullu izin veya yasaklama kararları alınmadan önce taraflara görüşlerini gönderme olanağı tanıyan usül kurallarının getirilmesi uygun olacaktır.

b. Usül Hükümleri

Usül kuralları, Kanun’un uygulanması esnasında idare ile muhatabların hak ve yükümlölüklerini düzenlemesi bakımından en az maddi kurallar kadar önem arz etmektedir. Kanun’da detaylı bir şekilde düzenlenen usül kurallarının temelini, Türk idare hukukunda yeni bir anlayışı temsil eden savunma hakkı oluşturmaktadır. Bu çerçevede, tarafların bilgilendirilmediği hususların kararlara dayanak yapılamaması, taraflara dosyaya giriş hakkı tanınması gibi konular, usül kuralları bir bütün olarak ele alındığında, bu kuralların esasını teşkil etmektedir.

Ne var ki, inceleme ve araştırmalarda usülü düzenleyen Kanun’un 40-48 arası maddelerinin karmaşık ve detaycı yapısının, bunun yanı sıra 9 uncu madde gibi temel bir hükmün usül kurallarından ayrı ele alınmasının, uygulamada Kurumun yaptığı incelemelere ilişkin yapay tartışmalar yarattığı ve usül kurallarının etkin uygulanırlığını zayıflattığı görölmüştür.

9 uncu maddede yer alan nihai karardan önce ihlale son verme mekanizmasının etkin bir şekilde uygulanmasına olanak tanıyacak şekilde

düzenlenmemiş olması uygulamada ihtiyaç duyulan bir hususu oluşturmaktadır. Taraflar ve Kurum açısından ciddi bir kaynak kullanımını gerektiren incelemelere etkinlik ve işlerlik kazandırılması ve toplumda refah kaybına neden olan ihlallere bir an evvel son verilmesini sağlayacak bir mekanizmanın geliştirilmesi, usül ekonomisine büyük katkılar sağlayacaktır.

Bu amaçla, talep üzerine veya re'sen oluşturulacak Kurul görüşü üzerine ihlale son verilmesine olanak tanıyan ve taraflar açısından iştirak ettiklerini beyan etmeleri üzerine bağlayıcı nitelik kazanan “*taahhüt*” mekanizmasına yer verilmesi, bu sayede uygulamaya hız ve esneklik kazandırılması ihtiyacı doğmaktadır.

Bu çerçevede, mevcut sistemin özünü koruyan, 9 uncu madde ile usül kurallarının birleştirilmesi ve rekabet ihlallerine bir an evvel son verilmesi ile ülke ve usül ekonomisine katkı sağlama amaçlarıyla taahhüt mekanizmasını getiren, nihai kararlarda yapısal tedbirler alınmasına olanak tanıyan ve bu sayede 40-48 inci maddeler arasında düzenlenen usül kurallarının işlerliğini artıran yeni düzenlemelerin getirilmesi yerinde olacaktır.

c. Yerinde İnceleme ve Bilgi İsteme

Bilgi ve belge istenmesi ile yerinde incelemeler, maddi kuralların uygulanması aşamasında sağlıklı değerlendirmeler yapılabilmesi için gerekli bilginin teminini amaçlamakta, Kanun'un etkin olarak uygulanabilmesi için olmazsa olmaz kurumları teşkil etmektedir.

Bu kurumların işletilebilmesi, etkin bir yaptırım mekanizmasının varlığını gerektirmektedir. Ne var ki, gerek ilgili hükümlerin bazı temel eksiklikler içermesi, gerek yaptırım mekanizmasının idari cezalara ilişkin düzenlemeler ile zayıflatılması ile olması gerekenden uzaklaşmış, uygulamada bu kurumların işletilmesinde ciddi engellemeler ile karşı karşıya kalınmıştır. Yerinde incelemelerde özellikle sui niyetle bazı teşebbüslerin incelemelerin yapılmasını engelledikleri malumdur. Bu çerçevede diğer kamu kurumlarınca kullanılan sulh ceza hakimi kararı ile incelemenin yapılması olanağı eksikliği hissedilen bir durumdur.

Öncelikle ilgili hükümlerde *hiç bilgi vermeme, incelemenin engellenmesi* gibi konularda eksik düzenlemelerin tamamlanması, bu hükümlerin uygulanabilmesinin yaptırım gücüne kavuşabilmesi için ciro esasına bağlanarak cezaların artırılması, inceleme ve araştırmalar esnasında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği yapılması, engelleme ile karşılaşılması veya bu olasılığın bulunduğu durumlarda sulh ceza hakimi kararı ile inceleme yapılması Kanuna bugüne kıyaslanmayacak bir etkinlik sağlayacaktır.

d. Rekabet Kurumu ile Yargı Arasındaki İlişkiler

Ciddi ekonomik tahliller ile piyasa bilgisinin kullanılmasını gerektiren ve ancak bunlarla sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesini mümkün kılan rekabet kuralları, bu özelliği nedeniyle ihtisaslaşmış bir kurumun varlığını zorunlu kılmakta, bu husus Kurumumuzun varlık nedenini oluşturmaktadır. İctihat hukukuna dayalı diğer köklü hukuk sistemleri de dahil olmak üzere, bu nitelikte kurumların zorunluluğu tartışmaya dahi açılmamakta ancak rekabet kurallarının uygulanmasında geçen süre de dikkate alınmak suretiyle bu kuralların uygulanmasından sorumlu kurumların sayısı ve yapısı farklılaşabilmektedir.

Rekabet kurallarının uygulanması ile beklenen faydaların elde edilebilmesi için teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen eylem ve davranışların piyasalarda rekabetin sınırlanması sonucunu doğurup doğurmadığını gösteren teknik analizin bu amaçla kurulmuş Rekabet Kurumu tarafından yapılması ve bu analiz sonrasında ihlal olduğu tespit edilen eylem ve davranışlardan zarar gören teşebbüslerin yargı organları nezdinde tazminat haklarını arayabilecekleri bir sistemin idare ile yargı organları arası işbirliğini en işlevsel ve en etkin hale getireceği düşünülmektedir.

e. Kamu Tasarrufları

6 yıllık uygulama sonucunda rekabet koşullarının yalnız teşebbüs davranışları ile değil kamunun düzenleyici işlemleri ile de bozulduğu, kimi durumlar sonucunda bu işlemler sonucunda rekabet koşullarının bizzat varlığının sorgulandığı durumlar ile karşılaşıldığı malumdur. Bu gibi durumlara ilişkin Kurul'a, görüş gönderme mekanizmasının yanı sıra, işlem ve düzenlemeler aleyhine yargı yoluna başvurulabilme yetkisinin Kanun ile tanınmamış olması önemli bir eksiklik olarak hissedilmektedir.

Bu çerçevede söz konusu eksikliğin giderilmesi ve Başbakanlık tarafından tüm kamu kurum ve kuruluşlarına kanun, tüzük ve yönetmelik çalışmalarında Kurum'un görüşünün alınması amacıyla gönderilen yazının içeriğinin yeni bir madde olarak Kanun'a eklenmesi gerekmektedir.

6 yıllık uygulamadan çıkardığımız bir dizi dersler bulunmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğim gibi bu toplantının konusuna uygun olarak mevzuat alanındaki düşüncelerimi biraz da sesli düşünüş şeklinde sizlerle paylaşmak istedim. Bu görüşler tümüyle kişiseldir. Hiçbir şekilde Kurulu ya da Kurumu bağlamaz. Murat edilen 6 yılını geride bırakan Türk Rekabet Hukuku uygulamalarından yola çıkılarak mevzuat alanında yapılabilecekler için bir tartışma ortamının yaratılmasıdır. Bu fırsatı bana verdikleri için Erciyes Üniversitesi yetkililerine ve dinleyerek gösterdiğiniz sabır için hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Yararlanılan Kaynaklar

- 1- Niçin Rekabet, 2002, Ankara, Rekabet Kurumu.
- 2- 1., 2., 3. Yıllık Raporlar ve 4. Yıllık Rapor Taslağı, Rekabet Kurumu.
- 3- 4054 Sayılı Kanun'da Yapılması Gerekli Değişiklik ve Eklmelere İlişkin Tartışma Metni Hakkında Bilgi Notu, 23.01.2003, Rekabet Uzmanları Yaşar TEKDEMİR ve İmutluhan SELÇUK.

SORU ve CEVAPLAR

Bir Katılımcı- Başta Çin olmak üzere Uzakdoğu ülkelerinden Türkiye'ye çok ucuz ve kalitesiz mallar geliyor. Bu mallarla Türk üreticisinin rekabet şansı yok. Rekabet Kanunu ve Kurumunuzun bu konuda yapabileceği bir şey var mı?

İsmail Hakkı KARAKELLE- 4054 sayılı Kanun'un amacı genel olarak, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma karar ve uygulamaları engellemek ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemektir.

Bu şekilde bakıldığında, Uzakdoğu ülkelerinden veya herhangi bir yabancı ülkeden çok ucuza ve kalitesiz mal getirilerek ülke içindeki teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması bizim Kanun kapsamında bulunmamaktadır. Şöyle ki yurtdışından gelen malların ne tür teşvikler ile üretildiği, hangi maliyet avantajlarına sahip olduğu, ülkelerin özelliklerinden kaynaklanan ne gibi avantajlar ile üretildikleri gibi hususların araştırılması ve tespiti 4054 sayılı Kanun ile halledilebilecek bir husus değildir.

Bu tür uygulamalar ancak anti-damping soruşturmalarına konu olabilirler. Bilindiği gibi damping, bir malın ihracat fiyatının normal değerinden düşük olması durumudur. Böyle bir olayın tespiti halinde ülkeler aradaki fark kadar bir vergiyi bu mallara uygulayarak fiyatlarını normal düzeylerine çekebilmektedirler. Ayrıca bu ürünlerin üreticilerine anti-damping davaları açılarak cezalandırılmaları da olanak dahilindedir. Bu tür anti-damping başvuruları için mercii Dış Ticaret Müsteşarlığı'dır. Dış Ticaret Müsteşarlığı yürüttüğü soruşturmalar neticesinde, başta Çin olmak üzere Uzakdoğu ülkelerinden gelen bazı ürünlere damping vergisi konulmasını sağlamıştır.

Satılan ürünlerin kalitesiz oluşları da yine ülke politikalarıyla oluşturulacak olan standartlar ve bu standartların altındaki ürünlerin ülkeye

girişinin engellenmesiyle mümkün olabilecektir. Bu husus da yine Dış Ticaret Müsteşarlığının “Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği” kapsamındadır.

Bir Katılımcı- Kanunun 4 üncü Kısmının “Araştırma” başlığı ne anlama gelmektedir? “Soruşturma”dan daha geniş olmalı, “Önaraştırma + Soruşturma = Araştırma” demek doğru olur mu?

İsmail Hakkı KARAKELLE- Kanunun 4 üncü Kısmı başlığında geçen “Araştırma” ifadesi bir bütün olarak, Kurulun Kanununun maddi hükümlerinin uygulanması esnasında, maddi hükümlerin ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği veya daha detaylı bir inceleme yapılmasına gerek olup olmadığının tespiti için yaptıklarını içeren süreci kastetmektedir.

Bu çerçevede esasen önaraştırma, soruşturma dönemleri aynı amaca hizmet etmekte ve bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Nitekim tam da bu gerekçeyle, Kanundaki süreçlerin bu şekilde yapay olarak ayrılması ve her bir dönemin kendi sürelerinin belirlenmiş olmasının uygulamaya bazı olumsuz etkileri olması nedeniyle değişiklik ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Bir Katılımcı- “Ön inceleme”(Md. 10/2) ve “Nihai İnceleme” (Md. 10/2) Nedir ?

İsmail Hakkı KARAKELLE- 10 uncu maddenin ikinci fıkrası altında yer verilen “ön inceleme” süreci, Kuruma bildirilen birleşme veya devralmalar işlemlerinin piyasalarda yaratacağı etkilere ilişkin bir ön değerlendirmenin yapıldığı ve sonuç olarak bu işlemler hakkında daha detaylı bir inceleme yapılmasına gerek olup olmadığının tespit edildiği 30 günlük bir süreci ifade etmektedir.

Başka bir ifade ile de “ön inceleme” süreci Kuruma bildirilen işlemin rekabet üzerinde olumsuz etki doğurma riski barındırıp barındırmadığı ve bu riskin daha uzun ve detaylı bir süreçte incelenmesinin gerekli olup olmadığının değerlendirildiği bir süreçtir.

“Nihai inceleme” de, ilk yapılan ön inceleme neticesinde işlemin bazı riskler taşıdığına dikkat çekilmesi ve bunların daha detaylı bir inceleme gerektirmesi nedeniyle, ilk incelemeye nazaran daha kapsamlı bir değerlendirmenin yapıldığı süre bakımından da ilk incelemeden daha uzun bir dönemi ifade etmektedir.

Bir Katılımcı- Soruşturma açılmışsa sözlü savunmayı avukat olmayan bir kişi yapabilir mi?

İsmail Hakkı KARAKELLE- Konuya ilişkin Kanunun “Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar” başlıklı 47 nci maddesinde “sözlü savunma toplantısına ... taraflar veya bunların temsilcileri”

İfadesi kullanılmaktadır.

Kanunda kullanılan “temsilci” ifadesi Kurul tarafından bu güne kadar geniş yorumlanmış ve söz konusu kavram Avukatlık sıfatını haiz kişiler ile birlikte bu sıfatı taşımayan ancak dosya bazında şirketi temsil etmek üzere şirketlerce yetkili kılınmış, kimi zaman diğer disiplinlerden (iktisat- işletme gibi) kişileri de kapsayacak şekilde ele alınmıştır.

Avukatlık Kanunu’nda sarıh ifadeler ile hukuki konularda mütalaa verme yetkisi Avukatlık sıfatını kazanmış kişilere tanınmış ise de Kurul tarafından yapılan bu yorumun sınırları bizce Kurul tarafından değil fakat bizzat baroların bu konuda yapacakları bir girişim neticesinde “temsil”in niteliğine ilişkin [hem hukuk hem de iktisat bilgisinin kullanımı gerektiren rekabet hukukunda sözlü savunma esnasında temsilcilerin hukuki konular ile birlikte iktisadi konularda da görüş vermeleri dikkate alındığında] ortaya çıkacak sonuçlar çerçevesinde şekillenmeli, bu sonucun netleşmesine kadar, bu alanda halihazırdaki uygulama devam edebilmelidir.

Bir Katılımcı- Kanun değişikliği öneriniz usul hükümlerinde gevşeme istikametinde bir sonuç doğurabilir mi?

İsmail Hakkı KARAKELLE- Usul hükümleri sunuşta da belirttiğimiz gibi Kanunumuz ile korunan, Kanun ile ulaşılmak istenen amaçlara ulaşılması bakımında en az maddi hukuk kuralları kadar önem verilmesi gereken kuralları oluşturmaktadır.

Ne var ki, usul kurallarının maddi hükümlerin uygulanmasına en iyi şekilde hizmet etmesi gerekliliğinden hareket edildiğinde, kimi durumlarda usul kurallarının bu kadar detaylı düzenlenmesinin uygulamayı olumsuz etkilediği de dikkate alınması gereken beş yıllık deneyim sonucunda ulaştığımız bir noktadır.

Kanun değişiklik önerisinde süre darlığından detaylarına girememekle beraber, özellikle usul kurallarına ilişkin olarak üstünde durduğumuz bir temel nokta; değişiklik ile usul kurallarının esasını (ki biz usul kurallarının esasının taraflara tanınan savunma hakları olduğunu düşünüyoruz), zedelemeyen, hem idareye hem de taraflara tanınan hakların kullanılmasını kolaylaştıran, maksimum sürelerin net olarak çizilmesi ve taahhüt gibi taraflara tanınan hakları daraltmaktan, usul kurallarını gevşetmekten ziyade taraf haklarını artırıcı bazı yeniliklerin getirilmesi arzulanmaktadır.

Bir Katılımcı- Telekomünikasyon sektöründe rekabet ihlallerinin soruşturulması ve gerektiğinde cezalandırılması konusunda Rekabet Kurulu ve Telekomünikasyon Kurulu arasında görev ve yetki çatışmasını nasıl değerlendiriyorsunuz?

İsmail Hakkı KARAKELLE- Kısaca iktisadi müdahalede görev paylaşımı adı altında inceleyerek sağlıklı bir çözüme kavuşturabileceğimiz bu konuda, öncelikle Telekomünikasyon Kurulu'nun neden var olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Bu sorunun cevabı tekstil, otomotiv gibi sektörler ile telekomünikasyon sektörü arasındaki farklılıklarda yatmaktadır. Telekomünikasyon sektöründeki bazı pazarlarda coğrafi olarak dağınık yerel kullanıcılara ulaşabilmek için fiziki şebekelerin (bakır kablolar, baz istasyonları vb.'den oluşan) inşa edilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla, bu pazarlarda şebeke dışallıklarından kaynaklanan bazı kalıcı piyasa aksaklıkları gündeme gelmektedir. Ayrıca kullanılan teknolojiye bağlı olarak (kablolu ve kablosuz) söz konusu şebekelerin inşası için büyük başlangıç yatırımlarının yapılması gereksinimi söz konusudur. Bu başlangıç yatırımlarının büyük bir kısmını ise batık maliyetler oluşturmaktadır. Dolayısıyla olumlu ölçek ekonomilerinden kaynaklanan ve doğal tekel niteliğine kadar ulaşan başka bir kalıcı piyasa aksaklığı da bu piyasalarda geçerlidir. Telekomünikasyon sektörüne özgü diğer bir durum ise, son kullanıcılara sunulan hizmetler içinde ana girdiyi, kalıcı aksaklıklarının söz konusu olduğu piyasalarda üretilen altyapı hizmetlerinin oluşturmasıdır.

Bu gerçekler karşısında iktisadi müdahalede görev paylaşımı açısından, telekomünikasyon sektörünün oluşturan bazı piyasalarda ortaya çıkan piyasa aksaklıkları rekabet kurallarının uygulanması neticesinde, piyasaya fazla müdahalede bulunulmaksızın giderilebilirken, kalıcı aksaklıkların söz konusu olduğu bazı piyasaların ise sürekli takip edilmesi ve rekabet sonucu dengelenemeyecek bazı pazar parametrelerine piyasa dışından bir aktör tarafından müdahale edilmesi gereksinimi ortaya çıkmaktadır. İşte telekomünikasyon kurumları bahsedilen ikinci tür piyasalarda iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla oluşturulmaktadır.

Rekabet Kurumu'nun rekabet kurallarını uygulaması konusundaki yetkinliği, tecrübesi ve bilgi birikimi göz ardı edilse bile, rekabet kuralları yoluyla etkinliğin sağlanabileceği piyasalarda yetkinin telekomünikasyon otoritelerine verilmesi, aslen icra ettiği faaliyetler nedeniyle pazarlara ex-ante müdahalelere alışmış olan telekomünikasyon otoritelerinin rekabet kurallarının (soft law) uygulanmasını bir kenara bırakarak, rekabet yoluyla belirlenmesi gereken pazar parametrelerini bizzat belirleme eğilimi içinde olacağı söylenebilir. Bu durum haliyle ülkemizde benimsenen rekabete dayalı serbest

piyasa ekonomisinin telekomünikasyon sektöründe işlememesi anlamına gelecektir.

Rekabet Kurulu ile Telekomünikasyon Kurulu arasındaki ilişkilere gelecek olursak, Telekomünikasyon Kurumunu kuran 4502 sayılı Kanunun her açıdan kötü kaleme alındığını (ki bu sadece benim tespitim değildir) ve maalesef kanunun hazırlığı sırasında Kurumumuz görüşlerini ifade etme şansı bulamadığımızı burada belirtmek istiyorum. Kanunun konuya ilişkin belirsizliğinden kaynaklanan sorunların farkında olan her iki kurum bir protokol yaparak kendi aralarındaki ilişkileri netleştirmişlerdir. Şu an için söyleyebilirim ki, Türk telekomünikasyon sektöründe rekabet ihlalleri Rekabet Kurulu tarafından incelenmekte ve bu inceleme sırasında Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşüne başvurulmakta ve yaptığı düzenleyici işlemler dikkate alınmaktadır. Ancak dünyanın birçok yerinde olduğu gibi her iki kurum arasında hangi piyasalarda sadece rekabet kurallarının uygulanacağı ve hangi piyasaların doğrudan regülasyona tabi kılınacağı ile ilgili olarak yaratıcı, sinerji sağlayıcı ve dinamik bir çekişme bulunmaktadır.

REKABET KURUMUNUN TELEKOMÜNİKASYON ALANINDA KARARLARI ve YETKİSİ

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN

*Uludağ Üniversitesi İİBF
Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı*

Giriş ve Telekomünikasyon Alanında Rekabet Kurumu Kararları

Bilindiği gibi telekomünikasyon alanında bir bağımsız idari otorite kurulmuş bulunmaktadır. Bu kurumun kurulmasından önce ve kurulmasından sonra Rekabet Kurumunun telekomünikasyonla ilgili olarak verdiği kararlar ve açtığı soruşturmalar bulunmaktadır. Bazı soruşturmalar RK önünde devam etmektedir. Sonuçlanan kararlardan bizim ulaşabildiklerimiz şunlardır:

1- 99-57/614-391 sayılı ve 14.12.1999 tarihli karar. Karara konu olan iddia iki GSM operatörünün fiyatlarını birlikte tespit ettikleri uyumlu eylem içinde oldukları ve hakim durumlarını kötüye kullandıkları yolundadır. Rekabet

Kurulu ise bu iddiaların sabit olmadığına karar vermiştir. Özellikle, fiyat konusunda uyumlu eylem iddiası ile ilgili olarak, tarafların uyacakları fiyatların üst sınırının bakanlık tarafından tespit edildiğini, kendi şebekelerinin kullanımını teşvik etmek bakımından ve aynı zamanda gelir kaybına uğramamak için de fiyatları belirli bir limitin altında belirleyemeyecekleri, böylece bir alt sınır oluşacağı, firmaların davranışlarının, oligopol piyasalarındaki davranışlara uygun olduğunu, dolayısıyla uyumlu eylem bulunmadığını, şebeke içi ve şebeke dışı fiyatlarında farklılık olmasının, ikisi arasındaki maliyet farklılıkları nedeniyle normal olduğunu, bu nedenle hakim durumun kötüye kullanılması sayılmayacağına karar vermiştir.

2- 00-20/198-107 sayılı ve 30.05.2000 tarihli karar. Telsim ile bayileri arasındaki ilişkinin 4054 sayılı kanuna aykırılığı iddia edilmiş ve RK böyle bir aykırılık bulunmadığını, özellikle hakim durumda bulunan Türkcell'e karşı olan rekabeti de göz önünde bulundurarak karar vermiştir.

3- 01.03/10-2 sayılı ve 09.01.2001 tarihli karar. Koç Net Haberleşme Teknolojileri ve İletişim Hizmetleri A.Ş., Temel Ticaret ve Yatırım A.Ş. Nazar Dayanıklı ve Dayanıklı Sınai Mallar Yatırım ve Pazarlama A.Ş. ve Zer Madencilik ve Dayanıklı Mallar Yatırım ve Pazarlama A.Ş.'nin, Bilkom Bilişim Hizmetleri A.Ş.'yi devralmasına izin verilmiştir.

4- 01-28/277-81 sayılı ve 19.06.2001 tarihli karar. Türkcell ile İştım arasında yapılan ara bağlantı sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmiştir.

5- 02-60/755-305 sayı ve 02.10.2002 tarihli karar. Türk Telekom'un TNet adı altında hizmet verdiği alan ile ilgili rakibi durumundaki İnternet servis sağlayıcılara, alt yapı kullanım bedellerini yüksek belirlemek suretiyle, onların piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve bu suretle, ayrıca uydu hizmetlerinden aldığı royaltleri aşırı arttırmak suretiyle rakiplerini zor duruma soktuğu ve böylece hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle para cezası verilmiştir.

A. Telekomünikasyon Sektöründeki Gelişmeler ve Sorunun Ortaya Çıkışı

Telekomünikasyon sektörü genel olarak 406 ve 2813 sayılı, telefon ve telsiz kanunları ile idare edilmektedir. Tüm dünyada meydana gelen telekomünikasyon piyasasının liberalleştirilmesi ve özelleştirilmesi çalışmaları çerçevesinde, Türkiye'de de 27.01.2000 tarihli ve 4502 sayılı kanun ile 12.05.2001 tarihli ve 4673 sayılı kanun aynı amaçla çıkarılmıştır. Ülkemizdeki ana telekomünikasyon şebekesi özel nitelikli bir kamu iktisadi teşebbüsü olan Türk Telekom'un elinde bulunmaktadır. Türk Telekom 2003 yılı sonuna kadar telekomünikasyon şebekeleri üzerinden yürütülen ulusal ve uluslararası ses

iletimi ve her türlü telekomünikasyon alt yapısı tesisi ve işletilmesi konusunda tekel hakkına sahiptir. Bununla birlikte, teknolojinin ulaştığı seviye sayesinde, bu telekomünikasyon alt yapısı üzerinden çeşitli hizmetlerin verilebilme olanakları da, ortaya çıkmış bulunmaktadır. Türk Telekom'un elinde bulunan bu alt yapının farklı hizmetlerin de sunumuna açılabilmesi için erişim şartlarının düzenlenmesi, bu alt yapının kullanımı ve genel olarak evrensel hizmet olarak görülen tüm telekomünikasyon sektörünün regülasyonu ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Türk Telekom'un özelleştirilecek işletmeler arasında olması bu ihtiyacı daha da fazla ortaya çıkarmıştır.¹ Telekomünikasyon sektörü yapısı itibarıyla ya doğal tekel ya da oligopolistik Pazar yapılarından oluşmaktadır. Bu pazarların niteliği gereği rekabet kurallarının doğru bir şekilde işlemesi mümkün değildir. Normal sektörlerde rekabet kuralları sayesinde, toplumsal refahın en iyi şekilde elde edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak bazı sektörlerde, ölçek ve kapsam ekonomileri olması, sabit ve batık sermayenin yüksekliği gibi sebeplerle rekabet kuralları çalışmaz.² Bu piyasalardan bazıları doğal tekel niteliğindedir. "Doğal tekeller genellikle büyük miktarda ilk yatırım gerektiren ve dolayısıyla sabit maliyeti yüksek olan gaz, elektrik, doğal gaz, su ve demir yolları ile temel telekomünikasyon hizmetleri gibi fiziki şebeke endüstrileridir. Fiziki şebeke endüstrileri dışında havalimanı, liman, köprü gibi belirli bölgeye giriş çıkışı sağlayan ve ölçek ekonomileri gereği o bölge için birden fazla olması iktisadi açıdan rasyonel kabul edilmeyen darboğaz noktaları da bölgesel doğal tekelleri oluşturur."³ Bu nedenle, bu alanların Rekabet yasaları ile düzenlenmesi mümkün değildir.⁴ Çünkü bu piyasalarda rekabet kuralları işlememektedir. Bu nedenle bu piyasalarda toplumsal refahın en iyi şekilde sağlanabilmesi için, rekabet kuralları işe yaramadığından devlet eliyle, piyasaya bu amaçla müdahale edilerek, toplumsal refahın sağlanması gerekmektedir. Devletin bu müdahaleyi, bağımsız düzenleyici kurumlar eliyle yapması genellikle kabul edilmektedir.⁵ Bu düşünceyle, rekabetin işlediği piyasalarda, rekabet kuralları sayesinde elde edilen toplumsal refahın, bu piyasalarda da devlet eliyle sağlanması

¹ Sariibrahimoğlu; Telekomünikasyon, Bankacılık, Enerji Sektöründe Üst Kurullar ve Rekabet; Sariibrahimoğlu Hukuk Bürosu Yayını Ankara 2002; s.9vd

² İzak Atiyas; "Atölye Çalışması 1 Regülasyon ve Rekabet" Regülasyon ve Rekabet, Ankara, 15-16 mart 2001 Rekabet Kurumu Yayını; s. 34.

³ Şahin Ardiyok; Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli; Rekabet Kurumu Yayını Tez Serisi No:9 Ankara 2002 s.34, Ayrıca bakınız Uğur Emek; "Regülasyon ve Rekabet Sempozyumu, Değerlendirmeler Kısmı" Ankara, 15-16 Mart 2001 s. 93

⁴ M. Tamer Müftüoğlu; "Ekonomi Politikaları Bağlamında Regülasyon" Regülasyon ve Rekabet, Ankara 15-16 Mart 2003 s. 26.

⁵ Müftüoğlu; (Rekabet ve Regülasyon); s. 27, Kamil Yılmaz; Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme" Perşembe Konferansları, Ankara, 3 Şubat 2000 s. 30 vd.

amaçlanmaktadır. Böylece rekabet kuralları ile regülasyon kuralları birbirinden farklı fakat birbirini tamamlayan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶

Regülasyonun da bu hedefe ulaşmak bakımından mükemmel bir araç olmadığı ancak, rekabet kurallarından sonraki ikinci, hatta üçüncü en iyi araç olduğu kabul edilmektedir.⁷

Rekabet kurallarının üç başlık altında toplanabilecek nedenlerle iyi işleyemediği ve istenilen toplumsal refaha ulaşılmasını sağlamadığı kabul edilmektedir. Bunlar aksak rekabet halleri, aksak bilişi (bilgi eksikliği) ve dışsallıklardır.⁸

“Bu konudaki tartışmalara bakıldığında aşağıdaki işlevlerin yürütülmesinde bağımsız kurumların sorumluluğu üzerinde çok durulduğu görülmektedir:

- i) Merkez Bankacılığı
- ii) Mali Piyasalarda Düzenleme ve Denetim
- iii) Rekabetin Sağlanmasının Düzenlenmesi ve Denetimi
- iv) Radyo TV. Yayınlarının Düzenlenmesi ve Denetimi
- v) Altyapı Hizmetlerine ilişkin Düzenleme ve Denetim”⁹

“Önce, 28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kurulu Kanunu ile, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) kurulmuştur. Bunu takiben, Anayasa'nın 133. maddesinde 1993 yılında 3913 sayılı Kanun ile değişiklik yapıldıktan ve radyo ve televizyon yayıncılığında Devlet tekeli kaldırılıp özel radyo ve televizyon istasyonlarının kurulmasına olanak tanındıktan sonra, 13.04.1994 tarih ve 3984 sayılı Kanun ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kurulmuştur. Daha sonra, 07.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile Rekabet Kurumunun, 18.06.1999 tarih ve 4389 sayılı Kanun ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun, 29.01.2001 tarih ve 4502 sayılı Kanun ile Telekomünikasyon Kurumunun, 04.04.2001 tarih ve 4634 sayılı Şeker Kanunu ile Şeker Kurumunun ve nihayet 18.04.2001 tarih

⁶ Robert Klotz; “Atölye Çalışması (11) Rekabet politikası Perspektifinden Avrupa Topluluğunda ve üye Ülkelerde Regülasyon Uygulamaları” Regülasyon ve Rekabet Ankara, 15-16 Mart 2001 s. 81.

⁷ İzak Atiyas; “Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet” Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını; Ankara 16 Aralık 1999 s. 52 vd.

⁸ Hasan Ersel; Bağımsız İdari Otoriteler; Ankara, 5 Kasım 2001 Rekabet Kurumu Yayını s. 68.

⁹ Ersel; s. 69.

ve 4646 sayılı Kanun Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun kurulması cihetine gidilmiştir.”¹⁰

Doğal tekel niteliği taşıyan bu gibi pazarların, gelişen teknolojilerin de yardımıyla kısmen de olsa, en azından bazı bölümlerinin rekabete açılması söz konusu olabilmektedir. Örneğin elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımının ayrılması suretiyle, üretimde ve kısmen de dağıtımda rekabet oluşturma olanakları ortaya çıkmaktadır. Telekomünikasyon alanında da özellikle katma değerli hizmetler alanı, GSM piyasası kısmen de olsa rekabete açılabilir. Buna rağmen, bu alanların tamamen düzenleme alanı dışına çıkarılması çeşitli açılardan sakıncalar doğurabileceği için, regülasyon kısmen de olsa bu alanları da kapsayacak şekilde yapılmaktadır.¹¹

Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, oligopol piyasalarının nasıl regüle edileceği konusunda henüz bir kesinlik bulunmamaktadır.¹² Ancak aşağıda belirteceğimiz gibi, Telekomünikasyon alanında regülasyon amacıyla çıkarılmış olan 4502 ve 4673 sayılı yasalarda, oligopolistik bir yapıya sahip olan GSM pazarında regülasyon öngören hükümler de bulunmaktadır. Bu alanın da regülasyon kapsamında olduğunu söyleyebiliriz.

Bilindiği gibi, 1994 yılında 4054 sayılı kanunla bir Rekabet Kurumu kurulmuştur. Rekabet Kurumu, hiç bir ayırım gözetilmeksizin, ekonominin tüm sektörlerinde rekabet kurallarının işletilmesinden sorumlu olan bir genel düzenleyici kurumdur. Görevi, piyasalarda rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları, uyumlu eylemleri, işletme birliği kararlarını, hakim işletmelerin rekabeti sınırlayıcı ve istismar edici davranışlarını yasaklamak ve işletmelerin birleşmeler yolu ile rekabeti önemli ölçüde sınırlayabilecek kadar büyük güçler elde etmelerini önlemektir. Bu amaca ulaşabilmek için Rekabet Kuruluna, şüpheli durumların aydınlatılabilmesi için, soruşturma veya ön araştırma açarak bilgi ve delil toplama, ilgilileri dinleme ve sonuçta ilgili işletmelerin rekabet kanuna aykırı davranışlarını yasaklama ve para cezası ile cezalandırma yetkileri verilmiştir. Rekabet Kurulunun ilgili pazarda rekabeti sağlamak amacıyla gerekli gördüğü hallerde işletmelere sadece yasaklama değil emirler de verebileceği kabul edilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi 4502 sayılı kanunla bir Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş, başlangıçta düzenleyici ve denetleyici yetkileri Ulaştırma Bakanlığı ile paylaştırılmış ve yaptırımlarla donatılmamışken, daha sonra

¹⁰ Metin Günday; Bağımsız İdari Otoriteler; Ankara, 5 Kasım 2001; Rekabet Kurumu Yayını s. 74.

¹¹ İzak Atiyas; “Doğal Tekellerin Regülasyonu ve Rekabet” Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını; Ankara 16 Aralık 1999 s.50 vd.

¹² Esen Sirel; Regülasyon ve Rekabet; Değerlendirmeler kısmı s. 61.

Çıkarılan 4673 sayılı kanunla, Ulaştıran Bakanlığına verilen yetkiler de Telekomünikasyon Kurumunda toplanmış ve 406 sayılı kanunun 2. maddesine eklenen bir fıkra ile çok gcl yaptırımlar uygulama yetkisi ile donatılmıştır.

Sektöre özgü oluşturulan Regülasyon Kurumunun yetkileri ile Rekabet Kurumunun yetkileri, yukarıda anılan kanunlarda net olarak ayrılmamış, aksine karışıklıklara yol açabilecek bazı hükümlere yer verilmiştir. Burada, bu incelemenin konusunu, Rekabet Kurumu (RK) ile Telekomünikasyon Kurumunun (TK) yetkilerinin nasıl ayrılması gerektiği hakkındaki fikirlerimiz oluşturacaktır.

Öncelikle, genel olarak regülasyon kapsamı ve eşitleri ile ilgili olarak çok kısa aılamalara yer verilecek, daha sonra TK'nın regülasyon kurumu olarak genel yetkileri hangi konularda toplanmaktadır tespit edilecek ve son olarak da Rekabet Kurumu ile çatışma çıkması muhtemel olan alan olarak, telekomünikasyon sektöründe rekabet konusunda yetkileri tartışılacaktır. Sonuçta telekomünikasyon alanında rekabet ile ilgili konularda iki kurum arasındaki yetkilerin, pozitif hukukumuzda göre nasıl paylaştırıldığı tespit edilecektir.

B. Genel Olarak Regülasyon Kapsamı ve eşitleri

Geniş anlamda alındığında regülasyon çok geniş bir kavramdır. Getirilen tüm kurallar, yapılan tüm düzenlemeler geniş anlamda reglasyondur. Dar anlamda regülasyon ise, yeni bir kavramdır ve genellikle, rekabet kurallarının işlemediği, sektörlerin toplumsal refahı sağlayacak şekilde, düzenlenmesi ve denetlenmesi ve bunu yapacak kurumun da bu düzenleme ve denetleme yetkilerini etkin bir şekilde kullanabilmesi için yaptırım uygulama yetkileri ile donatılması anlamında kullanılmaktadır. Ülkemizde, regülasyon yetkisi verilen kurullara genellikle düzenleme ve denetleme kurulu, st kurul, ... piyasası kurulu gibi isimler verilmektedir. Ancak modern anlamda regülasyon kavramının kapsamında belirli bir piyasanın, düzenlenmesi, denetlenmesi ve gerektiğinde yaptırım uygulanması da bulunmaktadır. Bu anlamda regülasyon kavramının Türkçe tam karşılığı henüz bulunmuş değildir.

Regülasyonun genellikle üç çeşidi olduğu kabul edilmektedir, idari, teknik ve ekonomik regülasyon. Bizim konumuz açısından Ekonomik regülasyon önem kazanmaktadır. Ekonomik regülasyon, işletmelerin pazara giriş-çıkış koşullarının düzenlenmesi, pazardaki iktisadi faaliyetlerinin, özellikle satış fiyatlarının düzenlenmesi ve son olarak sektörde rekabetin tesisi ve korunması için gerekli düzenlemeleri kapsar.

İdari ve teknik konularda, sektöre özgü düzenleyici kurumun yetkili olması konusunda genellikle tereddüt bulunmamakta¹³, ancak ekonomik regülasyon konusunda tereddütler bulunmaktadır. Bazılarına göre, rekabetin korunması hariç diğer ekonomik konularda sektöre özgü kurum görevli olmalıdır, rekabetin korunması konusunda ise rekabet kurumları yetkili olmalıdır.¹⁴ Bazı görüşlere göre ise, rekabeti koruma ve kollama görevi sadece rekabet kurumlarına değil sektöre özgü olan regülasyon kurumlarına da verilmelidir, ancak regülasyon kurumları ile rekabet kurumları arasında sıkı bir işbirliği olması gerektiği konusunda kesin bir görüş birliği bulunmaktadır.¹⁵

Aşağıda Telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde TK'nın görevlerine genel bir çerçeveden bakılacaktır.

C. Telekomünikasyon Kurumunun Görev ve Yetkileri

1. İdari ve Teknik Regülasyon Yetkileri

Telekomünikasyon alanındaki idari ve teknik düzenlemelerin TK tarafından yapılacağına dair her hangi bir tartışma bulunmamaktadır. Gerçekten 4502 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler sonrasında, pek çok konuda bakanlık yetkili gösterildiğinden TK'nın sadece bir danışma organı gibi düzenlendiği yorumları yapılmıştı, ancak daha sonra çıkarılan 4673 sayılı kanunla bakanlığa verilen tüm yetkilerin TK'ya verilmesi ve ayrıca yaptırım uygulama yetkisi de getirilmesi ile bu tartışmalar sona ermiştir.

TK, görevleri 2813 sayılı kanunun 5. maddesi ve esas olarak da 7. maddesinde sayılmıştır. Örneğin 5. maddede “4'üncü maddenin (g) fıkrasında sayılan hizmetlerin ifası için; telsiz sistemlerinin belirlenen tekniklere ve usullere uygun olarak çalıştırılmasının kontrolü, enterferansların tespiti ve giderilmesi, Devlet ve kişi güvenliğini ilgilendiren telsiz faaliyeti konularında yürürlükteki mevzuat dahilinde Devlet güvenlik makamlarıyla işbirliği yapılması ve millî ve milletlerarası teknik monitör hizmeti ve faaliyetleri Kurum tarafından yürütülür.”

Yine aynı madde de amatör telsizci belgesi ve operatör ehliyetnamesi verme yetkisi ve bunun için sınavlar yapma yetkisi kuruma verilmiştir.

¹³ Kanunlarla Telekomünikasyon Kurumuna verilen yetkilerin genel olarak incelenmesi hakkında Bkz. Ali Ulusoy;”Telekomünikasyon Alanındaki Sosyal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi”; Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları Ankara 16 Kasım 2000 s. 65 vd.

¹⁴ Ardiyok;Tez; s. 102 vd. Krş. Müftüoğlu; Regülasyon ve Rekabet; s. 148-150, Yılmaz; Perşembe Konferansı; s. 31 vd., Müftüoğlu ; Regülasyon ve Rekabet; s.169

¹⁵ Atiyas;Perşembe Konferansları; s. 64 vd.

TK'nın görev ve yetkilerini gösteren 7. maddede ise, a) bendine göre "genel esaslar çerçevesinde, telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon alanında gerekli planları hazırlamak ve Ulaştırma Bakanlığına sunmak ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlar ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin bu konudaki faaliyetlerine nezaret etmek," b) bendine göre "Telsiz haberleşmesi ve endüstrisi alanlarındaki araştırmacı ve imalatçı kuruluşlarla da işbirliği yaparak elektronik ve elektromanyetik teknolojideki gelişmeleri takip etmek." c) bendine göre "Bu Kanun uyarınca yapılan uygulamaları takip ve kontrol etmek, incelemek, değerlendirmek ve Ulaştırma Bakanlığınca lüzum görülen konularda Haberleşme Yüksek Kuruluna bilgi sunmak." d) bendine göre "Radyo ve televizyon verici istasyonları dahil olmak üzere her nevi frekans, planlama, tahsis ve tescil işlemlerini takat ve yayın sürelerini de göz önünde tutarak uluslararası kuruluşlarla işbirliği de yapmak suretiyle yürütmek". e) bendine göre "Usulsüz yayınları ve enterferansları izleyen ve tespit eden birimlerle karşılıklı işbirliği yaparak gerekli işlemleri yürütmek." ve f) bendine göre "Bu Kanun'da yer alan görevleri yürütmek, her türlü kayıtları tutmak ve mevcut hükümlere uymayanlar hakkında gerekli teknik ve idari işlemleri yapmak," h) bendine göre teknik hususlarda kriterler koymak, i) bendine göre telekomünikasyon alanında kullanılacak cihaz ve sistemlerin standartlarını tespit etmek. Bu hükümler dahi, TK teknik ve idari düzenleme yetkisi verildiğini göstermektedir.

2. Ekonomik Düzenleme Yetkisi

(a) Piyasaya Giriş ve Çıkışlarda Yetkisi

406 sayılı kanunun 2/a ve 3/a maddesine göre telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi maddede sayılan istisnalar dışında imtiyaz, ruhsat veya genel izine tabidir. Bu imtiyaz, ruhsat veya genel izni vermeye hem aynı madde hem de 2813 sayılı kanunun 7. maddesinin g bendinde 4673 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda TK yetkilidir. Dolayısıyla telekomünikasyon sektörüne girişlerin TK kontrolünde olduğunu söyleyebiliriz. Bu hükümlerin işletmesini devir suretiyle sektörden ayrılmak isteyenler içinde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Çünkü devredilecek kişilerin gerekli imtiyaz, ruhsat ya da genel izni almadan bu sektördeki bir işletmeyi devralmaları mümkün olmayacaktır. 406 sayılı kanunun 4. maddesinin f bendinde yer alan yaptırımlar arasında ruhsat ya da imtiyazın iptali veya tesislere el konulması gibi yetkiler de bulunmaktadır. Bir işletmenin, TK kararıyla da sektörden çıkması mümkündür. İflas nedeniyle çıkışlar dışında piyasadan çıkışlar da TK kontrolündedir diyebiliriz.

(b) Piyasadaki Faaliyetlerin Düzenlenmesi

TK işletmelerin piyasadaki faaliyetlerini de düzenlemeye yetkisi bulunmaktadır. Bir işletmenin piyasa faaliyetlerinin temelini iki hususun oluşturduğunu kabul edebiliriz. Birincisi faaliyet konusu hizmetin sunulması ve ikincisi de bunun ücretlendirilmesidir. Her iki konuda da TK çeşitli düzenleme yetkileri tanınmıştır.

(i) Hizmetin Sunulması Alanındaki Yetkileri

Hizmetlerin sunulmasında esas yasal temeli, imtiyaz sözleşmeleri, ruhsat şartları veya genel izin koşulları belirleyecektir. Bunları verme yetkisinin TK'da olduğunu yukarıda belirtmiştir. TK kurulduğunda mevcut olan işletmelerle imzalanmış sözleşmelerin de TK tarafından yenilenmesi gerekmektedir. Bu yenilenme sırasında gerekli değişiklikleri de yapabilecektir. Bu arada Türk Telekom'un da görev sözleşmesi yenilenecektir. Bu yenileme işlemlerinin esasları kanunda gösterilmiştir. 406 sayılı kanunun 2. maddesinin (e) bendinde yer alan hususlara göre hizmet kalitesine ilişkin şartlar, yaygın ve verimli pazarlamaya yönelik servis sağlayıcılığı, çözüm ortaklığı, servis dağıtıcılığı ve benzeri taşeronluk hizmetlerinin verilmesine dair uygulamalar bu sözleşmelerde yer alabilecektir. Ancak bunun dışında, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde gözetilecek ilkeler kanunda (406 sayılı kanunun 4. maddesi) belirlenmiş ve bunları yürütme ve denetleme yetkisi de TK'ya verilmiştir. Bunun da ötesinde, TK bazı hizmetlerin sunumu konusunda işletmelere yükümlülükler getirme yetkisine de sahiptir. Örneğin 406 sayılı kanunun 10. maddesinde ara bağlantı ve roaming ile ilgili olarak böyle özel bir düzenleme yapılmıştır.

Özetle belirtmek gerekirse, TK. Her türlü Telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak geniş düzenleme ve denetleme yetkilerine sahiptir.

(ii) Ücretlerin Belirlenmesi Alanındaki Yetkileri

Yukarıda belirttiğimiz gibi TK imtiyaz, ruhsat ya da genel izin şartlarını belirlerken, "telekomünikasyon iş ve hizmetleri karşılığında alınacak ücretlerin hesaplanmasına ilişkin esaslar ve bunların yeniden belirlenmesine ilişkin ilkeleri" de belirleyecektir. 406 sayılı kanunun 4. maddesinde sayılan ilkelere göre ücretler, makul, eşitlikçi, hizmetin devamlılığını sağlamaya yeterli, kaynakların etkin kullanımı esasına dayalı olmalıdır. 4. maddenin (k) bendine göre "İlgili mevzuat, imtiyaz sözleşmesi veya telekomünikasyon ruhsatında açıkça belirlenen durumlar haricinde, ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetlerin karşılığı alınacak ücretlerin, yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortismanı

ve makul ölçüde karı mümkün olduğu ölçüde yansıtması” gerekmektedir. 406 sayılı Kanun’un 10. maddesinin 5. fıkrasında göre yapılacak roaming taleplerinin “makul ve ekonomik açıdan oranlı” bir ücreti kapsaması gerekmektedir. Aynı kanunun 29. maddesine göre Kurum 30. maddede yer alan ilkeleri göz önünde tutarak telekomünikasyon hizmetlerinin, hat ve devre kiralari da dahil olmak üzere tayin ve tespit etmeye yetkilidir. İşletmeler, yapılan düzenlemelere uymak kaydıyla ücretlerini serbestçe belirlemekte serbesttirler.

Görüldüğü gibi TK hem doğrudan tüketiciye sunulan hizmetlerin ücret esaslarını hem de telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren işletmelerin birbirlerine sundukları hizmetlerin ücret esaslarını belirleyebilme yetkisine sahip bulunmaktadır.¹⁶

(c) Rekabetin Korunması Alanında Yetkileri

4502 sayılı kanunun TK’ a genel olarak telekomünikasyon sektöründe serbest rekabetin sağlanması ve korunması görevini de vermektedir. Gerçekten 406 sayılı kanunun 4. maddesinin (1) bendine göre TK telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesine ve/veya telekomünikasyon alt yapısı işletimine ilişkin olarak yapacağı düzenlemelerde, genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında (...) serbest rekabetin sağlanması ve korunması ilkesini dikkate alır. TK aynı kanunun 10. maddesinin son fıkrasına göre, standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve alt yapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır. 2813 sayılı kanunun 7. maddesinde sayılan TK görevleri arasında rekabetin sağlanması ve korunmasına da yer verilmiştir.

Gerçekten 7. maddenin (1) bendine göre “Telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ve bu alanda kanuna uygun olarak ticari faaliyet içinde bulunanların, hizmetlerin yürütülmesi, altyapının işletilmesi ve çeşitli telekomünikasyon teçhizat ve cihazları üreten veya satanların bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak,” TK görevleri arasında yer almaktadır. Yine aynı maddeye eklenen bir fıkra ile “Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve altyapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re’sen veya şikâyet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir. Kurum, telekomünikasyon hizmetleri ve

¹⁶ Ulusoy; Perşembe Konferansları; s. 83.

altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların kamuya açıklanacak olan ve üzerinde ilgili tarafların yorum yapabileceği görüşlerini bildirmesine imkân verebilmek için gerekli tedbirleri alabilir. Kurum tüketici menfaatlerinin korunması için de gerekli tedbirleri alır.”

Kanun’un çeşitli maddelerinde TK’ya rekabeti sağlama ve koruma görevi verilmiş ise de bu özel hükümlere ek olarak yukarıya almış olduğumuz son hüküm ile genel olarak telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları resen inceleme ve soruşturma yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bu hükümler karşısında TK’nın genel olarak, yaptığı her türlü düzenleyici işlemde serbest rekabetin sağlanması ve korunması ilkesini dikkate alması gerektiği, yapacağı denetimlerde de rekabeti bozucu uygulamaları denetim kapsamına alacağı, rekabeti bozucu uygulamalar tespit etmesi halinde, aşağıda açıklanacağı gibi, bunlara yaptırım uygulayabileceğini kabul etmek gerekmektedir.¹⁷ Bu durumda ekonomik regülasyon ve özellikle de rekabetin korunması alanında TK yetkisi olmadığını ve yetkinin Rekabet Kurumunda olduğunu ileri süren görüşleri ihtiyatla karşılamak gerekmektedir.¹⁸

3. Yaptırım Uygulama Yetkisi

4502 sayılı kanunla yapılan değişiklikler TK’ya yaptırım uygulama yetkisi vermemekte idi, bu nedenle TK’nın sadece düzenleyici yetkilerinin olduğu denetleme ve yaptırım uygulama yetkisinin bulunmadığı bu nedenle rekabetin korunması konusunda da yetkili olmasının mümkün olmadığı dolayısıyla Rekabet Kurumun yetkilerinin devam ettiği sonucuna ulaşıyordu. Çünkü kanun serbest rekabeti sağlama ve koruma görevi vermiş ancak yaptırım yetkisi vermemiştir. Bu tartışmalar ve özellikle de Bakanlığa verilen yetkilerin çokluğu konusundaki eleştiriler neticesinde 4673 sayılı kanunla Bakanlığa verilen yetkiler TK’ya devredilmiş ve TK yaptırım uygulama yetkisi de verilmiştir. Gerçekten, 406 sayılı kanunun 4673 sayılı kanunun 2. maddesi ile değişik f bendine göre “Kurum; Türk Telekom dahil işletmecilerle imzaladığı sözleşmelerin ve verdiği genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarının şartlarına uyulmasının sağlanması için gereken tedbirleri almaya, faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde ilgili işletmecinin

¹⁷ Ulusoy;Perşembe Konferansları; s. 91; Ali Ulusoy; Regülasyon Ve Rekabet; s. 57, Ulusoy.;Regülasyon ve Rekabet; s.118

¹⁸ Bu gibi görüşler için bkz: Müftüoğlu; Regülasyon ve Rekabet; s. 148,150; Yılmaz; Regülasyon ve Rekabet; s. 36,37; İsmail Hakkı Karakelle; Regülasyon ve Rekabet; s. 128

bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 3'üne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye yetkilidir.”

TK'ya RK'nın sahip olmadığı bazı yaptırımları uygulama yetkileri de verilmiştir. Buna göre TK şu yaptırımlara sahiptir:

- Bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 3'üne kadar idarî para cezası uygulamaya,
- Millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya,
- Gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya
- Ya da ağır kusur halinde imtiyaz sözleşmesini, telekomünikasyon ruhsatını ya da genel izni iptal etmeye.

Ayrıca TK görevlerini gösteren 2831 sayılı kanunun 7. maddesinde de yaptırım uygulamaya ilişkin olarak çok ilginç bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre “j) (27/1/2000-4502/16 md. ile ek) Telsiz haberleşmesi ve telekomünikasyon hizmetleri ve altyapının işletimi ile ilgili olarak görev alanına giren konularda yönetmelik çıkartmak veya diğer idari işlemleri yapmak, işletmeciler, aboneler, kullanıcılar ve Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak,”

Bu hüküm TK'ya telekomünikasyon alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin mevzuata uygun davrandıklarını denetleme ve kanunlarda belirtilen yaptırımları uygulama yetkisi verilmektedir.

Bu hükümler karşısında TK'nın telekomünikasyon mevzuatına bu arada, rekabet kurallarına uygun olarak yapmış olduğu düzenlemeler ve genel olarak rekabete aykırı davranışlara karşı yaptırım uygulama yetkisi olduğunun kabulü gerekmektedir.

D. Yetki Sorunu

1. Yetki Sorununun Kaynakları

2813 sayılı kanunun 7. maddesine göre işletmelerin telekomünikasyon faaliyetlerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmesini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak, telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış,

plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmek, görev ve yetkileri telekomünikasyon Kurumuna verilmiştir. Ancak bu hükmü takip eden fıkrada "Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği tüm kararlarda, öncelikle Kurumun görüşünü ve Kurumun yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır" denmektedir.

406 sayılı kanunun 4. maddesine göre, TK tarafından, genel olarak tüm telekomünikasyon alanlarında 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ve Türk Telekom'un bu konuda belirtilen tekel hakları saklı kalmak kaydıyla, serbest rekabet ortamı sağlanması ve korunması amacı gözetilir. Bu hüküm de TK yetki verirken 4054 sayılı kanunun ve Türk Telekom'un tekel haklarının saklı olduğunu belirtmektedir.

406 sayılı kanunun 10. Maddesinde de ara bağlantı ve roaminge ilişkin olarak TK'nın yapacağı düzenlemelerde serbest rekabeti sağlayıcı hususları dikkate alması gerektiğine ilişkin hükmü takiben, "gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir" denmektedir.

Bu üç hükümden hareketle, Telekomünikasyon sektöründe rekabet kurallarının uygulanması konusunda Telekomünikasyon Kurumunun yetkili olmadığı, yetkili olsa bile Rekabet Kurumunun yetkisinin ortadan kaldırılmadığının, halen devam ettiğinin anlaşıldığı, telekomünikasyon mevzuatına ve rekabet kanuna aykırı fiiller olduğu durumlarda Rekabet Kurumunun yetkili olması gerektiği en azından TK yetkili bile olsa aynı fiil ile ilgili olarak Rekabet Kurumunun da soruşturma açmasına engel bulunmadığı, her iki kurumun da kendi yaptırımlarını ayrı ayrı uygulayabileceği ileri sürülmektedir.

Gerçekten 406 sayılı kanunun 4. maddesinin (ı) bendi ve 2831 sayılı kanunun 7. maddesinin son fıkrası hükümlerinin, TK ile RK yetkilerinin çatışma konusu olabileceğini göstermektedir. Bu hükümler hiç olmasa idi, Rekabet Kurumunun, telekomünikasyon alanındaki tüm yetkilerinin ortadan kaldırıldığını ileri sürmek mümkün olabilirdi. Ancak bu iki hüküm Rekabet Kurumunun telekomünikasyon alanında da bazı yetkilerinin devam ettiğini göstermektedir.

406 sayılı kanunun 10. maddesinde yer alan hüküm ise daha özel nitelikli bir hüküm olduğu için böyle bir yetki karmaşası çıkaracak nitelikte değildir.

2. Yetki Sorununun Çözümü

(a) Telekomünikasyon Alanında Rekabetin Korunması Konusunda Genel Yetkili Kurum

Bilindiği gibi 4054 sayılı Kanun'un genel bir kanundur. Ekonominin tüm sektörleri için geçerlidir. Amacı rekabetin korunması olan bu kanunu uygulama yetkisi esas olarak Rekabet Kurumuna verilmiştir. Bu durumda Rekabet Kurumunun ekonominin tüm sektörlerinde rekabetin korunması konusunda genel yetkili kurum olduğu açıktır. 4054 sayılı kanunun hiç bir sektörü kendi uygulama alanı dışına çıkarmamıştır. Bununla birlikte, yasa koyucu telekomünikasyon sektörünün özelliklerini dikkate alarak sektöre özgü bazı düzenlemeler yapmış ve bu düzenlemeleri uygulama yetkisini TK'ya vermiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi 406 sayılı kanunun 4. maddesi ve 2813 sayılı kanunun 7. maddesinin j bendi ve son iki fıkrası kapsamında bakıldığında yasa koyucunun telekomünikasyon sektöründe rekabetin sağlanması korunması yetkisini TK'ya verdiği görülmektedir. Bu durumda, telekomünikasyon sektöründe rekabetin korunması konusunda genel yetkili kurumun TK olduğunun kabulü gerekir. Ancak Rekabet Kurumunun da yetkileri tam olarak kaldırılmamış ve istisnai olarak bazı yetkilerinin kalmış olduğu yine aynı hükümlerden ortaya çıkmaktadır. Ancak RK, bu istisnai yetkilerini kullanırken dahi, TK, görüşüne başvurmak ve onun düzenlemelerini dikkate almak zorundadır. Nitekim 7. maddenin son fıkralarının gerekçelerinde "Rekabet Kurumunun görev alanına giren hususlarda bile, eğer telekomünikasyon sektörüne ilişkin bir inceleme söz konusu ise Telekomünikasyon Kurumunun da bu konu ile ilgili görüşünün alınması hususu getirilmekte, bu sayede, telekomünikasyon sektörüne özel bazı hususların rekabet hukukunda da göz önüne alınması sağlanmaktadır" denmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi yasa koyucu telekomünikasyon sektörüne özgü hususlara öncelik ve önem vermektedir. Rekabet Kurallarının uygulanmasının dahi bu özel sektörle ilgili ise sektöre özel düzenleme ve görüşlerden etkilenmesini istemektedir.

Bu durumda, telekomünikasyon sektöründe rekabetin korunması ile ilgili konularda genel yetkili kurumun TK istisnai yetkili kurumun da RK olduğunu ve RK bu sektörle ilgili kararlarında genel yetkili olan TK'nın görüş ve düzenlemelerini dikkate alması gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. RK bu görüş ve düzenlemeleri dikkate almaz ise kararı sakatlanmış olacaktır.

(b) Kanunla Özel Olarak Düzenlenmiş ve Çözüme Bağlanmış Hususlar

Kanun bazı konularda, çıkabilecek ihtilafları önceden görerek kendisi bu ihtilafların çözümüne ilişkin düzenlemeler getirmiş ve bu düzenlemeler konusunda kurumların yetkilerini de özel olarak düzenlemiştir. Bu gibi durumlarda çıkacak ihtilafların genel bir kanun olup telekomünikasyona özgü hiç bir soruna özgü çözümleri bulunmayan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, telekomünikasyona özgü kanunların getirmiş olduğu özel çözüm yollarının uygulanacağından şüphe etmemek gerekir. Örneğin 406 sayılı Kanun'un 10. maddesinde ara bağlantı ve roaming (ulusal dolaşım) ile ilgili çıkabilecek ihtilaflar öngörülerek bir çözüm tarzı öngörülmüştür. Bu çözüm tarzına göre tarafların ara bağlantı veya roaming konusunda anlaşamaması halinde TK bir yönetmelikle düzenleme yaparak ara bağlantı ve/veya roaming anlaşmalarının ayrıntılarını gösterecektir. Bu yönetmelikleri çıkarırken serbest rekabetin sağlanması ve korunmasına dikkat edecektir. Bu düzenlemeyi yaparken RK'ya başvurması da mümkündür. Burada, kanunun, yukarıda bahsettiğimiz genel düzenlemelerden ayrılarak 10. maddede düzenlenen konulara özgü bir çözüm getirdiği ve bu çözüm içinde de her iki kuruma özel roller verdiği anlaşılmaktadır. Bu hükme göre taraflar arasında anlaşma sağlanamaması halinde TK bir yönetmelikle sorunun çözümünün ayrıntılarını düzenleyecektir.

Bu düzenlemeyi yaparken TK tamamen serbest değildir. Uyması gereken ilkeler kanunda gösterilmiştir.¹⁹ Bu konuda yetki tamamen TK'ya verilmiştir. Ancak RK'ya da belirli bir rol biçilmiştir. Bu rol "başvurabilir" kelimesine verilecek anlama bağlıdır. İki şekilde düşünülebilir. Birincisi, bu başvurunun 4054 sayılı Kanun'un anlamında başvuru olduğunu düşünebiliriz, lafzen yapılacak bu yoruma göre, bu başvurunun 4054 sayılı Kanun'un 40. maddesi anlamında bir başvuru olduğu ve RK'dan soruşturma açılmasının talep edilebileceği şeklinde anlaşılabilir. Gerçi aynı kanunun 9. maddesinde şikayet ve ihbarlardan söz edilmekte başvurudan söz edilmemektedir. İkincisi ve amaca daha uygun olduğunu düşündüğümüz yoruma göre de 406 sayılı kanunun 10. maddesinde yer alan bu kelimenin, cümlenin tamamıyla birlikte anlamlandırılması şeklinde bir yorum yapılması gerekmektedir. Buna göre, TK rekabetin sağlanması ve korunmasını içeren bir düzenleme yapacağı için, yapacağı düzenleme ile ilgili olarak RK'dan görüş isteyebilecektir. Başvurunun amacı böylece, görüş istemek şeklinde olacaktır. Ancak kesin olan şudur ki, hangi yorum tarzı kabul edilirse edilsin, TK bu başvuruyu yapıp yapmamakta serbesttir. Yani RK'ya başvurmamış olması yapacağı düzenlemeyi sakatlamaz.

¹⁹ Ulusoy; Perşembe konferansı; s. 77-81

Örneğin 01-28/277-81 sayılı ve 19.06.2001 sayılı karara konu olan bir ara bağlantı anlaşmasının, RK bildirilmesi ve menfi tespit ya da muafiyet talep edilmesi gerekli olup olmadığı tartışılacak olursa, böyle bir zorunluluk olmaması gerektiği, bu konunun 406 sayılı kanunun 10. maddesinde düzenlendiği, çıkacak her hangi bir uyuşmazlığın, bu arada rekabete aykırılıkla ilgili bir uyuşmazlık da olabilir, TK tarafından çözümleneceği ve ne şekilde çözümleneceği de gösterilmiştir. Bu konuda RK yetkisiz olacaktır.

Yine Türk Telekom'la ilgili olarak da çeşitli özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan birisi alt yapı tesislerinin kullandırma yükümlülüğünün olmadığını, aksine alt yapıdan yararlanmak isteyenlerin öncelikle Türk Telekom'dan talep etmeleri gerektiğini düzenleyen ve bu konudaki anlaşmazlıkların çözüm yolunu gösteren 406 sayılı kanunun 2. maddesidir, diğer bazı hükümler de vardır, örneğin tekel hakkına ilişkin hükümler, fiyatlarda maliyet tabanlı değil sübvansiyon amaçlı uygulamalara ilişkin hükümler vs gibi. Ayrıca altyapının kullanımı esaslarını düzenleyecek olan TK'dır. Bu konuda kendisine özel yetkiler verilmiş bulunmaktadır.

Bu gibi özel düzenlemelerin bulunduğu konularda, düzenlemeyi yapan kanun hükmü dışında başka bir kanun hükmünün uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla RK, telekomünikasyon mevzuatında özel düzenleme ile çözüme kavuşturulmuş olan sorunlarla ilgili olarak her hangi bir yetkisi olamaz. Bununla birlikte, RK'nın 02-60/755-305 sayılı ve 2.10.2002 tarihli Türk Telekom hakkındaki kararı ile ilgili olarak yetkisinin olmaması gerekmektedir.

Aynı şekilde, telekomünikasyon mevzuatı ile kesin olarak RK'yı yetkili gösteren hükümler konusunda da TK'nın yetkisi ancak yine kanunda gösterilmiş ise olabilir ve bu yetki o özel hükümde ne kadar bir yetki ise o kadar olacaktır. Örneğin birleşmelerle ilgili olarak RK yetkisi kesin bir dille belirlenmiştir. Dolayısıyla telekomünikasyon alanındaki birleşmelerle ilgili olarak karar yetkisi RK'ya aittir. Demek ki yukarıda sözünü ettiğimiz 01-03/10-3 sayılı ve 09.01.2001 tarihli birleşme kararında RK yetkilidir. Ancak aynı hüküm TK'ya da bir rol vermiştir. Bu role göre, RK, ilgili birleşme ve devir ile ilgili olarak kararını vermeden önce TK'dan görüş istemek ve varsa yaptığı düzenlemeleri dikkate almak zorundadır. Burada TK tek yetkisi, görüşünü bildirmek veya yapmış olduğu düzenlemenin dikkate alınmasını talep etmekten ibarettir. Söz konusu karardan böyle bir görüş alınıp alınmadığı belli olmamaktadır.

GSM operatörlerinin, bayileri ile ilişkileri ise, 00-20/198-107 sayılı ve 30.5.2000 tarihli kararda olduğu gibi, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olmakla birlikte telekomünikasyon mevzuatına aykırılık olması ihtimali zayıf olan bir konudur, dolayısıyla böyle bir konuda RK yetkili olacaktır

(c) Sektörler Arası Ayrım Yapılması

406 sayılı kanununun 2. maddesi (f) bendinde yer alan para cezasının yıllık cironun % 3'üne kadar olması, buna karşılık 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesindeki para cezasının yıllık cironun % 10'una kadar olması nedeniyle, yasa koyucunun sektörler arasında ayırım yapmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla böyle bir ayırım olmaması bakımından RK yetkilerinin devam ettiğinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Kanun koyucunun tüm sektörler eşit davranması söz konusu değildir. Her sektörün ülke ekonomisi içindeki ağırlığı, önemi ve özellikleri birbirinden farklı olabilir. Bu durumda bu sektörler farklı davranılması gerekebilir. Daha da önemlisi, bazı sektörlerde rekabet kuralları tam olarak işlemediği için o sektörler özel olarak düzenlenir ve rekabet kuralları ile ulaşılmak istenen sonuca bu kez regülasyon kuralları ile ulaşılmaya çalışılır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi regülasyonun sebebi zaten regüle edilecek sektörlerin diğer sektörlerden farklı olmasıdır. Nitekim kanun koyucu bu gerekçelerle telekomünikasyon sektöründe farklı düzenlemelere gitmiştir. Bu gibi düzenlemelerin, Rekabet Kanununun mehzasını teşkil eden Avrupa Topluluğunda da olduğu bilinmektedir. Nitekim AB'de rekabet kuralları tarım ve taşıma sektörüne yıllarca diğer sektörden farklı uygulanmıştır.

Diğer sektörlerdeki firmalara çok ağır para cezaları uygulanırken bu iki sektöre rekabet kurallarının uygulanmasını düzenleyen özel tüzüklerde, genel uygulama tüzüğü olan 17 sayılı tüzükten farklı olarak para cezası öngörülmemiştir. Dolayısıyla bazen asimetrik düzenlemeler yapılması ekonominin bir gereği olabilir. Ülkemizde de böyle bir farklı uygulama bankaların birleşmeleri konusunda da vardır. Diğer sektörlerde uygulanan eşik bankalar açısından daha aşağıya çekilmiştir. Ayrıca burada şunu da belirtmekte fayda bulunmaktadır ki, yasa koyucu para cezasını indirmiş ama sektöre özgü, RK'nın sahip olmadığı başka yaptırımlar öngörmüştür.

(d) İki Kurumun Aynı Anda Yetkili Olması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, telekomünikasyon alanında RK yetkileri tam olarak kaldırılmamış olduğuna göre ve TK'ya da özel yetkiler verilmiş olduğuna göre bu iki kurumun da aynı anda birlikte yetkili olmaları gerektiği, örneğin bir fiil telekomünikasyon mevzuatını ihlal ediyorsa ve aynı zamanda rekabet mevzuatına da aykırı ise bu durumda her iki kurum kendi yasaları doğrultusunda yaptırım uygulayabilir, çünkü her ikisinin uygulayacağı usul, ve yaptırım şartları birbirinden farklı olacaktır. Bu durumda iki ayrı yaptırımın uygulanmasında da bir sakınca olmaz yorumları yapılmıştır. Örneğin, bu görüşe göre, roaming yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir işletme hem 406 sayılı

kanunun 10. Maddesine göre TK'nın yaptığı düzenlemeyi ihlal etmiş olacaktır hem de roaming talep eden işletmenin pazara girişini zorlaştırmış olacaktır. Eğer roaming yükümlülüğünü yerine getirmeyen işletme hakim durumda ise, RK, bu görüşe göre, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre soruşturma açabilecektir.

Ancak bu görüşü kabul etme olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, verdiğimiz örnek açısından, zaten kanun kendisi bir çözüm öngörmüş olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un uygulanması söz konusu olamaz. Ancak aynı görüşün genel olarak sektöre uygulanması mümkün değildir. Her şeyden önce idare hukuku kuralları çerçevesinde bir idari sorunla ilgili olarak iki idari makam kendisini yetkili görürse, bu iki idari makamın, birbirinin astı veya üstü olmaması veya vesayet makamı olmaması fakat birbiri ile eşit düzeyde iki idari makam olması halinde, yetki çatışması söz konusu olur. Her iki kurumun da aynı anda yetkili olmasına değil, bu yetki çatışmasının çözülmesine çalışılır. Bunun için geliştirilen çözüm ilkesi ise "konu bakımından yetki ilkesidir". Konu bakımından yetki ilkesi çerçevesinde TK'nın yetkili sayılması gerekeceğine de şüphe bulunmamaktadır.

Öte yandan, her iki kurumun aynı anda yetkili görülmesi halinde ilgili işletmeye tek bir fiili nedeniyle iki ayrı ceza uygulanmış olacaktır. Bir işletme tek bir davranışı ile iki ayrı kanunu ihlal etmiş ise iki ayrı ceza uygulanması mümkün değildir. Bir hareket nedeniyle iki ceza uygulanamaz. Bu, ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisidir. İdari ceza hukuku konusunda da ceza hukukunun genel ilkelerinden yararlanması gerekmektedir. Gerçekten idare hukuku alanında bir işletmeye belirli bir idari makam tarafından iki farklı sıfatı ya da niteliği nedeniyle iki ayrı ceza verilmesi mümkündür. Örneğin yukarıda andığımız Rekabet Kurulu kararlarından, 99-57/614-391 sayılı ve 14.12.1999 tarihli kararda RK ilgili işletmeye tek bir yerinde incelemeye izin vermeme nedeniyle hem 16. maddenin 1. fıkrasının b bendine göre hem de 17. maddenin d bendine iki ayrı yaptırım uygulamıştır.²⁰ Ancak iki ayrı kurumun aynı konuda kendisini yetkili görerek ilgili işletmenin tek bir fiili nedeniyle, iki ayrı ceza verilmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Bu açıklamalardan sonra telekomünikasyon kurumunda, birleşme ve devirler dışındaki rekabet ihlali konularında RK'nın yetkilerinin neler

²⁰ Bizim kanaatimize göre bu karar yanlıştır. Çünkü, yerinde incelemeye direnme halinde 16/b maddeye göre para cezası verilemez ancak 17/d maddesine göre süreli para cezası uygulanabilir. 16/b maddesi ise "kurul kararı ile bilgi isteme ya da yerine inceleme hallerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi verilmesi halinde" uygulanabilir. Yerinde inceleme kararına uymayarak, yerinde inceleme yapılmasını engelleme halinde ise bu hükme göre yaptırım uygulanamaması gerekir. Bu durumda 17/d maddesine göre süreli para cezası verilebilir.

olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Çeşitli ihtimalleri göz önünde tutarak ve yukarıdaki ilkeler çerçevesinde RK'nın yetkilerinin ne olacağını şu şekilde tespit etmek mümkündür.

1- Sadece telekomünikasyon mevzuatına aykırı olan konularda, TK yetkilidir. Bu konu ara bağlantı ve roaming ile ilgili ise TK eğer isterse RK'ya görüşlerini almak amacıyla başvurabilir.

2- Aynı anda hem telekomünikasyon mevzuatına hem de rekabet kanuna aykırılık söz konusu ise, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde TK yetkili olacaktır.

3- Telekomünikasyon sektöründe olmakla birlikte söz konusu konu telekomünikasyon mevzuatına aykırılık teşkil etmiyorsa sadece rekabet kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa RK yetkili olacaktır. Ancak RK bu gibi konularda karar verirken TK'dan görüş almak ve TK'nın bu konuda düzenlemeleri varsa bunları dikkate almak zorundadır. Örneğin, yukarıdaki kararlardan birisi olan ve ilgili işletmelerin aklanması ile sonuçlanan 99-57/614-391 sayılı ve 14.12.1999 tarihli kararında olduğu gibi, iki GSM operatörünün uyguladıkları fiyatları TK tarafından oluşturulan tarifelere uygun olabilir ancak fiyatları birlikte tespit ediyorlarsa bu bir fiyat tespiti anlaşması olacak ve 4054 sayılı kanunun 4. maddesine aykırı olduğundan RK tarafından soruşturma açılıp yaptırım uygulanabilecektir.

REKABET HUKUKUNDA DELİLLER ve İSPAT

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK

Koç Üniversitesi Öğretim Üyesi

I. Rekabet Hukuku Soruşturmalarının “Yargı Benzeri” Niteliği

Yargı faaliyetini tanımlarken kullanılan ölçütlerden biri “organik” (veya “şekli”) ölçüttür ki, bu ölçüte göre bir faaliyetin yargı faaliyeti sayılması için bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gerekir. Bu tanımlamayı tamamlamak için kullanılan “maddi” ölçüte göre ise, mahkemelerin bütün faaliyetleri yargı faaliyeti değildir; sadece hukuk kurallarının bağımsız mahkemeler tarafından somut olaylara uygulanması halinde bir yargı faaliyeti vardır. Bu ölçüte göre, hakimlerin bir davayı veya çekişmesiz yargı işini görmesi

ve hüküm vermesi yargı faaliyetine dahildir. Kalem işlerinin yürütülmesi ve yazı işleri personelinin yönetimi gibi işler ise yargı faaliyeti kapsamında dışındadır.²¹

İdare faaliyeti de, yargı faaliyetine benzer şekilde “organik” ve “maddi” ölçütlere göre tanımlanmaktadır. Buna göre, kural olarak, bir irade açıklamasının idari işlem sayılması için idare tarafından yapılması (organik ölçüt) ve kamu gücünü kullanarak, tek taraflı olarak yapılan bu işlemin kişilerin veya nesnelerin hukuki durumunu etkilemesi (maddi ölçüt) gerekir.²²

Bazı hallerde ise, idari teşkilat içinde yer alan kurumların, hukuk kurallarını somut olaylara uygulaması söz konusu olmaktadır ki, bu son halde, İngilizce konuşan devletlerin hukukunda “yargı benzeri” (quasi-judicial) diye anılan bir idari işlem grubu ile karşılaşmaktadır.²³ Özellikle maddi olayların ortaya çıkartılmasına ilişkin bir tahkikat aşaması sonunda hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve ilgililerin hukuki durumunu etkileyen bir birel işlem yapılması ile sonuçlanan bu işlemler bu gruptadır. Disiplin işlemleri bu tür işlemlerin tipik örneğidir. Türk hukukunda, örneğin Türk Patent Enstitüsü’nün marka tescili başvurularına yapılan itirazlar hakkında verdiği kararlar (556 s. KHK m. 34-36); bankaların yönetimin ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmesine ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve Bakanlar Kurulu kararları (Bankalar Kanunu m.14-16) ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun, Sermaye Piyasası Kanunu’na aykırılık halinde ilgilinin savunmasını aldıktan sonra idari para cezası vermesi (Sermaye Piyasası Kanunu m.47/A) yargı benzeri faaliyetler arasındadır.

Yargı benzeri faaliyetler, ilgililere, haklarının korunması bakımından tam ve mükemmel bir yargılamanın sunduğu bütün olanakları sunmaz. Bu olanaklar ancak mahkemelerde geçerli olan ayrıntılı usul hükümleri ve bağımsız hakimlerin varlığı ile sağlanabilir. Buna rağmen, yargı benzeri faaliyetlerle yargı faaliyeti arasındaki yakınlık dolayısıyla, yargı benzeri işlemler yapan idarenin, yargılama hukukunda geçerli olan bazı temel kurallara (“yargılama hukuku güvenceleri”ne²⁴) uygun hareket etmesi gerekir.

Örneğin kararların gerekçeli olması, “şüpheden sanık yararlanır” kuralı ve ilgiliye dinlenilme hakkı tanınması, yargı benzeri faaliyetlerde de uygulanması gereken yargılama hukuku güvenceleri arasındadır. Yargı benzeri

²¹ Ezcümle bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt I, 6. Bası (İstanbul: Demir-Demir, 2001), s. 2-3.

²² Ezcümle bkz. Bahtiyar Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Ankara: Yetkin, 2000), s. 30-31.

²³ Bkz. *Black’s Law Dictionary*, 7. Bası (St. Paul: West Group, 1999), “quasi-judicial” maddesi.

²⁴ Ezcümle bkz. Ali Cem Budak, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması* (İstanbul: Beta, 2000), s. 3-6.

idari işlemler idari yargı denetimine tabidirler. Yargılama hukuku güvencelerine uyulmadan yapılan yargı benzeri işlemler “usul-şekil sakatlığı” sebebiyle iptal edilebilirler.²⁵

II. Rekabet Hukuku Soruşturmalarında Deliller

Rekabet Kurulu'nun rekabet hukuku ihlallerine ilişkin inceleme, araştırma ve kararları, rekabet ihlali iddiaları veya şüphesi üzerine somut maddi olayların soruşturulması sonucunda, ortaya çıkarılan somut olaya rekabet hukuku kurallarının (yaptırımlarının) uygulanmasına ilişkin bulunmaktadır. Rekabet hukuku ihlallerine ilişkin işlemler, bu özellikleri ile yargı benzeri işlemler arasında yer almaktadır.²⁶ Bu nedenle, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin kararların sağlığı açısından Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uygulanan usul kurallarının yargılama hukuku güvenceleri ışığında yorumlanması ve uygulanması gereklidir.²⁷

Gerek Rekabet Kurumu'nun kararlarında, gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın Komisyonun rekabet soruşturmaları dolayısıyla verdiği kararlarda, yargılama hukuku güvencelerinin gözetilmesi gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu kararların bir çoğu rekabet soruşturmalarında delillerin toplanması ile ilgilidir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabet Kurulu'na, rekabet ihlallerinin araştırılması konusunda geniş yetkiler tanımaktadır. “Bilgi İsteme” başlıklı 14. maddeye göre:

Kurul, bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. /Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.

“Yerinde İnceleme” başlıklı 15. maddeye göre ise:

Kurul, bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: /(a) Defterlerini, her türlü

²⁵ Bkz. Akyılmaz, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 148.

²⁶ Bkz. Alberto J. Gil Ibáñez, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits* (Oxford: Hart Publishing, 1999), s. 75. Bu nedenle, Rekabet Kurulu'nun “yarı yargılama organı” olduğu ifade edilmiştir: bkz. Ejder Yılmaz, “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Kasım 1999, s. 79-131, s. 112 (soru ve cevap bölümü).

²⁷ Bkz. Hanns Peter Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law* (Oxford: Hart Publishing, 1999), s. 56-57.

evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, /(b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, /(c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. /İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

Benzer düzenlemeye Avrupa Topluluğu'nun 17/62 sayılı Rekabet Hukuku Tüzüğü'nün²⁸ m.11, f.4, m.12, f.2 ve m.14 hükümlerinde de rastlanmaktadır. Bu geniş yetkiler kullanılırken yargılama hukuku güvencelerinin ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir.²⁹

Adalet Divanı'nın kararlarına göre, Komisyon, teşebbüslerden bilgi talep ederken, ilgili teşebbüsün savunma hakkını gereği gibi kullanmasına imkân vermek için, yapılan soruşturmanın konusu ve amacı hakkında yeterli bilgi vermelidir.³⁰ RK m.15, f.2'de de rekabet hukuku ihlalleri hakkında önaraştırma veya soruşturma yapan uzmanların "incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını (...) gösteren bir yetki belgesi_bulundur"ması gerektiği hükmü yer almaktadır. Bu hükmün, ilgilinin savunma hakkı ile ilgili diğer RK hükümleri (m.43, f.2, m.44, f.2 ve 3) ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Rekabet Kurulu'na göre, bu bilgi verme gereği, daha önaraştırma aşamasında, Kurul'un elinde olan bütün bilgilerin ilgiliye aktarılması gereği şeklinde anlaşılmalıdır. Önaraştırma aşamasında ilgili teşebbüse soruşturmanın konusu ve amacının ne olduğunu bildirmek, başka bir ifadeyle hangi olay dolayısıyla ve hangi kanun hükmünü ihlal etmekle itham edildiğini açıklamak yeterlidir. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun İzmir Ticaret Odası v. Akçansa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri soruşturmasındaki kararı³¹ yol göstericidir:

4054 sayılı Kanun'un savunma hakkına ilişkin hükümleri 43, 44 ve 45'inci maddelerle sınırlı değildir. 46 ve 47'nci maddelerde de sözlü savunma hakkı düzenlenmektedir. Savunma hakkının ihlal edilmemesi ilkesi çerçevesinde, önaraştırma ile başlayan inceleme sürecinde meydana gelebilecek gelişmelere bağlı olarak incelemenin değişik safhalarında, taraflara müteakip ("müteaddid" olacak) defalar savunma hakkı tanınmaktadır.

²⁸ AT Resmi Gazetesi 1962 L 13, s. 204; son defa 1216/1999 tarihli Tüzük tarafından değiştirilmiştir; AT Resmi Gazetesi 1999 L 148, s. 6.

²⁹ Bkz. Nehl, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, s. 71-73.

³⁰ Hoechst AG v. Commission of the European Communities, Case 46/87-227/88, *European Court Reports* 1989, s. 2859 vd., kenar no. 29.

³¹ Rekabet Kurulu'nun İzmir Ticaret Odası v. Akçansa Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri hakkındaki 99-30/276-166 (a) sayılı kararı, kenar no. 3.5 (*Resmi Gazete* 6 Ekim 2000, sayı 24192).

Bu haklardan ilki, önaraştırma sonunda verilen savunma hakkıdır. Ardından soruştırma safhasının sonunda hazırlanan rapor taraflara sunulmakta ve ikinci kez savunma yapmaları istenilmektedir. Soruştırma raporunda yer alan hususlara karşı yapılan savunmalar raportörlerce değeriendirildikten sonra, söz konusu değeriendirme hakkında da görüşlerini bildirmeleri için taraflara üçüncü bir fırsat tanınmaktadır. Adına savunma hakkı denilmemiş olmakla birlikte, soruştırma safhasının sonunda taraflarca yapılan savunmalar hakkında raportörlerce verilen ek görüşe karşı 1 ay içerisinde verilen cevap da, özü itibariyle savunma hakkı çerçevesinde mütalaa edilmelidir. Yasa bununla da yetinmeyip, taraflara bir de sözlü savunma hakkı öngörmüştür. Diğer bir ifadeyle, önaraştırma ile başlayıp nihai kararla sonuçlanan inceleme sürecinde, tarafların isterlerse değeriendirebilecekleri, şekli anlamda, dört savunma ya da cevap hakları vardır.

Ayrıca, Kanun'un 44'üncü maddesinde yer alan, "Kurul'un soruştırma safhasında, bu Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler" hükmü özü itibarıyla, soruştırma safhasının sonuna kadar, taraflara sınırsız bir savunma hakkı tanınmaktadır. Bu yolla taraflar kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve belgeyi, soruştırma safhasının sonuna kadar istedikleri zaman sunabilmektedirler.

4054 sayılı Kanun'un bu konudaki yaklaşımını, savunma hakkıyla ilgili olarak diğer maddelerde yer verilen hükümler çerçevesinde değeriendirmek gerekmektedir. Ayrıntılı düzenlemeler bir yana, taraflar açısından savunma hakkı yönüyle en önemli güvence, 44'üncü maddenin: "Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz." hükmüyle getirilmiştir.

Tarafların savunma haklarının gerektiği gibi uygulanabilmesine yönelik olarak getirilen bu kadar geniş olanaklar karşısında, ayrıca her yeni iddia için 43'üncü maddeye geri dönülmesi, Kanun'da savunma hakları ile ilgili olarak var olduğu iddia edilen genel bir ilkenin uygulanmasını değil, hiç bir inceleme yapılmamışçasına yeni bir sürecin başlatılması anlamına gelecektir ki; bu durumda 4054 sayılı Kanun açıkça uygulanamaz hale gelecek ve Yasa'da öngörülen yaptırımların bir anlamı kalmayacaktır.

Yürürlükteki Kanunlarımızın hemen hemen hiç birisinde rastlanılmayacak bir şekilde, 4054 sayılı Kanun, tarafların savunma haklarının ihlal edilmemesi anlayışı doğrultusunda, başlatılan bir inceleme içinde yer alan maddi anlamda birbirinden ayrılabilir her sürecin sonunda taraflara savunma hakkı tanımış, dolayısıyla süreç içerisindeki gelişmelerden tarafların bilgilendirilmesi esasını getirmiştir. Bununla da yetinmeyerek, tarafların

bilgilendirilmediği ve savunma hakkı verilmediği konuların kararlara dayanak teşkil edemeyeceğini belirtmek suretiyle, taraflara, nihai kararın yargısal denetiminde etkili olabilecek çok önemli bir fırsat daha tanımıştır. Ayrıca Kanun'un 45'inci maddesinde, makul sebeplerin bulunması halinde öngörülen sürelerin bir katına kadar uzatılabileceği belirtilmektedir.

Savunma hakkının bu kadar titizlikle düzenlenmesi ve gerektiğinde verilen sürelerin uzatılabilmesi, soruşturmanın ilerleyen safhalarında ortaya çıkabilecek ve Kurul kararını etkileyebilecek yeni olgular ve bunlara dayalı yeni iddialar hakkında da tarafların bilgilendirilmesi ve savunma yapmalarının sağlanmasına yöneliktir. Nitekim soruşturmanın ilerleyen safhalarında yeni maddi olguların ve bunlara bağlı yeni iddiaların ortaya çıkması karşısında, 44'üncü maddenin, "Kurul tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz" hükmünün uygulamaya geçirilmesi, ancak bu safhalarda da taraflara savunma yapma şansının tanınmasına bağlı olacaktır.

Bu noktada kaç kez savunma istenildiği değil, taraflara gerçek anlamda savunma hakkının tanınıp tanınmadığı ve gerçek anlamda savunma hakkı tanımaktan ne anlaşılması gerektiği önem kazanmaktadır. Bu çerçevede Kanun'un 43'üncü maddesinde ilk yazılı savunma ile ilgili olarak yer verilen, "iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin gönderilmesi" ilkesinin, hem tarafların savunma haklarının korunmasını hem de Kanun'un uygulanamaz hale gelmesinin önlenmesini sağlayacak şekilde, diğer yazılı savunmalarda da uygulanması doğrultusunda taraflar lehine genişletilerek yorumlanması gerekmektedir. Bu ilkenin diğer yazılı savunma haklarında da uygulanması gerektiği konusunda zaten bir şüphe yoktur. Dolayısıyla, bir kere bile olsa herhangi bir iddia hakkında "yeterli bilgi gönderilerek" savunma istenmesi durumunda, tarafların savunma hakkının kısıtlandığından söz etmek mümkün değildir.

Yine Rekabet Kurulu'na göre, örneğin birden fazla teşebbüs hakkında yürütülen önaraştırmada teşebbüslerin anlaşma veya uyumlu eylem içinde olduklarına ilişkin bir iddia veya tespit yoksa, her teşebbüse yalnızca kendisi hakkındaki araştırmanın konusu ve amacı hakkında bilgi vermek yeterlidir:

"Soruşturma Raporu, 11 bölümden oluşmaktadır. Raporla haklarında soruşturma yürütülen rakip teşebbüslerin benzer eylemleri gerçekleştirmelerine rağmen, bunu bir anlaşma ile ya da uyumlu eylem şeklinde yaptıklarına dair bir tespit veya bir iddia bulunmamaktadır. Bu nedenle her teşebbüse ihlal içeren kendi eylemleriyle ilgili bölümler gönderilmiştir. Soruşturma kapsamındaki diğer teşebbüslerin ihlal ve eylemleriyle ilgili bölümlerin gönderilmemesi savunma hakkını kısıtlamamaktadır. Kaldı ki; Kanun'un 44'üncü maddesinin

ikinci fıkrasına göre haklarında soruşturmaya başlanan tarafların sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının verilmesini talep edebilme hakları da vardır.”³²

Adalet Divanı, savunma hakkına saygı gösterilmesinin Komisyon’un rekabet hukuku soruşturmalarında önaraştırma aşamasından itibaren dikkate alınması gereken bir ilke olduğunu; bu bağlamda, Komisyon’a araştırmalarında yardımcı olmak ödevi altındaki ilgililerin bir rekabet hukuku ihlalini bizzat gerçekleştirdiklerine ilişkin (ikrar niteliğindeki) bilgileri Komisyon’a sunmak zorunda olmadıklarını kabul etmiştir.³³

Adalet Divanı’nın, kimsenin kendisi aleyhine ikrarda bulunmaya zorlanamayacağı hakkındaki bu kararı savunma hakkının korunması ile yakından ilgilidir ve Türk hukukunda da, rekabet ihlali soruşturmalarında hangi delillere başvurulabileceğine ilişkin RK m.47, f.5’in yorumunda dikkate alınmalıdır. RK m.7, f.5 sözlü savunmada ilgili tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü “delil ve ispat vasıtasından”³⁴ yararlanabileceğini öngörmektedir. Oysa, HUMK’un İkinci Babının Sekizinci Faslında yer alan delillerden yemin delilinin rekabet soruşturmalarında uygulanması mümkün değildir; yemin edecek kişi için cezayı gerektirecek hususlarda yemine teklif edilemeyeceğine ilişkin HUMK m.352 hükmü ve yeminin ancak hakim tarafından icra ettirileceğini gösteren HUMK hükümleri (m.339-342, 360, 361, 527) buna engeldir.³⁵

HUMK’un ancak özel hukuk işlemlerinin tarafları (ve onların halefleri) arasında geçerli olan senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümleri de (m.287 vd.) rekabet soruşturmalarının mahiyeti ile bağdaşmadığı (“iddia makamı”nda yer alan Rekabet Kurulu, rekabeti sınırlayan hukuki muamelelerde taraf olamayacağı) için rekabet ihlali soruşturmalarında uygulama alanı bulmaz. Rekabet Kurulu (ispat şartından ziyade geçerlilik şartı ile ilgili olmakla birlikte),

³² Rekabet Kurulu’nun İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği v. Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri hakkındaki_99-53/575-365 sayılı kararı, kenar no. H-2 (www.rekabet.gov.tr).

³³ Bkz. Société Générale v. Commission of the European Communities; Case T-34/93; *European Court Reports* 1995 II, s.545 vd., kenar no. 73-74; Solvay & Cie v. Commission of the European Communities, *European Court Reports* 1989, s. 3355.

³⁴ Kanunun delil teriminden sonra “ispat vasıtası” sözcüğüne yer vermesi gereksizdir.

³⁵ Rekabet soruşturmalarında yemin deliline başvurulmasının uygun olmayacağı hakkında bkz. Yılmaz, “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, s. 102. AT Komisyonu’nun da rekabet soruşturmalarında yemin deliline başvurma yetkisi yoktur: Richard Whish, *Competition Law*, 4. Bası (Londra: Butterworths, 2001), s. 219.

rekabet ihlali soruşturmalarında yazılı belgelerle ispat aranmayacağı hususunu şöyle açıklamaktadır:

Rekabet Kanunu açısından 4. madde uyarınca yasaklanan anlaşmaların herhangi bir şekil şartına bağlı olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Rekabet Hukuku'nun uygulanması bakımından önemli olan rekabetin sınırlanması veya rekabetin sınırlanma tehlikesidir.³⁶

Rekabet hukuku açısından teşebbüslerin rekabeti önlemeye yönelik niyetlerini herhangi bir şekilde ortaya koymaları, bu niyetin bir ifadesi olan taahhütnamelerin 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi için yeterli bir delildir.³⁷

Yılmaz, yukarıdaki özellikleri dikkate alarak, RK m.47, f.5'te deliller bakımından HUMK'a yapılan atfın "rekabet hukukuna uyduğu oranda, kıyasen" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.³⁸

Savunma hakkı ile ilgili başka bir Adalet Divanı kararına göre Komisyon, rekabet hukuku ihlallerini soruştururken, ilgili teşebbüsün kendi avukatı ile yaptığı yazışmaları inceleyemez; aksi takdirde ilgili teşebbüsün savunma hakkı ihlal edilmiş olur.³⁹ Ancak, aynı kararda, avukatın ilgili teşebbüse bir hizmet ilişkisi ile bağlı olması halinde, avukatla teşebbüs arasındaki yazışmaların gizliliğinin bulunmadığını kabul edilmiştir.⁴⁰ Haklı bir gerekçeye dayanmayan bu ayırımın yerinde olmadığı kanısındayım. Avukatın müvekkiline hizmet ilişkisi ile bağlı olmasının sır saklama yükümlülüğü ile bir ilgisi bulunmadığı için,⁴¹ avukatla müvekkil arasındaki yazışmaların gizliliği, savunma hakkının bir gereği olarak, avukatın müvekkile bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olduğu hallerde de kabul edilmelidir. Nitekim Türk Rekabet Kurulu

³⁶ Rekabet Kurulu'nun Ankara Altındağ Belediyesi v. Ankara Motor Yenileme ve diğerleri hakkındaki 01-10/100-24 sayılı kararı kenar no. I.4.1 (www.rekabet.gov.tr).

³⁷ Rekabet Kurulu'nun Avcılar Un ve Unlu Mamuller Üretim ve Pazarlama Kooperatifi ve diğerleri hakkındaki 99-49/536-337 (a) sayılı kararı kenar no. D I ac (*Resmi Gazete* 4 Ekim 2000, sayı 24190).

³⁸ Yılmaz, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", s. 102.

³⁹ AM & S Europe Ltd. v. Commission of the European Communities, Case 155/79, *European Court Reports* 1982, s. 1575 vd., kenar no. 18-21.

⁴⁰ Aynı karar kenar no. 21-27. Adalet Divanı'nın bu kararına rağmen, dahili avukatın yazdığı mütalaaların gizli tutulabileceği ifade edilmiştir: Paul M. Taylor, *E.C. & U.K. Competition-Law & Practice* (Londra: Sweet & Maxwell, 1999), s. 258.

⁴¹ Örneğin bkz. Nejat Aday, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları* 2. Bası (İstanbul: Beta, 1997), s. 72-75.

uzmanlarının, yerinde inceleme yetkisini kullanırken ilgili teşebbüsün dahili hukuk müşavirinin odasında araştırma yapmaktan kaçındığı anlaşılmaktadır.⁴²

III. Rekabet Hukuku İhlallerinin İspatında İspat Yükü

İspat, bir vakıanın doğruluğuna hakimi inandırmak anlamına gelir. Bu anlamı ile ispat yalnızca yargılamada söz konusu olur. İspat terimini (yargı benzeri faaliyet kapsamında da olsa) bir vakıanın doğruluğuna idarenin inandırılması için kullanmak doğru değildir. Gerçekten, trafik polisi bir sürücünün trafik kanunu ihlal ettiği kanaati ile trafik cezası verirken veya belediye imar müdürlüğü bir yapının imar mevzuatına aykırı inşa edilmekte olduğu sonucuna vararak inşaatın durdurulmasına karar verirken, belirli maddi vakıaların (sürücünün hangi süratle seyrettiği, inşaatın arazinin neresinde bulunduğu) gerçeğe uygunluğunu tespit eder. Bu vakıa tespitini yaparken ilgililere söz hakkı da tanıyabilir. Fakat bu türlü tespitler, iddia ve savunma arasındaki uyumsuzluğu çözümlenmeye yönelik yargılama süreci içinde bağımsız mahkemeler tarafından yapılan vakıa tespitlerinden farklıdır.

Rekabet Kurulu kararlarında, rekabet hukuku ihlallerinin tespiti ile ilgili olarak sık sık “ispat” ve “delil” terimleri kullanılmaktadır.⁴³ Bu terimlerin kullanılması ifade kolaylığı sağlaması bakımından mazur görülebilirse de, ifade edilenin tam ve teknik anlamı ile ispat ve delil olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir ifade ile, ispat ve deliller konuları ile ilgili olarak usul hukukunda geçerli olan kural ve ilkeler, idari işlemlerde ve bu arada yargı benzeri faaliyetlerde ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

Bu bağlamda, zaman zaman rekabet hukuku soruşturmaları dolayısıyla kullanılan “ispat yükü” terimi, usul hukukundaki ispat yükü ile aynı anlamda değildir. İspat yükü kuralları, bir vakıanın gerçek olup olmadığının ispat edilememiş olması halinde (belirsizlik halinde) hakimin hangi taraf lehine karar vereceğini gösteren kurallardır.⁴⁴

⁴² Bkz. Rekabet Kurulu'nun Uluslararası Moda Yayıncılık v. Hürriyet Gazetesi ve diğerleri hakkındaki 00-26/291-161 sayılı kararı, kenar no. 2.1.1.1 (*Resmi Gazete* 27 Haziran 2001, sayı 24445).

⁴³ Örneğin, Rekabet Kurulu'nun SET-BİR ve diğerleri hakkındaki 00-11/109-54 sayılı kararı, kenar no. 40-41 (*Resmi Gazete* 17 Kasım 2000, sayı 24233); Ankara Motor Yenileme hakkındaki 01-10/100-24 sayılı kararı, kenar no. 1-4-1 ve 2 (www.rekabet.gov.tr).

⁴⁴ Bu tanım dikkate alınınca ispat yükü teriminin talihsiz bir terim olduğu; ispat yükünün esasen ne “ispat” ile ne de teknik anlamıyla “yük” ile bir ilgisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Çünkü ispat yükü kuralları, delil gösterilmesi faaliyeti sona erdikten sonra (belirsizlik halinde) uygulama alanına gelir ve bu aşamada tarafların, aleyhlerine karar verilmesini önlemek için yerine getirebilecekleri bir usuli yük yoktur; bkz. Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001), s. 14.

İspat yükü, medeni usul hukukuna özgü bir kavramdır.⁴⁵ Kamu gücü ile birey yararının karşılaştığı ceza yargılamasında ve idari yargılamadaki iptal davalarında maddi vakıaların ispat edilememesi (belirsizlik) halinde mahkeme sanık veya ilgili lehine karar verir. Aynı durum, kamu gücünün tek taraflı olarak kullanıldığı idari işlemlerde ve bu arada yargı benzeri faaliyetlerde de evleviyetle geçerlidir. Genel olarak bir idari makamın ilgili aleyhine karar verebilmesi (yukarıdaki örneklerde trafik cezası yazması veya inşaatı mühürlemesi) için, konumuz bakımından ise Rekabet Kurulu'nun bir teşebbüse rekabet hukuku yaptırımlarını uygulayabilmesi için, tespit ettiği vakıaların gerçek olduğuna ilişkin makul bir kuşkusunun kalmamış olması gerekir. Belirsizlik durumundan ilgili yararlanır.

IV. Uyumlu Eylem Karinesi

Rekabet hukukuna aykırılık teşkil eden uyumlu eylemler konusunda iki önemli sorunla karşılaşılır. Bu sorunlardan ilki ve esasa ilişkin olanı rekabeti sınırlama amacı taşıyan uyumlu eylemler ile rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyen paralel davranışların birbirinden ayrılmasında karşımıza çıkar. Çünkü, belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin benzer davranışlar içinde olmaları mutlaka rekabeti kısıtlayan bir uyumlu eylemin varlığını göstermez. Hatta, paralel davranış iktisadi rekabetin tabii bir sonucu olarak da karşımıza çıkabilir; tam rekabet piyasasında fiyatların belirli bir noktada belirlenmesi gibi. Uyumlu eylemler ile diğer paralel davranışların birbirinden ayrılmasında ekonomi biliminden (piyasa verilerinin analizinden) yararlanmak gerekecektir.⁴⁶

Esasa ilişkin bu sorun ile bağlantılı olarak usule ilişkin ikinci bir sorunla karşılaşılır. Bir uyumlu eylemin ispatında ekonomik verilerden ne ölçüde yararlanılabilecektir? Gerçekten bir uyumlu eylemin ispatı iki unsurun ispatı ile olur: (1) Rakip teşebbüsler arasında bir sosyal temasın ("görüşme durumu"nun) varlığının ispatı; (2) piyasa hakkında yapılan iktisadi analizin uyumlu eylemin varlığını göstermesi. Şimdi, acaba, rakip teşebbüsler arasında bir sosyal temasın gerçekleştiği ispat edilememiş olmasına rağmen, sadece piyasa analizi sonucunda elde edilen ekonomik verilerden hareketle bir uyumlu eylemin

⁴⁵ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak - Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası (İstanbul: Beta, 1998), s. 553 (kenar no. 330).

⁴⁶ Bu konuda bkz. Ateş Akıncı, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2001), s. 141-174; Emel Badur, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar-Uyumlu Eylem ve Kararlar*, (Ankara: Rekabet Kurumu 2001), s. 64-69; Metin Topçuoğlu, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2001), s. 200-203; Kerem Cem Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2000), s. 78-83, 106-124.

işlendiği varsayılabilir mi? Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bu son soruya olumlu cevap vermekte ve rakip teşebbüs işletmecilerinin bir araya gelmiş oldukları ispat edilememiş olsa bile, mücerret ekonomik verilerden hareketle uyumlu eylemin işlendiğinin kabul edilebileceğini öngörmektedir.⁴⁷

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un bu konu ile ilgili 4. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan uyumlu eylem karinesine göre “[rekabeti sınırlayıcı] bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder. /Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”⁴⁸.

Uygulamada zaman zaman bu hükmün, rekabet kısıtlamalarının tespiti bakımından ispat yükünün yerini değiştiren bir hüküm olduğu ifade edilmekte ise de, kanımca böyle bir ifade doğru değildir. Çünkü kanundaki uyumlu eylem karinesi ispat yükü ile ilgili bulunmayıp, yalnızca uyumlu eylemin tespitinde hangi ölçütün (medeni usul hukukunda kullanılan terimle “hangi ispat ölçüsünün”⁴⁹) kullanılacağı ile ilgilidir. Rekabet soruşturmasının söz konusu olduğu piyasadaki “fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” halinde, bu benzerlik, bir uyumlu eylemin varlığını kabul etmek için yeterlidir. Ancak buradaki “benzerliğin” sadece kuşku uyandıran, sıradan bir benzerlik olması yeterli değildir. Rekabet Kurulu, objektif ekonomik verilerden hareketle yaptığı incelemede, mevcut benzerliğin uyumlu eylemin varlığını gösterdiği konusunda, konunun uzmanı olan kişilerin duyabileceği makul kuşkuları ortadan kaldıran

⁴⁷ Buraya kadar olan bilgiler (konu ile ilgili atıflar da içeren) şu kaynaktan özetlenmiştir: Ali Cem Budak, “Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, *Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul Sanayi Odası ortak yayını, 1993), s. 125-161, s. 143.

⁴⁸ Avrupa Topluluğu hukukunda ise Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da yer alan uyumlu eylem karinesine benzer bir pozitif hukuk düzenlemesi yoktur; konunun halen belirsizliğini koruduğu ifade edilmektedir; bkz. Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, s. 80-81; konu ile ilgili çeşitli Adalet Divanı kararlarının tartışılması için bkz. Arif Esin, *Rekabet Hukuku* (İstanbul: ESC Yayınları, 1998), s. 42-46 ve Whish, *Competition Law*, s. 86, 467-470.

⁴⁹ Ezcümle bkz. Yavuz Alangoya, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Bası (İstanbul: Nemaş, 2001), s. 299.

bir kanaate varmış olmalıdır. Uyumlu eylemin varlığı konusunda böyle bir kanaate varılamamış olduğu, konunun “belirsiz” kalmış olduğu hallerde ise, bir rekabet kısıtlamasının bulunmadığına karar vermek gerekecek; ceza usulünde kullanılan terimle şüpheden sanık yararlanacaktır.

RK'nın 4. maddesinin son fıkrasında yer verilen “ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir” şeklindeki hüküm de bu çerçevede, hakkında soruşturma yapılan teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Maddenin yazılış tarzının uyandırdığı fikrin aksine, uyumlu eylemin varlığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmesi ve bu tespitin hakikate uygun olmadığına “ispat edilmesi”, zaman itibarıyla birbirinden ayrılan, birbirini takip eden iki ayrı işlem değildir. Söz konusu olan, rekabet kısıtlamasının mevcut olup olmadığı incelenirken ilgili teşebbüse de dinlenilme hakkı tanımaktan ibarettir.⁵⁰

Rekabet Kurulu'nun içtihatları da yukarıdaki açıklamalarla aynı yöndedir. Örneğin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı v. Tıbbi Nitelikteki Sarf Malzemesi Sağlayıcısı Firmalar kararına konu olayda şikâyetçi SSK, tıbbi sarf malzemesi sağlayıcısı firmaların SSK tarafından açılan bir açık eksiltme ihalesine katılmamaları ve SSK'na malzeme teslimlerini durdurmalarını bir uyumlu eylem olduğunu iddia etmiştir. Rekabet Kurulu, bu konudaki önaraştırma sonunda, aşağıdaki gerekçe ile soruşturma aşamasına geçilmesine gerek olmadığına karar vermiştir:

18.1.2002 tarihli SSK ihalesinde “kapalı teklif usulü” ile ürün bazında firmalarca verilen teklifler açıklanmış, ürün bazında verilen en düşük teklifin % 10 eksiği SSK tarafından muhammen bedel olarak tespit edilmiş ve firmalar bu fiyatlardan “açık eksiltme usulü” ihaleye davet edilmiştir. Ancak, birbirinden çok farklı fiyatlarda teklif veren firmaların SSK tarafından belirlenen söz konusu eksiltmiş fiyatları kabul etmelerini beklemek, her firmanın üreticilerinden farklı bedeller ile alım yapması gerçeği ile çelişmektedir. Şöyle ki, belirlenen muhammen bedeller en düşük teklifi veren firma dahil olmak üzere hiç bir firma tarafından önerilen alım fiyatlarını yansıtmamaktadır. Bu yönde bir sonuca ulaşılması “ihale sistemi” ile amaçlanan firmalar arasında rekabet ortamı oluşması beklentisi ile de bağdaşmamaktadır. Bu sebeple özellikle kardiyoloji branşında sınıflandırılan bazı ürünlerde SSK tarafından

⁵⁰ Esasen idari işlemin yapılış usulünün bir gereğini ifade eden bu son fıkra hükmü mevcut olmasa idi de, ikinci fıkranın başka türlü yorumlanması (Rekabet Kurulu'nun ilgili teşebbüse söz hakkı vermeden karar verebileceğinin kabulü) mümkün olmazdı. Bu bakımdan, kanımca, “taraflardan her biri” sözü ile de ne kastettiği anlaşılmayan 4. madde son fıkra hükmü başarılı bir hüküm değildir.

belirlenen eksiltiilmiş alım fiyatlarına firmalarca teklif verilmemesi eylemi, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yasaklanan anlamda rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı bir anlaşma veya uyumlu eylemin delili olarak kabul edilemez.⁵¹

Benzer şekilde Özel Okullar Derneği kararında, ilgili teşebbüslerin "Ücret Toplantısı" adı altında toplantılar düzenlemeleri, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarını gösteren yeterli bir delil olarak kabul edilmemiş ve olayda rekabet ihlali bulunmadığına karar verilmiştir:

"Ücret toplantısı" adı altında toplantı düzenlemek veya "rakiplere önceden fiyat değişikliklerini bildirmek" esasen 4054 sayılı Kanun'a aykırı olarak rekabeti sınırlama veya ortadan kaldırma amacı taşıyan, bu sonucu doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan fiiller olmakla birlikte, pazarın yapısı (öğretim hizmetleri pazarında rekabet fiyatlar üzerinde değil, öğretim kalitesi ve verilen hizmetlerin niteliğinde yoğunlaşmaktadır. Bunun sonucunda da çeşitli okullar arasında çok ciddi fiyat farkları oluşmaktadır.), Milli Eğitim Bakanlığınca 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 326 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 31'inci maddesinde yer alan fiyatın her yıl bir kez mayıs ayında tespit ve ilan edilebileceği ve aynı madde gereğince hazırlanan yönetmeliğin rekabeti büyük ölçüde sınırlandırması, "ücret toplantısı" adı altında yapılan toplantıların uzun süredir yapılıyor olmasına rağmen, özel okul fiyatlarında paralellik bulunmaması ve toplantıda fiyatların değil, öğretim sorunlarının görüldüğü kanaatinin oluşması nedenleriyle, söz konusu toplantının rekabeti sınırlama amacı taşımadığı, toplantıda görüşülen hususların bu etkiyi doğurmadığı sonucuna varılmış olup, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin yasaklanan hallere örnek olarak verilen ikinci fıkrasının "Mal veya hizmet alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi" şeklindeki (a) bendine aykırılık oluşmadığı görüşüne ulaşılmıştır.⁵²

Yine benzer şekilde, Rekabet Kurulu, çeşitli televizyon yayıncılarının reklam yeri satış fiyatları ve diğer satış koşullarını birlikte belirledikleri ve rekabet hukukuna aykırı indirimler uyguladıkları iddialarıyla açılan bir rekabet ihlali soruşturmasında, uyumlu eylem iddialarından biri hakkında aşağıdaki sonuçlara varmıştır:

Kurul'un birbirlerini karşılıklı olarak şikayet eden BİMAŞ ve MEPAŞ ile PRIME hakkında re'sen soruşturma açmasına neden olan eylem, bu üç teşebbüsün de, kendi pazarladıkları reklam yerlerinin satışına ilişkin çıkarmış

⁵¹ Rekabet Kurulu'nun Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı v. Tıbbi Nitelikteki Sarf Malzemesi Sağlayıcısı Firmalar hakkındaki 02-36/396-164 sayılı kararı, kenar no H-2 (www.rekabet.gov.tr).

⁵² Rekabet Kurulu'nun Özel Okullar Derneği hakkındaki 99-6/48-17 sayılı kararı, kenar no. 3 (Resmî Gazete 22 Nisan 2000, sayı 24028).

oldukları kataloglardaki reklam yerlerinin kategorilerinin ve satış fiyatlarının neredeyse birebir aynı olması sebebiyle, bu üç teşebbüsün satış fiyatlarını birlikte belirlediklerine ilişkin raportörlerin önaraştırma sırasındaki tesbiti ve fiyatların birlikte belirlenmesi eyleminin gerçekleştirildiği kuşkusudur.

Gerçekten de, bu üç teşebbüsün Kasım 1996 tarihinden Aralık 1997 tarihine kadar yayınladıkları aylık program kataloglarında, reklam yeri fiyatları her bir kategori için birbiriyle aynı olduğu gibi, Aralık 1997 tarihinde, her üç teşebbüsün de fiyatlarını aynı oranda yükselttikleri, bu tarihten Haziran 1998 tarihine kadar yine her düzeyde fiyatların aynı olduğu tespit edilmiştir. Birbirleriyle rakip olan bu teşebbüslerin her birinin ayrı ayrı çıkarması gereken kataloglarında ilan ettikleri fiyatların aynı olması, bu fiyatları birlikte belirledikleri şüphesini çekmiştir. Dahası BİMAŞ kayıtları arasında rastlanan 10.11.1997 tarihli STAR'la yeni fiyatlarla ilgili bir toplantı yapılacağına ilişkin not, bu şüpheyi artırmıştır. Raportörlerin tespitine göre, 1.12.1997 tarihinden itibaren yeni fiyatları içeren kataloglar da yayımlanmıştır.

Her üç teşebbüs de, savunmasında, televizyon yeri piyasasında pazarlama yapılabilmesi için, müşteriye ilan etmek ve üzerinden çeşitli faktörlere göre indirim esas olmak üzere bir katalog fiyatının önceden bir başlangıç noktası biçiminde belirlenmesinin zaruri olduğunu, her ne kadar her bir şirket kataloglarında aynı fiyatları ilan ediyor ise de, hiçbir zaman ilan ettikleri fiyatla satış yapmadıklarını, tarifelere asla uyulmadığını, asıl fiyatın piyasadaki rekabete göre pazarlıkla oluştuğunu, dolayısıyla hiçbir zaman bu üç rakip teşebbüs arasında Kanun'un 4. maddesi anlamında fiyatın birlikte belirlenmesinin söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür.

Gerçekten de, soruşturma sırasında elde edilen delillere göre, bu üç teşebbüsün de, kataloglarda ilan ettikleri fiyatlardan satış yaptıklarına dair bir belge ele geçirilememiştir. Aksine, bu üç teşebbüsün de, katalogdaki fiyatları, bir başlangıç ve referans rakamı olarak belirledikleri, bunun üzerinden değişik yüzde oranları içerisinde ve çeşitli adlar altında değişik indirimler uyguladıkları tespit edilmiş, buna karşılık, bu indirim nedenlerinin ve oranlarının, müşterilerle pazarlık yapmalarını engelleyecek ve serbest piyasa koşullarını bozacak biçimde rakipler arasında anlaşma ya da uyumlu eylem yoluyla belirlendiğine dair herhangi bir delil elde edilememiştir.

Esasen re'sen açılan soruşturma sadece katalog fiyatlarının aynı olması olgusuna dayandığı gibi, teşebbüslerin birbirleriyle kıyasıya rekabet etmeleri sonucunda % 80-85'lere varan çeşitli oranlarda indirimlerin uygulanması nedeniyle, katalog fiyatlarının birbirleriyle aynı olmasının rekabeti bozucu pratik bir yanının kalmadığı savunmalarını teyit eder belgelerin bulunduğu dikkate alınarak; özellikle KANAL D, ATV, STAR ve SHOW televizyon

kanallarının yayın yerlerini pazarlamak üzere oluşturulan bu teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerini piyasa dışına atmaya çalışmakla suçladıkları böyle bir ortamda, aynı zamanda, birbirleriyle fiyat anlaşması yaptıklarını ve uyguladıklarını iddia etmenin, hayatın olağan akışı ile de bağdaşmayacağı sonucuna varılmış ve Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi anlamında rekabeti bozma amacıyla veya bu sonucu doğuran anlaşma yapma ya da uyumlu eylemde bulunma fiilinin bu teşebbüsler yönünden gerçekleşmemiş olduğu kanaatine ulaşılmıştır.⁵³

V. Rekabet Sınırlaması Sebebiyle Açılan Tazminat Davalarında İspat Yükü

RK m. 4'teki uyumlu eylem karinesi hükmüne benzer bir hüküm, RK'nın rekabetin sınırlanmasının özel hukuka ilişkin sonuçları hakkındaki kısmında yer alan m. 59, fıkra 1'de vardır. Bu hükme göre: “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer”.

Kanımcı bu hükmün, yukarıda RK m.4, f.2-3 hakkında yapılan açıklamalar ışığında değerlendirilmesi gerekir.⁵⁴ Burada da rekabet hukuku ihlali iddiasında bulunan tarafın, bu iddiasını ispat etmek için karineden yararlanması söz konusudur. Mahkemenin, rekabet hukuku ihlalinin gerçekleştiğini kabul etmesi için, bu iddianın “piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtlar”la ispat edilmesi gerekir. Bu kanıtların, hakimde kanaat oluşturmak için yeterli, rekabet hukuku ihlalinin gerçekleştiği konusundaki makul kuşkuları ortadan kaldıracak mahiyette deliller olması gerekir. Yoksa, “belirsizlik” durumu devam etmesine rağmen, hakimde yalnızca rekabet hukukunun ihlal edilmiş olabileceği konusunda bir şüphe uyandırılmış olması iddia sahibinin iddiasını ispat etmiş sayılması için yeterli değildir.

⁵³ AKS Televizyon Reklamcılık Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri v. BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. ve diğerleri hakkındaki 00-4/41-19 sayılı kararı, kenar no. H.2.3 (www.rekabet.gov.tr).

⁵⁴ Karş. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, 2. Bası (Bursa: Ekin Kitabevi, 2001), s. 87. Aslan, RK m. 4, f. 2'de geçen “rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi” ibaresi ile RK m. 59, f.1'de kullanılan “piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren” ifadesi arasındaki lafzi farklılığın, hüküm farklılığına da sebep olduğu kanısındadır.

RK m. 59, f.1 hükmünde geçen “ispatlama yükünün”⁵⁵ davacılara geçeceği şeklindeki ifade de RK m.4, f.3’teki gibi, davalı teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, rekabet hukuku ihlalinin ispatı ve “uyumlu eylem içinde bulunulmadığının ispatı” zaman itibarıyla birbirinden ayrılan, birbirini takip eden iki ayrı ispat faaliyeti şeklinde düşünülmemelidir.

İspat hukukuna ilişkin teorik tartışmalar bu çalışmanın amacı ve kapsamı dışında kalmakla birlikte, esasen katıldığım görüşe göre, maddi hukuk hükmü ile belirlenen ispat yükünün, yargılamanın devamı sırasında bir taraftan diğer tarafa gidip geldiğinden bahsetmek doğru değildir. RK m.59, f.1 örneğinde bulunduğu gibi kanunda yer alan “olay karineleri”,⁵⁶ ispat yükünün yerini değiştirmez; yalnızca karine teşkil eden maddi vakıaların ispatının, aksi yönde tatminkar deliller bulunmadıkça, kanun hükmünde belirtilen hukuki sonucun ispatı için yeterli olduğunu öngörür.⁵⁷ Başka bir ifade ile kanuni karine, karinenin ispatı halinde “belirsizlik” durumunun, karineyi ispat etmeyi başaran taraf lehine ortadan kalktığını öngörür; yoksa, belirsizlik durumunun devamına rağmen karşı taraf aleyhine hüküm verilmesini sağlamaz.⁵⁸

RK m.59, f.1 bakımından değerlendirecek olursak, davacı tarafından ileri sürülen “piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi” (rekabet hukuku ihlalinin varlığı konusundaki belirsizliği ortadan kaldıracak nitelikteki) vakıaların ispat edilmesi, rekabet hukuku ihlalinin ispatı için yeterlidir. Davalı taraf da, dinlenilme hakkı kapsamında, davacı tarafından ileri sürülen bu türlü vakıaların rekabet ihlalinin varlığını ispata yeterli olmadığını göstermek için delil ikame etmek olanağına sahiptir. Bu delil ikamesi, davacının delil ikamesi faaliyeti sona erdikten sonra, “ikinci bir aşamada” değil, davacının delil ikamesi ile eş zamanlı olarak yapılacaktır.

Rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili piyasa verilerinin değerlendirilmesi özel bir teknik bilgiyi gerektirdiği için, rekabet hukuku ihlalleri ile ilgili özel hukuk davalarında mahkemelerin bilirkişiye başvurmaları gerekecektir. Bu alanda uzman bilirkişileri bulmak, özellikle büyük şehirlerimiz dışında, zordur. Olması gereken hukuk bakımından, rekabet hukuku ile ilgili özel hukuk ihtilaflarında bilirkişi tayini gereken hallerde Rekabet Kurulu’na başvurmanın

⁵⁵ “İspatlama yükü” sözüyle kastedilen “ispat yükü” olmalıdır.

⁵⁶ Benzer örnekler için bkz. MK m. 31 (ölüm karinesi) ve MK m. 285, 302 (babalık karineleri).

⁵⁷ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, 2. Bası (İstanbul: Kazancı, 1980), s. 174-175.

⁵⁸ Bkz. ve karşı. Sema Taşpınar, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, sayı 1-4 (1996), s. 534-572, s. 562 – 563.

kanunen zorunlu hale getirilmesi (“resmi bilirkişilik”) önerilebilir.⁵⁹ Böyle bir resmi bilirkişilik hükmü, Rekabet Kurulu kararları ile hukuk mahkemesi kararları arasında ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların yaratacağı sorunları ortadan kaldırması bakımından da yararlı olur.⁶⁰

KAYNAKLAR

Aday, Nejat, *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları* 2. Bası (İstanbul: Beta, 1997).

Akıncı, Ateş, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2001).

Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü* (Ankara: Yetkin, 2000).

Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 2. Bası (İstanbul: Nemaş, 2001).

Aslan, Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, 2. Bası (Bursa: Ekin Kitabevi, 2001).

Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2001).

Badur, Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar-Uyumlu Eylem ve Kararlar*, (Ankara: Rekabet Kurumu 2001).

Boztosun, Ayşe Odman, *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, doktora tezi (Ankara: Seçkin, 2002).

Budak, Ali Cem, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması* (İstanbul: Beta, 2000).

Budak, Ali Cem, “Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi”, *Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul Sanayi Odası ortak yayını, 1993), s. 125-161.

Esin, Arif, *Rekabet Hukuku* (İstanbul: ESC Yayınları, 1998)

⁵⁹ Bkz. Aslan, *Rekabet Hukuku*, s. 391. Benzer resmi bilirkişilik halleri için bkz. Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1; Kamulaştırma Kanunu m. 15; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt III, 6. Bası (İstanbul: Demir-Demir, 2001), s. 22663 vd.

⁶⁰ Rekabet hukuku ihlalleri konusundaki Rekabet Kurulu kararlarının hukuk mahkemelerini bağlayıp bağlamayacağı ve hukuk mahkemelerinin Rekabet Kurumu’ndaki soruşturmaları bekletici sorun yapmak zorunda olup olmadıkları hakkındaki tartışmalar için bkz. Ayşe Odman (Boztosun), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, doktora tezi (Ankara: Seçkin, 2002), s. 299-302.

Ibãñez, Alberto J. Gil, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak-Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası (İstanbul: Beta, 1998).

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt I ve Cilt III, 6. Bası (İstanbul: Demir-Demir, 2001).

Nehl, Hanns Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

Odman, Ayşe: Bkz. Boztosun.

Sanlı, Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2000).

Taşpınar, Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 45, sayı 1-4 (1996), s. 534-572.

Taylor, Paul M., *E.C. & U.K. Competition-Law & Practice* (Londra: Sweet & Maxwell, 1999).

Topçuoğlu, Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, doktora tezi (Ankara: Rekabet Kurumu, 2001).

Umar, Bilge/Ejder Yılmaz, *İspat Yüklü*, 2. Bası (İstanbul: Kazancı, 1980).

Whish, Richard, *Competition Law*, 4. Bası (Londra: Butterworths, 2001).

Yılmaz, Ejder, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Kasım 1999, s. 79-131.

**DEVLET YARDIMLARI ve REKABET
(TÜRKİYE’DEKİ DEVLET YARDIMI REJİMİNİN
AVRUPA BİRLİĞİ MODELİ İŞİĞİNDA
DEĞERLENDİRİLMESİ)**

Dr. Kemal EROL

Rekabet Kurulu İkinci Başkanı

I. Genel

Ulusal ekonomilerin hangi modeli benimsemiş olduklarına bakılmaksızın devletlerin az veya çok ekonomiye müdahale etmek zorunda kaldığı artık kabul edilen bir gerçektir. Giderek örnekleri azalan devletçi ekonomilerde, bütün ekonomik kararlar devletçe alındığı için, devlet güdümündeki piyasalar tamamen devletin kontrolündedir. Buna karşılık, en liberal ekonomilerde bile, serbest piyasa ekonomisi kurallarının hoş görmeyeceği varsayımına rağmen, devletin piyasalara müdahale etmesinin zorunlu olduğu ölçüde müdahalenin varolduğunu görüyoruz. İşte, devlet yardımları da, devletin piyasalara müdahale yollarından birisi olarak kabul edilmektedir.

Uluslararası hukuk alanında ilk defa ⁶¹dünya ticaretinde serbestliğin sağlanması amacıyla yürütülen çalışmalarla gündeme gelen devlet yardımları ve teşvikler⁶² konusu, esas olarak uluslararası ticaretin adil ve rekabetçi bir ortamda gerçekleştirilebilmesini hedef almışken, Avrupa Birliği gibi ekonomik entegrasyon kuruluşlarında, bölgesel bütünleşmenin “olmazsa olmaz” koşullarından sayılmış ve kurucu antlaşmalarda topluluk içi rekabetçi yapının sağlanması amacıyla rekabet kuralları ile birlikte düzenlenmiştir. Bunun yanısıra, bilinçlenmiş ulusal ekonomiler de, korumacı politikaların verdiği zararları göz önüne alarak devlet yardımlarının, rekabetçi piyasaların yarattığı dinamik yapının yararlarını ortadan kaldırmayacak ve ancak devlet yardımı ile sağlanacak faydanın, rekabetin bozulmasıyla ortaya çıkacak zarardan fazla olduğu durumlarla sınırlı olacak biçimde düzenleme ihtiyacı içine girmişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti, uluslararası taahhütleri olmasaydı bile, bu son kategoride yer alan ve bilinçli biçimde liberal ekonomik modeli benimsemiş bir

⁶¹ Dr. Tunay KÖKSAL: Avrupa Birliği ve Türkiye’nin Devlet Yardımları Sistemlerinin Uyumlaştırılması. Etki Yayınları Ankara. Şubat 2002-shf. 4.

⁶² GATT Teşvikleri ve Subvansiyon Kodu gibi.

ülke olarak, devlet yardımlarını ancak rekabet politikasına katkı olarak uygulanması halinde, ülkemizin ekonomik ve sosyal yaşamının daha çok zarar göreceği muhakkak olan alanlarda uygulanmaya mecbur bırakacak bir sistemi oluşturmak durumunda olacaktır. Zira liberal ekonomik modeli benimsemiş olan bir ülkenin, devlet yardımlarını zorunlu olduğu ölçüde ve asgari düzeyde tutmak suretiyle, bu modelden beklenen faydayı en üst düzeye çıkarması mümkündür. Üstelik Türkiye bu tercihten de öteye, GATT'ın (şimdiki adıyla Dünya Ticaret Örgütü'nün) Subvansiyon ve Teşvikler kodunu kabul etmiş ayrıca Avrupa Birliği nedeniyle de Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkileyen ölçüdeki rekabeti bozucu devlet yardımlarının yasaklanmasını kabul etmiştir.

Bu çalışmada Devlet yardımı konusu öncelikle genel olarak ele alınacak, daha sonra, Avrupa Birliğindeki devlet yardımları anlatılacak; bundan sonra da devlet yardımlarının rekabet ile ilişkilerine de değinilerek Türkiye piyasalarında rekabetin bozulmaması için nasıl bir Devlet yardımı mevzuatı hazırlanması gerektiği üzerinde durulacaktır.

II. Devlet Yardımı Kavramı

Tamamen serbest piyasa ekonomisi düzeninin uygulandığı bir ülkede bile, devletin müdahale etmesinin kaçınılmaz olabileceği durumlar olabilir. Gerçekten, rekabetin, toplumdaki kaynakların en etkin ve en verimli kullanılması yoluyla toplumsal refahın artırılmasında bir "araç" olduğundan yola çıkılacak olursa, toplumsal refahın artırılmasına hizmet ettiği sürece, rekabet amacından vazgeçilerek, ya da rekabet ikinci plana itilerek de, aynı amaca hizmet edilebilmesine rekabetçilerin de karşı çıkmadığı bilinmektedir. İşte, rekabetçiler açısından kabul edilmesi gereken gerçek budur: Yani devlet yardımları geçmişte de vardı; bugün de var; çok muhtemeldir ki yarın da olacaktır. Peki bu fenomen nedir? Kısaca "devlet kaynaklarından kamu veya özel teşebbüslere yapılan her türlü yardım" olarak tanımlanabilecek olan devlet yardımları, daha geniş olarak "devletçe ya da devlet kaynakları aracılığı ile belirli bir teşebbüs veya bir mal veya hizmet üretimini ve/veya üretim yöntemini ya da üretimin faaliyet konusunu etkilemek; üreticileri teşvik ve himaye etmek, rekabet gücünün artmasına katkı da bulunmak, kuruluş yerini etkilemek suretiyle belirli bir bölgenin gelişmesini sağlamak gibi amaçlarla, denk bir karşılık beklemeden her ne şekilde olursa olsun yapılan yardımlar" olarak tanımlanmaktadır.⁶³

Bu geniş tanımlama şunun için önemlidir: Bu tanıma göre, sadece parasal teşvik ve sübvansiyon gibi doğrudan yapılan yardımlar değil; bir

⁶³ Tanım için Bkz. KÖKSAL.T: a.g.e. shf. 4.

teşebbüsün kurulacağı yerin seçiminde devletin dolaylı etkisi bile -onun rekabet gücünün artmasına katkıda bulunmak amacıyla, denk bir karşılık beklemeden yapılmış olmak koşuluyla- devlet yardımı sayılabilmektedir.

Tanımla ilgili olarak söylenmesi gereken diğer bir husus, devlet yardımının kabul görmüş bu tanımına rağmen, GATT (DTÖ) ve Avrupa Birliği'nin devlet yardımı kavramları ve yasakları bakımından arada farkların olduğu hususudur. DTÖ sübvansiyonlar kodundaki tanımlamaların genişliğine rağmen, Avrupa Birliğindeki devlet yardımının sübvansiyonlardan daha geniş olduğu kabul edilmektedir.⁶⁴ Buna karşılık, ileride ayrıntılı inceleneceği üzere, devlet yardımının Avrupa Topluluğu hukukunu ilgilendirmesi için belirli eşik değerlerin üzerinde olması, belirlenen sektörlere ait olmaması ve üye ülkelerin arasındaki ticareti etkilemesi gibi ilave şartlar da vardır.

Dünya Ticaret Örgütünün kuruluşunu da sağlayan 1994 Uruguay Round'unda kabul edilen "Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbirler" Koduna göre, devlet veya herhangi bir kamu kuruluşu tarafından;

- Hibe, kredi ve hisse katılımı gibi doğrudan fon transferi içerdiği veya kredi garantisi gibi potansiyel olarak doğrudan fon ya da yükümlülük transferini içerdiği,

- Devletin (vergi gibi) gelirlerini bağışladığı,

- Devletin (genel altyapı dışında kalan hususlar da mal veya hizmet temin ettiği veya mal satın aldığı;

- Devletin bir fon mekanizmasına ödemeler yaptığı veya garanti sağladığı veya bir özel kuruluşa yukarıda şıklarda belirtilen fonksiyonları yürütme görevini verdiği,

- GATT 1994'ün ihracat teşviklerinin kaldırılmasını öngören XVI. maddesi anlamında herhangi bir şekilde gelir veya fiyat desteği verildiği,

- Bütün bunların sonucunda bir yarar elde edildiği durumlarda,

sağlanan mali katkı "sübvansiyon" sayılacaktır.⁶⁵

Devlet yardımları aynı veya nakdi olarak teşebbüslere doğrudan verilebileceği gibi, taban ücreti, alım garantisi gibi dolaylı fon transferi yolu ile de yapılabilir. Bu haliyle devlet, yardımın muhatabı olan teşebbüse ya doğrudan bütçenin gider kaleminden bir ödeme ve transferde bulunur; ya da vergi indirimi

⁶⁴ Conor QUIGLEY/Anthony COLLINS, EC State Aid Law and Policy, Oxford, 2003; shf. 3.

⁶⁵ Mete BİLGİÇ; GATT kuralları ve Uruguay Roundu Kapsamında Uygulanan Devlet Yardımları ve Sübvansiyonlar. Koşgeb Yayın Ocak 1999. Ank-shf. 23.

gibi yollarla gelir kaleminden fedakarlıkta bulunarak bütçeyi ilgilendiren bir fonu aktarmış olur.

Devlet yardımlarının, ekonominin ve sosyal hayatın gelişmesi için alınan genel tedbirlerden, örneğin vergi politikasında eş ve çocuklar için gelir vergisi indirimi gibi uygulamalardan ayrılması gerekmektedir. Zira, bu tür tedbirler, tüm teşebbüslerin eşit şekilde yararlandığı genel tedbirler olup, rekabeti bozma amacını da taşımamaktadırlar.

Devlet yardımının doğrudan veya dolaylı biçimde ister özel olsun, isterse kamuya ait olsun “teşebbüslere” verilmesi mümkün olduğu gibi, tüketicilere verilmek suretiyle dolaylı biçimde bazı teşebbüsleri, diğerlerine göre rekabet açısından dezavantajlı duruma sokması da düşünülebilir. Kod’a göre sübvansiyonlar, yasaklanmış, karşı tedbir alınabilir ve karşı tedbir alınmasını gerektirmeyen sübvansiyonlar olarak üçe ayrılmaktadır.

III. Avrupa Topluluğunda Devlet Yardımları

İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa’nın yeniden inşası çalışmaları çerçevesinde 1951 yılında Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından kurulan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunun ardından, 1957 tarihli Roma Antlaşmasıyla kurulmuş olan Avrupa Ekonomik Topluluğunun asıl hedefi üye ülkelerin ekonomik faaliyetlerini uyumlu geliştirmek, sürekli ve dengeli büyüme, istikrarın güçlendirilmesi ve insanların yaşam düzeyinin yükselmesi olduğu Antlaşmanın 2’nci maddesinde sayılmıştır. Amsterdam Antlaşmasıyla, artık birlik halini de almış olan Avrupa Topluluğu,⁶⁶ amacını Roma Antlaşmasının değişik 2’nci maddesinde biraz daha zenginleştirmiş; üye ülkelerin kendi aralarındaki sınırları tamamen kaldırdıkları, üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesinin uygulandığı, malların, hizmetlerin, sermayenin ve işgücünün serbest dolaştığı bir ortak pazar böylece kurulabilmiştir.

Ortak Pazarla hedeflenen amaca ulaşılabilmesi için Roma Antlaşmasıyla gerekli tedbirler alınmış; sadece üye ülkelerin aralarındaki fiziki ve hukuki engellerin kaldırılmasıyla yetinilmemiş; ayrıca teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarının yasaklandığı 85 ve 86’ncı (şimdiki 81 ve 82’nci) maddelerin vazedilmiş olması da yeterli görülmeyerek, devletin bizzat kendisinin rekabeti bozabilecek davranışlarda bulunabileceği öngörülme suretiyle, onlara da yasaklar getirilmiştir. Bu yasaklardan en önemlisi, Ortak Pazarla bağdaşmayan

⁶⁶ 1951 yılındaki Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT), 1957 Tarihli Roma Antlaşmaları ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (AAET) olarak kurulmuş olan üç ayrı topluluk, 1971 tarihli Füzyon anlaşması ile Avrupa Toplulukları (AT) adını almıştır.

devlet yardımlarıdır. “Roma Antlaşmasının 90-92 (şimdiki 87-89) maddeleri bu konudaki düzenlemeleri içermektedir.

a) Yasaklanmış Devlet Yardımı Kavramı

Roma Antlaşmasının 87’nci maddesinin ilk fıkrası, her ne şekilde olursa olsun, üye devletler tarafından ya da devlet kaynakları kullanılarak sağlanan ve belirli teşebbüslere ya da belirli malların üretimine ayrıcalık tanıyarak rekabeti bozucu etki yaratan ya da bozma potansiyeline sahip olan yardımların, “üye devletler arası ticareti etkilemeleri halinde” ortak pazarla bağdaşmaz olduğunu hükme bağlamıştır.

Burada devlet yardımının açık bir tanımının yapılmadığına dikkat çekilmelidir. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonunun ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın (ATAD) yorum ve içtihatlarıyla oluşan bir devlet yardımı kavramı vardır. Buna göre “üye devletlerin ekonomi politikaları ve sosyal hedefleri doğrultusunda, kararları ve karşılıklı anlaşmalar çerçevesinde firma ya da üreticilere kaynak sağlamaları ya da belirlenen bu ekonomik ve sosyal hedeflere ulaşabilmek için avantajlı durum yaratmaları” devlet yardımı sayılacaktır.

Devlet kaynakları kullanılmak ya da devlet eliyle yerine getirilmek koşuluyla sağlanan her türlü "avantaj"⁶⁷ rekabeti bozucu etkiye ya da potansiyele sahip olmak şartıyla bu tanım kapsamına girdiği kabul edilmiştir. Yardımın “devlet eliyle verilmesi” ya da “devlet kaynaklarının kullanılıyor olması” arasındaki ayırımın önemi şudur: Üye devletlerin bu yardım devletçe verilmiyor şeklindeki savunma ve mazeretlerinin önlenmesi için, isterse doğrudan bir devlet kuruluşu değil de, yerel yönetimler ve özerk kamu kuruluşları hatta devlet sermayesi ile kurulmuş olan bir şirket vermiş olsun, devlet kaynaklarının veriliyor olması, onun devlet yardımı sayılmasına yeterli olacaktır. Buna karşılık, Kamu kaynaklarından karşılanmamış olsa bile maddi avantajın (örneğin bank ve finans kuruluşlarının karşılamış olduğu bir özel kredinin) devlet yardımı sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. Bunun için bu özel kuruluşun verdiği yardımın devlet ya da kamu kaynakları ile bir bağlantısı olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer bu yardımın devlet (kamu) kaynakları ile doğrudan ya da dolaylı bir bağlantısı varsa; başka bir deyişle, bu yardım sonuçta devlete atfedilebiliyor ise, devlet yardımı sayılacaktır.⁶⁸ Öte yandan devlet yardımının sürekli ya da geçici olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

⁶⁷ Vergi muafiyeti ve parasal hertürlü avantaj, bütçeye ilave yük getirmek ya da mevcut bir gelirden mahrum kalmak koşuluyla bu kapsamda sayılmaktadır.

⁶⁸ C. QUIGLEY/A. COLINS; a.g.e. shf.7-14

Komisyondun bu geniş yorumlamalarını kabul etmiş olmasına rağmen ATAD, Komisyondun geliştirmek istediği “devlet yardımına eş etkili tedbir” kavramını benimsememiştir.⁶⁹

Devletin bazı ürünlere uyguladığı fiyatlar aracılığı ile devlet yardımı yapıp yapamayacağı da tartışılmış; Divan Van der Kooy kararı ile, devletin de ortak olduğu ve karının % 90’ının devlete gittiğine inanılan bir şirketin sattığı ve fiyatının da ancak ilgili Bakanın onayıyla yürürlüğe girdiği Hollanda’da, doğalgaz fiyatlarında indirim yaparak dolaylı katkıda bulunmanın devlet yardımı sayıldığını kabul etmiştir.⁷⁰

b) A.B Komisyonunun Yetkisinin Doğmasının Koşulları

Yapılan yardımın parasal değerinin 100.000 Euro’yu aşmadığı durumlarda “de Minimis” kuralı gereği Komisyonun yetkisi doğmaz.

Yine üye devletler arasındaki ticareti etkilemeyen ve etkileme potansiyeline sahip olmayan yardımlar da kapsam dışıdır. Bu çerçevede ithalat ya da ihracata konu olmayan ürün ve sektörlerle yapılan yardımların da üye ülkeler arasındaki ticareti etkilemediği kabul edilmektedir.⁷¹

Komisyondun yetkisinin doğmasının bir diğer koşulu da, yardımın belirli teşebbüsleri veya belirli malların üretimini üstün duruma sokarak, rekabeti bozmuş ya da bozma tehlikesi yaratıyor olmasıdır. Bu çerçevede Topluluk ya da ülke düzeyinde tüm teşebbüslere sağlanmış olan bir avantaj ile belirli teşebbüslere sağlanmış avantajlar arasında ayırım yapılmaktadır. Birincisinin rekabeti bozmadığı için Roma Antlaşmasının 87’nci maddesi kapsamına girmesi mümkün değilken, ikinci kategorinin rekabeti bozmasa dahi bozma potansiyeline sahip olması halinde, madde kapsamında değerlendirilmesi gerekebilecektir.

Komisyondun, bir devlet yardımının rekabeti ne şekilde etkilediğini araştırırken, yardım konusu ürünlerin nitelik ve miktarlarını, ilgili pazarı, yardım alanın rakiplerinin ilgili pazardaki durumunu ve ilgili üründe üye ülkelerarası ticaretin hacmini ayrı ayrı inceleyip ortaya koymaktadır.

⁶⁹ ATAD. 290/83 sayılı davada, Fransa Ulusal Tarım Kredisi Dayanışma Sandığının işletme fazlasını çiftçilere yardım olarak tahsis etmesi üzerine, Komisyon bu yardımın devlet kaynaklarından yapılmamış ola bile Fransa Hükümetinin azmettirmesiyle yapılmasından ötürü ihlal davası açmış; Divan ise usulden davayı reddetmiştir. Yine 379/98 sayılı Preussen Elektra AG v. Schlesweg AG. Davasında Alman mevzuatında klasik enerji kaynaklarından yenilenebilir enerjiye geçisi zorlamak için müşterilerinden ikincisi lehine düşük ücret alınmasını öngören hükmün devlet yardımı sayılmasa bile, eş etkili olduğu tezini de Divan kabul etmemiştir.

⁷⁰ 67/68 ve 70/85 No’lu birleşik dava.

⁷¹ İsmail Atalay YOLCU; Devlet Yardımlarına İlişkin AB Mevzuatının Uygulanmasında Genel Ölçütler ve Ülke Örnekleri, Ankara, Ağustos 2001, shf. 4.

Komisyunun yetkisinin doğmasını engelleyen diğer bir unsur da, Roma Antlaşmasının 87'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında sayılan istisnalara tabi olmasıdır. Özellikle ikinci fıkraya giren devlet yardımları otomatik olarak 87'nci maddenin ilk fıkrasındaki "bağdaşmazlık" prensibinden istisna edilmiş olmakta ve Komisyunun yetkisi doğmamaktadır. Buna karşılık 87/3 maddedeki istisnaların uygulanabilmesi ancak bu konuda karar vermeye tek yetkili olan Komisyunun değerlendirmesiyle mümkün olmaktadır.

Roma Antlaşmasının 87/2 maddesine göre otomatik olarak bağdaşmazlık prensibinden istisna edilen üç kategori devlet yardımı şunlardır:

1. Ürün bazında herhangi bir ayırım yapılmaksızın, tüketicilere sağlanan devlet yardımları,
2. Doğal afetler ve olağanüstü hallerde sağlanan iyileştirme yardımları,
3. Almanya'nın bölünmesinden kaynaklanan ekonomik sıkıntıların giderilmesine yönelik devlet yardımları.⁷²

c) A.B. Komisyununun Değerlendirilmesine Tabi Olarak Muafiyet Alabilecek Devlet Yardımları

Roma Antlaşmasının 87/3 maddesinde Komisyon tarafından yapılacak değerlendirmenin ardından muafiyet tanınacak olan yardım kategorileri şu şekilde sıralanmıştır.

1. Yaşam standardının ya da istihdamın çok düşük olduğu bölgelere yapılan devlet yardımları,
2. Üye ülkelerin herhangi birinde meydana gelen önemli bir zararın telafisine ya da AB'nin ortak çıkarına yönelik bir projenin desteklenmesine yönelik devlet yardımları,
3. Ortak çıkara aykırı düşecek şekilde ticareti ters etkilememek şartıyla, belirli bir iktisadi pazarın ya da belirli iktisadi faaliyetlerin geliştirilmesine yönelik devlet yardımları,
4. Maastrich Antlaşması ile eklenen ve kültürel mirasın korunması amacına yönelik devlet yardımları,
5. Komisyon'dan gelen öneri üzerine, Avrupa Parlamentosu'nun görüşü alındıktan sonra Konsey tarafından belirlenecek olan yeni yardım kategorileri.⁷³

⁷² İkinci Dünya Savaşından sonra Doğu ve Batı Almanya'nın bölünmesi sebebiyle konulmuş olan bu hüküm, iki Almanya'nın birleşmesiyle anlamını yitirmiş görünüyor ise de, bölünmenin yarattığı etki halen sürüyor ise, bu hükmün uygulanabileceği teoride kabul edilmektedir. Bkz. C. QUIGLEY/A. COLLINS. A.g.e. shf.79-80.

Bu fıkraya göre muafiyet değerlendirmesinin Komisyon'un münhasır yetkisinde olduğunun altı bir kez daha çizilerek, bu hükmün doğrudan uygulama kabiliyeti olmadığından üye ülke makam ve mahkemelerince uygulanamayacağı hatırlatılmalıdır.

d) Komisyon Bildirim ve Değerlendirme Usulü

Komisyonun özellikle 87/3 maddeye dayanan münhasır yetkisi, devlet yardımlarının bildirimine ilişkin usul düzenlemesi yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Bildirim için “yeni” yardımlarla, “varolan” yardımlar arasında ayırım yapılmaktadır.

Yeni yardımlar planlandıkları aşamada bildirilmek zorundadır. Varolan yardımlar ise, toplu olarak Komisyon'a rapor edilmekle birlikte kural olarak “bildirim”e tabi değildir. Ancak varolan yardım sistemleri üzerinde yapılacak değişikliklerin bildirim zorunludur.

Üye ülkelerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeden ve muafiyet almadan anılan yardımları yürürlüğe koymaları yasaklanmıştır.⁷⁴

Komisyon bildirilen devlet yardımında herhangi bir eksiklik tespit ederse 15 gün içinde ek bilgi istemine ilişkin yazısını göndermek zorundadır. Üye ülke ise buna 20 gün içinde cevap vermek zorundadır. Komisyon eksikliğin tamamlanmasından itibaren 2 aylık sürede incelemesini tamamlama yükümlülüğündedir.

İki aylık süre sonunda Komisyon;

- Yardımın ortak pazarla uyumsuz olmadığına karar vererek muafiyet sağlayabilir.

- 88/2 madde çerçevesinde soruşturma açılmasına karar verebilir ya da başvuru karşısında sessiz kalma yolunu seçebilir.

Yardımanın ortak pazarla uyumsuz olmadığına karar verilmesi halinde, yardımı olan teşebbüsle rakip olduğunu ispatlayan herkes yargı yoluna başvurabilir.

Komisyon belirlenen (iki aylık) süre içinde herhangi bir cevap vermezse üye ülkenin yardımı yürürlüğe koyma yetkisi vardır.⁷⁵

⁷³ Konseye tanınan bu yetki çerçevesinde ilk kez gemi inşası alanında verilen yardımlar muaf tutulmuş; daha sonra muafiyet kategorilerinin genişletilmesi gündeme gelmemiştir.

⁷⁴ Bu yasağa rağmen bildirimsiz yürürlüğe konulan devlet yardımının, yaptırımdan yoksun olduğu ileri sürülmüş ise de, hukuka aykırılık bizatihi kendisi bir yaptırımdır. Nitekim ilgili üçüncü kişilerin bu hukuki geçersizliği ileri sürerek ulusal mahkemelerde dava açabilecekleri de kabul edilmektedir. Bkz. İ. Atalay YOLCU. A.g.e. shf. 8.

Komisyon'un ilk incelemelerine göre soruşturmaya başlaması durumunda ise, söz konusu karar ve hakkında soruşturma başlatılan yardımın nitelikleri AB Resmi Gazetesinde yayınlanır. Soruşturma kararına karşı ilke olarak dava açılmaz.⁷⁶

Soruşturma süresi ile ilgili bağlayıcı kural olmamasına rağmen Komisyon 6 aylık sürede soruşturmayı bitirme eğilimindedir. Soruşturma sonucunda kısmen ya da tamamen Ortak Pazarla bağdaşıp bağdaşmadığına karar verilebilir. Bazen yardımın verilmesini belli şartlara bağlamak da mümkündür.⁷⁷

e) Bildirilmemiş Yardımların Soruşturulması

Bildirilmemiş yardımlar hakkında da Komisyon şikayet üzerine ya da resen soruşturma başlatabilir. Ancak öncelikle ilgili üye devletten bir "ön bilgi" ister.

Komisyon üye ülkelerin belli süre içinde istenen bilgileri sağlamasını emredebilir. Üye ülkenin cevap vermemesi halinde Komisyon elindeki bilgiler çerçevesinde nihai karar alma hakkına sahip olmakta ve ülkenin dosya hakkında yargı aşaması dahil ek bilgi sunma olanağı ortadan kalkmaktadır.

Soruşturma sonunda yardım ortak pazarla bağdaşmaz bulunursa, üye ülkenin yaptığı yardımı geri alması emredilebilir. Geri alınıncaya kadar kullanılan hukuka aykırı yardım için rekabetin sağlanabilmesi bakımından uygun bir faiz ödenmesi de gerekebilir.

f) İlgili Mevzuat

aa- 994/98 Sayılı Konsey Tüzüğü

7 Mayıs 1998 tarihli ve 994/98 sayılı "Belirli Yatay Devlet Yardımı Kategorilerine Antlaşmanın 92 ve 93'üncü Maddelerinin Uygulanması Hakkında" Konsey Tüzüğü, Roma Antlaşması'nın 89'uncu (84'ncü) maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış olup, Komisyona hangi tür yardımların 93/3 (88/3) madde kapsamında olduğuna ilişkin Tüzük çıkarma yetkisini vermek üzere kabul edilmiştir. Konseyin bu Tüzüğüne göre, Komisyon küçük ve orta

⁷⁵ Ancak bu durumda sorumluluk üye devlettedir. Bunun için üye devletin yürürlüğe koymadan yeniden komisyonu haberdar etmesi gerektiği kabul edilmektedir. İ. Atalay YOLCU. A.g.e. shf. 10. Dipnotu 21. Ve C.QUIGLEY/A. COLLINS; a.g.e. shf. 275.

⁷⁶ Ancak bir olayla ATAD bu kararın, en azından yardımın 88/2 md. kapsamında olduğunu tespit ettiğinden, aynı yardımın "Varolan yardım" kategorisinde olduğunun tespitine yönelik bir dava hakkını kabul etmiştir.

⁷⁷ Bu şartların süresi içinde yerine getirilmemesi halinde Komisyon ülke aleyhine ihlal davası açabilir. Ancak bu konuda komisyonun ihlal davası açma zorunluluğu olmadığı gibi, Bidayet mahkemesi bir kararında, Komisyonun bu konudaki takdir yetkisine karışılmayacağına hükmetmiştir.

boy işletmelere (KOBİ'lere), araştırma ve geliştirmeye, çevrenin korunmasına, istihdama ve eğitime yönelik yardımların ve komisyonun onayladığı "bölgesel yardım" haritasına uygun bölgesel yardımların ortak pazarla bağdaştığına ve bildirim yükümlülüğünden muaf tutulduğuna ilişkin tüzük çıkarılabilecektir.

Komisyon'un çıkaracağı bu Tüzüklerin yardımın amacını, yardımdan yararlanacak kişileri, yardım oranlarını ve miktarları içermesi gerekmektedir. Bu Tüzükler, doğrudan uygulanabilir ve üye ülkeleri bağlayıcı niteliktedir.¹⁸

bb- 659/1999 Sayılı Tüzük

22 Mart 1999 tarihli bu Konsey Tüzüğü de, Roma Antlaşması'nın 93(88) maddesinin uygulanabilmesi için yeni yardımların üye devletler tarafından komisyona bildiriminin usul ve esaslarını düzenlemektedir.

IV. Türkiye'de Devlet Yardımları

a) Tarihçe

Hemen her ülkede olduğu gibi ülkemizde de, devlet yardımı yaygın olarak sanayiye teşvik amacıyla düzenlenmiştir. Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar uzanan¹⁹ teşvik mevzuatı Cumhuriyet döneminde sürmüş olup, 1950-1960 döneminde Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ve Petrol kanunu gibi iki önemli konuyla ivme kazanmıştır. 1960-1980 arasındaki dönemde korumacılık ve ithal ikameciliğinin sanayimizin dış rekabet gücünün zayıflattığı tespiti yapılmış ve ünlü 24 Ocak 1980 kararları ile ithal ikamesine dayalı sanayileşme stratejisi terk edilerek yerine ihracata dönük sanayileşme modeli benimsenmiştir.

Türkiye'nin Avrupa Birliği ile gerçekleştirdiği Gümrük Birliği nedeniyle devlet yardımlarına ilişkin mevzuatında bazı değişiklikleri yapması gerekmektedir. Bunları ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden, Gümrük Birliği öncesi ne gibi devlet yardımları olduğunun incelenmesi yararlı olacaktır.

b) Gümrük Birliği Öncesinde Devlet Yardımları

Türkiye'de Gümrük Birliği öncesinde iki tür devlet yardımı bulunmaktaydı. Yatırım teşvikleri ve ihracat teşvikleri.

¹⁸ Bu alanda çıkarılan Komisyon muafiyet Tüzükleri için Bkz: ATRG: C. 334,1995; C.45 1996 ve L.10.2001

¹⁹ Osmanlı İmparatorluğunun döneminde ilk kez 1863 yılında Islah-ı Sanayi Komisyonu kurulmuş; 1913 yılında da "Teşvik-ı Sanayi Kanunu" çıkarılmıştır. Cumhuriyet dönemindeki Sanayii Teşvik kanunlarında geniş ölçüde bu Kanun esas alınmış olup, 1927 tarihli Teşvik-ı Sanayi Kanunu ile bedelsiz arsa tahsisi, vergi indirimi, devletçe temin edilen ham ve ara maddelerin fiyatlarında indirim gibi oldukça önemli teşvikler sağlanmıştır. Tarihçe ve ayrıntılı bilgi için Bkz. KÖKSAL; a.g.e. Shf. 73-77

aa- Yatırım Teşvikleri

Daha çok sanayi yatırımlarını teşvik etmeye yönelik tedbirler olarak Osmanlı döneminde başlayan ve Cumhuriyet'ten sonra da devam eden yatırım teşvikleri, her zaman istenilen sonucu verememişti.

Toplam yatırım hacminin artırılması, özkaynakların güçlendirilmesi, yatırımların verimli alanlarda gerçekleştirilmesini saptamak üzere sektörel önceliklere yer verilmesi ve yatırımların az gelişmiş bölgelere de yayılması gibi amaçlarla verilen teşvikler, iktisadi, bölgesel, yabancı sermaye ve ihracat teşvikleri olmak üzere dört grupta sınıflandırılabilirler.

Kullanılan yatırım teşvik araçları şunlardır:

- Gümrük muafiyeti,
- Yatırım indirimi,
- Fon kaynaklı kredi,
- Teşvik primi,
- Vergi, resim ve harç istisnası,
- Yatırım finansman fonundan yararlanma,
- İlave istihdam teşviki,
- SSK prim teşviki, konut fonu teşviki,
- Enerji teşviki.

bb- İhracat Teşvikleri

Türkiye ekonomisinin dışa açılma gayretlerinin bir aracı olarak 24 Ocak 1980 kararlarıyla ihracat teşvikleri ön plana çıkarılmıştır.

Vergi iadesi, gümrük vergisi muafiyeti, döviz kullanımı, ihracat kredisi, ve diğer parasal ve mali desteklere dayanan ihracat teşviki yerini giderek dolaylı teşviklere bırakmıştır.

KOBİ niteliğindeki firmalar başta olmak üzere ihracatçı firmaların ihracata yönelik faaliyetlerinin gerek üretimi, gerekse pazarlama aşamalarında desteklenmesi ve rekabet gücü kazanmalarına imkan sağlanması amaçlanmaktadır.²⁰

²⁰ Bu teşvikler hakkında daha ayrıntılı bilgi için Bkz.T.KÖKSAL; a.g.e. shf. 135-146; BİLGİÇ a.g.e. shf 2-11

c) Türkiye'nin Gümrük Birliği Çerçevesinde Yükümlülüğü

Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir ortaklık kurulmasını öngören 12 Eylül 1963 tarihli Ankara Antlaşması'nın hükümleri doğrultusunda 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren kurulmuş olan Gümrük Birliği'nin temellerini oluşturan 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı, birçok konuda olduğu gibi, devlet yardımları konusunda da Roma Antlaşması'nın Avrupa Birliği'ne üye ülkelere yüklediği yükümlülüklerle paralel yükümlülükleri Türkiye'ye yükleyecek tarzda hükümler getirmektedir. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK)'nın 34'üncü maddesine göre rekabeti sınırlayan devlet yardımları uygulamaları Türkiye ile Topluluk arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Gümrük Birliği ile bağdaşmaz sayılmış ve yasaklanmıştır.

Roma Antlaşması'nın 87/1 maddesindeki ilke, "ortak pazarda bağdaşma" kavramı yerine, "gümrük birliği ile bağdaşma" şekline dönüşerek aynen benimsenmiş; 87/2 ile 3'üncü fıkradaki istisnalar da aynen 34/2 ve 3'üncü fıkralarda tekrarlanmıştır. Ayrıca, 34/2'nci fıkrada, Roma Antlaşması'nın 87/2 maddesinde de ortak pazarla bağdaşabilir sayılan istisnalara ilave olarak, 34/2 (d) ile 5 yıllık bir geçiş sürecinde, Türkiye ile Topluluk arasındaki ticaret koşullarını, ortak çıkarlara aykırı düşecek derecede etkilememesi şartıyla, Türkiye'nin az gelişmiş bölgelerine verilen yardımların ortak pazarla bağdaşır sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Roma Antlaşmasının 87/3 fıkrasına göre Komisyonca takdir edilecek istisnalar için ise, OKK'nın 34/3 fıkra ile paralel hükümler konulmuş; ancak, Türkiye AB'ne tam üye olmadığı için Komisyonun takdir edeceği hükmüne doğal olarak yer verilmemiştir. Bu yetkinin Ortaklık Konseyi'nde olduğu anlaşılmaktadır.²¹

Bu hükümlerden ortaya çıkan sonuç olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet yardımları alanında mevzuatını uyumlaştırmayı ve Gümrük Birliği'nin işleyişi ile bağdaşmayan ve AB ile Türkiye arasındaki rekabet koşullarını bozacak nitelikte devlet yardımı uygulamalarından vazgeçmeyi taahhüt etmiş olduğu tespiti yapılmalıdır.

Bu taahhüdüne karşın, Türkiye'nin aksine bir davranışta bulunması halinde Avrupa Birliği tarafının konuyu götürebileceği yer, Ankara Antlaşmasının 25'inci maddesi ve 1/95 sayılı OKK'nın ihtilafların çözümüne ilişkin genel prosedür çerçevesinde Ortaklık Konseyi ve eğer burada da

²¹ Bu konuda KÖKSAL (a.g.e. shf. 148 de) bu yetkinin "zımnen" Ortaklık Konseyi'ne ait olduğu sonucuna varmakta ise de OKK'nın 34/3 fıkrasının son cümlesinde geçen "OKK ile belirlenecek diğer yardım türleri" ifadesinden yetkinin Ortaklık Konseyinde olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

çözülemediği tahkim yoluyla çözülmesi konusunda OKK'nce karar verilmiş olursa -Avrupa- Toplulukları Adalet Divanı'dır. Ancak bu hükme rağmen, Avrupa Topluluğu tarafının bu prosedür yerine OKK'nın 38'inci maddesindeki koruma tedbirleri hükümlerine sığınarak, Türk firmalarına karşı, antidamping ve antisübvensiyon soruşturmaları açtığı ve bunun rahatsızlık yarattığı bilinmektedir.

V. Türkiye'de Yapılması Gerekenler

Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Toplulukları ile 40 yıl önce başlatmış olduğu ortaklık ilişkisini daha ileri götürme ve tam üye olma iradesini kararlılık içerisinde tüm dünyaya ilan etmiş olduğuna göre, tam üye olduğunda diğer üye ülkeler gibi, devlet yardımları konusundaki Roma Antlaşmasının temel hükümlerini, Komisyonun ve ATAD'ın yetkisini kayıtsız şartsız kabul etmiş olacaktır.

Tam üye olmadan önce, Ankara Antlaşmasının ortaklık ilişkisinde son dönem olarak öngördüğü Gümrük Birliği'nde ise böyle bir birliğin temel koşulları olduğu kabul edilen Topluluk ve Türkiye arasındaki ticaretin "rekabet" koşulları içinde ve bozulmadan gerçekleştirilebilmesinin kuralları 1/95 sayılı OKK ile kabul edilmiştir.

Bu kuralların başında, Roma Antlaşmasının 81 ve 82'nci maddelerinde, sadece üye devletleri değil, o devletlerde faaliyet gösteren teşebbüsleri de bağlayan onların rekabete aykırı davranışlarını yasaklayan antitröst hukuku anlamındaki düzenlemeler gelmektedirler. Bu yükümlülükler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Kabulü ve Türk Rekabet Kurumunun kurulmasıyla yerine getirilmiştir. Komisyonun ilerleme raporlarında da vurgulandığı gibi, bu konuda Türkiye'nin vardığı nokta tatminkar bulunmaktadır.

Ancak rekabet politikasının bir parçası ve gümrük birliğinin gerçekleştirilebilmesi için temel koşullarından birisi olduğu halde, Türkiye'nin devlet yardımları konusunda gereken adımı attığından söz etmek kolay değildir.

1/95 sayılı OKK'nın 39'uncu maddesi ile tekstil ve hazır giyim sektörü dışında kalan sektörler için tanınan iki yıllık süre de dolmuştur. Türkiye devlet yardımlarının komisyona bildirişi konusunda üye ülkelerin yükümlülüğüne paralel bir yükümlülüğü OKK'nın 39'uncu maddesi (c), (e) ve (f) bentleri ile üstlenmiştir.

Bu yükümlülüğün yanısıra, Ulusal Program ile Türkiye Cumhuriyeti, devlet yardımlarının temel ilke ve kurallarını belirleyen bir çerçeve kanunun kabulünün yanısıra, böyle bir mevzuata rağmen bizatihi devletin bu kurallara

aykırı davranması ihtimaline karşı, devlet yardımlarını denetleyebilecek nitelikte, “bağımsız” bir organın oluşturulacağını da ilan etmiştir. Buna karşılık, çerçeve kanun çıkarılmadığı gibi, Rekabet Kurumunun böyle bir görevi yapmaya hazır ve ehil olduğu hemen her düzeyde tespit edilmesine rağmen, kısır kurumsal çekişmeler sebebiyle, kanunun kendilerine ayrı bir bağımsız kurum oluşturulması çabalarına kurban edilmesi ülkenin zararına olmuştur. Ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar ve kamusal kaynakların en etkin ve verimli kullanılmasındaki mutlak zaruret bir yana, rekabet politikasının araçlarından olan devlet yardımlarının, bağımsız idari otorite kavramına en iyi örnek olduğunda kuşku duyulmayan ve bu alanda yetişmiş insan gücüne de sahip olan Rekabet Kurumuna devlet yardımlarına inceleme ve değerlendirme; Avrupa Komisyonuna bildirim görevlerinin verilmesi, Türkiye için yapılacak en büyük hizmet olacaktır.

**2002/2 SAYILI
REKABET KURULU TEBLİĞİ ÇERÇEVESİNDE
DİKEY ANLAŞMALAR**

Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I – Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar

A) Dikey Anlaşmaların Rekabet Üzerindeki Etkileriyle İlgili Yaklaşımlar

Roma Antlaşması'nın (RA) m.81 (eski m.85) hükmü, yatay ve dikey anlaşma ayırımı yapmadığı için, Avrupa Topluluğu (AT) hukukunda bu hükmün *dikey anlaşmalara* hiçbir zaman uygulanamayacağı şeklinde genel bir tespit yapılması mümkün görülmemekte ise de, sözkonusu anlaşmaların anılan hüküm karşısındaki durumu bu hukuk çevresinde her zaman tartışma konusu olmuştur⁷⁸. Bunun başlıca nedeni, *üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalarda yer alan kısıtlayıcı kayıtların anti rekabetçi etkilerinin, rakipler arasında yapılan yatay*

⁷⁸ R. WHISH, Competition Law, London 2001, s.541.

anlaşmalarda yer alan kısıtlayıcı kayıtlara nazaran çok daha az olabileceği düşüncesidir⁷⁹.

Bu düşünceye göre, dikey anlaşmalardaki kısıtlayıcı kayıtların *markalar arası rekabeti*⁸⁰ teşvik eden ve artıran bir işlevi (de) olabilir⁸¹. Buna göre, kendi (markasını taşıyan) ürünleri için bir dağıtım ağı kurmak isteyen bir üreticinin dağıtıcılarıyla yaptığı anlaşmalara koyduğu belirli dikey kısıtlamalar, *marka içi rekabeti*⁸² (yani *bu üreticinin ürettiği markayı taşıyan ürünlerin dağıtıcıları veya perakendecileri arasındaki rekabeti*) sınırlandırır da, bu tür kısıtlamalar, kurulmak istenen dağıtım ağını olabildiğince etkin kılmak amacına hizmet ettiği sürece ve ölçüde, bu üreticinin rakip üreticiler karşısındaki rekabetini güçlendirir ki, bu da markalar arası rekabetin artmasına ve tüketicilerin ulaşabileceği (ikame edilebilir) ürün yelpazesinin genişlemesine yol açar⁸³. Marka içi rekabetin sınırlandırılmasının ise, en azından bu sınırlamanın ilgili olduğu pazardaki markalar arası rekabet zayıf olmadığı müddetçe, rekabet hukukunun korumak istediği menfaatler bakımından daha az tehlikeli olduğu söylenir⁸⁴. Marka içi rekabeti sınırlandıran dikey kısıtlamalara örnek olarak, bir üreticinin anlaşma yaptığı dağıtıcılarına veya perakendecilerine, anlaşma konusu ürünler bakımından birbirlerinin münhasırlık bölgesindeki müşterilerine aktif satış yapma yasağı getirmesi gösterilebilir⁸⁵.

Öte yandan, dikey anlaşmalar bakımından uzun yıllar boyunca aşırı müdahaleci ve şekilci bir yaklaşım izlemekle sürekli eleştirilmiş olan AB Komisyonu da artık, konumuz olan 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'nin mehzasını oluşturan Dikey Anlaşmalar Hakkında Grup Muafiyeti Tüzüğü⁸⁶ ile ilgili olarak çıkardığı Rehber'de⁸⁷, rekabet hukuku öğretisinde yapılan tespitleri de dikkate alarak, dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların çoğu zaman, özellikle de fiyat dışı rekabetin ve hizmet kalitesinin artması bakımından olumlu etkilere sahip olabileceğine dikkat çekmektedir. Rehber'e göre (sınırlayıcı olarak

⁷⁹ Guidelines on Vertical Restraints, OJ (2000) C 291/1(Komisyon'un 24.5.2000 tarihli Dikey Kısıtlamalarla İlgili Duyurusu (Rehber)) Pr.100; A. JONES/B. SUFRIN, EC Competition Law, Oxford 2001, s.155.

⁸⁰ *Inter-brand competition*.

⁸¹ BELLAMY & CHILD, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London 2001, No 7-002, s.494.

⁸² *Intra-brand competition*.

⁸³ JONES/SUFRIN, s.155.

⁸⁴ Bkz. örn. WHISH, s.542.

⁸⁵ WHISH, s.541

⁸⁶ Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ (1999) L 336/21 (Block Exemption Regulation = BER).

⁸⁷ Bkz. yukarıda dn.2

sayılması mümkün olmayan) öyle durumlar vardır ki, dikey kısıtlamalar, böyle durumlarda, etkinliğin gerçekleştirilmesine ve yeni pazarların geliştirilmesine önemli bir katkıda bulunabilirler⁸⁸. Rehber'e göre dikey anlaşmaların olası olumlu etkilerinden biri, örneğin, "*free-rider problem*" olarak adlandırılan ve argodaki tabiriyle "*beleşçilik*" olarak Türkçeye çevirebileceğimiz durumların dikey kısıtlamalar yoluyla (bir ölçüde) engellenebilmesidir. Gerçekten, göreceli olarak yeni ve değerli bir (markalı) ürüne (özellikle de satış öncesi hizmetler bakımından) önemli ölçüde yatırım yaparak bu ürün için kendi fiili faaliyet bölgesinde önemli bir talep yaratmayı başaran bir perakendeci, bu talebin yaratılmasında hiçbir rol oynamamış ve hiçbir yatırım yapmamış bir başka perakendecinin bu talepten yararlanmasını engellemek ister. Yatırım sahibi perakendeci diğer perakendecinin sözkonusu talepten yararlanmasını, örneğin ticaret veya borçlar kanunlarında yer alan *haksız rekabet hükümlerine* dayanarak engelleyemez ise de, sözkonusu markalı ürünün üreticisiyle yapacağı bir anlaşmaya koyduracağı bir dikey kısıtlamayla (*tek elden dağıtım kaydıyla*), sözkonusu ürünlerin üretici tarafından ilgili çevrede başka teşebbüslere satılmasını (sözleşmesel bazda ve üretici karşısında geçerli olmak üzere) engelleyebilmek imkanına (kendisine mutlak bir bölgesel koruma sağlanmamak, yani paralel ithalat engellenmemek kaydıyla⁸⁹) sahip olabilmelidir. Böylece,

⁸⁸ Bkz. Rehber Pr.115-118. Bir görüşe göre (J. LEVER/S.NEUBAUER, Vertical Restraints, Their Motivation and Justification, ECLR, Vol.21, Issue 1, January 2000, s.17-23), bir dikey anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin bu anlaşmaya dikey sınırlamalar koymasının ancak (bu teşebbüslerin motifi anlamında) üç sebebi olabilir : Bunlardan birincisi *dikey dışsallıklar* („*vertical externalities*“), diğeri *yatay dışsallıklar* („*horizontal externalities*“) ve üçüncüsü ise *anti rekabetçi motif*’tir. Bunlar (veya bunların aşılması için kullanılan yöntemler), dikey anlaşmada birer dikey sınırlama olarak içselleştirilirler. Sözkonusu görüşe göre, örneğin, aşağıda dn.13’de zikredilen „*hold-up problem*“ bir *dikey dışsallık* iken, „*free-rider problem*“ olarak adlandırılan durum bir *yatay dışsallıktır*. Yine bu görüşe göre, eğer herhangi bir dikey sınırlama bu sayılan iki dışsallık türünden biriyle ilgili değilse, o zaman bu dikey sınırlamanın ancak ve başlıbaşına *anti rekabetçi* bir motifi olabilir. Dolayısıyla, bir dışsallığın dikey sınırlama olarak anlaşmada içselleştirildiği durumlarda, dikey sınırlamanın rekabet düzeni üzerinde zararlı olmayacağı genel olarak söylenebilirken, böyle bir dışsallığın sonucunu ve gereğini oluşturmaksızın anlaşmaya koyulan dikey sınırlamaların rekabet düzeni bakımından hoşgörülebilmesi güçtür (LEVER/NEUBAUER , s.22/23)

⁸⁹ WHISH, s.544. Rehber’de Komisyon’un tek pazar entegrasyonunu temel bir parametre olarak almasının ve Avrupa pazarının dikey sınırlamalarla bölünmesine veya paylaşılmasına izin verilmeyeceği konusuna verdiği ağırlığın, dikey anlaşmaların rekabetin artmasına olan etkisiyle bir anlamda çatıştığı ve „*free-rider*“ probleminin engellenebilmesi bakımından „*bölgesel koruma*“nın gerekliliği ile Komisyon’un *tek pazar* konusundaki aşırı hassasiyetinin birbiriyile bağdaşmaz olduğu görüşü için bkz. S. BISHOP/D. RIDYARD, E.C. Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policiy, ECLR, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.35/36. Bu görüşe yanıt veren ve Tüzüğün dağıtıcıların satış yapabileceği bölgeler bakımından getirilen sınırlamaları kural olarak ağır sınırlama saymakla birlikte, bunun istisnalarını da öngörerek belli bir dereceye kadar bölgesel korumaya izin verdiğini, hatta *sağlayıcıya hem aktif hem de pasif satış yasağı getirilmesinin*

yatırımı yapan teşebbüs, kendisine üretici tarafından özgülenmiş olan münhasırlık bölgesinde marka içi rekabetten bir ölçüde korunmuş olur. Rehber'e göre, yeni bir ürünle ilgili olarak belli bir bölgede ilk yatırımı yapan dağıtıcıların marka içi rekabetten bu şekilde korunması, üreticilere yeni coğrafi pazarlar açılması veya onların mevcut pazarlara girme imkanının sağlanması olanağını doğurur⁹⁰.

Ancak rekabet hukukçularına göre, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmalara koyulan öyle kısıtlamalar vardır ki, bunların markalar arası rekabet üzerindeki olumsuz etkisinin yatsınması da mümkün değildir. Örneğin, bir üreticinin perakendecilerine yalnızca kendi markasını taşıyan anlaşma konusu ürünleri satmalarını ve rakip üreticilerin ürünlerini satmamalarını kabul ettirmesi, rakiplerle olan, yani markalar arası rekabeti etkileyen ("*single branding agreement*" olarak adlandırılan) bir dikey kısıtlamadır ve bu noktada da sözkonusu üreticinin sahip olduğu pazar gücünün büyüklüğünün markalar arası

mümkün olmasının dağıtıcının yatırımının korunması bakımından da işlevi olduğunu, Rehber'in çok açık bir şekilde „*free-rider*“ problemini bölgesel korumanın bir haklı gerekçesi olarak dikkate aldığını ve açıkladığını belirten aksi görüş için bkz. L. PEEPERKORN, E.C. Vertical Restraints Guidelines : Effects-Based or Per Se Policy ? – A Reply, ECLR, Vol.23, Issue 1, January 2002, s.38/39.

⁹⁰ Dikey anlaşmaların diğer (olası) olumlu etkileri, Rehber'e göre (Pr.116/3-8) şunlardır : **(1)** Belirli perakendecilerin sadece kaliteli mal satıyor olmakla tanındığı sektörlerde, üreticilerin ürünlerini sadece bu perakendecilere satmak zorunda kalmaları sözkonusu olabilir ("*the certification free-rider issue*") ve bu ("*limited distribution group*" olarak adlandırılan) dikey kısıtlamalarla sağlanabilir. **(2)** Eğer bir sağlayıcı veya alıcı belirli müşterilere odaklanmış yatırımlar yapmak gereksiniminde ise ve tedarik sözleşmeleri aktedilmediği sürece bu müşteriler karşısında bağlantıya girmek istemiyorsa, ilkönce, masraflarını geri getirmeye yetecek kadar uzun süreli bir tedarik sözleşmesi yapmak isteyebilir ("*the hold-up problem*"). Eğer bu teşebbüs sağlayıcı ise, alıcısıyla yaptığı tedarik anlaşmasına bir rekabet yasağı (rekabet etmeme yükümlülüğü) kaydını koyduracak iken; bu teşebbüs alıcı ise, o da tedarik sözleşmesine tek elden dağıtım veya münhasır müşteri kaydı gibi bir kayıt koydurmak isteyecektir. **(3)** Eğer bir teşebbüs diğerine know-how'ını transfer etmişse, bu teşebbüs bu know-how'ın rakiplerince kullanılmasını ("*the hold-up problem where know-how is transferred*") engellemek üzere, kendisine know-how devredilene bir rekabet yasağı yüklemek isteyebilir. **(4)** Tek elden dağıtım ve tek elden satın alma gibi dikey kısıtlamalar dağıtıcıların ölçek ekonomilerine sahip olabilmesi bakımından bir rol oynayabilir; ölçek ekonomileri daha düşük perakende fiyatlarına yol açar ("*economies of scale in distribution*"). **(5)** İşletme sermayesinin banka kredileriyle elde edilemediği durumlarda ("*capital market imperfections*") sağlayıcının alıcıya kredi vermesi imkanının (veya tersinin) kullanılması, kredi alana dikey kısıtlama yüklenmesini gerektirebilir. Örneğin bira üreticisi, birahane işleten (veya işletecek olan) alıcısına sözkonusu işletmede kullanılmak üzere kredi vermeyi, o birahane rakip ürünlerin satılmaması kaydına bağlayabilir. **(6)** Seçici dağıtım ve franchising gibi anlaşmalarda yer alan dikey kısıtlamalarla yeknesaklık ve kalite standardizasyonu ("*uniformity and quality standardisation*") sağlanabilir. Dikey anlaşmaların olumlu etkileri hakkında bkz. Ayrıca M.HUGHES/C. FOSS/K. Ross, The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law, E.C.L.R., Vol.22, Issue 10, October 2001, s.425 vd.

rekabetin sınırlanması keyfiyeti bakımından özel bir önemi olduğuna dikkat çekilir⁹¹. Bu bağlamda, belirli türden dikey kısıtlamalar içeren anlaşmaların pazara giriş engeli yaratmak şeklinde ortaya çıkan anti rekabetçi etkilerine de özel bir önem atfedilmektedir⁹².

Öte yandan, münhasır bölge ve münhasır müşteri grubu kayıtları içeren dikey anlaşmalar da, sözkonusu kısıtlamalar esas itibarıyla marka içi rekabeti sınırladıkları halde, pazar paylaşımına yol açtıkları ölçüde, tek pazar entegrasyonunu temel alan ve bu hususu daima ön planda tutan RA'na dayalı AT hukuku bakımından daima sakıncalı görülmüşlerdir⁹³. Komisyon'un dikey anlaşmalara karşı uzun bir süre uyguladığı müdahaleci yaklaşımında, tek pazar entegrasyonu hedefinin çok önemli bir rol oynadığı haklı olarak belirtilmektedir⁹⁴.

Komisyon dikey kısıtlamaların olumsuz etkilerini Rehber'de şu şekilde sıralamaktadır⁹⁵ : (1) Giriş engellerine neden olarak pazarların başka sağlayıcılara veya başka alıcılara kapatılması neticesini doğurmak; (2) pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında markalar arası rekabetin azalmasına neden olmak; (3) marka içi rekabeti azaltmak, ve (4) tek pazar entegrasyonunu engelleyici bir rol oynamak.

B) 2790/1999 sayılı Tüzük Öncesinde Verilen Bazı Önemli Kararlar

Evvelce de belirttiğim gibi, Komisyon, uzun yıllar boyunca, dikey anlaşmalar karşısında aşırı şekilci ve müdahaleci olmakla itham edilmiştir. Topluluk Mahkemeleri ise, yatay anlaşmalarla ilgili kararlarında olduğu gibi, dikey anlaşmalarla ilgili olarak verdikleri emsal niteliğindeki kararlarında da, anlaşmanın *amacının* açıkça anti rekabetçi (rekabeti sınırlayıcı) olduğu haller dışında, dikey anlaşmanın yapıldığı ilgili pazardaki bütün iktisadi koşulların dikkate alınması gerektiğini, ancak bu şekilde böyle bir anlaşmanın anti rekabetçi (rekabeti sınırlayıcı) *etkisinin* bulunup bulunmadığının ve böylece de anlaşmanın RA m.81 (1) (eski m.85 (1)) hükmündeki yasak kapsamına girip girmediğinin belirlenebileceğini vurgulamışlardır. *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*⁹⁶, *Brasserie de Haecht v. Wilkin*⁹⁷, *Pronuptia de Paris v.*

⁹¹ Bkz. örn. WHISH, s.541.

⁹² BELLAMY & CHILD, No 7-002, s.494.

⁹³ BELLAMY & CHILD, No 7-002, s.494; WHISH, s.542.

⁹⁴ Bkz. JONES/SUFRIN, s.155; WHISH, s.542; R. BOSCHECK, The EU Policy Reform on Vertical Restraints – An Economic Perspective, World Competition (23(4): 3-49, 2000, s.26.

⁹⁵ Rehber Pr.103.

⁹⁶ Case 56/65 (1966) ECR 235.

⁹⁷ Case 23/67 (1967) ECR 407.

*Schillgalis*⁹⁸ ve *Delimitis v. Henninger Braeu*⁹⁹ kararları bu yaklaşımı vurgulayan kararlar olarak anılabilir. Örneğin, kendisine ilkesel bazda büyük önem atfedilen *Delimitis v. Henninger Braeu* kararında Adalet Divanı (AD), belirli bir üreticiden belirli bir miktarda bira alımı zorunluluğunu veya münhasır alım (tek elden satın alma) kaydı içeren tedarik anlaşmalarının (ki bu tür anlaşmalar “*single branding agreements*” grubu içinde yer alırlar) nitelik itibarıyla rekabeti sınırlayıcı olarak değerlendirilemeyeceğini ve anti rekabetçi bir *etkinin* sözkonusu olup olmadığını, bu anlaşmaların yapıldığı ve uygulandığı iktisadi çevre içindeki koşulların ayrı ayrı değerlendirilmesi suretiyle her somut olayda ayrıca belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu iktisadi koşullar ise, ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar, pazar payları, ilgili pazara giriş engeli bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller var ise incelenen anlaşmanın sözkonusu engellerin doğması ve/veya devamı yahut da güçlenmesi bakımından herhangi bir etkisinin bulunup bulunmadığı vb. parametrelerdir.

Bu kararlar, kuşkusuz, aynı zamanda, RA m.81 (1) (eski m.85 (1)) hükmünün hem yatay hem de dikey anlaşmalara uygulanabileceğini böylelikle teyit eden kararlardır. *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* kararı ile yukarıda anılmayan *Consten & Grundig v. Commission*¹⁰⁰ kararı AD'nın bu yöndeki yaklaşımını açıkça ortaya koyan ilk kararlardandır. AD bu iki kararında, dağıtım anlaşmalarında yer alan yalnızca iki tür dikey kısıtlamanın bu anlaşmaların *amacının* rekabeti sınırlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesine yol açabileceğini ve bu kısıtlamaların da dağıtıcıya sağlanan *mutlak bölgesel koruma* ile dağıtıcıya empoze edilen *asgari yeniden satış fiyatı* olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Divan'a göre, bunlar dışında kalan bütün dikey kısıtlama kayıtları, RA m.81 (1) (eski m.85 (1)) hükmü kapsamına girip girmediklerinin tespiti bakımından, *etki analizine* tabidirler.

AT rekabet hukukunun en önemli kararlarından biri olarak gösterilen¹⁰¹ *Consten & Grundig v. Commission* davasına konu olan anlaşmada, Alman şirketi Grundig, Consten firmasını Fransa için tek (münhasır) dağıtıcı olarak tayin etmiş ve ayrıca Fransa'da Consten dışında herhangi bir üçüncü kişi firmaya anlaşma konusu elektronik ürünleri göndermeme, hatta Fransa'da olmamakla birlikte sözkonusu ürünleri bu ülkeye göndermeyi amaçlayan üçüncü kişilere dahi satış yapmama taahhüdü altına girmiştir. Öte yandan Consten da (Grundig'in rakiplerinin ürünlerini satmamayı taahhüt ettiği gibi) anlaşma konusu ürünleri kendi bölgesi (yani Fransa) dışına satmamayı (da) taahhüt

⁹⁸ Case 161/84 (1986) ECR 353.

⁹⁹ Case C-234/89 (1991) ECR I-935.

¹⁰⁰ Case 56,58/64 (1966) ECR 299.

¹⁰¹ JONES/SUFRIN, s.157.

etmiştir ki, esasen bu sınırlamalar Grundig'in Almanya da dahil olmak üzere belirli bölgeler için tek dağıtıcı tayin ettiği diğer toptancılar için de sözkonusudur. Öte yandan, Grundig firmasının bütün ürünleri için kullandığı GINT markasının Fransa'da Consten tarafından tescil ettirilmesi, Grundig ürünlerinin Fransa'ya paralel ithalat yoluyla girmesinin engellenmesini sınıai mülkiyet hakkından kaynaklanan bir korumayla daha da güçlendirmiştir. AD'na göre, bütün bu unsurların biraraya getirilmesi, Consten şirketine mutlak bir bölgesel koruma sağlanması ve Fransa pazarında Grundig markalı elektronik ürünlerin toptan satışı bakımından her türlü rekabet ihtimalinin bertaraf edilmesi *amacına* yöneliktir. Bunun neticesinde Fransa pazarı sözkonusu ürünler bakımından izole edilmiş ve böylece de bu ürünlerin fiyatının anılan ülke pazarında her türlü rekabetten korunmuş bir şekilde belirlenebilmesi mümkün kılınmış olacaktır. AD, bu nedenle, anılan anlaşmanın RA m.81 (1) (o zamanki m.85 (1)) hükmü kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Asgari yeniden satış fiyatı empoze eden dikey kısıtlamaların rekabeti sınırlayıcı *amaç* itibarıyla RA m.81 (1) (eski m.85 (1)) kapsamına girdiğini belirleyen kararlara ise (bu hususu vurgulayan *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* ve *Consten & Grundig v. Commission* kararları dışında), *SA Binon & Cie v. SA Agence et Messageries de la Presse*¹⁰² ve evvelce andığımız *Pronuptia de Paris v. Schillgalis* kararları örnek olarak gösterilebilir. Örneğin, *SA Binon v. SA Agence* kararında AD, gazete ve dergi satışı için yapılmış bir *seçici dağıtım anlaşması* çerçevesinde sabit satış fiyat uygulaması neticesi doğmasının RA m.81 (1) (eski m.85 (1)) kapsamına girdiğini belirtmiş; sözkonusu ürün pazarının özellikleri nedeniyle böyle bir sabit fiyat uygulamasının gerekli olması keyfiyetinin ise ancak Komisyon tarafından muafiyet perspektifinden incelenebileceğini vurgulamıştır. Nitekim *Pronuptia de Paris v. Schillgalis* kararında da AD, "*franchise alanın kendi fiyatlarını belirleme özgürlüğünü kısıtlayan kayıtlar rekabeti sınırlar*"¹⁰³ diyerek aynı hususu vurgulamıştır.

Yukarıda anılan kararların bazıları, aynı zamanda, mutlak bölgesel koruma sağlayan ve asgari yeniden satış fiyatı empoze eden kayıtlar dışında kalan dikey kısıtlamaların anti rekabetçi özellik taşıyıp taşımadıkları keyfiyetinin ancak bu anlaşmaların *etkileri* itibarıyla değerlendirilmesiyle belirlenebileceği şeklindeki AD yaklaşımını da içermektedirler. Gerçekten, örneğin *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm* kararında, AD tek elden dağıtım anlaşmalarının üreticiye yeni pazarlara girebilme imkanı yaratmak için yapılmaları halinde rekabeti sınırlayıcı sayılamayacağını belirtmiştir.

¹⁰² Case 234/83 (1985) ECR 2015 (Pr.44).

¹⁰³ Pr.25.

Karara konu olan olayda Alman üretici firma, ürettiği tesviye makinalarının Fransa'daki dağıtımını için bir Fransız firmasını tek dağıtıcı tayin etmiş ise de, bu firmayı Fransa dışına ihracat yapıp yapmamakta serbest bırakmıştır. Daha sonra taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkta Fransız firmasının yerel mahkeme önünde anlaşmanın RA m.81 (2) (eski m.85 (2)) hükmü çerçevesinde geçersiz olduğunu ileri sürmesi üzerine Paris İstinaf Mahkemesi meseleyi -anlaşmanın RA karşısında nasıl değerlendirilmesi gerektiğinin açıklığa kavuşması bakımından- AD önüne getirmiştir. AD da, önündeki anlaşmada, *Consten & Grundig v. Commission* davasındaki anlaşmadan farklı olarak, münhasır dağıtıcıya özgülenen bölgede mutlak bir tekel pozisyonu sağlanmadığından hareketle, sözkonusu anlaşmanın *etki itibarıyla* rekabeti sınırlayıcı olup olmadığını incelemiş ve iktisadi değerlendirmeye ağırlık vermiştir.

Keza, *Pronuptia de Paris v. Schillgalis* kararında da divan, başarılı bir franchising ilişkisinin kurulabilmesi ve geliştirilebilmesi için getirilmesi objektif olarak gerekli bulunan (franchise işletmesinin franchise verenin direktiflerine göre tefriş edilmesi ve kurulması, bu işletmenin yerinin değiştirilmemesi, bu işletmeden satılacak ürünlerin % 80'inin franchise verenden tedarik edilmesi, franchise alanın franchise veren ile rekabete yol açacak bölgelerde anlaşma boyunca ve anlaşmanın sona ermesinden sonra makul bir süre benzer bir işletme açmaması vb.) kısıtlamaların *rekabeti sınırlayıcı* olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Öte yandan *seçici dağıtım anlaşmaları* bakımından, *Metro v. Commission (I)*¹⁰⁴ kararı özel bir önem taşımaktadır. Karara konu olan olayda, televizyon, radyo ve teyp cihazları üreten ve bu ürünlerini, yalnızca belirli kriterlere sahip uzmanlaşmış satıcılardan oluşan bir dağıtım ağıyla satan SABA, Metro'nun sözkonusu ağa dahil olma istemini –kriterleri taşımadığı gerekçesiyle- reddeder. Bunun üzerine Metro, (Komisyon'un bazı hükümlerini RA m.81 (1) -eski m.85 (1)- kapsamında görmediği bazılarını ise bu kapsamda görmekle birlikte bireysel muafiyete tabi tuttuğu) SABA dağıtım anlaşmasına muafiyet tanınması kararına karşı AD'na başvurur. AD'nın verdiği karar, seçici dağıtım sistemleriyle ilgili olarak *Metro Doktrini* olarak anılan ve gerek Komisyon'un, gerek İlk Derece Mahkemesi'nin (İDM) ve gerekse bizzat AD'nın sonraki birçok kararında belirginleşen ve/veya yerleşen prensiplerin temelini oluşturur. Bu prensiplere göre kendine özgü dikey kısıtlamalar içeren bir seçici dağıtım anlaşmasının RA (eski) m.85 (1) kapsamı dışında kalabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerekir¹⁰⁵ : Birincisi, ortada böyle bir anlaşmanın yapılmasını gerekli kılan ve fiyat rekabetini fiyat dışı rekabet lehine ikincil

¹⁰⁴ Case 26/76, *Metro-SB-Grossmaerkte GmbH v. Commission (No 1)* (1977) ECR 1875.

¹⁰⁵ Bkz. Bu konuda WHISH, s.558-560.

kılmayı haklı gösterebilecek olan bir ürünün bulunması gerekir. Bu ürünlere, teknik açıdan karmaşık özellik taşıyan arabalar, kameralar, Hi-Fi cihazları, bilgisayarlar vb. ürünlerin yanısıra parfümler ve lüks kozmetik ürünleri ve ayrıca (çok kısa olan raf ömürleri nedeniyle dikkatli bir dağıtım elzem kılan) gazeteler örnek oluşturur. İkinci şart, bir üreticinin perakende satış noktalarını sınırlamasına imkan veren kriterlerin tamamen niteliksel (kalitatif) özellikte olması ve bütün potansiyel yeniden satıcılar için yeknesak ve ayrımcılığa yol açmayacak bir şekilde belirlenmesidir. Bu şartın bir sonucu olarak, niteliksel kriterleri karşılayan her satıcı ilgili ürünleri elde edebilmek olanağına sahip olmalıdır. Buna göre, örneğin, bir Hi-Fi üreticisi, ürünlerinin sadece iyi yetişmiş elemanların çalıştırıldığı, uygun bir bölgede belirli kalite özellikleri taşıyan mağazalar şeklinde oluşturulmuş, ürünün marka imajıyla uyum içinde bir mağaza adına ve kaliteli bir satış sonrası servis olanağına sahip olan perakende satış noktalarına satılmasını şart koşabileceği gibi; yetkilendirilmemiş dağıtıcılara (distribütörlere) veya perakendecilere yapılacak satışlar bakımından da kısıtlama getirebilir. Eğer bir seçici dağıtım sistemi niteliksel kriterler yanında (asgari stok ve asgari ciro gibi) niceliksel kriterlere dayalı kısıtlamalar içeriyorsa, bu durum menfi tespiti dışlar ve muafiyeti gerekli kılar. Nihayet, üçüncü şart ise, dağıtıcıya veya perakendeciye yüklenen kısıtlamaların, somut ürünün kalitesinin korunması amacıyla hizmet edecek bir özellik taşıması ve bundan öteye gitmemesidir. *Metro v. Commission (I)* kararında AD'nın kullandığı şu ifadeye özel bir önem atfedilir :“... Ancak, her ne kadar fiyat rekabeti hiçbir şekilde bertaraf edilemeyecek kadar önemli ise de rekabetin tek etkili yahut da her zaman kendisine öncelik atfedilecek şekli değildir”¹⁰⁶. Divan, *Metro v. Commission (II)* kararında¹⁰⁷ da, birden fazla seçici dağıtım sisteminin faaliyet gösterdiği belirli bir pazarda başka yöntemlere bu nedenle yer kalmıyor veya sözkonusu pazarda bu nedenle fiyat yapısı başka tür rekabet şekilleriyle dengelenmeksizin katılıyorsa, RA (eski) m.85 (1) hükmünün uygulanacağını belirtmiştir¹⁰⁸.

C) Yeşil Belge

Yukarıda anılan ve AD'nın özellikle 1966 ve 1991 yılları arasında dikey anlaşmalar karşısındaki tutumunu özetleyen bu kararları dahi dar yorumlayarak katı tutumunu sürdüren Komisyon¹⁰⁹, yoğunlaşan eleştiriler üzerine, 1996 yılında, dikey anlaşmalarla ilgili yaklaşımını gözden geçirme ihtiyacını

¹⁰⁶ Pr.21.

¹⁰⁷ Case 75/84 (1986) ECR 3021.

¹⁰⁸ Pr.41, 42.

¹⁰⁹ Bkz. bu konuda WHISH, s.565; JONES/SUFRIN, s.171.

hissetmiş ve 1997 yılında *Dikey Anlaşmalar Hakkında Yeşil Belge*'yi¹¹⁰ yayımlamıştır. (Gerçi Komisyon, daha önce, bazı dikey anlaşma türlerinin belirli şartları taşımaları halinde bireysel muafiyet almaya gerek kalmaksızın muafiyetten yararlanabilmelerini sağlamak üzere, tek elden dağıtım anlaşmaları için 1983/83, tek elden satın alma anlaşmaları için 1984/83 ve franchise anlaşmaları için ise 4087/88 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüklerini¹¹¹ çıkarmıştır; ancak bu Tüzükler hem çok şekilci bir yaklaşım ve değerlendirme esasına dayanmış hem de bir çok dikey anlaşma türünü grup muafiyeti kapsamı dışında bırakmıştır¹¹².) Yeşil Belge dikey anlaşmalara ilişkin olarak Komisyon'un o zamana kadar sergilediği yaklaşımı değiştirecek dört seçenek sunmuş ve yine Komisyon tarafından daha sonra yayımlanan 26 Kasım 1998 tarihli Mektup'ta¹¹³, Komisyon, dikey anlaşmalar değerlendirilirken iktisadi temelde yapılacak analizin önem ve gerekliliğini vurgulamıştır. Nihayet Komisyon, 22 Aralık 1999 tarihinde, evvelce andığımız 2790/99 sayılı Dikey Anlaşmalar Hakkında Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü (bundan sonra kısaca *Dikey Anlaşmalar Tüzüğü* olarak anılacaktır) çıkartmış ve bu Tüzük 1 Haziran 2000 tarihinde uygulanmaya başlamıştır^{36a}.

¹¹⁰ *Green Paper on Vertical Restraints in Competition Policy*, COM (96)721, final , (1997) 4 CMLR 519.

¹¹¹ Sırasıyla: OJ (1983) L 173/1, OJ (1983) L 173/5 ve OJ (1988) L 359/46. Motorlu taşıt araçları dağıtım ve servis anlaşmaları ile ilgili olup 1400/2002 sayılı Tüzük (OJ L 203/30) ile 30.9.2002 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılan 1475/95 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüğü (OJ L 145/25), sözkonusu anlaşmaları ayrı bir değerlendirme konusu yapmıştır ve motorlu taşıt araçları dağıtım ve servis anlaşmaları birazdan açıklayacağım 2790/99 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün kapsamında değildir.

¹¹² Hemen herkes tarafından paylaşılan bu düşünce için bkz. örn. JONES/SUFRIN, s.171.

¹¹³ *Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints*, OJ (1998) C 365/3. Bu Mektup hakkında bilgi verici nitelikte Türkçe bir kaynak olarak bkz. G. ANIK, AT Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalara Uygulanan Blok Muafiyetler, FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, Cilt I, Sayı 4, Ankara 2001, s.131-134.

^{36a} AT'da dikey anlaşmalar reformunun gelişim süreci için bkz. özellikle BOSCHECK, s.28 vd. Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün çıkarılmasından önce yapılan tartışmalar bakımından bir fikir vermek üzere, şu çalışmalara da bakılabilir : J. NAZERALI/D. COVAN, Reforming E.U. Distribution Rules – Has the Commission Found Vertical Reality, ECLR, Vol.20, Issue 3, March 1999, s.159 vd.; F. O'TOOLE, The E.C. Green Paper on Vertical Restraints : Option IV Defended, ECLR, Vol.20, Issue 1, January 1999, s.5 vd.; V. KORAH, The Future of Vertical Agreements under E.C. Competition Law, ECLR, Vol.19, Issue 8, 1998, s.506 vd.; H. SCHRÖTER, Vertical Restrictions under Article 85 EC: Towards a Moderate Reform of Current Competition Policy (Current and Future Perspectives on EC Competition Law, Kluwer Law International, 1997'nin I. Bölümü) s.15 vd.; B. E. HAWK, System Failure, Vertical Restraints and EC Competition Law, CMLRev 32, 1995, s.973 vd. ve L. PEEPERKORN'un Rekabet Uzmanı Meltem Bağış tarafından Rekabet Dergisi, Sayı 10, 2002, s.77 vd.'da çevirisi (Competition Policy Newsletter, 1998 Haziran sayısında ise aslı) yayımlanmış olan "Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu" başlıklı makalesi.

D) 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü

Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün Dibacesi'nde, Komisyon, dikey anlaşmaların üretim ve dağıtım zincirinde iktisadi etkinliği artırıcı bir işlevi olduğunu ve bu işlevin sözkonusu anlaşmalarda yer alan dikey kısıtlamaların yol açabileceği anti rekabetçi etkilerini bastırabilmesinin de taraf teşebbüslerin pazar gücünün derecesine bağlı olduğunu belirtmektedir¹¹⁴. Nitekim Tüzüğün m.3 (1) hükmüne göre, bu Tüzük ile sağlanan grup muafiyeti sadece, *sağlayıcının* anlaşma konusu *ürünleri sattığı pazardaki* pazar payının % 30'u geçmemesi halinde sözkonusu olabilmektedir^{37a}. Öte yandan, Tüzüğün m.3 (2) hükmüne göre, eğer sözkonusu olan dikey kısıtlama bir münhasır tedarik (tek elden dağıtım veya tek alıcıya tedarik etme) yükümlülüğü -yani bir sağlayıcının Topluluk pazarındaki tek bir alıcıya ürün göndermesi borcu- ise bu durumda da grup muafiyetinin işleyebilmesi için *alıcının* anlaşma konusu malları (veya hizmetleri) *satın aldığı pazardaki* pazar payının % 30'u geçmemesi gerekmektedir¹¹⁵. Bu hükümler, markalar arası rekabetin güçlü olması ve ilgili anlaşmada da *hardcore* şeklinde ifade edilen ağır sınırlamaların bulunmaması halinde dikey kısıtlamaların anti rekabetçi etki taşımayacağı şeklindeki düşüncenin Komisyon tarafından kabul edilmiş olmasının bir ifadesidir. Şu halde, Tüzüğün birinci önemli özelliği, grup muafiyetinin işleyebilmesi için pazar payına endeksli eşikler öngörmüş olmasıdır. Dolayısıyla, bu eşikleri aşan dikey anlaşmalar AT hukukunda grup muafiyetinden yararlanamazlar ve bireysel muafiyete muhtaçtırlar. Ancak AT'da (1. 5. 2004'den itibaren uygulanacak olan 2003/1 sayılı Konsey Tüzüğü ile yürürlükten kalkan) 17 sayılı Tüzüğün m.4 (2) hükmünde yapılan değişiklikle, bireysel muafiyete muhtaç olmakla birlikte bildirilmemiş olan anlaşmaların da, bireysel muafiyet

¹¹⁴ Dikey Anlaşmalar Tüzüğü, Dibase 6 ve 7.

^{37a} Tüzük'deki % 30 eşikinin, bir teşebbüsün önemli bir pazar gücüne sahip olmaması halinde, o teşebbüsün yararlandığı dikey sınırlamaların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin de çok büyük olamayacağı şeklindeki iktisadi teorinin bir yansıması olduğu konusunda bkz. BISHOP/RIDYARD, s.35. Komisyon'un dikey anlaşmaların ekonomik etkilerinin değerlendirilmesinde pazar gücünün önemini kabul etmesinin olumlu bir gelişme olmakla birlikte bu kabulünü formalist yaklaşımın aşılmasına çeviremediği ve pazar gücünün belirlenmesi bakımından pazar payına (tek parametre bu olmadığı halde) vurgu yapan yeni Tüzüğün özellikle bu nedenle maddi analiz bakımından çok az bir ilerleme sayılması gerektiği görüşünde M. GRIFFITHS, Glorification of de minimis – The Regulation on Vertical Agreements, ECLR, Vol.21, Issue 5, May 2000, s.245-247.

^{37b} Hatta 2003/1 sayılı yeni Tüzüğün m.1/2 hükmüne göre, RA m.81/3'ün şartlarına sahip olan anlaşmalar için, artık, (yenilik doğurucu nitelikte) bireysel muafiyet *kararına* ihtiyaç kalmaksızın –ve fakat ispat yükü muafiyetten yararlandığını iddia edene ait olmak üzere- kendiliğinden (ipso iure) muafiyet (“*legal exemption system*”) sözkonusu olacaktır.

¹¹⁵ Eğer, anlaşmaya örneğin üretici – toptancı – perakendeci olmak üzere üç teşebbüs taraf ise ve anlaşmada (mesela) bir rekabet etmeme yükümlülüğü yer alıyorsa, bu durumda hem üreticinin hem de toptancının Pazar paylarının % 30'u aşmaması gerekmektedir (Rehber, Pr.93).

koşullarını taşıdıkları sonradan tespit edilirse, geçmişe etkili olarak, yani yapıldıkları andan itibaren bu muafiyetten yararlanmaları imkanı getirildiği için^{37b}, herhangi bir dikey anlaşmanın taraflarının -eşiklerle ilgili pazar paylarını yanlış hesaplamaları sonucu- grup muafiyetinden yararlandıklarını zannederek, bu anlaşmayı bildirmemiş olmaları, eğer anlaşma bireysel muafiyet koşullarını taşıyorsa, hayati bir önem arz **etmemiştir**.

Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün 1'inci maddesinde *rakip teşebbüsler, rekabet etmeme yükümlülüğü, münhasır tedarik (tek elden dağıtım veya tek alıcıya tedarik etme) yükümlülüğü, seçici dağıtım sistemi, fikri mülkiyet hakları, know-how ve alıcı terimlerinin* Tüzük kapsamında ifade ettikleri anlamlar açıklandıktan sonra, 2 (1)'inci maddesinde Tüzüğün kapsamı belirlenmekte ve bu yapılırken, Tüzük bakımından dikkate alınacak olan *dikey anlaşma* tanımı da verilmiş olmaktadır. Gerçekten bu hükmün birinci paragrafında, RA m.81 (1) hükmünün

“anlaşmanın amacı bakımından üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında yapılan ve belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı koşullarıyla ilgili olan anlaşmalara veya uyumlu eylemlere”

uygulanmayacağı ve ikinci paragrafında ise, Tüzüğün bu anlaşmalarda yer alan ve RA m.81 (1) hükmünün kapsamına giren *dikey kısıtlamalarda* uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Tüzüğün bu hükmünden hareketle, grup muafiyeti kapsamına alınan dikey anlaşmaların **şu önemli özellikleri** tespit edilebilmektedir¹¹⁶:

- Tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin evvelki Komisyon tüzüklerinden farklı olarak, bu Tüzüğün kapsamına giren dikey anlaşmalar mallara ilişkin olabileceği gibi hizmetlere ilişkin de olabilir.

- Önceki grup muafiyeti tüzüklerinden farklı olarak, Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nden sadece iki teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmalar değil ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan (örneğin üretici, toptancı ve perakendeci arasında yapılan) dikey anlaşmalar da yararlanabilir .

- Tek elden dağıtım, tek elden satın alma, franchising, seçici dağıtım vb. (başka bir grup muafiyeti tüzüğüne de tabi olmayan (m.2 (5)) bütün *dağıtım anlaşmaları ve alım anlaşmaları* bu Tüzüğün kapsamındadır. Böylece, örneğin, evvelce herhangi bir grup muafiyetinden yararlanamayan seçici dağıtım anlaşmaları da (eğer bu Tüzüğün koşullarını taşıyorlarsa) bu Tüzüğün sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilecektir.

¹¹⁶ Rehber, Pr.24.

- Yine önceki durumdan (evvelki komisyon tüzüklerinin yarattığı durumdan) farklı olarak bu Tüzüğün uygulanabilmesi için, alıcının malları sağlayıcıdan yeniden satış amacıyla alması şart değildir. Alıcı, anlaşma konusu malları, yeniden satış amacıyla almış olabileceği gibi üçüncü kişilere kiralamak veya başka bir ürünün üretiminde veya montajda yahut da hizmetlerde kullanmak üzere de almış olabilir¹¹⁷. Nihai mallara ilişkin anlaşmalar Tüzüğün kapsamına girdiği gibi ara mallara ilişkin anlaşmalar da Tüzüğün kapsamındadır. Buna karşın, tüketicilerle yapılan alım sözleşmeleri ise, tüketiciler *teşebbüs* ve onlarla yapılan sözleşmeler de *teşebbüsler arası anlaşma* sayılmayacağından, Tüzüğün kapsamında değildir¹¹⁸. Bir teşebbüs ile tüketici arasında yapılan bir alım sözleşmesi, zaten, aynı nedenle, RA m.81 (1) hükmünün kapsamına girmez.

- Tüzük kapsamında yer alan anlaşmalar, *anlaşmanın amacı bakımından* üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında yapılan anlaşmalardır. Böylece, ikisi de üretici olan iki teşebbüs arasında bir alım anlaşması yapılmış olması, o anlaşmanın *sırf bu nedenle* dikey değil yatay bir anlaşma olarak algılanmasına ve anlaşmanın *sırf bu nedenle* Tüzüğün kapsamı dışında kalmasına yol açmaz. Satıcı ve alıcının her ikisi de üretici olsa bile, alım anlaşmasının amacı bakımından üretim ve dağıtım

¹¹⁷ Buna karşın iki teşebbüs arasında yapılan bir kira veya leasing sözleşmesi, Tüzüğün kapsamında değildir. Rehber, Pr.25’de kullanılan ifadeyle, daha genel olarak, **alım, satım veya yeniden satım koşullarına ilişkin olmayan dikey kısıtlamalar içeren bir anlaşma** (örneğin, taraflarına birbirlerinden bağımsız araştırma ve geliştirme çalışması yapmayı yasaklayan ve bu hususun modalitelerini düzenleyen bir anlaşma) **bu Tüzük anlamında bir dikey anlaşma değildir**. Buna karşın, örneğin **telekomünikasyon sektöründeki servis sağlayıcılarının servislerini sunabilmek için erişime ihtiyaç duydukları ve başka bir teşebbüse ait olan telekomünikasyon alt yapı hizmetlerinden yararlanmalarını sağlayan ara bağlantı anlaşmalarının (“interconnection agreements”)** Tüzük m.2 (1) hükmü anlamında birer dikey anlaşma olarak mütalaa edilebileceği, fakat çoğu durumda alt yapı sahibi teşebbüsün pazar payı % 30’luk eşiği aşacağından bu anlaşmaların Tüzük’deki muafiyetten yararlanamayacağı belirtilmektedir (bkz. WHISH, s.572/573). Ancak bu noktada, servis sağlayıcısı ile telekomünikasyon alt yapısı sahibi arasındaki sözleşmenin niteliğinin (hizmet) alım anlaşması mı (ki -kanaatimce- böyle bir anlaşmanın ilgili ulusal borçlar hukuku bakımından bir satım sözleşmesi niteliği taşıyıp taşıyamaması önemli olmamalıdır) yoksa bir tür kira (veya hasılat kirası) sözleşmesi mi olduğunun belirlenmesi önem taşıyacaktır. Bu mesele bakımından, alt yapı hizmetlerinin karşılığı olarak ödenen bedelin, erişim sağlandığı sürece ve dönemsel olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı *“leased lines”* ve *“transponder capacity leasing”* anlaşmalarında kira anlaşmasının; bedelin sunulan alt yapı hizmetinin hacmine göre ödenmesinin kararlaştırıldığı *ulusal veya uluslararası roaming anlaşmalarında ise hizmet alım anlaşmasının sözkonusu olacağı görüşü için* bkz. K. MAHIEU, How ICT Agreements Fit into the Scope of the Block Exemption for Vertical Restraints, ECLR, Vol. 23, Issue 4, April 2002, s.175. Ben burada, meselenin özel bir inceleme ve ayrı bir makale konusu oluşturacak kadar önemli olduğunu belirtmekle yetiniyorum.

¹¹⁸ WHISH, s.572.

zincirinin farklı seviyesinde faaliyet gösteriyor sayılabilirler. Kimyasal madde üreten bir firmadan, yine kimyasal madde üreten bir başka firma (örneğin aldığı bu kimyasalları kendi ürettiği kimyasal madde karışımında kullanmak üzere) mal alıyorsa, bu alım anlaşması, Tüzüğün tanımı anlamında bir dikey anlaşmadır¹¹⁹. Buna karşın bu teşebbüsler, Tüzüğün m.1 (a) hükmü anlamında aktüel veya potansiyel rakip iseler, bunların arasında yapılan ve yine de dikey anlaşma oluşturan alım anlaşması, muafiyet kapsamı dışında kalır. Gerçekten, Tüzüğün m.2 (4) hükmüne göre (rakipler arasında yapılmış olmakla birlikte, karşılıklı olmayan ve (a) alıcının toplam yıllık cirosunun 100 milyon EUR’u geçmediği veya (b) sağlayıcının anlaşma konusu malların üreticisi ve dağıtıcısı, alıcının ise bu ürünlerle rekabet eden malların üreticisi olmayıp sadece dağıtıcısı olduğu ya da (c) sağlayıcının anlaşma konusu hizmetlerin farklı ticaret seviyelerinde sunucusu olduğu, alıcının ise anlaşma konusu hizmetleri aldığı ticaret seviyesinde bu hizmetlere rakip hizmetler sunmadığı dikey anlaşmalar hariç olmak üzere) aktüel veya potansiyel rakipler arasında yapılan dikey anlaşmalar Tüzüğün sağladığı muafiyetin kapsamı dışındadırlar.

Diğer taraftan Dikey Anlaşmalar Tüzüğü, m.2 (3) hükmünde, fikri (ve sınai) mülkiyet haklarının alıcıya devri veya bu hakların alıcı tarafından kullanılmasına ilişkin kayıtlar içeren dikey anlaşmaların da, bu kayıtlarla düzenlenen konuların anlaşmanın esas amacını oluşturmaması ve bu kayıtların anlaşma konusu mal veya hizmetlerin alıcı veya onun müşterileri tarafından kullanılması, alımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgisi bulunması şartıyla, grup muafiyetinden yararlanabileceğini belirtmektedir. Herhangi bir anlaşmanın, bu hükmün kapsamına girebilmesi için bu anlaşmanın bir dikey anlaşma olması gerektiğinden kuşku duyulmamaktadır. Dolayısıyla, saf bir marka veya know-how lisansının bu Tüzüğün sağladığı muafiyetten yararlanabilmesi mümkün değildir. İkinci olarak, Tüzüğün m.2 (3) hükmünde kastedilen anlaşma kayıtları, sadece sağlayıcı tarafından alıcıya aktarılan veya kullanıma açılan fikri ve sınai haklarla ilgili kayıtlardır; dolayısıyla alıcının sağlayıcıya böyle bir imkan tanımasını sağlayan kayıtlar içeren anlaşmalar, Tüzüğün anılan hükmünün kastettiği anlaşmalardan değildir. Bunun bir sonucu olarak, örneğin, bir fason üretim sözleşmesinde (A) firmasının (B) firmasından kendi (yani (A) firması) hesabına belirli ürünleri üretmesini istemesi ve bunun için de (B) firmasına bir know-how aktarması durumunda, (A) sağlayıcı değil alıcı pozisyonunda olduğu ve know-how’ı aktaran da (A) olduğu için, bu sözleşme Tüzüğün sağladığı grup muafiyetinin kapsamında değildir¹²⁰. Tüzüğün anılan hükmü, bütün dikey anlaşmalar bakımından önemli olmakla birlikte, franchise anlaşmaları bakımından özel bir önem taşımaktadır.

¹¹⁹ WHISH, s.572; BELLAMY & CHILD, No 7-011, s.500, dn.38.

¹²⁰ Rehber Pr.33.

Keza, Rehber’de *acente anlaşmalarının* büyük çoğunluğunda, iktisadi riskin acentede değil müvekkilde bulunması nedeniyle, mal veya hizmetlerin müşteriye ulaştırılmasıyla ilgili olarak acenteye getirilen kısıtlamaların, RA m.81 (1) hükmü kapsamına girmeyeceği¹²¹ ve dolayısıyla bunlara Dikey Anlaşmalar Tüzüğü’nün uygulanmasına gerek kalmayacağı; buna karşın Tüzüğün, “*gerçek olmayan acente anlaşmaları*”¹²² olarak adlandırılan, RA m.81 (1) hükmü kapsamına girecek nitelikteki anlaşmalarda uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir.

Gerçekten, Rehber’in 12’nci paragrafında acentelik sözleşmesi tanımlandıktan sonra, 13’üncü paragrafında *gerçek ve gerçek olmayan acentelik* ayrımı yapılmakta ve tek kıstası *finansal veya ticari riskin*¹²³ *acente üzerinde kalıp kalmadığı* olan bu ayrım bakımından, gerçek acentelik ilişkisinin (ki bunda ekonomik risk acentede değildir) RA m.81 (1) kapsamına girmediği, buna karşın gerçek olmayan acentelik ilişkisinin ise (bunda acente ekonomik riski üzerine aldığı için) anılan madde hükmü kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir.

Rehber’de (14’üncü paragrafta), acentelik ilişkisinin gerçek olup olmadığının tayini bakımından ele alınan ekonomik risk faktörünün iki türü bulunduğu açıklanmıştır. Bunlardan birincisi, acente tarafından yapılan sözleşmelerle doğrudan ilgili olan (stokların finansmanı gibi) risklerdir. İkinci gruba girenler ise, acentenin kendisine sözleşme ile yüklenen faaliyeti gerçekleştirebilmek için yapmak zorunda kalacağı ve bu faaliyetin terkedilmesi halinde başka sahalarda kullanılması imkanı bulunmayan sektör-spesifik (ve batık) yatırımlarla ilgili olan risklerdir.

Dolayısıyla, eğer sözkonusu ekonomik riskler acenteye değil de müvekkile ait ise, bu durumda, Rehber’in 15’inci paragrafında açıklandığı üzere, acentenin, müvekkili için yaptığı ekonomik faaliyet bakımından, ondan (yani müvekkilinden) bağımsız bir ekonomik faaliyet yürüttüğünden bahsedilemeyecektir. Buna karşın, eğer acente somut ilişkide bu tür riskler taşıyorsa, bu durumda acentenin bağımsız bir ekonomik faaliyet gerçekleştirdiği kabul edilecektir. Ancak bu noktada, Rehber’in 15’inci paragrafı çok önemli bir açıklama getirmektedir. Buna göre, acentelik hizmetinin verilebilmesi için gerekli olan genel riskler (örneğin, acentenin gelirinin kendi başarısına bağlı olması veya tesis yahut personel için yapılan genel yatırımlar) değerlendirmede dikkate alınacak riskler arasında yer almamaktadır.

¹²¹ Bkz. Rehber Pr.12-20.

¹²² “*Non-genuine agency agreements*” (Rehber, Pr.13 vd.).

¹²³ Bu faktör, kısaca, “ekonomik risk” olarak da adlandırılmaktadır.

Nihayet Rehber, 16'ncı paragrafında, risk faktörünün her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve bu değerlendirmenin hukuki olmak yerine iktisadi perspektiften yapılmasının doğru olacağını belirtmektedir. Ancak, yine Rehber'in aynı paragrafında da belirtildiği üzere, Komisyon, müşteriye satılan (veya üçüncü kişiden satın alınan) **anlaşma konusu** (yani acentelik sözleşmesinin konusu olan) **ürünlerin mülkiyetinin acenteye hiçbir şekilde geçmemesi** veya **acentenin kendisinin sözleşme hizmetleri vermemesi** halinde, aşağıda (örnek kabilinden sayılan) şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, acentelik sözleşmelerini genel olarak RA m.81/I hükmü kapsamında değerlendirmemektedir. Söz konusu (olumsuz) şartlar şunlardır :

- Acente, anlaşma konusu ürünlerin satılması (veya satın alınması) ile ilgili masraflara (nakliye masrafları dahil) katılmıyor olmalıdır.

- **Acente, müvekkilin -reklam bütçesi- gibi satış artırıcı faaliyetlerinin (promosyonların) yatırımına hiçbir şekilde (doğrudan veya dolaylı olarak) katılmıyor olmalıdır.**

- Acente stokların finansmanı gibi riskleri üstlenmemiş olmalı ve **satılmayan ürünleri (kendi kusuru nedeniyle sorumlu olmadıkça) herhangi bir mali yükümlülük taşımaksızın müvekkile iade edebilmelidir.**

- Acente, müvekkili tarafından tamamen karşılanmadıkça, satış sonrası, onarım ve garanti hizmeti vermek zorunda olmamalıdır.

- Acente, araç, tesis veya personel eğitimi için sektör spesifik yatırım (örneğin, petrol depolama tankı gibi) yapmış olmamalıdır.

- **Acente üçüncü kişiler karşısında, satılan ürünün yol açtığı zararlar bakımından (kendi kusurunun bulunduğu haller hariç) ürün sorumluluğunu üstlenmiş olmamalıdır.**

- **Acente, müşterinin adem'i ifası (borca aykırı davranışı) nedeniyle müvekkiline karşı (acentelik komisyonu üzerindeki hakkının zayi olması ve kendisinin kusurunun bulunduğu diğer haller¹²⁴ hariç) sorumlu olmamalıdır.**

Dolayısıyla, herhangi bir somut acentelik ilişkisinde, acente müvekkili namına ve hesabına satış yaptığı ve satılan ürünlerin mülkiyeti hiçbir şekilde ve anda acenteye geçmediği halde, eğer yukarıdaki olumsuz şartlardan birine uyulmuyor ise, o somut ilişkinin RA m.81 (1) hükmü çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün olabilmektedir.

¹²⁴ Örneğin, müşteriden yeterli teminat istememiş veya müvekkile gerekli (hırsızlık vb.) bilgileri aktarmamış olması hallerinde olduğu gibi.

Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün getirdiği bir başka **çok önemli yenilik**, bu Tüzüğün “yasaklanmamışsa, izin verilmiş demektir”¹²⁵ ilkesine dayanmasıdır. Tüzük’de, caiz olan dikey kısıtlamaları sıralayan bağımsız bir *beyaz liste*¹²⁶ mevcut olmayıp; sadece grup muafiyetinin uygulanmamasına yol açan (durumuna göre, anlaşmadaki tüm dikey kısıtlamaları yahut da sadece ilgili kısıtlamayı muafiyet dışına çıkaran) bir *kara liste*¹²⁷ vardır. Gerçekten, Tüzüğün m.4 hükmünde –istisnalarıyla birlikte sayılan- *ağır sınırlamalardan*¹²⁸ herhangi birinin anlaşmada yer alması halinde, hükmün ifadesiyle, “*anlaşmaya grup muafiyetinin uygulanmaması*” sonucunu doğuran kısıtlamalar içeren bir kara liste yer almaktadır. Bu listede yasaklanmış beş kısıtlama türü şunlardan ibarettir¹²⁹ :

- (1) **Sabit veya asgari yeniden satış fiyatının belirlenmesi**¹³⁰,
- (2) **alıcının satış yapacağı bölgenin veya müşteri çevresinin kısıtlanması,**
- (3) **bir selektif dağıtım sistemi çerçevesinde perakendeci seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların (yetkilendirilmedikleri bir yerden faaliyet yapma olanaklarının kısıtlanması hali hariç olmak üzere) kısıtlanması,**
- (4) **bir selektif dağıtım sistemine üye olan dağıtıcılar arasındaki çapraz tedarik (bunların birbirleri arasındaki alım-satımın) engellenmesi ve**

¹²⁵ “If it is not forbidden, it is permitted” (WHISH, s.570).

¹²⁶ “White list”.

¹²⁷ “Black list”.

¹²⁸ “Hard core restrictions”.

¹²⁹ Her ne kadar Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün m.4 hükmünün giriş cümlesinde, “The exemption provided for in Article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their **object**.” demekle, sadece sözkonusu sınırlamaların (doğrudan ya da dolaylı, tek başına ya da - tarafların kontrolü altında olan- başka faktörlerle birlikte) anlaşmanın **amacını** oluşturması halinden bahsediyor ve böylece de RA m.81 (1) hükmündeki “effect” = “etki” terimi hiç kullanılmıyor ise de (ki Rehber de bu konuda susmaktadır); buradaki *amaç* kavramının tarafların öznel niyet ve hedeflerini değil o anlaşmaya nesnel (objektif) standartlara göre izafe edilecek amacı işaret etmesi nedeniyle, Tüzüğün uygulama alanının yine de çok geniş olacağı belirtilmektedir (bkz. WHISH, s.581/582).

¹³⁰ **Taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşviki sonucu sabit veya asgari fiyat uygulanmasına dönüşmeyecek nitelikteki azami yeniden satış fiyatı belirlenmesi ise grup muafiyeti kapsamındadır.**

(5) birleştirme konusu parçalar sağlayan sağlayıcı ile bunları birleştiren alıcı arasında yapılan anlaşmalarda sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya alıcı tarafından bu konuda yetkilendirilmemiş tamircilere ya da hizmet sağlayıcılarına yedek parça olarak satma olanağının kısıtlanması¹³¹.

Ağır sınırlama olarak nitelendirilen bu kısıtlamalardan ikincisini oluşturan *alıcının satış yapacağı bölgenin veya müşteri çevresinin kısıtlanması* keyfiyetinin istisnaları, başka bir deyişle, bu çeşit bir kısıtlamanın grup muafiyetinden yararlanabilecek türleri ise Tüzük m.4 (b) hükmünde şu şekilde sıralanmaktadır : **(1) Alıcının müşterilerine yapılacak satışları kapsamamak şartıyla, sağlayıcıya veya sağlayıcı tarafından bir başka alıcıya özgülenmiş olan münhasır bölgeye veya münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması, (2) toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik (aktif veya pasif)¹³² satışlarının kısıtlanması, (3) bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara yapacakları (aktif veya pasif)¹³³ satışların kısıtlanması ve (4) birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde alıcının bu parçaları sağlayıcının ürettiği türden ürünlerin üretiminde kullanacak olan müşterilere (aktif veya pasif olarak)¹³⁴ satma olanağının kısıtlanması.**

Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün kara listeye yasakladığı ve m.5 hükmünde düzenlediği diğer dikey kısıtlamalar ise *“rekabet etmeme yükümlülüğü”*ne (*“rekabet yasağı”*na) ilişkin kısıtlamalardır¹³⁵. Eğer yasaklanan bu kısıtlamalar (veya bunlardan biri) herhangi bir dikey anlaşmada yer alıyorsa, m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamaların etkisinden farklı olarak ve dikey anlaşmanın geri kalan kısmından *ayrılabilir*¹³⁶ nitelikte olmak şartıyla¹³⁷ dikey anlaşmanın tamamı değil, sadece bu kısıtlamalar grup muafiyeti kapsamı dışında kalacak ve anlaşmanın geri kalan kısmındaki dikey kısıtlamalar ise (hiç kuşkusuz ağır sınırlama olmamak kaydıyla) muafiyetten yararlanabileceklerdir. Tüzüğün m.5 hükmünde sayılan ve grup muafiyetinden yararlanamayan rekabet yasakları şunlardır : **(1) Belirsiz süreli olan¹³⁸ veya**

¹³¹ Belirtmek gerekir ki, Tüzük m.4 (e) hükmünde zikredilen bu son kısıtlamada *“...which limits the supplier to selling the components...”* denmiş olması, hükmün anlamını çarpıtacak bir özellik taşımaktadır.

¹³² Rehber, Pr.52.

¹³³ Rehber, Pr.52.

¹³⁴ Rehber, Pr.52.

¹³⁵ *“Non-compete obligations”*.

¹³⁶ *“Severable”*.

¹³⁷ Rehber, Pr.57.

¹³⁸ 5 yılı aşar bir şekilde zimnen yenilenebilecek olan rekabet yasağı da belirsiz süreli sayılır (Tüzük m.5 (a)).

süresi 5 yılı aşan (doğrudan veya dolaylı) rekabet etmeme yükümlülüğü (şu kadar ki eğer alıcı anlaşma konusu mal veya hizmetleri mülkiyeti sağlayıcıya ait olan veya alıcıyla herhangi bir ilişkisi bulunmayan üçüncü kişilerden sağlayıcı tarafından kiralanmış bulunan tesis ve araziden satıyor ise, 5 yıllık süre sınırlaması, rekabet yasağının süresinin sözkonusu tesis ve arazinin alıcı tarafından kullanıldığı süreyi aşmaması kaydıyla, uygulanmaz¹³⁹); (2) **alıcının, mal veya hizmetleri anlaşmanın sona ermesinden sonra üretmemesi, almaması, satmaması veya yeniden satmamasına yönelik (doğrudan veya dolaylı) herhangi bir yükümlülük** (şu kadar ki, böyle bir yükümlülük, anlaşma konusu mal veya hizmetlere rakip mal veya hizmetlerle ilgili olmak, alıcının anlaşma devam ederken faaliyet gösterdiği tesis ve araziyle sınırlandırılmak ve sağlayıcı tarafından alıcıya aktarılmış olan know-how'ın korunması için de elzem olmak şartıyla, anlaşmanın sona ermesinden sonraki 1 yıllık bir süre için –ve bu süreyi aşmamak üzere- kararlaştırılabilir; know-how'ın –alenileşmediği sürece- kullanılmasını ve açıklanmasını kısıtlayan kayıtlar getirme imkanı ise saklıdır) ve (3) **seçici dağıtım sistemi üyelerinin, belirli rakip sağlayıcıların markalarını satmasını yasaklayan (doğrudan veya dolaylı) herhangi bir yükümlülük**. Seçici dağıtım sistemlerinde yer alan bir tür rekabet yasağını içeren bu yükümlülüğün grup muafiyeti kapsamı dışında tutulmasının sebebi, aynı seçici dağıtım ağının satış noktalarını kullanan birkaç sağlayıcının bir veya birkaç *spesifik* rakibin bu satış noktalarından yararlanarak dağıtım yapmasının engellenmesini, bir başka ifadeyle bir tür *kollektif boykot* yoluyla sözkonusu rakip sağlayıcının (veya sağlayıcıların) pazardan dışlanmasını önlemektir¹⁴⁰. Buna karşın, bir seçici dağıtım üyesinin genel olarak rakip ürünleri satmasının yasaklanması, Tüzük m.5 (a) hükmünde belirlenen şartlar çerçevesinde grup muafiyetinden yararlanabilecek bir dikey kısıtlamadır¹⁴¹.

AB'de 31 Mayıs 2010 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'ne örnek oluşturduğu için hükümleri ve hakkındaki yaklaşımlar sözkonusu Tebliğ bakımından da son derece önem taşıyan Dikey Anlaşmalar Tüzüğü ile ilgili açıklamalarımı bitirmeden önce, bu Tüzüğün grup muafiyetinin geri alınması ve uygulanmaması şartlarına ilişkin olarak üç önemli hükme sahip olduğunu belirtmek istiyorum :

Bunlardan birincisi, Tüzüğün m.6 hükmüdür ve bu hükümde, Komisyon'un, münferit olay ve ilişkilerde RA m.81 (3) hükmü şartlarıyla uyumsuz etkiler doğurduğunu tespit ettiği anlaşmalardan grup muafiyetini geri

¹³⁹ Ancak, Rehber Pr.49'da, 5 yıl limitinin bu suretle genişletilmesinden *yapay mülkiyet sağlanması* yoluyla yararlanılmasına izin verilmeyeceği belirtilmektedir.

¹⁴⁰ Rehber, Pr.61.

¹⁴¹ JONES/SUFRIN, s.547; BELLAMY & CHILD, No 7-024 s.508.

alabileceği belirtilmektedir. Anılan hükme göre, böyle bir geri almayı gerektirecek tipik bir durum, rakipler tarafından uygulanan benzer dikey kısıtlamalara dayanan paralel ağların kümülatif etkisiyle ilgili pazara girişin önemli ölçüde engelleniyor olmasıdır. Tüzüğün 7'nci maddesinde ise üye ülkelerin ulusal otoritelerinin kendi ülkelerinde (veya ülkelerinin bir kısmında) ortaya çıkacak aynı şartlar altında grup muafiyetini (kendi ülkeleri bakımından) geri alabileceği açıklanmaktadır. Nihayet Tüzüğün m.8 hükmüne göre, Komisyon, benzer dikey kısıtlamalara dayanan paralel ağların ilgili pazarın % 50'sinden fazlasını kapsamaması halinde, çıkaracağı (ve fakat en erken, kabul edildikten 6 ay sonra yürürlüğe girebilecek olan) bir tüzükle, o pazarla ilgili belirli kısıtlamalar içeren dikey anlaşmalara Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün uygulanmayacağını deklere edebilir.

II – Türk Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar

A) Genel Olarak

Türk hukukunda da 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "... rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşmalar"ı yasaklayan m.4 hükmünün dikey anlaşmalara uygulanamayacağı şeklinde kategorik bir yaklaşım benimsemek kuşkusuz mümkün değildir. Ancak dikey anlaşmaların AT hukukundaki durumunu özetlerken açıkladığım iktisadi özellikleri (rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri) temelinde değerlendirilmesi gereği Türk rekabet hukuku bakımından da geçerlidir. AT hukukunda olduğu türden bir *tek pazar entegrasyonu* kaygısının dikey kısıtlamalar hakkında sergilenen yaklaşımın bakımından Türk hukukunda bir gerekçe oluşturmayacağı ise tabiidir.

Rekabet Kurulu'nun dikey anlaşmalarla ilgili menfi tespit ve muafiyet başvurularına ilişkin olarak verdiği ve bu tür anlaşmalar karşısındaki yaklaşımının anlaşılmasına imkan verebilecek birçok kararı bulunmaktadır. Ben burada, sadece, Kurul'un İstanbul Gıda Toptancıları Derneği'nin (İGTOD) şikayeti üzerine 10 şirket aleyhine açılan soruşturma sonucunda verdiği bir kararı (AT hukukunda dikey anlaşmaların yararlı ve zararlı etkileri dikkate alınarak sergilenen yaklaşım ile bu tür anlaşmalardaki ihlal çeşitlerinin Kurul tarafından da ilke olarak benimsediğini gösteren ifadeler taşıması nedeniyle) anmakla yetineceğim^{64a}. Bu kararda, şikayet konusu iddia, şikayet edilen teşebbüslerin, dayanıksız gıda ve gıda dışı tüketim mallarına ilişkin İGTOD üyeleri aleyhine uyumlu eylem halinde arz boykotu uyguladıkları, *söz konusu üretici firmaların rekabet mevzuatına aykırı olarak aynı dönemde ihdas ettikleri*

^{64a} 24.11.1999 t. ve 99-53/575-365 s. RKK, RG 24419 s., 1.6.2001 t.

distribütörlerine belirli bölgelerde tek satıcılık imtiyazı tanıyarak İGTOD üyelerini piyasa dışına çıkardıkları, aynı firmaların distribütörlerine fiyat empoze ettikleri, tüketici zararına pazarlamayı kısıtladıkları ve ayrı ayrı ürünlerde hakim durumlarını kötüye kullandıklarıdır.

Hakkında şikayet başvurusunda bulunulan teşebbüslerin yaptıkları distribütörlük anlaşmalarında sabit fiyat uygulandığı ve müşteri kısıtlaması yapıldığı iddiaları bakımından ihlalin var olmadığına, buna karşın pasif satışların engellenmesi bakımından ihlalin var olduğuna hükmedilen bu kararında, Rekabet Kurulu'nun,

- 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi bakımından yatay-dikey ayırımı yapılmadığını^{64b};

- Bir anlaşmada rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisinin veya en azından rekabeti bozucu hükümlerinin "per se" bir rekabet ihlali oluşturduğunu ve bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek olmadığını^{64c};

- Dikey anlaşmalar marka içi ve markalar arası rekabeti sınırlayabilmekle birlikte, sağlayıcının dağıtıcıyı satış öncesi ve sonrası hizmetleri arz etmeye teşvik etmesi nedeniyle, dikey sınırlamaların markalar arası rekabeti artırabileceğini^{64d}; dikey anlaşmaların, dağıtımı ve satış sonrası hizmetleri iyileştirmek, teşebbüslerin doğru satış tahminleri yapmasına sebebiyet vererek üretimlerini düzenlemelerini sağlamak ve böylece verimliliği artırmak gibi sonuçlara yol açmaları nedeniyle, bu anlaşmaların rekabeti bozucu etkilerinin yatay anlaşmaların rekabeti bozucu etkilerinden farklı olduğunu^{64e}; (dosyada incelenmiş olan) distribütörlük sisteminin çağdaş, tüketicinin yararına bir sistem olduğunu, dağıtım kanallarını rasyonelleştirdiğini ve ürünün tüketiciye daha çabuk ulaşmasını sağladığını^{64f};

- Ancak dikey kısıtlamalardan beklenen yararın sağlanabilmesi için fiyatın belirlenmesine ihtiyaç olmadığı gibi dağıtıcının bölge dışından gelen talepleri karşılamasının (yani pasif satışların) engellenmesine de ihtiyaç olmadığını^{64g}; yeniden satış fiyatının

^{64b} Karar, Bölüm H.7.3.2.1.

^{64c} Karar, Bölüm I.

^{64d} Karar, Bölüm H.3.

^{64e} Karar, Bölüm H.7.3.2.1.

^{64f} Karar, Bölüm I.

^{64g} Karar, Bölüm.H.3

belirlenmesinin ve pasif satışların engellenmesinin dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen en ağır ihlaller olduklarını^{64h};

işaret eden tespitleri, AT hukukundaki yaklaşımlara paralellik arz etmektedir⁶⁴ⁱ.

B) 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ve Dikey Anlaşmalar

1) Genel Olarak

Dikey anlaşmalarla ilgili grup muafiyeti rejimi, Türk hukukunda, Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı "*Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*"nin (bundan sonra kısaca *Dikey Anlaşmalar Tebliği*¹⁴² olarak anılacaktır) Resmi Gazete'de¹⁴³ yayımlanarak yürürlüğe girdiği 14 Temmuz 2002 tarihine kadar, Kurul'un 4054 sayılı Kanun m.5 f. son hükmü temelinde çıkarttığı dört Tebliğ ile düzenlenmiş durumdaydı. Bunlar, 1997/3 sayılı "*Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*"¹⁴⁴, 1997/4 sayılı "*Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*"¹⁴⁵, 1998/3 sayılı "*Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*"¹⁴⁶ ve 1998/7 sayılı "*Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*"¹⁴⁷ idi. Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte tek elden dağıtım, tek elden satın alma ve franchise anlaşmalarına ilişkin 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler yürürlükten kaldırıldı¹⁴⁸.

Yürürlükten kaldırılan tebliğler, yalnızca üç dikey anlaşma türünü kapsıyor ve dolayısıyla, ticaret hayatında ortaya çıkan veya çıkabilecek olan diğer dikey anlaşma türlerini (bu arada seçici dağıtım anlaşmalarını), eğer bu anlaşmalar 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı iseler, herhangi bir grup muafiyetinden yararlanabilme olanağına sahip olmaksızın bireysel muafiyete muhtaç bırakıyordu. Diğer taraftan 1997/3 ve 1997/4 sayılı tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin grup muafiyeti tebliğleri, yalnızca *malları* konu alan ve ayrıca *malların* da sadece *yeniden satımı* amacıyla sağlayıcıdan alıcıya aktarıldığı dağıtım veya satın alma anlaşmalarını

^{64h} Karar, I.

⁶⁴ⁱ Bu kararın eleştirel bir değerlendirmesi için bkz. Y. ASLAN, Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.1, Ankara 2002, s.98 vd.

¹⁴² DAT

¹⁴³ RG 14.7.2002 t., 24815 s.

¹⁴⁴ RG 4.9.1997 t., 23100 s.

¹⁴⁵ RG 9.9.1997 t., 23105 s.

¹⁴⁶ RG 1.4.1998 t., 23304 s.

¹⁴⁷ RG 16.12.1998 t., 23555 s.

¹⁴⁸ Dikey Anlaşmalar Tebliği m.10.

kapsıyordu. Böylece, hizmetleri konu alan anlaşmalar bu tebliğlerin sağladığı grup muafiyetinden yararlanamadığı gibi; örneğin kiralanmak veya nihai ürünlerin üretiminde ya da montajda kullanılmak üzere alınan mallarla ilgili dikey anlaşmaları da kapsam dışı bırakıyordu. Buna karşın, franchise anlaşmalarına ilişkin 1998/7 sayılı Tebliğ, diğer iki tebliğden farklı olarak, *hizmetler* ile ilgili franchise anlaşmalarını da kapsıyor; fakat bu Tebliğ de, sadece *son kullanıcılara malların yeniden satılması veya hizmetlerin sunulmasını* konu alan franchise anlaşmalarını (öngörülen şartları taşıyorlarsa) grup muafiyetinden yararlandırıyordu. Bu arada üç Tebliğin de ortak özelliği, sadece *iki teşebbüs arasında* yapılan anlaşmaları grup muafiyeti kapsamına alıp, ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmaları kapsam dışında bırakmasıydı. Özetle, anılan tebliğler, çok geniş bir yelpaze içinde ortaya çıkabilecek olan dikey anlaşma çeşitlerinin sadece bir kısmına hitap ettiği için, dikey anlaşmaların, belirli koşullar altında, *genel olarak ve herhangi bir tür ayırımı yapılmaksızın*, 4054 sayılı Kanun m.5/I hükmünde kümülatif olarak sayılan muafiyet şartlarının gerçekleştiği karinesine dayalı bir otomatik muafiyetten yararlanmasını sağlayamıyordu.

Öte yandan tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğler “*Grup Muafiyeti Kapsamına Giren Yükümlülükler*” başlığı altında bir beyaz listenin yanısıra “*Grup Muafiyeti Kapsamı Dışında Kalan Koşullar ve Yükümlülükler*” başlıklı bir kara liste; franchise anlaşmalarına ilişkin 1998/7 sayılı Tebliğ ise, anılan başlıkların aynısını taşıyan birer beyaz ve kara listenin yanında, ayrıca, “*Grup Muafiyetini Engellemeyen Diğer Yükümlülükler*” ve “*Muafiyet Verilebilmesi İçin Anlaşmada Bulunması Gereken Zorunlu Unsurlar*” başlıklı iki farklı liste ile “*Grup Muafiyetini Koşula Bağlı Olarak Engellemeyen Yükümlülükler*” başlıklı bir *gri liste* içeriyordu. AT’daki örneklerine göre kaleme alınmış olan bu üç tebliğ de, aynen AT’daki örneklerinin yol açtığı gibi, adeta, şekilci bir yaklaşımı zorlayıcı bir nitelik taşımakta ve ayrıca uygulamada zorluklar doğurmaktaydı.

İşte, yukarıda açıklanan hususların olumsuz yanlarını dikkate alan Rekabet Kurulu, AT’da 2000 yılında uygulanmaya başlayan Dikey Anlaşmalar Tüzüğü’nün çıkarılmasına neden oluşturan sebeplerin büyük bir oranda Türkiye için de geçerli olduğu tespit ve görüşünden hareketle ve bu sebepleri ortaya koyan bilimsel çalışma ve yaklaşımlardan da yararlanmak suretiyle, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Tebliği’ni yürürlüğe koymuştur.

Dikey Anlaşmalar Tebliği, evvelce de belirttiğim üzere, 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı grup muafiyeti tebliğlerini yürürlükten kaldırmakla birlikte, 1998/3 sayılı “*Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*”nin yürürlüğüne dokunmamıştır. Bunun sebebi, 1997/3,

1997/4 ve 1998/7 sayılı grup muafiyeti tebliğlerinin yürürlükte olduğu dönemde tercih edilmiş olan, motorlu yeni taşıt araçları dağıtım ve servis anlaşmalarının grup muafiyeti koşullarının -bu anlaşmaların gösterdikleri ortak (sektörel) özellikler nedeniyle- diğer dikey anlaşmalardan (o dönemde: tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarından) bağımsız olarak belirlenmesi yöntemine, Dikey Anlaşmalar Tebliği sonrasında da devam edilmesi gerektiği düşüncesidir. Nitekim, AB hukukunda da, 1983/83, 1984/83 ve 4087/88 sayılı Tüzüklerin yürürlükte olduğu dönemde, motorlu taşıt araçları (ve bunların yedek parçaları) dağıtım anlaşmalarının grup muafiyeti için ayrıca çıkarılmış olan 1475/95 sayılı Tüzük, 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü yürürlüğe girdikten sonra da (yaklaşık iki yıl) yürürlükte kalmıştır¹⁴⁹.

Dikey Anlaşmalar Tebliği, Tüzük karşısında -bazıları hiç de önemsiz sayılamayacak- değişiklikler taşımakla birlikte, Komisyon'un Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nü örnek almış bir yürürlük kaynağıdır. Diğer bir ifadeyle, anılan Tüzük, Tebliğ'in gerçek anlamda mehazıdır.

2) Pazar Payı Eşiklerinin Tebliğ'e Alınmamış Olması

Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin, Tüzük karşısında sergilediği ve daha sonra yeri geldikçe ilgili bahislerle birlikte açıklayacağım farklılıklar yanında, genel ve çok önemli bir farklılık, Tüzük'deki *eşiklerin* Tebliğ'de yer almamasıdır. Gerçekten, Tüzüğün öngördüğü *sağlayıcının anlaşma konusu ürünleri sattığı pazardaki payının ve münhasır tedarik (tek elden dağıtım veya tek alıcıya tedarik etme) yükümlülüğü bakımından ise alıcının anlaşma konusu malları satın aldığı pazardaki payının % 30'u geçmemesi şartı*, Tebliğ'de yoktur¹⁵⁰. Dolayısıyla, yürürlükte olan Tebliğ'e göre, herhangi bir dikey anlaşmanın Tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanabilmesi bakımından bu anlaşmanın taraflarının pazar paylarının büyüklüğü önemli değildir. Buna göre, örneğin, sağlayıcı tarafının pazar payı % 35 veya % 40 olan

¹⁴⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, motorlu taşıt araçları (ve bunların yedek parçalarının) ilgili 1475/95 sayılı Tüzüğü Ekim 2002'de yürürlükten kaldıran 1400/2002 sayılı yeni Komisyon Tüzüğü, *motorlu yeni taşıt araçlarının, bunların yedek parçalarının veya bu araçların tamir ve muhafaza hizmetlerinin alımı, satımı veya yeniden satımıyla ilgili dikey anlaşmalara uygulanacak bir grup muafiyeti tüzüğü olarak (1400/2002 sayılı Tüzük m.2), 2790/1999 sayılı Tüzük'de yer alanlara çok benzeyen ve fakat onlardan daha sıkı şartları içeren hükümler (bkz. 1400/2002 sayılı Tüzük, Dibase Pr.2 vd.) taşımakta ve 1475/95 sayılı Tüzük'den oldukça farklı bir özellik sergilemektedir. Rekabet Kurulu ise henüz 1400/2002 sayılı Tüzüğe paralel bir Tebliğ çıkarmamıştır.*

¹⁵⁰ Keza, mehaz Tüzüğün, teşebbüs birlikleri ile bu birliklerin üyeleri veya teşebbüs birlikleri ile bunların sağlayıcıları arasında yapılan dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabilmesi için bu teşebbüs birliklerinin üyelerinin tamamının perakendeci olması ve hiçbir üyesinin yıllık toplam cirosunun -bağlı işletmeleriyle birlikte- 50 milyon EUR'u geçmemesi şartıyla grup muafiyetinden yararlanabileceği şeklindeki m.2 (2) hükmü de Tebliğ'e alınmamıştır.

bir tek elden satın alma anlaşması, eğer Tebliğ'de yer alan kara listedeki kısıtlamaları (veya bunlardan birini) içermiyorsa, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin kapsamına girebilecektir.

Esasen Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin yürürlüğe girmesinden önce uygulanmış olan 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı grup muafiyeti tebliğlerinin yürürlükte olduğu dönemde de bu Tebliğlerin sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilmek için pazar payı bakımından belirli azami eşikleri aşmamak gibi bir şart mevcut değildi. Keza, halen yürürlükte bulunan 1998/3 sayılı *Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*'nin sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilmek için de herhangi bir eşik şartı sözkonusu değildir¹⁵¹. Aynı durum, 1983/83, 1984/83, 4087/88 ve 1475/95 sayılı Tüzüklerin yürürlükte olduğu dönemde, bu Tüzüklerin sağladığı grup muafiyeti bakımından AB için de geçerliydi. Dolayısıyla, sözkonusu tüzüklerin, her ne kadar kapsadıkları dikey anlaşma türleri bakımından dar kapsamlı iseler de, ilgili piyasada hakim durumda olan teşebbüsler tarafından yapılmış olan dikey anlaşmalara dahi uygulanabilme olanağı bakımından çok geniş kapsamlı oldukları (ve bu tür teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmaların –eğer tüzüklerdeki muafiyet koşullarını taşıyorlarsa- ancak muafiyetin geri alınması hükümlerine tabi olabileceği) söyleniyordu¹⁵².

Ancak, bu noktada, AT'da Komisyon'un dikey anlaşmalar karşısındaki katı tutumunu yumuşatmasının bir sonucu olarak yeni Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nü kabul ederken dikkate aldığı en önemli argümanlardan birinin *'dikey anlaşmaların rekabet üzerinde olumsuz etkiye sahip olmasının bu anlaşmanın taraflarının pazar gücüne bağlı olduğu'*¹⁵³ şeklindeki düşünce olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Başka bir söyleyişle, her ne kadar pazar payı ile pazar gücü birbirleriyle özdeş değil ise de, AT'daki Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nde grup muafiyetinden yararlanma şartı olarak % 30'luk bir azami pazar payı eşliğinin öngörülmüş olmasının nedenini bu argümanın oluşturduğunu yatsımak mümkün değildir. Komisyon, bu yöntemi kabul etmekle, aslında şunu söylemiş olmaktadır¹⁵⁴ : *'Madem ki dikey anlaşmaların RA m.81 (1) ve m.81 (3) hükümleri çerçevesinde iktisadi yaklaşıma odaklanması gereken analizi bakımından pazar gücü merkezi bir öneme sahiptir; o zaman ben de % 30'luk pazar payını kategorik bir varsayım olarak merkeze alıyorum ve böylece de % 30'un altında olan teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmalar bakımından, eğer bu anlaşmalar Tüzük'deki diğer şartları da taşıyorlarsa, RA m.81 (3) hükmündeki*

¹⁵¹ Buna karşın, AB'de motorlu taşıt araçları sektöründeki dikey anlaşmalar bakımından şu anda yürürlükte bulunan 1400/2002 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüğü'nün m.3 hükmü eşik içermektedir.

¹⁵² Bkz. BELLAMY & CHILD, No 7-017, s.502/503.

¹⁵³ Bkz. yukarıda I/A.

¹⁵⁴ Bkz. WHISH, s.578; BELLAMY & CHILD, No 7-017, s.503

kümülatif muafiyet şartlarının gerçekleştiğini karineten kabul ediyorum; buna karşın % 30'luk pazar payını aşan teşebbüslerin dikey anlaşmaları bakımından ise bu karineyi kabul etmeyerek, bu anlaşmaların, muafiyete tabi olabilmek bakımından bireysel bir incelemeye tabi olacaklarını ilan ediyorum.' Dolayısıyla, AT hukukunda Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nün pazar payı eşiği içermesiyle bu Tüzüğün kabul edilmesine neden olan '*dikey anlaşmaların pazar gücünü merkez alan iktisadi bir bakış açısıyla değerlendirilmesi*' şeklindeki güçlü argüman arasında doğrudan bir ilişki vardır.

Bu sebeple, Komisyon'un 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü'nü büyük ölçüde örnek alan ve yürürlüğe koyulma nedenleri de esas itibarıyla anılan Tüzüğün çıkmasına temel oluşturan nedenlerden farklı olmayan 2002/2 sayılı Tebliğ'de sözkonusu azami eşik şartının yer almaması yadırganabilir ve belki de eleştirilebilir. Rekabet Kurulu'nun anılan Tebliğ'de sözkonusu eşiklere yer vermemesinin başlıca sebebinin (pazar payı eşiklerinin hangi kritere göre % 30, % 40 vs. şeklinde belirleneceği konusundaki tereddütten ziyade) Kurum'daki iş yükü artışının engellenmesi olduğu söylenebilir. Gerçekten, eğer herhangi bir eşik kabul edilirse, bu eşğin üzerinde kalan bütün dikey anlaşmalar Kurul'a 4054 sayılı Kanun m.10/I hükmü gereğince bildirilmek zorunda kalacaktır. Hatta pazar paylarının eşğin altında kaldığına inanan ve fakat bundan emin olamayan teşebbüsler dahi, sözkonusu eşik şartı nedeniyle, 1997/6 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği'nin m.6 f. son c.1 hükmünden¹⁵⁵ yararlanmak suretiyle, anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlandığının teyidi için –eğer yararlanmıyorsa bireysel muafiyet verilmesi istemini de kapsar bir şekilde- Kurul'a baş vuracaklardır. Bunun neticesi ise, ilgili piyasalarda yapılmış olan dikey anlaşmalar içinde taraflarınca 4054 sayılı Kanun ciddiye alınmış olanların neredeyse tamamının (tarafları olan teşebbüslerin hukuk danışmanlarının ihtiyati önerileri doğrultusunda) Kurul'un önüne inceleme için gelmesi olacaktır ki, bu durum da Rekabet Kurumu'nun iş yükünün önemli bir şekilde artmasına neden olacak ve Kurul'un rekabet düzeni üzerinde daha ağır sonuçları olabilecek yatay anlaşmalarla hakim durumun kötüye kullanılması olayları üzerinde yoğunlaşmasına olumsuz bir şekilde etki edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, aynı risk ve endişenin AT hukukunda Komisyon bakımından da sözkonusu olduğu ve Komisyon'un buna rağmen bir eşik şartı getirdiğini ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü, evvelce de belirttiğim üzere¹⁵⁶ AT'da 17 sayılı Tüzüğün m.4 (2) hükmünde yapılan değişiklikle, bireysel muafiyete muhtaç olmakla birlikte bildirilmemiş olan

¹⁵⁵ Bu hükme göre "*Grup muafiyeti tebliğlerindeki koşullara uygun olup olmadığı konusunda tereddütleri olan teşebbüsler bu nitelikteki anlaşma, uyumlu eylem ve kararları Kurul'a bildirebilirler.*"

¹⁵⁶ Bkz. yukarıda I/D.

anlaşmaların da, bireysel muafiyet koşullarını taşıdıkları sonradan tespit edilirse, geçmişe etkili olarak, yani yapıldıkları andan itibaren bu muafiyetten yararlanmaları imkanı getirildiği için, herhangi bir dikey anlaşmanın taraflarının -eşiklerle ilgili pazar paylarını yanlış hesaplamaları sonucu- grup muafiyetinden yararlandıklarını zannederek bu anlaşmayı bildirmemiş olmaları, eğer anlaşma bireysel muafiyet koşullarını taşıyorsa, hayati bir öneme sahip olmamıştır **(kendiliğinden muafiyet sistemini getiren 2003/1 sayılı Konsey Tüzüğü ile ise bu durum iyice pekiştirilmiştir)**. Oysa Türkiye’de 4054 sayılı Kanun m.10/1 hükmünde bir değişiklik yapılmadığı sürece, Kanun’un m.4 hükmüne aykırı olan ve grup muafiyetinden de yararlanmayan dikey anlaşmaların yapıldıkları tarihten itibaren 1 ay içinde Kurul’a bildirilmemiş olması halinde, bu anlaşmalar, eğer daha sonra bireysel muafiyet alırlarsa, yapıldıkları tarihten itibaren (yani geçmişe etkili olarak) değil, ancak bildirildikleri tarihten itibaren bu muafiyetin sonucundan yararlanabileceklerdir. Bu nedenle de, Dikey Anlaşmalar Tebliği’ne bu Tebliğ’in bahsettiği grup muafiyetinden yararlanma şartı olarak bir azami pazar payı eşliğinin getirilmesi halinde, eşik altındaki teşebbüsler bile dikey anlaşmalarını –pazar payı hesabında yanılı olabileceği kaygısıyla- Kurul’a bildirme yoluna gideceklerdir. Anlaşmalarının, dikey anlaşmalarla ilgili evvelki grup muafiyet tebliğlerine göre (belki m.5/a/alt paragraf 2 hükmündeki % 35’lik asgari yatırım tutarı eşliğinin yol açabileceği belirsizlik hariç olmak üzere) daha açık ve basit olduğu söylenebilecek olan Dikey Anlaşmalar Tebliği’ne içerik itibarıyla uygun olarak yapan teşebbüslerin dahi, pazar payı yanılıgı kaygısıyla Kurul’a başvurarak Kurul’un iş yükünü artırmalarının ise, bu Tebliğ’in amaçlarıyla çelişeceği söylenebilir.

Şu halde, rekabet politikası bakımından tartışmaya hiç kuşkusuz açık olmakla birlikte, Türkiye’de, *de lege lata*, bütün teşebbüsler, pazar payı ne olursa olsun, hatta hakim durumdaki teşebbüsler bile, eğer yaptıkları dikey anlaşma içerik itibarıyla Dikey Anlaşmalar Tebliği’ne uygun bir nitelik taşıyorsa (başka bir ifadeyle bu Tebliğ’de yer alan kara listede bulunan dikey kısıtlamaları içermiyorsa) grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu durumda, pazar gücünün yüksek olması nedeniyle rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek nitelikte olmakla birlikte Dikey Anlaşmalar Tebliği’ne içerik itibarıyla uygun olduğu için grup muafiyetinden yararlanan dikey anlaşmaların bu olumsuz etkisini, Rekabet Kurulu, ancak, muafiyeti (4054 sayılı Kanun m.13 ve Tebliğ m.6 hükmü temelinde) geri almak yoluyla engelleyebilecektir.

3) Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin Amacı

Kanunlar hiyerarşisindeki yasal temelini 4054 sayılı Kanun m.5 f. son hükmünde bulan Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin **amacı** Tebliğ’in 1’inci maddesinde açıklanmaktadır. Buna göre, Tebliğ’in amacı “...*dikey anlaşmaların*

7/12/1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmasının koşullarını belirlemektir". Öte yandan Tebliğ m.7 hükmünde "... teşebbüsler arası uyumlu eylemlere de" uygulanma yeteniğine sahip olduğunu açıklamaktadır. Dolayısıyla, teşebbüsler arası uyumlu eylemler de, Tebliğ'in m.2 hükmündeki şartları taşımaları –yani dikey ilişki oluşturmaları ve rakipler arasında uygulanmamış olmaları- kaydıyla –ve eğer kara listede sayılan dikey kısıtlamaları içermiyorlarsa- Tebliğ'in bahsettiği muafiyetten yararlanma olanağına sahip kılınmaktadırlar.

Tebliğ'in yukarıda açıklanan amacı açıktır. Tebliğ, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olan, başka bir ifadeyle "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 dikey anlaşmaları, bu hükmün sonuçlarının uygulanmasından grup olarak muaf tutmak için çıkarılmıştır. Şu halde bu Tebliğ'in uygulanabilmesi için, bir kere, ortada 4054 sayılı Kanun m.4 hükmündeki yasak kapsamına giren bir dikey anlaşmanın mevcut olması gerekir. Anılan Kanun hükmüne aykırılık ise, AT hukukunda yerleşmiş olan içtihatlarla¹⁵⁷ paralel olarak ve Rekabet Kurulu kararlarında¹⁵⁸ da gözlendiği üzere, bir dikey anlaşmanın ya *amacı itibarıyla* ya da (dikey anlaşmaların iktisadi özellikleri ve yatay anlaşmalar karşısında sergiledikleri farklılıklar dikkate alınmak kaydıyla) *etkisi bakımından* yapılacak olan bir analizle ortaya çıkarılacaktır.

Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin amacı münhasıran yukarıda açıklanan husus olduğu halde, Tebliğ'in, içerik itibarıyla bu Tebliğ'in koşullarına uygun bir şekilde kaleme alınmış olmakla birlikte, esasen 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne (amaç itibarıyla olmadığı gibi) etki itibarıyla (da) aykırı olmayan ve fakat bu özelliği de ancak iktisadi analiz neticesinde anlaşılabilir bir dikey anlaşmanın taraflarına da belli bir hukuki güvence hissi vereceğini belirtmek gerekmektedir. Gerçekten, AT rekabet hukuku literatüründe de, Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin mehzazı olan 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü ile ilgili olarak, uygulamada, bu Tüzüğün koşullarını karşılayan herhangi bir dikey anlaşmanın taraflarını bu anlaşmanın RA m.81 (1) hükmünü ihlal edip etmediği keyfiyeti hiç ilgilendirmeyeceğinden, hemen her dikey anlaşmanın Tüzüğe

¹⁵⁷ Bkz. yukarıda I/A ve I/B.

¹⁵⁸ Bkz. hemen yukarıda A.

uygun olarak kaleme alınmasının sürpriz olmayacağı belirtilmektedir¹⁵⁹. Benzer bir uygulamaya Türkiye’de de gidilmesinin muhtemel olduğu söylenebilir.

4) Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin Kapsamı

a- Genel Olarak

Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin kapsamı, m.2 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir :

“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 –dikey anlaşmalar- bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, Kanununun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanununun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur.

Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerle birlikte fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmalar da, söz konusu fikri hakların anlaşmanın asli konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin alıcı veya alıcının müşterileri tarafından kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olması ve bu fikri hakların devri veya kullanımının anlaşmanın esas amacını oluşturmaması kaydıyla, bu Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden yararlanır. Ancak bu muafiyet, anlaşma konusu mallarla veya hizmetlerle ilgili olarak, söz konusu haklara ilişkin hükümlerin bu Tebliğ ile muaf tutulmayan dikey sınırlamalarla

¹⁵⁹ Bkz. WHISH, s.569. Öte yandan belirtmek gerekir ki, Komisyon’un Tebliğ’e mehzaz yapılan 2790/1999 sayılı Tüzüğü’nün m.2 (1) hükmünün ikinci paragrafında, Tüzük’de bahsedilen “muafiyetin anlaşmaların m.81 (1) hükmü kapsamına giren rekabet kısıtlamaları (“dikey kısıtlamalar”) içermesi halinde” uygulanacağı belirtilmekte ise de, bu ifade Tebliğ’de yer almamaktadır. Bunun nedeninin, böyle bir hükmün bir anlamda “malumu ifşa” niteliği taşıması olduğu ileri sürülebilir ise de, Tüzüğü’nün anılan hükmünün Tebliğ’in uygulanması bakımından da (mehaza uygun yorumla) dikkate alınması gereken şöyle bir anlamı bulunduğu söylenebilir : Dikey anlaşma ile dikey kısıtlama özdeş kavramlar değildir. Bir anlaşma dikey anlaşma olmasına rağmen dikey kısıtlama içermeyebilir. Oysa Tüzüğü’nün sağladığı muafiyet yalnızca dikey anlaşmaların dikey kısıtlamaları bakımından sözkonusudur ve dikey kısıtlama da, sadece, anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımıyla ilgili olan kısıtlamadır (Rehber, Pr.25; bkz. yukarıda I/D/dn.40). Dolayısıyla, bir dikey anlaşmada yer almakla birlikte anlaşma konusu mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımıyla ilgili olmayan kısıtlamalar, grup muafiyetinden yararlanamazlar. Fikri haklarla ilgili özel durum için bkz. aşağıda c’de (özellikle son paragrafta) yapılan açıklamalar.

aynı amaç veya etkilere sahip rekabet sınırlamaları içermemesi şartıyla uygulanır.

Rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmalar, bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. Ancak sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan grup muafiyetinden yararlanır.

Bu Tebliğ, başka bir grup muafiyeti tebliği kapsamına giren dikey anlaşmalara uygulanmaz.”

Alıntılanan bu hüküm, 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü m.2 (1) hükmünden mülhem olan *birinci fıkrasında*, Tebliğ’de tanınan grup muafiyetinden ancak *dikey anlaşmaların* yararlanabileceğini açıklarken, *dikey anlaşma* tanımını da vermektedir. Dolayısıyla sökonusu tanıma uymayan teşebbüsler arası anlaşmaların bu Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan, anılan hüküm, 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü m.1 (2) hükmünden mülhem olan *ikinci fıkrasında*, fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmaların da, belirli koşullar gerçekleşmişse, Tebliğ’de tanınan grup muafiyetinin kapsamında olacaklarını belirtmektedir.

Hükümün rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların anılan Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağını -bu ilkenin istisnasıyla birlikte- belirten *üçüncü fıkrası* ise 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü m.1 (4) hükmünden mülhemdir.

Nihayet, Tebliğ m.2 hükmünün *son fıkrası*, başka bir grup muafiyeti tebliğinin kapsamına giren dikey anlaşmaların Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin uygulama alanı dışında kaldığını belirtmektedir ki, bu dikey anlaşmalar Türkiye’de şu anda 1998/3 sayılı motorlu taşıt araçlarının dağıtım ve servisiyle ilgili olan dikey anlaşmalardır.

b- Tebliğ’in Dikey Anlaşma Tanımı

Tebliğ’in *dikey anlaşma* tanımı, büyük ölçüde mehz Tüzüğün tanımıyla benzer olmakla birlikte, Tüzük’deki tanımın aynısı değildir. Gerçekten, Tüzüğün tanımında “*anlaşmanın amacı bakımından üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki veya daha fazla teşebbüs*”ten bahsedilirken, Tebliğ’in tanımında sadece “*üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla*

teşebbüs”ten bahsedilmekte; dolayısıyla Tebliğ’de “*anlaşmanın amacı bakımından*” ifadesi yer almamaktadır. Ancak bu ifadenin Tebliğ’de yer almamış olması, Tebliğ’in dikey anlaşma tanımını veren hükmünün Tüzüğe göre daha dar yorumlanması gerektiği anlamını taşımamalı ve amaca göre bir yorumla, Tebliğ hükmünün de bu unsuru taşıdığı kabul edilebilmelidir. Dolayısıyla, ikisi de üretici olan iki teşebbüs arasında bir alım anlaşması yapılmış olması, AT’da olduğu gibi Türkiye’de de o anlaşmanın dikey değil yatay bir anlaşma olarak algılanmasına ve anlaşmanın *bu nedenle* Tebliğ’in kapsamı dışında kalmasına yol açmamalı ve kapsam dışında kalma keyfiyeti, sözkonusu teşebbüslerin, Tebliğ’in m.2/III hükmü anlamında aktüel veya potansiyel rakip olmalarına dayandırılmalıdır. Mamafih, AT’da rakip teşebbüsler arası anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamamasının istisnası olan 100 milyon EUR’luk eşik altında olan anlaşmalar bakımından bu konunun pratik bir önemi var ise de, Tebliğ’e sözkonusu eşik alınmamış olduğu için Türk hukuku bakımından bu konunun sadece kavramsal ve teorik bir öneme sahip olduğu söylenebilir.

Tebliğ’in dikey anlaşmaları tanımlayan hükmünün, Tüzüğün ilgili hükmü karşısında, anlam bakımından, başka önemli bir farklılık taşımadığı söylenebilir. Gerçi Tüzük’de “*belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı koşullarıyla ilgili olan anlaşmalar*” ifadesi kullanılmışken, Tebliğ’de “*belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar*” ifadesi kullanılmış ise de, bu ifade farklılığının bir anlam farklılığına ve hüküm değişikliğine sebep olmadığı açıktır. Bu nedenle, evvelce mehzaz Komisyon Tüzüğü’nün *dikey anlaşma* tanımı ve böylece de Tüzüğün bu açıdan kapsamıyla ilgili olarak yaptığım açıklamalar¹⁶⁰, Tebliğ’in *dikey anlaşmalar* tanımı ve bu açıdan kapsamı hakkında da geçerlidir.

Böylece tek elden dağıtım ve tek elden satın alma anlaşmalarına ilişkin evvelki tebliğlerden farklı olarak, Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin kapsamına giren dikey anlaşmalar mallara ilişkin olabileceği gibi **hizmetlere** ilişkin de olabilir. Keza, önceki grup muafiyeti tebliğlerinden farklı olarak, Dikey Anlaşmalar Tebliği’nden sadece iki teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmalar değil ikiden fazla teşebbüs arasında yapılan dikey anlaşmalar da yararlanabilecektir. Dolayısıyla, tarafları üretici, toptancı ve perakendeci olan bir anlaşma da Tebliğ’in *dikey anlaşma* anlayışının kapsamı içinde kalmaktadır¹⁶¹. Gerçekten böyle bir anlaşmada, üretici konumundaki teşebbüsün ürettiği malların, dağıtıcı konumundaki toptancıya, toptancıdan perakendeciye ve perakendeciden de nihai kullanıcıya veya tüketiciye satımı ve yeniden

¹⁶⁰ Bkz. yukarıda I/D.

¹⁶¹ Bkz. Rehber Pr.24; JONES/SUFRIN, s.535; WHISH, s.571.

satımıyla ilgili koşullar belirlenebilir ve bu anlaşma da –eğer Tebliğ’e uygun ise- Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilecek bir dikey anlaşma oluşturur. Buna karşın, üretici konumundaki teşebbüs ile dağıtıcı konumundaki birden fazla toptancı arasında yapılan ve üreticinin mallarının bu toptancılar tarafından üreticiden alınmasının ve perakendecilere yeniden satılmasının koşullarını belirleyen bir anlaşma, her ne kadar üretici ile toptancılar arasındaki ilişki bir dikey ilişki ise de, anlaşmaya taraf olan toptancılar dağıtım zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösterdiklerinden, Tebliğ’in kapsamına girmez¹⁶². Dolayısıyla, böyle bir çok taraflı anlaşmada yer alan ve toptancılara ayrı birer münhasır faaliyet (tek elden dağıtım) bölgesi bahşederek toptancıların birbirlerinin faaliyet bölgelerine aktif satış yapmamasını öngören bir dikey kısıtlama, Tebliğ’in bahşettiği grup muafiyetinden yararlanamaz ve bireysel muafiyete ihtiyaç gösterir.

Diğer taraftan, tek elden dağıtım, tek elden satın alma, franchising, seçici dağıtım vb. (başka bir grup muafiyeti tüzüğüne de tabi olmayan) bütün *dağıtım anlaşmaları* ve *alım anlaşmaları* bu Tebliğ’in kapsamındadır. Böylece, örneğin, evvelce bağımsız olarak herhangi bir grup muafiyetinden yararlanamayan seçici dağıtım anlaşmaları da (eğer Tebliğ’in koşullarını taşıyorlarsa) Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanabilecektir. *Seçici dağıtım anlaşmasının*¹⁶³ *normatif* tanımı, yani Dikey Anlaşmalar Tebliği bakımından ifade ettiği anlam ise Tebliğ’in m.3/g hükmünde şu şekilde yer almaktadır : **“Seçici Dağıtım Sistemi : Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da sözkonusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi anlamına gelir”**.

Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin yaptığı tanımdan hareketle, grup muafiyeti kapsamına girebilecek dikey anlaşmalar bakımından ortaya koyduğu bir başka yenilik ise (yine mehz Tüzüğün sonuçlarına uygun ve evvelki grup muafiyet tebliğlerinin yarattığı durumdan da farklı olarak) bu Tebliğ’in uygulanabilmesi için, alıcının malları sağlayıcıdan yeniden satış amacıyla alması gibi bir koşulun bulunmamasıdır¹⁶⁴. Dolayısıyla, alıcının, anlaşma konusu malları, yeniden satış amacıyla alması halinde olduğu gibi üçüncü kişilere kiralamak veya başka bir ürünün üretiminde veya montajda yahut da hizmetlerde kullanmak üzere almış olması durumunda da Dikey Anlaşmalar

¹⁶² Bkz. WHISH, s.571.

¹⁶³ Seçici dağıtım sistemiyle ilgili olarak bkz. yukarıda I/B’de açıklanan *Metro v. Commission (I)* kararı.

¹⁶⁴ Bkz. yukarıda I/D.

Tebliğ'i uygulama alanı bulabilir¹⁶⁵ ve nihai mallara ilişkin dikey anlaşmaların yanısıra ara mallara ilişkin dikey anlaşmalar da Tebliğ'in kapsamına dahildir. Buna karşın, tüketicilerle yapılan alım sözleşmeleri, tüketiciler *teşebbüs* ve onlarla yapılan sözleşmeler de *teşebbüsler arası anlaşma* sayılamayacağından, Tebliğ bir yana, zaten 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamında değildir¹⁶⁶.

c- Fikri Hakların Devri veya Kullanımıyla İlgili Hükümler İçeren Anlaşmaların Durumu

Dikey Anlaşmalar Tebliği, mehzaz Tüzüğe uygun olarak, m.2/II hükmünde, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde yer alan teşebbüsler arasında mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımıyla ilgili olarak yapılan anlaşmaların fikri hakların devrine veya kullanımına ilişkin hükümlerin yer alması keyfiyetini bu anlaşmaları Tebliğ kapsamında yer alan dikey anlaşmalar olmaktan çıkararak kategorik bir sebep olarak görmemektedir. Aksine, fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili olan bu tür kayıtlar, eğer Tebliğ'de sayılan belirli koşulları haiz iseler, bu kayıtları içeren anlaşmalar Tebliğ'in kapsamına dahil edilmektedir¹⁶⁷. **Fikri hak** ile kastedilen ise, Tebliğ'in m.3/e hükmüne göre, *sınai haklar*, *eser sahibinin hakları* ve *komşu haklardır*. Dolayısıyla, patent hakları, faydalı modeller üzerindeki haklar, endüstriyel tasarımlar üzerindeki haklar, marka hakları, ilim/edebiyat/musiki/güzel sanatlar/sinema eserleri üzerindeki haklar, icracı sanatçıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları komşu haklar vb. hakların hepsi, Tebliğ'in fikri haklar tanımının içinde yer almaktadır. Hatta, Tebliğ'de (başka bir hükümde –m.5/b ikinci paragraf- geçtiği için) ayrıca tanımlanmış olan *know-how* da, fikri hakların içinde sayılan *sınai haklar* cümlesinden kabul edilmek gerekir¹⁶⁸. Fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili kayıtlar içeren teşebbüsler arası anlaşmaların Tebliğ kapsamına girebilmesi için gerçekleşmiş olması gereken koşullar ise şunlardır¹⁶⁹ :

¹⁶⁵ İki teşebbüs arasında yapılan bir kira veya leasing sözleşmesinin Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin kapsamına girmeyeceğinden ise –AB'de Komisyon Tüzüğü bakımından geçerli olan duruma koşut olarak (bkz. yukarıda I/D/dn.40)- kuşku duyulmamalıdır.

¹⁶⁶ Bkz. yukarıda I/D.

¹⁶⁷ Tebliğ'in, fikri hakların devrine veya kullanımına ilişkin kayıtlar içeren anlaşmaları belirli koşullar altında grup muafiyeti kapsamına alması ve **bu koşulların da nasıl yorumlanması gerektiği** başka sektörlerin yanısıra, özellikle enformasyon ve iletişim teknolojileri sektöründe yapılan dikey nitelikteki anlaşmalar bakımından büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu sektörde üretilen ve satılan ürünlerin çoğu fikri haklara dayanmakta ve bu nedenle de bu sektörde yapılan dikey anlaşmaların büyük bir çoğunluğu, bilgisayar programı, müzik ve resim (film), patent, marka ve know-how gibi haklara ilişkin lisans kayıtları taşımaktadır (MAHIEU, s.173).

¹⁶⁸ Rehber, Pr.37.

¹⁶⁹ Rehber, Pr.30.

(1) Fikri haklarla ilgili kayıtlar, dikey anlaşmaların Tebliğ'deki normatif tanımının unsurlarını taşıyan (yani üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde yer alan teşebbüsler arasında **mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımıyla ilgili olarak yapılmış olan**) **bir anlaşmada yer almalıdır** : Bu koşulun bir sonucu olarak, bir fikri hakkın belirli malların üretiminin yapılması için devrini veya kullanıma (lisansa) verilmesini içeren bir anlaşma, Tebliğ'in kapsamında değildir. Tebliğ'in kapsamına bu koşulu gerçekleştirmediği için girmeyen anlaşmalara, *taraplardan birinin diğerine bir ürünün üretiminde kullanması için patentli bir üretim metodunu veya patentsiz bir teknik reçeteyi (know-how'ı) devretmesi veya bu metodu ya da know-how'ı sözkonusu üretimde kullanması için diğer tarafa lisans hakkı tanınması, taraflardan birinin diğerine belli bir üretimde kullanması için bir şablonu veya kalıbı kullanma hakkını tanınması, bir televizyon şirketine bir konseri veya tiyatro oyununu kaydederek veya canlı olarak yayınlama hakkının tanınması, bir marka sahibi teşebbüsün başka bir teşebbüse sözkonusu markayı kendi ürettiği benzer ürünlerde kullanma hakkını saf bir lisans sözleşmesiyle bahşetmesi* vb. ilişkiler örnek verilebilir¹⁷⁰. Çünkü, bu örneklerin hiçbirisinde, **mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı** koşullarını belirlemek üzere yapılmış bir anlaşma yoktur. Buna karşın, bilgisayar programlarının ("*software*") katı kopyalarının ("*hard copies*") yeniden satış için ve fakat programla ilgili herhangi bir lisans hakkı tanınmaksızın yeniden satıcıya sağlanmasını konu edinen anlaşmalar Tebliğ'in kapsamında sayılabilmelidirler¹⁷¹. Çünkü, bu tür anlaşmalar sadece katı kopyanın satımını hedefleyen anlaşmalardır (yani, bunlarda, fikri haklara ilişkin tali nitelikte dahi kayıt yoktur) ve bu tür satışlara dayanan dağıtım sistemlerinde programla ilgili lisans sözleşmesi son kullanıcı ile eser sahibi arasında (son kullanıcının lisansın koşullarını da içeren ürün paketini açmasıyla birlikte bu koşulları kabul ettiği varsayımıyla) kurulur. Eğer herhangi bir anlaşma hem -örneğin- bir bilgisayarın ("*hardware*") satışına hem de programın lisansına ilişkin koşullar içeriyorsa, bu durumda, aşağıda açıklanacak olan üçüncü şart çerçevesinde, lisansın mı satışın mı anlaşmanın esas amacı olduğuna bakılması gerekir¹⁷².

¹⁷⁰ Bkz. Rehber, Pr.33.

¹⁷¹ Bkz. Rehber, Pr.40.

¹⁷² MAHIEU, s.174.

(2) Kendisine fikri hak devredilen veya bu hakkı kullanma imkanı tanınan anlaşma tarafı alıcı, devreden veya kullanma hakkını tanıyan ise sağlayıcı olmalıdır : Aksi varit ise, yani alıcı tarafından sağlayıcıya devir veya kullanma hakkı tanınması sözkonusuysa¹⁷³, Dikey Anlaşmalar Tebliği uygulama alanı bulmaz. Bu arada belirtmek gerekir ki, Tebliğ'in m.3/b/1 ve m.3/b/2 hükümlerine göre, **sağlayıcı** “anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmeti alıcıya satan teşebbüsü”, **alıcı** ise “bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüsü” ifade etmektedir.

(3) Fikri hakların devri veya kullanımı anlaşmanın esas amacını oluşturmamalıdır : Birinci koşulla çok yakın bir ilişki içinde bulunan bu koşula göre, fikri haklara ilişkin kayıtlar içeren bir anlaşmanın Tebliğ kapsamında yer alabilmesi için, anlaşmanın esas amacı, mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı olmalı ve fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili anlaşma kayıtları ise sadece dikey anlaşmanın bu amacının (yani alımın, satımın veya yeniden satımın) gerçekleştirilmesine veya uygulanmasına hizmet eder bir nitelik taşımalıdır. Dolayısıyla, eğer bir anlaşmanın esas amacını fikri hakkın devri veya kullanılması oluşturuyorsa, bu anlaşma (daha doğru bir söyleyişle, bu anlaşmada yer alan rekabet kısıtlamaları) Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanamaz. Bu nedenle, örneğin, müzik eserleri sahiplerinin haklarını korumak ve kullanmak üzere kurulmuş bir örgütün (mesela Türkiye’de MESAM’ın) üyelerine ait melodilerin mobil telefon operatörü olarak faaliyet gösteren bir şirketin müşterileri tarafından telefon zili olarak seçilip kullanılabilmesine olanak sağlamak üzere sözkonusu örgütle (meslek birliğiyle) anılan şirket arasında yapılan bir sözleşmenin Tebliğ’in kapsamına girmeyeceği söylenebilir¹⁷⁴. Buna karşın fikri hak konularını kendi bünyesinde materyalize eden (“*tecessüm ettiren*” veya “*algılanabilir hale getiren*”) kitap, bilgisayar programı vb. malların yeniden satıcılarını, bu malları, ancak alıcıların sözkonusu fikri hakka tecavüz etmemeleri şartı altında alıcılara yeniden satması

¹⁷³ Bkz. yukarıda I/D’de verilen fason üretim anlaşması örneği.

¹⁷⁴ MAHIEU, s.174.

koşullarını içeren dağıtım anlaşmaları, Tebliğ'in kapsamına girer¹⁷⁵.

(4) Fikri haklarla ilgili kayıtlar, anlaşmanın asli konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin alıcı veya alıcının müşterileri tarafından kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmalıdır : Bu koşul gereğince, fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili olarak anlaşmada yer alan kayıtların, anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetlerin alıcı veya alıcının müşterileri tarafından kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmaması halinde, anlaşma Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Tebliğ'de **müşteri** ile kastedilen, Tebliğ'in m.3/b/3 hükmüne göre “anlaşmaya taraf olmayan, alıcıdan veya sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan”dır. Örneğin, sağlayıcının yeniden satıcıya hem bir yükümlülük olarak yüklediği hem de bir hak olarak tanıdığı, anlaşma konusu ürünlerin satılacağı mekanda sağlayıcıya ait marka ve diğer tanıtıcı işaretlerin kullanılması kaydı, anlaşmanın konusu olan ürünlerin yeniden satışıyla doğrudan ilgili bir kayıttır ve bu kayıt, yukarıda açıklanan üçüncü koşula uygun bir şekilde anlaşmanın esas amacını da oluşturmadığından, anlaşma Tebliğ'in kapsamında kabul edilmelidir.

(5) Fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili kayıtlar, Tebliğ ile muaf tutulmayan dikey sınırlamaların amaç ve etkisine sahip olmamalıdır : Bu koşul ile amaçlanan ve kastedilen, m.4 ve m.5 hükümlerinde sayılan ve Tebliğ tarafından grup muafiyetine mazhar görülmeyen rekabet sınırlamalarının doğuracağı sonuçlara, anlaşmaya fikri hakların devri veya kullanımıyla ilgili kayıtlar koymak suretiyle ulaşılmasını engellemektir¹⁷⁶.

Fikri hakların kullanımıyla ilgili kayıtlar içeren ve yukarıda anılan koşulların tamamına **genellikle** sahip olan dikey anlaşmaların en tipik örneği olarak (“endüstri franchising'i dışında kalan¹⁷⁷) **franchise anlaşmaları** gösterilmektedir¹⁷⁸. Bu noktada, özellikle dikkat çekmek istediğim bir husus, herhangi bir anlaşmanın bir *franchise sözleşmesi* olarak adlandırılabilmesi için aranan (başka bir ifadeyle *tip* belirleyici) *esaslı unsurlar* arasında, franchise-

¹⁷⁵ Bkz. Rehber, Pr.39.

¹⁷⁶ WHISH, s.577.

¹⁷⁷ Bkz. Rehber, Pr.42.

¹⁷⁸ Rehber, Pr.42 ve özellikle Pr.43; BELLAMY & CHILD, No 7-176, s.599; WHISH, s.576; JONES/SUFRIN, s.537/538.

veren, sahip olduğu işletme ve pazarlama sistemini (bu sistemin içerdiği marka, know-how, endüstriyel tasarım vb. gayrimaddi mallarla birlikte) franchise alana kullandırma yükümlülüğünün de bulunmasının¹⁷⁹ (ve hatta lisans karakteri taşıyan bu borcun, ifa edilmemesi halinde karşı tarafa *synallagmayı* ortadan kaldırma –sözleşmeyi borca aykırılık nedeniyle feshetme- olanağı veren bir asli edim yükümlülüğü teşkil etmesinin¹⁸⁰) tamamıyla Borçlar Hukuku perspektifine dayalı (ve geçerli) bir tespit olduğudur. Ancak bu tespit, hiçbir şekilde, franchise anlaşmalarının -özellikle de iktisadi bakımdan ve mal veya hizmetlerin müşteriye ulaştırılmasını amaçlamak zımında¹⁸¹- bir *sürüm (dağıtım) yöntemi* sayılmasına¹⁸² engel olmaz. Keza franchise anlaşmalarında, tarafların sözleşmeyi yaparken sahip oldukları motifler bakımından, franchise verenin sistemi kullandırma ve franchise alanın ise anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetlerin sürümünü yapma ve destekleme borçlarından birinin diğerine üstün tutulmaması da sadece bu anlaşmaların hukuki niteliğinin tespiti (bu anlaşmaların birer kullandırma sözleşmesi mi, iş görme sözleşmesi mi yoksa bunların her ikisinin de öğelerini içeren bir sözleşme mi olduğu meselesi) bakımından önem taşır¹⁸³. Dolayısıyla, franchise anlaşmalarının **önemli bir kısmının**, franchise verene ait fikri hakların kullanımına ilişkin kayıtlar içermekle¹⁸⁴ birlikte, bu kayıtların konusunu oluşturan lisansları esas amaç edinmeyen, bu kayıtları anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetlerin müşteriye ulaştırılmasıyla doğrudan ilgili olarak kendi içinde barındıran ve böylece de Tebliğ’in m.2/II hükmündeki koşulları taşıyan dikey anlaşmalardan olduğunu ileri sürmek yanlış olmaz¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Bu konuda bkz. O. B. GÜRZUMAR, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistemler”in Hukuken Korunması, İstanbul 1995, s.11; aynı doğrultuda Ç. KIRCA, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997, s.25/26.

¹⁸⁰ Bkz. GÜRZUMAR, s.11; KIRCA, s.113.

¹⁸¹ Tebliğ’in ifadesiyle söylenecek olursa, “mal veya hizmetlerin satımını veya yeniden satımını” konu edinmek zımında.

¹⁸² Bkz. GÜRZUMAR, s.4 ve özellikle s.5-7.

¹⁸³ Bkz. GÜRZUMAR, s.21/22.

¹⁸⁴ ... ve bu yöntemden beklenen yararın sağlanabilmesi (yani yeknesak bir sistem bütünlüğü içinde müşteriye mal veya hizmet sunulması imkanının yaratılabilmesi) için de böyle kayıtlar içermesi aslında elzem olmakla ...

¹⁸⁵ Rehber’in bu tespit bakımından çok önemli olan 43’üncü paragrafı şu şekilde Türkçeye çevrilebilir : “Franchise anlaşmalarında yer alan lisans, 30’uncu paragrafta sayılan beş koşulu da haiz ise, Tüzüğün kapsamındadır.Genellikle durum bu olur, çünkü master franchise anlaşmaları da dahil olmak üzere, franchise anlaşmalarının çoğunda, franchise veren franchise alana mal ve/veya hizmet, özellikle de ticari veya teknik destek servisi, sağlar. Fikri haklar ise franchise alanın franchise veren veya onun belirlediği sağlayıcının gönderdiği ürünleri yeniden satması yahut da bu ürünleri kullanarak ortaya çıkardığı ürünleri veya hizmetleri satması faaliyetine hizmet eder. Eğer, bir franchise anlaşması sadece ve birincil olarak fikri hakların lisansını konu ediniyorsa, böyle bir anlaşma Tüzüğün kapsamına girmez ise de Tüzüğün kapsadığı

Fikri hakların devrine ve kullanılmasına ilişkin kayıtlarla ilgili açıklamalara son vermeden önce şu noktaya da dikkat çekmek gerekmektedir : Bu kayıtların yukarıda açıklanan koşulları haiz olması durumunda dikey anlaşmanın (Tebliğ'in diğer muafiyet koşullarını da taşıyorsa) grup muafiyetinden yararlanması, bu dikey anlaşmada fikri haklarla (özellikle de bu hakların korunmasıyla) ilgili olarak getirilen kısıtlamaların da (eğer bu kısıtlamalar 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamına giriyorlarsa) muafiyetten yararlanması sonucunu doğurur. Nitekim franchise anlaşmaları bakımından, Rehber, 44'üncü paragrafında, franchise-verenin fikri haklarının korunması için gerekli oldukları genellikle kabul edilen ve bu nedenle de fikri haklarla ilgili oldukları düşünülen şu kayıtların (franchise alana yüklenen yükümlülüklerin), eğer RA m.81 (1) hükmü kapsamına giriyorlarsa, Tüzüğün sağladığı grup muafiyetinden yararlanacağını belirtmektedir : (a) Benzer bir işle, doğrudan veya dolaylı olarak uğraşmamak; (b) rakip teşebbüslerin sermayesinde (kontrol sağlayacak) finansal pay elde etmemek; (c) know-how'ı üçüncü kişilere açmamak; (d) franchise'ın kullanılması sırasında elde edilen know-how üzerinde franchise verene inhisari olmayan (basit) lisans tanımak; (e) franchise verene fikri haklarını korumasında yardımcı olmak; (f) franchise verenden kullanıma aldığı know-how'ı sadece franchise'ın uygulamasında kullanmak; (g) franchise verenin rızası olmadan franchise anlaşmasından doğan hak ve yükümlülüklerini devretmemek^{108a}.

d- Rakipler Arasında Yapılan Dikey Anlaşmaların Durumu

Tebliğ'in m.2/III hükmü, rakip teşebbüsler arasında yapılan dikey anlaşmaların, bir istisna dışında, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacağını belirtmektedir. Bu hüküm, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyeleri bakımından herhangi bir ayırım yapmadığına göre, üreticilerin birbirlerine rakip olmasının yanısıra, toptancı seviyesindeki rakipleri ve perakendecilerin birbirine rakip olmasını da kapsamaktadır¹⁸⁶.

Rakip Teşebbüs kavramının Tebliğ bakımından ifade ettiği normatif anlamı ise Tebliğ'in m.3/c hükmünde şu şekilde açıklanmıştır : **“Rakip teşebbüsler : Aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma**

franchise anlaşmalarına benzer bir şekilde değerlendirmeye alınır.” Rehber'in bu açıklamasındaki son cümlenin anlamı, belirtilen nedenle Tüzük kapsamı dışında kalan franchise anlaşmalarının Komisyon tarafından bireysel muafiyet incelemesine alındığında, Komisyon'un değerlendirmeyi Tüzük'deki ilkeleri izleyerek yapacağı olabilir (WHISH, s.576).

^{108a} Bu yükümlülükler, yürürlükten kalkmış olan, franchise anlaşmalarının grup muafiyetine ilişkin 1998/7 sayılı Tebliğ'in *“Grup Muafiyetini Koşula Bağlı Olarak Engellemeyen Yükümlülükler”* başlıklı m.5 ve *“Grup Muafiyetini Engellemeyen Diğer Yükümlülükler”* başlıklı m.6 hükmünde yer alan yükümlülüklerin bazılarıdır.

¹⁸⁶ WHISH, s.577.

potansiyeline sahip sağlayıcılardır. Ürün pazarı, anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar.” Esas itibarıyla rakip teşebbüsler arasında yapılacak dikey anlaşmalarla yatay koordinasyon gerçekleştirilmesini engellemeyi amaçlayan bu hükümde dikkati çeken önemli bir nokta, hükmün rakip teşebbüsler tanımını yaparken, mehz Tüzüğe paralel olarak, coğrafi pazarı hiç dikkate almamış olmasıdır. Gerçekten, hükme göre esas olan, teşebbüslerin, aynı coğrafi pazarda faaliyette bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın, aynı ürün pazarında (yani anlaşmanın konusu olan mal veya hizmetlerin ya da bunları ikame edebilecek nitelikte olan mal veya hizmetlerin satıldığı pazarda) faaliyette bulunuyor veya bu faaliyette bulunma potansiyeline sahip olmalarıdır¹⁸⁷. Potansiyel sağlayıcı ise, bu ürünü aktüel olarak üretmemekle birlikte üretebilecek veya anlaşma bulunmasaydı ufak ve sürekli bir fiyat artışına cevap vermek üzere bunu yapabilecek kapasitede olan teşebbüstür¹⁸⁸.

Tebliğ'in rakip teşebbüsler arasında yapılan anlaşmaların kapsam dışı olduğunu kurala bağlayan hükmünün bu ilkeye getirdiği istisna ise, **sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil sadece dağıtıcısı olduğu** anlaşmalardır. Bu istisna, belirli ürünlerin üreticisi olan ve aynı zamanda bu ürünlerinin dağıtım faaliyetini de yürüten bir teşebbüsün, bu ürünlerle rekabet eden ürünleri dağıtan teşebbüsleri, bu ürünlerin (yani sözkonusu üreticinin ürettiği ürünlerin) dağıtımıyla da yetkilendirmesi durumuna ilişkindir¹⁸⁹. Böylece, üretim seviyesinde değil, *sadece dağıtıcı seviyesinde rakip konumda olan teşebbüslerin* yaptığı dağıtım anlaşmalarına, bu teşebbüslerden birinin aynı zamanda üretici olması ve anlaşmanın da bu üreticinin ürettiği ürünlere ilişkin olması durumunda, Tebliğ'deki muafiyetten yararlanma olanağı tanınmış olmaktadır. Daha basit bir anlatımla, kendi ürettikleri ürünleri kendileri dağıtan üretici teşebbüslerin, aynı zamanda, bu dağıtım, sözkonusu ürünlere rakip olan ürünleri dağıtan bağımsız dağıtıcı firmalar aracılığıyla da gerçekleştirmek için yapacakları dağıtım anlaşmaları, diğer grup muafiyeti koşullarını da taşıyorlarsa, Tebliğ'in sağladığı muafiyetten yararlanabileceklerdir¹⁹⁰. Dolayısıyla, hem

¹⁸⁷ Bkz. Rehber, Pr.26.

¹⁸⁸ Rehber, Pr.26. Rehber'in bu paragrafında, bu tespit, ilgili teşebbüsün gerekli ek yatırımları yaparak ürün pazarına 1 yıl içinde satış yapabilecek özellikte olması anlamına geldiği belirtilmektedir.

¹⁸⁹ Bkz. Rehber, Pr.27.

¹⁹⁰ Tebliğ bu durumda dikey anlaşmayı yapan üretici teşebbüs ile dağıtıcı teşebbüs üretim seviyesinde rakip konumunda olmadıkları ve dağıtıcı teşebbüs de ürünlerini dağıttığı diğer üretici teşebbüslerden bağımsız olduğu için, üretici teşebbüsler arasında yatay koordinasyon riskinin yüksek olmadığı varsayımından hareket etmektedir.

sağlayıcı (S1)'in hem de Sağlayıcı (S2)'nin televizyon üreticisi olduğu, (S1)'in kendi ürettiği televizyonları kendisinin dağıttığı, (S2)'nin ise kendi ürettiği televizyonları kendisinden bağımsız bir dağıtıcı firma olan (A) vasıtasıyla dağıttığı bir örnekte, (S1), kendi ürettiği televizyonların dağıtımını konusunda (A) ile bir dağıtım anlaşması yaparsa, bu anlaşma esasen –dağıtım seviyesindeki- rakipler arasında yapılan bir dikey anlaşma olduğu halde, Tebliğ'in bahsettiği grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Buna karşın, (A) şirketi, bağımsız bir teşebbüs değil de (S2)'nin yavru şirketi ise, (S1)'in kendi ürettiği televizyonların dağıtımını için (A) şirketi ile bir dağıtım anlaşması yapması durumunda, bu anlaşma, rekabet hukuku bakımından, (S1) ile (S2) arasında, yani üretim seviyesinde birbirine rakip olan iki üretici teşebbüs arasında yapılmış ve böylece de (S2) rakibi olan (S1)'in ürettiği televizyonları dağıtıyor olacağından, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyeti de sözkonusu edilemeyecektir.

Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki, rakipler arasındaki dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanmaması ilkesinin istisnası mehzadan Tebliğ'e iktibas edilirken, hem istisna durumlarının bazıları hem de Tüzüğü'nün m.2 (4) hükmünün tüm istisnalar için öngördüğü ortak bir şart olan “*dikey anlaşmanın karşılıklı olmaması*”¹⁹¹ şartı Tebliğ'de ifadeye koyulmamıştır. Tebliğ'de ifade bulunmuş olan birinci istisna, Tüzüğü'nün m.2 (4) (a) hükmünde ziretilen *alıcının yıllık cirosunun belirli bir eşiğin (100 milyon EUR'un) altında kaldığı rakipler arası dikey anlaşmalar* ve ikinci istisna ise Tüzüğü'nün m.2 (4) (b) hükmünde (üçüncü istisna olarak) zikredilen “*sağlayıcının ticaret zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren bir hizmet sağlayıcısı olmasına karşın, alıcının anlaşma konusu hizmetleri aldığı ticaret seviyesinde rakip hizmetler sunmayan bir teşebbüs olması*” halidir. Bu ikinci istisnanın, esasen, Tebliğ'e alınan ve yukarıda açıklanan istisnanın hizmetler bakımından bir tekrarı olduğu düşünülebilir de (Tebliğ'e alınmış olan istisna, *hizmet ve malları* kapsayabilecek bir kavram olan *ürünlerden* değil, açıkça “*mallar*”dan bahsetmekte olduğu için) Tebliğ kaleme alınırken seçilen bu yol kuşkusuz tartışma konusu yapılabilir. Diğer taraftan, Tebliğ'e alınan istisnada, mehzadan farklı olarak, anlaşmanın karşılıklı olmaması şartının ifadeye koyulmaması da tartışma konusu yapılabilir. Bu şart ile mehzada kastedilen, örneğin, iki üretici teşebbüsün birbirlerini kendi ürettikleri ürünler için dağıtıcı tayin etmesidir. Yukarıda verdiğim örnekte (S1) (S2)'yi kendi ürettiği televizyonlar için, (S2) de (S1)'i kendi ürettiği televizyonlar için dağıtıcı tayin ederse durum budur. Ancak, dikkat edilirse, burada, örnek, üretim seviyesinde birbirine rakip durumda olan teşebbüsler arasındaki bir dikey anlaşmaya dönüştüğü için, bu örnekteki anlaşma Tebliğ'e alınmış olan tek istisnadan zaten bu nedenle yararlanamaz ve

¹⁹¹ “*Non-reciprocal*”.

anlaşmanın *karşılıklı* olmasının hiçbir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, bu örnekte, sadece (S1) (S2)'yi dağıtıcı tayin etseydi de (anlaşma bahsettiğimiz anlamda *karşılıklı* olmadığı halde) Türk hukuku bakımından durum değişmez ve bu anlaşma grup muafiyetinden yararlanamazdı. Oysa, AB hukukunda Tüzük belirli bir ciro eşiği getirdiği için, (S2)'nin yıllık cirosunun 100 milyon EUR'un altında olması durumunda, (S1)'in (S2)'yi dağıtıcı tayin etmesi, ortada *karşılıklı* bir anlaşma bulunmadığından, yani (S2) de (S1)'i dağıtıcı tayin etmiş olmadığından, böyle bir anlaşma grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Buna karşın, *karşılıklı olmama* şartının Tebliğ'e mehzadan alınmış olan (tek) istisna bakımından Tebliğ'de ifade edilmemiş olmasının şu örnek bakımından sakınca yaratıp yaratmayacağı sorulabilir : Kendi ürettiği ve aynı zamanda da bizzat dağıttığı televizyonlar için (S1), (S2)'nin televizyonlarının da dağıtımını yapan ve (S2)'den bağımsız olan (A)'yı dağıtıcı tayin ederken; (A) da (S2)'den aldığı televizyonların dağıtımını için (S1)'in yavru şirketi olan (B)'yi dağıtıcı tayin ederse durum ne olacaktır ? Gerçi böyle bir durumda, üretim seviyesinde birbirlerine rakip olan (S1) ile (S2) arasında bir yatay koordinasyon riskinin bulunmadığı -(A)'nın (S2)'den bağımsız bir teşebbüs olması nedeniyle söylenebilir; ama Tüzüğün açıkça ifade ettiği *karşılıklı olmama* şartı nedeniyle AT hukukunda bu anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamayacağından kuşku duyulmayacaktır. Buna karşın, anılan şartı Tebliğ'e almamış olan Türk hukukunda durum uygulamada güçlük yaratabilir. Rekabet Kurulu'nun *karşılıklı olmama* şartını Tebliğ dışında bırakırken sahip olduğu düşünce ise, böyle bir örneğin, *sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil sadece dağıtıcısı olması* halinin dışına çıkan bir durum oluşturacağı ve bu nedenle de Tebliğ'in getirdiği istisnanın doğal olarak dışında kalacağıdır. Başka bir ifadeyle, Kurul, böyle bir durumda *üretici-dağıtıcıdan dağıtıcıya dağıtım hakkı verilmesi* haline ek olarak *dağıtıcıdan üretici-dağıtıcıya dağıtım hakkı verilmesi* hali de sözkonusu olduğu için zaten Tebliğ'deki istisna formülünün dışına çıkılmış olacağı düşüncesiyle, *karşılıklı olmama* şartını Tebliğ'de ayrıca ifade etmemek yolunu seçmiştir. Kanaatimce, sebep ne ise, hazırlanmakta olan Rehber'e mutlaka yazılmalıdır.

e- Acente Anlaşmalarının Durumu

AT rekabet hukukunda acente anlaşmaları bakımından geliştirildiğini evvelce açıklamış olduğum¹⁹² ve Rehber'deki *ekonomik risk* kıstasına dayanan uygulama ilkelerinin, prensip olarak, Türk rekabet hukukunda da uygulanabilmesi gerekir. Kuşkusuz, burada sözkonusu ilkelerin *acentelik sözleşmesinde satışa ilişkin olarak* yer alan koşullara (kısıtlamalara)

¹⁹² Bkz. yukarıda I/D.

uygulanması kastedilmektedir. Nitekim, sözkonusu ilkeler AT hukukunda da ancak bu kapsamda anlaşılabilir.

Dolayısıyla, TTK m.116/I hükmü acenteyi *aracılık eden acente* ve *müvekkili adına işlem yapma yetkisine sahip acente* olarak ikiye ayırdığına göre¹⁹³, acenteyi *aracılık eden*, yani *müvekkil teşebbüs ile müşterileri akit yapmak üzere biraraya getiren acente* olarak görevlendiren bir acente sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamına girmesi zaten sözkonusu olamayacağı gibi; acenteyi *müvekkil teşebbüs* (TTK m.116/I hükmünün deyimiyile) *adına müşterilerle sözleşme yapma konusunda yetkilendiren ve görevlendiren* bir acente sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun m.4 hükmünün kapsamına girmesi de (Rehber’de anılan koşulların gerçekleşmesi, yani *acentenin önemli bir ekonomik risk üstlenmemiş olması* kaydıyla) sözkonusu olmayacaktır. Kuşkusuz, aynı husus herhangi bir firmayı müvekkili adına işlem yapmakla yetkili ve görevli kılan bütün sözleşmeler (ve bu arada, örneğin, TTK m.117 b.3 hükmünde sayılanlar) için geçerlidir¹⁹⁴.

Öte yandan, TTK m.119/II hükmündeki “*Bu gibi mukavelelerde çıkacak ihtilaflardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir*” ifadesi, Türk hukukunda acentelerin bu hüküm nedeniyle (kendilerine karşı dava açılabilmesine göre) her zaman belli bir risk altında olacağı izleniminin doğmasına müsaittir. Ancak, Yargıtay 11. HD’nin aksi yöndeki bazı kararlarının varlığına rağmen, doktrinde de kabul edildiği üzere, müşterileri korumak için getirilen bu hükümde kastedilen, acentelere karşı acentelik sıfatlarıyla açılan davalarda acenteler sadece vekil

¹⁹³ TTK m.116 : “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfat olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir. / Bu fasılda hüküm bulunmayan hallerde aracılık eden acenteler hakkında tellallık hükümleri, akit yapan acenteler hakkında komisyon hükümleri ve bunlarda da hokum bulunmayan hallerde vekalet hükümleri tatbik olunur.*”

¹⁹⁴ Nitekim Rekabet Kurulu, 20.7.2001 t. ve 01-35/347-95 sayılı *Turkcell* kararında “*Turkcell bayilerinin (TAM’ların doğrudan veya TAN’lar) vasıtasıyla Turkcell abone hizmetlerinin devamı niteliğinde ve finansal risk üstlenmeksizin yaptıkları aktivasyon hizmetlerinin satış bedellerinin Turkcell tarafından belirlenebileceğine*” karar vermiştir (Tefhim metni, 5/b/i). Öte yandan, konuyla ilgili olarak TTK m.118 hükmüne dikkat çekmek gerekmektedir. Anılan hükme göre “*Aksi yazılı olarak kararlaştırılmış olmadıkça, müvekkil, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği gibi; acente dahi aynı yer veya bölge içinde, birbirleriyle rekabette bulunan müteaddit ticari işletmeler hesabına aracılık yapamaz.*” Dolayısıyla, yedek hukuk kuralı niteliğinde olan bu hükmün, acentenin Rehber’de kullanılan ölçüler çerçevesinde ekonomik riski yüklediğinin tespit edilebildiği acentelik ilişkileri bakımından, lex posterior nitelikli 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüyle zimnen yürürlükten kalktığı kabul edilmedikçe, bu tür acente ilişkilerinde dahi, aksi kararlaştırılmadıkça, acente ve müvekkil sözkonusu münhasırlık kaydına ipso iure tabi olacaklardır.

konumunda olduğundan, bu davalar sonucunda verilen kararların acentelere karşı infaz olunacağı değildir¹⁹⁵. Acentenin müvekkili adına akdettiği bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık nedeniyle anılan hükme göre acenteye karşı bu sıfatıyla (yani *müvekkile izafeten*) dava açılması halinde, davanın sonucunda verilen karar acenteye karşı infaz edilemez¹⁹⁶. Dolayısıyla, hüküm bu şekilde yorumlanırsa, acentenin bu nedenle bir ticari riskin altında olduğu söylenemeyecektir.

Diğer taraftan, Rehber’de yer alan ve acente anlaşmasındaki kısıtlayıcı kayıtların AB’de RA m.81 (1), Türkiye’de ise 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamına girmemesi için aranan ekonomik risk yüklenmeme şartı bakımından dile getirilen **“acente üçüncü kişiler karşısında, satılan ürünün yol açtığı zararlar bakımından (kendi kusurunun bulunduğu haller hariç) ürün sorumluluğunu üstlenmiş olmamalıdır”** şeklindeki olumsuz koşul ile ilgili olarak, Türkiye’de, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’dan kaynaklanan ve aşağıda kısaca açıklanan durumun da dikkate alınması gerekmektedir :

4077 sayılı Kanun’un 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun’la¹⁹⁷ değişik 4/III’ncü maddesinde

“İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”

denmekte ve aynı Kanun’a 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun’la eklenen m.4/A hükmünde de aynı prensip, tüketiciye sunulan ayıplı hizmetler bakımından da tekrarlanmaktadır. Bu durumda, ilk bakışta, Türkiye’de *tüketici işlemleriyle*¹⁹⁸ sonuçlanan dağıtım organizasyonlarında yer alan bütün

¹⁹⁵ Bkz. örn. R. POROY/H. YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1998, No 292, s.178 ve orada dn.5f’de zikredilen (aksi yöndeki) 11. HD kararları; S. ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Altıncı Baskı, Ankara 2001, s.204.

¹⁹⁶ Aynı doğrultuda YHGK 84/II-582 E., 986/135-180 K., YKD 1986, Sayı 7-9, s.526.

¹⁹⁷ RG 25048 s., 14.3.2003 t.

¹⁹⁸ *Tüketici işlemi*, 4077 sayılı Kanun’un 4822 sayılı Kanun’la değişik m.3 hükmünün d bendine göre *“Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi”* ifade etmektedir. *Tüketici* ise, aynı hükmün e bendine göre *“Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi”* ifade etmektedir. Bu nedenle, örneğin, bir acenteden bir üretim firmasının fabrikasına yerleştirmek üzere bir makina satın alması, *son kullanıcı* ile yapılan bir işlemdir, ancak *tüketici işlemi* değildir (bu

acentelik ilişkilerinde, acente müvekkili adına ve hesabına işlem yapan bir tacir yardımcısı olsa bile, “*acente üçüncü kişiler karşısında, satılan ürünün yol açtığı zararlar bakımından (kendi kusurunun bulunduğu haller hariç) ürün sorumluluğunu üstlenmiş olmamalıdır*” şartının sözkonusu kanun hükümleri nedeniyle gerçekleşmeyeceği ve bu acentelik sözleşmelerinde acentelerin her zaman belirli bir ekonomik risk taşıdıkları söylenebilecektir. Gerçi, acente, satılan malın ayıbı nedeniyle tüketiciye 4077 sayılı Kanun m.4 hükmü nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatı, ayıpta kendisinin kusurunun bulunmaması şartıyla, dağıtım ve böylece de teselsül zinciri içinde rücu etmek imkanına sahip olduğundan, acentenin 4077 sayılı Kanun m.4 ve m.4/A hükümlerine rağmen son toplamda risk taşımadığı (veya bu riski bertaraf edebileceği) ileri sürülebilir. Ancak, ayıp nedeniyle tüketiciye 4077 sayılı Kanun m.4 veya m.4/A hükmü gereğince tazminat ödemek zorunda kalan bir acentenin, hukuken rücu hakkına sahip olsa bile, ödemek zorunda kaldığı tazminatı, kendisine rücu edilen teşebbüsten, iflas, borç ödemedi aciz hali vb. sebeplerle geri alamama riskini (yani hukuki değilse de, belli bir *ekonomik riski*) taşıdığı da yatsınmaz. Bu durumda, zincirin son halkasında *tüketici işlemleriyle sonuçlanan dağıtım organizasyonlarında yer alan acentelik sözleşmelerinde, acentelerin –dağıtım zincirinin hangi aşamasında faaliyet gösterirlerse gösterebilirler- her zaman, 4077 sayılı Kanun m.4 veya m.4/A hükmünden kaynaklanan belli bir ekonomik risk ile karşı karşıya bulduklarının kabulü gerekecektir.*

Bu konuya son vermeden önce, Tebliğ’in m.3/b/2 hükmünde (mehaz Tüzüğün m.1/g hükmüne paralel olarak) “*alıcı*” kavramına “*bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler*”in de katılmış olmasının yukarıda acente anlaşmalarıyla ilgili olarak yapılan açıklamalarla çelişmediğini belirtmek gerekir. Bu hükümde anlatılmak istenen, bir alım anlaşmasını sağlayıcı ile gerçekleştiren teşebbüsün sağlayıcıdan anlaşma konusu malları başka bir teşebbüs hesabına satmak üzere satın almasının, bu teşebbüsün alım anlaşması bakımından Tebliğ anlamında bir *alıcı* olarak değerlendirilmesine engel olmayacağı ve bu alım anlaşmasının da (eğer 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı ise) içerdiği dikey kısıtlamalar bakımından Tebliğ kapsamına dahil olacaktır.

konuda bkz. örn. ZEVKLİLER A., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s.25; C. YAVUZ, Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK M.4), Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1294).

5) Anlaşmaları Tebliğ'in Sağladığı Grup Muafiyetinin Kapsamı Dışına Çıkaran Sınırlamalar

a- Genel Olarak

Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliği, mehz aldığı Tüzüğü izleyerek, *anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak sınırlamalar* ile (anlaşmanın geri kalan kısmından ayrılabilir nitelikte iseler) *yalnız kendileri grup muafiyeti dışında kalan sınırlamalar* ayırımını¹⁹⁹ muhafaza etmiştir.

Gerçekten Tebliğ, "*Anlaşmaları Grup Muafiyeti Kapsamı Dışına Çıkararak Sınırlamalar*" başlığını taşıyan m.4 hükmünde

"Aşağıda sayılan, rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz"

dedikten sonra, bu sınırlamaları beş asıl bent halinde ve istisnalarıyla birlikte saymaktadır. Buna göre, bu kara listede yer alan ve *ağır sınırlama* olarak nitelendirilen sözkonusu sınırlamalardan birinin dahi anlaşmada yer alması durumunda, anlaşma bir bütün olarak grup muafiyetinin kapsamı dışında kalacaktır. Bunun anlamı, anlaşmada yer almakla birlikte kara listede yer almadığı için aslında muafiyetten yararlanabilme kapasitesine sahip olan diğer bütün dikey kısıtlamaların da grup muafiyetinden yararlanamayacağıdır.²⁰⁰

¹⁹⁹ Bkz. yukarıda I/D.

²⁰⁰ Böylece, burada, Tebliğ'in m.4 hükmündeki ağır sınırlamalardan birini veya birkaçını içeren bir dikey anlaşmanın, aslında bu sınırlamalar olmasaydı ("kara liste"ye girmedikleri için) grup muafiyetinden yararlanabilecek olan rekabeti sınırlayıcı diğer kayıtları (veya rekabeti kısıtlayıcı diğer bir kaydı) ile sözkonusu ağır sınırlamalar arasında ayrılabilirlik özelliğini ortadan kaldıran bir fiksiyonun, yani (bir anlamda) bir **ayrılmazlık fiksiyonunun** yaratıldığı söylenebilir. Böyle bir fiksiyonu yaratmak –grup muafiyeti tebliğlerinin bir işlevi de rekabeti sınırlayıcı kayıtların 4054 sayılı Kanun m.4 ve m.56 hükümleri karşısındaki akıbetini düzenlemek olduğuna göre- Rekabet Kurulu'nun yetki alanı dahilindedir. Fakat bu, böyle bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı kayıtları (ağır sınırlama oluşturanlar ile rekabeti sınırlayıcı diğer kayıtları) dışında kalan kısmı bakımından BK m.20/II c.1 hükmünün uygulanabilirliğinin (yani bu hükmün öngördüğü genel kuralın) sözkonusu Tebliğ m.4 ile ortadan kaldırıldığı anlamına hiçbir şekilde gelemeyeceği gibi; Tebliğ'e böyle bir fonksiyon yüklemek de zaten mümkün değildir. Rekabet Kurulu, böyle bir Tebliğ ile yalnızca anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı kayıtlarının durumunu düzenleyebilir ve bu tür kayıtlar içeren anlaşmaların (sözleşmelerin) bu kayıtlardan geriye kalan kısmının geçerliliği ile ilgili olarak ise herhangi bir idari düzenleme getiremez. Dolayısıyla BK m.20/II c.1'deki genel kural, Tebliğ m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamaları içeren sözleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı kayıtlarından geri kalan kısmının ayakta tutulabilme imkanı bakımından hala caridir ve bu tür sözleşmelerin geri kalan kısmının geçersizliği de BK m.20/II c.2'deki koşulun gerçekleşmiş olduğunun somut olayda kabulüne bağlıdır. Çoğu somut sözleşmede BK m.20/II c.2 hükmündeki koşulun, yani " tarafların, kısmi geçersizliği bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacakları yönündeki farazi iradeleri" şartının gerçekleşmiş olma ihtimalinin çok yüksek olması ise, genel düzenleyici nitelikteki bir

b- Ağır Sınırlamalar

ba) Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi

Tebliğ'in 4'üncü maddesinin (a) bendine göre, *alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi* anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran ağır bir dikey sınırlamadır. Ancak, aynı hükmün ikinci cümlesine göre "... taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür"

Şu halde, herhangi bir anlaşmayı muafiyet dışına çıkaracak ağırlıkta görülen fiyat kayıtları, sadece *sabit* ve *asgari fiyat* belirleyen (veya bu fiyatların sağlayıcı tarafından belirlenebileceğini hükme bağlayan) kayıtlardır. Dolayısıyla sağlayıcının alıcıya yeniden satış fiyatı *tavsiye* edebileceğini öngören anlaşma kayıtları ile alıcının *azami* yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenebileceğini belirten anlaşma kayıtları –sabit veya asgari fiyat uygulamasına dönüşmemek koşuluyla²⁰¹ - muafiyet kapsamındadır.

Anlaşma kayıtlarının doğrudan doğruya yeniden satış fiyatını belirlediği hallerde, sözkonusu ağır sınırlamanın tespitinde mesele yoktur. Ancak, yeniden satış fiyatının belirlenmesi (dağıtıcının önceden belirlenmiş bir fiyat seviyesi üzerinden uygulayabileceği indirim oranının maksimum seviyesinin tespit edilmesi, belirlenen fiyat düzeylerine uyduğu takdirde dağıtıcıya indirim uygulanacağını belirtilmesi vb. yöntemlerle) dolaylı yollardan da

idari işlemde hareketle, "ağır sınırlamalar içeren dikey anlaşmalarda kısmi geçersizlik cari olmayıp bu anlaşmalar (sözleşmeler) her zaman tam geçersizliğe tabidir" şeklinde bir ilkenin pozitif hukukumuzda kabul edilmiş olduğu sonucuna varabilmemiz için yeterli bir gerekçe olamaz. Belirtmek gerekir ki, Türkiye'de halen yürürlükte bulunan motorlu taşıtlar dağıtım ve servis anlaşmalarının grup muafiyeti ile ilgili 1998/3 sayılı Tebliğ'in m.7 hükmünün son fıkrası da yukarıda (esasen çok doğal olmakla birlikte uyanabilecek tereddütleri veya ortaya çıkabilecek yanlış anlamaları engellemek için) yaptığımız tespit bir ifadesidir. Gerçekten anılan hükmün son fıkrasında, aynen "*Bu maddenin a, b, c, ve d bentlerinde sıralanan rekabet sınırlamalarından bir veya birkaçı anlaşmada yer alıyorsa, anlaşmada yer alan rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki tüm hükümler de muafiyetten yararlanamaz. e, f, g, h, i, j ve k bentlerinde sıralanan rekabet sınırlamalarından bir veya birkaçı varsa, bu uygulamayı yapan üretici, sağlayıcı veya dağıtım sistemi içindeki diğer bir işletme lehine olan rekabet sınırlamaları muafiyetten yararlanamaz. Her halukarda anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olmayan hükümlerinin sonuçları etkilenmez.*" denmektedir. Alıntıladığımız bu hükmün son cümlesi, Rekabet Kurulu'nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğlerinin hukuk sistemi içindeki işlevi dikkate alındığında, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, sadece hukuki bir gerçeği ifade etmektedir. (Bu dipnottaki açıklamaların aşağıda dn.145'de belirttiğim, henüz yayımlanmamış olan makalemde alınmıştır.)

²⁰¹ Örneğin, sağlayıcının, tavsiye ettiği fiyatları gönderdiği ürünün üzerine yazması halinde böyle bir dönüşüm sözkonusu olabilir (Rehber, Pr.47).

gerçekleştirilebilir²⁰² ki bu durumda da anlaşma grup muafiyetinden yararlanamaz.

bb) Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi

bb/1) Kural

Tebliğ'in m.4/b hükmü, mehzaz Tüzüğü'nün m.4 (b) hükmüne paralel olarak²⁰³, **alıcının satış yapacağı bölgenin veya müşteri çevresinin kısıtlanmasını**, prensip olarak, ağır bir sınırlama saymakta ve bu tür sınırlamalar içeren dikey anlaşmaların grup muafiyeti kapsamı dışında kalacağını belirtmektedir²⁰⁴. Bu sınırlamalar da (örneğin alıcının belirli müşterilere veya belirli bölgelerdeki müşterilere satış yapmaması, bunların siparişlerini kabul etmemesi veya bu siparişleri başka dağıtıcılara yönlendirmesi borcunun yüklenmesinde olduğu gibi) doğrudan veya (örneğin, alıcıya belirli müşterilere karşı indirimleri azaltma veya indirimleri reddetme borcunun yüklenmesinde olduğu gibi) dolaylı olarak getirilebilir.

bb/2) İstisnalar

Tebliğ, anılan hükmünde, **alıcının satış yapacağı bölgenin veya müşteri çevresinin kısıtlanmasının ağır sınırlama sayılması** prensibine dört istisna getirmektedir. Söz konusu istisnalar şunlardır :

(1) Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya başka bir alıcıya özgülenmiş olan münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz : Bu istisnanın söz konusu olabilmesi için gerçekleşmiş olması gerektiği söylenebilecek olan (mehzaz Komisyon Tüzüğü'nde yer almasının *ratio legis*inin ne olduğu AB literatüründe yeterli bir şekilde izah edilemeyen veya hiç izah edilmeyen²⁰⁵ ve evvelki grup muafiyet tebliğlerinde de yer almayan) **birinci koşul**, *sağlayıcının kendisine veya başka bir alıcıya bir münhasır bölge veya bir münhasır müşteri grubu özgülemiş olması ve alıcının satış kısıtlamasını da bu bölge veya müşteri grubu için getirmiş olmasıdır*²⁰⁶. Bunun doğrudan anlamı, bir sağlayıcının, kendisine veya başka bir alıcısına münhasır bölge olarak tahsis etmediği bir bölgeye alıcının satış yapmasını yasaklaması durumunda, grup muafiyetinin söz konusu olmayacağıdır. Aynı husus, alıcının belli bir müşteri

²⁰² Rehber, Pr.47.

²⁰³ Bkz. yukarıda I/D.

²⁰⁴ Genel olarak bu sınırlama hakkında bkz. Rehber Pr.49.

²⁰⁵ Bkz. WHISH, s.584; BELLAMY & CHILD, No.7-023, s.506/507; JONES/SUFRIN, s.543.

²⁰⁶ Rehber, Pr.50; WHISH, s.584; JONES/SUFRIN, s.543.

grubuna satış yapmasının yasaklanması durumu bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, sağlayıcı kendisine veya başka bir alıcıya özgülemiş olduğu münhasır bölgeye veya münhasır müşteri grubuna alıcının satış yapmasını yasaklayabilecek iken; bu sağlayıcı *kendisine* veya *başka bir alıcıya* özgülememiş olduğu bir bölgeye veya müşteri grubuna alıcının satış yapmasını yasaklayacak olursa, bu yasaklamayı içeren dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlanamaz. Bu durumda, AT rekabet hukuku literatüründe de dikkat çekildiği üzere²⁰⁷ ortaya şu şekilde bir *sözleşme jargonunun* çıkması muhtemeldir: “(X) yöresi dışında kalan tüm bölgeler sağlayıcı tarafından sağlayıcının kendisine veya onun ileride belirleyeceği dağıtıcılara özgülenmiş olduğu için, işbu sözleşme ile sağlayıcı tarafından (X) yöresinde dağıtıcı tayin edilen (A) ’nın (X) yöresi dışında kalan tüm bölgelere (aktif) satış yapması yasaktır”. Tebliğ’in anılan hükmü, ancak sağlayıcıyı veya onun başka bir alıcısını korumak için²⁰⁸ getirilen bölge veya müşteri sınırlamalarının grup muafiyetini engellemeyeceği sonucunu işaret etmektedir. Buna göre, örneğin, bir Amerikan şirketi olan sağlayıcı (S), patentli ürünlerini Türkiye’de satması için dağıtıcı tayin ettiği (A) ’ya, Ege bölgesinde bu ürünlerin (aktif) satışını yapmayı yasaklamışsa ve bu yasaklamanın sebebi de (S) ’nin Ege bölgesindeki (B) teşebbüsüne bu bölge için evvelce bir inhisari patent lisansı vermiş olması ise, (B) Tebliğ anlamında kendisine münhasır bölge özgülenen bir alıcı olmadığından, lafzi bir yorumla, (S) ile (A) arasındaki dağıtım anlaşması grup muafiyetinden yararlanamayacaktır²⁰⁹. Kanaatimce, en azından bu tür durumlar bakımından Tebliğ hükmü geniş yorumlanmalı ve bu tür anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceği kabul edilmelidir. Öte yandan, bu koşulla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, Tebliğ’in bu hükmünün lafzına göre, sözkonusu istisnanın işleyebilmesi (yani alıcının sağlayıcıya veya başka bir alıcıya tahsis edilen bölgeye veya müşteri grubuna satış yapmasının yasaklanması durumunun grup muafiyetinden yararlanabilmesi) için, kendisine satış sınırlaması getirilen alıcının dağıtıcı tayin edildiği bölgede münhasır dağıtıcı olması şart değildir. Keza, belirtilmesi gereken bir başka nokta, sağlayıcıya veya onun tarafından başka bir alıcıya özgülenmiş bir münhasır bölge veya münhasır müşteri grubundan bahsedilebilmesi için, bu bölgeye veya müşteri grubuna sadece sağlayıcının veya başka bir alıcının (aktif) satış yapıyor (yani bunlardan başka hiçbir teşebbüsün aktif satış yapamıyor) olması gerektiğidir. Aksi takdirde münhasırlıktan söz edilebilmesi mümkün değildir.

²⁰⁷ Bkz. WHISH, s.584; JONES/SUFRIN’in s.543’de yaptığı şu açıklama da, esasen bu noktayı işaret etmektedir: “*In practice, this is unlikely to be a material distinction, since if the supplier does not appoint a buyer for a particular area it can reserve it for itself*”.

²⁰⁸ “Free-riding”e karşı korunma ihtiyacı için bkz. yukarıda I/A.

²⁰⁹ Mehzaz Tüzüğe göre de durumun bu olduğu ve fakat bu durumun herhangi bir mantıklı izahının bulunmadığı konusunda bkz. WHISH, s.584.

Tebliğ'in m.4/b/1 hükmünde yer alan istisnanın sözkonusu olabilmesi için aranan **ikinci koşul**, belli bir bölgeye veya müşteri grubuna satış yapması kısıtlanan alıcıya getirilen sınırlamanın sadece **aktif satışları** kapsamasıdır. Dolayısıyla, *pasif satışların* kısıtlanması halinde bu istisna işlemeyecek ve anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Böylece, alıcının sağlayıcıya veya onun başka bir alıcısına özgülenmiş olan bölgeye veya müşteri grubuna yönelik olarak mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleri uygulamasının kısıtlanması veya bu alıcının sözkonusu münhasır bölgeye bir satış yeri veya dağıtım deposu kurmasının yasaklanması halinde grup muafiyeti sözkonusu olabilecektir; buna karşın alıcının sözkonusu münhasır bölgeye veya müşteri grubuna doğrudan yönelen hiçbir aktif çabası sözkonusu olmaksızın bu münhasır bölgeden veya müşteri grubundan gelecek sipariş veya talepleri kabul etmesinin yasaklanması ise, bu yasağı içeren dikey anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkaracaktır. Kuşkusuz, medya veya internet aracılığıyla yapılan reklam ve promosyonlar, bunların aktif satış yapılması yasaklanan münhasır bölgeye veya müşteri grubuna da ulaşması kaçınılmaz olduğuna göre, kural olarak, bir aktif satış yöntemi olarak kabul edilmeyecek; buna karşın alıcının aktif satış yapması yasaklanmış olan münhasır bölgedeki müşterilere veya münhasır müşteri grubuna gönderdiği elektronik postalar yoluyla pazarlama faaliyetinde bulunması, aktif satış sayılacaktır²¹⁰.

Nihayet, anılan sınırlama bakımından grup muafiyetinin işleyebilmesi için aranan **üçüncü ve son koşul** ise, alıcının münhasır bölge veya müşteri grubuna yapılacak aktif satışlar bakımından getirilen kısıtlamayı kendi *müşterisine* de yüklemek yükümlülüğü altında olmamasıdır. Buna göre, örneğin, sağlayıcı (S) ile alıcı (A) arasında yapılan bir dağıtım anlaşmasında, (S) tarafından diğer dağıtıcılar olan (B) ve (C)'ye özgülenmiş olan münhasır bölgelere (A)'nın aktif satış yapması yasaklanmış ve ayrıca (A)'ya kendisinin satış yapacağı müşterilerine de sözkonusu bölgelere aktif satış yapmama kısıtlamasını getirme borcu yüklenmişse, bu dikey anlaşma, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamaz.

(2)Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara satış yapmasının kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz : Çok açık olan bu istisna gereğince, bir dikey anlaşmada sağlayıcı tarafından dağıtım hakkıyla donatılan toptancı seviyesinde faaliyet gösteren bir alıcıya, son kullanıcılara satış yapmaması şeklinde bir kısıtlama getirilmiş olması, o anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamamasına yol açmayacaktır. Burada önemli olan nokta, yukarıdaki birinci istisnadan farklı olarak, toptancıya

²¹⁰ Tüm bu hususlar ile ilgili olarak bkz. Rehber, Pr.50 ve 51.

getirilen satış kısıtlamasının *hem aktif hem de pasif satışları kapsayabilmesidir*²¹¹.

(3) Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanmış olması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz : Bu istisnada da, *aktif ve pasif satışlar arasında bir ayırım yapılmamıştır*²¹². Dolayısıyla, herhangi bir seçici dağıtım sistemi çerçevesinde yapılan bir dikey anlaşmada sağlayıcının, bu anlaşmayla sisteme üye olarak aldığı bir alıcıya, yetkili olmayan dağıtıcılara aktif veya pasif satış yapmasını yasaklaması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmayacaktır. Ancak bu noktada, hemen Tebliğ'in *seçici dağıtım sistemi* ile neyi kastettiğini hatırlamak gerekmektedir. Evvelce de bahsettiğim gibi, Tebliğ'in m.3/g hükmüne göre seçici dağıtım sistemi, sağlayıcının, "*anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da sözkonusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği*" bir dağıtım sistemini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu sistemde, sağlayıcı *önceden belirlenmiş kriterlere göre seçtiği* dağıtıcılara (alıcılara) anlaşma konusu malları veya hizmetleri doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ederken, bu dağıtıcılar da sözkonusu mal veya hizmetleri yetkisiz *dağıtıcılara* satmama yükümlülüğü altına girmektedir. Böylece, özellikle satış öncesi hizmetlerin önem taşıdığı mücevher, kozmetik ürünleri, elektronik cihazlar vb. malların pazarlanmasında kullanılabilecek olan bu sistemde, belirli bir marka imajı taşıyan bu gibi ürünlerin, yeterli bilgi ve deneyimi olmayan kişilerce satılmasını önlemek ve sadece (sağlayıcı tarafından önceden belirlenmiş kriterlere sahip olan) yetkili dağıtıcılar aracılığıyla yapılacak bir dağıtım neticesinde son kullanıcılara en etkin bir şekilde mal sağlamak amaçlandığından, bu sistemde yer alan böyle bir müşteri kısıtlaması grup muafiyetinden yararlanmaktadır^{136a}. Örneğin, bir kozmetik firması, bu olanaktan yararlanarak kurduğu bir seçici dağıtım sisteminde, dağıtıcılarına, kendisinin belirlediği kriterlere göre seçilmiş bulunan perakendeciler dışındaki perakendecilere anlaşma konusu kozmetik ürünlerini (aktif veya pasif olarak) satma yasağı getirebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, seçici dağıtım sistemine tanınan bu *kapalı satış ağı kurma* ve böylece de *marka içi rekabeti kısıtlayabilme* imkanı, Tebliğ'in birazdan açıklayacağım m.4/c ve m.4/d

²¹¹ Rehber, Pr.52.

²¹² Rehber, Pr.52.

^{136a} Franchise anlaşmalarının çoğu durumda, seçici dağıtım sisteminin özelliklerini taşımayacağını açıklayan Rehber Pr.201'e karşın, bu anlaşmaların çoğunlukla seçici dağıtım sistemi tanımına uyabileceği görüşü ve bu konunun pratik sonuçları için bkz. BELLAMY & CHILD, No 7-178, s.600.

hükümlerinde zikredilen ağır sınırlamaların muafiyeti engeller nitelikte görülmesiyle bir ölçüde dengelenmiştir.

(4) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması, anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olmaz : Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların alım satımıyla ilgili olan bu istisna, alıcıya, bu parçaları, üretici konumunda olan sağlayıcının rakiplerine satmama yükümlülüğünün getirilmesiyle ilgilidir. Bu istisna bakımından da *aktif ve pasif satış ayırımı yapılmamıştır*²¹³. Buna göre, örneğin, bir elektronik cihaz üreticisi olan (S), sözkonusu cihazın üretiminde kullandığı parçaları, alıcı konumunda olan (A)'ya satarken, (A)'nın bu parçaları, aynı cihazı üreten (B)'ye satmasını yasaklarsa, bu yasaklama bir müşteri kısıtlaması olduğu halde, (S) ile (A) arasındaki anlaşmayı grup muafiyeti kapsamında çıkarmayacaktır. Ancak, rakipler arasında yapılan dikey anlaşmalar kural olarak grup muafiyetinden yararlanamayacağı için²¹⁴, eğer (S) de (A) da televizyon üreticisi iseler, (S)'nin (A)'ya televizyon üretiminde kullanmak üzere parça satması zaten bu nedenle grup muafiyeti tebliği kapsamında olmayacağı için, (S) ile (A) arasındaki anlaşmada (A)'nın sözkonusu parçaları diğer bir televizyon üreticisi olan (B)'ye satmama yükümlülüğü altında bulunmasının da bu bakımdan bir önemi olmayacaktır. Buna karşın, (S) ve (B) televizyon üreticisi iken (A), örneğin, radyo üreticisi ise, burada açıklanan istisna işleyecektir.

bc) Seçici dağıtım sisteminde perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması

Tebliğ'in m.4/c hükmü, bu kısıtlamayı anlaşmanın grup muafiyetinden çıkmasına neden olan bir ağır sınırlama saymakla, seçici dağıtım sistemlerine tanınan kapalı dağıtım ağı kurma olanağının önemli bir sınırını çizmiş olmaktadır. Buna göre, eğer herhangi bir seçici dağıtım sisteminin perakende seviyesinde faaliyet gösteren üyeleri, sistem içinde dağıtılan anlaşma konusu mal veya hizmetleri *son kullanıcılara*²¹⁵ satma olanağı bakımından herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulursa, böyle bir kısıtlama kaydını içeren dikey anlaşma Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Grup muafiyeti dışında kalma sonucunun doğması için, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyesinin kısıtlanan satışlarının aktif veya pasif satışlar olmasının hiçbir önemi yoktur. Başka bir ifadeyle, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem

²¹³ Rehber, Pr.52.

²¹⁴ Bkz. hemen yukarıda 4/d.

²¹⁵ Son kullanıcı *tüketici* olabileceği gibi, ilgili ürünleri ticari veya mesleki faaliyetinde kullanmak üzere alan kişiler de olabilir (Rehber, Pr.53).

üyesinin son kullanıcılara yapacağı *aktif satışlar* kısıtlansa dahi anlaşma grup muafiyeti dışında kalır. (Buna karşın, bir seçici dağıtım sisteminde toptancı seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerine getirilen son kullanıcılara aktif ve pasif satış yapma yasağı, anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkarmaz; çünkü böyle bir kısıtlama kaydı, Tebliğ'in m.4/b/2 hükmündeki istisnadan²¹⁶ yararlanır.) Böylece, bir seçici dağıtım sisteminin perakende seviyesinde faaliyet gösteren üyelerinin örneğin belirli bölgelerdeki son kullanıcılara satış yapmasının yasaklanması halinde, dikey anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Tebliğ'in burada açıkladığım ağır sınırlamayı düzenleyen m.4/c hükmü, **“bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı”**nı saklı tutmakta ve dolayısıyla, herhangi bir dikey anlaşmanın, böyle bir yasaklamayı içermesi nedeniyle grup muafiyeti dışında kalmasının sözkonusu olmayacağını belirtmiş olmaktadır. Burada, *“yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermek”* ifadesiyle kastedilen, sistem üyesinin kendisine ayrılan faaliyet bölgesi²¹⁷ dışında satış noktası (dükkan, mağaza vs.) açması veya satış noktasının yerini değiştirmesi gibi davranışlardır ve sadece bu tür davranışlar yasaklanabilir. Hatta eğer sistem üyesinin, örneğin bir otobüsten satış yapacağı kararlaştırılmışsa, bu otobüsün uğrayacağı yerler belirlenerek, otobüsün bu yerlerin dışına satış için gitmesi yasaklanabilir²¹⁸. Buna karşın, sözkonusu sistem üyesinin kendi bölgesinde son kullanıcılara yönelik olarak gerçekleştirdiği pazarlama faaliyetinde kullandığı doğrudan (elektronik veya normal) posta yoluyla reklam yapma ve benzeri yöntemleri başka bölgelerde de gerçekleştirmesine engel olunamamalıdır.

bd) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi

Tebliğ'in m.4/d hükmünde ağır sınırlama olarak nitelendirilen ve içinde yer aldığı anlaşmanın sırf bu nedenle grup muafiyeti dışında kalmasına yol açan bu kısıtlama, perakende veya toptancı seviyesinde faaliyet gösteriyor olmalarına bakılmaksızın, sistem üyeleri arasındaki çapraz satımların engellenmesidir. Buna göre, bir seçici dağıtım sisteminin perakende seviyesindeki üyelerinin arasında yapılacak satışlar ile toptancı seviyesindeki üyeleri arasındaki satışlar engellenmeyeceği gibi; toptancı seviyesindeki üyeleri ile perakendeci seviyesindeki üyeleri arasında yapılacak satışlar da engellenemez. Daha doğrusu, böyle bir engellemeyi amaçlayan kayıtlar içeren dikey anlaşmalar, grup

²¹⁶ Bkz. hemen yukarıda bb/(2).

²¹⁷ Seçici dağıtım sistemlerinde, dağıtıcılara *tek elden dağıtım* anlayışı içinde münhasır faaliyet bölgeleri özgülenmesi mümkündür. Grup muafiyeti dışına çıkmaya neden olan durum ise, sistem üyelerinin birbirlerinin faaliyet bölgelerindeki son kullanıcılara aktif veya pasif satış yapmalarının kısıtlanmasıdır. Bkz. bu konuda Rehber, Pr.53

²¹⁸ Rehber, Pr.54.

muafiyetinden yararlanamaz. Bu hükümde de aktif ve pasif satış ayırımı yoktur; dolayısıyla sistem üyeleri arasındaki aktif satışların engellenmesi de bir ağır sınırlama oluşturur.

Tebliğ'in bu hükmü, bir seçici dağıtım sisteminin üyesi olan dağıtıcıların, aynı sistem içinde yer alan yetkili dağıtıcılardan –bunlar toptancı da perakendeci de olsalar- mal temin etme imkanına sahip olmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla, eğer bir seçici dağıtım sistemi, sistem üyesi dağıtıcıları sistemin konusu malları sadece belirli kaynaklardan (örneğin sadece belirli sistem üyelerinden veya sistemi kuran ana sağlayıcıdan) temin etme yükümlüğü altına sokuyorsa, böyle bir yükümlülüğü içeren anlaşma grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Şu halde, seçici dağıtım sistemi ile tek elden satın alma yönteminin birarada bulunması mümkün değildir²¹⁹.

be) Birleştirme konusu parçalar sağlayan sağlayıcı ile bunları birleştiren alıcı arasında yapılan anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya alıcı tarafından bu konuda yetkilendirilmemiş tamircilere ya da hizmet sağlayıcılarına yedek parça olarak satma olanağının kısıtlanması

Tebliğ'in m.4/e hükmüne göre, “parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların sözkonusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması” bir ağır sınırlama olarak nitelendirilmiş ve bu suretle, bu tür kayıtlar içeren dikey anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışında bırakılmıştır.

Burada dikkat çekilmesi gereken önemli bir nokta, sözkonusu hükümde zikredilen sınırlamanın **alıcı tarafından sağlayıcıya yüklenen bir sınırlama** olmasıdır. Buna göre, eğer alıcı, sağlayıcıdan, herhangi bir ürünün üretiminde birleştirmek suretiyle yararlanacağı parçalar satın alıyorsa, sağlayıcıya, bu parçaları son kullanıcılara veya kendisinin (yani alıcının) yetkilendirmediği tamircilere satma yasağı getiremez. Buna göre, örneğin (T)'nin (orijinal ürün imalatçısının) ürettiği televizyonların üretiminde kullandığı (X) parçasını bu parçayı imal eden (İ)'den satın almasıyla ilgili olarak (T) ile (İ) arasında yapılan anlaşmada, (İ)'nin bu parçaları son kullanıcılara veya (T) tarafından yetkilendirilmemiş olan tamircilere yedek parça olarak satması yasaklanmışsa, bu anlaşma grup muafiyetinden yararlanamaz. Tebliğ, bu hükümle, son kullanıcıların veya herhangi bir orijinal ürün imalatçısının veya sağlayıcısının servis ve onarım aşında yer almayan tamircilerin, sözkonusu orijinal ürünün

²¹⁹ Bkz. Rehber, Pr.55.

üretiminde kullanılan bu tür parçaları, doğrudan doğruya, bu parçaları üreten teşebbüslerden temin edebilme imkanını muhafaza etmeyi amaçlamıştır. Buna karşın, yukarıdaki örnekte (T), kendi servis ve onarım ağında yer alan tamircilerin, sözkonusu parçaları yalnız kendisinden almalarını sağlayacak yöntemler kullanabilir²²⁰.

6) Grup Muafiyeti Dışında Kalan Sınırlama: Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

a- Genel Olarak

Tebliğ'in m.5 hükmü, mehzaz Tüzüğe paralel olarak, '*rekabet etmeme yükümlülüğü*'nü²²¹, böyle bir sınırlamayı içeren anlaşmanın tamamının grup muafiyetinden yararlanmaması sebebi olarak değil, sadece kendisi grup muafiyetinden yararlanamayan bir kısıtlama olarak düzenlemiştir.

Gerçekten, Tebliğ'in 5'inci maddesinin giriş cümlesi ne göre

"Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülüklerle uygulanmaz."

Böylece, Tebliğ'in m.5 hükmünde belirli istisnalar haricinde grup muafiyetinden yararlanamayacağı açıklanan rekabet etmeme yükümlülüğü türlerinden birinin herhangi bir dikey anlaşmada yer alması halinde, bu yükümlülük grup muafiyeti dışında kalacak; buna karşın anlaşmanın geri kalan kısmı ise bu durumdan etkilenmeyecektir. Anlaşmanın geri kalan kısmının muafiyet kapsamında kalması ile kastedilen ise, kuşkusuz, anlaşmada yer alan ve 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırı olmakla birlikte, Tebliğ'in m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamalardan hiçbirine girmeyen diğer rekabet sınırlamalarının grup muafiyetinden yararlanabileceğidir. Ancak, bu nitelikteki (yani Tebliğ'in m.4 hükmünde sayılan ağır sınırlamalardan hiçbirine girmeyen) bir rekabet sınırlamasının grup muafiyetinden yararlanmaya devam edebilmesi için, bu sınırlamanın, sözkonusu muafiyetten yararlanmayan *rekabet etmeme yükümlülüğü* ile herhangi bir bağlantı içinde olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle, grup muafiyetinin kapsamından sadece rekabet etmeme yükümlülüğünün çıkması, bu yükümlülüğün anlaşmanın diğer kayıtlarından *ayrılabilir nitelikte* olmasına bağlıdır²²².

²²⁰ Rehber, Pr.56.

²²¹ '*Rekabet yasağı*'nı.

²²² Bkz. yukarıda I/D ve ayrıca Rehber Pr.57 ve 67. Her iki halde de, yani sadece rekabet etmeme yükümlülüğünün ya da bu yükümlülükle birlikte bununla bağlantısı tespit edilen başka bir kısıtlama yükümlülüğünün 4054 sayılı Kanun m.56 hükmü gereğince geçersizliğinin sözleşmenin tamamının geçerliliğine olan etkisi ise, hiç kuşkusuz, BK m.20/II hükmüne ve bu hükmün uygulama alanıyla ilgili olarak doktrin ve mahkeme içtihatlarında geliştirilen ilkelere göre

belirlenecektir. Bu noktada, aşağıda açıklayacağım, *muafiyetten yararlanan rekabet etmeme yükümlülüğü süreleri* bakımından azami hadde indirme ilkesinin uygulanmayacağı konusunda Rekabet Dergisi'ne verdiğim ve şu sırada basılmakta olan "4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 4. MADDESİNE AYKIRI SÖZLEŞMELERİN TABİ OLDUĞU GEÇERSİZLİK REJİMİ" başlıklı makalemin 203'üncü dipnotunda yaptığım açıklamayı buraya aynen alıyorum : Azami hadde indirme ilkesinin uygulanmasının grup muafiyeti tebliğlerindeki azami hadleri aşan anlaşmalar bakımından normatif bir gereklilik teşkil edemeyeceği şeklindeki görüşümüzün gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir : Grup muafiyetinin bireysel muafiyetten tek farkı, birincisinde, Rekabet Kurulu'nun kendi öngördüğü şartları taşıyan belirli anlaşma türleri bakımından 4054 sayılı Kanun m.5 hükmündeki kümülatif şartların gerçekleşmiş olduğu varsayımdır. Böylece Kurul'un çıkarttığı herhangi bir grup muafiyeti tebliğindeki şartları taşıyan ve bu tebliğde tanımlanan türe giren anlaşmalar, sözkonusu varsayım nedeniyle, tebliğdeki koşullara sahip oldukları andan itibaren Kanun'un m.5 hükmünde öngörülen muafiyetten, peşinen, ayrıca bir Kurul kararına gerek olmaksızın ve fakat Kanun'un m.13 hükmündeki şartların varlığı halinde de geri alınmak üzere yararlanırlar. Bireysel muafiyette ise, başvuru üzerine Kurul, başvuru konusu anlaşmayı Kanun'un m.5 hükmündeki şartlar bakımından özel olarak inceledikten sonra bireysel bir idari işlemle, o anlaşmanın m.4 hükmünün sonuçlarından muaf tutulmasına karar verir. Eğer Kurul, örneğin, bireysel muafiyet başvurusu yapılmış olan ve çok çeşitli rekabet sınırlamaları içeren 5 yıl süreli bir anlaşmadaki sözkonusu sınırlamalardan spesifik olarak bir tanesinin kendisinin öngördüğü ve şart koştuğu belli bir şekilde değiştirilmesi halinde bu anlaşmanın Kanun'un m.5 hükmündeki kümülatif şartları gerçekleştirileceği kanısına varıp da, anlaşmadaki rekabeti kısıtlayıcı kayıtlara sözkonusu değişikliğin yapılması şartıyla bireysel muafiyet verdiğini açıklarsa, anlaşmanın o sınırlaması hiçbir şekilde otomatikman Kurul'un öngördüğü şekilde değiştirilmiş olmaz (ki, buna uzan süreye bağlanmış rekabet sınırlamalarının sürelerinin azaltılmasının Kurul'ca şart koşulması durumu da dahildir). Taraflar ya anlaşmanın ilgili hükmünü Kurul'un istediği şekilde değiştirerek muafiyetten yararlanırlar, ya da anlaşmayı değiştirmezler ve muafiyetten de yararlanamazlar. İşte, işlevsel bakımdan –anlaşmaları 4054 sayılı Kanun m.4 hükmünün sonuçlarından muaf tutma anlamında- bireysel muafiyetten hiçbir farkı olmayan grup muafiyetinde de (bu ikincisi genel düzenleyici bir idari işlem teşkil etse bile) bu bakımdan farklı bir uygulamaya gitmek mümkün değildir. Nasıl bir bireysel muafiyet kararında yer alan şartlar taraf teşebbüslerin başvuru konusu yaptığı anlaşmanın kendiliğinden bir parçası haline gelmiyorsa; aynı sonuç grup muafiyeti tebliğlerinde yer alan muafiyet koşulları bakımından da sözkonusudur ve bunlara azami hadleri gösterilen rekabet sınırlamaları da dahildir. Kaldı ki, herhangi bir grup muafiyeti tebliğindeki şartlara uymadığı için bu tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanamayan bir anlaşmanın tarafları (taraflardan her ikisi veya sadece biri), sözkonusu anlaşmanın bireysel muafiyet alabilmesi için Rekabet Kurulu'na başvurma hakkına sahiptir. Grup muafiyeti tebliğinde yer alan bir azami had hükmünü (konumuz bakımından : 2002/2 sayılı Tebliğ m.5 hükmündeki rekabet yasağı süresini) aşması nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayan bir anlaşma (veya veya 2002/2 sayılı Tebliğ'in m.5 hükmüne aykırılık halinde olduğu gibi, bir anlaşma *kaydı*) için bireysel muafiyet alabilme imkan ve ihtimali, ağır (*hard-core*) sınırlamalar içermeleri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmalar için bireysel muafiyet alınabilmesi ihtimalinden daha yüksektir. Dolayısıyla, grup muafiyeti tebliğlerindeki bu tür hadleri aşan sınırlamalar içeren anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin bireysel muafiyete başvurma imkanları, *anlaşmada yer alan ve tebliğde gösterilen azami haddi aşan ilgili kaydın (azami hadde indirme ilkesi gereğince) anlaşmanın yapıldığı andan itibaren azami had üzerinden kararlaştırılmış sayıldığı* (ki, azami hadde indirme ilkesinin uygulanmasının anlamı budur; bkz. TTK m.1466) gerekçesiyle, engellenemez. Bu anlamda, Rekabet Kurulu'nun grup muafiyet tebliğlerinin işlevleri arasına, aşılmışlarsa sözleşme kaydı yerine geçecek sınırlar ihdas etmek gibi bir işlevin dahil edilmemesi gerekir (aynı görüşte

Nihayet belirtmek gerekir ki, Tebliğ, mehzaz Tüzüğe paralel olarak, “rekabet etmeme yükümlülüğü”nün tanımını da vermiştir. Gerçekten, Tebliğ’in m.3/d hükmüne göre

“*Rekabet Etmeme Yükümlülüğü* : 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 veya 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 yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir.”

b- Anlaşma Devam Ederken : Alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü

ba) Kural

Tebliğ’in m.5/a hükmünün ilk cümlesine göre, *alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü* Tebliğ’in sağladığı grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu hüküm, lafzından da rahatlıkla anlaşılacağı üzere *alıcıya* yüklenen rekabet yasağını kapsamaktadır. Keza

N. İNAN, Rekabet Kanununun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Fikri ve Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s.605 ve 616). Başka bir ifadeyle, Rekabet Kurulu’nun çıkardığı herhangi bir grup muafiyeti tebliğinde (grup muafiyetinden yararlanma şartı olarak) öngörülmüş olan azami hadlerin işleviyle, TTK m.1 466 hükmünde sözü edilen “... *selahiyetli makamların kabul etmiş olduğu*” en yüksek hadlerin işlevinin özdeş olduğunu kabul etmek, kanaatimizce, mümkün değildir. Rekabet Kurulu’nun çıkardığı grup muafiyeti tebliğleri, sadece, 4054 sayılı Kanun’a aykırı oldukları için aynı Kanun’un m.56 hükmü gereğince geçersiz olan anlaşmaların, tebliğdeki şartları taşıyorlarsa muafiyetten yararlanmalarını ve bunun neticelerinden biri olarak da m.56 hükmündeki *geçersizlikten kurtulmalarını* sağlar. Tebliğlere bunun dışında bir işlev yüklenemez. Böylece (4054 sayılı Kanun’un m.4 hükmünün nitelik itibarıyla TTK m.1466 hükmü kapsamındaki yasaklayıcı ticari hükümlerden biri kisvesine büründüğünün ve Rekabet Kurulu grup muafiyeti tebliğlerinin düzenlediği ilişkilerin –nitelik itibarıyla- TTK m.1466 hükmünün kapsamındaki işlerden olduğunun kabulü halinde bile -ki bu da ayrı bir tartışma konusudur-) azami hadde indirme ilkesinin Kurul tebliğlerindeki azami hadleri aşan anlaşmalara kurallaştırılmış mutlaklıkla uygulanması gerektiği söylenemez. Buna karşın, somut bir olayda, ortaya çıkan uyuşmazlık üzerine önüne böyle bir geçersizlik meselesi gelen hakimin, MK m.2 hükmü çerçevesinde ve somut olayın koşulları nedeniyle, somut sözleşmenin tebliğdeki azami haddi aşan ve hakkındaki bireysel muafiyet talebi de Kurul’ca reddedilmiş olan bir hükmünü, grup muafiyeti tebliğindeki azami had çerçevesinde ayakta tutma, sözleşme kaydın sadece bu haddi aşan kısmını geçersiz sayma ve “*bu durum bilinseydi sözleşme yapılmazdı*” şeklindeki bir savunmayı da dikkate almama yetkisine sahip olduğu kabul edilebilir.

hüküm, sadece *anlaşma devam ederken* sözkonusu olan rekabet etmeme yükümlülüğüyle ilgilidir.

Buna göre, taraflar, örneğin, 10 yıl için yaptıkları bir dikey anlaşmada, alıcıya getirilen bir rekabet etmeme yükümlülüğünün anlaşma süresince devam edeceğini veya bu yükümlülüğün 6 yıl için geçerli olacağını kararlaştırmışlarsa, bu rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinin kapsamı dışında kalır. Keza, belirsiz süreli olarak yapılmış olan bir dikey anlaşmada anlaşma süresince devam edecek bir rekabet etmeme yükümlülüğü yer alıyorsa, bu yükümlülük de grup muafiyetinden yararlanamaz. Tebliğ, mehaz Tüzüğe paralel olarak, anılan m.5/a hükmünün ikinci paragrafının son cümlesinde

“Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkra da belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.”

kuralını da getirmektedir.

Özellikle dikkat çekilmesi gereken bir nokta mehaz Tüzüğün de ağır sınırlama saydığı 5 yılı aşan veya belirsiz süreli olan rekabet etmeme yükümlülüğü ile ilgili olarak Rehber’in 200’üncü paragrafının (2) nolu açıklamasında, *bir franchise anlaşması çerçevesinde aldığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak franchise alana yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğünün, franchise ağının ortak kimliğinin ve imajının muhafaza edilmesi için gerekli olduğu takdirde, RA m.81 (1) hükmü kapsamına girmeyeceğinin* açıklanmış olmasıdır. Rehber’in bu açıklamasındaki sözkonusu yaklaşım, Rekabet Kurulu tarafından Türk rekabet hukukunda da izlenecek olursa, bu durumda, herhangi bir franchise anlaşmasında franchise ağının ortak kimliğinin ve imajının muhafaza edilmesi için gerekli olduğu tespit edilen bir rekabet etmeme yükümlülüğünün 4054 sayılı Kanun’un m.4 hükmü kapsamına girmediği ve böylece bu yükümlülüğün süresinin -anlaşmanın süresini aşmamak kaydıyla- grup muafiyeti tebliği bakımından da herhangi bir önem taşımadığı söylenebilecektir²²³.

bb) Birinci İstisna: Yatırımın Önemli Sayılabilecek Bir Kısımının Sağlayıcı Tarafından Karşılanmış Olması

Tebliğ’in m.5/a hükmünün ikinci paragrafındaki ilk cümleye göre “... alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştiribilmesi için gerekli yatırım tutarının %35’den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından

²²³ Bu konuda bkz. özellikle BELLAMY & CHILD, No 7-179, s.601/602. Buna karşın, anlaşma sona erdikten sonraki devreye ilişkin rekabet etmeme yükümlülüğünün 4054 sayılı Kanun m.4 hükmü kapsamına girmesi bakımından aynı yaklaşım hiçbir şekilde sözkonusu olamaz ve bu yükümlülük, her hal ve karda, aşağıda açıklayacağım Tebliğ m.5/b hükmüne tabidir.

karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, beş yılı aşan kısmı sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalmak kaydıyla, on yıla kadar olabilir.”

Mehazda bu hüküm yoktur. Hükme göre, eğer bir sağlayıcı, alıcısının sözkonusu dikey anlaşmaya dayanarak yürüteceği faaliyetini gerçekleştirmek için yaptığı (yapacağı) yatırımın finansmanına en az %35 oranında katkıda bulunmuşsa (bulunacaksa), bu sağlayıcı, alıcısına -dikey anlaşmanın devam ettiği zaman aralığına tekabül etmek kaydıyla- 10 yıla kadar sürecek bir rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyebilecek, ancak bu istisna, sözkonusu sürenin ilk 5 yılından arta kalan kısmındaki rekabet etmeme yükümlülüğünün, sadece, alıcının bu yatırımın yapıldığı tesisten yürüteceği faaliyetine inhisar ettirilmesi kaydıyla işletilebilecektir²²⁴. Buna göre, örneğin, bir akar yakıt dağıtım şirketi, bayisinin akar yakıt istasyonuna yapılan yatırımın en az % 35’lik bir kısmını karşılamışsa, bu bayi ile yaptığı 10 yıllık bir dikey anlaşmada bayiye anlaşma süresince rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemek istiyorsa, bu yükümlülüğün grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, anlaşmaya *bu yükümlülüğün anlaşmanın ilk 5 yılından sonra geriye kalan süre bakımından sadece bayinin bu istasyonda yürüteceği faaliyetini kapsayacağı* kaydını da koymak zorunda kalacaktır. Böyle bir durumda, bayi, ilk beş yıl boyunca, sağlayıcısı olan akar yakıt istasyonunun sağladığı ürünle rekabet eden ürünleri sadece sözkonusu istasyonda değil başka yerlerde de satmamak veya yeniden satmamak yükümlülüğü altında olacak; buna karşın geriye kalan 5 yıl açısından ise, alıcının bu yükümlülüğü, onun sadece sözkonusu istasyondaki faaliyetini kapsayacaktır.

Alıcısının tesislerine yatırım yardımı yapan sağlayıcıyı rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini daha uzun belirlemek suretiyle korumayı amaçlayan bu hükmün, *alıcının yatırımının en az % 35’inin sağlayıcı tarafından karşılanmış olması* şartı bakımından, özellikle de hangi hallerde yatırım yardımından bahsedilebileceği ve katkı oranının hangi kalemlere göre belirleneceği meselesi bağlamında, grup muafiyet tebliğleri ile sağlanmak istenen hukuk güvenliğini belli ölçüde zedelediği düşüncesiyle eleştiri alması muhtemeldir.

²²⁴ Bu durumda da rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli olamaz ve 10 yılı aşar şekilde anlaşmaya alınan bir zımni yenileme kaydı yükümlülüğü belirsiz süreli hale sokar.

bc) İkinci İstisna: Alıcının faaliyetini sürdüreceği tesisin mülkiyetinin veya bu tesis üzerindeki kiracılık hakkının ya da bu tesisi kullanma yetkisi veren bir sınırlı ayni hakkın sağlayıcıya ait olması

Tebliğ'in (mehaz Tüzük m.5 (a) hükmünden²²⁵ yararlanılarak ve fakat kapsadığı haller bakımından –en azından lafzen- daha detaylandırılarak kaleme alınmış olan) m.5/a üçüncü paragraf hükmüne göre

“Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait ise, yahut alıcı bu faaliyetini sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir ayni veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceyse, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının sözkonusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar.”

Bu hüküm, alıcının sağlayıcı ile yaptığı dikey anlaşma çerçevesinde faaliyette bulunacağı tesisin mülkiyetinin sağlayıcıya ait olması veya sağlayıcının bu tesis üzerinde (alıcıdan değil) alıcı ile bağlantısı olmayan **üçüncü kişilerden elde ettiği** bir ayni yahut şahsi kullanım hakkının bulunması halinde, alıcıya yüklenecek rekabet etmeme yükümlülüğünün sözkonusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye (bu süre 5 yılı aşıya bile) bağlanabileceğini ve fakat bu yükümlülüğün, sürenin ilk beş yıldan geriye kalan kısmı bakımından alıcının sözkonusu tesiste yürüteceği faaliyetine inhisar ettirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Hükümde, sözkonusu tesisin mülkiyetinin veya kullanma hakkının sağlayıcıya aidiyetinin çeşitli ihtimalleri zikredilmiştir. Buna göre, tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte sağlayıcıya ait ise veya arazinin mülkiyeti alıcı ile herhangi bir bağlantısı olmayan bir üçüncü kişiye ait olmakla birlikte, üzerindeki tesisin mülkiyeti Medeni Kanun'un m.826 vd. hükümlerine göre kurulmuş bir üst hakkı temelinde (ve bu üst hakkından doğan bir yetki olarak) sağlayıcıya ait ise veya mülkiyeti sağlayıcıya ait olmayan arazi üzerinde sağlayıcıya, taşınmazın maliki tarafından, bu araziyi ve üzerindeki tesisi kullanma (ve semerelerinden yararlanma) yetkisi veren bir intifa hakkı (Medeni Kanun m.794 vd.) tanınmış ise yahut mülkiyeti sağlayıcıya ait olmayan tesis, alıcıyla bağlantısı bulunmayan bir üçüncü kişi tarafından sağlayıcıya kiralanmış

²²⁵ Bkz. yukarıda I/D.

ise, aralarındaki dikey anlaşmadan kaynaklanan faaliyetini sürdürmesi için alıcısına bu tesisi kullanma hakkı tanıyan sağlayıcı, kendisini, sözkonusu tesis alıcı tarafından kullanıldığı müddetçe, bu tesisten yürütülecek bir rekabetten koruyabilecektir. Böylece, örneğin, bir akar yakıt dağıtım şirketi olan (Ş), (B) ile yaptığı 10 yıllık bir bayilik anlaşmasında, kendisine ait olan akaryakıt istasyonunu kullanma olanağını, bu anlaşma çerçevesindeki faaliyetini gerçekleştirebilmesi için (B)'ye tanıdığı, (B)'yi, ilk 5 yılı aşan kısmı (B)'nin bu istasyonda sürdüreceği faaliyetine inhisar etmek üzere, anlaşma süresince rekabet etmeme yükümlülüğü altına sokabilecek ve böyle bir yükümlülük grup muafiyetinden yararlanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, özellikle akaryakıt dağıtım sektöründe kurulan ve genellikle de tek elden satın alma kaydı içerir şekilde gerçekleştirilen bayilik ilişkilerinde, yukarıda açıklanan durumların tam aksi sözkonusu olmakta ve mülkiyeti bayilere ait araziler üzerinde, sağlayıcılar lehine, bayilik anlaşmasının süresini aşan uzun süreli intifa hakları kurulmaktadır. Bu tip durumlarda, her ne kadar yukarıda açıklanan ve Tebliğ'de hükme bağlanan istisna (yani bayiye beş yılı aşan süreli bir rekabet etmeme –ürünü sadece sağlayıcıdan satın alma ve rakip ürün satmama- yükümlülüğü getirilebilmesi olanağı) işlemez ise de, intifa hakkının, sağlayıcı tarafından, rekabet etmeme yükümlülüğünün uzatılması için alıcı üzerinde bir baskı unsuru olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselesinin dikkate alınması gerekebilir. Örneğin, yukarıdaki örnekte sağlayıcı (Ş)'ye bayi (B)'nin arsası üzerinde 20 yıllık bir intifa hakkı tanınmış ve (Ş) ile (B) arasında tek elden satın alma ve rakip ürün satmama kayıtlı 5 yıllık bir bayilik anlaşması yapılmış olsa, anlaşma boyunca tek elden satın alma ve rakip ürün satmama şeklindeki kaydı grup muafiyetinden yararlanabilecek olan bu anlaşma, 5 yılın geçmesiyle birlikte sona erecek ve (B), mülkiyeti kendine ait olmakla birlikte intifa hakkını 20 yıl için (Ş)'ye tanıdığı ve bu nedenle de ancak bayilik anlaşması çerçevesindeki faaliyeti sürdüğü müddetçe kullanma olanağını elinde tuttuğu tesisten çıkmak zorunda kalacaktır; meğer ki (Ş) ile aynı rekabet yasağını içeren yeni bir 5 yıllık anlaşma yapsın veya eski anlaşma tüm kayıtlarıyla birlikte yeni bir 5 yıl için taraflarca yenilenmiş olsun.

Böyle bir durumda, bayinin çoğunlukla anlaşmayı aynı koşullarla yeniden yapmak veya uzatmak zorunda kalacağını düşünmek hayatın olağan akışına uygun ise de, intifa hakkının rekabet hukuku ilke ve kurallarını dolanmak üzere ve/veya (muvazaadan ziyade²²⁶) kanuna aykırı olarak kurulmuş

²²⁶ Gerçekten, bayiliği almak isteyen potansiyel alıcıya ait arsa üzerinde sağlayıcının kendi lehine intifa hakkı kurulması talebine bu alıcının razı olması şöyle bir durum arz edebilir : Sağlayıcı, potansiyel alıcıya (alıcı talibine) Tebliğ'deki maksimum süreleri aşan bir tek elden satın alma ve/veya rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir bayilik anlaşması kurulursa bu işe girebileceğini belirtir ve rekabet hukuku ikincil mevzuatında grup muafiyetinden yararlanabilmek için bu

bakımdan getirilmiş azami süre kayıtları nedeniyle, anlaşmanın her beş yılın sonunda aynı şartlarla uzatılmasına alıcının her seferinde razı edilebilmesinin sağlanabilmesi amacıyla, kendisine alıcının arsası üzerinde bir intifa hakkı tanınmasını ister. Alıcı da, bayiliği almak istediği ve ayrıca ikincil mevzuattaki azami süreleri aşan bir rekabet etmeme yükümlülüğüne de esasen razı olduğu için, sağlayıcının bu isteğini kabul eder. Dolayısıyla burada taraflar görünüşte hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri ve gerçekte ise hükümsüz olduğunda anlaştıkları bir intifa hakkı sözleşmesi yapmış olmazlar. Aksine, her ikisi de (kendi motiflerine uygun ve fakat kanuna aykırı olarak) bunu ister. Bu durumda ise (söz konusu motifi veya kanuna aykırı amacın resmi senede yansımadığından bahisle işlemin nisbi muvazaalı olduğu da söylenemeyeceğine göre) intifa hakkının muvazaalı olarak kurulduğundan bahsedilemez. Olsa olsa, tarafların yaptıkları bayilik anlaşmasının bir *nisbi muavaza* haline tabi olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, eğer taraflar, örneğin, 15 yıllık ve bu süre boyunca da alıcının rekabet etmeme yükümlülüğü altında olacağı bir anlaşmada uzlaşmışlar ve fakat (mesela gerektiğinde Rekabet Kurulu'nun önüne konmak üzere) yaptıkları yazılı anlaşmayı 5 yıl olarak kaleme almışlarsa, burada dikey anlaşmanın kendisi *nisbi muvaza* ile sakat bir sözleşmedir ve görünürdeki sözleşme BK m.18 hükmü çerçevesinde batıl ve ayrıca 4054 sayılı Kanun m.13 f. son hükmüne tabi olduğu gibi, tarafların gizli anlaşmaları da 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle aynı Kanun'un m.56 hükmü gereğince geçersizdir. Buna karşın, intifa hakkı bayilik verilmesinin bir ivazını oluşturuyorsa ve/veya durumun böyle olduğu somut olayda iddia ve ispat edilebiliyorsa, o takdirde, örneğin, resmi senette intifa hakkının ivazsız olarak kurulduğu belirtilmiş veya senette ivaz olarak bu keyfiyet değil sadece (taraflarca aslında sembolik olarak belirlenmiş ve asla borçlanılmamış ve ödenmemiş -genellikle olduğu üzere de- cüz'i) bir miktar para gösterilmişse, bu keyfiyet ispatlandığı takdirde, kuşkusuz, *intifa hakkının muvazaalı olduğu* ispatlanmış olur. Bu konuya son vermeden önce, konuyla ilgili olarak verilen bir YHGK kararına dikkat çekmek yararlı olur. Akaryakıt dağıtım sektörüne ilişkin karara konu olan olayda, davacı/karşı davalı sağlayıcı (S), davalı/karşı davacı olan alıcı (A)'nın işleticilik sözleşmesi olarak adlandırılan ve kendisine ait dava konusu taşınmaz üzerinde münhasıran (S)'den sağlayacağı petrol ürünlerini satmasını konu edinen sözleşmeye aykırı davranarak başka şirketlere ait petrol ürünlerini sattığını, işleticilik sözleşmesinin bu nedenle feshedildiğini, söz konusu taşınmaz üzerinde (A) tarafından S)'ye 15 yıl süreli intifa hakkı tesis edildiğinden (A)'nın, işleticilik sözleşmesi de sona erdiğine göre, taşınmazı tahliye etmesi gerektiğini iddia ve dava etmiş; (A) ise savunmasında ve açtığı karşılık davada intifa hakkının hem varlık sebebi olan işleticilik sözleşmesinin sona ermiş olması hem de intifa hakkının karşılığı olarak senette gösterilen rakamın çok düşük olması nedeniyle, intifa hakkının terkinini istemiştir (ayrıca (A) intifa hakkının kendisi üzerinde baskı aracı olarak kurulduğunu ve (S)'nin 4054 sayılı Kanunu ihlal ettiğini de öne sürmüştür). Yerel mahkeme terkin talebini kabul etmiş, Y. 11. HD intifa hakkında muvazaalı bulunmadığı ve olayda 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulama alanının bulunmadığı görüşüyle "*Bayilik sistemi ile çalışan firmaların dışında, değişik sözleşme tipleri ile sırf isim hakkını kullandıran firmaların dahi, karşı taraftan belli ilkeler çerçevesinde faaliyette bulunmalarına zorunluluk ve sınırlamalar getirdikleri bilinen bir gerçektir. Davalıya önemli miktarlarda aynı yardımda bulunan ve faizsiz kredi kullandıran davacının, böyle bir akaryakıt istasyonunda 15 yıl süre ile sırf kendi ürünlerinin satılmasını teminen intifa hakkı sözleşmesi yapması ve bunu garantiye alması basiretli tacir kavramı içinde düşünülmesi gereken bir tasarruftur. Sözleşmeden beklenen karşılıklı yararlar, davacının aynı ve nakdi yardımları nazara alındığında gerek intifa hakkı bedelinin ve gerekse sürenin menfaatler dengesine aykırı olduğu söylenemez. / İşleticilik sözleşmesi feshedilse bile, intifa sözleşmesinin ayakta kalacağı, intifa hakkı sağlayan sözleşmede gayet açık belirtilmiş olup, işleticilik sözleşmesi ise, intifa sözleşmesinden bir yılı aşkın süre sonra düzenlenmiştir.*" diyerek bir kararı bozmuş (Y. 11. HD, 4.5.2000 t., E. 2000/599, K. 2000/3861) ve yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine bu kerre YHGK direnme kararını bozmuştur (YHGK 6.6.2001 t., E.2001/11-426, K. 2001/481).

olduğundan bahisle geçersizliğinin ve tapudaki tescilinin düzeltilmesi olanağının ileri sürülmesi Medeni Hukuku ilgilendiren bir meseledir. Yani, intifa hakkı sözleşmesinin (intifa tescilinin hukuki sebebinin) 4054 sayılı Kanun'a aykırılığı ve/veya bu Kanun'un kurallarını dolanmak için yapıldığı tespit edilebiliyorsa, hiç kuşku yok ki, intifa hakkı maddi anlamda geçersiz ve bu hakkın yolsuz tescili de Medeni Kanun'un m.1025 hükmü çerçevesinde düzeltilebilir bir tescildir. Rekabet Kurulu'nun yetkileri bakımından ise, yapılan bir bayilik anlaşmasının (veya bu anlaşmanın içerdiği tek elden satın alma ve rekabet etmeme yükümlülüğünün) böyle durumlarda grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarılması yolunun bir hukuk politikası olarak seçilip seçilemeyeceği keyfiyeti önemlidir. Gerçekten, Rekabet Kurulu'nun, dikey anlaşmaların grup muafiyeti için çıkardığı bir tebliğde, alıcının arsası üzerinde sağlayıcıya intifa hakkı tanınmış olan (ve alıcının bu arsada inşa ettiği tesiste faaliyet göstereceği) dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin grup muafiyetinden yararlanmayacağını deklere etmesi ve bu anlaşmaları olay bazında bireysel muafiyet çerçevesinde değerlendirme yoluna gitmesi düşünülebilirdi.

c- Anlaşmanın Ortadan Kalkmasından Sonraki Döneme İlişkin Rekabet Etmemeye Yükümlülüğü

ca) Kural

Tebliğ'in 5/b ilk paragraf hükmüne göre

“Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük”

grup muafiyetinden yararlanamaz. Bu hüküm de *alıcıya* getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olmakla birlikte, sözkonusu yükümlülüğün *anlaşma sona erdikten sonraki döneme* ilişkin olarak getirilmesi ihtimalini kapsamaktadır. Dolayısıyla, anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmeme, satın almama, satmama ya da yeniden satmama şeklindeki her türlü yükümlülük, kural olarak, grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Örneğin, (A)'ya herhangi bir know-how aktarmamış olan sağlayıcı (S) ile alıcı (A) arasında yapılmış olan bir tek elden satın alma anlaşmasında, (A)'nın, anlaşma sona erdikten sonra 6 ay boyunca anlaşma konusu malların üretimi, alımı, satımı ve yeniden satımıyla uğraşması yasaklanmışsa, bu yükümlülük grup muafiyetinden yararlanamaz.

cb) İstisna : Sağlayıcının alıcıya know-how aktarmış olması

Tebliğ'in m.5/b ikinci paragraf hükmüne göre

“Ancak yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır.”

Mehaz Tüzüğü'nün m.5 (b) hükmünü²²⁷ örnek alan bu hüküm, bir yandan, anlaşma sona erdikten sonraki döneme ilişkin olarak alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanamaması kuralının istisnasını düzenlemekte, diğer yandan ise, kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkını rekabet etmeme yükümlülüğü içinde mütalaa etmeyerek, bu imkanın saklı olduğunu²²⁸ belirtmektedir. İstisnanın sözkonusu olabilmesi, başka bir ifadeyle *anlaşma sonrası rekabet etmeme yükümlülüğünün* grup muafiyetinden yararlanabilmesi için ise şu koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir :

(1) Yasaklama sadece anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal veya hizmetlere ilişkin olmalıdır : Dolayısıyla, alıcının anlaşma sona erdikten sonra uyması gereken üretmeme, almama, satmama ya da yeniden satmama yükümlülüğü genel bir yükümlülük olarak düzenlenmiş ve bu haliyle anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetler dışında kalan mal veya hizmetleri de kapsar nitelikte ise, bu yükümlülük grup muafiyetinden yararlanamayacaktır.

(2) Yasaklama sadece anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olmalıdır.

(3) Yasaklamanın süresi anlaşmanın sona ermesinden itibaren bir yılı aşmamalıdır.

²²⁷ Bkz. Yukarıda I/D.

²²⁸ Saklı tutulan bu imkanın *kullanma* ile ilgili olan kısmı, hükmün lafzına göre, sadece aktarılan know-how'a göre üretilmesi mümkün ve bu know-how kullanılmaksızın üretilmesi imkansız olan bir ürünle ilgili olarak yapılan bir dikey anlaşma bakımından da geçerli gözükmektedir. Tebliğ'in m.5/b ikinci paragraf son cümle hükmünün bu açıdan bir sınırı olarak Tebliğ m.2/II son cümledeki ilkenin dikkate alınması ihtimali, üzerinde tartışılması gereken bir ihtimaldir.

(4) Sağlayıcı alıcıya know-how aktarmış ve yasaklama da bu know-how'ın korunması için zorunlu olmalıdır : Bu koşul, artık aralarında herhangi bir işbirliği ve sözleşme ilişkisi kalmamış olan iki teşebbüsten birinin, diğerine, kendisinininkiyle rekabet eden mal veya hizmetlerin üretimini, alımını, satımını veya yeniden satımını yasaklayabilmesi için haklı ve makul görülebilir bir gerekçeye sahip olması gerektiği şeklindeki temel düşünceye dayanmaktadır. Tebliğ, ortadan kalkmış olan dikey anlaşma ile alıcıya yüklenmiş bulunan, anlaşmanın süresini aşan ve dolayısıyla, alıcı tarafından ihlal edildiği takdirde onun sorumluluğuna yol açacak olan bir rekabet etmeme yükümlülüğünün, sağlayıcı tarafından alıcıya aktarılmış²²⁹ olan know-how'ın korunması için zorunlu olması halinde, böyle bir haklı ve makul görülebilir gerekçenin mevcut olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla, anlaşma sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü, ancak, know-how aktarımını içeren veya bu sonuca yol açmakla birlikte asli amacı bu olmadığı için Tebliğ kapsamına girebilen dikey anlaşmalar, özellikle de franchise anlaşmaları bakımından sözkonusu olabilecektir.

“Know-how”ın Tebliğ bakımından sözkonusu olan normatif tanımı, Tebliğ’in m.3/f hükmünde açıklanmıştır. Buna göre

“Know-How : Sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki;

²²⁹ Burada “devir” yerine “aktarılma” sözcüğünü özellikle kullanıyorum. Eğer “know-how devri” kavramı, “know-how lisansı” kavramını dışlayacak bir şekilde dar anlamda kullanılırsa, yani bununla devredenin, devralan karşısında, artık know-how'ın kendisiyle bir ilişkisi kalmadığını kabul ederek, know-how'ın artık kendisi tarafından kullanılmayacağı gibi başkasına da açıklanmayacağı borcu altına girmesi kastedilirse, bu durumda, devreden sağlayıcının devralan alıcıya anlaşma sonrası bir rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemesinin know-how'ın korunması için zorunlu olması şeklinde -grup muafiyetinden yararlanmayı sağlayacak – bir haklı gerekçesi olamaz. Ama eğer ortada dar anlamda bir devir değil de, dikey anlaşma süresince alıcı tarafından kullanılmak üzere ona aktarılmış bir know-how varsa, yani sözkonusu olan bir know-how lisansı ise, bu durumda know-how “sahibi” (!) sağlayıcının, alıcıya anlaşma sona erdikten sonra anlaşma konusu mal veya hizmetlerle ilgili bir rekabet etmeme yükümlülüğü yüklemesinin know-how'ın korunması ihtiyacından doğması bir anlam taşıyabilir (hatta sadece bu durumda böyle bir ihtivaattan bahsedilebilir). Dolayısıyla, Tebliğ'in m.5/b ikinci paragraf hükmündeki devir ile kastedilen, dar ve teknik anlamdaki “devir”i değil, “know-how'ın aktarılması” nı işaret eder. Nitekim, mehaz Tüzüğü'nün fikri haklara ilişkin kavıtlar içeren dikey anlaşmalarla ilgili m.2 (3) hükmünde “assignment to the buyer” (yani “devir” veya temlik) denmişken; aynı Tüzüğü'nün anlaşma sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü ile ilgili m.5 (b) hükmünde “know-how transferred by the supplier” (yani “sağlayıcı tarafından aktarılmış know-how”) ifadesinin kullanılmış olmasının tek sebebi bu olabilir. Şu halde, Dikey Anlaşmalar Tebliği'nin m.5/a ikinci paragraf hükmündeki “alıcıya devredilen know-how” ifadesi, “alıcıya aktarılan know-how” şeklinde anlaşılmalıdır.

1) “Gizli” kavramı, know-how’ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak biraraya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da erişilebilir olmamasını,

2) “Esaslı” kavramı, know-how’ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini,

3) “Belirlenmiş” kavramı, know-how’ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince ve ayrıntılı bir şekilde olmasını

ifade eder.”

d- Seçici Dağıtım Sistemi Üyelerinin Belirlenmiş Rakip Sağlayıcıların Markalı Ürünlerini Satmama Yükümlülüğü

Tebliğ’in mehzaz Tüzük m.5 (c) hükmü²³⁰ izlenerek kaleme alınmış olan m.5/c hükmüne göre

“Seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğü”

grup muafiyetinden yararlanamaz. Bu hükümle, seçici dağıtım sistemlerinin üyelerine yüklenen rekabet etmeme yükümlülüğünün ya tüm rakip sağlayıcıları kapsamak üzere getirilmesi ya da hiç getirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Grup muafiyetinden yararlanamayan bu yükümlülükle ilgili olarak yukarıda mehzaz Tüzüğün ilgili hükmünü değerlendirirken (Rehber’e ve literatüre atfen) yapılmış olan açıklamalar²³¹, burada da geçerlidir.

7) Tebliğ’in Sağladığı Muafiyetin Geri Alınması

Tebliğ, kısmen mehzaz Tüzüğün m.6 ila 8’inci maddelerinden mülhem olan 6’ncı maddesinde, *muafiyetin geri alınması* konusunu düzenlemektedir. Buna göre

“Bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir. Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini ister.

²³⁰ Bkz. Yukarıda I/D.

²³¹ Bkz. Yukarıda I/D.

Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsamaması durumunda, Rekabet Kurulu, ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren anlaşmaları bu Tebliğin sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir.”

Grup muafiyeti, muafiyet tebliğlerinde yer alan ve belirli anlaşma türlerinin herhangi bir bireysel muafiyet kararına gerek kalmaksızın grup olarak muafiyetten yararlanmalarını sağlayan koşulların, muafiyet için gerekli olan ve 4054 sayılı Kanun m.5 hükmünde yer alan kümülatif koşulları karşıladığı varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla, bir grup muafiyeti tebliğinde yer alan muafiyet koşullarını kağıt üzerinde gerçekleştirmiş bulunan bir veya birkaç anlaşmanın, özellikle de içinde yer aldığı pazar koşulları nedeniyle, 4054 sayılı Kanun’un m.5 hükmüyle bağdaşmaz etkilere sahip olması ihtimali mevcuttur ve bu ihtimalin gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde sözkonusu anlaşmanın veya anlaşmaların anılan Kanun’un m.13 hükmü temelinde muafiyetten yararlandırılmaması gerekir. Gerçekten, Kanun’un m.5 hükmü gereğince, yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması ve tüketicinin bundan yarar sağlanması sonucuna yol açan ve rekabeti de bu amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırmayan kısıtlamalar içeren anlaşmalar, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına yol açmıyorlarsa, muafiyete mazhar olabildiklerine göre; eğer grup muafiyeti tebliğinin sağladığı muafiyetten yararlanan bir anlaşma, örneğin, sağlayıcının ve/veya alıcının hakim durumu, pazardaki giriş engelleri vb. nedenlerle ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına yol açıyorsa, Kurul *bu anlaşmadan* muafiyeti geri alabilmelidir. Keza, eğer m.5 hükmüyle bu şekilde bağdaşmaz olan böyle bir etki, ilgili pazarda birbirine rakip olan belirli sağlayıcıların veya alıcıların kendi dikey anlaşmalarında ayrı ayrı uyguladıkları ve fakat birbirine benzeyen dikey kısıtlamalar nedeniyle bu pazardaki rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılması şeklinde ortaya çıkan bir etkiyse, bu durumda da Kurul, grup muafiyetine uygun olarak aktedilmiş olan *bu anlaşmaların* grup muafiyetini geri alabilmelidir. Hatta, eğer bu son durumda, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın önemli bir bölümünü kapsıyorsa, Kurul, tek tek alacağı geri alma kararları yerine, yeni bir tebliğ çıkararak, sözkonusu pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanmayacaklarını da deklere edebilmelidir.

İşte Tebliğ’in m.6 hükmü, tüm bu ihtimalleri kapsamak üzere grup muafiyetinin geri alınması imkanını düzenlemiştir; birinci fıkrasında, Kurul’un belli bir anlaşmanın veya anlaşmaların grup muafiyetini bireysel idari işlemlerle geri alabileceğini, ikinci fıkrasında ise, Kurul’un, benzer nitelikteki dikey

sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın *önemli* bir bölümünü kapsamaması halinde²³², belirli sınırlamaları içeren anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkararak genel düzenleyici işlemler yapabileceğini belirtmiştir.

8) Tebliğ'den Önce Yapılmış Anlaşmaların Durumu

Tebliğ'in geçici 1'inci maddesine göre

“Bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihte 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmakta olan ancak bu Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden yararlanma koşullarını taşımayan anlaşmaların bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanabilmesi için, bu Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde bu Tebliğ ile öngörülen koşulları içerecek şekilde değiştirilmeleri gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz.”

Bu hüküm, yeni Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğler ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanmakta olan ve fakat yeni Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden yararlanma koşullarını taşımayan anlaşmalar için bir geçiş hükmü niteliği taşımaktadır.

Hükümün önemi, özellikle, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin yeni Tebliğ'e uydurulması bakımından sözkonusu olacaktır. Örneğin, 14.7.1998 tarihinde on yıl için yapılmış olan bir tek elden dağıtım anlaşmasında sağlayıcıya 1997/3 sayılı Tebliğ'e uygun olarak, anlaşma süresince *“anlaşma konusu malları yeniden satış amacıyla yalnız diğer taraftan alma”*²³³ yükümlülüğü yüklenmişse, bu durumda, kanaatimce, rekabet etmeme yükümlülüğünün yeni Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte geriye kalan 6 yıllık süresi dikkate alınarak, anlaşmanın tarafları, eğer yeni Tebliğ'in sağladığı muafiyetten bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yararlanmak istiyorlarsa, 1 yıl içinde, sözkonusu yükümlülüğün süresini 5 yıla indirmelidirler. Buna göre, eğer anlaşma 13.7.1996 tarihinde yapılmış olsaydı, rekabet etmeme yükümlülüğünün yeni Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihte geriye kalan süresi (anlaşmanın geriye kalan süresine paralel olarak) 4 yıl olduğu için, anlaşma 14.7.2002 tarihinden itibaren otomatik olarak yeni Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinin kapsamı içinde olacaktı.

²³² Mevaz Tüzüğü'nün m.8 (1) hükmünde *“... % 50'sini kapsamaması halinde”* denmektedir.

¹⁵⁶ Bkz. 1997/3 sayılı Tebliğ m.3/b/2.

İlmutluhan Selçuk beyin sorusu, rekabet hukukundaki “*anlaşma*” kavramıyla borçlar hukukundaki “*sözleşme*” kavramları birbiriyle örtüşmek zorunda olmadığına göre, bir dikey sözleşmede yer alan fiyat tespiti vb. ağır sınırlamaların *başlıbaşına birer “anlaşma”* şeklinde ele alınıp, sadece bu “*anlaşmalar*”ın grup muafiyetinden yararlandırılmamasının mümkün olup olmadığıdır.

Dikey Anlaşmalar Tebliği’nin normatif tercihi, m.4 hükmündeki ağır sınırlamalardan herhangi birini içeren bir dikey anlaşmanın tamamının grup muafiyetinden yararlanamamasıdır. Başka bir ifadeyle, Tebliğ’in m.4 hükmünde (istisnalarıyla birlikte) sayılmış olan beş *ağır sınırlama* türü, bu sınırlamaların içinde yer aldığı *dikey anlaşmanın* grup muafiyetinden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır. Fakat, bununla kastedilen, doğal olarak, sadece şu olabilir : “*Eğer bir dikey anlaşmada Tebliğ’in m.4 hükmünde belirtilen fiyat tespiti vb. ağır sınırlamalardan biri veya birkaçı yer alıyorsa, bu durumda, o anlaşmada yer alan ve esasında Tebliğ’in kara listesine dahil olmadığı için grup muafiyetinden yararlanabilecek olan diğer dikey kısıtlamalar da, sırf bu nedenle, yani dikey anlaşma ayrıca bir veya birden fazla ağır sınırlama içerdiği için, grup muafiyetinden yararlanamazlar*”.

Grup muafiyetinden yararlanamamanın neticelerinden biri ise, 4054 sayılı Kanun m.4 hükmüne aykırılık nedeniyle, aynı Kanun’un m.56 hükmünde zikredilen *geçersizliğe* tabi olmaktır. Ancak, bu demek değildir ki, Tebliğ m.4 hükmündeki ağır sınırlamalardan birini içeren bir dikey anlaşmanın Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamamasının sonucu, bu dikey anlaşmanın her hal şartta *tamamıyla* geçersizliği olmalıdır. Bu meselenin çözümünü bize Borçlar Kanunu m.20/II hükmü sunar. Buna göre, bir dikey anlaşmanın içinde yer alan bütün rekabet sınırlamalarının Tebliğ m.4 hükmü gereğince muafiyetten yararlanamamasına rağmen, anlaşmanın bu sınırlamalar bakımından *kısmi geçersizliğe* tabi olup geri kalan kısmının ayakta kalabilmesi *teorik olarak* mümkündür. Ancak, çoğu anlaşma ilişkisinde, grup muafiyetinden yararlanamadığı için geçersiz olan sözkonusu dikey sınırlamalar Borçlar Kanunu m.20/II c.2 hükmü anlamında “*bunlar olmaksızın akdin yapılmayacağı meczum*” bulunan kayıtlar teşkil edeceğinden, pratikte çoğunlukla anlaşmanın (sözleşmenin) tamamının geçersizliği sonucu ortaya çıkacaktır.

Eğer soru, *hukuk politikası* bakımından yöneltiyor ise, bu konu tartışmaya açıktır. Yani, Tebliğ'i çıkaran otoritenin, ağır sınırlamaları da aynen *rekabet etmeme yükümlülüğünde* olduğu gibi, sadece kendisi grup muafiyetinden yararlanamayan ve anlaşmadaki diğer dikey kısıtlamaların ise, eğer bunlar kara listede yer almıyorlar ve anlaşmadaki ağır sınırlama ile herhangi bir bağlantı da taşımıyorlarsa, grup muafiyetinden yararlanmasına engel olmayan sınırlamalar şeklinde değerlendirmesi mümkün olabilirdi. Ancak Tebliğ bu yola gitmeyerek mehazı izlemiştir. Tebliğ'in, böylece, teşebbüsleri ağır sınırlamalar içeren anlaşmalar yapmaktan mümkün olduğunca alıkoymak istediği söylenebilir. Çünkü, Tebliğ, ağır bir sınırlama içeren bir anlaşmanın taraflarını, bu ağır sınırlama anlaşmadan çıkarılmadığı sürece, anlaşmanın ağır sınırlama niteliğinde olmayan rekabeti kısıtlayıcı kayıtları bakımından bile bireysel muafiyet almaya zorlamaktadır ki, sözkonusu ağır sınırlama anlaşmada kaldığı müddetçe bireysel muafiyet talebinin kabul edilebilmesi de –kural olarak- zayıf bir ihtimaldir.

Tan Bey'in sorusu ise, Tebliğ'in m.5/a ikinci paragraf hükmünde yer alan asgari % 35'lik yatırım katkısının mantığının ne olduğu ve bununla toplam yatırımın kastedilip kastedilmediğidir.

Hatırlayacak olursak, Tebliğ'in sözkonusu hükmü, alıcıya getirilen süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanamaması kuralının istisnalarından birini düzenlemektedir. Buna göre, eğer alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının % 35'den az olmamak kaydıyla bir kısmını sağlayıcı karşılıyorsa, alıcının sağlayıcı ile rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi on yıla kadar olabilir; ancak bu rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmı, sadece alıcının bu yatırımın yapıldığı tesiste yürüteceği faaliyetini kapsamalıdır.

Böyle bir düzenleme mehaz Tüzük'de yoktur. Düzenlemeye temel olan düşünce ise şudur : Madem ki m.5/a üçüncü paragraf hükmünde, alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini sürdüreceği tesisin mülkiyetinin veya üçüncü kişilerden elde edilmiş kullanma hakkının sağlayıcıya ait olması halinde rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yıldan daha fazla, hatta o tesisin alıcı tarafından kullanıldığı sürece olabilir ve bunun nedeni de sağlayıcının anlaşma devam ederken kendi tesislerinden kendisine karşı uzunca bir süre rekabet edilmemesini istemesinin makul karşılanması gereğidir; benzer bir mantığın alıcının tesisinin yapımına önemli ölçüde bir yatırım katkısı sağlayan bir sağlayıcı lehine koyulacak rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından da geçerli olabilmesi gerekir. Bu düşünceye göre, örneğin, bir akaryakıt dağıtım şirketi, anlaşma gereğince bayi tarafından yürütülecek faaliyetin yer alacağı ve bayiye

ait olacak tesisin kurulması için gereken yatırım tutarının önemli bir kısmını karşılıyorsa, bu durumda artık bu sağlayıcının yararlanacağı rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin, bayisine böyle bir yatırım katkısı sunmayan bir sağlayıcının yararlanacağı rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinden daha fazla olabilmesi gerekir. Burada dikkate alınacak yatırım tutarı ise, alıcının faaliyete başlayarak bu faaliyetini yürütebilmesi için kuracağı veya kurduğu tesise yapılan yatırım tutarıdır. Yatırımın önemli bir kısmının sağlayıcı tarafından yapıldığının kabul edilebilmesi için ise, Tebliğ, asgari bir oran kabul etmiş ve bu oranı % 35 olarak belirlemiştir. Ancak, sunduğum bildirimde de belirttiğim üzere, Tebliğ'in sağlayıcının yatırım katkısına endeksli bir sonuç öngören bu düzenlemesinin, grup muafiyeti tebliğleri ile sağlanmak istenen hukuk güvenliğiyle bağdaşmadığı eleştirisiyle karşılaşması muhtemeldir. Bu nedenle, özellikle “yatırımın karşılanması” kavramına hangi hallerin girdiği veya girebileceği konusunda Rekabet Kurulu'nun çıkaracağı açıklayıcı Rehber'de yön gösterici bir açıklama yapılması uygun olur. Öte yandan katkıda bulunulacak olan yatırımın hesabında dikkate alınacak kalemlerin faaliyetin yürütüleceği pazara bağlı olarak değişeceği de açıktır. Arazi bedeli, bina inşaa maliyeti, araç ve ekipman maliyeti, izin ve ruhsat giderleri bu cümledendir. Hükümde kullanılan “yatırım tutarı” kavramı da bu tür kalemlerin toplamını ifade etmektedir. Nihayet, anılan düzenleme, beş yılı aşan ve on yıla kadar kararlaştırılabilecek olan rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmının, yatırım desteğinin yapıldığı tesisten yürütülecek faaliyete inhisar edeceğini belirttiğine göre, dikkate alınacak yatırım da ancak belli bir tesise veya belli tesislere yapılan yatırım olabilir.

Bilal Bey ile Doç. Dr. Ali Cem Budak Bey'in sorularının ise birbirleriyle bağlantılı olduğu söylenebilir. Bu konuda şu açıklamaları yapabilirim:

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un m.29 hükmü, diğer bazı hükümleri gibi, 4756 sayılı Kanun ile Mayıs 2002'de değiştirilmiş, buna karşı anılan değişiklik kanununun bazı hükümlerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi de bu kanunun diğer bazı hükümlerinin yanısıra 29'uncu maddeyi değiştiren hükmünün yürürlüğünü de kısmen durdurmuştur. 4756 sayılı Kanun'un değiştirdiği hükümler içinde Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un bir hissedarın bir kuruluşta hisse miktarının ödenmiş sermayenin % 20'sinden ve birden fazla kuruluşta hisse sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm hisselerinin toplamının % 20'den fazla olamaması kuralının da bulunduğu kesindir ve bu kuralın yerini yeni 29'uncu maddenin (d) bendinin aldığı söylenebilir. Bu (d) bendi ise, yürürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından durdurulan hükümler arasındadır. Bu durum karşısında, bir kere, eski 29'uncu

maddede yer alan sözkonusu kuralın (doğrudan veya boşluk doldurma yöntemiyle kıyasen) uygulanıp uygulanamayacağı meselesi son derece tartışmalı bir konudur.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı karşısında sözkonusu eski kuralın uygulanabileceği görüşünün kabul edilmesi ihtimalinde bile, bu kurala aykırı bir durumun, örneğin bir hissedarın bir radyo televizyon kuruluşunda % 20'den fazla hisse sahibi olmasının Rekabet Kurulu'na şikayet edilmesi halinde, Rekabet Kurulu'nun sırf bu kurala aykırılığa dayanarak bir idari yaptırım kararı verme yetkisinin bulunmadığından kuşku duymamak gerekir.

Rekabet Kurulu, ancak, 4054 sayılı Kanun'a aykırı davranışları yaptırıma bağlamak yetkisine sahiptir. Sözkonusu eşiği aşan bir hissedarlık ihdasının aynı zamanda hakim durum yaratma sonucunu doğuracak bir birleşme veya devralmanın konusu olması ise, ortaya iki Kurum'un yetkileri bakımından bir kesişme alanının çıkmasına neden olabilir. Mesela, radyo televizyon yayını için RTÜK'den lisans almış olan bir anonim şirketin kontrolünü, üçüncü derecedeki kan ve sıhri hısımları dışında olmakla birlikte gerçekte mutemetleri olan üçüncü kişi hissedarlar aracılığıyla fiilen elinde bulunduran bir kişinin, radyo ve televizyon yayını yapan başka bir şirketin kontrolünü yine aynı tarzda fiilen elinde bulunduracak şekilde devralması ve radyo ve televizyon yayıncılığı pazarında hakim durum yaratması halinde durum budur (ki bu durumun ispatı halinde sözkonusu şirketlerin yayın ruhsatları RTÜK tarafından iptal edilir). Ancak, bu sempozyumdaki bildiri konunun tamamen dışında olan böyle bir kesişme alanının nasıl bir hukuki uygulamaya konu olması gerektiği hakkında şimdiye kadar ilgi ve çalışma alanımı oluşturmamış olan Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un izin, ihlal, yaptırım vb. konulara ilişkin hükümlerini, bu Kanun'un koruduğu menfaatleri de dikkate alarak ve 4054 sayılı Kanun ile karşılaştırarak, detaylı bir şekilde incelemeyen kesin bir yargıya varmamın doğru olmayacağını ve bu konunun özel bir incelemeyi gerektirdiğini düşünüyorum.

Fakat hiç kuşku yok ki, Rekabet Kurumu ile RTÜK'ün yetkileri bakımından, Rekabet Kurumu ile Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkileri konusunda yapılan tartışmaya benzer bir durumun sözkonusu olup olmayacağı sorusunun, esas itibarıyla bütün düzenleyici kurullarla Rekabet Kurulu arasındaki yetki sınırları bakımından ortaya atılması teorik olarak mümkündür. Aslında, Telekomünikasyon Kurumu bakımından yapılan tartışmayı ve Prof.Dr. Yılmaz Aslan'ın bu sempozyumda sunduğu ve içerdiği nihai görüşü Kurul'a yazdığım görüşlerde de açıkladığım üzere birden fazla gerekçeyle paylaşmadığım bildiriye hatırlayacak olursak, orada mesele, bir

telekomünikasyon operatörünün herhangi bir davranışının hem telekomünikasyon mevzuatındaki bir hükmü hem de 4054 sayılı Kanun'u aynı anda ihlal etmiş olması halinde, hangi Kurum'un idari yaptırım uygulayabileceği meselesiydi. Kanunların bu tür meselelere yol açacak şekilde kaleme alınmasına devam edilmesi veya bu şekilde muhafaza edilmesi halinde, benzer sorunların, benzer durumlarda, çeşitli düzenleyici kuruluşların yetkileriyle ilişki bakımından da ortaya çıkması ve bu sorunların anayasal bir ilke teşkil etmeyen, ceza hukukunda prensip itibarıyla fikri içtima kuralıyla çözüme bağlanan ve idare hukukundaki yeri ve uygulama alanı da hiç de tartışmasız olmayan çifte cezalandırma yasağı perspektifinden yapılan münakaşaların konusu olması kaçınılmazdır.

Rekabet Kurulu'nun RTÜK'ün yetkilerine rağmen devrede olup olamayacağı meselesinin doğmasına neden olabilecek bir kesişme noktası, biraz önce de belirttiğim gibi, özellikle Rekabet Kurulu'nun yoğunlaşma kontrolü ile RTÜK'ün Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'daki şirket yapısı şartlarına uyulmaması halindeki yetkileri bakımından sözkonusu olabilir ise de, bunun dışında, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un RTÜK'e verdiği yaptırım yetkilerinin kullanılmasını gerektiren ve esas itibarıyla yayın yoluyla ve yayın ilkelerinin ihlali şeklinde ortaya çıkan ihlal türlerinin çoğunluğunun, aynı zamanda 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden ihlaller olması olasılığının düşük olduğu söylenebilir.

REKABET HUKUKUNDA BİRLEŞME VE DEVRALMALARDA KONTROL OLGUSU

Doç. Dr. İsmail KAYAR

Erciyes Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

I- GİRİŞ

II- İLGİLİ MEVZUAT

- 1- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
- 2- 1997/1 Sayılı RK Tebliği
- 3- 4069/89 Sayılı Konsey Tüzüğü

III- RKK, TEBLİĞ ve TÜZÜĞÜN KONTROL OLGUSU BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

1- Metinler

a- RKK

b- Tebliğ

c- Tüzük

2- Karşılaştırma

IV- HAKİM DURUM-KONTROLÜ DEVRALMA İLİŞKİSİ

V- KONTROLÜN DEVRALINMASI

1- Kavram

2- Kontrolün Birleşme ve Devralmadan Farkı

3- Kontrolü Devralmanın Kriterleri

a- Büyüklük

b- Bağımsızlık

c- Belirleyici Etki (Decisive Influence)

aa- Kavram

bb- Belirleyici etki kavramının dikkate alındığı Örnek RK Kararları

VI- KONTROLÜN ELE GEÇİRİLMESİ SAYILAN DURUMLAR

1- Malvarlığını Devralma veya Kontrol

2- Ortaklık Paylarını Devralma

a- Genel Olarak

b- İmtiyazlı Paylarla Kontrol

c- Azınlık Haklarının Kontrol Olgusu Bakımından Değerlendirilmesi

d- Sermaye Piyasası Hukukunda Kontrol Olgusu

aa- HAAO'larda Kontrol Değişiklikleri

bb- Aracı Kurumlarda Pay Devirleri

3- Yönetim Yetkisi Veren Araçları Devralma

a-Yönetim Sözleşmeleri

b- Oy Sözleşmeleri

VII-KONTROLÜ DEVRALMANIN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ

1- Tek Kontrol (Sole Control)

2- Ortak Kontrol (Joint Kontrol)

a- Kavram

b- Örnek RK Kararları

c- Ortak Kontrolün Ortaya Çıkış Şekilleri

3- Özelleştirme Yoluyla Devralmalarda Kontrol

4- Hukuki Kontrol

5- Fiili Kontrol

6- Dolaylı Kontrol

7- Ortaklar Arası Hisse Devirlerinde Kontrol

8- Hakim Durumda Olan İşletmelerin Birleşme ve Devralmaları

SONUÇ

I - GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKH) her türlü birleşme ve devralmayı değil rekabeti “önemli ölçüde” bozan türlerini denetim altında tutmaktadır. Böylece bir yandan iç pazarda rekabet ortamının korunması diğer yandan işletmelerin olabildiğince sermaye birikimi sağlayarak yabancı işletmeler karşısındaki rekabet gücü kazanması gözetilmekte ve bu iki ihtiyaç arasında uygun bir dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

Rekabet Kurulu, Türkiye'nin rekabet politikalarını gözetererek hangi tür birleşme ve devralmaların serbest, hangilerinin izine tabi ve hangilerinin yasak olduğunu herhangi bir yasa değişikliği gerekmeksizin belirleyebilmektedir (RKK. m.7/II). Bu amaçla Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Sayılı Tebliğ'i çıkarılmıştır²³⁴. Temel kriterleri RKK'da belirlenen birleşme ve devralmaların alt kriterleri bu tebliğ ile belirlenmiştir.

²³⁴ RG. T:12.08.1997, Sayı 23078. Ayrıca, Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair 1998/6 Nolu Tebliğ ile mali kurumlarda pazar payı ve ciro hesabında dikkate alınacak unsurlar belirlenmiştir.

Birleşme ve devralmaların denetlenmesinde söz konusu düzenlemelerin yanı sıra bunları uygulamak durumunda olan Rekabet Kurulu'nun kararları da önemlidir. Çünkü bu kararlar, birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemeleri Rekabet Kurulu'nun nasıl anladığını ve yorumladığını ortaya koymaktadır.

Tebliğe göre, denetime tabi birleşme ve devralmalar belirlenirken pazar payı ve ciro eşikleri dikkate alınacaktır. Pazar payının, ilgili ürün pazarında % 25'i aşması veya cironun 25 trilyonu aşması gerekir. Ancak bu eşiklerden birini veya ikisini aşan her türlü devir ve birleşme yasak ya da izne tabi değildir. Görünüşte iki eşik bulunmakla birlikte birleşme ve devralmalar bakımından kritik ve gizli eşik "kontrol" eşiğidir. Tebliğdeki eşikler denetime tabi olup olmama bakımından sınırı göstermektedir. Denetime tabi olduktan sonra yapılacak inceleme ve değerlendirmenin temel hareket noktası bir teşebbüsün kontrolünün el değiştirip değiştirmediğidir²³⁵.

Altmıştan fazla ülkede yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin düzenlemeler vardır. Yoğunlaşmaların kontrolüne dair düzenlemelerde ağırlıklı olarak iki hukuk sisteminde geçerli olan testler uygulanmaktadır. Birincisi, rekabet hukuku uygulamasında en eski sisteme sahip olan Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılan rekabet testidir. Bu sistemde birleşme ve devralmaların ilgili ürün piyasasında *rekabeti önemli ölçüde azaltıp azaltmadığı* araştırılmaktadır. İkincisi, Avrupa Birliği'nde kullanılan hakim durum testidir. Bu sistemde ise birleşme ve devralmalar *etkin rekabetin önemli derecede engellenmesi sonucunu doğuracak şekilde hakim durum yaratıp yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirip güçlendirmedeği* araştırılmaktadır²³⁶. Türk rekabet hukuku bakımından konuyu düzenleyen RKK. m. 7'ye göre hem "*hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak*", hem de "*rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde*" gerçekleşen birleşme ve devralmalar denetlendiği için RKK'nın karma bir sistem benimsediği söylenebilir.

²³⁵ Teşebbüsler arasında kontrol değişikliği sonucunu doğurmayan birleşme veya devralmaların rekabet hukuku açısından denetime tabi olmadığı hususu RKK. m. 7'nin gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Gerekçe şöyledir: "*Maddede birleşme ve devralmaların piyasada rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde tekelleşmeye yol açması veya bir yahut birden fazla teşebbüsün piyasadaki hakim durumunu daha da güçlendirmesi halinde yasaklanacağı hükme bağlanmıştır.*" Gerekçedeki "tekelleşme" ve "hakim durum" kavramları önemlidir. Tekelleşme veya hakim durumu güçlendirme, teşebbüslerin ortak bir davranış benimseyerek bir birleri ile rekabet etmemeleri yoluyla olabileceği gibi rakip iki teşebbüsten birinin kontrolünün diğerine geçmesiyle de olabilir. Birinci durum RKK. m. 4'de, ikinci durum ise RKK. m. 7'de düzenlenmiştir.

²³⁶ İlmütluhan SELÇUK, Mukayeseli Olarak AB ve ABD'de Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu'nda 04.03.2003 tarihinde düzenlenen **Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu**'na sunulan tebliğ, s. 1.

Bu çalışmada teşebbüsler arası yoğunlaşma yöntemlerinden biri olan başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici şekilde etkili olma sonucunu doğuran yoğunlaşmalar incelenecektir. Özellikle, birleşme ve devralmalarda hangi durumlarda başka bir teşebbüsün kontrolünün el değiştirmiş kabul edileceği üzerinde durulacaktır. Rekabet hukukunda birleşme ve devralmalar rekabeti sınırlandırıcı veya bozucu etkileri sebebiyle denetlendiği için birleşme ve devralmaların rekabet hukukunu ilgilendirmeyen yönleri bu tebliğin kapsamı dışındadır.

II- İLGİLİ MEVZUAT

1- Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

Birleşme veya Devralma

Madde 7 – “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütün yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır”

2 - 1997/1 Sayılı RK Tebliği²³⁷

Birleşme veya Devralma Sayılan Haller

Madde 2- Aşağıdaki hususlar, Kanunun 7. maddesi çerçevesinde teşebbüsler arası birleşme ve devralma kabul edilerek bu Tebliğ kapsamında sayıldığından, bunlar hakkında Tebliğin 4. maddesindeki koşullara bağlı olarak Rekabet Kurulundan izin alınması gerekir.

a) Bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi.

b) Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralması veya **kontrol etmesi**.

²³⁷ Tebliğin amacı, RKK. m. 7’ye göre hukuki geçerlilik kazanabilmesi için RK’na bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları tespit etmektir. RKK. m. 7’ye göre birleşme ve devralma sayılan ve sayılmayan haller, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için RK’dan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar ve bunların RK’na bildirilmesi usul ve esasları bu tebliğle düzenlenmiştir.

c) Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture).

Bu Tebliğ bakımından **kontrol**, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir.

Kontrol hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş kabul edilir.

3 - 4069/89 Sayılı Konsey Tüzüğü²³⁸

İşletmelerarası Konsantrasyonların Kontrolü Hakkında 21 Aralık 1989 Tarih ve 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nün Konsantrasyonların Tanımlanması başlıklı hükmü şöyledir:

Madde 3

1 – Aşağıdaki hallerde konsantrasyon ortaya çıkmış sayılır:

a – Bağımsız iki veya daha fazla işletmenin birleşmesi

b – Halen en az bir işletmeyi **kontrol eden** bir veya daha fazla kişinin ya da işletmenin, başka bir işletme veya işletmelerin hisselerini veya mal varlığını satın almak suretiyle sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı olarak kontrolünü elde etmesi.

2 - Tüm fonksiyonlarını bağımsız olarak sürdüren bir ortak girişim oluşturulması paragraf 1b anlamında kontrolü elde etme sayılır.

3 - Bu tüzük bakımından kontrol:

Ayrı ayrı veya birlikte, fiilen veya hukuken bir işletme üzerinde **belirleyici etki** uygulama olanağı sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Özellikle:

²³⁸ O. J. L 395, 30.12.1989

a – Bir işletmenin malvarlığının tamamının veya bir kısmının sahipliği veya kullanma hakkıyla;

b – Bir işletmenin organlarının oluşması, oyları veya kararları üzerinde **belirleyici etki** sağlayan haklar veya sözleşmelerle

4 – Kontrol, aşağıdaki kişiler veya işletmeler tarafından elde edilmiş kabul edilir:

a – Hakların sahipleri veya sözleşmeye göre kullanmaya yetkili kılınmış kişiler veya işletmeler,

b – Bu gibi hakların sahibi değilken veya böyle bir sözleşmeyle bunları kullanmaya yetkili değilken, bunlardan çıkan hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya işletmeler.

III–RKK, TEBLİĞ ve TÜZÜĞÜN KONTROL OLGUSU BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

1 – Metinler

a – RKK

Kanunda “kontrol” kavramına yer verilmemiştir. Kontrol, devralmanın bir türevi olarak ortaya çıkabilmektedir.

b - Tebliğ

*m. 2/b - Herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları **devralması veya kontrol etmesi.***

c - Tüzük

*m. 3/1/b – Halen en az bir işletmeyi **kontrol eden** bir veya daha fazla kişinin ya da işletmenin, başka bir işletme veya işletmelerin *hisselerini veya mal varlığını satın almak suretiyle sözleşmeyle veya başka herhangi bir şekilde kısmen veya tamamen, doğrudan veya dolaylı olarak **kontrolünü elde etmesi.****

2 – Karşılaştırma

Kanunda “devralma” tebliğde “devralma veya kontrol etme” kavramlarına yer verilmiştir. Oysa 4064/89 sayılı AB Konsey tüzüğünde olduğu gibi kanunda “kontrolü devralma” kavramına yer verilmesi isabetli olurdu. Tebliğde ise bunu açıklamak ve kapsamını belirlemek bakımından “devralma” kavramına yer verilebilirdi. Çünkü, pazar payı ve ciro büyüklüklerini aşan bütün

kontrolü devralmalar rekabet hukuku kapsamına girdiği halde devralmaların çok azı rekabet hukukunu ilgilendirmektedir.

1997/1 tebliğinin bu hükmü, esas olarak 4064/89 sayılı İşletmelerarası Konsantrasyonların Kontrolü Tüzüğü'nün, Konsantrasyonların Tanımlaması başlıklı 3. maddesindeki düzenlemeden yararlanılarak getirilmiş olup büyük ölçüde bu düzenleme ile uyumludur. Ancak tebliğde başka bir işletmenin malvarlığını, hisselerini veya araçlarını “devralma” veya “kontrol etme” şeklinde ikili bir ayırım yapılmış, buna karşılık tüzükte herhangi bir şekilde “kontrolün elde edilmesi” yeterli görülmiştir.

Tüzüğün düzenlemesinin daha isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü rekabet hukuku açısından önemli olan bir teşebbüsün herhangi bir şekilde kontrolünün el değiştirmesidir. Klasik anlamda devralmalar çoğunlukla kontrolün el değiştirmesine sebep olabilirse de kontrolü ele geçirme devralmanın zorunlu bir sonucu değildir. Kontrolü devralma, kontrolü ele geçirme ya da kontrolü elde etme gibi kavramlar rekabet hukuku terminolojisi bakımından daha yerindedir ve rekabet mevzuatının getirmek istediği düzen açısından işletmelerarası yoğunlaşmaları daha iyi ifade eden üst kavramlardır. Bu bakımdan, 1997/1 tebliğindeki “devralma veya kontrol etme” kavramı birbirinden farklı iki ayrı durumu ifade ediyormuş görüntüsü meydana getirdiğinden isabetli değildir.

IV – HAKİM DURUM-KONTROLÜ DEVRALMA İLİŞKİSİ

Birleşme, devralma veya kontrolü devralma kavramları hakim durum konusuyla bağlantılıdır. RKK birleşme, devralma veya kontrolü devralma yoluyla bir işletmenin hakim durum yaratmasını veya hakim durumunu güçlendirmesini yasaklamaktadır. Birleşme ve devralmaların rekabet hukuku açısından bağımsız bir yönü yoktur²³⁹. Bu husus hem RKK m.7’de hem de 1997/1 tebliği m.6’da açıkça belirtilmiştir. RKK. m.7’de “ hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik” birleşme ve devralmalar yasaklanmaktadır. Tebliğin 6. maddesinde ise hakim durum yaratmayan veya hakim durumu güçlendirmeyen birleşme ve devralmalara izin verileceği belirtilmiştir. Bu nedenle rekabet hukuku açısından işletmeler arası yoğunlaşmalar değerlendirilirken hakim durum kavramı en önemli ve son ölçü olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Rekabet Kurulunun denetimine tabi birleşme devralmalar bakımından pazar payı ve ciro eşikleri belirlenmiş olmakla birlikte, söz konusu eşikleri aşan her türlü devralma işlemi bu kapsamda değerlendirilemez. Pazar payı ve ciro eşikleri aşılsa dahi devralma işlemi sonucunda malvarlığı, hisseleri veya diğer

²³⁹ Yılmaz ASLAN, **Rekabet Hukuku**, 2. Basım, Bursa 2001, s. 249, 250.

araçları devralınan teşebbüsün kontrolü el değiştirmiyor ya da rekabet önemli şekilde bozularak hakim durum yaratılmıyorsa bu devralma işlemi birleşme ve devralmalara ilişkin rekabet kurallarının kapsamı dışında kalır. Çünkü, birleşme ve devralmaların denetlenmesinin temel sebebi işletmeler arasındaki her türlü yoğunlaşmaların değil yalnızca aşırı yoğunlaşmaların önüne geçilmesidir.

Rekabet Kurulu, kararlarında isabetli olarak birleşme ve devralmaları bağımsız olarak değil hakim durum kavramıyla bağlantılı olarak, hakim durum yaratıp yaratmadığı açısından dikkate değerlendirmektedir.

Doğuş Holding A.Ş. ve T.Garanti Bankası A.Ş. tarafından Tansaş İç ve Dış Ticaret A.Ş.'nin sırasıyla % 22 B grubu ve % 29 A grubu olmak üzere toplam % 51 hissesinin devralınmasına ilişkin işlemle ilgili olarak, *“...bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine yönelik olarak rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmayacağı kanaatine varılarak”* bildirim konusu devir işlemine izin verilmiştir²⁴⁰.

EÖS Eczacıbaşı Özgün Kimyasal Ürünler ve Ticaret AŞ'nin SİFAR İlaçları Tic. ve San. AŞ'nin ilaç üretim tesislerini devralmasına ilişkin işlemde SİFAR'ın sahip olduğu üretim tesisleri Eczacıbaşı'ya geçecek, ancak halen SİFAR'a ait olan ilaç ruhsatları ve lisansları el değiştirmeyecektir RK, bu işlemle *“... devralınan şirketin pazarda önemli bir konumda bulunmadığı...devralma işleminin bir hakim durum yaratmadığı veya mevcut hakim durumu güçlendirmedeği, ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti engellemediği”* gerekçesiyle izin vermiştir²⁴¹.

²⁴⁰ Karar No : 99-21/166-85, Karar Tarihi : 28.04.1999, RG. T: 31.05.2000, Sayı 24065, “... Doğuş Holding A.Ş. ve T.Garanti Bankası A.Ş. tarafından Tansaş İzmir Büyükşehir Belediyesi İç ve Dış Ticaret A.Ş.'nin sırasıyla %22 B grubu ve %29 A grubu olmak üzere toplam % 51 hissesinin devralınmasına ilişkin bildirim değerlendirilmesi sonucunda; sözkonusu işlemin, tarafların ilgili ürün pazarındaki toplam ciroları ve pazar payları yönüyle, 4054 sayılı Kanun'un 7'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişik 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğuna, ancak, bu devir işlemi sonucunda, aynı Kanun'un 7'nci maddesinde belirtilen *bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine yönelik olarak rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin sözkonusu olmayacağı* kanaatine varılarak bildirim konusu devir işlemine izin verilmesine; ayrıca 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşmadığından, aynı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine”.

²⁴¹ Karar No : 99-5/41-16, Karar Tarihi: 04.02.1999, RG. T: 08.09.1999, Sayı 23810. “...Devralma işleminin gerçekleştiği ilgili ürün pazarındaki firmaların pazar paylarının birbirine çok yakın olduğu, pazarda ilk üç sırada bulunan firmaların yüzde birer puan farkla sıralandıkları ve devralınan şirketin pazarda önemli bir konumda bulunmadığı gözönüne alındığından; devralma işleminin bir *hakim durum yaratmadığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmedeği, ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti engellemediği* sonucuna ulaşılmıştır”.

RK'nun Schöller GmbH CO.'nun Kerevitaş AŞ'nin % 25.17 hisselerini devralmasına ilişkin kararı da hakim durum kavramıyla bağlantılı değerlendirme yaptığını göstermektedir²⁴².

V - KONTROLÜN DEVRALINMASI

1 – Kavram

Rekabet hukuku açısından kontrol hukuki değil iktisadi bir kavramdır. Hangi araçlarla ve nasıl sağlandığı dikkate alınmaksızın, önceden iktisadi açıdan bağımsız olan bir teşebbüsün yönetimi üzerinde belirleyici etki uygulama imkanı ve iktidarının varlığı halinde kontrolün elde edildiği kabul edilir. Kontrolün elde edilmiş sayılması için belirleyici etkinin geçici veya kısa süreli olmaması gerekir²⁴³.

Kontrol hangi vasıtalarla elde edilebilir? Tebliğ bir teşebbüs üstünde kontrolün, belirleyici etki doğurmak kaydıyla malvarlığını devralmak, malvarlığı üzerinde mülkiyet ya işletilmeye müsait kullanma hakkı elde etmek, organlarının oluşumunda veya kararlarında etkili olma imkanı veren haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla sağlanabileceğini belirtmiştir. Tebliğin bu hükmünün bütünü dikkate alındığında, özellikle “başka araçlar”, “işletilmeye müsait kullanma hakkı” gibi içi doldurulması gereken kavramların kullanılmış olması karşısında, bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki sağlayacak şekilde kontrolü ele geçirme yöntemlerinin sınırlayıcı şekilde sayılmamış olduğu söylenmelidir. Kontrolü devralmanın çok farklı yöntemleri ortaya çıkabilir. Mesela, yönetim sözleşmesi, hasılat kirası sözleşmesi, kar sözleşmesi, borsada işlem gören hisselerin toplanması, malvarlığı veya ortaklık paylarının devri gibi her türlü vasıta sürekli veya kalıcı olmak kaydıyla kontrolün devralınmış sayılması için yeterlidir.

²⁴² Karar No : 59/439-60, Karar Tarihi: 26.03.1998, RG. T: 17.12.1998, Sayı 23556, “...Schöller Holding GmbH CO.'nun, Kerevitaş Gıda San. ve Tic. A.Ş. hisselerinin % 25,17'sini, Kerevitaş A.Ş.'nin ödenmiş sermayesinin 466.610.000.000 TL.'den 624.000.000.000 TL.'ye arttırılması sırasında devralmasına ilişkin işlemin; tarafların toplam pazar payları yönüyle 4054 Sayılı Kanun'un 7'nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında bir devir işlemi olduğu, ancak, bu işlem sonucunda aynı Kanun'un yine 7'nci maddesinde *belirtilen ilgili ürün pazarında hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin, böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığı* sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle bildirim konusu devir işlemine izin verilmesine”.

²⁴³ Kerem Cem SANLI, **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000, s. 327. ; Kontrol ve yönetim bakımından piyasa yapısının belirlenmesi hakkında bkz: Ateş AKINCI, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001, s. 115, 116.

Kontrol olgusunun gerçekleşmiş sayılması için teşebbüs üzerinde belirleyici etki sağlayan hak ve imkanların kullanılmış veya kullanılıyor olması şart değildir. Belirleyici etkiye imkan veren vasıtaların istenildiği anda kullanılabilir olması yeterlidir. Bu husus gerek tebliğde (m.2/2) gerek Tüzük'te (m.3/5) yer alan "belirleyici etki uygulama olanağı sağlayan vasıtalar" ifadesinden anlaşılabilir²⁴⁴.

2 – Kontrolün Birleşme ve Devralmadan Farkı

Kontrolün devralınması klasik anlamda birleşme ve devralma kavramlarından farklıdır. RKK. m.7 ve 1997/1 tebliğine göre birleşme ve devralma kavramları borçlar hukuku ve ticaret hukukunda olduğundan farklı ve daha geniş anlama sahiptir. Söz konusu rekabet hukuku kuralları bakımından belirleyici kavram "kontrol" kavramıdır²⁴⁵.

BK. m.179'da bir malvarlığının veya işletmenin devri, BK. m.180'de ise bir işletmenin başka bir işletme ile birleşmesi düzenlenmiştir. Bu hükümler esas olarak, borcun nakli kapsamında devralma ve birleşmelerde malvarlığı veya işletmenin borçlarının akıbetini belirlemek bakımından getirilmiş düzenlemelerdir²⁴⁶. TTK. m.146-151, 451-454 hükümlerinde ise ticaret şirketlerine ilişkin birleşme ve devralmalar düzenlenmiştir. Rekabet hukuku açısından, 1997/1 Tebliğinde belirlenen pazar payı veya ciro büyüklüğünü aşan, kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğuran, bağımsız teşebbüsler arasındaki ve hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşme veya devralmalar Rekabet Kurulunun denetimine tabidir.

Her türlü birleşme ve devralma kontrolü devralma sonucunu doğurmayacağı için, BK. m.179, 180 ya da TTK. m.146-151, 451-454 anlamındaki devralma ve birleşmelerin bir çoğu rekabet hukukunun kapsamı dışındadır.

Söz konusu BK ve TTK hükümleri bakımından birleşme ve devralmaların belirli usul ve şekil hükümlerine riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. Mesela, işletmenin devrinde işletmenin unsurları arasında gayrimenkul, marka, motorlu araç gibi devri özel şekle tabi unsurlar varsa bunların formaliteleri ayrıca yerine getirilmelidir. Şirket birleşme ve devirlerinde ise

²⁴⁴ SANLI, s. 327.

²⁴⁵ Gamze ÖZ, Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, **Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu**, 5 Mart 1999, Ankara, s. 116.

²⁴⁶ M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Üçüncü Bası, İstanbul 2000, s. 949.

genel kurulda ağırlaştırılmış yetersayılarla onay, SPK'dan izin, ticaret siciline tescil ve ilan gibi zorunluluklar söz konusudur.

Rekabet hukuku açısından kontrolü devralmanın hangi hukuki ya da fiili vasıtalarla gerçekleşeceği önemsizdir. Gerçekten tebliğe göre kontrol olgusunun: Tek başına, birlikte, fiilen, hukuken sağlanması arasında fark yoktur.

3 – Kontrolü Devralmanın Kriterleri

Kontrolü devralma açısından üzerinde durulması gereken üç önemli kavram **büyüklik (hacim), bağımsızlık ve belirleyici etki** kavramlarıdır.

a – Büyüklik

Rekabet hukuku açısından yalnızca belirli bir büyüklüğü aşan birleşme ve devralmalar denetlenmektedir. Bu büyüklüğü aşmayan kontrol değişiklikleri hakim durum yaratmayacağı varsayılarak denetim dışı bırakılmışlardır.

Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında 1997/1 Sayılı Tebliğ'in 4. maddesinde hangi büyüklüğü aşan birleşme ve devralmaların RK'nun iznine tabi olduğu belirlenmiştir. Birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının piyasanın % 25'ini aşması veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon TL'yi aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur. Rekabet hukukunda hukuki değil ekonomik bağımsızlık söz konusu olduğu için pazar payı ve ciro hesabında tarafların ve bağlantılı bütün işletmelerin pazar payları ve ciroları dikkate alınmalıdır.

Eşiklerden birinin aşılması yeterlidir. Ancak, yalnızca kontrolün el değiştirdiği durumlarda pazar payı ve ciro hesabı yapılmalıdır. Yoksa kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğurmayan devir ve birleşmelerde Pazar payı ve ciro hesabının önemi ve gereği yoktur.

b – Bağımsızlık

RKK'nun 3. maddesinde teşebbüs tanımlanırken: “bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” dikkate alınmıştır.

Rekabet hukuku açısından denetime tabi kontrolün devralınması hususu bağımsız işletmeler bakımından geçerlidir. Bağımsız olmayan teşebbüsler arasındaki birleşme veya devralma işlemleri sonucunda kontrolün el değiştirmesi söz konusu olmayacağı için rekabet mevzuatının amacına giren ve dolayısıyla denetime tabi tutulması gereken bir durum da yoktur. Rekabet hukukunu ilgilendiren birleşme ve devralmalar birden fazla bağımsız teşebbüsün

taraf olduğu birleşme ve devralmalardır. Aynı ekonomik birlik içinde gerçekleşen birleşme ve devirler rekabet hukukunun kapsamı dışındadır²⁴⁷.

Aynı gruba bağıli işletmeler (grup içi birleşmeler) arasındaki birleşme ve devirler rekabet hukuku anlamında birleşme, devir ya da kontrolün devralınması sayılmaz. Çünkü rekabet hukukunda geçerli olan “teşebbüs” kavramı dikkate alındığında bütün grup tek bir işletme sayılmaktadır²⁴⁸.

Birleşme ve devralmalar yönünden bağımsızlığın iki olumsuz şartı vardır: Aynı gerçek veya tüzel kişiye bağıli olmamak, yani aynı gücün kontrolü altında olmamak aynı teşebbüs grubuna dahil olmamak²⁴⁹.

Aynı ekonomik birlik içindeki teşebbüslerin birleşmesi veya devri halinde birbirinin rakibi olmayan teşebbüsler arasında konsantrasyon olduğu için bunların rekabeti sınırlandırması, bozması veya ortadan kaldırması mümkün değildir. Bunlar grup içi yeniden yapılandırmalar olarak değerlendirilebilir²⁵⁰.

Devralınması söz konusu olan teşebbüs bir gruba dahil olmakla birlikte grubun bu teşebbüs üzerindeki hakimiyeti çeşitli şekillerde sınırlandırılmış olabilir. Teşebbüsteki diğerk ortak veya ortakların kanundan, ana sözleşmeden veya başka bir sözleşmeden doğan hakları ana teşebbüsün devri söz konusu olan yavru teşebbüs üzerindeki hakimiyetini sınırlıyor olabilir. Mesela, hakim teşebbüs dışında olan azınlık pay sahiplerinin veto, onay, ağırlaştırılmış yetersayılar gibi söz konusu hak ve yetkileri hakimiyeti sınırlandırıyor veya tamamen kaldırıyor olabilir. Bu durumda kontrolü devralınacak işletme grup içi işletme olmasına rağmen bağımsız kabul edilmelidir. Buna bağıli olarak, böyle bir teşebbüsün hem grup dışı teşebbüslerle hem de grup içi teşebbüslerle birleşmesi veya devri söz konusu olduğunda RK denetimi gereklidir²⁵¹.

Rekabet Kurulu, kontrolü aynı teşebbüse veya gruba ait olan işletmelerin birleşmesi veya devralınmasında tereddütsüz izin vermektedir. Oysa hakimiyet ve kontrol bakımından aynı gruba dahil olduğu tartışmasız olan teşebbüslerin birleşme ve devirleri RKK. m.7 anlamında birleşme ve devir sayılmamalıdır. Yani izin kararı değıl bunların denetime tabi olmadığına karar verilmelidir.

²⁴⁷ Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP, **Avrupa Birliğı Hukuku**, İstanbul 2000, s. 466. ; ÖZ, **Birleşme ve Devralmaların Kontrolü**, s. 117.

²⁴⁸ ASLAN, s. 257.

²⁴⁹ C. J. COOK/ C. S. KERSE, **EC Merger Control, Competition Law in Practice**, Sweet and Maxwell, London 1996, s. 26. ; Ünal TEKİNALP, **Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağani**, İstanbul 1999, s. 782.

²⁵⁰ TEKİNALP, **Grup İçi Teşebbüsler**, s. 783.

²⁵¹ TEKİNALP, **Grup İçi Teşebbüsler**, 784, 785.

Rekabet hukuku anlamında birleşme, devralma veya kontrolü devralmadan söz edilebilmesi için bağımsız bir işletmenin kontrolünün: El değiştirmesi veya şekil değiştirmesi gerekir. Mesela, kontrol bir kişi veya gruptan diğerine geçmeli ya da tek kişi veya grup kontrolünden ortak kontrole dönüşmelidir. Bu sonucu doğurmayan:

Hisselerin, malvarlığının, yönetime katılma hak ve yetkisi tanıyan diğer araçların devralınması veya kontrolü yasak ya da Rekabet Kurulunun iznine tabi değildir. Bunların, özellikle rakip işletmeler arasında yapılması halinde RKK. m. 4. anlamında denetlenmesi yeterlidir²⁵².

Bağımsız teşebbüs kavramının saptanmasında bazı özel durumlar ortaya çıkabilir. Devralma işlemi her zaman bir şirketin yahut şirket paylarının devri biçiminde oluşmaz. RKK. m.7'ye göre, malvarlığının devri ya da yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların el değiştirmesi de denetime tabidir. Mesela, A şirketi B şirketten bir fabrikayı bütün olarak ve çalışır şekilde satın alsa bu devir işlemi eğer ciro veya pazar payı eşiklerini aşıyorsa izne tabidir. Buna karşılık A şirketinin B şirketten boş bir gayrimenkul satın alması Rekabet Kurulunun denetimine tabi değildir. Çünkü, boş gayrimenkul “teşebbüs” ya da işletilmeye elverişli bir malvarlığı sayılmaz. Bazen, pay yahut malvarlığı el değiştirmese dahi izne tabi bir kontrol değişikliği ortaya çıkabilir. Örneğin ortak kontrol altındaki bir şirketin sadece ana sözleşmesi değiştirilerek kontrol bir ortağa bırakılabilir. Burada kontrol değiştiği için bu işlem birleşme ve devralma kriterleri bakımından denetime tabidir²⁵³.

Örnek Kararlar

Rekabet Kurulu, Sınai Yatırım Menkul Değerler A.Ş'nin TSKB Menkul Değerler A.Ş. tarafından devralınması olayında, aynı ekonomik birlik içinde yer alan işletmelerin durumunu değerlendirmiş ve menfi tespit belgesi verilmesine karar vermiştir²⁵⁴.

Olayda her ikisi de Türkiye Sınai Kalkınma Bankası A.Ş. (TSKB)'nin bağlı kuruluşu olan şirketlerden, Sınai Yatırım AŞ, TSKB Menkul Değerler tarafından devralınmaktadır. TSKB, TSKB Menkul Değerler'in %85'ine ve Sınai Yatırım'ın ise %99.99'una sahiptir. Aynı ekonomik birlik içerisinde yer alan şirketler arasında gerçekleştirilen devralma işleminin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7. maddesi çerçevesinde bir devralma işlemi niteliğinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

²⁵² ASLAN, s. 260, 261.

²⁵³ Nurkut İNAN Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, **Rekabet Bülteni**, S. 2, Yıl 2000, s. 18-22.

²⁵⁴ Karar Sayısı : 02-26/269-108, Karar Tarihi: 30.4.2002, RG. T: 22.11.2002, Sayı 24944.

RK 5.11.1998 tarih ve 89/705-147 sayılı kararında²⁵⁵ Köy-Tür Holding AŞ. bünyesindeki 14 ayrı şirketin hisselerinin % 99.47'sinin aynı holdinge dahil olan Köy-Tür Tavukculuk AŞ'e devredilmesine ilişkin işlemde, isabetli olarak tarafların bağımsız birer teşebbüs olmadıkları ve Köy-Tür Holding AŞ'nin bağlantılı teşebbüsleri oldukları gerekçesiyle devir işleminin 1997/1 tebliğinin 2. maddesi kapsamında olmadığı sonucuna varmıştır.

c - Belirleyici Etki (Decisive Influence)

aa – Kavram

Tebliğ ve Tüzükte kontrolün devralınması açısından temel kriter belirleyici etkidir²⁵⁶. Belirleyici etki, bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunu kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanına sahip olmasıdır. Bir teşebbüsün, başka bir teşebbüsün ticari politikalarının oluşumunda kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirme imkanı elde ettiği takdirde “belirleyici etki”nin ve dolayısıyla kontrolün sağlandığı kabul edilmektedir²⁵⁷. Başka bir teşebbüsün malvarlığının, hisselerinin veya başka imkan ve araçlarının devralındığı her durum rekabet hukukunu ilgilendirmemektedir. Bu işlemlerin o teşebbüs üzerinde belirleyici etki sağlayacak bir sonuç doğurması gerekmektedir.

Belirleyici etki (decisive influence) kavramına AB Komisyonu'nun 4064/89 sayılı tüzüğünde yer verilmiş ancak kavram burada da tanımlanmamıştır. Belirleyici etkinin özellikle :

a – Bir işletmenin malvarlığının tamamının veya bir kısmının sahipliği veya kullanma hakkıyla veya

b – Bir işletmenin organlarının oluşması, oyları veya kararları etkileyebilecek haklar veya sözleşmelerle sağlanabileceği belirtilmiştir (m.3).

Belirleyici etki çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin oy çoğunluğu ya da oy hakkında imtiyaza sahip olmak, ana sözleşme ile tanınan şirket organlarına aday önerme hakkına sahip olmak veya ana sözleşme ile tanınan azınlık haklarıyla önemli şirket kararlarında etkili olmak gibi. Bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulayabilme imkanı olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir. Sadece hukuki durum değil somut olayla ilgili

²⁵⁵ RG. T: 30.04.2000, Sayı 24035.

²⁵⁶ Kavram için AB hukukunda *decisive influence* ve *dominant influence*, Türk Hukukunda ise *belirleyici etki* ve *kesin etki* terimleri kullanılmaktadır.

²⁵⁷ Lennart RITTER / W. David BRAUD / Francis RAWLINSON, **EEC Competition Law**, Deventer-Boston, 1993, s. 344, 345.

fiili durum da dikkate alınır²⁵⁸. Ancak bir teşebbüs üzerinde ne zaman ve hangi şartlara bağlı olarak belirleyici etki sağlanmış sayılacağı konusunda kesin kriterler koymak güçtür. Tebliğ ve tüzükte örnek niteliğinde çeşitli ihtimaller sayılmıştır. Ancak özellikle teşebbüsler arasındaki karmaşık işbirliği ilişkileri kontrolün ne zaman sağlandığının tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

AB hukukunda yoğunlaşmalar denetlenirken, birleşme ve devralmaya taraf olan teşebbüslerin ar-ge olanakları, teknolojik yenilik geliştirme kapasiteleri ve sahip oldukları teknolojik ürünler de dikkate alınmaktadır. Çünkü, bu teşebbüslerin söz konusu sektörde ar-ge güçlerini birleştirmeleri halinde rakip teşebbüsler yeni bir ar-ge projesine girişmekten ya da yürüttükleri bir projeyi sürdürmekten vazgeçebilirler²⁵⁹.

Kontrolün, belirleyici etki doğuracak şekilde devralınması sayılabilecek durumları dört başlıkta toplamak mümkündür:

1 – Bir teşebbüsün malvarlığı değerlerinin veya ortaklık paylarının yarısından çoğunun ya da tamamının devralınması ya da yetkili organlarında karar almayı sağlayacak oy oranının sağlanması. Bu durumlarda dahi istisnai olarak kontrol sağlanmamış olabilir. Mesela, kontrol edilmesi söz konusu olan teşebbüsün yönetim ve karar organlarının yapısı ve oluşumu veya tabi olduğu hukuki ve fiili ilişkiler mülkiyete rağmen kontrol imkanı tanımlıyor olabilir.

2 – Bazen bir teşebbüse ait malvarlığının ya da ortaklık paylarının yarısından azı devralınmasına rağmen kontrol olgusu gerçekleşebilir. Mesela, şirket hisselerinin son derece dağınık olması, uygulamada genel kurulun toplanamaması, azınlık hisselerine çeşitli imtiyazların tanınmış olması gibi durumlarda azınlık hisselerine sahip olarak tek başına ya da birlikte kontrol sağlanabilir.

3 – Bir teşebbüs üzerinde birlikte kontrol imkanına sahip olan kişi yada teşebbüslerden birinin diğeri lehine ya da ondan bağımsız olarak ortaklıktan çekilmesi ya da buna imkan verecek miktardaki hisselerinin el değiştirmesi de bu teşebbüs üzerinde kontrolün el değiştirmesine sebep olabilir. Kısmen veya tamamen hisselerini ya da kontrol imkanlarını elden çıkaran tarafın “kontrol” konusuyla bağlantılı ya da bağlantısız hareket etmesi mümkündür. Eğer sonuç olarak ortak kontrolden tek kontrole geçme sonucu meydana geliyorsa bu durum denetime tabi bir konsantrasyon olarak dikkate alınmalıdır²⁶⁰.

²⁵⁸ Pelin GÜVEN, **Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 155.

²⁵⁹ N. Ayşe ODMAN, **Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Ankara 2002, s. 173, 174.

²⁶⁰ RITTER/BRAUD/RAWLINSON, s. 342 vd.

4 – Birbiriyle ilgili ve bağlantılı olarak, peş peşe yapılan işlemlerle ortaya çıkan konsantrasyonlar da kontrolün el değiştirmesine neden olabilir. Bir teşebbüs üzerinde birbiriyle bağlantılı işlemlerle kontrolün sağlanması halinde tek konsantrasyon mu yoksa birden fazla konsantrasyon mu var sayılır?

AB Hukukunda birden fazla devralma işlemi ekonomik ve hukuksal olarak birbirine bağlı olarak yapıldığı takdirde tek konsantrasyonun bulunduğu kabul edilmektedir. Mesela, sadece bir teşebbüsü devralmak amacıyla başka bir teşebbüsün kontrolü, bir teşebbüsün hisseleri ya da malvarlığının aynı amaca yönelik olarak kısa aralıklarla devralınması gibi durumlarda tek bir konsantrasyon söz konusudur. Bu durumlarda ciro hesabı ve hakim durum şartları işlemlerin bütünü dikkate alınarak belirlenir. Ancak birbiriyle bağlantılı olmasına karşılık sonuçları itibarıyla birbirinden ayrı nitelikteki işlemlerin birden fazla konsantrasyona neden olduğu kabul edilir. Mesela, iki teşebbüsün karşılıklı olarak hisse ve malvarlığı değişimleri, devralmadan sonra kontrolü sağlanan teşebbüsün malvarlığını paylaşmak amacıyla oluşturulan konsorsiyumlar, müştereken kontrolü sağlanan teşebbüsün malvarlığının ortaklar arasında paylaşılması ya da hedefleri kontrolü ele geçirilen teşebbüsün malvarlığını üçüncü şahıslara devretmek olan işlemler birden fazla konsantrasyon olarak kabul edilir²⁶¹.

bb - Belirleyici Etki Kavramının Dikkate Alındığı Örnek RK Kararları

Rekabet Kurulu 28.01.1999 tarih ve 99-3/32-10 sayılı kararında Sabah Elektronik Yayıncılık AŞ'nin bütün hisselerinin Medya Park Yayıncılık Sanayi A.Ş., Kemal KINACI, Özcan ERTUNA, Vahit ALPATA ve Çağdaş ERGİN'e devrine ilişkin sözleşmenin bazı hükümlerinin Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.'nin sermayesi, yönetim kurulunun oluşumu ve kararları üzerinde, belirleyici etki sağlama olanağı tanıdığı sonucuna varmış, ancak bu devralma işlemi sonucunda ilgili pazarda hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin önemli ölçüde azalmasının söz konusu olmaması sebebiyle izin verilmiştir²⁶².

²⁶¹ SANLI, s. 328, 329.

²⁶² RG. T: 08.09.1999, Sayı : 23810. "...Söz konusu "Hisse Devir Sözleşmesi"nin sekizinci maddesinin, "Taraflar, Medya Park, Kemal UZAN, Cem Cengiz UZAN ve Hakan UZAN'ın, Sabah Elektronik'in sermayesini temsilen çıkarılmış hisselerin ayrı ayrı veya birlikte, çoğunluğuna sahip oldukları sürece BBD'nin yönetim kuruluna seçilecek üyelerden birisinin Sabah Elektronik'in göstereceği adaylar arasından seçileceğinde mutabıktırlar." ve 10, maddesinin, "Taraflar BBD Genel Müdürünün atanması ve BBD bayi komisyonlarının artırılıp eksiltilmesine dair yönetim kurulu kararlarının oybirliği ile istisnal edileceğinde mutabıktırlar." hükümleri dikkate alındığında; hisseleri devralan taraflara, devralma işlemine kısmen konu olan ve "günlük gazete ve ekleri ile süreli yayınların dağıtılması" faaliyetiyle uğraşan Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.'nin

Rekabet Kurulu 26.6.2001 tarih ve 01-29/285-85 sayılı Ocean Overseas Holdings Limited (Ocean Overseas) ile Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Sezgin Elmas, Saniye Elmas ve Burak Elmas (Sezginler) arasında imzalanan "Ortak Girişim Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesine ilişkin kararında belirleyici etki kavramı üzerinde durmuştur. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

Ortak Girişim Sözleşmesi'nin 5.4. maddesinde;

Ortak girişim şirketinin işlerini ve idaresini ifa etmek üzere yönetim kurulunun 6 üyeden oluşması teşkil edecek ve bu 6 üyeden üçünün Exel (Ocean Overseas) tarafından diğer üçünün de Sezginler tarafından gösterilen adaylar arasından seçilmesi öngörülmüş ve

Yönetim kurulunun toplanabilmesi için Exel'den 2, Sezginler'den 2 olmak üzere, en az 4 üyenin hazır bulunması; kararların alınmasında üyelerin çoğunluğunun olumlu oyları ile birlikte, en az bir Exel Yönetim Kurulu Üyesi'nin ve en az bir Sezginler Yönetim Kurulu Üyesi'nin olumlu oyu şart koşulmuştur.

İnceleme konusu ortak girişim şirketinin karar alma ve yönetilme süreçlerine ilişkin olarak yukarıda verilen bilgiler çerçevesinde, ilgili şirketin sadece bir ana teşebbüsün kontrolü altında olmadığı anlaşılmıştır. Karar süreçlerinin işleminde ve şirketin yönetiminde tarafların etkin rol oynamaları gerekmekte, taraflardan sadece birinin onayı ile hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda karar alınması mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede iki veya daha çok sayıda teşebbüs ya da gerçek kişinin ortak girişim şirketi üzerinde belirleyici etki uygulama olanağına sahip oldukları, diğer bir deyişle ortak kontrol unsurunun sağlanmış olduğu anlaşılmaktadır²⁶³.

VI - KONTROLÜN ELE GEÇİRİLMESİ SAYILAN DURUMLAR

1 – Malvarlığını Devralma veya Kontrol

Bir kişi veya teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün malvarlığını tamamen veya kısmen devralması veya kontrol etmesi rekabet hukuku anlamında kontrolü devralma sayılır. RKK. m.7'de ve Tebliğ m.2'de birleşmeler bakımından "teşebbüsler", devralma bakımından ise "teşebbüsler veya kişiler" dikkate alınmıştır. AB hukukunda ise devralma bakımından, halen en az bir işletmeyi kontrol eden kişi veya teşebbüsün, başka bir teşebbüsü kontrol etmesi gerektiği belirtilmiştir (Tüzük m.3/b). Tüzüğün düzenlemesi daha isabetlidir. Çünkü halen hiçbir ticari faaliyeti olmayan ya da bir işletmenin kontrolünü elinde

sermayesi, yönetim kurulunun oluşumu ve kararları üzerinde, belirleyici etki sağlama olanağı tanınmıştır."

²⁶³ RG. T: 17.11.2002, Sayı 24939.

bulundurmayan kişilerin bir işletme üzerinde kontrolü elde etmesi rekabet açısından hiçbir gerekçeyle denetime tabi tutulmamalıdır.

AB uygulamasında kısmi devralmalarda devralınan malvarlığının bağımsız bir teşebbüs oluşturmaya yeterli olup olmadığı²⁶⁴ ile idari ve teknik açıdan işletmenin diğer kısımlarından ve faaliyetlerinden ayrılabilir ayrılamadığı²⁶⁵ gibi kriterler aranmaktadır. Bu ölçülerden Türk Hukuku bakımından da yararlanılabilir. Devralınan malvarlığı unsurlarının bağımsız bir ticari işletme işletmeye yetecek hacim ve önemde olması ve devreden işletmenin müstakil bir parçasını oluşturması durumunda RK denetiminin gerektiği, bu büyüklüğe ulaşmayan ya da bu özellikleri taşımayan devralmaların ise denetim dışında tutulması gerektiği söylenebilir.

2 – Ortaklık Paylarını Devralma

a – Genel Olarak

Bir kişi veya teşebbüsün, diğer bir teşebbüsün ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını devralması veya kontrol etmesi gerek AB hukukunda gerek Türk hukukunda rekabet açısından denetlenmektedir. Rekabet hukukunun kapsamına giren pay devirleri, payları devralınan işletme üzerinde kontrolün ele geçirildiği ya da kontrolün el değiştirdiği işlemlerle sınırlıdır. Bu boyutlara ulaşmayan kısmi pay devirleri rekabet hukuku açısından denetime tabi değildir. Mesela, zaten kontrolü elinde bulunduran kişi ya da grubun bir miktar daha payı devralması denetime tabi kontrol olgusunun dışında kalır.

Bir teşebbüsün paylarının tamamının ya da kontrol edilmesini sağlayacak miktarının devralınması yoluyla o işletmenin kontrolü sağlanabilir. İşletmenin bütün paylarının devralındığı durumlar bir yana bırakılırsa ne kadar payın devri ile kontrolün sağlanabileceği hususunda kesin bir rakam belirlemek mümkün değildir. Kontrolün ele geçirilmesi her zaman % 51'e ulaşmak anlamında değildir. Bazen binde birlik hisse devri dahi kontrolü sağlama sonucunu doğurabilir.

Kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğuran pay devirlerinin ne şekilde yapıldığı önemsizdir. Pay devrinin satış, trampa, bağış yoluyla ya da sermaye artırımını sırasında gerçekleşmesi önemsizdir. *Mesela, Rekabet Kurulu'nun 26.03.1998 tarih ve 59/439-60 sayılı kararında Schöller Holding'in, Kerevitaş*

²⁶⁴ COOK/KERSE, s. 25. ; GÜVEN, 157, 158.

²⁶⁵ RITTER/BRAUD/RAWLINSON, s. 343.

AŞ'nin sermaye artırımında % 27.17 hisselerini devralması bu açıdan değerlendirilmiştir²⁶⁶.

Pay devirlerinde şirketlerin hisse senedi çıkarıp çıkarmamış olması önemsizdir. Payın senede bağlanıp bağlanmaması yalnızca devrin şekli ve usulü bakımından farklılık arz eder. Kontrolün devralınması bakımından önemli olan yeterli miktarda payın devralınmasıdır.

Anonim ortaklıklarda payların sağladığı oy hakkı eşitse kontrolün devralınması bakımından yeterli miktarda sermayeyi temsil eden payların devri aynı zamanda oy haklarının da devri anlamına gelir. Buna karşılık, oyda imtiyazlı paylar ya da OYHS çıkarılmışsa devralınan pay miktarı ile bunların sağladığı oy hakları farklı olabileceği için söz konusu devralmanın kontrolü devralma sayılıp sayılmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Şöyle ki, sermaye çoğunluğu bakımından kontrolü devralma sayılmayan bir miktar pay devri, sağladığı oy ve yönetime katılma hakları bakımından bu anlama gelebilir. Şüphesiz bunun tersi de geçerlidir. Yani, sermaye çoğunluğunu temsil eden payların devralınması söz konusu olduğu halde devralınan payların sağladığı oy ve diğer yönetime katılma hakları kontrolün devralınması niteliğinde olmayabilir²⁶⁷.

b – İmtiyazlı Paylarla Kontrol

Yönetime katılma hakkına ilişkin imtiyazlı pay çıkarmış olan anonim ortaklıklarda söz konusu imtiyazlı payların devralınmasında kontrol olgusu normal paylara göre daha farklı şekilde ortaya çıkabilir. Mesela, yönetim veya denetim kurullarına aday gösterme ya da seçilen üyeleri onaylama konusunda imtiyaz tanınan paylar diğer paylara göre yönetime katılma hakları bakımından ayrıcalıklıdır. Bu payların kısmen veya tamamen devralınması halinde kontrolün devralınması daha kolay gerçekleşebilecektir²⁶⁸. AB hukukunda yönetim ve

²⁶⁶ RG. T: 17.12.1998, Sayı : 23556. "...Schöller Holding GmbH CO.'nun, Kereviş Gıda San. ve Tic. A.Ş. hisselerinin % 25,17'sini, Kereviş A.Ş.'nin ödenmiş sermayesinin 466.610.000.000 TL.'den 624.000.000.000 TL.'ye artırılması sırasında devralmasına ilişkin devir işlemine izin verilmesine".

²⁶⁷ Geniş bilgi için bkz: Ü. TEKİNALP (R. POROY/E. ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Sekizinci Bası, İstanbul 2000, s. 432 vd ; Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori "İmtiyazlı" Paylar Kurulları, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999, s. 186 vd. ; Abuzer KENDİGELEN, **Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz**, İstanbul 1999, s. 9 vd.

²⁶⁸ Anonim ortaklığın yönetim, denetim ve gözetim kurullarına aday gösterme konusunda imtiyaz tanınan hisselerin devralınmasının "kontrolün devralınması" sayılıp sayılmayacağı hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GÜVEN, s. 161-166. Yazar, yönetim kuruluna aday önerme hakkı olanların yönetim kurulunda çoğunluğu sağlayarak şirketin kontrolünü ele geçirebileceği; buna karşılık denetim kurulunun görev ve yetkilerinin denetim karakterli olması nedeniyle denetim

gözetim kurullarının üye sayısının yarıdan fazlasını önerme yetkisine sahip olmak kontrolün ele geçirilmesi olarak kabul edilmektedir.

RK'nun 30.01.2001 tarih ve 01-06/54-17 sayılı Alliance UniChem Plc'nin Hedef Holding A.Ş. hisselerinin %25'lik bir kısmını pay sahiplerinden devralmasına, ilave bir %25'lik bölümün de daha sonraki bir tarihte devralmasına ilişkin kararında²⁶⁹, A ve B grubu olarak ayrılan hisselerden her bir gruba genel kurul kararlarını onaylama ve yönetim kuruluna aday gösterme konularında imtiyazlar tanınmış olan bir şirketin hisselerinin % 25'nin devralınması konusu incelenmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

Taraflar arasında yapılan diğer bir anlaşma hissedarlık anlaşmasıdır. Bu anlaşma ile AU'nun şirket sermayesinin %25'ini, B grubu hisseler olarak satın alması önerilmekte ve ayrıntıları anlaşmada yer alan şirketin sevk ve idaresi ile ilgili herhangi bir konuda TTK hükümlerine göre bir genel kurul kararı alınması gerektiği takdirde, B grubu hissedarların çoğunluğunun olumlu oyu olmadıkça bir genel kurul kararı alınamayacağı ifade edilmektedir.

Ayrıca, şirketin herhangi bir Murahhas Aza veya Genel Müdürünün tayin ve azli, Şirketin başka bir şirketle birleşmesi gibi daha ayrıntılı konularda da B grubu hissenin onayı istenilmektedir.

Anlaşmanın yönetim kurulu üyelerinin tayini ve azli başlıklı 4.2. maddesinde, yönetim kurulunun sekiz üyeden oluştuğu, A grubu hisselerin çoğunluğuna sahip hissedarların 5 adet, B grubu hisselerin çoğunluğuna sahip hissedarların ise 3 adet yönetim kurulu üyesini aday gösterme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

AU devraldığı %25 ile Hedef Holding A.Ş.'de sadece pay sahibi olmayıp, aynı zamanda hissedarlık anlaşmasının 3.1 maddesi ve şirket ana sözleşmesinin tadil taslağı hükümleri gereğince kontrolde de söz sahibi olmakta, dolayısıyla şirket tek başına kontrolden ortak kontrole geçmektedir. Bu çerçevede, sözkonusu işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi gereğince Tebliğ kapsamında bir devralma olduğu anlaşılmaktadır.

Alliance UniChem Plc'nin Hedef Holding A.Ş.'nin %25 hissesini devralması işleminde; tarafların ilgili pazarlarda sahip oldukları pazar payları ve ciroları itibariyle, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 7 nci maddesine dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4 üncü maddesi

kurulu için aynı konularda imtiyaza sahip olan hisse sahiplerinin ise çok istisnai durumlar dışında şirketin kontrolünü ele geçirmiş sayılmayacaklarını belirtmektedir. s. 163, dn. 44.

²⁶⁹ RG. T: 16.05.2001, Sayı : 24404.

kapsamında bir devralma olduğu, bu devir işlemi sonucunda ilgili piyasada rekabetin bozulmasının ya da olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmadığı... kanısına varılarak, bildirim konusu devralma işlemine izin verilmesine...”.

c - Azınlık Haklarının Kontrol Olgusu Bakımından Değerlendirilmesi

TTK’da düzenlenen azınlık hakları esas sermayenin %10’unu oluşturan (HAAO’larda % 5) pay sahiplerine bazı konularda tanınmış olan haklardır. TTK’da düzenlenen başlıca azınlık hakları kuruluştan doğan sorumluluk nedeniyle sulh ve ibraya engel olma, yönetim ve denetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açılmasına karar verme, özel denetçi seçtirme, denetçilere şikayet, genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekletme ve bilanço görüşmelerini erteleme haklarıdır. Bu azınlık haklarının genel karakteri şirkette denetim ağırlıklı sonuçlar doğurmasıdır.

Rekabet hukuku bakımından kanuni azınlık hakları vasıtasıyla başka bir şirkette kontrolün ele geçirilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, azınlık sıfatı taşıyacak ya da bu miktara ulaşma sonucu doğuran miktardaki pay edinmeleri kontrolün devralınması olarak kabul edilemez.

TTK’da düzenlenen azınlık haklarından başka bir takım hakların esas mukaveleyle azınlığa tanınıp tanınmayacağı TTK’da bu hakların numerus clausus olarak tesbit edilip edilmediğinin belirlenmesine bağlıdır. Eğer azınlık hakları kanunda sınırlayıcı (tahdidi) olarak sayılmışsa, esas sözleşmeyle yenilerinin tanınması mümkün olmazken; örnek nitelikli (tadadi) bir sayım söz konusu ise esas sözleşme ile yeni azınlık hakları tanınabilecektir.

TTK’da düzenlenen azınlık hakları dışında küçük pay sahiplerine ilave bazı hakların tanınabileceği konusunda doktrinde hemen hemen fikir birliği vardır. Esas sözleşme ile yeni azınlık hakları tanımak çoğunlukla azınlık menfaatleri arasındaki dengeyi bozmaz. Netice olarak, mevcut azınlık haklarının kanunda sınırlı sayılı olarak tespit edilmemiş olduğunu, bu nedenle esas sözleşmeyle yeni azınlık hakları tesis etmenin mümkün bulunduğunu, buna karşılık kanuni azınlık haklarını kaldırma ya da kullanımını zorlaştırma gibi tasarrufların yapılamayacağını kabul ediyoruz²⁷⁰. Bu bakımdan esas sözleşme ile azınlık pay sahiplerine anonim ortaklığın haklı nedenle feshini istemek, yönetim ve denetim kurulu üyelikleri için aday göstermek ve bazı yönetim kurulu veya genel kurul kararlarını veto etmek gibi yeni haklar tanınabilir.

²⁷⁰ Geniş bilgi için bkz: İsmail KAYAR, **TTK ve SerPK’ya Göre Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Kayseri 2000, s. 258 vd.

Kanuni azınlık hakları yoluyla şirketin kontrolünü ele geçirmek mümkün değilse de esas sözleşmesel azınlık hakları ile şirketin kontrolünü sağlamak veya şirketin yönetiminde çoğunluğun kontrolünü sınırlandırmak mümkün olabilir. Birden fazla azınlık grubu birlikte hareket ederek de şirketin yönetiminde veya kontrolünde etkili olabilirler. Ancak, azınlığa esas sözleşme ile tanınan haklar ne kadar etkili olursa olsun her durumda bu yolla şirketin kontrolünü ele geçirmenin mümkün olduğu söylenemez²⁷¹.

Sonuç olarak gerek kanuni azınlık hakları gerek esas sözleşme ile tanınan azınlık haklarını kullanarak anonim ortaklıkta kontrolün ele geçirilmesi sık rastlanacak bir durum değildir. Bununla birlikte esas sözleşme ile tanınan azınlık hakları kullanılmak suretiyle çoğunluğun yönetim ve kontrol yetkisinin önemli ölçüde sınırlandırılması mümkündür. Esas sözleşmesel azınlık hakları tanınmışsa, çok istisnai hallerde azınlık grupları birlikte hareket ederek şirketin kontrolünü de ele geçirebilirler. Bu bakımdan TTK ve SerPK hükümleri ile esas sözleşme hükümleri dikkate alınmak suretiyle azınlık sıfatı kazanma sonucunu doğuran pay devirlerinin daha dikkatli incelenmesi gerekir.

Azınlık hisselerinin devrinde RK'dan izin veya menfi tespit istenip istenmeyeceği hususu tartışılabilir. Doktrinde RK'nun azınlık hisse devirlerinde yapılan başvurular için izin vermesi eleştirilmekte, bunların izne tabi olmadığına karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁷². Şirket esas sözleşmesi ile azınlık pay sahiplerine çeşitli yöntemlerle tam veya ortak kontrol imkanı tanınması mümkün olduğu için, bu gibi durumlarda RK'nun denetimi şarttır²⁷³. Azınlık paylarının devrinde, azınlık pay sahiplerine şirket üzerinde kontrol imkanı sağlanıp sağlanmadığı, sağlanıyorsa bunun kapsamı, şirket ve sektör açısından etkileri incelenmeli ve yapılacak değerlendirme sonunda izin veya menfi tespit kararı verilmelidir.

d - Sermaye Piyasası Hukukunda Kontrol Olgusu

aa – HAAO'larda Kontrol Değişiklikleri

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından rekabet hukuku ile sermaye piyasası hukukunun epeyce kesişme noktası bulunmaktadır. HAAO'lar ve sermaye piyasası kurumlarında kontrolü devralma anlamına gelecek birleşme, devralma ve pay devirleri sermaye piyasası hukukunda farklı amaç ve kriterlere dayalı olarak denetlenmektedir. HAAO'larda ve sermaye piyasası kurumlarındaki kontrol değişiklikleri SPK denetiminin yanı sıra rekabet hukuku açısından da denetime tabidir. Mesela, HAAO'larda çağrı yoluyla hisse senedi

²⁷¹ Krş: GÜVEN, s. 166, 167.

²⁷² ASLAN, s. 262.

²⁷³ ASLAN, 260.

veya vekalet toplamak suretiyle kontrol değişikliği gerçekleştirmek mümkündür. Çağrı yoluyla hisse senedi veya vekalet toplanması hem ilgili sermaye piyasası mevzuatı hem de rekabet mevzuatı açısından denetlenecektir.

Rekabet Kurulu, Enron Corporation'un MG Plc'nin sermayesini temsil eden hisselerin tamamını halka çağrı yoluyla devralması işlemine izin vermiştir²⁷⁴.

Halka açık anonim ortaklıklarda son derece dağınık durumda bulunan ve genelde yatırım amacıyla hareket eden pay sahipleri, genel kurul toplantılarına ilgisiz kalmakta ve dolayısıyla şirket yönetiminde güç boşluğu sorunuyla karşılaşmaktadır. Bu sebeple toplam esas sermaye miktarı dikkate alındığında azınlık durumundaki pay sahipleri şirket kontrolünü ele geçirebilmektedir. HAAO'larda pay sahiplerinin dağınıklığı nedeniyle tek başına kontrolün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına tespit edilmesi her zaman kolay değildir. Hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde azınlık paylarının elde edilmesiyle kontrolün sağlanıp sağlanmadığı hususu şirketin halka açıklık oranı, halka arz edilmiş payların ne kadar dağılmış olduğu ve son yıllarda yapılan genel kurul toplantılarında temsil edilmiş olan sermaye miktarı gibi unsurlarla belirlenmelidir. Genel kurul toplantısında temsil edilen oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduranların şirketin kontrolünü elde ettiği kabul

²⁷⁴ Karar Sayısı: 00-25/262-144, Karar Tarihi: 04.07.2000, RG. T: 16.02.2001, Sayı 24320. Kararın ilgili kısımları şöyledir: "... MG'nin ihraç edilmiş veya edilecek olan adi hisse senetleri için Credit Suisse First Boston tarafından Enron Investments PLC adına yapılacak olan ve tavsiye edilen bir nakit karşılığı hisse teklifinin şartları konusunda mutabık kalındığına dair Enron ve MG yönetim kurullarının 22 Mayıs 2000 tarihinde bir duyuru yaptıkları görülmektedir. Enron namına MG için önerilen nakit karşılığı hisse teklifini konu alan Halka Teklif Belgeleri'nden de anlaşıldığı üzere, Enron her bir MG hissesi için 300 pence düzeyinde bir teklif sunmuştur. Söz konusu hisse devir işlemlerinin tamamlanmasından sonra MG Enron'un bir yan kuruluşu haline gelecektir ki, kontrolü el değiştiren MG'nin Türkiye pazarında demirsiz metal ticaretinde bulunduğu göz önüne alındığında, bu işlemin 1997/1 sayılı Tebliğ anlamında bir devir işlemi olduğu açıktır.

Ağırlıklı olarak enerji ve iletişim alanlarında faaliyet gösteren Enron'un, demirsiz metal ticareti alanında faaliyetinin bulunmadığı görülmektedir. Son zamanlarda toptancılık alanında da atılım yapan Enron'un MG'yi devralarak, ticaret ve finans konularındaki güç ve tecrübesini MG'nin demirsiz metal alanındaki lider konumuyla birleştirmek suretiyle sinerji yaratmak ve özellikle ABD ve Avrupa'da yeni müşterilere ulaşabilmek ve çapraz pazarlama imkanlarından istifade etmek gibi amaçlarının olduğu hissedarlara gönderilen Halka Teklif Belgeleri'nden anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Enron'un demirsiz metal ticaretinin bulunmadığı ve bu alanda Türkiye pazarına ihraç yoluyla satışı bulunan MG'nin nikel ticaretindeki pazar payının %17, fiziksel teneke satışlarındaki pazar payının %27 olduğu, üstelik %27 olan bu pazar payının pazarın derivatif araçlar vasıtasıyla teneke satışlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi durumunda daha da düşeceği dikkate alındığında, mezkur devir işleminin Türkiye'deki herhangi bir demirsiz metal ticareti pazarında yatay ya da dikey anlamda yeni bir hakim durum yaratması veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmesi söz konusu değildir".

edilmelidir. Ancak bunun önceden tespiti son derece güçtür. Çünkü, hem genel kurul toplantısına ne kadar katılım olacağını önceden tespit etmek güçtür hem de geçmişteki genel kurul toplantılarına katılım oranlarının ileride yapılacak toplantılar için de dikkate alınması gerekmektedir²⁷⁵.

Halka açık anonim ortaklıklarda çağrı yoluyla vekalet veya hisse senedi toplanması (*aleni pay alım teklifi*) kontrol olgusu bakımından değerlendirilmelidir. Pay sahiplerine temsilci aracılığıyla oy kullanma olanağının sağlanması, genel kurul toplantılarına ilgisizliği ve küçük bir grubun şirketin kontrolüne sahip olmasını bertaraf eder²⁷⁶. Ancak yeterli miktarda vekalet toplanması halinde şirketin kontrolünün değişmesi de mümkündür. Aleni pay alım teklifi, bir anonim ortaklığın paylarını satın almak üzere tüm ortaklara açık bir teklif yapılmasını, bu teklif sonucunda satın alınan paylarla ortaklıkta önemli bir pay sahipliği oranına ulaşılmasını ya da kontrolün ele geçirilmesini ifade eder²⁷⁷.

HAAO'ların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi toplama işlemlerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi SPK'ya tanınmıştır. SerPK. m. 16/A'ya göre, HAAO'ların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerde Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar.

Çağrı yoluyla vekalet veya pay toplamaya ilişkin esasları belirleme ve bu yolla şirketin kontrolünü ele geçirme halinde azınlık pay sahiplerinin hisselerini de satın alma zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler yapma yetki ve görevi de SPK'ya tanınmıştır. SerPK. m. 22/i'ye göre SPK'nın görev ve yetkilerinden biri de "HAAO'ların genel kurullarında genel hükümler çerçevesinde vekaleten oy kullanılmasına ilişkin esasları belirlemek ve bu

²⁷⁵ Abdülğani GÜNGÖRDÜ, **AT Ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrol Unsuru**, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 25. ; Sinan ÜLGEN, **Avrupa Birliği Şirket Birleşmeleri Yönetmeliği**, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 1998, s. 26.

²⁷⁶ Mustafa ÇEKER, Halka Açık Anonim Şirketlerde Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma ve Pay Sahiplerine Çağrıda Bulunarak Vekalet Toplanması, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XVIII, Sayı 1-2, s.177. ; Mustafa ÇEKER, **Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2000, s. 282 vd.

²⁷⁷ Geniş bilgi için bkz: Çağlar MANAVGAT, **Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid)** SPK Yayınları, No:64.

ortaklıklarda yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekalet toplayan ya da pay iktisap edenlerin, diğer payları satın alma yükümlülüğüne ve azınlıktaki ortakların da kontrolü ele geçiren kişi veya gruba paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapmak”tır.

SPK, halka açık anonim şirketlerde genel kurula pay sahiplerinin iradelerinin yansımaları sağlamak amacıyla Seri:IV, No:8 Tebliğini²⁷⁸ yayımlamıştır. Söz konusu Tebliğ’de *temsilci aracılığıyla oy kullanma* ile *pay sahiplerine çağrıda bulunarak vekalet ve hisse senedi toplama* suretiyle şirket yönetimini ele geçirme girişimlerinin ne şekilde gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır²⁷⁹.

Söz konusu mevzuatta HAAO’ların “sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla” gerçekleştirilen vekalet ve pay toplama işlemlerinin denetime tabi olduğu belirtilmektedir²⁸⁰. Şirketin kontrolünü ele geçirme amacıyla yapılan çağrı yoluyla vekalet toplama ve aleni pay alım teklifleri söz konusu olduğuna göre hangi oranda pay sahipliğinin kontrol olanağı verdiğini tespit etmek gerekir.

Anonim ortaklık genel kurullarında toplantı ve karar yetersayılarını düzenleyen TTK. 372 ve 378 hükümleri HAAO’lar bakımından da geçerlidir. Esas sözleşme değişiklikleri için ağırlaştırılmış yetersayılar öngören TTK. 388 hükmü SerPK’da 1999 yılında yapılan değişiklikle HAAO’lar bakımından büyük ölçüde değiştirilmiştir. Buna göre, HAAO’larda şirketin tabiiyetini değiştirmek ve pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak dışındaki genel kurul kararları diğer kararlar gibi basit toplantı ve karar yetersayılarıyla alınacaktır. Yani HAAO’larda anılan iki husus dışındaki bütün kararlar için ilk genel kurul toplantısında esas sermayenin $\frac{1}{4}$ ’ünü temsil eden pay sahipleri hazır bulunmalıdır. Bu toplantı nisabı sağlanamazsa ikinci toplantıda herhangi bir yetersayı aranmaksızın karar alınabilecektir. Rekabet hukuku açısından ilk toplantı için öngörülen $\frac{1}{4}$ oranındaki yetersayılar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması isabetli olur. Şirketin halka açıklık oranı, pay sahiplerinin ne kadar dağınmış olduğu, son yıllardaki Takasbank dökümleri ile bunların değişim miktar ve oranları ve son yıllardaki genel kurul toplantılarına katılım miktarları dikkate alınarak, esas sermayenin % 12.5’tan fazlasını temsil eden hisse senetlerini ele geçirmek kontrolü devralma olarak kabul edilebilir²⁸¹.

²⁷⁸ “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği”, RG. T: 09.03.1994, Sayı 21872.

²⁷⁹ ÇEKER, *Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma*, 177. ; ÇEKER, *Oy Hakkı*, s. 282.

²⁸⁰ SerPK m.16/A, Seri IV, No:8 Tebliğ m.3 ve m.14.

²⁸¹ Krş: GÜNGÖRDÜ, s. 48, 49.

bb - Aracı Kurumlarda Pay Devirleri

Aracı kurumlarda pay devirleri yoluyla kontrol olgusu, SPK denetimi açısından rekabet hukukundan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Şüphesiz bu düzenleme ve denetimler Rekabet Kurulu için bağlayıcı değildir. Ancak, mukayese açısından aracı kurumlarda pay devrine getirilen sınırlamalar ve SPK'nın iznine tabi olan pay devirleri üzerinde kısaca durmak gerekir.

Konu Seri V, No: 46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği m. 16'da düzenlenmiştir:

a) Bir kişinin aracı kurum sermayesinin

%10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmek suretiyle aracı kurum ortağı olması veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların yukarıdaki oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri SPK'nın iznine tabidir.

Yönetimsel veya denetimsel imtiyaz veren veya intifa hakkı taşıyan hisse senetlerinin devri herhangi bir orana bakılmaksızın SPK iznine tabidir.

Bir kişinin, doğrudan veya dolaylı olarak, aracı kurum sermayesinin yukarıdaki oranlara ulaşmayan veya bu oranlar arasında kalan pay devirlerinde ise devri izleyen 15 gün içinde Kurul'a bildirimde bulunulur.

b) Bu maddenin uygulanmasında;

1) Bir gerçek kişi ile eş ve velayeti altındaki çocuklarına, bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu başkanı, üyesi, genel müdür, genel müdür yardımcısı oldukları ortaklıklara,

2) Kamu tüzel kişileri hariç olmak üzere bir tüzel kişinin veya yukarıda sayılanların, sermayelerinin doğrudan veya dolaylı olarak %25 veya daha fazlasına iştirak ettikleri ortaklıklara,

3) Kurul tarafından aralarında istihdam ilişkisi, akdi ilişki ya da sair nedenlerle birlikte hareket ettiği belirlenenlere ait paylar bir kişiye ait addolunur. Bu kişiler arasında yapılacak pay devirlerinde de (a) bendi hükmü uygulanır.

c) Hisse senetleri Kurul kaydına alınan aracı kurumların borsada işlem gören payları için de bir kişinin aracı kurum sermayesinin %10'u veya daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri Kurul'un iznine tabidir. Bu durumda ortaklık yapısı değişikliği

başvuruları payları bu bentte belirtilen oranlara ulaşan gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılır.

Hisse senetleri Kurul kaydına alınan aracı kurumların bir ortağına ait payların bu bentte öngörülen oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirlerinde ise Kurul'a 15 gün içinde bildirimde bulunulur. Şu kadar ki ortağa ait payların aracı kurum sermayesinin %10'unun altına düşmesi sonucunu verecek pay satışı durumunda, satış yapılmadan önce Kurul'dan izin alınması zorunludur. Bu durumda da izin başvurusu veya bildirim ilgili gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılır.

3 – Yönetim Yetkisi Veren Araçları Devralma

a -Yönetim Sözleşmeleri

Yönetim sözleşmeleri ulusal veya uluslar arası olması, tipik veya atipik olması, işletmenin türü veya yüklenilen edimin niteliği gibi çeşitli kriterlere göre tasnif edilmektedir²⁸². Yönetim sözleşmesi ile bir işletmenin yönetim hak ve yetkisini üstlenen gerçek veya tüzel kişiler o işletmenin kontrolünü devralmış sayılır mı? Yönetim sözleşmesi ile bir işletmenin yönetim hakkının devredildiği durumlarda, bunun rekabet hukuku açısından kontrolün devralınması niteliğinde olup olmadığı belirlenirken yönetim sözleşmesinin içeriğine bakmak gerekir. Eğer sözleşme ile yönetimi üstlenen tarafa olağan-rutin işletme faaliyetleri konusunda yönetim yetki ve görevi devrediliyor, önemli yönetim faaliyetleri konusunda karar alma yetkisi işletme sahibinde veya kurullarında bırakılıyorsa RK denetimine tabi bir kontrol devralınmasından söz edilemez. Buna karşılık, yönetim sözleşmesi ile yönetimi üstlenilen işletme üzerinde belirleyici etki sağlama sonucunu doğuran yönetim yetkileri devralınmışsa; bağımsızlık şartı ile pazar payı veya ciro büyüklükleri de aşılmışsa kontrolün ele geçirildiği kabul edilmelidir²⁸³.

b - Oy Sözleşmeleri

Sahip olunan oyların belirli bir yönde kullanılması, hiç kullanılmaması, çekimser kullanılması ya da bir temsilci aracılığıyla kullanılması amacıyla yapılan sözleşmelere oy sözleşmesi denir²⁸⁴. Oy sözleşmeleri ile bir şirketin kontrolünün ele geçirilmesi mümkün olabilir. Çünkü tek başına işletmede etkin olma imkanı sağlayamayan oy sahipleri, oy sözleşmeleri ile birlikte hareket ederek işletmenin yönetimi ve kararları üzerinde belirleyici etki sağlayabilirler. RKK ve 1997/1 sayılı tebliğde yönetim veya oy sözleşmelerinden açıkça söz

²⁸² Turgut ÖZ, **Yönetim (Management) Sözleşmesi**, İstanbul 1997, s. 29 vd.

²⁸³ GÜVEN, s. 168, 169.

²⁸⁴ TEKİNALP, (POROY/ÇAMOĞLU), Ortaklıklar, s. 543.

edilmemiş ise de her iki düzenlemede yer alan “yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları devralma” şeklindeki ifade hiç tereddütsüz oy sözleşmelerinin de bu kapsamda değerlendirilmesini gerektirir. Bu bakımdan kapsam ve içeriğine göre oy sözleşmeleri de RK’nun denetimine veya iznine tabi olabilecektir.

Her biri tek başına şirket kararlarını etkileyemeyen azınlık grupları yapacakları oy sözleşmeleriyle bu imkana kavuşabilirler. Bağımsız bir işletmede bu yolla birlikte kontrolün ele geçirilmesi RK denetimine tabidir. Kontrol hususunda açık bir sözleşme olmamakla birlikte, belirli kişi veya gruplar az çok süreklilik arz edecek şekilde fiilen birlikte hareket ediyorlarsa bu durumda da kontrolün birlikte kullanıldığı kabul edilmelidir.

VII-KONTROLÜ DEVRALMANIN ORTAYA ÇIKIŞ ŞEKİLLERİ

Bir teşebbüsün kontrolünün devralınması çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kontrolü devralma yöntemleri beş ayrı başlık altında incelenebilir:

1 – Tek Kontrol (Sole Control)

Bir kişi veya işletmenin başka bir teşebbüsün malvarlığını veya hisselerinin tamamını devralması tipik kontrolün devralınması durumudur. Ancak kontrolü tek başına devralma her zaman bu kadar basit şekilde ortaya çıkmaz. Aynı gruba ait olan ya da aynı kişi veya işletme tarafından kontrol edilmekte olan işletmeler tarafından başka bir teşebbüsün çoğunluk hisselerinin veya varlıklarının devralınması da tek başına kontrolü devralma olarak kabul edilir²⁸⁵.

RK. 28.04.1999 tarih ve 99-21/166-85 sayılı kararda Doğu Holding AŞ’nin bir iştiraki olan Garanti Bankası AŞ ile birlikte TANSAS AŞ’nin % 51 hisselerini devralmalarını hem tek başına bu işletme üzerinde kontrolün ele geçirilmiş sayılması için yeterli bulmuş hem de birbirinin iştiraki olan devralan şirketleri tek bir teşebbüs olarak dikkate almıştır²⁸⁶.

“...Garanti Bankası A.Ş.’nin Doğu Holding A.Ş.’nin bir iştiraki olması nedeniyle her iki başvurunun birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış... Bildirime konu devir işlemlerine izin verilmesi halinde; Garanti Bankası A.Ş. Tansaş A.Ş.’nin % 29 hissesine, Doğu Holding A.Ş. ise % 22 hissesine sahip olacak ve ilgili belediyenin % 39.29 olan payı % 10.29’a düşecektir. Sonuç olarak, Doğu Holding A.Ş. ve Garanti Bankası A.Ş. toplamda % 51 oranında hisseye sahip olmak suretiyle en büyük pay sahibi konumuna geçecektir.

²⁸⁵ RITTER/BRAUD/RAWLINSON, s. 343, 344.

²⁸⁶ RG. T: 31.05.2001, Sayı 24065.

Diğer taraftan, gerek A grubu hisse sahipleri olarak yönetim kurulunda ve genel kurulda kontrolü ele geçirdiklerinden, gerekse Tansaş A.Ş. bünyesinde kalan % 10'luk A grubu hisse senedinin C grubu hisse senedine dönüştürülmesi için Sermaye Piyasası Kurulu nezdinde izin prosedürü çerçevesinde işlem yapılacağından ve şirketin % 51'lik hissesine sahip olacaklarından, şirketin yönetimi tamamiyle söz konusu gruba geçecektir.

Genellikle bir işletmenin çoğunluk hisselerinin devralınması o işletmenin kontrolünü ele geçirme sonucunu doğurur. Ancak, bir işletmenin çoğunluk hisselerinin devralınmasına rağmen bazen kontrol olgusu gerçekleşmeyebilir; yani, işletmenin kontrolü hisselerinin yarısından azına sahip olan tarafta olabilir. Mesela, toplam pay miktarına nazaran azınlıkta olmakla birlikte oy hakkında veya diğer yönetime katılma haklarında imtiyazlı hisselerle sahip olan taraf kontrolü elinde tutmaktadır. Özellikle OYHS çıkaran şirketlerde bu sonuç ortaya çıkabilir. Diğer yandan, toplantı ve karar yetersayıları ile önceki yıllardaki genel kurul toplantılarına katılım oranları dikkate alınarak, HAAO'larda küçük miktarlardaki hisse devirleri kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğurabilir.

Tek kontrol, zaten tek kişi veya grup tarafından kontrol edilmekte olan işletmenin kontrolünün başka bir kişi veya gruba geçmesi şeklinde olabileceği gibi ortak kontrol altında olan bir işletmede kontrolün tek kişi veya grup tarafından devralınması şeklinde de ortaya çıkabilir²⁸⁷. Şüphesiz, tek kontrolden ortak kontrole geçişler de Rekabet Kurulu denetimine tabidir.

2 – Ortak Kontrol (Joint Kontrol)

a – Kavram

Bir teşebbüsün önemli stratejik kararlarının alınmasında birden fazla bağımsız kişi veya teşebbüsün birlikte hareket etmesine ortak kontrol denir. Kural olarak, bir işletmede sermaye çoğunluğuna sahip olan, ortak girişimde ise sermaye çoğunluğunu temsil eden taraflar yönetim haklarının da çoğunluğuna sahip olur. Ancak eşit oy hakkına sahip olmak, karar almada ve temsilde eşitlik, veto hakkı tanımak, altın hisse uygulaması gibi yöntemlerle bir teşebbüs üzerinde ortak kontrol sağlanabilir. Hatta azınlık pay sahiplerine işletmenin stratejik kararlarının alınmasında veto hakkı (olumsuz azınlık hakkı olarak) tanınmışsa şirketin kontrolünün azınlık ile birlikte devralındığı kabul edilebilir²⁸⁸.

²⁸⁷ İNAN, s. 19-20.

²⁸⁸ GÜVEN, s. 174.

Bir teşebbüsün diğeri üzerindeki etkisi tek başına kontrole imkan vermiyor ve belirleyici etki ancak başka teşebbüslerle birlikte ortak hareket ederek uygulanabiliyorsa birlikte kontrolden söz edilir. Yani teşebbüsün temel ticari politikaları ile ilgili önemli kararların birlikte alınması halinde ortak kontrol vardır. Ortak kontrolün varlığı için, bu davranış sürecinin geçici bir nitelik taşıması da gerekir. Teşebbüslerden birinin temel işlemleri bloke edebildiği durumlarda da ortak kontrol söz konusu olur. Tek başına kontrol imkanlarını bloke etmek, pay sahipliği veya sözleşmesel ilişkiler gibi hukuki ya da fiili vasıtalarla gerçekleşebilir²⁸⁹.

AB uygulamasında sermaye artırımı veya azaltılması, kar dağıtımı, üçüncü şahıslara lisans verilmesi veya üçüncü kişilerle önemli sözleşmelerin yapılması gibi önemli kararların alınmasında birden fazla tarafın katılımı ve onayı gereken durumlarda ortak kontrolün bulunduğu kabul edilmektedir²⁹⁰. *Mesela Ericson ve Ascom şirketleri tarafından oluşturulan AET isimli iştirakte, Ericsson hisselerin % 40'ına ve oy haklarının %32.9'una sahipti. Sermaye çoğunluğu ve oy hakları bakımından kontrol Ascom'da gibi görünmekle birlikte Komisyon, stratejik şirket kararlarının alınmasında her iki tarafın onayının gerekli olmasını dikkate alarak, olayda ortak kontrolün bulunduğunu kabul etmiştir*²⁹¹.

Birlikte kontrol olgusu değerlendirilirken işletmenin önemli kararlarını etkileme-kontrol etme imkanının bulunması yeterlidir. Yoksa fiilen kontrol olgusunun gerçekleşmesi şart değildir²⁹².

b – Örnek RK Kararları

Birlikte kontrol konusu çeşitli RK kurulu kararlarında değerlendirilmiştir.

aa - LPG dağıtım işi ile uğraşan 39 şirketin, aynı alanda iştegal etmek üzere oluşturmayı planladıkları ortak girişim şirketine ilişkin menfi tespit, muafiyet ve izin taleplerinin reddine ilişkin RK kararında²⁹³ “ortak kontrol” ve “bağımsızlık” konuları olabildiğince ayrıntılı şekilde değerlendirilmiştir. Olayda ortak girişime dahil şirketlerin sermaye miktarları ve pay oranları 1997 yılı gaz alımlarına göre belirlenmiştir. Bu durum dikkate alınarak 11 kişiden oluşması planlanan yönetim kurulunda 4 üye Aygaz grubundan, 3 üye İpragaz grubundan,

²⁸⁹ SANLI, s. 330.

²⁹⁰ Richard WHISH / Brenda SUFRIN, **Competition Law**, London 1993, s. 707.

²⁹¹ WHISH / SUFRIN, s. 707, 710.

²⁹² Pınar EYİÜREKLİ, **AB Rekabet Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi**, Ankara 1999, s. 49-50. ; GÜVEN, 174, 175.

²⁹³ Karar tarihi: 27.05.1999, Karar Sayısı : 99-26/230-138, RG. 01.07.2000, Sayı 24096.

2 üye Demirören grubundan, 2 üye de diğer şirketlerden seçilecektir. Yeni oluşturulan şirketin iştirak kararları, gayrimenkul ve iştirak alım satımına ilişkin kararlarında 8/11 karar yetersayısı aranacaktır. Şirketin olağan kararları ise 6/11 karar yetersayısı ile alınacaktır.

RK'nun bu kararına konu olayda olağan kararlarda Aygaz grubunun herhangi bir grupla anlaşması olağan şirket kararlarının alınması için yeterli olacaktır. Stratejik kararlarda ise en az üç grubun birlikte hareket etmesi şarttır. Yani şeklen tipik bir "ortak kontrol" vakası söz konusudur. Bununla birlikte kontrolün devralınması olgusunun bağımsız teşebbüsler arasında gerçekleşmesi de gerekir. RK kurulu isabetli olarak yeni oluşturulan ortak girişim şirketini "bağımsız bir iktisadi varlık" olarak kabul etmemiştir. Bu oluşumun kendisini oluşturan şirketlerden üç büyük grubun kontrolünde olmaya devam edeceği, faaliyetlerini özerk bir şekilde yürütemeyeceği, kararlarını bağımsız bir yönetim anlayışı ile alamayacağı, bu oluşum üzerinde şirket sermayesinin % 83.93'üne sahip üç büyük grubun iradesinin hakim olacağı ve bunların çıkar ve kararlarını yansıtan iktisadi bir yapıya sahip olacağı gerekçesiyle bu ortak girişimi rekabet hukuku anlamında birleşme, devralma veya kontrolü devralma değil, RKK. m. 4 anlamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olarak kabul etmiştir.

bb - Rekabet Kurulu 27.9.2001 ve sayılı 01-45/451-115 sayılı kararında ortak kontrol konusunu incelemiştir²⁹⁴. Kararın ilgili kısmı şöyledir: *Ortak kontrol, ana teşebbüslerin ortak girişimin stratejik ya da ticari faaliyetlerini ilgilendiren konularda kararların alınmasında belirleyici etkiye sahip olmalarıdır. Bu nedenle ortak kontrolün varlığının anlaşılabilmesi için, eşit oy hakkı veya karar alma organlarında temsilde eşitlik, eşitlik olmasa dahi azınlık pay sahiplerinin ortak girişimin ticari davranış ve politikalarını belirleyen kararlarda veto haklarının bulunması ve oylamada ortak hareket edilmesi kriterleri göz önünde bulundurulmaktadır.*

Ortaklar Sözleşmesi'nin yönetim kurulunun oluşumu, karar ve toplantı nisabı, şirket başkanının atanması ve görev alanı ile oy birliği ile alınması gerekli kararlara ilişkin maddeleri incelendiğinde, Ericsson ve Sony'nin ortak girişim şirketinde eşit paylara sahip olacakları, karar alma organlarında temsilde eşitliğin bulunduğu, her üyenin bir oy hakkının bulunması ve ayrıcalıklı oy hakkının olmaması nedeniyle tarafların eşit oy haklarının bulunduğu, işletme politikalarına ilişkin kararlarda ortak karar verme zorunluluklarının olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla karar süreçlerinin işleminde ve şirketin yönetiminde hissedarların etkin rol oynamaları gerekmekte, taraflardan sadece birinin onayı ile yönetim kurulunda karar

²⁹⁴ RG. T: 26.02.2003, Sayı 25032.

alınması mümkün görülmemektedir. Bu çerçevede ortak girişim şirketi Sony ve Ericsson'un ortak kontrolündedir.

cc - Rekabet Kurulu 6.6.2002 tarih ve 02-36/402-169 sayılı Montedison S.p.A. (Montedison) ve Cargill Incorporated (Cargill) arasında imzalanan sözleşme ile Cerestar şirketinin ihraç edilmiş sermayesinin %56.019'unun Cargill'e devrinden dolayı, Cerestar'ın Türkiye'de faaliyet gösteren PNS Pendik Nişasta Sanayi A.Ş. (PNS)'de sahip olduğu %50 oranındaki hissesinin dolaylı olarak Cargill tarafından devralınmasına izin verilmesine ilişkin kararında, ortak kontrol ve stratejik kararlar hakkında değerlendirmeler yapmıştır. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Stratejik kararlar, bütçenin ve işletme çalışma planının onaylanmasına, büyük çaplı yatırım kararlarının alınmasına ve üst düzey yöneticilerin atanmasına ilişkin kararlarda etkili olan veto hakları, ortak girişim üzerinde ortak kontrol sağlayan en belirgin haklardır. Ancak ortak kontrolün varlığından söz edilebilmesi için yukarıda bahsedilen veto haklarının tamamına sahip olunması gerekmekte, bu haklardan bir ya da birkaçının varlığı da ortak kontrol için yeterli olabilmektedir. Bu hak ve/veya hakların, ortak girişim üzerinde ortak kontrole yol açıp açmadığı, veto hak ve/veya haklarının içeriğine ve ortak girişimin kuruluşuna neden olan belirli faaliyet alanı bakımından taşıdığı öneme göre belirlenmektedir.

Ortak girişimin stratejik ticari kararları üzerinde ortak kontrol sağlayan veto hakları arasında en önemlileri, üst düzey yöneticilerin atanması ve bütçenin onaylanmasında etkili olanlardır. İdari yönetim kadrolarının atanmasında müşterek söz hakkı veren bu tür veto hakları, ortak girişim teşebbüsünün ticari stratejilerinin belirlenmesinde belirleyici etkide bulunur. Aynı etki benzer şekilde, bütçenin onaylanmasına yönelik kararlar bakımından da önem teşkil etmektedir, çünkü bütçe bir ortak girişimin gerçekleştireceği faaliyetlerin tamamı açısından bağlayıcı etkiye sahiptir. Ortak kontrolün sağlanmasında önemli olan bir diğer etken, bir teşebbüsün hedeflerini ve bu hedeflere ulaşmak için yapılması gerekenleri belirleyen işletme çalışma programının kabulünde kullanılan veto haklarıdır. Bu tür bir veto hakkının tek başına varlığı dahi ortak kontrol sağlamada yeterli olabilir.

Bir diğer özel veto hakkı yatırımlara ilişkindir. Bu hak ana teşebbüslerin iznine tabi yatırımların miktarı ile ortak girişimin aktif olarak faaliyet gösterdiği piyasanın yatırımlara olan talebine bağlıdır. Birinci durumda, eğer yatırımların seviyesi ağırlıklı olarak ana teşebbüslerin iznine tabi ise azınlık haklarının sahip oldukları veto hakkı, ortak girişimin ticari kararı üzerinde müşterek bir söz hakkından çok azınlık sahiplerinin çıkarlarını korumaya yönelik olarak değerlendirilecektir. İkinci olarak, bir

teşebbüsün yatırım politikası, ortak kontrolün saptanmasında önemli rol oynar. Ancak bazı piyasalar bakımından yatırımın önemi yoktur. Bu yüzden bu tür piyasalarda faaliyette bulunan ortak girişimlerde, yatırıma ilişkin veto hakkına sahip olunması ortak kontrolü sağlayıcı rol oynamaz. Ortak girişim taraflarının pazarda stratejik bir taraf olarak davranabilmek için yatırımların sürekliliğinin ihtiyaç duyulduğunu ispat etmeleri halinde, "ortak kontrolün" belirlenmesinde tarafların sahip olduğu veto hakkı tek başına yeterli sayılabilir.

Yukarıda yer verilen veto haklarının yanısıra (üst düzey yöneticilerin atanması, bütçenin onaylanması, işletme çalışma programının kabulü, ortak girişimin sürekliliği için gerekli olan yatırımlara ilişkin veto hakları), 1998 tarihli Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Avrupa Birliği Komisyonu Duyurusu'nda yer aldığı üzere, ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazarın yapısına özgü kararların verilmesinde ortak kontrole yol açan veto hakları da vardır. Duyuruda buna örnek olarak; ortak girişimin faaliyetlerini sürdürmesinde teknoloji seçiminin etkili olduğu hallerde, bu teknolojinin seçimine yönelik veto hakkı ile ürün farklılaştırması ve yenilik gerektiren pazarlarda geliştirilecek yeni ürün gamının oluşturulmasında etkili olacak veto hakları sayılmıştır.

Bu anlamda PNS Pendik Nişasta A.Ş.'nin günlük işlerinin dışında kalan ve önem arz eden faaliyetlerinde taraflarının her ikisinin de toplantıya katılması ve olumlu oyunun gerekmesi sebebiyle ortak kontrolden söz edilebilmektedir"²⁹⁵.

dd - FİBA Holding ile GÜÇBİRLİĞİ Holding tarafından oluşturulan bir konsorsiyum tarafından TANSAS AŞ'nin % 22 oranındaki hisselerinin devralınması ortak kontrole örnek olarak gösterilebilir²⁹⁶.

ee - Birlikte kontrol olgusu OPET-ENRON kararında da değerlendirilmiştir²⁹⁷. Olayda OPET AŞ'nin % 7.75'lik hisseleri ENRON grubunun kontrolünde olan ECT Finans İnc. tarafından devralınıyordu. Ancak sözleşmeyle ENRON grubuna OPET hisselerinin % 16.67'ye kadar olan kısmını satın alma konusunda opsiyon hakkı tanınıyordu. ENRON bu imkanı sonuna kadar

²⁹⁵ RG. T: 06.03.2003, Sayı 25040.

²⁹⁶ RK. Karar tarihi : 12.02.1998, Sayı 52/376-40, RG. T: 18.11.1998, Sayı 23527.

²⁹⁷ RK. Karar tarihi : 30.05.2000, No: 00-20/201-110, RG. T: 06.02.2001, Sayı 24310. "... Söz konusu hisse devir işlemiyle ortaya çıkacak yapının, 1997/1 sayılı Tebliğ'in " Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2 nci maddesinin c bendinde yer alan "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)" tanımı doğrultusunda birleşme veya devralma sayılan bir ortak girişim işlemi olduğu görülmektedir".

kullansa dahi OPET üzerinde kontrolü ele geçirme imkanı yoktur. Ancak başka bir sözleşme ile OPET'in imtiyazlı A grubu hisselerinden bir adet ENRON'a verilmişti. Bu imtiyazlı hisse sayesinde, OPET'in önemli-stratejik konulardaki yönetim kurulu ve genel kurul kararlarında ENRON'un da olumlu oyu aranmakta, yani karara katılması gerekmektedir.

Şeklen en fazla % 16.67'lik pay devri söz konusu ise de OPET'in stratejik kararlarının alınmasında ENRON'un da onayı zorunlu olduğu için, bugüne kadar OPET üzerindeki kontrolün bağımsız olarak kullanıldığı halde artık ENRON ile birlikte kullanılacağından bu durum kontrolün el değiştirmesi olarak değerlendirilmiştir.

ff - Kale Power²⁹⁸ kararı, General Electric ile Kale Grubu'nun iştirak edeceği elektroteknik ürünler, alçak gerilim elektrik şalt cihazları ve izolatör satışı yapacak olan bir ortak girişim şirketi kurulması işlemine ilişkindir. Ortak girişim şirketi olan Kale Power'da; Kale Grubu % 85 oranında, GE ise % 15 oranında hisse sahibi olacaklardır. Taraflar arasında yapılan anlaşmada 5 kişilik yönetim kurulunda Kale Grubu'nun 4, GE'nin ise 1 üyeyi atmasına karar verilmiştir. Yönetim TTK hükümleri çerçevesinde toplanıp karar alacaktır. Ancak şirketin iştiraklerinde herhangi bir değişiklik, belli bir oranın ve/veya miktarın üzerinde borçlanma, belli bir oranın ve/veya miktarın üzerinde satış yapılması gibi hususlara karar verilirken GE'nin atayacağı üyenin olumlu oyu gerekmektedir. Bu düzenlemeler sonucu ortak kontrolün sağlandığı tespit edilmiştir.

c - Ortak Kontrolün Ortaya Çıkış Şekilleri

Ortak kontrolün ortaya çıkış şekilleri şöyle sıralanabilir:

a – Bir teşebbüsün karar organlarında eşit sayıyla ya da eşit oy hakkıyla temsil edilmek. Eşitlik pay dağılımına, sözleşmeye ya da başka imtiyazlı durumlara dayalı olabilir. Bu durumda birlikte hareket etme zorunluluğu ve birlikte kontrol olgusu kendiliğinden gerçekleşir.

b – Bir teşebbüsün karar alma sürecinde taraflardan bir veya bir kaçına veto hakkı tanınarak stratejik kararların alınmasında ortak davranış zorunluluğu getirilmesi. Genellikle veto hakkı azınlıkta olan kişi veya gruba tanınır. Bu halde veto hakkının kullanılacağı baskısıyla önemli kararların alınmasında birlikte hareket edilecektir. Ancak AB uygulamasında, azınlığa kendi çıkarları için tanınan veto imkanı ortak kontrolün varlığı açısından yetersiz bulunmaktadır. Çünkü, ortak kontrol teşebbüsün temel ticari politikalarının belirlenmesine

²⁹⁸ RK. Karar Tarihi : 04.01.2001, Karar No: 01-02/3-1 RG. T: 16.05.2001, Sayı 24404.

ilişkin davranışlarda ve stratejik kararlarda gereklidir²⁹⁹. Bir teşebbüsün bazı konularda veto hakkına sahip olması hakimiyeti ifade etmez, ancak hakimiyeti önleyen bir faktör olarak mütalaa edilebilir³⁰⁰.

c – Bir teşebbüste azınlık konumunda olan birden fazla kişi ya da teşebbüsün anlaşarak veya fiilen teşebbüsün karar alma sürecinde az çok sürekli şekilde birlikte hareket etmeleri de ortak kontrolün diğer bir görünüm şeklidir.

d - Ortak Kontrol İle Ortak Girişimin Farkı

Teşebbüsler arasında işbirliği temeline dayalı olan rekabeti bozan veya sınırlayan anlaşma ve davranışlarla bir teşebbüste kontrolü devralma sonucunu doğuran konsantrasyonların birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Ortak girişimlerle bir teşebbüsün kontrolünü ele geçirmek mümkün olduğu gibi, kontrol olgusunun tamamen dışında sadece işbirliğine yol açan işlem ve uygulamaların yapılması da mümkündür. İşbirliğine dayalı birlikte davranışlarda RKK m.4, kontrolü devralma amaçlı işbirliklerinde ise RKK m.7 uygulanacaktır. Rekabet Kurulu, 39 LPG şirketinin oluşturmak istediği ortak girişimde bu ayrımı başarılı şekilde yapmıştır.

3 – Özelleştirme Yoluyla Devralmalarda Kontrol

Özelleştirmelerin, devlete gelir sağlama ve piyasa ekonomisini güçlendirip işlerlik kazandırmanın yanı sıra rekabet hukukunu ilgilendiren yönleri de vardır. Özelleştirme ile kamusal nitelikli bir tekel ortadan kaldırılırken abartılı devlet yardımları, kamusal teşebbüslerin sahip olduğu imtiyazlı hakların özelleştirme yoluyla devralan teşebbüse de tanınması gibi sebeplerle özel tekellerin ortaya çıkması da mümkündür.

Özelleştirme yoluyla meydana gelen devralmalar önceden 1997/1 tebliği kapsamında değerlendirilirken, 1998 yılında 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ çıkarılmıştır. 1997/1 sayılı tebliğin bu tebliğe aykırı olmayan hükümleri özelleştirme yoluyla yapılan devralmalara da uygulanır.

Özelleştirme yoluyla yapılan devralmalara ilişkin tebliğ, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı veya diğer kamu kuruluşları tarafından yapılacak özelleştirmelere ilişkin olarak daha çok usul hükümleri ile kapsam dışı tutulacak devir ve satışları düzenlemektedir³⁰¹. Tebliğ'in 2. maddesine göre, istisnalar

²⁹⁹ SANLI, s. 331.

³⁰⁰ TEKİNALP, Grup İçi Teşebbüsler, s. 784.

³⁰¹ Tebliğ'in 2. maddesinde kapsam dışı tutulan devir ve satışlar şunlardır: Mahalli idareler dahil kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan devirler, Mal veya hizmet üretimine yönelik olmayan

dışında *bir teşebbüsün ortaklık paylarının ya da diğer hak ve araçlarının tümünün veya bir kısmının teşebbüsün üzerindeki kontrolü değiştirecek ya da karar organlarını etkileyecek şekilde yahut mal veya hizmet üretimine yönelik birimlerin özelleştirme yolu ile her türlü devri* bu tebliğ hükümlerine tabidir. Tebliğ kapsamındaki özelleştirme yoluyla devralmalarda pazar payının % 20'yi, cironun ise 20 trilyonu aşması halinde RK'na ön bildirim yapılacak ve görüş alınacaktır (m.3). İlgili ürün pazarındaki pazar payının % 25'i veya cironun 25 trilyonu aşması halinde ise RK'dan izin alınacaktır (m.5). Özelleştirme yoluyla devralmalara ilişkin tebliğin uygulanması bakımından, 1997/1 tebliğinin bu tebliğe aykırı olmayan hükümleri özelleştirme yoluyla devralmalarda da geçerlidir (m.7). Tebliğin bu hükmü nedeniyle, kapsam dışı bırakılan özelleştirme yoluyla devralmalar dışında kontrolün devralınması olgusunun belirlenmesi açısından RKK. m.7 ile 1997/1 tebliği hükümleri aynen geçerli olacaktır.

1998/4 tebliğinin 2. maddesinin son fıkrasında kontrole ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu tebliğin kapsamı dışında olan satış ve devirler arasında “çalışanlara devirler” de sayılmıştır. Çalışanlara devirin ne anlama geldiği açıklanırken belirleyici unsurun “kontrol” olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu fıkraya göre “...kontrolün açıkça özelleştirilecek teşebbüsün çalışanlarında ve/veya emeklilerinde olacağı” ortak girişim ve sair organizasyonlara satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi, gelir ortaklığı ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruf yöntemlerinden herhangi birinin veya bir kaçının birlikte uygulanması ile yapılan devirler *çalışanlara devir* olarak kabul edilir.

4 – Hukuki Kontrol

Gerçek kişilere ait işletmeler, adi şirketler ve şahıs şirketlerinde kontrolü devralma, ana sözleşme değişikliğini de kapsayacak şekilde sonuç doğuran pay veya araç devirlerinde söz konusu olur. Çünkü, bunlarda ana sözleşme değişikliği gibi temel işlemler oy birliğiyle yapılabilen, diğer olağan yönetim faaliyetlerinde ise oy çokluğu yeterli olmaktadır. Limited şirketlerde sermayenin yarısından fazlasına sahip olan ortaklar esas olarak kontrolü

gayrimenkul devri, Yurtdışı sermaye piyasalarında satışlar, Halka arz, Sermaye piyasalarına ilişkin mevzuattaki hükümler saklı kalmak kaydıyla süresi 3 yılı aşmayan gecikmeli halka arzı içeren blok satışlar, Çalışanlara devirler, Borsada normal ve/veya teşebbüsün kontrolünde değişikliğe yol açmayan özel emir ile satışlar, Menkul kıymetler yatırım fonları ve/veya menkul kıymetler yatırım ortaklıklarına satışlar.

Söz konusu devir ve satışların kapsam dışı olması demek, bu tebliğ hükümlerine tabi olmaması demektir. Bu tebliğin uygulanmadığı birleşme, devralma ve kontroller RKK ve 1997/1 tebliğine tabi olduğu için, sayılan istisnalar RK denetimi dışında değil, genel hükümlere tabi olarak yine de denetime tabidir.

elde etmektedirler³⁰². Buna karşılık anonim şirketler ile ortak sayısı 20'yi geçen limited şirketlerde kural olarak ana sözleşme değişikliğini de içeren mutlak kontrol esas sermayenin üçte ikisine sahip olmakla elde edilmektedir. Ana sözleşme değişikliğini içermeyen hususlar için ise ilk genel kurul toplantısında esas sermayenin dörtte biri, ikinci toplantıda ise herhangi bir yetersayı aranmaksızın toplantıya katılanlar görüşme yapıp karar almaya yetkilidir. SerPK'da 1999 yılında yapılan değişiklikle HAAO'lar bakımından toplantı yetersayı hafifletilmiştir. Klasik anonim şirketler için ağırlaştırılmış toplantı yetersayı aranan esas sözleşme değişikliklerinde dahi ilk toplantı için esas sermayenin ¼'ünün katılımı aranmakta, ikinci toplantı için ise nisap aranmamaktadır (SerPK. m.11/7). Bu bakımdan HAAO'larda daha küçük oranlardaki pay devirleri dahi hukuki anlamda kontrolün ele geçirilmesi olarak sonuç doğurabilecektir.

Diğer bir teşebbüsün kontrolünün devralınmasına ilişkin işlemler hukuki açıdan birbirine bağlı şekilde ve peş peşe gerçekleştiği takdirde bunların bir bütün olduğu ve tek devralma işleminin bulunduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık birbiriyle bağlantılı olmakla birlikte sonuçları itibariyle birbirinden farklı olan işlemler ise birden fazla devralma olarak dikkate alınmalıdır.

Mesela RK 30.01.2001 tarih ve 01.06/54-17 sayılı kararında gerçekleşmiş olan bir miktar hisse devrinin, kontrolü devralma sayılmayacağı ancak aynı işletmenin hisselerine ilişkin ileride gerçekleşmesi muhtemel hisse devirleri için yapılan sözleşmelerin ise muhtemel hisse devirlerinin gerçekleşmesi halinde dikkate alınmasına ve bildirimde bulunulması gerektiğine karar verilmiştir³⁰³. Olayda Alliance UniChem Plc'nin Hedef Holding A.Ş. hisselerinin %25'lik bir kısmını pay sahiplerinden devralmasına, ilave bir %25'lik bölümün de daha sonraki bir tarihte devralmasına ilişkin izin talebi söz konusuydu.

“... Bu anlaşma ile hissedarlar AU'ya kapanış tarihini takip eden günden başlayan 900 günlük süre içinde ilave bir %25'lik hisse satımını kabul etmektedirler. AU bu opsiyon hakkını belirtilen süre içerisinde istediği bir günde kullanabilecektir. Opsiyonun tamamen veya kısmen kullanılması mümkündür.

AU devraldığı %25 ile Hedef Holding A.Ş.'de sadece pay sahibi olmayıp, aynı zamanda hissedarlık anlaşmasının 3.1 maddesi ve şirket ana sözleşmesinin tadil taslağı hükümleri gereğince kontrolde de söz sahibi

³⁰² İsmail Hakkı KARAKELLE, Birleşme ve Devralma İşlemlerine İlişkin Türk Rekabet Kurumu Uygulamaları, **İMKB Aylık Konferansı**, 8 Nisan 1999, s. 21, 22. ; GÜVEN, s. 169, 170, dn. 67.

³⁰³ RG. T: 16.05.2001, Sayı 24404.

olmakta, dolayısıyla şirket tek başına kontrolden ortak kontrole geçmektedir. Bu çerçevede, sözkonusu işlemin, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesi gereğince Tebliğ kapsamında bir devralma olduğu anlaşılmaktadır.

Ek alım opsiyonu anlaşması gereğince ileriki bir tarihte opsiyon hakkının kullanılması halinde, tarafların Kanun'un ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in ilgili hükümlerine göre bir değerlendirme yaparak, eğer gerekiyorsa bildirimde bulunmalarına, dolayısıyla şimdiden bu konuda bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır”.

5 – Fiili Kontrol

Hukuki anlamda bir işletmenin kontrolünün devralınması söz konusu olmamakla birlikte fiilen bu sonuca ulaşılması mümkündür. Tebliğ'in kontrolü düzenleyen 2. maddesi bir bütün olarak dikkate alındığında *fiili veya ekonomik kontrolün* de tebliğ kapsamında olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Tebliğe göre, herhangi bir kişi veya teşebbüsün diğer bir teşebbüsün malvarlığını kontrol etmesi, diğer bir teşebbüs üzerinde hak, sözleşme veya başka araçlarla belirleyici etki kurması kontrolün ele geçirilmesi sayılmıştır.

Başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etkinin nasıl sağlanacağı konusunda örnek bir sayım yapıldığı özellikle “veya başka araçlarla” ibaresinden açıkça anlaşılmaktadır. Bir teşebbüsün kontrolünün sürekli ve kalıcı şekilde el değiştirmesi hukuki işlemler dışında ekonomik ilişkilerle de sağlanabilir. Bir teşebbüs üzerinde henüz kontrol sayılacak işlemler yapılmamış olsa da bunun mümkün olduğu durumlarda da kontrol olgusunun gerçekleştiği kabul edilecektir. Bugüne kadar söz konusu vasıtalar kullanılmasa da kontrolü sağlama baskı ve imkanı RK denetimi için yeterli sayılmalıdır³⁰⁴.

6 – Dolaylı Kontrol

Kural olarak bir teşebbüsün üzerinde belirleyici etki sağlayacak şekilde malvarlığını, ortaklık hisselerini ya da diğer araçlarını devralan teşebbüs, hedef teşebbüsün kontrolünü de devralmış olur. Ancak karmaşık ticari ve ekonomik ilişkiler nedeniyle kontrolün kime ait olduğu tartışmalı olabilmektedir. Yani devralmayı gerçekleştiren teşebbüs ile devralınan teşebbüs üzerinde kontrolü ele geçiren teşebbüs birbirinden farklı olabilmektedir. Rekabet hukukunda hukuki kalıp ve ilişkilerin yanı sıra ekonomik ve fiili değerlendirme de yapıldığı için bu durum rahatlıkla ortaya çıkabilir.

Tebliğde bu ihtimal düşünülmüştür. Tebliğ m.2/3'de kontrolü kimin elde etmiş sayılacağı şöyle belirtilmiştir: “Kontrol, hak sahipleri ya da bir

³⁰⁴ GÜVEN, s. 170, 171.

sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle *bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilmiş sayılır*³⁰⁵.

7 - Ortaklar Arası Hisse Devirlerinde Kontrol

Ortaklar arası hisse devrinin dört farklı şekli olabilir:

a – Azınlık hisselerine sahip hissedar kontrolü devralma sonucunu doğurmayacak şekilde hisselerini artırabilir. Bu durumda izin ve bildirim gerek yoktur.

b – İlgili pazarda başka bir işletmesi olmayan azınlık hisselerine sahip olan hissedar yeni paylar devralarak kontrolü ele geçirebilir. Bu durumda rekabet açısından pazar payı değişmediği için denetim gereksizdir. Bu durum AB hukukunda denetimi dışıdır. Çünkü 4064/89 Konsey tüzüğüne göre halen en az bir işletmeyi kontrol eden kişi veya grubun kontrolü devralması denetlenmektedir. Bu şekildeki pay devirleri, gereksiz olduğu halde RK denetimine tabi tutulmaktadır.

c – Aynı sektörde halen bir işletmeyi kontrol etmekte olan azınlık hissedarların hisse devralarak kontrolü ele geçirmesi mümkündür. Bu durum rekabet ve pazar şartlarını etkileyeceği için denetlenmesi gereken bir durumdur.

d – Zaten şirket kontrolünü elinde tutan ortağın bir miktar daha hisse devralması. Bu durumun da rekabet hukuku açısından denetimi gereksizdir. Ancak RK bu gibi başvuruları da incelemekte ve izin vermektedir³⁰⁵.

8 - Hakim Durumda Olan İşletmelerin Birleşme ve Devralmaları

Rekabet hukukunda yoğunlaşmaların denetlenmesinin temel nedeni hakim durum yaratma veya mevcut hakim durumu güçlendirme kaygısıdır. Zaten hakim durumda bulunan teşebbüslerin birleşmesi, devralınması ya da kontrolünün devralınması hukuken yasak olmamakla birlikte çoğunlukla hakim durumu güçlendirecek sonuçlar doğurur. Bu gibi konsantrasyonların denetiminde RK'nun daha titiz inceleme yapması gerekir³⁰⁶. Ancak RK Erciyas Biracılık AŞ'nin Toros Biracılık AŞ'nin tesislerini devralması ve KORDSA AŞ'nin, Sabancı ve Du Pont ortak girişimi olan Dusa şirketini satın almasına ilişkin kararlarında söz konusu devralma ve birleşmelerin neden hakim durum yaratmadığı ya da neden mevcut hakim durumu güçlendirmediyine ilişkin yeterli analiz ve gerekçeleri ortaya koymamıştır³⁰⁷.

³⁰⁵ ASLAN, s. 263, 264.

³⁰⁶ ASLAN, s. 265.

³⁰⁷ ASLAN, s. 265, 266.

SONUÇ

İşletmelerin birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yollarla yoğunlaşmaları gerek ulusal gerek uluslararası rekabet açısından bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, aşırı yoğunlaşmalar rekabet ortamını bozduğu için denetlenmelidir. Yoğunlaşmaların denetiminde söz konusu iki ihtiyaç arasında uygun bir denge gözetilmelidir.

Türk hukukunda birleşme ve devralmalar RKK. m.7 ve Rekabet Kurulunun 1997/1 Tebliğine göre denetlenmektedir. İşletmelerarası yoğunlaşmaların denetiminde bağımsız bir teşebbüsün kontrolünün el değiştirmesi ve belirleyici etki kavramları temel kavramlardır. İzne tabi veya yasak olan birleşme ve devralmalar belirli eşikleri aşma, bağımsız bir teşebbüsün kontrolünü devralma ve hakim durum yaratma ya da mevcut hakim durumu güçlendirme sonucu doğuranlardır.

Bağımsız bir teşebbüsün kontrolünü ele geçirmek, o teşebbüs üzerinde sürekli ve kalıcı şekilde belirleyici etki uygulayabilme imkanına sahip olmak demektir. Yani, o teşebbüsün stratejik kararlarının kendi lehine sonuç alacak şekilde etkilenebilmesi demektir. Belirleyici etki uygulama fırsatının kullanılması şart değildir; bu imkana sahip olmak da kontrolü ele geçirme sayılır.

Bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki sağlayarak kontrolünü devralma çeşitli araçlarla ve çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Kontrolün el değiştirmesi hukuki ya da fiili vasıtalarla, tek başına veya birlikte, doğrudan veya dolaylı olarak ortaya çıkabilir.

Denetime tabi birleşme ve devralmalar belirlenirken pazar payı ve ciro eşikleri dikkate alınmaktadır. Görünüşte iki eşik bulunmakla birlikte birleşme ve devralmalar bakımından kritik ve gizli eşik “kontrol” eşiğidir. Tebliğdeki eşikler denetime tabi olup olmama bakımından sınırı göstermektedir. Denetime tabi olduktan sonra yapılacak inceleme ve değerlendirmenin temel hareket noktası bir teşebbüsün kontrolünün el değiştirip değiştirmediğidir. Birleşme ve devralmalarda son eşik ise hakim durum eşiğidir. Ciro, pazar payı ve kontrol eşikleri aşılmış olsa bile hakim durum yaratmayan ya da mevcut hakim durumu güçlendirmeyen birleşme ve devralmalar yasak değildir.

Kontrolün el değiştirmedeği ve hakim durumla bağlantılı olmayan birleşme ve devralma işlemleri yasak ya da izne tabi değildir. Ancak, Rekabet Kuruluna yapılan bir çok başvuru ile Rekabet Kurulunun birleşme ve devralmalarla ilgili kararları bu hususun yeterince bilinmediğini ortaya koymaktadır. Bu yüzden yapılan başvurular Kurulun iş yükünü gereksiz yere artırmaktadır.

Rekabet Kurumunun faaliyete geçtiği 05.11.1997 tarihi ile 30.09.2001 tarihleri arasında, RK'ye toplam 315 adet birleşme ve devralma başvurusu yapılmış ve bunlardan 308 adeti karara bağlanmıştır. Karara bağlanan 308 başvurunun, 156'sı RKK kapsamı dışında bulunmuş, 150'sine izin verilmiş, 2'sine ise izin verilmemiştir. Kapsam dışı dosyalar toplam başvuruların yarısından fazlasını oluşturmaktadır. Bunların büyük çoğunluğu da kontrolün el değiştirmesi sonucunu doğurmayan ve bu yüzden RKK kapsamı dışında olan başvurulardır.

Rekabet Kurulunun birleşme ve devralmalara ilişkin kararlarında izin verilmeyen birleşme ve devralmaların çok az sayıda olması nasıl yorumlanmalıdır? Bu durum Rekabet Kurulunun RKK'nin amacına uygun olarak rekabet ortamını da gözettiği ve yoğunlaşmalar konusunda aşırı müdahaleci davranmadığı şeklinde yorumlanabilir. Diğer yandan, başvuruların önemli bir kısmının RKK kapsamı dışında olması ve çoğuna izin verilmiş olması dikkate alınarak, denetim eşiklerinin düşürülmesi gerektiği de söylenebilir. Çünkü, yoğunlaşmalar konusunda RKK ve Rekabet Kurulunun caydırıcı etkisini ölçmek mümkün değil ise de izin verilmeyen birleşme ve devralma sayısı çok az olduğu kesindir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKINCI, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001.

ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku, 2. Basım, Bursa 2001.

COOK, C. J. / KERSE, C. S.: EC Merger Control, Competition Law in Practice, Sweet-Maxwell 1996.

ÇEKER, Mustafa: Halka Açık Anonim Şirketlerde Temsilci Aracılığıyla Oy Kullanma ve Pay Sahiplerine Çağrıda Bulunarak Vekalet Toplanması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 1-2.

ÇEKER, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2000.

EYİYÜREKLİ, Pınar: AB Rekabet Kuralları Çerçevesinde Şirket Birleşmelerinin Denetlenmesi, Ankara 1999.

GÜVEN, Pelin: Türk Rekabet Hukuku ve AB Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

GÜNGÖRDÜ, Abdülğani: AT Ve Türk Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrol Unsuru, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

İNAN, Nurkut: Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları, Rekabet Bülteni, S. 2, Yıl 2000.

İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori “İmtiyazlı” Paylar Kurulları, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999.

KARAKELLE, İsmail Hakkı: Birleşme ve Devralma İşlemlerine İlişkin Türk Rekabet Kurumu Uygulamaları, İMKB Aylık Konferansı, 8 Nisan 1999.

KAYAR, İsmail: TTK ve SerPK’ya Göre Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Kayseri 2000.

KENDİGELEN, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999.

MANAVGAT, Çağlar: Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer – Takeover Bid) SPK Yayınları, No: 64, Ankara 1997.

ODMAN, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002.

ÖZ, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997.

WHISH, Richarda/SUFRIN, Brenda: Competition Law, London 1993.

ÖZ, Gamze: Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara, 5 Mart 1999.

OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, İstanbul 2000.

RITTER, Lennart/BRAUD, W. David/RAWLINSON, Francis: EEC Competition Law, Deventer-Boston, 1993.

SANLI, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara 2000.

SELÇUK, Selçuk: Mukayeseli Olarak AB ve ABD’de Yoğunlaşmaların Kontrolü, Rekabet Kurumu’nda 04.03.2003 tarihinde düzenlenen Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu’na sunulan tebliğ.

TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000.

TEKİNALP, Ünal: Grup İçi Teşebbüsler Arasındaki Birleşme ve Devralmalar İçin Rekabet Kurulunun İznine Gerek Olup Olmadığı Sorunu, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.

TEKİNALP, Ü/POROY, R./ÇAMOĞLU, E.: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Sekizinci Bası, İstanbul 2000.

ÜLGEN, Sinan: Avrupa Birliği Şirket Birleşmeleri Yönetmeliği, TÜSİAD Yayınları, İstanbul 1998.

RADYO-TELEVİZYON YAYINCILIĞINDA REKABET VE MÜLKİYETİN YASAL ÇERÇEVESİ VE UYGULAMA

Yrd. Doç. Dr. Cem PEKMAN

Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi

Giriş: Medyada Rekabet ve Mülkiyet Düzenlemelerinin Önemi

1980’li yıllardan başlayarak Türkiye’de medya sektörü bir yeniden yapılanma süreci içine girmiştir. Bu sürecin en belirgin özelliği, o güne değin ülkede basın-yayın sahipliğini üstlenmiş olan geleneksel aile gruplarının haricindeki “medya dışı sermaye”nin sektöre hızlı bir giriş yapmış olmasıdır. Medya dışı sermaye, Sönmez’in (1996) deyişiyle sektöre herhangi bir sanayiye girer gibi girmiş ve bunun kurallarını da beraberinde getirmiş, böylelikle sektörün eskilerine de aynı kurullarla ve bir sanayi kompleksi çerçevesinde üretim yapma ya da sektörü terk etme şartlarını dayatmıştır.

Gerçekten de süreç içinde sektörün şartlara uyum gösteremeyen “eskilerinin” bir bir bu alanın dışına çekildiği görülmüştür. Onların yerlerini alan yeni sermaye gruplarının benimsediği kurullar da esasında dünya ölçeğinde yeniden yapılanmakta olan ekonominin ve teknolojik olanakların medya şirketlerine dayattığı büyüme kurullarından farklı değildir. Buna göre, medyanın olası bütün alanlarına dikey, yatay ve çapraz büyüme yoluyla nüfuz etmek ve medyanın sinerjisinden yararlanmak başlıca kural veya yöntem olarak belirginlik kazanmaktadır. Medya alanında geniş nüfuzlu bir mülkiyet, sermaye sahibinin diğer sanayi ve hizmet sektörlerindeki girişimlerini desteklemeye ve sürdürmeye yardımcı olmaktadır. Böylece, sermaye akışının yönü ister medya

dışından medyaya, isterse medya içinden diğer sektörlerle olsun, amaçlanan, içinde medyanın kilit rol oynadığı bir çok-sektörlü holdingleşmedir.

Diğer sektörlerden veya sanayi-hizmet faaliyetlerinden farklı olarak medyanın sahip olduğu “kültür üretimi ve dağıtım” işlevi, bu tür bir holdingleşme içinde medyanın neden kilit sektör olarak öne çıktığını açıklar niteliktedir. Medya, toplumsal düzende gereksinim duyulan haber, bilgi, eğlence gibi mesajların üretildiği ve dağıtıldığı, bir başka deyişle toplumsal iletişimin sağlandığı merkez olarak yaşamsal öneme sahiptir. Böyle bir alanda mülkiyet, ticari açıdan bakıldığında stratejik bir tercihtir. Nitekim, gerek dünya ölçeğinde küresel medya şirketlerinin, gerekse ülke ölçeğindeki medya holdinglerinin sahip oldukları medya kuruluşlarından yararlanma biçimleri bu stratejinin ipuçlarını vermektedir. Tuncel (1994), Türkiye’de medya dışı sermayenin medyaya doğru akışının stratejik nedenlerini birbiriyle ilişkili üç grupta toplamaktadır:

- A) 1. *Kitle iletişim araçlarının dördüncü güç olduğu paradigması,*
2. *Siyasal çevrelerde itibar/baskı,*
3. *Toplumsal denetim,*
- B) 1. *Diğer sektörlerdeki riskli kapitalin riskinin azaltılması,*
2. *Kredi alımında ve devlet ihalelerinde nüfuz,*
- C) 1. *Reklam harcaması yapmak yerine gazete çıkarmak/ radyo-TV kurmak,*
2. *Pazarlama*
3. *Para ticareti*

Medyadaki sermaye değişiminin, ticari hedefler ve onu da kuşatan bir güç odağı olma arzusu çerçevesinde gerçekleştiği yukarıdaki sınıflamadan anlaşılmaktadır. Büyük sermayenin medyayı denetimi altına alması, medyanın etkileme gücü ile ekonomik gücün “entegre” bir güç odağı haline gelmesine yol açmakta; sonuçta kültürel pazar ile geniş anlamıyla pazarın aynı çıkarlar doğrultusunda yönlendirilmesi potansiyeli gelişmektedir. “*Böyle oluşumlarda dev medya grubu içerisindeki kuruluşların yayın kurullarının ayrı, bağımsız tutulduğu ileri sürülmekte ve böyle bir görüntü veren yapılar oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ancak ana kuruluşun (holding) stratejik planlaması, hatta günlük rekabet koşulları yayın içeriklerini doğrudan etkilemektedir. Kısacası mülkiyetten bağımsız bir yayın politikası bir savdan öteye anlam taşımamaktadır*” (Kaya, 1999).

Dolayısı ile, medya mülkiyetindeki değişim, medya sahiplerinin yoğunlaşma/tekelleşme eğilimleri ve medyanın pazar koşullarına uyarlanması, ister istemez medya kuruluşlarının ürettiği ve dağıttığı içerikte yansımaları bulacaktır. Medya içeriğinin ya da “mesajın”, “kurumsal çıkarlar” doğrultusunda belirlenmesi ise medyanın kamusal bir hizmet olma niteliği ve gereğinin aşınarak yok olmasına, medyanın toplumsal işlevlerini yerine getiremez hale gelmesine neden olacaktır. Medyanın yukarıda özetlenmeye çalışılan yeniden yapılanma süreci, demokratik toplumlarda kamuoyunun medya aracılığıyla özgürce oluşabilmesi ideali önünde ciddi bir tehdit oluşturmaya başlamıştır. Buna göre liberal öğretinin medyaya ilişkin temel varsayımları da geçersizleşmektedir (Kaya, 1999). Örneğin, artan iletişim olanaklarına rağmen, iletişim kanallarının giderek birkaç elde toplanması, medyanın çeşitliliği varsayımını geçersiz kılmaktadır. Yine bu varsayımına bağlı olarak, çok sayıda medya kuruluşunun aynı zamanda yayın politikaları açısından mülkiyeti elinde bulduranlara ve devlete karşı özerk oldukları ve bu nedenle her bir kuruluşun özgürce ve değişik içerikle üretim yaptığı savı da geçerliliğini yitirmektedir.

Yukarıda kabaca çizilmeye çalışılan tablo, medya gibi insanın temel haklarından haber alma-haber iletme ve düşünceyi ifade etme-yayma özgürlüğünü ilgilendiren bir alanda “serbest” rekabet koşullarının oluşmasının güvence altına alınması gereğini sergiler niteliktedir. Nitekim, günümüzde birçok demokratik ülkede, medyadaki mülkiyetin yayın içeriklerini etkilememesi için çeşitli düzenlemeler yapılmakta; basın sektörünün çapraz yoğunlaşmalar yoluyla elektronik medyalarla bütünleştiği ve holdingleştiği bir dönemde, medya mülkiyetinin önüne bazı sınırlamalar konulması olağan ve gerekli bulunmaktadır. Türkiye’de de bu doğrultudaki ilk adım, radyo ve televizyon yayıncılığında mülkiyete ilişkin bir dizi sınırlama getiren 1994 tarihli ve 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun” ile atılmıştır.

Çalışmanın izleyen bölümlerinde 3984 sayılı yasanın radyo ve televizyonda mülkiyeti düzenleyen 29. maddesi temel alınarak, ülkemizde özel radyo ve televizyon yayıncılığına geçilmesinden itibaren medyada mülkiyet-rekabet ilişkisinin nasıl biçimlendiği, bu dönemde kendisini gösteren çapraz yoğunlaşma ve çok-sektörlü büyüme eğilimlerinin boyutları ve erişilen boyutlarla birlikte kazanılan gücün nasıl pratiğe geçirildiği irdelenmektedir. Çalışma, Türkiye’deki medya holdinglerinin günümüzde ulaştığı konumun göstergelerinden biri olarak, yasama ve yürütme üzerindeki yönlendirici etkisini doğrudan doğruya kendi alanını düzenleyen yasal çerçeveye üzerine uygulayışımı örnek olay olarak ele almaktadır.

Radyo-Televizyon Yayıncılığında Mülkiyet: 29. Madde

Ülkemizde özel radyo ve televizyon kanallarının yayın yapmaya başladığı 1989 yılında, radyo ve televizyon yayıncılığı üzerindeki devlet tekeli yasal olarak devam etmekteydi. Özel radyo ve televizyonların kuruluş ve yayınlarına izin veren yasal değişiklik süreci 1993 yılında Anayasanın 133. maddesinin değiştirilmesi ile başlamış, ardından yeni anayasa maddesi uyarınca 1994 yılında 3984 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun” çıkartılmıştır. Yasa, genel hatlarıyla, radyo ve televizyonların yayınlarında uymaları gereken ilkeleri belirlemekte, bu ilkelere uygunluğun denetimini yapmak ve radyo-televizyon yayıncılığı alanını düzenlemek üzere Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nu (RTÜK) kurmakta; bu kurula ülkedeki yayın frekanslarının planlama ve tahsisini yapmak, reklam yayınlarının ve sponsorluk uygulamalarının, seçim dönemlerindeki yayınların ve cevap ve düzeltme hakkının yasaya uygunluğunu denetlemek gibi temel görevler vermektedir. Yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyen radyo ve televizyon kuruluşlarına RTÜK tarafından uygulanacak yaptırımlar da yasa metninde yer almaktadır. Ayrıca, yasanın 29. maddesinde, özel radyo ve televizyonların kuruluşlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. “Kuruluş ve Hisse Oranları” başlığını taşıyan madde kimlerin radyo ve/veya televizyon istasyonu kurabileceği, bu kuruluşların nasıl şirketleşebileceği, hissedarların nitelikleri ve hisse oranları, yatay ve çapraz mülkiyetin hangi ölçülerde gerçekleştirilebileceği gibi konularda bir dizi ölçüt getirmektedir. 29. madde, kısaltılmış haliyle, aşağıdaki gibidir:

Siyasi Partiler, Dernekler, Sendikalar, Meslek Kuruluşları, Kooperatifler, Vakıflar, Mahalli İdareler ile bu idarelerce kurulan veya bu idarelerin ortak oldukları şirketler, iş ortaklıkları, birlikler ile üretim, yatırım, ihracat, ithalat, pazarlama ve finansal kurum ve kuruluşları özel radyo ve televizyon kuruluşları kuramaz ve bunlara ortak olamazlar.

Özel radyo ve televizyon kuruluşları anonim şirket olarak kurulurlar. Aynı şirket ancak bir radyo veya bir televizyon işletmesi kurabilir.

Aynı özel radyo ve televizyon kuruluşunda bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hissimlar aynı zamanda hisse sahibi olamazlar.

Bir hissedarın, bir kuruluşdaki hisse miktarı ödenmiş sermayenin % 20’sinden ve birden fazla kuruluşta hisse sahibi olanların bu kuruluşlardaki tüm hisselerinin toplamı da % 20’den fazla olamaz. Bu hükümler, yukarıda zikredilen hisse sahibinin bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hissimları için de uygulanır.

Belirli bir özel radyo veya televizyon kuruluşunda yabancı sermayenin payı % 20'yi geçemez.

Yerli ve yabancı hissedarlar hiçbir şekilde imtiyazlı hisse senedine sahip olamazlar.

Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda ortak olan yabancı gerçek veya tüzelkişi, bir başka özel radyo ve televizyon kuruluşunda ortak olamaz.

Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda % 10'dan fazla hissesi olanlar Devletten, diğer kamu tüzelkişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler ve menkul kıymetler borsalarında muamelede bulunamazlar.

Türkiye'de gazete çıkaran gerçek ve tüzelkişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar birarada % 20'den fazla hisse sahibi olamazlar. Bu hüküm bu şahısların bir ile üçüncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımları hakkında da uygulanır.

Görüldüğü üzere, 29. madde, radyo ve televizyonun mülkiyetine ciddi sınırlamalar getiren bir hükümdür. Bu sınırlamaların ilki olan, siyasi parti, dernek, sendika, meslek kuruluşu, kooperatif, vakıf, mahalli idare gibi kurum ve kuruluşların radyo veya televizyon kuruluşu kuramayacağı veya bu kuruluşlara ortak olamayacağı yolundaki hüküm, yayıncılıkta çoğulculuğu engelleyici niteliğinden dolayı çeşitli çevrelerce eleştirilmiştir. Öte yandan, bu hükmün ardından gelen tekelleşme karşıtı hükümlerin özellikle akademik çevrelerce olumlu bulunduğu söylenebilir. Gerçekten de, bir şirketin ancak bir radyo veya bir televizyona sahip olabilmesi; bir hissedarın radyo veya televizyon kuruluşlarındaki toplam hissesinin % 20'yi aşmaması; yabancı sermayenin payının % 20 ile sınırlandırılması ve ancak bir radyo ve televizyon kuruluşunda hisse sahibi olabilmesi; bir özel radyo veya televizyonda % 10'dan fazla hissesi olan sermayedarın devlet ihalelerine girememesi ve borsalarda işlem yapamaması; ve nihayet gazete sahibi/sahiplerinin bir radyo ve/veya televizyon kuruluşunda % 20'den fazla hissesinin olamaması gibi hükümler ciddi anti-teknelci sınırlar çizmekte ve medyada yatay ve çapraz büyümelerin önüne geçmeyi hedeflemektedir.

Nitekim, söz konusu yasanın hazırlanmasında rol almış olan dönemin parlamenterlerinden Uluç Gürkan, 29. maddenin önemini şu şekilde vurgulamıştır (Gürkan, 1996): "Kimileri çok acımasız ve çok katı bir madde sayabilirler. Ama, yasanın en önemli yanı, hiç kuşku yok ki radyo ve televizyonların sermaye yapılarını düzenleyen 29. maddedir. Bu madde

Türkiye'nin tek anti-tekel yasa hükmüdür. Böylesi bir başka yasa hükmü yoktur Türkiye'de. Bir kişinin iradesine bir yayın politikası bağlı kılınmaz. Zaten dünyada medyanın sermayesi ciddi bir tartışmadır. Kamu yararına dönük geleneklerin yıkıldığı, ticari kar anlayışının ön plana çıktığı bütün dünyada medya sermayesinin kamu yararına dönük bu anlayış ve yapıda olması zorlanıyor. Türkiye'de de radyo ve televizyonlar için sermayenin devletle iş yapamaz, borsada oynayamaz gibi gayet katı hükümlerle kamu yararına uyumu aranıyor. Üst Kurul ve Sermaye Piyasası Kurulu da bu işi ciddiye alırsa medyadan beklenen tarafsızlığı, insan haklarına saygıyı, ticari çıkarları kamuoyu oluşumunda ikinci plana atacak bir sermaye yapılanmasını sağlayabiliriz.

O zaman da, radyo ve televizyonlar için oluşturduğumuz bu sermaye anlayışını yazılı basına da taşımamız görevimiz olur.”

Uygulamada 3984 Sayılı Yasa ve 29. Madde

Önceki bölümün girişinde değinildiği gibi Türkiye'de özel radyo ve televizyon yayıncılığı yasalara aykırı olarak fiili bir biçimde başlamıştır. Yasasızlık ve fiili durum geniş ve ayrı bir tartışma konusudur (Kejanlıoğlu, 1998), ancak 3984 sayılı yasa çıkana kadar geçen beş yıllık zaman sürecinde herhangi bir yasal düzenleme ve denetlemeye uğramadan faaliyet ve gelişme gösteren özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, sonuçta kurallarını kendilerinin belirlediği bir yayıncılık ortamı oluşturdukları ileri sürülebilir. Nitekim, yasanın yürürlüğe girdiği 1994'den bu yana geçen süreçte de, yasadışı dönemin kendine özgü kuralları, bir başka deyişle özel radyo ve televizyon kuruluşlarının belirlediği ve dayattığı çerçeve esaslı bir değişikliğe uğramaksızın yürürlüğünü sürdürmüştür.

Bu argümanı açmak için, yasayla kurulan düzenleyici-denetleyici kurul Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK), yasanın kendisine yüklediği görevleri ne derece yerine getirdiğini gözden geçirmek gerekecektir. Öncelikle, 3984 sayılı yasanın RTÜK'ün görev ve yetkilerini belirleyen 8. maddesinin (a) ve (b) bentlerinin, radyo ve televizyon kuruluşlarının yayın yapacakları frekansların ulusal ve bölgesel planlamalarının yapılmasını ve bu frekansların kuruluşlar arasında paylaşılmasını (tahsisini) gerektirdiğini saptayabiliriz. Ancak, RTÜK ve benzeri düzenleyici kurulların asli görevlerinden olan ve kamuya ait bir malın kamu yararına paylaşılması ilkesine yaslanan bu "frekans tahsisi" gereği, RTÜK'ün oluşumu üzerinden günümüze değin dokuz yıl geçmiş olmasına karşın halen yerine getirilebilmiş değildir. Bu süreçte RTÜK iki kez ihaleye çıkma girişiminde bulunmuş, ancak girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Özel radyo ve televizyon kuruluşları bugün hala yasadışı olarak işgal ettikleri frekanslar üzerinden yayın yapmakta, bu frekanslar üzerinden kurumsallaşmakta, hatta herhangi bir bedel ödemeksizin sahiplendikleri

frekanslar üzerinde oluşturdıkları kanalları hiçbir müdahaleye uğramaksızın devredebilmekte, satabilmektedirler. Üstelik, yasanın geçici 6. maddesi radyo ve televizyonların kullanmakta oldukları frekansların “herhangi bir surette mühtesep hak teşkil etmediklerini” açıkça belirtmektedir.

İkinci olarak, yayıncı kuruluşların, ticari birer işletme olarak yayına çıkma nedenlerinin başında gelen kar güdüsünün kamusal yararlar bağdaştırılması veya dengelenmesi ilkesi üzerinde durulmalıdır. Bu ilkeye uyum da yine RTÜK ve benzeri düzenleyici-denetleyici kurulların asli görevlerinden biri olmak gerekir. Ticari radyo ve televizyonların başlıca gelirlerini reklam yayınları yoluyla elde ettikleri bilinmektedir. Dolayısı ile, öncelikle reklam yayınlarının gerek içerik, gerek biçim, gerekse de yayınlanma süreleri, sunuluşu ve program akışı içine yerleştirilmesiyle ilgili bir dizi -uluslararası nitelikte-kurala uyulması, kamusal yarar açısından zorunludur. Oysa, 3984 sayılı yasada yer alan ve uluslararası düzenlemelere uyumlu olan reklam yayınları ile ilgili hükümlere (madde 19-23) yayıncı kuruluşlar tarafından hiçbir şekilde uyulmamakta, bu konuda RTÜK de ciddi bir müdahalede bulunmamaktadır. Esasında RTÜK, yasa uyarınca çıkarttığı bir reklam yayınları yönetmeliği ile (Radyo ve Televizyon Kuruluşları Reklam Yayın İlkeleri ve Usulleri ile Reklam Gelirleri Üst Kurul Paylarının Ödenmesi Hakkında Yönetmelik, 1994) yasa hükümlerine tamamen aykırı, “kaotik” bir düzenleme getirmiştir (Pekman, 2001). Bu da uygulamada, yayıncı kuruluşların reklam yayınlarına ilişkin kendilerinin belirlemiş olduğu kurulların yasal bir “kılıf” a sokulmasından başka bir şey değildir. Sonuçta, RTÜK’ün reklam yayınlarıyla ilgili tasarrufu, kamusal yararı, veya ticari yayıncılığın terminolojisini kullanacak olursak izleyici/tüketici yararını gözetmek yerine, kurum gelirini oluşturan, radyo ve televizyonların reklam gelirlerinden alınacak payı tahsil etmekten öteye gitmemektedir.

Yasanın uygulamasıyla ilgili yukarıdaki eleştiriler, Batmaz’ın (1998) ifadelerine başvurarak şöyle özetlenebilir: “Bugün, TRT dışında, tüm [radyo ve televizyonlar] yasal değil. Daha doğrusu, yasal duruma kavuşmuş değil. RTÜK tarafından yıllar önce yapılması gereken frekans tahsisleri yapılmamış durumda. Dolayısıyla, ben yaparım olur gibisinden bir idari fermana dayanıyor yasallıkları. Bu da hukuki olarak, hiçbir [radyo ve televizyon] sahibinin yayın hakkına sahip olmadığını gösteriyor. Bu durumda [radyo ve televizyonlarla] ilgili satış, devir ve kullanım tasarruflarının yasal zeminleri yok. [...] Onlar da, yasal olmayan bir malı ‘reklamverenlere’ satarak ticaret yapıyorlar. Bu nedenle, RTÜK’ün bu kanallardan para tahsil etmesi de [...] yasal değil. Kumardan haraç almak gibi bir şey.”

Son olarak, yasanın getirdiği “hayati” düzenlemelerden biri olarak mülkiyete ilişkin 29. maddenin de biri hariç hiçbir hükmüyle uygulamaya geçirilemediği söylenebilir. Uygulanan hüküm, siyasi parti, dernek, sendika, meslek kuruluşu, kooperatif, vakıf, mahalli idare gibi kurum ve kuruluşların radyo veya televizyon kuruluşu kuramayacağı veya bu kuruluşlara ortak olamayacağı yolundaki hükümdür. Onun dışında kalan, bir şirketin ancak bir radyo ve bir televizyona sahip olabilmesi; bir hissedarın radyo veya televizyon kuruluşlarındaki toplam hissesinin % 20’yi aşmaması; yabancı sermayenin payının % 20 ile sınırlandırılması; bir özel radyo veya televizyonda % 10’dan fazla hissesi olan sermayedarın devlet ihalelerine girememesi ve borsalarda işlem yapamaması; ve nihayet gazete sahibi/sahiplerinin bir radyo ve/veya televizyon kuruluşunda % 20’den fazla hissesinin olamaması gibi bütün “anti-tekelci” düzenlemelerin, radyo ve televizyon kuruluşlarınca bir biçimde aşıldığı ve bunlara uyulmadığı bellidir. Bugün aynı zamanda gazete sahibi de olan bir takım grupların diledikleri sayıda radyo ve televizyon sahibi oldukları, kamu ihalelerine girdikleri ve bu ihaleleri aldıkları, borsada işlem yaptıkları bir sır değildir. Gerek bu kuruluşlardaki büyük hissedarların, gerekse Türkiye’de yatırım yapan yabancı yayıncı şirketlerinin yasadaki % 20 maksimum pay oranına rıza gösterdiklerini düşünmek de mümkün değildir. Medya gruplarının radyo ve televizyon yayıncılığı alanında başından bu yana kendilerinin belirlediği kurallar çerçevesi içinde, doğal olarak, yoğunlaşmayı engelleyici mülkiyet düzenlemelerine yer olmamıştır.

Gelinen noktada, Türkiye’deki büyük medya holdinglerinin, radyo ve televizyon yasasındaki hükümler görmezden gelinerek, yatay ve çapraz yoğunlaşmalarla çok sayıda radyo ve televizyon istasyonuna sahip olduğu, aynı zamanda iletişimin basın, basım-yayım, müzik, internet ve bilişim hizmetleri, telekomünikasyon ve dijital hizmetler gibi olası bütün alanlarına başarıyla nüfuz ettiği gözlemlenmektedir. (Üç büyük medya grubunun sahip olduğu kuruluşlar ve holding yapıları için Bkz. Ek 1).

Yasanın Değiştirilmesi Süreci ve Medyanın Rolü

Giriş bölümünde verilen sınıflama uyarınca, medya kuruluşlarının elde ettiği bu gücü, siyasal çevrelerde itibar/baskı oluşturmak; toplum üzerinde denetim kurmak; kredi alımında ve devlet ihalelerinde nüfuz kullanmak gibi faaliyetlere tahvil etmesi beklenebilir. Bunun dışında, büyümeler neticesinde oluşan oligopol yapının, rekabet hukukunun dışlamaya çalıştığı şirketlerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları veya birbirleriyle danışıklı hareket ederek piyasayı yönlendirmeleri gibi sonuçları ortaya çıkabilir. Nitekim, yakın geçmişte medyanın bu tür girişimlerine ilişkin pek çok örnek göstermek mümkündür. Bunlar zaman zaman medyanın kendi içinde bile tartışmalar

yaratmış, hatta rakip grupların birbirlerini karalama kampanyalarına dönüşebilmiştir.

Burada ele alınacak örnek, medyanın doğrudan kendi yapılanmasını ilgilendiren ve bizim de başından beri tartıştığımız, mülkiyet ve rekabet düzenlemelerine müdahalesi ve giderek bu çerçeveyi nasıl değiştirdiği olacaktır. 3984 sayılı yasanın medya mülkiyetini düzenleyen 29. maddesinin -ve diğer temel hükümlerinin- medyanın güç ve nüfuzu nedeniyle hiçbir zaman pratiğe geçirilemediği, böylelikle söz konusu güç ve nüfuzun daha da arttığını yukarıda belirtmiştik. O halde, bir sonraki aşamada sıranın 29. maddenin izalesine gelmesi beklenebilir. Medya holdingleri 1996 yılından itibaren, özellikle Türkiye’de enerji dağıtım ihaleleri açılmaya başlanıp büyük medya gruplarının bu ihalelere girmesiyle birlikte, böyle bir girişim üzerinde yoğunlaşmışlardır. Enerji ihaleleri bazı büyük medya gruplarının ortak olduğu konsorsiyumlara verilmeye başladığında, Danıştay’ın -esasında RTÜK’ün alması gereken bir inisiyatifini alarak- 29. madde kapsamında itirazları olmuş ve bu ihalelerin iptali gündeme gelmiştir. Sonuçta ihaleler iptal edilmese de, 29. maddenin bir pürüz oluşturduğu böylelikle ortaya çıkınca, medya grupları ittifak halinde “RTÜK Yasası”nın değiştirilmesine yönelik bir kampanyayı hemen başlatmış ve bu doğrultuda hükümet ve siyasiler düzeyinde yoğun bir lobi faaliyetine girişmiştir.

Bu kampanyanın söylemi, holding stratejilerinin ya da medyanın ardındaki ekonomik örgütlenmenin, içerik üzerinde ne denli belirleyici olabileceğine iyi bir örnek teşkil etmektedir. Her şeyden önce üstte vurgu yaptığımız “RTÜK Yasası” tanımlaması, bu kampanyanın dikte ettirdiği bir üst başlık olarak manidardır. Gerçekten de, medyanın yayınları sayesinde kamuoyuna RTÜK Yasası olarak maledilen 3984 sayılı yasanın başlığı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun”dur ve eğer yayıncılık açısından bir kısaltma yapmak gereği varsa yasayı “Radyo-TV Yasası” biçiminde anmak daha makul olacaktır. Ancak kampanyanın bütününe bakıldığında, vurgunun RTÜK üzerine yapılmasının nedeni daha iyi anlaşılmaktadır. Çünkü kampanya yasanın değiştirilmesinin gerekçelerini tamamen ekran karartma ve mikrofon susturma cezalarına, bunların çağdışı ve anti-demokratik oluşuna ve RTÜK’ün yasakçı zihniyetine indirgemiş ve yasal değişikliğin bu konularda atılmış bir demokratikleşme adımı olacağı propagandasını yürütmüştür. Bu söyleme bakılacak olursa yasa RTÜK’ten ve onun uygulamalarından başka bir husus içermemektedir. Medya grupları, RTÜK’ü kamuoyuna şikayet eder ve kurumun -bir vakıa olan- olumsuz uygulamaları üzerinde dururken, RTÜK’ün yap(a)madıklarına (Atabek, 1999) hiç değinmemişlerdir.

Medyanın lobi faaliyetleri sonucunda Aralık 1997'de meclis gündemine gelen yasa değişikliği taslağı, gerçekten de yayın durdurma cezaları yerine para cezası uygulaması getiren bir düzenlemedir ve bu yönüyle olumludur. Ancak, medya holdinglerinin üzerinde hiç durmadığı bir diğer değişiklik önerisi 29. maddenin tadilidir. Buna göre, bir kişinin sahip olabileceği kanal sayısı ve bu kanallardaki hisse oranlarındaki sınırlamalar, hesaplamalarda hisse oranı ölçütünden izleyici oranı ölçütüne geçilerek, pratikte tamamen geçersizleştirilmekte; radyo ve televizyon sahiplerinin devletten ihale almasını, borsada işlem yapmasını -kağıt üzerinde- engelleyen hükümler kaldırılmaktadır.

Getirilmek istenen yasa değişikliği ilk aşamada muhalefetin engellemesine takılarak 1998 yılında meclis gündeminden çıkmıştır. İzleyen yıllarda tekrar gündeme gelen tasarı, 2001'de yasalaşmış ancak bu kez Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. Nihayet Mayıs 2002'de veto edilen yasa TBMM tarafından aynen kabul edilerek tekrar Cumhurbaşkanlığı makamına sunulmuştur. Cumhurbaşkanı yasayı onaylamış, ancak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, nihai kararı öncesi yasanın bazı maddeleri için yürürlüğü durdurma kararı almış, nihai kararını ise henüz açıklamamıştır. Bu süreç içinde medyada RTÜK-demokrasi-ifade özgürlüğü ekseninde yapılan yayınların ise, gündemi hep sıcak ama yasa değişikliği tasarısının medya mülkiyetine ilişkin yönlerini de gözden uzak tuttuğunu biliyoruz. Hatta, Cumhurbaşkanının dayatılan biçimiyle yasa değişikliğine karşı olması ve yasayı veto etmesine denk düşen tarihlerde, büyük medyanın Cumhurbaşkanı ile ilgili bazı olumsuz haberler yapmış olması da dikkat çekicidir.

Sonuç Yerine: Değiştirilen 29. Madde

Bütün bu süreç sonucunda, Cumhurbaşkanının üzerinde hassasiyetle durduğu ve yasa değişikliğini veto etmesine yol açan hükümlerden biri olan 29. maddenin yeni şeklinin de halihazırda Anayasa Mahkemesinin yürürlüğünü durdurduğu maddeler arasında yer aldığını belirtmeliyiz. Yeni şekliyle 29. maddede getirilen değişikliğe uğramış hükümler aşağıdaki gibidir:

d) Üst Kurul tarafından düzenlenecek yönetmeliğe uygun olarak her yıl yapılacak yıllık ortalama izlenme oranı ölçümlerine göre yıllık ortalama izlenme veya dinlenme oranı %20'yi geçen bir televizyon veya radyo kuruluşunda bir gerçek veya tüzel kişinin veya bir sermaye grubunun sermaye payı %50'yi geçemez. Gerçek kişinin hisselerinin hesaplanmasında üçüncü derece dahil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlara ait hisseler de aynı kişiye aitmiş gibi hesaplanır.

e) Bir gerçek veya tüzel kişi veya bir sermaye grubu %50'den fazla hissesine sahip olduğu bir televizyon veya radyonun yıllık ortalama izlenme veya dinlenme payı %20'yi geçerse Üst Kurul tarafından yapılan bildirimden itibaren doksan gün içinde, ortağı bulunduğu televizyon veya radyodaki hisselerinin bir bölümünü halka arz ederek veya bir kısım hisselerini satarak, sermaye payını %50'nin altına indirir. Yıllık izlenme veya dinlenme oranının aşımı birden fazla televizyon ve radyodaki hisselerin toplamı nedeniyle meydana gelmişse, bu oranı %50'nin altına indirecek biçimde yeterli sayıda şirketi satar. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda kuruluşun yayın izni iptal edilir.

Bu iki hükmün yürürlüğü şimdilik durdurulmuş durumdadır. Ancak değişikliği yorumlamak istersek, 29. maddenin eski halinin getirmiş olduğu radyo ve televizyon mülkiyetindeki hisse oranlarına bağlı sınırlamanın, uygulamada ortadan kaldırıldığını söylememiz mümkündür. Bu haliyle yasa bir radyo veya televizyon kuruluşunda bir kişinin veya bir sermaye grubunun tam mülkiyetini olanaklı kılmaktadır. Çünkü (d) bendiyle getirilmiş olan izlenme payı ölçütünün %20 alt sınırının pratikte ulaşılması imkansız bir pay olduğu bilinmektedir. Günümüzde, “rating” kuruluşlarının yaptığı ölçümlere bakıldığında en çok izlenen/dinlenen yayın kuruluşlarının %10-15 aralığında bir izlenme payına ulaşabildiği görülmektedir. Dolayısıyla saptanan ölçüt ve oran, gerçekçi olmayan, daha ziyade büyük medyanın çıkarını kollayan ve mevcut durumu yasallaştıran bir düzenlemedir. Bu görüşü desteklemek üzere eski biçimiyle 29. maddede olan ama yapılan değişiklikle tamamen kaldırılan hükümlere bakılabilir. Bu hükümler şunlardır:

Belirli bir özel radyo ve televizyon kuruluşunda % 10'dan fazla hissesi olanlar Devletten, diğer kamu tüzelkişilerinden ve bunların doğrudan veya dolaylı olarak katıldıkları teşebbüs ve ortaklıklardan herhangi bir taahhüt işini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kabul edemezler ve menkul kıymetler borsalarında muamelede bulunamazlar.

Türkiye'de gazete çıkaran gerçek ve tüzelkişiler ile basınla ilgili mevzuata göre gazete sahibi olanlar birarada % 20'den fazla hisse sahibi olamazlar.

Görülüyor ki medya grupları için 29. maddenin asıl “can sıkıcı” kısmı, yani devlet ihalelerine girmeyi ve borsada işlem yapmayı güçleştiren hükmü, yapılan değişiklikle tamamen kaldırılmıştır. Bir başka önemli hüküm olan çapraz yoğunlaşmaya getirilen sınırlama da ortadan kalkmış, gazete sahiplerinin radyo ve televizyon sahibi olmasının önündeki -kağıt üzerindeki- engeller aşılmıştır.

Böylece, büyük medya kuruluşlarının kendilerinin belirlemiş olduğu piyasa koşullarına, yasal düzenin uyarlanması şeklinde tanımlayabileceğimiz bir sürecin son aşamasına gelmiş bulunuyoruz. Bu konudaki nihai kararı Anayasa Mahkemesi verecektir. Ancak karar medya kuruluşları için olumsuz olsa bile, pratikte yaşanan hukuksuzluğun giderilebilme olasılığı zayıftır. Mülkiyet ve rekabet açısından medya alanında titiz bir düzenlemenin yapılması ve daha önemlisi bunun uygulamaya geçirilmesi hususunun önemi böylelikle çarpıcı bir biçimde açığa çıkmaktadır. Aksi halde kendisini çevreleyen anti-tekelci düzenlemelerin üstesinden ustalıkla gelmesini bilen medya holdinglerinin, kamuoyunun özgürce oluşumu, ifade ve bilgilenme hakkı gibi temel hak ve özgürlükleri kendi kurumsal çıkarları doğrultusunda çevrelemesi engellenemez.

EK 1. ÜÇ BÜYÜK MEDYA GRUBUNUN SAHİP OLDUĞU KURULUŞLAR ve HOLDİNG YAPILARI

(Kaynaklar: Adaklı, 2001; Sönmez, 2003)

Tablo 1
DOĞAN GRUBU

Medya Sektörü
Gazete: Hürriyet, Milliyet, Posta, Gözcü, Asabi, Radikal, Finansal Forum, Turkish Daily News, Fanatik, Hafta Sonu
Dergi: DBR Magazin Grubu (25 dergi), Doğan Egmont (çocuk- gençlik dergileri)
Radyo: Hür FM, Radyo Foreks, Radyo D
Ulusal TV: Kanal D, CNN-Türk
Kablolu TV: Bravo, Galaxy TV, Ultra Cable TV
Yurtdışı TV: Euro D
İnternet: E-Kolay
ISP ve Portal: Doğan Online ve Digital Yayıncılık
Basım: Doğan Ofset, Doğan Matbaacılık
Dağıtım: Yaysat
Kitap: Doğan Kitapçılık
Yurtdışı Yayıncılık: DMG International
Multimedya Mağaza Zinciri: D&R
Müzik: Doğan Music Company, ANS Production
Televizyon Prodüksiyonu: Hürriyet TV Production, D Production
Haber Ajansı: Doğan Haber Ajansı

Diğer Sektörler
<p>Finans: Dışbank, Dış Holding, Doğan Finansal Kiralama, Doğan Factoring</p> <p>Sigortacılık: Ray Sigorta, Doğan Hayat Sigorta</p> <p>Enerji: POAŞ, Zigana Elektrik</p> <p>Sanayi/Ticaret: Hürpa, Milpa, Çelik Halat, Ditaş, Kelkit Tekstil, Coats İplik</p> <p>Turizm/Ulaştırma: Milta, Karada, Doğan Otomobilcilik, Doğan Havacılık vd.</p>

Tablo 2
ÇUKUROVA GRUBU

Medya Sektörü
<p>Gazete: Akşam, Güneş, Tercüman</p> <p>Dergi: Alem, Takip, Medyatör, Arabesk, Zümrüt, Platin</p> <p>Radyo: Alem FM, Show Radyo, Radyo 5, Radyo Viva</p> <p>Ulusal TV: Show TV, Skytürk</p> <p>Dijital Platform: Digtürk</p> <p>İnternet: Superonline</p> <p>GSM: Turkcell</p> <p>Bilişim: KVK, A-Tel, Gürtel, Mobicom, Topaz, Verinet</p> <p>Basım: Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık</p> <p>Dağıtım: BBD (Bilgin/Ciner ortaklığıyla)</p> <p>Kitap: Yapı Kredi Yayınları</p>

Diğer Sektörler
<p>Finans: Yapı ve Kredi Bankası, Yapı Kredi Factoring ve Finansal Kiralama, Yapı Kredi Yatırım Menkul Değerler, Bank Kreiss, Banque de Commerce et de Placements</p> <p>Sigortacılık: Genel Yaşam Sigorta, Halk Reasürans, Yapı Kredi Sigorta</p> <p>Enerji: İsedaş</p> <p>Sanayi/Ticaret: Agro-San, Auer, Baytur, BMC, Çimsataş, Çukurova Çelik, Çukurova İnşaat, Çukurova Kimya, Çumitaş, Ekova, Eterplast, Kaplamin, Maysan, Noksel, OVA-SCA, Selkasan, Sovtur</p>

Turizm/Ulaştırma: Anadolu Turizm, Atik Pasha Turizm, Enternasyonal Turizm, Kartal Otel, Köroğlu Turizm, Kumköy Turizm, Sultanahmet Turizm, Akşam Denizcilik, Akşamüstü Denizcilik, Anadolu Taşımacılık, Barbaros Denizcilik, Çukurova Havacılık, Dicle Denizcilik, Doğu Denizcilik, Fırat Denizcilik, Kılıç Reis Denizcilik, Oruç Reis Denizcilik, Ören Denizcilik, Pegasus, Piri Reis Denizcilik, Preveze Nakliyat, Seydi Reis Denizcilik, Turgut Reis Denizcilik vd.

Tablo 3
UZAN GRUBU

Medya Sektörü
<p>Gazete: Star, Damga, Zimba Dergi: Hayat, Kral Müzik Radyo: Süper FM, Kral FM, Metro FM, Radyo Alaturka, Joy FM, Lokum FM, Radio Blue, Radio Matrix Ulusal TV: Star, Starmax, Kanal 6 Dijital Platform: Star Digital İnternet: RT-Net, webbee GSM: Telsim Bilişim: Rumeli Telekom Basım: Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık Dağıtım: Medya Pazarlama Futbol: İstanbulspor, Adanaspor</p>
Diğer Sektörler
<p>Finans: İmar Bankası, Adabank Enerji: Çukurova Elektrik, Kepez Elektrik, Rumeli Elektrik Sanayi/Ticaret: Ladik - Şanlıurfa - Bartın - Van - Lalapaşa - Ergani - Eskişehir - Gaziantep Çimento Fabrikaları, Çestaş, Eltem - Tek, Standart İnşaat, Yapı Ticaret, Tunceli Pamuk İplik vd.</p>

KAYNAKÇA

- Adaklı, Gülseren (2001). “Yayıncılık Alanında Mülkiyet ve Kontrol”. *Medya Politikaları*. D. B. Kejanlıoğlu vd. (der.). Ankara: İmge.
- Akgüner, Tayfun vd. (1995). *Kitle İletişim Mevzuatı*. İstanbul: Der.
- Atabek, Ümit (1999). “Üst Kurul’un Yap(a)madıklarına Eleştiri”. *İletişim*. 99(1): 253-256.
- Aziz, Aysel (1999). *Türkiye’de Televizyon Yayıncılığının 30 Yılı*. Ankara: TRT.
- Batmaz, Veysel (1998). “RTÜK Neden Kaldırılmaz?”. *Radikal İki*. 15 Kasım.
- Cankaya, Özden (1997). *Dünden Bugüne Radyo-Televizyon: Türkiye’de Radyo-Televizyonun Gelişim Süreci*. İstanbul: Beta.
- Çiftçi, Ahmet (1999). *Uluslararası Hukuk Açısından Radyo ve Televizyon Hukuku*. Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi.
- Ekzen, Nazif (1999). “Medya ve Ekonomi: Türk Basın Endüstrisinde Yoğunlaşma-Toplulaşma-Tekelleşme Yapısı (1965-1995)”. *Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar*. K. Alemdar (der.). İstanbul: Afa-TÜSES, 85-107.
- Görgülü, Güventürk (1991). *Basında Ekonomik Bağımlılık*. İstanbul: Gazeteciler Cemiyeti.
- Gürkan, Uluç (1996). “Radyo ve Televizyonun Özeli”. *Yeni Türkiye* 11: 355-358.
- Kaya, Raşit (1999). “Medya, Toplum, Siyaset”. *Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar*. K. Alemdar (der.). İstanbul: Afa-TÜSES, 23-32.
- Keane, John (1992). *Medya ve Demokrasi*. Çev. H. Şahin. İstanbul: Ayrıntı.
- Kejanlıoğlu, Beybin (1998). *Türkiye’de Yayıncılık Politikası: Ekonomik ve Siyasal Boyutlarıyla Türkiye’de Radyo Televizyon Yayıncılığı*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara: AÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Nebiler, Halil (1995). *Medyanın Ekonomi Politiği: Türk Basınında Tekelleşme ve Basın Ahlakının Çöküşü*. İstanbul: Sarmal.

Sönmez, Mustafa (1996). “Türk Medya Sektöründe Yoğunlaşma ve Sonuçları”. *Birikim* 92: 76-86. Sönmez, Mustafa (2003). *Filler ve Çimenler: Medya ve Finans Sektöründe Doğan/Anti-Doğan Savaşı*. İstanbul: İletişim.

Pekman, Cem (2001). “Kararan Ekranlardan Görünmeyenler”. *Yıllık 1999: Mahmut Tali Öngören’e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi, 335-351. Pekman, Cem (2000). “Çokuluslu Reklamcılık, Uluslararası Düzenlemeler ve Ulusal Uygulamalar: Kuralları Kim İster?”. *Medya Politikaları*. B. KEJANLIOĞLU vd. (der.). Ankara: İmge, 205-241.

Tuncel, Hakan (1994). “Bab-ı Ali’den İkitelli’ye”. *Birikim* 64: 33-38.

TÜRK REKABET HUKUKUNDA HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Kerem Cem SANLI

Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

§ 1. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğuna Genel Bakış

- I. Genel Olarak
- II. Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin 4054 sy’lı Kanun’daki Hükümler ve Bu Hükümlerin Genel Özellikleri
- III. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı
- IV. İkili Yaptırım Sistemi İçinde Haksız Fiil Sorumluluğunun Oynadığı Rol
- V. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Hükümlerinin Gerektiği Gibi Uygulanmamasının Olası Nedenleri

§ 2. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Şartları

- I. Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğunun Dayandığı Esas
- II. Hukuka Aykırı Fiil

- A) Genel Olarak
- B) Hukuka Aykırı Olan Birleşme ve Devralmaların Tazminat Sorumluluğuna Yol Açıp Açmayacağı Sorunu
- C) Hukuka Aykırılığı Gideren Haller

III. Zarar

- A) Genel Olarak
- B) Sorumluluğun Sınırlandırılması: Tazmin Edilebilir Zarar Kavramı
 - 1- Sorunun Ortaya Konması
 - 2- Çözüm Yolları
 - a- Giriş
 - b- İlk Sorun - Hukuka Aykırılık Bağı
 - c- İkinci Sorun - Zararın Yaygınlığı
 - ca- Yansıma Zararlar
 - cb- Dolaylı Alıcı Kuralı (*Indirect Purchaser Rule*)
 - cc- Zararın Niteliği ve Niceliği

IV. İlliyet Bağı

V. Kusur

§ 3. Zararın Tazmin Edilmesi

I. Genel Bakış

II. Tazminat Davasında Taraflar

- A) Davacı
- B) Davalı

III. İspat Kuralları

IV. Adli Yargı ve Rekabet Kurumu Arasındaki İlişki

- A) Genel Olarak
- B) Mevcut Uygulama ve Bu Uygulamanın Eleştirisi
- C) Rekabet Kurulu'nun Uyuşmazlığa İlişkin Bir Karar Vermiş Olması
- D) Rekabet Kurumu'nda Uyuşmazlığa İlişkin Devam Eden Bir Soruşturmanın Olması
- E) Rekabet Kurumu'nda Uyuşmazlığa İlişkin Bir Soruşturmanın Olmaması

V. Zararın Belirlenmesi

- A) Genel Bakış
- B) Fazladan Ödenen Bedel
- C) Mahrum Kalınan Kar
- D) Teşebbüsün İflas Etmesi

VI. Tazminatın Belirlenmesi ve Özellikle Üç Katı Tazminat Hükümü

SONUÇ

KAYNAKÇA

GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 1994 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte³⁰⁸, Türkiye'de rekabet düzeninin korunması yönünde önemli bir adım atılmıştır. Kanun, rekabet düzenini tehdit eden temel olgu olan “*ekonomik yoğunlaşma*”nın (*kartelleşme-tekelleşme*) önlenmesine yönelik olarak, üç temel yasaklayıcı maddi hükme yer vermiştir (RKHK.m.4,6,7). Bu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, sadece idari değil; aynı zamanda Özel Hukuk yaptırımları öngörmüştür³⁰⁹. Dolayısıyla Kanun'da ikili (düalist) bir yaptırım sistemi benimsenmiştir. Somutlaştırmak gerekirse; Rekabet Hukukunu ihlal eden bir teşebbüs, sadece Rekabet Kurumu tarafından uygulanacak idari para cezalarına muhatap olmakla kalmayacak, aynı zamanda haksız fiil esaslarına göre davacıların uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalacaktır. Üstelik bu tazminat sorumluluğunun kapsamı, uğranılan zararın üç katına kadar çıkabilecektir (RKHK.m.58/2).

Kanun'da, Rekabet Hukukunun uygulanmasında ikili bir sistem öngörülmesine ve özel hukuk yaptırımlarının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kendine özgü nitelikli teşvik edici hükümler vasıtasıyla güçlendirilmesine rağmen, Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu zamana kadar geçen dokuz yıllık dönem içerisinde özel hukuk yaptırımlarının etkin bir şekilde uygulandığı söylenemez. Rekabet Hukukunun ihlalden doğan haksız fiil sorumluluğu, birkaç istisna dışında, dava konusu yapılmamıştır. Rekabet Hukukunun ihlali

³⁰⁸ RKHK 13.12.1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰⁹ Bu çalışmada ele alınan haksız fiil sorumluluğunun dışında, özel Hukuk temeline dayanan diğer bir yaptırım ise, Rekabet Hukukuna aykırı hukuki işlemlerin geçersizliğidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **AKINCI Ateş**, “Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001; **SANLI Kerem Cem**, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000 **TOPÇUOĞLU Metin**, “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Rekabet Kurumu, Ankara 2001

nedeniyle zarar gören kişiler haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerden yararlanmakta çekingen davrandığı gibi, uygulamada Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkili gibi algılanması nedeniyle, adli mahkemelerin de benzer bir tutum içinde olduğu söylenebilir.

Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin etkisiz kaldığını söylemek herhalde yanlış olmaz. Oysa kanımca haksız fiil esasına dayalı tazminat sorumluluğu, Türk Rekabet Hukukunun etkin bir şekilde uygulanmasında merkezi öneme sahiptir. Bir kere Kanun'un yaptırım sistemi bir ayağıyla haksız fiil hükümlerine dayanmaktadır. Kanun'un 57-59. madde hükümleri, kanun koyucunun bu ikili yaptırım sistemi içinde tazminat sorumluluğuna verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır. Fakat daha da önemli olan nokta, mevcut uygulama itibarıyla idari yaptırımların caydırıcılığını büyük ölçüde kaybetmiş olmasıdır. Kurum nezdinde soruşturma ve karar süreci oldukça uzun sürmekte, üstelik, Rekabet Hukukunu ihlal ettiği tespit edilen teşebbüslere uygulanan para cezaları, ancak kararın kesinleşmesi sonucunda tahsil edilebilmektedir (RKHK.m.55/2)³¹⁰. Bu çerçevede ancak Danıştay'ın kararından sonra para cezaları tatbik edilmekte, arada geçen sürede enflasyon nedeniyle para cezaları büyük ölçüde değerini yitirmektedir³¹¹. Bu durum hiç şüphe yok ki haksız fiil hükümlerinin ve mahkemelerin önemini arttırmaktadır. Rekabet Hukukunun etkinliği, bir bakıma, ancak haksız fiil hükümlerinin gerektiği gibi uygulandığı bir ihtimalde söz konusu olabilecektir.

Bu nedenle konunun inceleme konusu yapılması önemlidir. Üstelik Kanun'da yer verilen ve hukukumuz açısından yeni bir takım kavramların bilimsel araştırmaya konu edilmemesi ve hatta genel olarak bu konunun ayrı ve bağımsız bir inceleme konusu yapılmamış olması da, bu konuda yapılacak bir

³ Önemle belirtelim ki, bu tebliğin sunulmasından yaklaşık 4 ay sonra, 01.08.2003 tarihinde 4971 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesinde yapılan değişiklik ile belirtilen bu sorun çözümlenmiş, Kurul tarafından verilen idari para cezalarının derhal tahsil edilmesi imkanı sağlanmıştır. Şüphesiz bu durum Rekabet Kurumu'nun piyasalar üzerindeki otoritesini ve idari yaptırımların caydırıcılığını kuvvetlendirmiştir. Bahsi geçen maddenin mevcut metni aynen şu şekildedir : "*Madde 55- Kurulun nihaî kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz. Para cezaları, Kurulun nihaî kararının ilgisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir. Kurulun para cezası veya süreli para cezası veren kararının yerine getirilmesi, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine tabidir.*" Açıklıkla görüldüğü gibi, Kanun metninde yapılan bu değişiklik neticesinde, yukarıda belirttiğimiz gerekçe önemini kaybetmiştir. Buna karşılık bu yazımda tebliğin orjinal haline sadık kalınması tercih edilmiştir.

⁴ Para cezalarının ancak kararın kesinleşmesi sonucunda tahsil edilebilmesi, esasen Türk İdare Hukukundaki sisteme de uymamaktadır.

çalışmanın önemini arttırmaktadır. Özellikle üç katı tazminata ilişkin düzenleme nedeniyle, Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğuna atfedilen amacın bilimsel çevrelerde tartışılması şarttır. Bu çalışma ile bir ölçüde konunun önemine dikkat çekilmeye çalışılacaktır. Rekabet Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun dayandığı esas ve temel prensipleri model oluşturması nedeniyle özellikle Amerikan Antitröst Hukuku uygulaması ışığında değerlendirilecektir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin Kanun'un sistemi içindeki yeri incelenecek ve bu hükümlerin Rekabet Hukuku uygulaması bakımından öneminin tespit edilmesine çalışılacaktır. İkinci bölümde haksız fiil sorumluluğunun genel olarak uygulanma şartları ele alınacak ve bu arada sorumluluğunun dayandığı esasın tespitine çalışılacaktır. Son bölümde ise; tazminat davasına ilişkin sorunlara değinilecek ve bu bağlamda özellikle zararın ve tazminat miktarının belirlenmesi meseleleri irdelenecektir.

§ 1. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğuna Genel Bakış

I. Genel Olarak

Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun genel esaslarını ve uygulanma şartlarını incelemeyen önce, takip eden bölümlerdeki açıklamalarımıza temel teşkil etmesi bakımından, Kanun'daki düzenlemelerin genel özellikleri ve tazminatın ikili yaptırım sistemi içerisindeki fonksiyonu üzerinde durmak uygun olur. Ayrıca, özellikle üç katı tazminat hükmü nedeniyle, buradaki tazminat sorumluluğunun hangi amaca hizmet ettiğine de değinmek gerekir. Dolayısıyla bu bölümde, Kanun'daki düzenlemelerin genel özellikleri, haksız fiil sorumluluğunun amacı, ikili yaptırım sistemi içerisinde rolü ve neden gerektiği gibi uygulama alanı bulmadığı konuları üzerinde durulacaktır.

II. Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin 4054 sy'lı Kanun'daki Hükümler ve Bunların Genel Özellikleri

Kanun hükümleri incelendiğinde Türk Rekabet Hukukunun tatbikinde asıl yetkili ve görevli organın Rekabet Kurumu olduğu açıkça görülmektedir³¹². Rekabet Kurumu sadece hukukun uygulanmasında değil, rekabet politikasının oluşturulmasında da belirleyici rol oynamaktadır (RKHK.m.27/f,g,h, 30/f,g).

³¹² Rekabet Kurumu'nun önemi, Kanun niceliksel olarak ele alındığı zaman da açıkça görülmektedir. Kanun'da yer alan 66 maddenin 55'i Rekabet Kurumu'nun yetkileri, faaliyetleri ve teşkilatına ayrılmıştır.

Hal böyleyken, Kanun'un 57. maddesi: “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.....” hükmünü öngörerek, maddi yasaklayıcı normlara uyulmasını sağlamak üzere idari yaptırımların yanı sıra, haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğuna yer vermiştir. Böylelikle Rekabet Hukukunun uygulanmasında sadece Rekabet Kurumu değil, mahkemeler de “aktif” olarak görevli ve yetkili kılınmıştır.

Kanun hükümleri incelendiğinde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin sadece 57. maddedeki genel hüküm ile sınırlı olmadığı görülmektedir. Kanun koyucu, Rekabet Hukukunun özelliklerini göz önünde tutarak daha kapsamlı düzenleme yapmayı tercih etmiştir³¹³. Kısaca belirtmek olursak; Kanun'un 57. maddesi genel olarak “tazminat hakkını” ve zararın birden fazla kişinin davranışları sonucu oluşması halinde sorumluluğunun hangi esasa dayanacağını; 58. maddesi “zararın tazmini” başlığı altında zararın hesaplanması ve üç katı tazminat meselelerini ve 59. maddesi de, “ispat yükümlülüğü”nün ne şekilde yerine getirileceğini düzenlemektedir.

Yakından incelendiğinde bu hükümlerin çoğunun haksız fiil hukukunun genel esaslarından ayrılmadığı, sadece Rekabet Hukukuna özgü ifadeler içerdiği görülmektedir. Örneğin 58/1. maddenin ilk cümlesi, “fark teorisi” çerçevesinde zararın, fiyatların artmasına neden olan bir Rekabet Hukuku ihlalindeki görünümünü, son cümlesi ise “mahrum kalınan kar”ı ifade etmektedir. Dolayısıyla Rekabet Hukukunda, Borçlar Hukukunun genel hükümleri büyük ölçüde aynen uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan Kanun'daki hükümlerden ikisi farklı özellikler taşımaktadır. Bunlardan ilki 58/2. maddede yer alan “üç katı tazminat” hükmüdür. Hukukumuz açısından yenilik arz eden bu kavram, Amerikan Antitröst Hukukuna özgüdür. Buna göre; şartların varlığı halinde hakim, zararın ya da hukuka aykırı fiil ile elde edilen kazancın üç katına kadar tazminata hükmedebilecektir. Görüldüğü gibi, bu hüküm hükmedilecek tazminatın zarar miktarını aşamayacağına dair genel kuraldan ayrılmaktadır. İkinci olarak 59/1. maddede “ispat yükü”ne ilişkin bir karine öngörülerek, davacının ispat yükü hafifletilmiştir. Kanun'un 4. maddesi ile paralel özellikler taşıyan bu hüküm, davacı açısından kolaylık sağlayacaktır.

Yukarıdaki açıklamaları da dikkate alarak, Kanun'daki haksız fiil hükümlerine ilişkin birtakım ön değerlendirmeler yapılabilir. Hukuk politikası

³¹³ Hemen belirtelim ki, sadece yukarıdaki ifade ile sınırlı bir düzenleme yapılmış olsaydı, haksız fiil hukukuna ilişkin BK.'nın 41 ve devamında yer alan genel hükümler aynen uygulama alanı bulacaktı.

tercihine ilişkin tartışmalara girmeksizin belirtmek gerekir ki³¹⁴, her şeyden önce Kanun'da haksız fiil hukukuna ilişkin açık bir düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Bir kere bu düzenleme, Rekabet Hukukunun ihlal edilmesi halinde haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı noktasında çıkması muhtemel tartışmaları baştan önlemiştir. Zira kanun koyucunun temelde idari yaptırımları esas almış olması karşısında, maddi yasaklayıcı normların haksız fiil sorumluluğuna yol açmayacağı ve Kanun'un koruma amacının (ya da normun koruma amacı)³¹⁵ da esasen buna engel olduğu iddia edilebilirdi. Bunun yanı sıra, uygulanma şartlarına dair özel hükümlere yer verilmiş olması karşısında, pratik olarak kanun yapma tekniği açısından açık bir düzenleme yapmaktan başka bir yaklaşımın benimsenmesi de mümkün değildir. Bu açıklamalar ışığında özel düzenlemenin gerekli olmadığı, meselenin sadece genel hükümler ile çözümlenebileceği şeklindeki düşünceye³¹⁶ tam olarak katılmadığımızı da belirtmiş oluyoruz. Fakat bu tabii ki Borçlar Hukukundaki genel esasların uygulama alanı bulmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

İkinci olarak bu hükümler, kanımca açık bir şekilde, kanun koyucunun yaptırım sistemi içinde haksız fiil sorumluluğuna özel önem verdiğini ve tazminat sorumluluğunun yaygın bir şekilde işletilmesini amaçladığını ortaya koymaktadır. Bir kere ayrıntılı düzenlemenin yapılmış olması başlı başına bu amaca hizmet etmektedir. Bunun yanı sıra üç katı tazminat ve ispat yüküne ilişkin düzenlemeler de, haksız fiile dayalı tazminat davası açılmasını kolaylaştırıcı ve özendirici niteliktedir. Dolayısıyla, Kanun her ne kadar idari yaptırımları temel almışsa da, kanımca haksız fiil sorumluluğuna ilişkin yaptığı bu düzenlemeler vasıtasıyla ikili yaptırım sistemine ilişkin bir tür dengenin kurulmasını göz etmiştir. Bununla birlikte bu zamana kadar yapılan uygulama, dengenin idari yaptırım sistemi lehine bozulduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Üçüncü olarak haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin büyük ölçüde Amerikan Antitröst Hukukundan örnek alınarak kaleme alındığı görülmektedir³¹⁷. Hatta 57. maddede yer alan genel hüküm, aynen Clayton Yasası'nda yer alan paralel hüküm gibi (m.4), oldukça geniş bir şekilde kaleme

³¹⁴ Burada kastedilen, Rekabet Hukukuna atfedilen amaç ya da amaçlar bakımından, haksız fiil sorumluluğunun uygun bir yaptırım olup olmadığıdır. Zira benimsenen yaklaşıma göre, haksız fiil hukukunun uygulanma esasları farklılaşabileceği gibi, tazminat sorumluluğunun uygun olmadığı dahi kabul edilebilir.

³¹⁵ Normun Koruma Amacı kavramı hakkında bkz. **ATAMER Yeşim**, "Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması : Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları", Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.70 vd.

³¹⁶ **ASLAN Yılmaz**, "Rekabet Hukuku", 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001, s.387

³¹⁷ Nitekim bu durumu, Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda haksız fiil hukukuna ilişkin neredeyse fiili uygulamanın bulunmaması ve meselenin temelde ulusal hukuklar seviyesinde farklı farklı ele alınıyor olması nedeniyle olağan karşılamak gerekir.

alınmıştır. Nitekim bu nedenle, Amerikan Hukukundaki prensipler ve özellikle sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin teori ve doktrinler, Türk Hukuku açısından önem taşımaktadır. Fakat Amerikan Hukukundan faydalanırken, Kanun'un büyük ölçüde Avrupa Birliği Hukukundan esinlenerek hazırlandığı ve genel olarak Amerikan Hukukunun farklı bir sistem içinde uygulandığı hatırdta tutulmalıdır³¹⁸.

Son olarak, üç katı tazminat hükmü, Rekabet Hukukundaki haksız fiil hükümlerinin amacının klasik doktrinin kabul ettiği üzere zararın giderilmesi yoluyla denkleştirici adaletin sağlanması olmadığını göstermektedir. Hükmün uygulanma şartları incelendiğinde görülecektir ki, buradaki tazminat farklı bir amaca hizmet etmektedir. Kanımca bu farklı durum, ilgili hükümlerin yorumunda ve uygulanmasında büyük rol oynayacaktır. Bu konu aşağıdaki başlık altında ele alınmaktadır.

III. Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Amacı

Bilindiği gibi haksız fiil hukukunun temel amacının, zarara uğrayan kişilerin zararlarının giderilmesi suretiyle denkleştirici adaletin sağlanması olduğu genel olarak kabul edilmektedir³¹⁹. Dolayısıyla bir bakıma, haksız fiil hukuku gerçekleşen zarara kimin katlanması gerektiğini belirleyen kurallardan oluşur. Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışlar da çeşitli zararlara yol açabilir³²⁰. Örneğin fiyat karteli nedeniyle alıcılar, ödemeleri gerekenden daha yüksek bir bedel öderler ve bu fark onlar için zarar teşkil eder. İşte Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun temel amacının bu tür zararların giderilmesi olduğu iddia edilebilir.

Ayrıca Rekabet Hukukunda zararın giderilmesi, genel bir perspektiften bakıldığında, gelir adaletsizliğini düzeltici bir rol de oynamaktadır. Zarara uğrayan kişilerin zararlarını faillerden gidermesi imkanı, gelir dağılımı üzerinde, zarara uğrayan kişiler lehine; failler aleyhine bir değişiklik yaratır. Yani, tazminat sorumluluğu vasıtasıyla tekel ya da kartellerden, tüketicilere ya da zarara uğrayan diğer teşebbüslere bir kaynak transferi gerçekleşir. Bu kaynak transferi, bir ölçüde, ekonomik yoğunlaşmanın gelir dağılımı üzerindeki olumsuz etkisini azaltır. Bu denkleştirici rol nedeniyle, ilk bakışta Rekabet

³¹⁸ Amerikan Antitröst Hukukunun maddi açıdan farklı bir hukuk sistemi içerisinde uygulanması bir kenara, özellikle yargılamanın çok farklı usul kuralları çerçevesinde yürütüldüğü unutulmamalıdır.

³¹⁹ **EREN Fikret**, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 7. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.478; **NOMER Haluk**, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi", Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s.33; **OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut**, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s.554

³²⁰ Zarar kavramı hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. aşağıda §3/V

Hukukundaki haksız fiil hükümlerinin gelir dağılımının düzeltilmesi amacına da hizmet ettiği söylenebilir. Bu durum kanun koyucunun ekonomik amaçlar dışında sosyal amaçları gözettiğinin göstergesi olarak yorumlanabilir³²¹. Bu nedenlerle Rekabet Hukukundaki haksız fiil hükümlerinin amaç açısından herhangi bir özellik arz etmediği, büyük ölçüde denkleştirici bir rol oynadığı iddia edilebilir.

Fakat kanımca Rekabet Hukukunda bakımından, haksız fiil hükümlerine atfedilen bu amacın doğruluğunda iki nedenden ötürü şüphe duyulmalıdır. İlk olarak Rekabet Hukukunun amacı bu düşüncenin kabulüne uygun değildir. Zira, her şeyden Rekabet Hukukunun temel amacı ekonomiktir³²². Kısaca ifade etmek gerekirse Rekabet Hukukunun temel amacının, yoğunlaşmanın beraberinde getirdiği sosyal maliyetin; yani “*kaynak dağılımında verimsizlik*” (*allocative inefficiency*), “*maliyet etkinsizliği*” (*productive inefficiency*) ve “*rant kollamaya dayalı davranış*” (*rent seeking behavior*) gibi ekonomik sorunların önlenmesi ve ekonomik verimliliğin sağlanması olduğu söylenebilir³²³. Gelir dağılımının düzeltilmesi ve/veya küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması gibi sosyal amaçlar ise ancak bu amaçla çelişmediği ölçüde gözetilmektedir.

Yoğunlaşmanın yol açtığı sosyal maliyet ise ancak “*caydırıcılık*” (*deterrence*) ilkesine dayalı bir yaptırım sistemi ile azaltılabilir. Zira önemli olan, yoğunlaşmanın önlenmesi veya mevcut yoğunlaşmaların denetlenmesidir. Yoksa ortaya çıkan olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması ekonomik olarak mümkün değildir. Sadece bunu amaçlayan bir yaptırım sistemi ise (örneğin yukarıdaki görüş çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu), temelde gelir dağılımı üzerinde etki yapabilir. Bu türden bir faaliyet net kaynak israfına yol açar. Bu ise pek tabii ki Rekabet Hukukunun amacına uygun düşmemektedir.

Üstelik Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğuna sadece zararın giderilmesi ya da gelir dağılımının düzeltilmesi amacı atfedildiği takdirde,

³²¹ Sosyal amaçlar ile kastedilen, tüketicilerin ve küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunmasıdır. Tazminat hakkından son tahlilde bu iki kesimin faydalanacağı düşünülürse, haksız fiil hükümlerinin bu amaca hizmet ettiği söylenebilir. Rekabet Hukukunun sosyal amacı hakkında bkz. **ASLAN**, s.5,6; **SANLI**, 10,11

³²² Belirtelim ki Rekabet Hukukunun temel amacının ekonomik olduğu bugün genel olarak kabul edilse de, konu hakkında tartışmalar halen devam etmektedir. Özellikle Rekabet Hukukuna atfedilen amaçlar hakkında bir değerlendirme için bkz. **CALVANI Terry**, “What is the Objective of Antitrust” *Economic Analysis and Antitrust Law*, 2nd edition (Editors : CALVANI Terry/SIEGFRIED John), 1988, s.7-15

³²³ Bu kavramlar hakkında bkz. **SANLI Kerem Cem**, “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansları 10 Ankara Ekim 2000, sh.84-87; **VISCUSI W. Kip / VERNON M. John / HARRINGTON E. Joseph JR**, “Economics of Regulation and Antitrust” 2nd Edition Cambridge 1998, s.73-87; **POSNER Richard**, “Antitrust Law, An Economic Perspective”, 1976, s.8 vd.

yaptırım sisteminin verimsiz olması pek muhtemeldir. Zira tazminat davası ve mahkemeler kanalıyla yürütülen bir yaptırım sisteminin neden olabileceği maliyet, gelir dağılımının düzeltilmesiyle elde edilebilecek sosyal faydayı aşacaktır. İhlalin neden olduğu tüm zararların giderilmesini imkansızlığı bir kenara, özellikle gelir dağılımının son tahlilde tüketiciler aleyhine bozulduğu dikkate alınırsa, tazminat davalarının yoğunluğu olağanüstü bir maliyetin doğmasına neden olacaktır. Bu durumda, sosyal amaç, ekonomik verimliliğin sağlanması temel amacı ile çatışacaktır. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunun temel ya da tek amacının bu olduğu söylenemez.

Kanımızca haksız fiil sorumluluğunun temel rolü (ve amacı) tazminat ödeme riskinin, Rekabet Hukukunu ihlal etmeyi düşünen teşebbüsler (potansiyel failler) üzerinde caydırıcı etki yaratarak, gerçekleşmesi muhtemel toplam zararda azalmaya yol açmasıdır³²⁴. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu da, aynen idari yaptırımlar gibi, daha ziyade ihlallerin önlenmesi amacına hizmet etmektedir. Bu ekonomik amaca da uygundur. Nitekim Kanun'da yer alan “*üç katı tazminat*”a ilişkin hüküm, bu görüşün pozitif dayanağını oluşturmaktadır. Zira burada tazminat sorumluluğu, zarar miktarını aşacak şekilde belirlenebileceği gibi, zarardan soyutlanarak faillerin elde ettikleri menfaate göre tespit edilebilir. Dolayısıyla Rekabet Hukuku bakımından tazminatın amacının klasik görüşün kabul ettiği gibi zararın giderilmesi ya da denkleştirici adaletin sağlanması olduğunu iddia etmek güçtür. Rekabet Hukukundaki haksız fiil hükümlerinin amacı, zararın önlenmesi veya başka bir ifadeyle caydırıcılığın sağlanmasıdır. Gelir dağılımının düzeltilmesi ise ancak ikincil bir amaç olarak görülebilir.

Bu noktada akla gelen bir soru, idari yaptırımlar ile benzer bir amaca yöneldiği söylenebilecek olan haksız fiil sorumluluğuna ayrıca neden gerek duyulduğudur. Aşağıdaki başlık altında, ikili yaptırım sistemi içerisinde haksız fiil sorumluluğunun tam olarak ne gibi bir rol oynadığı ve bu tür ikili bir sistemin olumlu ve olumsuz yönleri üzerinde durulacaktır.

IV. İkili Yaptırım Sistemi İçinde Haksız Fiil Sorumluluğunun Oynadığı Rol

Yukarıda ifade edildiği üzere, Rekabet Hukukundaki yaptırım sisteminin bir ayağı İdare Hukukuna, bir ayağı da Özel Hukuka basmaktadır³²⁵. İdare

³²⁴ Esasen Türk Hukukunda haksız fiil hükümlerinin bir amacının da caydırıcılığın sağlanması ya da başka bir ifadeyle zararın önlenmesi olduğu belirtilmektedir (EREN, s.477, NOMER, s.35)

³²⁵ Esasen Türkiye dahil olmak üzere pek çok ülkenin Ceza Hukukunda rekabeti sınırlayıcı davranışların aynı zamanda birer suç sayıldığı ve dolayısıyla da Ceza Hukuku karakteri taşıyan yaptırımların bulunduğu görülmektedir (TCK.m.201,358,366,367). Fakat bu normların hiçbirinin amacı rekabetin korunması değildir. Dolayısıyla hukuka aykırılığın belirlenmesinde kullanılan

Hukukuna dayalı bir yaptırım sistemi, Rekabet Hukukunun bir ölçüde düzenleyici ve denetleyici bir uygulamaya ihtiyaç göstermesi nedeniyle şarttır³²⁶. Somutlaştırmak gerekirse, Rekabet Hukuku sadece “*ex post*” değil; aynı zamanda “*ex ante*” uygulamalara sahip olmaktadır. İzin ve bildirim mecburiyeti “*ex ante*” uygulamanın örneğidir (RKHK.m.5,7,8,10,11,12). Hukuku uygulayacak kurumun piyasaları izlemesi ve bu bağlamda piyasalarda düzenleyici ve denetleyici faaliyetlerde bulunması mecburidir (RKHK. m.5/3,7/2,27/f,g). Yaptırımların ekonomik prensipler ışığında tatbik edilerek, ihlallerin ağırlığına ve niteliğine uyarlanabilmesi ve esnek mahiyette olması gerekir (RKHK.m.16). Ayrıca ilgili kurumun ülkenin ekonomik şartlarına ve bazı hallerde de sanayi politikasına uygun bir Rekabet Hukuku politikası oluşturması da beklenir³²⁷. Doğaldır ki mahkemeler, bu tür faaliyetler bakımından uygun değildir³²⁸.

Haksız fiil hükümleri sorumluluğu bu tür bir yaptırım sistemi içerisinde tamamlayıcı rol oynamaktadır. Kanun koyucu haksız fiil sorumluluğu ile desteklenen bir yaptırım sisteminin daha etkin olduğunu varsaymıştır. Bilhassa haksız fiil sorumluluğunun özel kişiler eliyle mahkemeler tarafından uygulanacak olması, idari yaptırımlar karşısında önemli bir avantaj teşkil eder. Bu tamamlayıcı rolü kısaca ifade etmek gerekirse, bir kere haksız fiil hükümleri Rekabet Hukukunun daha yaygın ve etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet edecektir. İdari yaptırımların yanı sıra üç katı tazminat hükmü ile pekiştirilen haksız fiil sorumluluğu, teşebbüsler üzerinde caydırıcı bir etki yaratacaktır. Ayrıca Rekabet Hukukunun mahkemeler tarafından da uygulanacak olması, Kurum’un iş yükünde bir azalmaya sebep olacak ve Kurum kaynaklarını kartel soruşturmaları ya da piyasaların düzenlenmesi gibi daha verimli idari faaliyetlere ayırabilecektir.

kriterler farklıdır. Amerikan Hukuku ise bu açıdan kendine özgü sayılabilir. Zira Sherman Yasası’nın 1 ve 2. maddesinin ve Robinson Patman Yasası’nın 3.maddesinin ihlal edilmesi aynı zamanda suç sayılmakta ve hürriyeti bağlayıcı ceza dahil olmak üzere ağır yaptırımlar tatbik edilmektedir (bkz. **AREEDA Phillip / HOVENKAMP Herbert / ROGER D. Blair**, “Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application VII.” 2nd Edition, 2000 New York s.27-40)

³²⁶ İdari yaptırımlar hakkında geniş açıklamalar için bkz. **GÖNEN Kazım Eren**, “Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003

³²⁷ Nitekim Rekabet Hukuku sistemlerine bakıldığında, en fazla bu yaklaşımın tercih edildiği görülmektedir. Fakat belirtelim ki, Türkiye’deki mevcut idari yapılanmanın esasen yukarıda sayılan özelliklerin tamamını taşımadığı söylenebilir. Kanımca bu durum, kanun koyucunun neden Rekabet Kurumu’nu ihdas ettiğini ve idari işleyiş ve teşkilata ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yaptığını açıklamaktadır.

³²⁸ Bunun yanı sıra, ihlallerin ispatı ve hukuka aykırılığın belirlenmesi de bazı hallerde olağanüstü derecede güç olabilir. Bu gibi hallerde, önemli ölçüde uzmanlık, bilgi birikimi ve mali kaynağa ihtiyaç duyulmaktadır. Mahkemeler veya taraflar ise bu kaynağa sahip değildir.

Bunun haricinde tazminat sorumluluğu, yoğunlaşmanın gelir dağılımı üzerindeki olumsuz etkisini azaltacaktır. Teşebbüslerin tazminat ödemesi, ekonomide meydana getirdiği zararların (ki esasen bunlar fiyatlara yansıtılması gereken bir tür işletme giderleridir) içselleştirilmesini sağlayacaktır. Bu ise ekonomik olarak, kaynak dağılımında verimliliğin elde edilmesi amacıyla hizmet edecektir. Zarara uğrayan kişilerin haksız fiil hükümleri vasıtasıyla tazminat elde etme ihtimali, dava açılmasını ve dolayısıyla da Rekabet Hukukun yaygınlaşmasını teşvik edecektir. Bu ise ihlallerin daha etkin bir şekilde tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayacağı gibi, Rekabet Hukukunun yerleşmesine ve toplumda rekabet bilincinin yerleşmesine katkıda bulunacaktır. Ayrıca hukukun münhasıran idari bir organ eliyle yürütülüyor olması, zaman içerisinde yozlaşma ya da siyasallaşma gibi riskler nedeniyle etkinliği olumsuz etkileyebilir (*regulatory capture*)³²⁹. Özel hukuk ayağı olan ikili bir yaptırım sistemi ise, bu tür riskleri azaltır.

Fakat yukarıda belirtilen faydalarına rağmen, tazminat sorumluluğunun bazı olumsuzlukları beraberinde getirdiği de unutulmamalıdır. Bir kere Rekabet Hukukunun mahkemeler tarafından da uygulanacak olması, adalet sistemi ve devlet hazinesi açısından başlı başına ek bir yük; ya da maliyet anlamına gelir³³⁰. Bunun dışında hukukun iki ayrı kurum tarafından uygulanacak olması, kurumlar arasındaki ilişkinin düzenlenmediği bir durumda, uygulamada birbirleriyle çelişen kararların ve yetki ihtilaflarının ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu durum ise yaptırım sisteminin etkinliğini zedeleyebilir. Üstelik mahkemelerin, yeteri derecede uzmanlığa ve mali kaynağa sahip olmaması nedeniyle, Rekabet Hukukunun tatbiki için uygun bir kurum olmadığı savı kabul edilirse, hukuk güvenliğinin tehlikeye düştüğü dahi iddia edilebilir. Bir başka sakınca, ikili bir yaptırım sisteminin aşırı ve verimsiz olacak derecede caydırıcı (*over-deterrence*) olması riskidir. Gerçi bu tür bir riskin gerçekte var olup olmadığı ya da ağırlığı ancak ampirik veri ile belirlenebilir. Doğal olarak ülkemiz açısından ise henüz böyle bir mevcut değildir. Fakat birbirinden bağımsız iki ayaklı bir yaptırım sisteminin bu tür bir risk taşıdığı hususunda tereddüt duyulmamalıdır. Nitekim Amerikan hukuk ve iktisat çevrelerinde de bu

³²⁹ Kavram hakkında bkz. **VISCUSI / VERNON / HARRINGTON**, s.39

³³⁰ Her ne kadar şu anda bu tür bir risk bulunmasa da, özellikle Rekabet Hukukundan kaynaklanan zararlar sebebiyle, kimlerin, hangi şartlar altında dava açabileceği açık ve net şekilde belirlenemez, daha doğru bir deyimle sorumluluk net bir şekilde sınırlandırılmaz ise, haksız fiil sorumluluğuna dayalı davalar (özellikle tüketiciler tarafından açılanlar) adalet sistemi açısından önemli yük oluşturabilir.

mesele bir dönem tartışma konusu yapılmış ve pek çok araştırma ve bilimsel incelemeye konu olmuştur³³¹.

V. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Hükümlerinin Gerekliği Gibi Uygulanmamasının Olası Nedenleri

Yukarıda belirtilen yararlarına rağmen, mevcut uygulamada, haksız fiil sorumluluğu hükümlerinin kendisinden beklenen rolü oynadığını söylemek zordur. Mevcut uygulama, kanımızca kanun koyucunun amaçladığından farklı bir şekilde seyretmektedir. Rekabet Hukuku terminolojisi ile ifade etmek gerekirse Rekabet Kurumu, hukukun uygulamasında hakim durum ve hatta neredeyse tekel konumundadır. Bu ise yaptırım sisteminin etkinliğini ve ikili bir sistemden beklenen faydayı azaltmaktadır. Dolayısıyla bunun nedenleri üzerinde durulması gerekir.

Her şeyden önce Rekabet Hukuku yeni ve gelişmekte olan bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla henüz mahkemelerde sınırlı olarak tatbik edilmesini bir ölçüde olağan karşılamak gerekir. Bu alanda yeterli bilimsel eserin olmaması, Rekabet Hukukunun teknik yönünün ağır basması, tatbikatta yaşanabilecek ispat güçlükleri, Kanun'un haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kendine özgü, özel düzenlemeler içermesi gibi nedenler, mahkemelerin ve rekabetin sınırlanmasından edilmesinden zarara uğrayan kişilerin yargılama hususunda çekingen davranmasına neden olabilmektedir³³². Bunun dışında “rekabet” kültürünün henüz ülkemizde tam olarak yerleşmemiş olması da, bu çekingenliği arttırmaktadır.

Bütün bu sayılan nedenler aslında Rekabet Hukukunun henüz gelişmekte olması ile açıklanabilir. Dolayısıyla bir bakıma zaman içerisinde bu sorunların önemini yitireceği iddia edilebilir. Kanımca haksız fiil hükümlerinin gerektiği gibi uygulanmamasının önündeki temel engel, Kanun'da yer alan isabetsiz bir kısım düzenlemelerdir. Kanun, maddi hukukun uygulanmasına ilişkin bazı hususlarda Rekabet Kurumu'nu münhasır yetkili kılmış; bununla da yetinmemiş ve bu yetkiyi hiç de yerinde olmayarak bazı usul hükümleri ile pekiştirmiştir (RKHK.m.10). Bunun karşılık mahkemeler ile Kurum arasında herhangi bir ilişki kurmamış; birbirinden tamamen bağımsız ikili bir yaptırım

³³¹ Bu türden bir veri ise, sadece Amerikan Hukuku uygulamasından elde edilebilir. Esasen yapılan bir takım araştırmalar (Georgetown Studies), sanıldığına aksine “üç katı tazminat” hükmü ile pekiştirilmiş haksız fiil sorumluluğunun, aşırı bir caydırıcı rol oynamadığı sonucuna varmıştır (JONES C. Philips, “Litigating Private Antitrust Actions”, Washington DC 1984, s.81,82).

³³² Örneğin şu anda Rekabet Hukuku tatbikatının yaklaşık %90'lık bir kısmının tazminat davaları veya önleme ve durdurma davaları ile mahkemeler eliyle yürütüldüğü ABD'de, 1950'li yıllara kadar çok az sayıda tazminat davası açılmıştır. Tazminat davalarının sayısı özellikle 1960 yıllardan itibaren artmaya başlamıştır.

sistemi öngörmüştür. Bu durum karşısında, doğal olarak Rekabet Kurumu uygulamada ön plana çıkmış ve mahkemeler geri planda kalmıştır. Dolayısıyla yukarıda ikili yaptırım sisteminin bir olumsuzluğu olarak belirttiğimiz “işbölümü” ya da “yetki paylaşımı” sorunu, Kanun’un sistemi nedeniyle önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu ifade edilenleri somutlaştırmak gerekirse, örneğin 4. madde yasağını 5. maddede yer alan muafiyet hükmünden bağımsız uygulamak mümkün değildir. Zira Kanun’un 4. maddesine aykırı olan bir anlaşmanın, 5. maddenin şartlarının gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak, hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Muafiyet tanıma yetkisi ise münhasır olarak Rekabet Kurumu’na aittir. Bu durum 4. maddenin mahkemeler tarafından uygulanma kabiliyetini sınırlamakta, mahkemelerin yetkisini –*neredeyse*- hakkında Kurum tarafından karar verilmiş anlaşmalara hasretmektedir. Benzer durum 7. maddede düzenlenen birleşme ve devralmalar bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla Kanun’da öngörülen yasaklayıcı hükümlerden sadece hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. madde açısından mahkemelerin gerçek anlamıyla yetkili olduğu söylenebilir.

Dolayısıyla, ideal ikili bir yaptırım sisteminin amacı göz önünde tutularak, Kurum ve mahkemeler arasındaki ilişkinin ne şekilde olması gerektiği tespit edilmelidir. Bu tespit haksız fiil hukukunun tatbikatının yerleşmesi bakımından büyük önem taşıyacaktır. Bu konuya ilişkin değerlendirmeler zararın tazmin edilmesi genel başlığı altında ele alınacaktır³³³. Bununla birlikte şunu belirtelim ki, Kurum ile mahkemeler arasındaki ilişkiye dair sorunlarda, mümkün olduğu ölçüde Kurum’un yetkisini daraltacak bir yaklaşımı tercih etmek; örneğin hukuka aykırılığın belirlenmesinde Kurum’u münhasır yetkili kabul etmemek ya da mahkemelerin Kurum kararına gerek olmaksızın Rekabet Hukuku kurallarını uygulayabileceklerini benimsemek, uygun bir yaklaşım tarzı olacaktır.

§ 2. Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğunun Genel Şartları

I. Genel Olarak Haksız Fiil Sorumluluğunun Dayandığı Esas

Çalışmamızın ilk kısmında haksız fiil sorumluluğunun genel özellikleri üzerinde durmuş ve bu düzenlemenin, esasen haksız fiil hukukuna ilişkin genel hükümlerden pek de farklılık arz etmediğini ifade etmiştik. Fakat ayrıntılı sayılabilecek bu düzenlemenin, haksız fiil sorumluluğunun genel şartları ve tatbikatı hakkında yol gösterici ya da açıklayıcı olduğunu söylemek zordur.

³³³ Bkz. aşağıda §3/IV/B

Örneğin zarar ve hukuka aykırılığa ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmişse de, bunlar uygulanma kabiliyeti açısından açıklanmaya muhtaçtır.

Dolayısıyla genel hükümler ışığında, buradaki sorumluluğun genel şartları üzerinde durmak gerekir. Yapılacak bu inceleme, özellikle Kanun'un geniş ifadesinin ve sorumluluğunun sınırlandırılması, amaca uygun, fiilen tatbik edilebilir bir haksız fiil hukuku oluşturmak açılarından önem taşır. Sorumluluğun genel şartlarını incelemeden önce Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun hangi esasa dayandığı kısaca tartışılması ve akabinde haksız fiil hukukunun genel şartları üzerinde durulması uygun olur.

Kanun'da, haksız fiil sorumluluğunun hangi esasa dayandığı veya daha açık bir ifadeyle, kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk esasının mı benimsendiğine dair açık bir ifade yer almamaktadır. Sadece tazminat hakkının düzenlendiği 58. maddenin ikinci fıkrasında, hakimün üç katı tazminata ancak ağır kusurun varlığı halinde hükmedileceği belirtilmektedir³³⁴. Kanun'da açık bir düzenlemenin olmaması, Türk Hukukunda farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur³³⁵. Mukayeseli hukukta da farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Örneğin aynı maddi Rekabet Hukuku normlarının uygulandığı ülkelerden İngiliz Hukukunda kusur aranmazken³³⁶, Alman, Fransız, Yunan, İsviçre Hukuklarında sorumluluğun doğması için kusurun varlığı gerekli

³³⁴ İlk olarak Kanun her ne kadar kusursuz sorumluluğun varlığına dair açık bir hüküm öngörmediyse de, yokluğuna ilişkin de bir düzenleme yapmamıştır. Kanun'un lafzı yorum açısından sınırlayıcı olmaktan uzaktır. Hatta üç katı tazminata ilişkin hükmün geniş uygulama alanı göz önünde tutulduğunda, haksız fiilin kusursuz sorumluluk esasına dayandığı dahi söylenebilir. Zira Kanun, rekabeti sınırlayan teşebbüsün kasıt ya da ağır ihmal içerisinde hareket etmesi halinde, hakimün takdirine bağlı olarak tazminat miktarının artırılacağını belirtmiştir. Kusur sorumluluğun şartı olarak aranır, tazminatın ağırlaşmadığı tek sorumluluk ya da olağan sorumluluk hali, teşebbüsün hafif ihmal içerisinde hareket ettiği durumlar olacaktır. Bir başka deyişle olağan sorumluluk, teşebbüsün ortalama makul bir insanın değil; fakat ihtimam sahibi bir insanın göstermesi gereken özeni göstermediği hallerde uygulama alanı bulacaktır. Çoğu kez teşebbüslerin aynı zamanda tacir olmalarından dolayı daha özenli davranmaları gerektiği dikkate alınır, olağan sorumluluğun çok sınırlı uygulanacağı, esas itibarla üç katı tazminat hükmünün uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Esasen Amerikan Antitröst Hukukunda üç katı tazminat hükmü otomatik bir süreç içinde uygulanmakta, kusur ciddi anlamda tartışılmamaktadır.

³³⁵ Yazarların önemli bir kısmı sorumluluğun kusura dayandığı görüşünü benimserken; **EROĞLU Sevilay**, "Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması", Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s.215; **İNAN Nurkut**, "Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara 2002, s.607,608; **ASLAN**, s.387 (dolaylı olarak belirtmektedir); aksi görüşte olanlar da bulunmaktadır ; **TOPÇUOĞLU**, s.299 (Yazar burada kusursuz sorumluluk esasının benimsendiğini, bunun nedeninin ise piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği önem olduğunu belirtmektedir).

³³⁶ **JONES**, s.126 vd.; **WHISH Richard / SUFRIN Brenda**, "Competition Law", 4th Edition, Butterworths London 2001, s.280

görülmektedir³³⁷. Amerikan Hukukunda da kusur, sorumluluğun bir şartı olarak aranmamaktadır³³⁸.

Kanun'da sorumluluğun hangi esasa dayandığı hususunda özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, diğer konularda olduğu gibi, burada da haksız fiil hukukunun genel esasları uygulama alanı bulacaktır. Türk Hukukunda genel kural ise, sorumluluğun kusura dayanmasıdır. Kusursuz ya da objektif sorumluluk, bunu gerektiren açık bir düzenlemenin ve/veya özel bir nedenin varlığı halinde söz konusu olur. Kanun'da kusursuz sorumluluğun kabul edildiğine dair düzenleme bulunmadığı gibi, kanımca Rekabet Hukuku bakımından kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesini gerektiren özel bir neden de yoktur. Bu nedenle Türk Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun kusur esasına dayandığını kabul etmek gerekir. Davacılar, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının yanı sıra, davalının hukuka aykırı sonucu, yani rekabetin sınırlanmasını istediğini (*kast*) veya bu sonucu istememiş olmakla birlikte bu sonucun gerçekleşmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmadığını ya da hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermediğini (*ihmal*) ispat edecektir³³⁹. Kusur şartının aranmasının doğal sonucu ise, davalının kusurlu olmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmesidir.

Fakat bu noktada Rekabet Hukukunun bir özelliğine dikkati çekmek gerekir. Rekabet Hukukuna aykırı zararlı sonuç, son tahlilde kar maksimizasyonu hedefi ile paraleldir. Hatta rekabetin sınırlanması, teşebbüsler açısından kar maksimizasyonunun en etkin vasıtasıdır³⁴⁰. Dolayısıyla bir açıdan bakıldığında hukuka aykırı davranan teşebbüslerin nasıl olup kusursuz sayılacakları noktasında tereddüt duyulabilir. Hukuka aykırı sonuç yani rekabetin sınırlanması -ki bu sonuç son tahlilde daima teşebbüslerin yararına dır- istenmese bile, en azından bu sonucun öngörülmesi beklenir. Dolayısıyla

³³⁷ Bu konuda bkz. **EUROPEAN COMMISSION**, "The Application of Articles 85 & 86 of The EC Treaty by National Courts in The Member States", Brussels 1997

³³⁸ Aksi görüş **AKINCI**, s. 367; Belirtelim ki, Sherman Yasası'nın ihlal edilmesine bağlı olarak ceza davasının açıldığı bir durumda, kusur önem kazanır. Bilindiği gibi Amerikan Hukukunda fiyat kartelleri, ihaleye fesat karıştırılması (bid rigging), gibi ağır ihlaller bakımından ceza davaları açılmakta ve bu davalarda davalının kasıt ya da ihtimali kast içerisinde hareket etmiş olması şartı aranmaktadır. Teşebbüslerin ihmal içerisinde hareket ettikleri bir varsayımda ise ancak hareketin zararlı sonucunun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak cezai yaptırımlar tatbik edilmektedir (bkz. **AREEDA Phillip / KAPLOW Louis**, "Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases", 5th Edition, New York 1997, s.36-37).

³³⁹ Bu noktada pek tabii davalı teşebbüs ya da teşebbüslerin Rekabet Hukukunu bilmediklerini ileri sürmeleri, kusur değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Buna karşılık Rekabet Hukukunun yeni bir hukuk dalı olması açıkça olmasa da, kusurun tespitinde etkili olabilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun bu tür bir yaklaşım içerisinde olduğu söylenebilir.

³⁴⁰ Burada etkinlik ile kastedilen, rekabeti sınırlayıcı davranışların genellikle teşebbüsler açısından kar arttırmada en kolay yol olduğudur.

teşebbüslerin kusurlu olmasının asıl olduğu iddia edilebilir. Nitekim kartel anlaşmaları gibi hukuka aykırı bir takım davranışların kusursuz olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir³⁴¹. Bu anlaşmaların varlığının ispat edildiği bir durumda kusur tartışmasına yer yoktur³⁴².

Buna karşılık, bu gibi açık ihlallerin söz konusu olmadığı, davranışın ancak piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesi ile hukuka aykırı olarak kabul edildiği hallerde, durum biraz farklıdır. Bu gibi hallerde, hukuka aykırılık olarak nitelendireceğimiz rekabetin sınırlanması, çoğu kez içeriği ve çerçevesi belli olmayan bir kavram halini almaktadır³⁴³. Dolayısıyla hukuka aykırılığın belirsizliği karşısında, teorik olarak kusurun olup olmadığı noktasında tereddüt duyulabilir. Fakat kanımca bu gibi hallerde asıl güçlük hukuka aykırılığın tespit edilmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık bir kere tespit edildikten sonra, artık teşebbüslerin kusursuzluğunu ispat edilmesi güçleşmektedir. Zira bir teşebbüsün karar alıp uygularken, bunun ekonomik sonuçlarını öngörmemiş olması ya da bunları düşünmemiş olması gerçekçi bir varsayım değildir. Ticari davranışların ekonomik sonuçları konusunda her şeyden önce bunu gerçekleştiren teşebbüsün bilgisi ve öngörüsü vardır veya olmalıdır. Dolayısıyla rekabeti sınırladığı tespit edilen bir teşebbüsün, en azından ihmal içerisinde hareket ettiği söylenebilir. Üstelik teşebbüslerin genellikle aynı zamanda tacir sıfatını taşıyacaklarından bahisle, göstermeleri gereken özenin ölçüsü daha ağır olacak ve bu durum da onların kusursuzluğunu ispatlamalarını güçleştirecektir.

Fakat Rekabet Hukukunda hukuka aykırılığın bazı hallerde belirsiz bir kavram olması ve ayrıca mahkemenin hukuka aykırılık analizinin “*ex post*” özellikler göstermesi nedeniyle, sınırlı bir takım hallerde kusursuzluğun söz konusu olabileceğini belirtelim. Hukuka aykırılık, ya da rekabetin sınırlanmasının belirsizliği karşısında her hukuka aykırı uygulamada aynı zamanda kusurun var olduğunu kabul etmek, ticari yaşamın gerçeklerine ve hakkaniyete aykırı olabilir. Bu gibi hallerde hakimın tazminata hükmederken çekingen davranması uygun olur. Somutlaştırmak gerekirse, kararın alındığı ve

³⁴¹ AKINCI, s.368

³⁴² Tazmin edilebilir zarar türleri düşünüldüğünde, tazminat sorumluluğu esas itibarla, yıkıcı fiyatlandırma gibi dışlayıcı uygulamalar veya kartel anlaşmaları gibi Rekabet Hukukunda açık ihlaller olarak adlandırılan hallerde uygulama alanı olacaktır. Bu gibi hallerde ise, hukuka aykırılık ve kusur iç içe geçmiştir. Teşebbüsün hukuka aykırı davrandığından bahsedebilmek için, en azından objektif niyetinin tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu gibi hallerde başlı başına kusurun varlığını ispat etmek güç değildir. Davacı hukuka aykırılığı ispat edebilirse, aynı zamanda davalının kusurlu olduğunu da ortaya koymuş olacaktır.

³⁴³ Açık ihlaller saklı kalmak kaydıyla, rekabetin sınırlanması ya da Rekabet Hukukuna aykırılık, bir davranışın siyah ya da beyaz olması değil, gri ya da koyu gri olmasıdır. Hukuka aykırılık bir anlamda “*derece*” meselesidir.

uygulandığı sırada geçerli olan piyasa koşulları çerçevesinde karar veren bir teşebbüsün, sonradan bu şartların öngörülmecek biçimde değişmesi nedeniyle, davranışının rekabeti sınırlayıcı özellikler göstermesinden dolayı kusurlu sayılması düşünülemez. Ya da teşebbüslerin açık ihlal niteliği taşımayan bir anlaşmayı hukuka uygun olduğu düşüncesiyle Kurum'a bildirimde bulunmaları ve fakat anlaşmanın hukuka aykırı olması halinde kusurun varlığından bahsetmek güçtür. Bu gibi davranışlar hukuka aykırı kabul edilse bile, artık kusurun bulunmaması nedeniyle tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Sadece idari yaptırımların uygulanması düşünülebilir³⁴⁴.

Özetle, sınırlı bir takım haller saklı kalmak kaydıyla, Rekabet Hukuku bakımından hukuka aykırılığın tespit edilmesiyle birlikte artık büyük ölçüde kusurun varlığını kabul etmek gerekir. Zira ihlallerin önemli bir kısmında hukuka aykırılık ile kusur iç içe geçmektedir³⁴⁵.

II. Hukuka Aykırı Fiil

A) Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir fiil olması ve bunun da hukuka aykırı olması gerekir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bu koşulu 57. maddede; “*Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.....*” şeklinde ifade etmiştir. Kanun'un geniş ifadesi çerçevesinde fiil; anlaşma, karar, eylem sözleşme gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Fiilin tek yanlı ya da ortaklaşa gerçekleştirilmesi ve hukuki işlem ya da eylem görünümünde ortaya çıkması mümkündür. Keza sadece müspet davranışlar değil, bazı hallerde menfi davranışlar³⁴⁶ da haksız fiil sorumluluğuna neden olabilir.

Hukuka aykırılık ise, fiilin genel bir davranış kuralını ve de özellikle yasaklayıcı bir normu ihlal etmesidir. Rekabet Hukuku bakımından, teorik olarak 4, 6 ve 7. maddede yer alan kamu hukuku karakterli hükümler bu türden normlardır. Bu hükümlerin uygulanma şartları hususunda açıklama yapmak bu

³⁴⁴ Belirtelim ki bu gibi durumlarda Avrupa Birliği Hukukunda 17 nolu Tüzük (m.15) idari para cezalarının tatbik edilemeyeceğini belirtmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından ise, Rekabet Hukukunu ihlal eden teşebbüsler kusursuz da olsa idari para cezalarının tatbik edilmesi mümkündür. Kanun'un 16/4. maddesine göre kusur, para cezasının tutarının belirlenmesinde dikkate alınan faktörlerden biridir.

³⁴⁵ Krş. AKINCI, s.369,372

³⁴⁶ Örneğin mal vermenin kesilmesi, Rekabet Hukukunun menfi bir davranışla ihlaline örnek gösterilebilir.

çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümlerin oldukça yaygın uygulanma alanı bulunmaktadır. Özellikle hükümlerin geniş ve bir o kadar da muğlak ifadeler içermesi, birbirinden çok farklı özellikler gösteren davranışların Rekabet Hukukuna aykırı olması riskini beraberinde getirmektedir³⁴⁷.

Belki de aynı nedenden ötürü, hukuka aykırılık kavramının içeriği ve çerçevesi büyük ölçüde belirsizdir. Bir davranışın ne zaman hukuka aykırı olacağı, örneğin rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğu ya da piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açtığı hususunda kesin ve net kriterler vermek çok zordur. Analizin sonucu, somut olayın özelliklerine göre değişebilmektedir. Aynı davranış belirli zaman ve piyasa koşullarında rekabeti sınırlayıcı olarak görülebilirken, başka bir zaman ve piyasa koşullarında meşru kabul edilebilir. Bu durumun haksız fiil sorumluluğu bakımından sonucu, hukuki belirsizliğin ortaya çıkmasının dışında, davacının ispat ve hakim de hukuka aykırılığın tespiti konusunda önemli güçlükler yaşayacak olmasıdır. Özellikle bazı hallerde hukuka aykırılığın tespit edilmesi, hukuki değerlendirmelerin yanı sıra, ekonomik analizin de yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla gerek taraflar ve gerekse hakim, yargılama esnasında ekonomik kavram ve analizlere başvurmak durumunda kalacaklardır. Bu durum ise uzman bilirkişilere başvurulmasını şart kılacak ve yargılamanın maliyeti de artacaktır.

Önemle belirtelim ki Rekabet Hukukuna aykırı olan her davranış haksız fiil sorumluluğuna yol açmaz. Zira 4. 6. ve 7. maddeler, birbiriyle aynı özellikler göstermemekle birlikte, tümünün önleyici karakteri bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, bir davranış, örneğin bir anlaşma, henüz zarara yol açmamış olsa dahi, potansiyel etkilerinin rekabeti sınırlayacağı belirlenebiliyorsa Rekabet Hukukuna aykırı kabul edilebilir. Zarar hukuka aykırılığın bir şartı değildir. Hatta 4 ve 7. maddelerin bildirim sistemi, büyük ölçüde bu amaca hizmet etmekte ve bu türden bir potansiyel rekabet analizinin yapılmasına imkan vermekte ve hatta zorunlu kılmaktadır.

Ayrıca, aşağıdaki başlıklar altında incelendiği üzere, ortada bir zarar olsa dahi, bunun Rekabet Hukukunun amacı bakımından tazmin edilebilir türden bir zarar olması gerekir. Zira özellikle bu kuralların, mutlak hakları değil de,

³⁴⁷ RKHK'daki maddi yasaklayıcı hükümler hakkındaki açıklamalar için bkz. **ASLAN**, s.71-331; **SANLI**, s.73-349; Avrupa Birliği Rekabet Hukuku için ise; **BELLAMY Christopher / CHILD Graham**, "Common Market Law of Competition", 4th Edition, London 1993; **GREEN Nicholas**, "Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK. and EEC.", London 1986; **WHISH Richard / SUFRIN Brenda**, "Competition Law", 4th Edition, Butterworths London 2001; **GREEN Nicholas / ROBERTSON Aidan**, "Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK. and EC.", 2nd edition, London 1997

diğer ekonomik menfaatleri korumaları nedeniyle, tazminat sorumluluğunun doğmasında “*hukuka aykırılık bağı*”³⁴⁸ özel bir önem taşımaktadır³⁴⁹. Hukuka aykırılık bağının kurulmadığı hallerde ise, kural olarak, bahsi geçen kuralın ihlal edilmesi diğer şartlar gerçekleşse bile tazminat sorumluluğuna yol açmaz. Hukuka aykırılık bağına ilişkin tartışmalar, özellikle zarar başlığı altında sorumluluğun sınırlandırılması kavramı çerçevesinde ele alınmıştır. Aşağıda ise özellikle 7. madde açısından hukuka aykırılık bağının söz konusu olup olmadığı tartışılmaktadır.

B) Hukuka Aykırı Olan Birleşme ve Devralmaların Tazminat Sorumluluğuna Yol Açıp Açmayacağı Sorunu

Kanun’un 57. maddesi, oldukça geniş bir ifade tarzı kullanmış olmasına rağmen, dikkatle incelendiğinde metinde sadece 4. ve 6. maddede düzenlenen hallerin zikredildiği görülmektedir. Bu itibarla ilk bakışta söz konusu hükmün 7. maddede düzenlenen birleşme ve devralmaları kapsamadığı ve dolayısıyla da 7. maddeye aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte, sadece Kanun’un lafzı çerçevesinde bu türden bir sonuca varmak mümkün değildir. Fakat yine de 7. maddenin özellikleri, bu maddenin ihlal edilmesinin haksız fiil sorumluluğuna yol açıp açmayacağı konusunda tereddüt uyandırmaktadır³⁵⁰. Bir kere söz konusu hüküm esas itibariyle “*önleyici*” bir karaktere sahiptir. Öngörülen bildirim ve izin sistemi sayesinde 7. madde henüz yoğunlaşma ya da hakim durum ortaya çıkmadan uygulanmaktadır. Bir başka deyişle 7. madde henüz zarar oluşmadan, “*ex ante*”, tatbik edilmektedir ve esasen amaçlanan da budur. Burada hukuka aykırılık analizi, birleşmenin fiilen değil, potansiyel olarak rekabeti sınırlayıcı özellikler gösterip göstermediğine ilişkindir.

Esasen piyasada bir yoğunlaşma söz konusu ise, artık bu büyük ölçüde 6. madde vasıtasıyla kontrol edilecektir³⁵¹. Bu itibarla 7. maddenin ihlal

³⁴⁸ Bu kavram Türk Hukukunda aynı zamanda normun koruma amacı teorisi olarak da adlandırılmaktadır (bkz **EREN**, s.581). Dolayısıyla çalışmamızda bu iki kavramı aynı anlama gelecek şekilde kullanıyoruz.

³⁴⁹ Mutlak hakları koruyan normlar doktrinde “temel koruma normları”, kişilerin diğer menfaatlerini dolaylı olarak korumayı amaçlayan normlar ise, “ferdi” veya “özel koruma normları” olarak adlandırılmaktadır (**EREN**, s.575). Rekabet Hukuku normları ise bu anlamda özel koruma normlarıdır.

³⁵⁰ Söz konusu hükmün uygulanma şartları hakkında geniş açıklamalar için bkz. **ERDEM Ercüment**, “Birleşme ve Devralmalar”, Beta Yayınevi, İstanbul 2003

³⁵¹ Kanun’un 7.maddesinde hukuka aykırılık testi, sadece “rekabetin önemli ölçüde azalması” değil, bununla birlikte “hakim durumun ortaya çıkması ya da güçlendirilmesi” şartların tabi kılınmıştır. Dolayısıyla hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için hakim durum ortaya çıkması şarttır. Bu durumda ise esasen 6. maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir. Eğer hakim durum şartı aranmamış olsaydı, rekabetin önemli ölçüde azalacağı buna karşılık hakim

edilmesinin nasıl bir zarara yol açtığı ve bu zararın tazmin edilmesi bakımından 7. maddenin uygun olup olmadığı hususunda daha kapsamlı bir inceleme gerekir. Bunun dışında, izin-bildirim sistemi ve hükmün uygulanmasında Rekabet Kurumu'nun fiilen münhasır yetkisinin olması nedeniyle, pratikte mahkemelerin söz konusu hükmü uygulaması çok güçtür. Dolayısıyla sorunu çeşitli ihtimaller ışığında incelemek gerekir.

Bildirimi yapılmış olsun olmasın, henüz uygulanmaya konmamış birleşmeler hakkında, bunlar potansiyel olarak rekabeti sınırlayıcı etkiler taşısa bile, henüz ortada Rekabet Hukuku anlamında bir zarar oluşmayacağından dolayı, tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Zarardan bahsedebilmek için, birleşmenin uygulamaya konulmuş olması şarttır. Uygulamaya konulan birleşmeler açısından ise ikili bir ayırım yapılabilir. Hakkında bildirim yapılan ve zımnî ya da açık izin alınarak uygulanan birleşmeler için, Kurum daha sonra herhangi bir nedenle tekrar inceleme yapar ve birleşmenin hakim duruma yol açmasından dolayı hukuka aykırı olduğuna karar verirse, Rekabet Hukuku anlamında zarar oluşabilir. Bununla birlikte bu gibi bir durumda, teşebbüslerin kusurlu olduğunu iddia etmek, kasten bilgi saklamış olmaları olasılığı hariç, teorik olarak güçtür. Kusurlu oldukları varsayımda ise, bunların tazminat sorumluluğuna muhatap olması adil olmadığı gibi; caydırıcı da değildir. İdari para cezaları caydırıcılığın sağlanmasında yeterlidir. Bu gibi bir durumda teşebbüslerin tazminat sorumluluğu altında olduğunu kabul etmek, herhangi bir fayda sağlamaz; aksine ekonomik açıdan son derece zararlı sonuçlara yol açar. Ayrıca birleşme sonucunda tazmin edilebilir türden zararın oluşabileceği haller düşünüldüğünde, esasen 6. madde hükmünün daha uygun bir vasıta olduğu söylenebilir. Hakkında bildirim yapılmamış ve buna rağmen tatbik edilen birleşmeler bakımından da bu son ifade edilen yaklaşım evleviyetle geçerlidir.

Üstelik hakim duruma yol açan bir birleşme nedeniyle tazmin edilebilir türden zarar söz konusu olursa, 7. maddenin fiilen münhasıran Kurum tarafından tatbik edilebilir olmasından dolayı, tazminat davası ancak Kurum'un verdiği bir karara dayanarak açılabilir. Uygulama alanı bu kadar sınırlı olan bir kuralın pratik faydası ise yok denecek kadar azdır. Bütün bu açıklamalar aslında 7. maddenin koruma amacının, kişilerin rekabetin önemli ölçüde azalmasından dolayı uğradıkları zararların giderilmesi olmadığını göstermektedir. Normun

durumun söz konusu olmadığı sınırlı birtakım hallerde, 6. madde uygulama alanı bulamayabilecekti. Böyle bir durumda ise yukarıda ifade ettiğimiz görüşün geçerliliği tehlikeye düşecekti. Fakat mevcut düzenleme çerçevesinde hakim durum arandığına göre, zarara neden olan hallerde esas itibarla 6. madde her ihtimalde uygulama alanı bulacak ve 7. maddenin uygulanmasına gerek olmayacaktır. Fakat belirtelim ki Rekabet Kurumu'nda bu düzenlemenin değiştirilmesi ve hakim durum şartının yapılacak bir kanun değişikliği ile kaldırılması yönünde eğilim mevcuttur.

amacı, piyasa yapısının korunması ve yoğunlaşmanın ekonomide genel olarak neden olduğu toplumsal maliyetin azaltılmasıdır (genel menfaat). Bu amacın elde edilmesinde ise idari para cezaları yeterlidir. Dolayısıyla Kanun'un 7. maddesine aykırı bir fiil, "*hukuka aykırılık bağı*"nın olmaması nedeniyle haksız fiil hukukuna dayalı bir sorumluluğa yol açmaz³⁵². Nitekim Avrupa Birliği Rekabet Hukukunun uygulandığı ülkelere bakıldığında da bu esasın büyük ölçüde kabul edildiği görülmektedir. Buna mukabil, Amerikan Hukukunda sınırlı bir takım hallerde Clayton Yasa'sının 7. maddesine aykırı davranışların tazminat sorumluluğuna yol açtığı kabul edilmektedir³⁵³.

Netice olarak, 7. maddeye aykırı bir davranış zarara yol açsa bile -ki bu çok sınırlı bir takım hallerde söz konusu olabilir- oluşan bu zararın haksız fiil hukuku kurallarına göre giderilmesi mümkün değildir. Kanımca kişilerin uğradığı zararların giderilmesi, 7. maddenin amacının kapsamında değildir; bir başka ifadeyle "*hukuka aykırılık bağı*" bulunmamaktadır. 7. madde zararın giderilmesinden ziyade, zararın önlenmesi amacını taşımaktadır. Buna karşılık 4. ve 6. maddelerin ihlal edilmesi diğer şartların varlığı halinde haksız fiil sorumluluğuna yol açar³⁵⁴.

C) Hukuka Aykırılığı Gideren Haller

Rekabet Hukukunda da "*hukuka uygunluk sebebi*" olarak adlandırılan ve rekabeti sınırlayıcı davranışın hukuka aykırılığını engelleyen haller söz konusu olabilir. Bu hallerin tamamını saymak çok zor gözükmektedir. Zira esasen olayların neredeyse tamamında, hukuka aykırılığı önleyen sebepler, hukuka aykırılık testi ile iç içe geçmiştir³⁵⁵. Örneğin rekabeti sınırladığı saptanan teşebbüsün ticari politikalarını veya somut davranışını kendi iradesi ile değil de, örneğin yasa emri ya da doğrudan siyasi direktifler doğrultusunda oluşturması ya da söz konusu piyasa bakımından Rekabet Hukukunun uygulanmasının

³⁵² Krş. İNAN, s.608; aksi gör. TOPÇUOĞLU, s.310

³⁵³ Amerikan Hukukunda birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğuna neden olacağı kabul edilmekle birlikte, tam olarak hangi zararların, nasıl tazmin edileceği ve kimlerin davacı olabilecekleri oldukça problematik bir alanı oluşturmaktadır. Esasen sorumluluğun sınırlandırılması ilişkin doktrinlerin bir çoğu bu konuya ilişkin davalarda ortaya çıkmıştır (bkz. HOVENKAMP Herbert, "Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice", 2nd Edition, St Paul 1999, s.595-598; KELLMAN Barry, "Private Antitrust Litigation", Illinois 1985, s.166 vd; AREEDA Phillip / HOVENKAMP Herbert / ROGER D. Blair, "Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application VII." 2nd Edition, 2000 New York, s. 449 vd, JONES, s.154, 155

³⁵⁴ Krş. İNAN, s.608

³⁵⁵ Belirtelim ki bazı yazarlar esasen hukuka aykırılığın tek bir değerlendirme ile hukuka uygun veya hukuka aykırı kabul edileceğini ve dolayısıyla aslında burada hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasından ziyade hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz etmenin daha uygun olacağını ifade etmektedirler (EREN, s.585).

mümkün olmaması gibi hallerde hukuka aykırılıktan bahsetmek güçtür. Buna karşılık mağdurun ya da zarar görenin rızası, kural olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz zira ortada onun tasarruf edebileceği bir menfaat yoktur. Fakat mağdurun rıza göstermesi kendisi açısından tazminat sorumluluğuna engel olur, hatta duruma göre rıza gösteren teşebbüsün, hukuka aykırı eylemin bir parçası olduğu dahi iddia edilebilir.

Rekabet Korunması Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenen “*hukuka uygunluk sebebi*” ise 5. madde ile düzenlenen muafiyet hükmüdür. Sadece 4. madde bakımından uygulama alanı olan hüküm, rekabeti sınırladığı saptanan bir danişıklı davranışın, aynı zamanda olumlu etkilerinin varlığı halinde Rekabet Kurumu'na hukuka aykırılığı ortadan kaldırma yetkisi tanımaktadır. Bu maddenin uygulanma şartları hakkında geniş açıklama yapmak bu çalışmanın kapsamı dışındadır³⁵⁶. Bununla birlikte, bireysel ya da grup muafiyetinden faydalanan bir anlaşmanın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağını belirtmek gerekir. Fakat muafiyet almamış anlaşmalar bakımından mesele karmaşık bir hal almaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi, muafiyet kararının sadece Rekabet Kurumu tarafından ancak idari bir usule uyularak verilmesi, mahkemenin yetkisini kısıtlamaktadır. Buna ilişkin sorunlar, aşağıdaki başlıklar altında daha kapsamlı olarak ele alınacaktır³⁵⁷.

III. Zarar

A) Genel Olarak

Hukuka aykırı olan bir davranışın haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, bu davranışın zarara yol açması gerekir. Zarara neden olmayan bir davranış için tazminat ödenmesi söz konusu değildir³⁵⁸. Türk Hukukunda “*zarar*”, bir kimsenin malvarlığında rıza dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır³⁵⁹. Malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile fiilin gerçekleşmesi neticesinde almış olduğu mevcut durum arasındaki fark (*fark teorisi*), zararı oluşturur. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesi “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ödedikleri bedelle rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep*

³⁵⁶ Muafiyet kavramı hakkında bkz. ASLAN, s.133-203; BADUR s.128-158; SANLI, s.125-142; TOPÇUOĞLU, s.215-270

³⁵⁷ Bkz. §3/IV

³⁵⁸ Parantez açıp belirtelim ki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan idari yaptırımlar, zarar oluşmaksızın dahi uygulanabilir. Dolayısıyla Rekabet Hukukuna aykırılık zarar olgusunun varlığına bağlı değildir.

³⁵⁹ OĞUZMAN / ÖZ, .s.497

edebilirler” hükmünü öngörerek, yukarıdaki genel tanıma paralel bir düzenleme getirmiştir.

Doktrinde haklı olarak, bu hükmün eksik bir düzenleme olduğu belirtilmektedir³⁶⁰. Zira Rekabet Hukukuna aykırı bir davranışın mutlaka fiyatlarda bir yükselmeye yol açması ve dolayısıyla da zararın sadece ödenen yüksek fiyattan ibaret olması söz konusu değildir. Bir fiyat karteli sonucunda meydana gelen zarar yukarıdaki gibi gerçekleşmekle birlikte, yıkıcı fiyatlandırma ve boykot gibi dışlayıcı uygulamalarda zarar bu şekilde ifade edilemez. Hatta olayların önemli bir kısmında zarar, mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁶¹. Fakat kanımca Kanun, zarar kavramına ilişkin sınırlayıcı bir düzenleme yapmamıştır. Yapılan bu düzenlemenin isabetli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte, hüküm sadece zararın Rekabet Hukuku bağlamındaki bir görünümünü düzenlemektedir. Gerek 57., gerekse 58. maddede takip eden cümle, *“her türlü zarar”*ın tazmin edilebileceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Dolayısıyla aslında Kanun’un bu düzenlemesine rağmen, yol gösterici olan Türk Hukukundaki genel tanımdır. Bu tanıma Rekabet Hukukuna uyarlayacak olursak; *“rekabet sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum (ki bu durum etkin rekabet piyasası ya da çalışabilir rekabet piyasası olarak da ifade edilebilir) ile rekabetin sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındaki fark, zararı oluşturur”*.

Verdiğimiz bu tanım, uygulama açısından oldukça soyut kalmaktadır. Rekabetin çok farklı davranışlar vasıtasıyla sınırlanması ihtimali ve sınırlayıcı davranışların etkilerinin farklılaşabilmesi nedenleriyle, rekabetin sınırlanmadığı bir ihtimaldeki varsayımsal piyasa koşullarını tespit etmek ve dolayısıyla da mevcut durum ile arasındaki farkı zarar olarak ele almak, oldukça güçtür. Aynen hukuka aykırılığın tespit edilmesinde olduğu gibi, burada da zararın tespiti ekonomik analize ihtiyaç gösterir. Ayrıca bir ölçüde tahmin yapmak kaçınılmazdır.

Fakat zararın tespitinden daha da önemli olan sorun, rekabetin sınırlayıcı davranışın neden olduğu tüm zararların tazmininin mümkün olup olmadığıdır. Zira Kanımca Kanun’un geniş ifadesine rağmen, rekabeti sınırlayıcı uygulamaların yol açtığı bütün zararların tazmin edilebileceğini söylemek gerçekçi değildir. Rekabeti sınırlayıcı davranışlar ekonomide geniş bir alana yayılan ve oldukça farklı nitelik ve nicelikte zararlara neden olabilirler. Bir an için bütün bu zararların tazmini kabul edilse bile, üç katı tazminat hükmü nedeniyle açılan tazminat davalarının ekonomide yıkıma yol açabileceği söylenebilir. Dolayısıyla Rekabet Hukukunda haksız fiil sorumluluğunun

³⁶⁰ ASLAN, s.389

³⁶¹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda §3/V

sınırlandırılması ve tabiri caizse “*tazmin edilebilir zarar*” kavramının çerçevesinin çizilmesi gerekir. Aşağıdaki başlık altında, tazmin edilebilir zarar kavramı ele alınmaktadır.

B) Sorumluluğun Sınırlandırılması : Tazmin Edilebilir Zarar Kavramı

1- Sorunun Ortaya Konması

Yukarıda kısmen ortaya koyduğumuz sorun çerçevesinde, “*her türlü zarar*” ifadesinin lafzına bağlı kalınarak yorum yapılırsa tazminat sorumluluğunun kapsamı olağanüstü derecede genişleyecektir. Rekabet hukukuna aykırı davranışın bütün zararlı sonuçlarının giderilmesine yönelik bir tazminat hukuku uygulanabilir olmaktan uzaktır. Doktrinde bu hususta verilen klasik örnek, OPEC kartelinin petrol fiyatlarını arttırması halinde meydana gelen zararın ne şekilde tazmin edileceğidir. Dolayısıyla Kanun’da yer alan “*her türlü zarar*” ifadesinin, sınırlarını tespit etmek gerekir. Kanun ise bu konuda herhangi prensip ya da kriter getirmemiştir. Oysa zarar kavramı (ve buna bağlı olarak kimlerin davacı olabileceği), Rekabet Hukukunun, özellikle Amerikan Hukukunun, en tartışmalı ve karmaşık konularından birini teşkil etmektedir³⁶². Hangi tür zararların tazmin edilebileceği ve sorumluluğunun sınırları, Amerikan mahkemelerinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin doktrinler oluşturmasına neden olmuştur³⁶³.

Zarar kavramı etrafındaki bu tartışmaların temelde iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışların farklı görünümde ortaya çıkması, bunların rekabet ve piyasa üzerindeki etkilerinin farklılaşmasına neden olmaktadır. Bunun doğal sonucu ise zararın niteliğinin, davranışın altında yatan güdüye göre değişkenlik göstermesidir. Özellikle rakip teşebbüslerin uğradıkları bazı zararlar, Rekabet Hukukuna aykırı bir davranış nedeniyle ortaya çıksa bile, bunların rekabetin sınırlanmasıyla ilişkilendirmek şüphelidir. Örneğin, üreticinin dağıtıcılar ile yaptığı sözleşmelere koyduğu maksimum fiyat kayıtlarının Rekabet Hukukunu ihlal ettiğini varsayalım³⁶⁴. Bu türden bir kayıt, doğal olarak, malın piyasa fiyatı

³⁶² Aslında bu durumun bir nedeni de Rekabet Hukukunda hukuka aykırılık testi bakımından tutarlı bir yaklaşımın olmaması, hukuk politikasının farklı tercihler etrafında şekillenmesi ve sürekli değişime uğraması nedeniyle birbiriyle bağdaştırılması güç kararların verilmesidir.

³⁶³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. AKINCI, s.303 vd.; AREEDA / HOVENKAMP / ROGER, s.286-477; HOVENKAMP, s.593 vd. ; JONES, s.153-185; JONES C., 325-360; KELMANN, s.363-417; SULLIVAN Anthony Lawrence, “Handbook of The Law of Antitrust”, Berkeley 1976, s.770-775,

³⁶⁴ Bilindiği gibi Amerikan Hukukunda uzun bir dönem “per se” hukuka aykırı görülen bu tür kayıtlar, 1997 yılında verilen Khan kararıyla (State Oil Co. V. Khan, 522 US 3 1997) birlikte “rule

üzerinde baskı unsuru olacak ve rakip teşebbüsler ve onun dağıtıcıları fiyatlarını arttıramayacaklardır. İşte bu nedenle bahsi geçen teşebbüsler, hukuka aykırı olan bu uygulamadan dolayı zarar gördüklerini iddia ederek tazminat talebinde bulunabilirler. Bununla birlikte acaba bu, Rekabet Hukukunda tazmin edilebilir türden bir zarar olarak nitelendirilebilir mi ?

İkinci olarak, Rekabet Hukukuna aykırı fiillerin yol açtığı zararlar, ihlalinin niteliğine, ya da ticari ilişkilerin bağımlılığına bağlı olarak ekonominin geniş kesimine yayılabilir. Fiyat kartelinin alıcılar, tüketiciler ve karteğe tabi olmayan rakip teşebbüsler üzerinde yarattığı etki birincisine, yıkıcı fiyatlandırmanın buna muhatap olan teşebbüsün ticari ilişki içerisinde bulunduğu kişiler üzerindeki etkisi (*yansıma zarar*), ikincisine örnek gösterilebilir³⁶⁵. Bunun yanı sıra, bazı zarar kalemlerinin karşılanması adalet sistemi için olağanüstü yük oluşturur. Bu nedenlerle hukuka aykırı davranış nedeniyle meydana gelen bütün bu zararların tazmin edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Aşağıda Rekabet Hukukunun amacı çerçevesinde uygulanabilir bir tazminat hukukunun oluşturulması için, sorumluluğun hangi ölçütler çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

2- Çözüm Yolları

a- Giriş

Kanımcıca Rekabet Hukukundaki tazminat sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin olarak, Amerikan Hukukundaki uygulama ve Türk Hukukundaki genel esaslar büyük ölçüde yol göstericidir. Esasen Amerikan Hukukundaki sınırlandırıcı doktrinler, Türk Hukukunda sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin genel esaslarla paralellik taşımaktadır. Ayrıca sorunların çözümünde kullanılan kriterler, farklı adlar ve sistematik içinde ele alınmasına rağmen, Türk Hukukundakiler ile benzerlikler taşımaktadır. Bu bağlamda, Amerikan Hukukundaki yaklaşımı göz önünde tutarak, meseleyi Türk Hukukundaki zarar kavramına ilişkin yapılan ayırımlar çerçevesinde irdelemek en uygun yaklaşım tarzıdır.

Fakat ön sorun olarak, “*her türlü zarar*” kavramı içinde “*manevi zarar*”ların yer almadığını belirtelim³⁶⁶. Kanun’da kastedilen sadece “*maddi zarar*”lardır. Esasen zarar kavramına ilişkin yukarıda verdiğimiz tanım da

of reason” analizi çerçevesinde değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu kayıtlar karşısında alınan tutum Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda daha esneklerdir.

³⁶⁵ Örneğin yıkıcı fiyatlandırma esas itibarla buna maruz olan teşebbüs etkilemekle birlikte, bu teşebbüsle ticaret yapan, banka, alıcılar, kiracılar ve hatta bu firma çalışanlarına da zarar verir.

³⁶⁶ Aynı görüşte, AKINCI, s.389; aksi görüşte : ASLAN, s.388; BADUR, s.162; TOPÇUOĞLU, s.303,304

sadece maddi zararları kapsamaktadır (dar anlamda zarar). Rekabetin korunmasını ve ekonomide verimliliği amaçlayan bir Kanun'un, manevi zararların giderilmesine dair düzenleme içermesi kanımca makul değildir. Ayrıca üç katı tazminatın yanı sıra, teşebbüsleri bir de manevi tazminat talepleri ile karşı karşıya bırakmak herhalde ekonomik açıdan yıkıcı sonuçlara yol açabilir. Nitekim Kanun'da zararın hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler de dolaylı olarak sadece maddi zararın kastedildiğine işaret etmektedir. Amerikan Hukukunda da manevi zararların tazmini imkanı bulunmamaktadır. Manevi zararların karşılanıp karşılanmayacağı meselesi ise, Türk Hukukundaki genel esaslara (BK.m.49) tabidir. Yani Rekabet Hukukuna aykırı olan bir fiilin, aynı zamanda şahsiyet hakkına tecavüz teşkil ettiği ve bunun da manevi zarara yol açtığı ispat edilebilirse, manevi tazminat talebinde bulunmak mümkün olabilir. Pek de sık karşılaşılmayacak olan bu durumun³⁶⁷, kanımca Rekabet Hukuku ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu çalışma kapsamında üzerinde durulmayacaktır.

Maddi zararlar bakımından ise, zararın "*fiili zarar*" olması mümkün olduğu gibi "*kar mahrumiyeti*" şeklinde oluşması da mümkündür³⁶⁸. Rakip teşebbüslerin zararı, daha ziyade kar mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim Kanun 58. maddesinde rakip teşebbüslerin zararlarının tespitine ilişkin olarak; "*Zararın belirlenmesinde zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır*" şeklinde açık bir düzenleme yapılmıştır. Bu zararlar genelde rekabeti sınırlayıcı uygulama nedeniyle satış ya da üretimin azalması, dolayısıyla da piyasa payının düşmesi şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu tür zararların, diğer sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, tazmin edilmesi doğaldır.

Belirtelim ki sadece fiilen piyasada faaliyet gösteren rakipler değil, potansiyel rakipler de kar mahrumiyeti görünümünde zarara uğrayabilir ve tazminat davası açabilir. Özellikle dışlayıcı özellikler gösteren fiyatlandırmalar nedeniyle ortaya atılan bu tür iddialar karşısında, çekingen davranmak gerekir. Zira bu tür zararların tam olarak tespit edilmesinin zorluğu bir kenara, potansiyel rekabet iddiasının iyice incelenmeksizin kabul edilmesi, çok sayıda

³⁶⁷ Herhalde bu gibi bir durum, örneğin dışlayıcı uygulama sonucu piyasa dışına itilen ve ticari itibari zedelenen bir tacir (ya da teşebbüs) için söz konusu olabilir.

³⁶⁸ Bu iki tür zarar kalemi ile karıştırılması muhtemel olan müspet-menfi zarar ayırımı bilindiği üzere sözleşmeler hukukunun konusudur. Dolayısıyla konumuz ile doğrudan ilintili değildir. Buna mukabil Rekabet Hukukuna aykırı olan ve bu nedenle de geçersiz olan bir sözleşmeden dolayı, zarara uğrayan tarafın menfi zararlarını karşı taraftan talep etmesine yasal bir engel yoktur. Örneğin bir dikey sözleşme içerisinde sağlayıcının dayattığı bir takım kayıtlar yüzünden sözleşmenin Rekabet Hukukuna aykırı olduğu tespit edilirse, sözleşmenin geçersizliğinden dolayı zarara uğrayan taraf menfi zararlarının tazminini talep edebilir.

davanın açılmasına sebebiyet verebilir. Dolayısıyla bu tür iddiaların kabul edilmesi için, ilgili teşebbüsün yakın gelecekte piyasaya gireceğine dair sağlam kanıtların ortaya konması ve piyasa koşulları ışığında, potansiyel rakiplerin kar elde etmesi ihtimalinin pek muhtemel olduğunun ispatlanması gerekir³⁶⁹.

“Doğrudan zararlar”ın tazmin edilebilir olduğunda şüphe yoktur. “Dolaylı zararlar” açısından da, Türk Hukukunda kabul edildiği üzere, uygun illiyet bağı ışığında yapılacak bir inceleme ile meselenin çözümlenmesi mümkündür. Kanımca bu haller Rekabet Hukuku bakımından herhangi bir özellik göstermez. Dolayısıyla daha fazla üzerinde durmaya ihtiyaç bulunmamaktadır.

b- İlk Sorun - Hukuka Aykırılık Bağı

Yukarıda belirtilen ilk soruna ilişkin olarak, hukuka aykırılık başlığı altında ifade edilen prensipler büyük ölçüde yol göstericidir³⁷⁰. Hukuka aykırı bir fiilin tazminat sorumluluğuna yol açması için, normun koruma amacının buna imkan vermesi gerekir. Yani kanunun koruma amaçladığı menfaat ile zarar arasında bağ bulunmalıdır. Ortaya çıkan zarar kanunun önlemeyi amaçladığı zararın ya da koruma amacının dışında kalıyorsa, bunun tazmin edilmesi söz konusu olamaz.

Bu açıklamaları somutlaştırmak gerekirse, yukarıda verilen örnekte (maksimum fiyat kayıtlarına ilişkin) zarar gördüklerini iddia eden rakip teşebbüsler ve/veya dağıtıcılarının tazminat talep etmesi mümkün gözükmemektedir. Benzer bir şekilde, 4. maddeye aykırı olan bir ortak girişim anlaşmasının piyasada fiyat baskısı yaratması örnek olarak verilebilir. Bu gibi bu durumda rakiplerin Rekabet Hukukuna aykırı bir fiilden dolayı zarar gördüklerinde şüphe yoktur. Fakat açıktır ki, bu türden bir zararın tazmin edilmesi Rekabet Hukukunun amacı ile bağdaştırılamaz. Bu teşebbüslerin zararı, rekabetin sınırlanmasından değil, rekabet baskısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle özellikle rakip teşebbüslerin iddiaları bakımından dikkatli davranmak ve varlığı iddia edilen zararın “*hukuka aykırılık bağı*” çerçevesinde tazmin edilebilir olup olmadığını araştırmak gerekir. Diğer şartlar gerçekleşse bile,

³⁶⁹ Etkin rekabet ortamının sağlanması için ise, piyasaya girişlerin korunması büyük önem taşımaya rağmen, haksız fiil sorumluluğunun bu teşebbüsler bakımından elverişli bir vasıta olmaması aslına bir tezat olarak görülebilir. Zira aslında dışlayıcı uygulamaların en kolaylıkla başarıya ulaştığı haller henüz piyasaya giriş yapmamış ve fakat girmeyi düşünen teşebbüsler üzerinde uygulanan fiyat ve benzeri stratejilerdir. Bu teşebbüsler henüz yatırım yapmadıklarından dolayı, mevcut teşebbüslerin tehditleri karşısından başka pazarlara yönelebilmektedirler. Dolayısıyla bu tür davranışların sıkça görülmesi ve ekonominin bundan ciddi bir şekilde etkilenmesi muhtemeldir.

³⁷⁰ Bkz. yukarıda §2/III/B/I

Rekabet Hukukunun amacı ve mantığı açısından zararın tazmin edilmesi uygun görülmezse, haksız fiil sorumluluğu doğmayacaktır.

Amerikan Hukukunda bu koşul, “*antitröst zararı*” (*antitrust injury*) doktrini olarak anılmaktadır³⁷¹. İlk defa bir birleşme davası³⁷² ile ortaya atılan bu doktrine göre, varlığı iddia edilen zararın bir “*antitröst zararı*” niteliği taşımaması halinde, dava ya ilk incelemede ya da esasa dair yapılan inceleme sonucunda reddedilmektedir. Pozitif bir dayanağa da sahip olduğu kabul edilen bu doktrin, tazmin edilebilir zararın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır³⁷³.

c- İkinci Sorun - Zararın Yaygınlığı

İkinci sorun, temel olarak, ekonomik ilişkilerin bağımlılığı ve karmaşıklığı nedeniyle, Rekabet Hukukuna aykırı bir fiilden doğan zararın ekonomiyeye yayılması ve birbirinden farklı kesimler üzerinde doğmasından kaynaklanmaktadır. Üstelik bu zararlar bazı hallerde birbirilerinden tamamen bağımsız, bazı hallerde ise derecesi değişmekle birlikte, bağımlı olarak meydana gelebilir. Bu sorunun çözümü için, sorumluluğu sınırlandırmak ve oluşan zararlardan hangilerinin tazmin edilmesinin daha uygun olduğunun tespit etmektir. Bu bağlamda tazmin edilebilir zarar kavramının çerçevesinin özellikle, davanın, kolay, çabuk, maliyetsiz ve amaca uygun bir şekilde sonuçlandırılmasına imkan verecek şekilde çizilmesi uygun olur. Dolayısıyla burada sorumluluğun sınırlandırılması bir ölçüde hukuk politikası tercihi yansıtabilir.

ca- Yansıma Zararlar

Meseleyi basitleştirmek adına, Türk Hukukunda “*yansıma zararı*” olarak adlandırılan zarar türü ile incelemeye başlamak uygun olur. Aksi görüşlerin bulunmasına rağmen, kanımca Rekabet Hukuku açısından, yansıma zararlarının kural olarak tazmin edilemeyeceği yönündeki genel esastan ayrılmak için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Bilindiği gibi “*yansıma zarar*” ile kastedilen hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başkasının da, bu fiil yüzünden uğradığı zararlardır³⁷⁴. Başkasının uğradığı zararın tazmin edilmesi, hukuka aykırılık bağı kurulamaması halinde mümkün değildir. Yani

³⁷¹ AREEDA/KAPLOW, s.85,86; HOVENKAMP, s.595-603; JONES, s.173-177; JONES C., s.344 vd.

³⁷² Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429US 477,489 (1977)

³⁷³ Clayton Yasası'nın 4. maddesinde yer alan “*by reason of anything forbidden of antitrust law*” şeklindeki ifade bu doktrinin yasal dayanağını oluşturmaktadır (AREEDA / HOVENKAMP / ROGER, s.308)

³⁷⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s.501; TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.562

diğer kişilerin uğradığı zararlar ancak normun koruma amacının kapsamına giriyorsa tazmin edilebilecektir.

Bu açıklamaları bir örnekle somutlaştırmak gerekirse: dışlayıcı bir uygulamaya maruz kalan bir teşebbüsün iflas etmesi halinde, bundan, kredi veren banka, alacaklılar, alıcılar, mülk sahibi, hissedarlar ve işçiler gibi pek çok kişinin zarara uğraması mümkündür³⁷⁵. Fakat bu kişilerin zararları, söz konusu teşebbüsün iflas etmesinden kaynaklanmaktadır. Bunların bağımsız nitelikleri yoktur. Dolayısıyla ancak hukuka aykırılık bağının kurulabilmesi halinde tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Kanımca ne Kanun'un herhangi bir hükmü, ne de Kanun'un ruhu, hukuka aykırılık bağının kurulmasına elverişli değildir. Dolayısıyla bu tür zararların tazmin edilmesi mümkün değildir³⁷⁶. Amerikan Hukukunda da, bu tür zararların, davacı sıfatının (*standing*) yokluğundan dolayı tazmin edilemeyeceği genel olarak kabul görmektedir³⁷⁷.

cb- Dolaylı Alıcı Kuralı (Indirect Purchaser Rule)

Yukarıdaki duruma benzer özellikler taşımasına rağmen bundan ayrılması gereken bir ihtimal ise, rekabeti sınırlayıcı uygulama neticesinde, daha fazla bedel ödeyerek mal alan ilk alıcıdan mal alan sonraki alıcıların zarara uğraması durumudur. Bu yukarıdaki durum ile benzerlik göstermektedir zira sonraki alıcıların zararı, ilk alıcının zarara uğramasından kaynaklanmaktadır. Buna rağmen buradaki zarar kalemi, tam olarak kapsamının tespiti çok güç olmakla birlikte, ilk alıcının zararından bağımsız olabilmektedir.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bir fiyat kartelinin bulunduğu piyasadaki mal alan bir teşebbüs açıktır ki bir zarara uğramaktadır. Zira kartel nedeniyle, malın piyasa fiyatı, (rekabetin hakim olduğu şartlarda) olması gereken fiyattan daha yüksek seyrederek ve alıcı teşebbüs daha fazla fiyat ödemesi nedeniyle zarara (aradaki fark) uğrar. Ama bu alıcının bir dağıtıcı olduğu ihtimalde, alıcı yüksek fiyattan malı alacak ve belirli bir kar marjı ile tüketicilere satacaktır. Ara dağıtıcının kar etmeyerek veya zararına satış yaparak ya da sabit maliyetlerine dahil ederek, bu marjı fiyatına yansıtmadığı haller

³⁷⁵ Esasen bu tür durumlar Rekabet Hukukuna özgü değildir. Haksız fiil ya da zararın doğduğu her ihtimalde karşımıza çıkarlar. Bu örneğin değiştirip, haksız rekabet nedeniyle bir teşebbüsün iflas ettiğini varsayalım. Aynı şekilde bu iflastan başka kişi ve kuruluşlar da zarara uğrayacak ve dolayısıyla bu kişilerin zararlarının tazmin edilmesi sorunu ile karşılaşılacaktır. Haksız rekabet hukukunda bu sorun doğal olarak olumsuz bir şekilde cevaplanmıştır. Kanımca Rekabet Hukuku bakımından aksi bir yaklaşımın benimsenmesi söz konusu değildir.

³⁷⁶ Aksi gör. TOPÇUOĞLU, s.303

³⁷⁷ AREEDA / KAPLOW, s. 80,81; HOVENKAMP, s.610 vd. ;JONES, s.160; SULLIVAN, s.773

dışında her ihtimalde tüketiciler zararın bir kısmına ortak olmaktadır³⁷⁸. Bu gibi durumlarda zararın gerçekte kimin üzerinde doğduğu sorunu ile karşılaşılmaktadır. Tüketicinin zararı hiçbir zaman alıcı üzerinde doğmadığı için, bu zarar yansıma zarar olarak da nitelendirilemez. Ayrıca söz konusu zararların, fiil ile uygun illiyet bağı içinde olmadığını iddia etmek de güç gözükmektedir. Dolayısıyla burada maddi hukuk açısından teorik olarak tazmin edilmesi gereken bir zarar bulunmaktadır.

Bununla birlikte bu tür zararların da tazmin edilmesi, uygulama açısından çözülmesi güç problemlere yol açabilir. Bir kere, daha sonraki alıcılar her ne kadar rekabeti sınırlayıcı uygulamadan dolayı zarara uğrasalar da, bu zararın kapsamının tam olarak belirlenmesi neredeyse imkansızdır. Özellikle malın, ilk alıcıdan sonra, dağıtıcı, perakendeci gibi çeşitli aşamalardan geçerek tüketiciye ulaşması ya da malın dağıtım sürecinde işlenmesi halinde bu imkansızlık açık bir şekilde görülmektedir. Dolayısıyla zararın ne kadarına ilk alıcıların ne kadarına sonraki alıcıların katlandığını belirlemek mahkemeler için çok güç bir faaliyettir³⁷⁹.

Bunun yanı sıra, malın son tahlilde tüketiciler tarafından satın alındığı düşünülürse, sonraki alıcılar kavramı içerisine ister istemez tüketiciler de girecektir. Bu durumda tüketicilerin dava haklarının bulunduğunu kabul etmek, çok sayıda dava açılmasına yol açacak ve bu durum yargı sistemi için büyük yük oluşturacaktır. Ayrıca sonraki alıcılar dışındaki tüm alıcıların dava haklarının bulunduğunu kabul etmek, zarara tam olarak kimin ne oranda katlandığını belirlenmesinin güçlüğü nedeniyle yargılamanın karmaşık hale gelmesine neden olacaktır. Bu durum ise bazı hallerde aynı zararın birden fazla kez tazmin edilmesine neden olacaktır (*duplicative recovery*). Üstelik bütün alıcıların dava açması ihtimali, üç katı tazminat hükmünün varlığı nedeniyle rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerin karşılayamayacakları miktarda tazminat sorumluluğuna yol açacaktır.

Bütün bu sakıncaları nedeniyle, sonraki alıcıların dava haklarının bulunduğunu kabul etmek, kanımca yürütülebilir bir haksız fiil hukuku oluşturulmasına engeldir. Üstelik dava hakkını bu kadar geniş bir kesime tanımak, Rekabet Hukuku ve genel olarak haksız fiil hukuku ile güdülen caydırıcılık temel amacı ile bağdaşmaz. Kanımca sadece ilk alıcıların dava

³⁷⁸ Pek tabi ki talebin tamamen inelastik olduğu hallerde de tam aksi bir durumla karşılaşılır : Burada fiyatın artması karşısında tüketicilerin alım eğilimlerinde bir değişiklik yaşanmayacağından dolayı, fiyat artışı ilk alıcı için herhangi bir zarara yol açmayacaktır.

³⁷⁹ Aslında bu tür bir analizi teorik olarak yapmak mümkündür. Bununla birlikte bu analiz ilgili piyasaların arz ve talep elastikiyetlerine dair bilgiyi gerektirir. Mahkemelerin ise bu türden bir bilgiye sahip olması güçtür.

haklarının olduğunu kabul etmek, caydırıcılığın sağlanması açısından yeterlidir. Gerek zararın varlığı ve gerekse zararın kapsamı açısından en sağlıklı bilgiye sahip kesim ilk alıcılardır. Dolayısıyla davacı olmak için en uygun motivasyona da onlar sahiptir. Sonraki alıcıların dava haklarının olduğunu kabul etmek, gereğinden fazla caydırıcı olabileceği gibi, kaynakların israfına da neden olur. Bu nedenle ilk alıcılar dışındaki alıcıların uğradıkları zararların, tazmin edilebilir zarar kavramına girmediğini ve bunlar nedeniyle tazminat sorumluluğunun doğmayacağını kabul etmek gerekir. Bunun doğal sonucu ise, kaynakların etkin kullanılması adına, bir kısım zararların oluştuğu yerde bırakılmasıdır. Bu ise esasen bir hukuk politikası tercihidir.

Bu sorun Amerikan Hukukunda da tartışma konusu yapılmış ve mahkemeler bu sorun karşısında “*dolaylı alıcı kuralı*” (*indirect purchaser rule*) ya da “*Illinois Brick kuralı*”³⁸⁰ olarak adlandırılan yukarıda kısaca açıkladığımız sınırlayıcı kuralı oluşturmuşlardır. Dolayısıyla Amerikan Hukukunda da, rekabetin sınırlanması nedeniyle yüksek fiyattan mal alanlardan sadece ilk alıcıların zararları tazminat sorumluluğuna dayanak oluşturmakta, sonraki alıcıların dava haklarının bulunmadığı kabul edilmektedir³⁸¹. Üstelik bu kural iki yönlü uygulanmakta, yani davalının, zararın davacı olan alıcı tarafından müşterilerine ya da tüketicilerine yansıtılmış olduğu yönündeki savunması kabul edilmemektedir³⁸². Bu prensibin yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde kabul edilmesi tutarlılığın bir gereğidir. Bu itibarla Türk Hukukunda dolaylı alıcı kuralının iki yönlü işlevi olduğunu kabul etmek gerekir.

Önemle belirtelim ki Amerikan Hukukunda söz konusu kuralın istisnaları olduğu kabul edilmektedir³⁸³. Bir kere alıcının tüm fazla bedeli, herhangi bir zarara uğramaksızın daha sonraki alıcılara aktardığı, sonraki alıcılar tarafından kolay bir şekilde ispatlanabiliyorsa, o zaman sonraki alıcının zararlarını tazmin edebileceği kabul edilmektedir. İki yönlü işleve sahip bu

³⁸⁰ Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 US 720 (1977)

³⁸¹ AKINCI, s.310 vd.; AREEDA/KAPLOW, s. 78,79; HOVENKAMP, s.615,616; JONES, s.177-180; SULLIVAN, s.787-792

³⁸² Hannover Shoe, Inc. v United Shoe Machinery Corp., 392 US 481 (1968)

³⁸³ Amerikan hukukunda bu kuralın iki istisnası daha bulunmaktadır. İlk olarak, rekabeti sınırlayıcı uygulamadan zarar görenlerin ya da zarar görme tehlikesi altındaki kimselerin, zararın giderimi yerine, uygulamanın durdurulmasını sağlamak üzere mahkemeden bir karar talep etmeleri halinde, ki bu “injunction” (tecavüzün ya da tecavüz tehlikesinin önlenmesi) olarak adlandırılmaktadır, sonraki alıcıların da dava açabilmelerine olanak tanınmaktadır. Açıkça görülebileceği üzere bu gibi durumlarda yukarıda belirttiğimiz sakıncalar doğmayacaktır. Diğer bir istisna ise, ilk alıcının aslında rekabeti sınırlayıcı danişıklı ilişkinin tarafı olması ya da sadece sadece satıcıların temsilcisi sıfatı ile hareket etmesidir. Aslında bu durumlarda gerçek bir istisnadan bahsetmek de güçtür. Bu istisnaların Türk Hukuku bakımından, istisna kuralı olarak uygulanma kabiliyeti olmadığı için yukarıda yer verilmemiştir (HOVENKAMP, s.619).

istisna kuralın klasik örneği, ilk alıcının, sonraki alıcılar ile, rekabeti sınırlayıcı davranışın öncesini de kapsayan, her yıl sabit miktarda mal satışını maliyet üzeri sabit kar marjı formülü ile satışını içeren sözleşmeler yapmasıdır³⁸⁴. Bu sözleşmeler ilk alıcının durumunu garantiye almakta, fiyatların yükselmesi sonraki alıcılara yansıtıldığı ve herhangi bir arz azalmasına yol açmadığı için bütün zarara sonraki alıcılar katlanmaktadır. Sonraki alıcıların sabit miktar mal alımının zorunluluğu olmadığı haller ise, genellikle istisna kuralı kapsamı dışında kabul edilmektedir. Dolayısıyla istisna kural oldukça dar uygulanmaktadır.

Belirtelim ki Türk Hukuku bakımından ilk ve sonraki alıcıların zararlarının kolaylıkla ayrıştırılabildiği ve usul ekonomisi ve caydırıcılık prensipleri açısından sonraki alıcıların dava açmalarının herhangi bir soruna neden olmadığı hallerde kanımca, ilk alıcıların yanı sıra sonraki alıcıların da dava açabileceklerini kabul etmek gerekir. Örneğin sabit miktar mal alımı şartı içermeksizin, ilk alıcının sonraki alıcılara maliyet üzerinden belirli bir kar marjı ile satım yapması halinde, ilk alıcıların yanı sıra sonraki alıcıların da dava açması kabul edilmelidir. Zira burada ilk alıcının zararı, fazla bedel ödemek şeklinde değil; talebin esnek olduğu tüm hallerde, kar mahrumiyetinden kaynaklanmaktadır. Sonraki alıcıların zararları ise fazla bedel ödenmesinden ibarettir. Dolayısıyla zararlar ayrıştırılabilir. Burada aynı zarar için birden fazla tazminat ödenmesi de söz konusu değildir. Sonraki alıcı kesimin belirlenebilir ve az sayıda olduğu hallerde ise, onların zararlarının tazmin edilebileceğini kabul etmek herhangi bir sorun yaratmaz. Dolayısıyla “*dolaylı alıcı kuralı*”nın istisnalarını Amerikan Hukukunda olduğu gibi dar yorumlamaktan kaçınmak ve bu kuralın kabul edilmesindeki etkenleri göz önünde tutarak, bunların yokluğu halinde istisnalarının olabileceğini kabul etmek gerekir.

cc. Zararın Niteliği ve Niceliği

Rekabet Hukukuna aykırı davranışların neden olduğu zararın niteliği, ihlal edilen kurala ve piyasanın gösterdiği koşullara göre ciddi farklılıklar gösterebilmektedir. Bazı ihlaller, toplumun ya da ekonominin geneline yayılan zararlara yol açabilirler. Bundan dolayı kişilerin uğradıkları zararlar oldukça düşük miktarlar ile sınırlı olabilmektedir. Örneğin fiyat karteli ya da tekeli fiyatlandırmaya bağlı olarak, bir nihai tüketim malının³⁸⁵ piyasa fiyatının yükselmesi halinde, tüketicilerin zararlarının genellikle çok düşük miktarlar ile sınırlı olacağı söylenebilir. Kanımca özellikle usul ekonomisi açısından bu tür zararların tazmini imkanı kabul edilmemelidir. Zira bu zararların tazminat davasına konu edilmesi, adalet sistemi ve ekonomi üzerinde önemli bir

³⁸⁴ HOVENKAMP, s.617

³⁸⁵ Esasen bir ara tüketim malı ise bu tür zararların tazmin edilebileceği doğaldır.

maliyetin doğmasına neden olacaktır. Bu durum, yaptırım ile elde edilmesi muhtemel menfaat ile yaptırım sisteminin neden olacağı maliyet denkleminin ikincisi aleyhine bozulmasına neden olacaktır ki, etkinliği amaçlayan bir yaptırım sistemi bakımından bunun kabul edilmemesi gerekir. Bunun yanı sıra esasen tüketicilerin de, Amerikan Hukukunda olduğu gibi, “*grup davası*”-ya da toplu dava- (*class action*) türü bir dava imkanının kabul edilmemesi halinde³⁸⁶, üç katı tazminat hükmüne rağmen dava açmayı tercih etmeyecekleri söylenebilir³⁸⁷. Dolayısıyla bu kesime dava hakkı tanımak pratik bir fayda da sağlamayacaktır.

Benzer bir durum ile, bazı kişilerin zarar görmelerine rağmen, bunların tam ve doğru bir şekilde tespit edilmesinin güç olması halinde karşılaşılmaktadır. Yine aynı örnekten hareket edecek olursak, yüksek fiyatlandırma, aslında rekabetçi şartlarda piyasa fiyatından mal almaya hazır olan bir grup tüketici ya da alıcıların³⁸⁸, malı almaktan vazgeçmelerine yol açar. Kaynak dağılımında verimsizliğe yol açan bu durum (*allocative inefficiency*) da esasen sosyal maliyetin bir parçasıdır ve Kanun’un önlemeyi amaçladığı zarar kalemlerinin başında gelir. Buna karşılık bu kişilerin teknik anlamıyla zarar görüp görmediği hususunun tartışılabilir olması bir kenara; zarar gördükleri kabul edilse bile bunun tespit edilmesi olağanüstü derecede güçtür. Bu zararların tazmin edilebilir zarar kapsamında mütalaa edilmesi spekülative değerlendirmelerin yapılmasını gerektirir. Üstelik nihai tüketim malının söz konusu olduğu bir ihtimalde mesele içinden çıkılmaz hal alabilir. Dolayısıyla mahkemeleri bu tür taleplerle karşı karşıya bırakılmamalıdır.

Bazı hallerde ise ihlal, ölçülmesi güç nitelikte zararlara neden olur. Örneğin fiyat dışı rekabet unsurlarına ilişkin yapılan bir kartel anlaşması, malın kalitesinde bir düşüşe neden olursa, tüketicilerin bu uygulamadan olumsuz etkilendiği ve tartışmalı olmakla birlikte zarara uğradığı söylenebilir. Buna mukabil bu zarar miktarının sayısal ifadesi oldukça güçtür ve hakimi bu tür

³⁸⁶ Amerikan Antitröst Hukukunda ihlalden zarar gören tüketicilerin birlikte dava açabilmeleri imkanı, Federal Usul Yasası’nın 23. maddesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu madde, grup ya da sınıf üye sayısının, her birinin davaya müdahil olması halinde davanın yürütülmesine pratik olarak imkan vermeyecek büyüklükte olması; hukuki ihtilafın sınıf üyeleri için ortak olması; temsil eden kişi ya da kişilerin savunmalarının grup üyeleri bakımından da tipik olması ve son olarak grup temsilcilerinin, sınıf üyelerinin çıkarlarını adil ve yeterli bir şekilde temsil edecek durumda olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde grup davasının açılabileceğini hükme bağlamaktadır.

³⁸⁷ Şüphesiz bu noktada, davacıların üç katı tazminat talebine dayanak olarak uğradıkları zararı değil, davalı tarafından elde edilen ya da elde edilmesi muhtemel karı esas aldıkları takdirde, bu türden bir meselenin doğmayacağı söylenebilir. Fakat kanımca bu gibi bir durumda hakimnin tazminat miktarını elde edilen kar miktarına dayandırması uygun olmayacaktır.

³⁸⁸ Burada kastedilen tüketici dışındaki dağıtıcı veya diğer alıcılardır.

değerlendirmeler yapmakla yükümlü kılmak yukarıda ifade edilen gerekçeler ile mümkün olmamalıdır. Bu sayılan hallerin tümünde ortaya çıkan zararı sosyal maliyetin bir parçası olarak görmek ve idari yaptırımların bu tür zararların önlenmesi bakımından yeterli olduğunu kabul etmek en uygun yaklaşımdır.

IV. İlliyet Bağı

Hukuka aykırı bir fiilin, haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için, fiil ile zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisinin olması gerekir. Fiil ile herhangi bir ilişkisi olmayan ya da fiilden ziyade başka etkenlerden kaynaklanan zararların tazminat sorumluluğuna yol açması mümkün değildir. Türk Hukukunda bu koşul, “illiyet bağı” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık fiil ile sebep sonuç ilişkisi içerisinde değerlendirilebilecek olan her türlü zararın tazminat sorumluluğuna yol açması adaletli görülmemiş ve sorumluluğun sınırlandırılması yönünde teoriler ortaya atılmıştır. Bugün Türk Hukukunda “uygun illiyet bağı” teorisi hakimdir. Buna göre, hukuka aykırı fiilin, ancak hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında meydana getirdiği zararların tazmin edilebileceği kabul edilmekte, bunun dışında kalan zararın, zarara uğrayan kişi tarafından katlanması gerektiği belirtilmektedir.

Kanımcı Rekabet Hukuku bakımından, Borçlar Hukukundaki genel hükümlerin farklı uygulanmasını gerektirecek herhangi bir neden yoktur. Dolayısıyla tazminat sorumluluğunun doğması için, zarar ile hukuka aykırı fiil arasında neden sonuç ilişkisinin kurulması gerekecek, sorumluluğun kapsamı ise “uygun illiyet bağı” çerçevesinde belirlenecektir. Fiil ile zarar arasında uygun illiyetin varlığını ise, doğal olarak davacı ispatlayacaktır. Tatbikatta illiyet bağına ilişkin sorunların, zararın doğmasında başkaca olguların da etkili olması halinde ortaya çıkacağı söylenebilir. Örneğin rakiplerin ya da başkaca teşebbüslerin zarar gördüğü uygulamalarda, davalılar zararın kendi davranışlarından değil, yanlış yönetimden ya da talep daralmasından veya rekabetten yahut meşru bir hukuki nedenden kaynaklandığını ileri süreceklerdir. Fiyat yükselmesi nedeniyle açılan davalarda ise, hukuka aykırılık analizi ile illiyet birbirine geçecek; örneğin davalılar fiyat artışlarının enflasyondan ya da maliyetlerin yükselmesinden ya da talepte yaşanan artıştan kaynaklanacağını ileri süreceklerdir. Görüldüğü gibi, varlığı iddia edilen diğer olgular duruma göre hukuka aykırılığın ortaya çıkmasını önlerken, bazı hallerde illiyet bağının kesilmesine neden olacak; diğer bazı hallerde ise tazminatın kapsamına etki edecektir. Bu tür meseleler karşısında hakim kendisine sunulan deliller

çerçevesinde, Türk Hukukundaki genel prensipler etrafında çözüm arayacaktır³⁸⁹.

V. Kusur

Yukarıda açıklandığı üzere Rekabet Hukukundaki tazminat sorumluluğunun da kusura dayandığını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, sorumluluğun doğabilmesi için, söz konusu teşebbüsün Rekabet Hukukuna aykırı zararlı sonucu arzu etmesi veya arzu etmese bile bunun gerçekleşmemesine yönelik olarak hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermemiş olması gerekir. Tanımdan da anlaşılabilir üzere kusurun, “*kasıt*” ve “*ihmal*” üzere iki türü bulunmaktadır. Hukuka aykırı sonuç -ki bu rekabetin sınırlanması olacaktır- istenmesi halinde kasıt, bunun istenmemesine rağmen, bu sonucun gerçekleşmemesi için gereken özenin sergilenmediği takdirde ise ihmalin varlığından bahsedilir³⁹⁰.

Yukarıda açıklandığı üzere³⁹¹, Rekabet Hukuku bakımından kusur ve hukuka aykırılık unsurları iç içe geçmiştir. Kartel anlaşmaları ya da dışlayıcı uygulamalar gibi bir takım hukuka aykırı davranışlar, nitelikleri icabı, failin kusurlu davranmış olmasını gerektirir. Bu tür davranışların vasıflandırılması bir ölçüde kusura dayanmaktadır. Açık ihlal niteliği taşımayan diğer davranışlar bakımından ise, söz konusu davranışın piyasa üzerindeki ekonomik etkilerinin teşebbüsler tarafından öngörülemediği olması ihtimali düşüktür. Üstelik teşebbüslerin genelde tacir sıfatı taşıyacak olmaları nedeniyle, gösterilmesi gereken özenin ölçüsü daha ağır olacaktır. Bu nedenle olayların önemli bir kısmında teşebbüslerin gereken özeni göstermediğini ve bu nedenle de ihmal içerisinde davrandığı kabul edilecektir. Bir bakıma hukuka aykırılığın tespit edilmesiyle birlikte, prensip olarak, kusurun varlığını kabul etmek gerekir. Şüphesiz bu açıklamalardan hukuka aykırılık ile kusurun özdeş olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Yukarıda verilen örneklerde görülebileceği üzere, istisnai bir takım hallerde teşebbüslerin kusursuz olarak hukuka aykırı davranması mümkündür.

Görüldüğü gibi kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurulmasında belirleyici değildir. Tazminat sorumluluğunda kusurun oynadığı esas rol,

³⁸⁹ Amerikan Hukukunda oluşan zararın başka nedenlerden kaynaklandığı yönündeki iddialar karşısında, “temel neden” (material cause ya da substantial factor) testi uygulanmaktadır. Buna göre zararın meydana gelmesinde birden fazla olgu söz konusu olursa davacının bunları belirleyip, etkilerine göre sıralaması ve Rekabet Hukukunun ihlalinin diğerlerine nazaran ağır bastığını kanıtlaması beklenmektedir. Alternatif nedenlerin varlığı durumunda doğal olarak bu testi uygulamak mümkün değildir (JONES, s.155; HOVENKAMP, s.600,601).

³⁹⁰ Krş. GÖNEN, s.30,31

³⁹¹ Bkz. yukarıda §2/1

Kanun'un 58/2. maddesinde öngörülen üç katı tazminat hükmü nedeniyle tazminatın kapsamına ilişkindir. Hüküm pek de doğru olmayan bir ifade tarzı ile; *“Ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”* şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Hemen belirtelim ki, anlaşma, karar veya ağır ihmal kavramlarının sanki özdeş kavramlar gibi bir arada zikredilmesi doğru olmamıştır. Zira anlaşma veya karar kusurun bir türü olmadığı gibi, hafif ihmal de bir davranış türü değildir. Bu haliyle hükmün tutarlı bir anlamı bulunmamaktadır. Aslında burada ifade edilmek istenen, zararın kasten ya da ağır ihmal içerisinde gerçekleştirilmesidir³⁹². Anlaşma ve karar terimleri, kasıt kavramının yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Bu hükmün uygulanma şartları, tazminatın hesaplanması başlığı altında ele alınacaktır³⁹³.

§ 3. Zararın Tazmin Edilmesi

I. Genel Bakış

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve/veya 6. maddelerinin ihlal edilmesi neticesinde zarara uğrayan tüketiciler ve/veya teşebbüsler, bu zararlarının giderilmesini yukarıda açıkladığımız esaslar çerçevesinde talep edebilirler. Genel esaslar uyarınca buradaki tazminat alacağı zararın meydana gelmesiyle birlikte doğar; fakat bunun tarzı ve miktarının belirlenmesi, tarafların anlaşması veya hakimin kararına ihtiyaç gösterir. Dolayısıyla taraflar, mahkemeye başvurmaksızın tazminatın tarzı ve miktarı konusunda anlaşmaya varabilirler. Özellikle Rekabet Kurulu'nun ilgili davranışın hukuka aykırı olduğuna dair bir karar vermiş olması, davranışı gerçekleştiren teşebbüslerin anlaşması için önemli bir baskı unsuru oluşturacaktır. Üç katı tazminat hükmü ve bazı hallerde olayın özellikleri³⁹⁴ bu baskıyı ağırlaştıracaktır. Nitekim Amerikan Hukukunda pek çok ihtilaf yargılama safhasına gelmeden ya da tamamlanmadan anlaşma ile sonuçlanmaktadır³⁹⁵. Anlaşma yoluna gitmek davacılar açısından da, ispat güçlükleri, yargılama giderleri, sürecin belirsizliği ve sınırlayıcı doktrinler nedeniyle avantajlıdır. Buna mukabil gerçekçi olmak gerekirse, Türk Hukukundaki mevcut durum, yani özellikle yargılamanın uzun

³⁹² İNAN, s.612

³⁹³ Bkz. aşağıda §3.VI

³⁹⁴ Uzun süren ve ekonomide yaygın etkisi bulunan açık ihlallerin ihtilaf konusu yapıldığı hallerde, teşebbüslerin anlaşma yönünde büyük menfaatleri bulunmaktadır.

³⁹⁵ Georgetown Study olarak bilinen araştırma, ihtilafların yaklaşık olarak %80'lik kısmının dava açılmaksızın anlaşma ile sonuçlandığını ortaya koymaktadır (bkz. JONES, s.82).

süre alması ve mahkemelerin ve zarar gören kişilerin çekingenliği, yakın bir gelecekte tazminatın anlaşma ile belirlenmesi ihtimalini zayıflatmaktadır.

Taraflar tazminatın miktarı ve tarzı konusunda anlaşamazlarsa, zararın giderilmesini sağlayacak tek yol³⁹⁶, zarara uğrayan tarafın mahkemeye başvurarak tazminat davası açmasıdır³⁹⁷. Genel esaslar çerçevesinde tazminat davasının konusu, Rekabet Hukukunu ihlal eden teşebbüslerin mağdurun uğradığı zararı tazmine mahkum edilmesidir. Fakat üç katı tazminat hükmünün uygulama alanı bulunduğu hallerde, davanın konusu zararın giderilmesinden ziyade, failerin cezalandırılması olacaktır. İhlalin neden olduğu zarar türleri düşünüldüğü zaman, hakim genellikle zararın nakden tazminine³⁹⁸ hükmedeceği söylenebilir. Öte yandan Amerikan Hukukundan farklı olarak³⁹⁹, Kanun'da tazminat davası dışında önleme ya da son verme davalarına yer verilmemiştir⁴⁰⁰. Bu durumda, zarar tehlikesine ya da zarara maruz olan kişiler, Kanun'un 9. maddesi (özellikle son fıkra) çerçevesinde Rekabet Kurumu'na ihbar veya şikayette bulunarak zararın ya da zarar tehlikesinin önlenmesini sağlayabilirler.

Belirtelim ki, Rekabet Hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümlenmesi mahkemeler için kolay bir görev değildir. Mahkemelerin yetkisini daraltan isabetsiz Kanun hükümleri bir kenara, Rekabet Hukuku yargılamasının teknik ve disiplinler-arası bilgiye ihtiyaç göstermesi, Türk Hukuku bakımından yeni olması, tarafların ve hakimnin işini önemli ölçüde güçleştirecektir. Yargılamanın çeşitli safhalarında uzman bilirkişilere başvurmak mecburiyeti doğacaktır. Bu ise yargılamanın maliyetini arttıracaktır. Davacılar özellikle, hukuka aykırılığın ve zararın belirlenmesi konularında önemli sorunlar ile karşılaşacaklardır. Bütün bu zorluklara rağmen, mahkemelerin Rekabet Hukukunun uygulanması için uygun olmadığı yönündeki düşünceye katılmak güçtür. Rekabet Hukukunun uygulanmasına yönelik talep artarak devam ettiği sürece, mahkemeler ve piyasalar bu talebi karşılayacak

³⁹⁶ Taraflar tazminatın miktarı veya tarzı konusunda anlaşmaya varamazlarsa da, tahkime başvurmak hususunda anlaşmaya varabilirler. Bu durumda ihtilaf hakem ve hakem heyeti tarafından çözümlenecektir.

³⁹⁷ Doğal olarak tarafların Rekabet Kurumu'na yapılacak bir şikayet, zararlarını gidermelerini sağlamaz; sadece ilgili teşebbüslerin cezalandırılması ve ihlalin sona erdirilmesini sağlar.

³⁹⁸ Aynen-nakden tazmin kavramları hakkında bkz. **NOMER**, s.37 vd.

³⁹⁹ Amerikan Hukukunda Clayton Yasası (m.16), hem ihtiyati tedbir kurumunu hem de tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davalarını açık bir şekilde düzenlemiştir.

⁴⁰⁰ Ayrıca genel hükümler çerçevesinde, gecikilmesinde tehlikenin veya önemli bir zararın doğması durumunda, açılmış bir davada veya davadan önce hakimden ihtiyari tedbir talebinde bulunmak da mümkündür (HUMK.m.103). Dolayısıyla tazminat davasının görüldüğü esnada zararın daha da artmasını önlemek için, davacı hakimden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

şekilde bir gelişme göstereceklerdir. Kanımca uygulama sürecinde bu güçlüklerin önemli bir kısmı aşılacaktır.

Aşağıda tazminat davasının Rekabet Hukuku bakımından gösterdiği bazı özellikler üzerinde durulacak; bu çerçevede “ taraflar”, “ ispat kuralları”, “ adli yargı Rekabet Kurumu ilişkisi”, “ zararın” ve “ tazminatın belirlenmesi” konuları ele alınacaktır. Buna mukabil genel esasların aynen uygulama alanı bulduğu, “ zamanaşımı” ve “ yetkili” ve “ görevli mahkeme” gibi konular ayrıca incelenmeyecektir. Dava hukuk (büyük ölçüde asliye ticaret) mahkemeleri tarafından görülecektir⁴⁰¹. Yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri veya haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi olacaktır⁴⁰². Zamanaşımı bakımından ise bir ve on yıllık süreler uygulama alanı bulacaktır. Rekabet Hukukuna aykırı davranışların genelde süreklilik özelliği göstermesi nedeniyle, sadece zamanaşımı süresinin ne zaman işleyeceği hususunda tereddüt yaşanabilir⁴⁰³. Genel ilkeler göz önünde tutularak, süreklilik arz eden davranışlar bakımından kural olarak zamanaşımı sürelerinin fiilin sona erdiği tarihten itibaren başladığını benimsemek⁴⁰⁴, buna mukabil aralıklar ile devam eden davranışlar için ise her fiile ilişkin zarar açısından o zararın öğrenilmesinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresinin işleyeceğini kabul etmek en uygun çözümdür⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Rekabet Hukukunun ihlal edilmesinin, aynı zamanda Ceza Hukukunda suç sayıldığı sınırlı bir takım hallerde, teorik olarak mağdurun, ceza davası esnasında, ceza mahkemesinden tazminat talep etmesi de olanak dahilindedir.

⁴⁰² Birden fazla teşebbüse birlikte dava açıldığı bir durumda, davanın ortak yetkili mahkeme olarak haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinden görülmesi gerekir. Haksız fiilin işlendiği yer ise, ihlal teşkil eden davranışın niteliğine ve meydana gelen zarara göre değişecektir. Örneğin aşırı fiyat uygulamalarında, haksız fiilin işlendiği ve sonucun meydana geldiği yer malın satın alındığı yerdir. Dolayısıyla tazminat davası zarara uğrayanın malı aldığı yerde açılabilir.

⁴⁰³ Sürenin işlemeye başlaması için, zararın kapsamı hakkında tam bir bilgiye sahip olmak gerekmez. Önemli olan kişinin zarara uğradığı yönünde mahkemeye yeterli delil sunabilecek konumda olmasıdır. Zararın varlığının bilinmesine rağmen sürenin işlemeye başlatılmaması halinde, zararın artarak devam etmesi riski bulunmaktadır ki bu sosyal açıdan maliyetlidir. Dolayısıyla zamanaşımı kuralının davacının hemen dava açması yönünde zorlayıcı ya da en azından teşvik edici olması gerekir. Buna karşılık zararın varlığının spekülasyon özellikler gösterdiği hallerde zamanaşımı süresinin başlatılmaması uygun olur Amerikan Hukukunda ise, tazminat davaları için 4 yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Ceza hukukuna dayalı davalar için ise 5 yıllık zamanaşımı süresi benimsenmiştir.

⁴⁰⁴ Tekrar edelim ki, zarar ve fail fiil devam ederken belirlenebiliyorsa, o zaman fiilin sona ermesine kadar beklemeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Özellikle süreklilik içeren ihlallerde, zarar ayrıştırılabiliyorsa, her zarar kalemi için zamanaşımı süresinin ayrı ayrı işlemeye başladığını kabul etmek uygun olur (krş. **TOPÇUOĞLU**, s.314).

⁴⁰⁵ Örneğin bir fiyat kartelinden her mal alımında zarara uğrar ve her alım sonucunda zamanaşımı işlemeye başlar. Buna karşılık mal vermeyi kesme ya da reddetme gibi uygulamalarda, genellikle tek bir davranış söz konusudur. Bu gibi hallerde davranışın yapılması ile birlikte zarar meydana gelir ve zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Amerikan Hukukunda tekrarlanan davranışların zamanaşımı süresini tekrar işletmeye başlatması için bu davranışın yeni ve bir önceki davranışın

II. Tazminat Davasında Taraflar

A) Davacı

Davacı Rekabet Hukukunun ihlal edilmesinden dolayı zarara uğradığını iddia eden kişi ya da kişilerdir. Kanun bu kişilerin kimlerden oluşabileceği konusunda bir düzenleme yapmamış; sadece 58. maddesinde, rakip teşebbüslerin dava açabileceklerini belirtmiştir. Kanun'da davacılara ilişkin bir sınırlama öngörülmemiş olması nedeniyle, ilk bakışta zarara uğrayan herkesin, bu bağlamda mevcut ve potansiyel rakip teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer teşebbüslerin birlikte ya da ayrı ayrı dava açmaları mümkün gözükmektedir. Buna mukabil, yukarıda zarar kavramı başlığı altında açıklandığı üzere⁴⁰⁶, Rekabet Hukukunun ihlalinden doğan tüm zararların tazmini mümkün değildir. Dolayısıyla mağdurların bir kısmı uğradığı zarara kaçınılmaz olarak katlanmalıdır⁴⁰⁷.

Bu çerçevede Rekabet Hukukunda kimlerin davacı sıfatı taşıyabileceğinin tespit edilmesi şarttır⁴⁰⁸. Belirtelim ki Amerikan Hukukunda bu, en fazla tartışmanın yaşandığı konuların başında gelmektedir. Mahkemeler, “doğrudan zarar”(direct injury), “hedef bölge” (target area) ve “menfaat alanı” (the zone of interest) gibi testler geliştirmişler, buna mukabil konuya ilişkin tutarlı bir uygulamanın oluşmasını sağlayamamışlardır⁴⁰⁹. Kabaca belirtmek gerekirse; rakip teşebbüslerin ve tüketicilerin dışındaki diğer teşebbüslerin, örneğin potansiyel rakiplerin veya diğer teşebbüslerin ve kişilerin iddiaları karşısında tereddütlü davranılmakta, bunlara davacı sıfatı nadiren tanınmaktadır. Amerikan Hukukunda sorumluluğun sınırlandırılarak, davacı sıfatının çerçevesinin çizilmesine yönelik çabaların altında yatan önemli bir neden de, üç katı tazminat hükmünün doğrudan uygulanması, hakim in bu konuda herhangi bir takdir yetkisinin olmamasıdır.

Kimlerin davacı sıfatına sahip olacağı, esas itibarla maddi hukuk, yani zarar başlığı altında sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin kriterler çerçevesinde tespit edilecektir. Bu tespiti yaparken usul ekonomisi prensiplerini de göz önünde tutmak gerekir. Bu bağlamda davacılık sıfatı, hukuka aykırı

tasdiki mahiyetinde olmayacak şekilde bağımsız ve davacı üzerinde yeni bir zarara neden olacak nitelikte olması şartları bir arada aranmaktadır (Pace Industries v. Three Phoenix Co., 813 F.2d 234 -9th Cir 1987-). Buna mukabil bu uygulamaların bir kartel anlaşmasına dayanması ve süreklilik özelliği göstermesi de mümkündür

⁴⁰⁶ Bkz. yukarıda §2/III/B

⁴⁰⁷ Bu kaçınılmazlık çoğu kez zarar gören kişilerin tespitindeki güçlükten veya zararın ölçülmesindeki güçlerden ya da zararın küçüklüğünden kaynaklanmaktadır.

⁴⁰⁸ Aksi gör. **BADUR**, s.162

⁴⁰⁹ **AREEDA/KAPLOW**, s.77; **HOVENKAMP**, s.594

uygulamayı en kolay ve doğru bir şekilde tespit edebilecek konumda olup, uğradığı zarar açısından dava açma güdüsü en yüksek olan ve en düşük yargılama maliyetleri ile davaya devam edebilecek durumda olan kişilere verilmelidir. Esasen, aşağıda yapılan saptamalar ele alınırken görülecektir ki, usul ekonomisi prensipleri ve tazmin edilebilir zarar kavramına ilişkin kriterler uyum içerisinde uygulanma kabiliyetine sahiptir.

Şüphesiz davacı sıfatı her şeyden önce hukuka aykırı uygulamadan zarar gören kişilere verilecektir. Rekabet Hukuku kapsamındaki bazı uygulamalar açısından ise, ortada gerçek anlamıyla bir zararın olup olmadığı hususunda tereddüt duyulabilir. Özellikle zararın, rekabeti sınırlayıcı uygulama hiç yapılmamış olsaydı piyasada oluşması muhtemel durum ile mevcut durum arasındaki varsayımsal mukayeseye dayanması nedeniyle, uygulamanın davacı üzerindeki (görünürde olumsuz) etkisi, esasen bu uygulamanın hiç gerçekleşmemiş olduğu bir varsayımdan herhangi bir farklılık arz etmeyebilir ya da onu daha iyi bir konuma sokmuş sayılabilir⁴¹⁰. Örneğin tekrar satış fiyatının belirlendiği dağıtım aşında faaliyet gösteren bir dağıtıcının, sağlayıcısına karşı bu uygulama nedeniyle dava açtığı bir durumda, dağıtıcının zararı, tüm dağıtım ağı bakımından tekrar satış fiyatının belirlenmesine dair kayıtların olmadığı bir olasılık ile mevcut durum arasındaki farka göre belirlenecek; bu ise olayların önemli bir kısmında zararın doğmamasına neden olacaktır. Zira tekrar satış fiyatlarının olmadığı bir ihtimalde marka içi rekabet artacak ve kar marjı daha aşağı düşecektir⁴¹¹. Esasen dikey sınırlamalarda bu gibi durumlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Sağlayıcının sözleşmeye koyduğu dikey sınırlamalar nedeniyle zarara uğradığını iddia eden dağıtıcının, zararını ispatlaması çok güçtür. Esasen çoğu kez ortada zarar da yoktur. Zira alıcı ya da dağıtıcılar dikey sınırlamalar marka içi rekabet ile karşılaşmazlar. Dolayısıyla sınırlamanın zarara yol açtığını ispatlamak için, alıcının marka içi rekabet ile karşılaşmadığı mevcut durumunun, dikey sınırlamanın olmadığı; yani marka içi rekabetin yaşandığı

⁴¹⁰ Örnek gösterilebilecek bir durum, bir fiyat kartelinin egemen olduğu piyasada faaliyet gösteren, buna karşılık fiyat kartelinde yer almayan bir teşebbüsün, kartele taraf teşebbüsler kadar kar elde etmemesi halidir. Fakat bu teşebbüsün karteli dava etmesi halinde, zarar, kartelin olmadığı bir piyasada hakim olan koşullar ile mevcut koşullar arasındaki farka dayanacağından dolayı, söz konusu teşebbüsün gerçek anlamıyla zarara uğradığını söylemek güçtür. Zira bu teşebbüs büyük olasılıkla kartel nedeniyle piyasada yükselen fiyat seviyesinden yararlanmaktadır. Esasen burada zarar olduğunu kabul etsek bile hukuka aykırılık bağı bu zararının tazminine engel teşkil eder. Buna benzer bir durum kartelin dışında kalıp da kartelin sağladığı imtiyazlar nedeniyle kartele taraf olmak isteyen teşebbüslerin, kartelin uyguladığı boykot nedeniyle açtıkları dava bakımından, davacı olup olamayacaklarına ilişkin olabilir. Burada teşebbüslerin amacı kartele dahil olamadıklarından dolayı uğradıkları zararların giderimi ise (ki burada zararın varlığı yukarıdaki örnek çerçevesinde şüpheli olabilir) bu tür bir talebin Rekabet Hukukunun koruma amacına girmediklerinden dolayı kabul edilmesi mümkün görülmez.

⁴¹¹ Isaken v. Vermont Castings, 825 F.2d 1158 (7th Cir. 1987) cert. denied

piyasa koşullarından daha olumsuz olduğunu, ortaya koyması gerekir ki, bu tür iddiaların ispatı çok güçtür

Rekabet Hukukuna aykırı bir uygulama nedeniyle zarar gördüğü hususunda tereddüt duyulmayan kişiler bakımından ise, davacı sıfatının tanınmasında dört ayrı sınırlama yapılabilir. 1-İlk olarak, uğranılan zararın mahiyeti ile ihlal edilen norm arasında “*hukuka aykırılık bağı*”nın bulunmalıdır. Eğer bu bağ yoksa, zarara uğrayan kişinin davacı sıfatının olmadığını kabul etmek uygun düşer⁴¹². Bir başka deyişle tazmin edilmesi Rekabet Hukukunun koruma amacına aykırı düşen zararlar için dava açılmaz⁴¹³. 2-İkinci olarak, “*yansıma zarar*”ların giderilmesi de, hukuka aykırılığının bağının olmaması nedeniyle mümkün değildir⁴¹⁴. Kanun’un geniş ifadesine rağmen, yansıma zarara uğrayan 3. kişilerin davacı sıfatlarının bulunmadığını kabul etmek gerekir⁴¹⁵. 3-Üçüncü olarak “*dolaylı alıcı kuralı*”, sonraki alıcıların davacı sıfatını kazanmalarına engel oluşturmaktadır⁴¹⁶. Buna mukabil belirtelim ki bu mutlak bir kural değildir. Maliyet üzerinden sabit kar marjı ve sabit miktar mal alımı kayıtlarını içeren alım sözleşmelerinin yapıldığı hallerde olduğu gibi, yüksek fiyatın tamamen sonraki alıcılara yansıtıldığı hallerde, bu kişilerin davacı olduklarını kabul etmek uygun olur⁴¹⁷. 4-Son olarak oluşan zararın niteliği ve/veya niceliği, zarara uğradığını iddia eden ve gerçekten de zarar gördüğü söylenebilecek olan kişilerin, tazminat istemelerine engel oluşturabilir⁴¹⁸.

B) Davalı

Tazminat davası Rekabet Hukukunu ihlal eden teşebbüs veya teşebbüslere karşı açılır. Bu çerçevede Rekabet Hukukunu ihlal eden davranış ya da anlaşmaya taraf olmayan, buna mukabil bu ihlalden dolaylı olarak faydalanan teşebbüslerin davalı olması mümkün değildir. Örneğin fiyat karteli nedeniyle piyasadaki fiyatların yükselmesi, karteğe taraf olmayan teşebbüslerin de fiyatlarını arttırmalarına imkan verir. Bu teşebbüslerin alıcıları, son tahlilde kartel nedeniyle daha yüksek bedel ödemek durumunda kalırlar. Bu zararın

⁴¹² Antitröst zararı doktrini Amerikan Hukukunda hukuka aykırılığın önlenmesi ve durdurulmasına ilişkin davalarda da (injunctive relief) davacılık sıfatının belirlenmesinde aynen uygulama alanı bulmaktadır (Cargill v. Monfort of Colo., 479 US 104, 107 S. Ct. 484 (1986))

⁴¹³ Bkz. yukarıda §2/III/B/2/b

⁴¹⁴ Bkz. yukarıda §2/III/B/2/c/ca

⁴¹⁵ Aksi gör. **TOPÇUOĞLU**, s. 303

⁴¹⁶ Buna göre, her ne kadar sonraki alıcılar da, rekabeti sınırlayıcı uygulama nedeniyle artan fiyatın bir kısmına katlanmaktaysa da, bunlara davacı sıfatının tanınmasının yaratabileceği sorunlar, bu sınırlamayı mecbur kılmaktadır.

⁴¹⁷ Bkz. yukarıda §2/III/B/2/c/cb

⁴¹⁸ Bkz. yukarıda §2/III/B/2/c/cc

tazmini amacıyla alıcıların kartele taraf olmayan teşebbüslere dava açması hukuken mümkün değildir (*umbrella plaintiff*)⁴¹⁹.

Rekabet Hukukunda ihlal edilen norm 4. madde; ya da birlikte hakim durum çerçevesinde 6. madde ise, olayların önemli bir kısmında faillerin müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır. Esasen Rekabet Hukuku çerçevesinde eksik teselsülün uygulama alanı bulabileceği bir durum tasavvur etmek de güçtür⁴²⁰. Nitekim Kanun'un 57. maddesi bunu: "*Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur*" şeklindeki hüküm ile açıkça düzenlemiştir⁴²¹. Dolayısıyla Rekabet Hukukunu birlikte ihlal eden teşebbüsler, katılma payları ne olursa olsun zararın tamamından birlikte sorumludur. Bu durumda genel hükümler çerçevesinde dava bu teşebbüslerden birine, birkaçına ya da hepsine karşı açılabilir.

Burada son bir noktaya dikkat çekmek gerekir. Kanun'un 57. maddesindeki düzenlemede, teşebbüs ifadesinin yerine, kişi veya kimse terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Esasen bu isabetli bir tercihi yansıtmaktadır. Zira Kanun'da açık bir şekilde kabul edilen ekonomik birlik teorisi gereği (RKHK.m.3), somut olaydaki teşebbüsün bağımsız bir hak süjesi olmaması mümkündür. Örneğin herhangi bir tüzel kişilik çatısı altında olmayan bir şirketler topluluğu ya da gerçek ve/veya tüzel kişilerden oluşan ve adi ortaklık temeline dayalı birliktelik, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olarak kabul edilebilir⁴²². Fakat Medeni Usul Hukuku bakımından bu tür toplulukların taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunların davada taraf olarak yer alması, davacı ya da davalı olması söz konusu değildir. Bu durum karşısında davalı olarak teşebbüs değil, mecburen buna dahil olan gerçek ya da tüzel kişi olarak gösterilecektir⁴²³.

Bu gibi durumlarda davacıların somut olayın özelliklerine göre hareket etmesi ve ihlalin ispatlanmasında ve tazminatın tahsilinde risk bulunmadığı

⁴¹⁹ Amerikan Hukukunda esasen bu tür bir vaka bir dava konusu yapılmış ve mahkeme bu tür bir durumda zararın hesaplanmasında ciddi güçlükler yaşanacak olması nedeniyle teorisinin spekülatif özellikler gösterdiğini belirterek davayı reddetmiştir (Mid-west Paper Products Co. v. Continental Group Inc., 596 F.2d 573, 583-87). Bkz bu konuda **HOVENKAMP**, s.622-623

⁴²⁰ Pek tabii ki istisnai bir takım hallerde, zarardan birden fazla kişinin ayrı nedenler ile sorumlu olması mümkündür. Fakat bu durumlar Rekabet Hukuku açısından herhangi bir özellik göstermez.

⁴²¹ Amerikan Antitröst Hukukunda da aynı esas benimsenmiş, zararın tamamının davalıların herhangi birinden talep edilebileceği kabul edilmiştir. Gerçi belirtelim ki bu esas Amerikan Hukukunda eleştirilmektedir (**AREEDA**, s.75; **FLOYD / SULLIVAN**, s.974 vd.; **HOVENKAMP**, s.677).

⁴²² Teşebbüs kavramı hakkında geniş açıklamalar için bkz. **SANLI**, s.29-37

⁴²³ Doğal olarak aynı esas davacılar açısından da geçerlidir.

sürece, husumetin görünürde uygulamayı gerçekleştiren kişiye yöneltilmesi kanımca uygun olur. Somutlaştırmak gerekirse, 4. maddenin ihlali nedeniyle açılan bir davada, muhtemel tazminat miktarının tahsil edilmesinde herhangi bir risk olmadığı sürece, görünürde ihlali gerçekleştiren gerçek ya da tüzel kişiye husumet yönelmek en uygundur. Buna mukabil, 6. maddenin ihlali nedeniyle açılan bir davada, görünürde ihlali gerçekleştiren yavru ortaklığın değil de, (diğer ortaklıklar ile birlikte) ana ortaklığın davalı olarak gösterilmesi, gerek hakim durumun tespit edilmesi ve gerekse tazminatın tahsil edilmesi açısından daha uygun olabilir. Önerdiğimiz bu yaklaşım Hukukumuzun genel ilkelerine uygun olduğu gibi, davacıyı, teşebbüs kavramına dahil olan kişiler arasındaki ekonomik bağımlılığı ispat yükünden kurtarır ve yargılamayı (özellikle hakim açısından) basitleştirir.

III. İspat Kuralları

Kural olarak davacı davalının sorumluluğu için aranan şartların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda davacı, davalının hukuka aykırı bir fiille kendisine zarar verdiğini ve bu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğunu ispat külfeti altındadır. Davacı bu külfeti, hakime kanaat verecek delilleri ibraz ederek yerine getirecektir. Hukuka aykırı fiil bakımından Kanun'un 59. maddesinde: "*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delil ile ispatlanabilir*" hükmü öngörülmüştür. Dolayısıyla hukuka aykırı fiilin ispatı hususunda davacı geniş bir serbesti içindedir. Her ne kadar fiilin ihlal ettiği normu hakim tespit edecekse de, davacı, fiilin neden hukuka aykırı olduğuna dair delilleri ve gerekli izahatı sunmak durumundadır⁴²⁴.

Belirtelim ki Rekabet Hukuku bakımından esas ispat güçlüğü bu noktada kendisini gösterecektir. Zira delillerin davalı teşebbüs ya da teşebbüslerin hakimiyet altında olması, davacının dayandığı olguların ispatını zorlaştıracaktır⁴²⁵. Nitekim bu zorluğu göz önünde tutan kanun koyucu, 59. maddede, uyumlu eylemlerin ispatı konusunda 4. maddede yer alan karineye paralel bir düzenlemeye yer vermiş ve davacının ispat yükünü hafifletmiştir. Buna göre : "*Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin*

⁴²⁴ Hakim sadece hukuka aykırılık değil, hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığını da tespit etmekle yükümlüdür. Bu durum özellikle 4. maddenin ihlal edilmesi halinde hakim 5. maddeden kaynaklanan hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığını belirlemesi mecburiyetini doğurur. Hakim bu hükmü uygulamaya yetkili olmaması karşısında, nasıl bir değerlendirme yapması gerektiği aşağıdaki başlık altında ele alınmıştır.

⁴²⁵ Amerikan Hukukunda "discovery" ve "pre-trial oral deposition" kurumları davacının işini büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır.

bozulduğu izlenimi veren, özellikler piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatın gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer”. Görüldüğü gibi hüküm kural olarak 4. madde bakımından uygulama alanına sahiptir. Davacının bu türden kanıtları getirmesi halinde, sadece danışıklılık şartı değil, aynı zamanda danışıklılığın uygun illiyet bağı içinde piyasadaki rekabeti sınırladığı da ispat edilmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla davacının bu kanıtların yanı sıra, kendisinin de zarar gördüğünü uygun deliller ile kanıtlaması halinde, ispat yükü yerine getirilmiş olmaktadır. Davalı bu davranışı ekonomik ve rasyonel gerekçeler⁴²⁶ ile açıkladığı ya da hukuka uygunluk sebebinin bulunduğunu ispatlarsa 4. madde açısından ispat yükünü yerine getirmiş sayılır⁴²⁷.

Zararın ispatı Rekabet Hukuku bakımından özellik gösterir. Bir kere davacı sadece zarara uğradığını ve bunun kapsamını değil (BK.m.42/1); aynı zamanda zararının Rekabet Hukuku bakımından tazmin edilebilir türden bir zarar oluşturduğunu da ispat yükü altındadır. Davacının zarara uğradığına dair kanaat verici delilleri ileri sürmesi, örneğin rekabeti sınırlayıcı uygulama nedeniyle, geçmiş yıllara ait bilançolar ışığında satışlarında ve karlılığındaki düşüşleri açık bir şekilde ortaya koyması yeterli görülebilir (RKHK.m.58). Fakat tahmin edilebileceği gibi Rekabet Hukukunun ihlalinden doğan zararın tam miktarını tespit edilmesi çoğu kez mümkün olmaz. Bu hallerde Borçlar Kanunu'nun 42/2.maddesi davacının yardımına koşacaktır. Hakim zararın gerçekleştiğine dair bir fikre sahip olduğu takdirde, BK'nun 42/2. maddesinin kendisine tanıdığı takdir yetkisini kullanarak zararın miktarını tespit edecektir.

Uygulamada büyük ihtimalle zararın miktarının tespit edilmesinde bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulacaktır. Önemle belirtelim ki davacının zarar gördüğüne dair soyut ya da spekülatif bir iddiası, ispat yükünün yerine getirilmesi ve hakim zararın gerçek miktarını tespit etmesi için yeterli olmamalıdır. Davacının zararın varlığını gerçeğe çok yakın bir ihtimal olarak gösterecek hususları ispat etmesi gerekir. Davacı kural olarak davalının kusurunu ve zararının davranış ile uygun illiyet bağı içerisinde kanıtlayacaksa da, kanımca bu hususların ispatı Rekabet Hukukuna ilişkin davalarda herhangi bir özellik arz etmez. Özellikle kusurun ispatı, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde davacı açısından yerine getirilmesi kolay bir yükümlülüktür.

⁴²⁶ Kanun'da yanlışlıkla “gerçekler” terimi kullanılmıştır.

⁴²⁷ Pek tabii ki davanın diğer unsurlarına ilişkin savunma da yapılabilir. Örneğin davalının gerçekten zarara uğramadığını veya davalının tazmin edilebilir zararının bulunmadığını ispatlarsa yine tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır

IV. Adli Yargı ve Rekabet Kurumu Arasındaki İlişki

A) Genel Olarak

Çalışmamızın ilk bölümünde, haksız fiil hükümlerinin gerektiği gibi tatbik edilmemesinin önündeki en önemli engelin, Kanun'da yer verilen isabetsiz bir takım hükümler olduğunu belirtmiştik. Bir kere 4. maddeye ilişkin hukuka aykırılık analizinin 4 ve 5. maddeler olarak iki aşamalı yapılması, isabetsizdir. Bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olup olmadığı, anlaşmanın neden olduğu sosyal maliyet ile bu anlaşmanın sağladığı verimlilik ve diğer yararlar bütünüünün mukayese edilmesi yoluyla, tek aşamalı bir analiz ile belirlenebilir⁴²⁸. Fakat bundan da isabetsiz olan, muafiyet hükmünün uygulanmasında Rekabet Kurumu'nun tekel olmasıdır. Kurum rekabeti sınırlayıcı olması muhtemel anlaşma türlerine grup olarak muafiyet tanımakta, bunun dışında kalan rizikolu anlaşmalar bakımından ise, Kurum'a ön bildirimde bulunarak bireysel muafiyet almak zorunluluğu bulunmaktadır.

Kanun'un 4. maddesi açısından söz konusu olan bu isabetsiz sistem dışında, genel olarak Rekabet Kurumu ve adli yargı arasında bir ilişkinin kurulmamış olması da yerinde olmayan diğer bir tutumdur. Bu durum çelişkili ve tutarsız kararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Özetle, ikili bir yaptırım sisteminden beklenen yararlar ve özel hukuka dayalı yaptırımların etkinliği, Kanun'da yapılan bu isabetsiz düzenlemeler nedeniyle olumsuz etkilenmektedir. Aslında, 10 ve 5. maddelerin değiştirilerek hukuka aykırılığın tek bir aşama ile mahkemeler ve Kurum tarafından birlikte uygulanmasına imkan veren bir düzenleme yapılması ve Kurum ile mahkemeler arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir hükme yer verilmesi ile bu olumsuzluklar bertaraf edilebilir. Buna mukabil mevcut hükümler çerçevesinde de, yorum yoluyla bu olumsuzlukların kısmen aşılması mümkündür.

B) Mevcut Uygulama ve Bu Uygulamanın Eleştirisi

Rekabet Kurumu ile mahkemeler arasındaki ilişkiyi çeşitli ihtimaller çerçevesinde incelemek gerekir. Fakat buna geçmeden önce, mevcut uygulamanın nasıl cereyan ettiğini tespit etmek ve genel birtakım prensiplerin altını çizmek uygun olur. Her ne kadar Rekabet Hukukunun ihlal edilmesi nedeniyle açılan tazminat davalarına nadiren rastlanmaktaysa da, Yargıtay

⁴²⁸ Kabul etmek gerekir ki verdiğimiz bu ölçü oldukça soyuttur. Buna mukabil, son tahlilde 4 ve 5. maddeler bakımından yapılan analiz bundan çok farklı değildir. Esas zorluk anlaşmanın neden olduğu maliyet ve sağladığı yararın çoğu kez kolaylıkla ölçülenemez mahiyette olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun ölçümünde ekonomi biliminin sağladığı yöntem ve veriler kullanılıyor olsa da, kesin bir sonuç elde etmenin güçlüğü ortadadır. Nitekim bundan dolayı rekabetin sınırlanması kavramının içeriği ve sınırlarını belirlemek oldukça güçtür

tarafından verilen birkaç karardan, Kurum ve mahkemeler arasındaki ilişkiye dair adli yargının tutumu hakkında fikir edinmek mümkündür. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1999 yılında RKHK'nun 6. maddesinin ihlal edilmesi nedeniyle açılan bir tazminat davasına ilişkin verdiği bir kararda⁴²⁹, “..... tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir” şeklinde hüküm vermiştir.

Yine aynı Daire 2003 yılındaki bir başka kararında⁴³⁰ : “..... Rekabet Kurulu'nun 21.12.1999 tarih 1999-58/624-398 sayılı kararı ile davalının 4054 Sayılı Yasaya aykırı bir eyleminin bulunmadığı saptandığından, anılan Kanun'un 58. maddesindeki tazminata hükmedilmesi koşullarının da oluşmamış olmasına..... 4054 Sayılı Yasaya aykırılık dolayısıyla açılan idari davanın sonucunun da beklenmesine yer olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekirken yazılı gerekçeyle karar verilmesi isabetli görülmemiştir.” şeklinde hüküm vermiştir. Görüldüğü gibi kararlar büyük ölçüde birbirine paralel gözükmektedir. Buna mukabil son kararda yer alan karşı oy yazısından, Yargıtay'ın bu kararda daha farklı (ve esnek) bir tutum takındığı anlaşılmaktadır. Karşı oy yazısına göre: “.....böyle bir tazminata karar verilebilmesi için öncelikle anılan yasanın yetkili kıldığı Rekabet Kurulu tarafından 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğinin saptanması gerekir. Rekabet Kurulunun rekabet ihlali yönünde usulen kesinleşmiş bir kararı bulunması halinde mahkemece bu ihlalden dolayı uğranılan zarar tespit edilerek hükme bağlanacaktır.Yasa rekabet ihlalinin tespiti yönünden Rekabet Kurulunu yetkili kıldığından çelişkili kararların ortaya çıkmaması için adli mahkemelerin Rekabet Kurulunun vereceği kararı beklemesi gerekir. Dairemizin 1.11.1999 gün ve 3350/6864 Sayılı kararında da bu görüş benimsenmiş ve Rekabet Kuruluna başvurunun tazminat davasında ön mesele olduğu, bu nedenle başvurunun sonucunun beklenmesi gerektiği kabul edilmiştir..... somut olayda.... (Rekabet Kurulunun verdiği)... karara karşı idari yargı yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece idari davanın ön mesele olarak sonucu beklenip, tüm delillerin birlikte değerlendirilerek bir karar vermesi gerekirken, bu yönün düşünülmemesi isabetli olmadığından hükmün bu gerekçeyle bozulması gerektiği görüşündeyim....”.

⁴²⁹ Yargıtay 19. HD 1.11.1999 E. 99/3350, K.99/6364

⁴³⁰ Yargıtay 19. HD 3.1.2003 E. 2002/2827, K.2002/7580

Yukarıda kısaca aktarılan Yargıtay kararlarındaki görüşlere katılmadığımızı hemen belirtelim⁴³¹. Bir kere, her ne kadar Kanun Rekabet Hukukunun uygulanmasında asıl olarak Rekabet Kurumu'nu yetkili kıldıysa da, münhasır yetkili olduğunu belirtmemiştir. Kanun'da bu yönde bir hüküm bulunmadığı gibi, bu tür bir yorumun benimsenmesi özel hukuk yaptırımlarıyla izlenen amaca da uygun değildir. Zira tazminat davası ile amaçlanan Rekabet Hukukunun etkin ve yaygın bir şekilde uygulanması ve bu arada Kurum'un iş yükünün hafifletilmesidir. Her durumda Kurum'un ve hatta iptal davası açılması halinde Danıştay'ın kararının beklenmesi, bu kararların alınmasının üç seneye kadar uzaması nedeniyle, yaptırım sisteminden beklenen etkinliği ve caydırıcılığı ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu yaklaşım Rekabet Hukukunun mahkemeler tarafından tatbik edilmesini neredeyse imkansız hale getirir.

Bu nedenlerle, prensip olarak mahkemelerin herhangi bir Kurul kararını beklemezsizin bir davranışın Rekabet Hukukunu ihlal edip etmediğini tespit etmesi mümkündür ve gereklidir⁴³². Kanun'da öngörülen yaptırım sisteminin etkin olabilmesi için, mahkemelerin yetkisini genişleten yaklaşımın üstün tutulması şarttır. Buna mukabil bu yaklaşım beraberinde çeşitli sakıncaları getirmektedir. İlk olarak verilen kararların birbirleriyle çelişmesi ihtimali doğacak ve hukuk güvenliği bundan olumsuz etkilenecektir. İkinci olarak mahkemelerin mevcut durum itibarıyla Rekabet Hukukunun tatbikinde yeteri derecede yetkinliğe sahip olmaması, özellikle kararlarının Kurul tarafından bağlayıcı olması nedeniyle ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişiler mahkemelere başvurmak yoluyla Rekabet Kurulu'nu devre dışı bırakabileceklerdir. Ayrıca 5. maddenin tatbikinde Rekabet Kurumu'nun münhasır yetkili olması, 4. maddenin mahkemeler tarafından gerektiği gibi tatbik edilemeyecektir.

Bu sorunları birkaç örnekle somutlaştırmak uygun olur. Örneğin aynı fiil hakkında yapılan inceleme sonucunda, önce Rekabet Kurulu tarafından ilgili davranışın hukuka aykırı olmadığına, mahkemenin ise daha sonradan davranışın hukuka aykırı olduğuna dair bir karar verdiğini varsayalım. Kurul kararı ile hukuken hiçbir şekilde bağlı olmayan mahkeme farklı yönde karar verebilir ve bu durum hukuk güvenliğini zedeler⁴³³. Bu durumun tersi, yani mahkemenin

⁴³¹ Aynı yönde İNAN, s.596; aksi gör. ASLAN, s.415,416 (Yazar, Yargıtay'ın yorumunun isabetli olduğunu belirttikten sonra, pozitif hukuk açısından mahkemenin karar verebilmesi için Kurul kararının gerekli olmadığını da ifade etmektedir.); krş. GÜL İbrahim, "Rekabet Kurulu'nun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararına Etkileri", Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s.28

⁴³² İNAN, s.615

⁴³³ Belirtelim ki, yukarıda özetlediğimiz mevcut uygulama çerçevesinde bu tip bir durumun ortaya çıkması güçtür. Zira mahkemelerin gayet haklı olarak, bu hukukun uygulanmasında Rekabet

önce karar vermesi halinde ise, Kurul bu karar ile bağılı olacaktır⁴³⁴. Her ne kadar bu durumda çelişkili kararın doğması riski azalmaktaysa da, bu kez hukukun uygulanmasında daha yetkin olduğu kabul edilen Kurum'un yetkisi fiilen daralacaktır. Üstelik 4. maddeye ilişkin bir incelemede, hukuka uygunluk nedeninin sadece Kurul tarafından uygulanabilecek olması meseleyi iyice karmaşık hale getirmektedir⁴³⁵.

Bir başka ihtimal olarak; Kurul kararına karşı Danıştay'da iptal davası açılması ve Danıştay'ın bu davaya ilişkin karar vermesi halinde durum farklıdır. Bu gibi bir durumda adli mahkemenin ve Danıştay'ın kararı arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, kanımca Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu'nun 24. maddesi çerçevesinde bir hüküm uyuşmazlığı niteliğindedir⁴³⁶. Dolayısıyla ilgili hüküm çerçevesinde Kurum veya ilgililer, Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurarak bu uyuşmazlığın giderilmesini talep edebilirler. Bu açıdan, 24. madde birbirleriyle çelişkili kararların ortaya çıkmasının yaratacağı olumsuzluğu bir ölçüde bertaraf etmektedir⁴³⁷. Fakat Rekabet Kurulu kararına karşı Danıştay'a başvurulmadığı ve kararın bu suretle kesinleştiği bir varsayımda, ortada çözümlenecek bir hüküm uyuşmazlığı yoktur. Zira Rekabet Kurulu, bir yargı organı değildir. Dolayısıyla hüküm uyuşmazlığının Uyuşmazlık Mahkemesi'ne götürülmesi imkanı da bulunmamaktadır.

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız sorunların, Kanun'daki yaptırım sisteminin etkinliğini olumsuz bir şekilde etkilediği şüphesizdir. Buna karşılık yine de bunların uygulama açısından çok da önem taşımadığını

Kurumu'nun daha uygun bir konumda olduğuna dair inançları bulunmaktadır. Dolayısıyla öncelikle Kurul karar verdiği takdirde, her ne kadar mahkemeler bu kararla bağılı olmayacaksa da, bu karardan farklı bir karar verirken bunun sonuçlarını göz önünde tutmak ve kararlarını sağlam temellere oturtmak durumundadır.

⁴³⁴ Bu yönde verilmiş Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu Y.D. İtiraz no: 1999/113 sayılı kararı ve ayrıca Rekabet Kurulu kararı özeti için bkz ASLAN, s.413 vd., 418 vd.,

⁴³⁵ Dolayısıyla bu durumun tersi, yani Kurul tarafından verilen bir kararın, Danıştay'a yapılan iptal başvurusu çerçevesinde görüşülerek kesinleşmiş olması halinde, ortada ihtilafa ilişkin bir kesin hüküm olacak ve mahkeme Danıştay kararına uygun davranmak zorunda kalacaktır. Bu karar mahkemede kesin delil teşkil edecektir.

⁴³⁶ Söz konusu hükme göre : *"1.maddede gösterilen yargı mercilerinden (adli, idari ve askeri yargı mercileri) en az ikisi tarafından, görevle ilgisi olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, aynı konuya ve sebebe ilişkin taraflarından en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan hallerde hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilir.İlgili kişi veya makam Uyuşmazlık Mahkemesine başvurarak hüküm uyuşmazlığının giderilmesini isteyebilir. ..."*. Kanımca Kurul ve mahkemenin kararları eğer aynı teşebbüs ya da teşebbüslerin davranışının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin ise, bu maddenin şartlarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir. Danıştay'da açılan davanın iptal davası olması, mahkemede açılan davanın tazminat davası olması, ayrı sebep ya da konu olduğu şeklinde yorumlanamaz.

⁴³⁷ Aksi gör. ÖZ, s.189,190; İNAN, s.600

söyleyebiliriz. Bir kere her yargı sisteminde birbirleriyle çelişen, tutarsız içtihatların ortaya çıkması mümkündür. Farklı kurumların yer aldığı bir yargılama sisteminde bu kaçınılmazdır⁴³⁸. İctihat uyumsuzluklarının çözümü konusunda yapılan yasal düzenlemelerin varlığı (Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu gibi) dahi bu sorunu tamamen ortadan kaldırmamaktadır.

Belki daha da önemlisi, mahkeme ve Rekabet Kurumu kararları arasında içtihat uyumsuzluğunun sanıldığı kadar sık karşılaşılabilecek bir durum olmamasıdır. Zira Kurum ve mahkemelerin analizleri, araştırma yöntemleri ve verecekleri kararlar farklı noktalara ilişkin olacaktır. Kurum bir davranışın hukuka aykırı olup olmadığını belirler ve aykırı görürse çeşitli idari yaptırımlar uygular. Kararlarını verirken verimlilik ilkesini ve kamusal yararı ön planda tutar. Mahkemeler ise zarar gördüğünü iddia eden davacının talebi karşısında, davacı ve davalının sunduğu deliller etrafında söz konusu fiilin zarara yol açıp açmadığını ve eğer açıyorsa bunun tazmin edilip edilmeyeceğini değerlendirir. Mahkeme neticede ya talebi reddeder ya da tazminata hükmeder. Kararını verirken prensip olarak taraf menfaatlerini göz önünde tutar. Davacının dava açmasındaki sebep, davalının neden olduğu sosyal maliyetin azaltılması veya ihlallerin caydırılması değil; uğradığı zararın giderilmesidir. Mahkemenin tarafların sunduğu deliller dışında re'sen araştırma yapması mümkün değildir. Oysa Rekabet Kurumu ihlalin varlığını araştırmak için, re'sen harekete geçer, araştırma ve inceleme yapar ve ispat açısından da oldukça geniş imkanlara sahiptir (RKHK.m.14,15,44).

Somutlaştırmak gerekirse; mahkeme kararını verirken, davacının gerçekten zarara uğrayıp uğramadığını, zararın tazmin edilebilir türden bir zarar olup olmadığını, davacılık sıfatının bulunup bulunmadığını ve davalının kusurunu değerlendirir. Ancak bu şartların tamamının varlığı tazminata hükmetmesini sağlar. Oysa Rekabet Kurulu idari yaptırımları tatbik ederken bu şartları kural olarak dikkate almaz. Dolayısıyla mahkeme ve Kurum kararları arasındaki tek ortak nokta ve karar uyumsuzluğu çıkmasına neden olabilecek konu, davranışın varlığı ve bu davranışın Rekabet Hukukunun 4 veya 6. maddesinin ihlal edip etmediği hususudur. Dolayısıyla mahkeme açılan bir dava üzerine tazminat talebini reddettiği bir ihtimalde, bu durum mutlaka hukuka aykırılığın bulunmadığı ve dolayısıyla da Rekabet Kurumu'nun bu kararla bağlı olduğu şekilde yorumlanmamalıdır. Zira mahkeme, zararın ya da tazmin edilebilir türden bir zararın veya davalının kusurunun ispatlanmamış olmasından yahut davacılık sıfatının bulunmamasından dolayı davayı reddetmiş olabilir.

⁴³⁸ Kararlar arasında uyumsuzluk ya da birbirleriyle çelişen kararların ortaya çıkması sadece ayrı kurumlar arasında değil, aynı kurum açısından dahi söz konusu olabilir ve olmaktadır.

Esasen mahkeme, içtihat uyuşmazlığına meydan vermemek için açılan bir davada öncelikle bu şartların varlığını araştırmalı ve bu şartlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda, hukuka aykırılık tartışmasına girmeksizin tazminat talebini reddetmelidir. Bu yaklaşım yargılamanın çabuk ve maliyetsiz bir şekilde sonuçlanmasını imkan vermesi nedeniyle, usul ekonomisine de uygundur. Dolayısıyla mahkeme kararlarının bağlayıcılığı sadece tazminat talebinin kabul edildiği bir durumda sorun olarak karşımıza çıkar. Talebin hukuka aykırılık dışındaki diğer şartların eksikliği nedeniyle reddedilmesi halinde, Rekabet Kurumu'nun aynı davranışa ilişkin soruşturma açması ya da ihlale karar vermesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yaklaşım Rekabet Kurumu'nun yetkisini daraltmayacaktır.

Açıklanan bu prensipler etrafında, açılan bir tazminat davasında, Rekabet Kurumu ve adli yargı arasındaki ilişkiyi 4 ve 6. maddeler açısından çeşitli olasılıklar etrafında irdelemek uygun olur. Bu maddeleri ayrı ayrı ele almamızın sebebi, 5. madde hükmünün kural olarak mahkemeler tarafından uygulanmaması ve verilen bir bireysel muafiyet kararının mahkemeler için bağlayıcı olmasıdır.

C) Rekabet Kurulu'nun Uyuşmazlığa İlişkin Bir Karar Vermiş Olması

Meseleyi öncelikle 6. madde bakımından ele almak uygun olur. Kanun'un 6. maddesine ilişkin olarak açılan bir tazminat davasına konu olan uyuşmazlık hakkında, daha önceden Rekabet Kurulu'nun karar vermiş olması halinde, hukuken bu karar mahkeme için bağlayıcı değildir. Bu karar davacı ya da davalı tarafından kuvvetli bir takdiri delil olarak ileri sürülebilir. Bununla birlikte hakim, Kurul'un verdiği kararı mutlak suretle dikkate almalıdır. Özellikle Kurul'un ihlalin bulunmadığına dair verdiği bir karara rağmen, mahkemenin aksi yönde bir karar vermesi halinde, herhalde hakim bunun nedenlerini açık bir şekilde kararında açıklamalı ve hükmünü sağlam bir şekilde gerekçelendirmelidir. Fakat tahmin edilebileceği gibi uygulamada bu tip bir ihtimalin ortaya çıkması çok zayıftır.

Kurul kararlarının önemi, sadece hukuka aykırılığın varlığı ya da yokluğuna ilişkindir. Örneğin Kurul ihlalin var olduğuna karar vermiş de olsa, mahkemenin tazminat talebini yukarıda saydığımız esaslar çerçevesinde, örneğin davacılık sıfatının yokluğundan reddetmesi mümkündür. İhlalin bulunmadığına dair bir Kurul kararı bulunuyor ise, prensip olarak hakim bu karara uygun olarak tazminat talebini reddetmesi uygun olur⁴³⁹. Kurul kararına

⁴³⁹ Fakat tabii ki haklı gerekçeler olduğunu düşünüyorsa, Kurul kararına rağmen tazminata hükmedebilir.

karşı Danıştay'da iptal davası açılmış ise, Danıştay'ın hukuka aykırılığa ilişkin verdiği karar, kesin delil teşkil eder. Mahkemenin aksi yönde karar vermesi, kanımızca bir bozma nedenidir⁴⁴⁰. Dolayısıyla bu ihtimalde hüküm uyuşmazlığı çıkması ihtimali zayıftır.

Kurul tarafından 4. maddenin uygulanmasına ilişkin bir karar verilmiş olması halinde durumu ikiye ayırarak incelemek gerekir. Kurul ihlalin varlığına dair bir karar veriyse, yukarıdaki ifade ettiklerimiz aynen geçerlidir. Kurul ihlalin bulunmadığını tespit etmiş ise, bu tespiti anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı olmaması veya rekabeti sınırlayıcı olmasına rağmen hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleşmesi nedenine dayanır. İlk durumda Kurul kararının bağlayıcılığı yoktur; buna mukabil hakimin yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde hareket etmesi uygun olacaktır. Danıştay tarafından bir karar verilmişse, bu karar artık kesin delildir. Hakimin bu karara aykırı bir karar vermesi söz konusu olmamalıdır. Öte yandan verilen bir muafiyet kararı nedeniyle anlaşma hukuka uygun kabul ediliyorsa, artık mahkemenin bu karara uygun hareket etmesi mecburidir. Zira ortada sadece Kurum tarafından tatbik edilebilen bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Dolayısıyla bir anlaşma hakkında muafiyet kararı verilmişse, artık hakimin tazminata hükmetmesi mümkün olmamalıdır. Esasa girmeksizin tazminat talebi reddedilmelidir⁴⁴¹.

Bundan ayrılması gereken bir durum, anlaşmanın grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamına girip girmediği hususunun davada tartışma konusu yapılmasıdır. Hemen belirtelim ki grup muafiyeti, ortada Rekabet Kurulu tarafından verilmiş bir kararın bulunmaması nedeniyle, bireysel muafiyetten ayrılır. Grup muafiyeti tebliğleri genel düzenleyici işlem olması itibarıyla pozitif hukuk metinleridir. Bu nedenle mahkemeler tarafından re'sen uygulanacaktır. Dolayısıyla hakim bir anlaşmanın grup muafiyeti tebliğlerinin kapsamına girip girmediğini takdir edecektir⁴⁴². Anlaşma grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamında ise, doğal olarak hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Bu hallerde hakimin tazminat talebini reddetmesi gerekir. Grup muafiyeti şartlarını taşımayan bir anlaşma bakımından ise, hakimin kural olarak

⁴⁴⁰ Buna karşılık, uygulamanın hukuka aykırı olduğuna dair bir karar verildiyse, pek tabii hakim diğer şartların bulunmadığı gerekçesiyle tazminat talebini reddedebilir. Uygulamanın hukuka uygun olduğuna dair verilen bir karar karşısında ise, bu karara uymaktan başka çözüm yolu bulunmamaktadır.

⁴⁴¹ Tabii burada başka ihtimaller de söz konusu olabilir. Örneğin somut olay bakımından muafiyet kararının geri alınmasını gerektiren sebeplerin varlığı söz konusu ise ve davacılar bu tip bir iddia ile hakimin önüne gelmişlerse, hakim bu iddialar hakkında ciddi şüpheler duyarsa ön mesele yapabilmelidir. Davacıların bu gibi bir durumda Kurum'a şikayette bulunmaları uygun olur.

⁴⁴² Aynı görüşte GÜL, s.29

her iki yönde de karar vermesi mümkündür. Bu ihtimaller ise aşağıda incelenmektedir⁴⁴³.

D) Rekabet Kurumu'nda Uyuşmazlığa İlişkin Devam Eden Bir Soruşturmanın Olması

Açılan bir tazminat davasına konu olan uyuşmazlık hakkında, aynı zamanda Rekabet Kurumu tarafından bir soruşturma yürütülüyorsa, mesele biraz daha karmaşık bir hal alabilir. Kanun'un 4 ya da 6. maddesinin ihlali nedeniyle açılan bir tazminat davasında, yine kural olarak hakimin, Kurul kararını beklemezsizin uyuşmazlığı çözümlenemeyeceğini söyleyebiliriz. Bir kere hakim yaptığı inceleme sonucunda, bir zararın olmadığı ya da davalının kusursuz olduğu ya da davacı sıfatının bulunmadığı nedenlerine dayanarak tazminat talebini reddedebilir. Bunun dışında zarara yol açtığı iddia edilen davranışın açık ihlal niteliğinde olması halinde de mahkeme gerek 4, gerekse 6. maddeyi uygulayabilmelidir. Şüphesiz hukuka aykırılığa ilişkin analiz, bilirkişiden faydalanılmasını zorunlu kılacaktır. Ayrıca hakim Rekabet Kurumu içtihat ve grup muafiyet tebliğinde yer alan düzenlemeleri ve ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarını göz önünde tutmalıdır. Özellikle tazminata hükmedileceği hallerde, hakim, vereceği bu kararın, hukuka aykırılık açısından Rekabet Kurulu için bağlayıcı olduğunu göz önünde tutması ve kararını sağlam temellere dayandırması gerekir.

Sorun, davranışın açık ihlal niteliğinde olmaması ve de özellikle 4. maddeye aykırılığı iddia edilen bir anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanabilecek durumda olması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hallerde kural olarak hakimin somut olayın özelliklerini dikkatle değerlendirmesi gerekir. Kanımca olayın özelliklerine göre hakim, haksız fiil sorumluluğunun diğer koşullarına ilişkin bir kanaate sahip olup da, sadece hukuka aykırılık hususunda bir tereddüde düşerse ve de özellikle Kurum nezdinde devam eden soruşturmanın sonuçlanmak üzere olması halinde uyuşmazlığın çözümünü Kurul kararına kadar ertelemesi uygun olur. Buna karşılık soruşturmanın daha başlangıç safhasında olduğu hallerde mümkün mertebe yargılamayı sonuçlandırması daha uygun olacaktır. Fakat davada 4. maddeye aykırı bir davranış söz konusu ise, o zaman "*bekletici sorun*" yapılması bazı şartların

⁴⁴³ Grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamının girmeyen bir anlaşma, pek tabii ki bireysel muafiyetten faydalanabilir. Böyle bir bildirimde bulunulmuşsa, mesele §3/IV/D başlığı çerçevesinde, bildirimde bulunulmamışsa, §3/IV/E başlığı çerçevesinde, bildirimde bulunulup da karar verilmişse §3/IV/B başlığı çerçevesinde ifade edilenler çerçevesinde çözümlenebilir.

varlığı halinde daha yerindedir⁴⁴⁴. Kanımca hakim anlaşmanın hukuka aykırılığı ve özellikle hukuka uygunluk sebebinin varlığına dair şüphe duyması ve ayrıca hukuka aykırılığa esas olabilecek olguların ispatlanmasında fiili imkansızlıkların yaşanabilecek olması durumunda, meselenin bekletici mesele yapılmasına karar vermeli ve bu kararını verirken de, üstü kapalı olarak, 5. maddenin şartlarının bulunup bulunmadığını takdir etmelidir.

Kanun'da açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, burada mahkemenin erteleme kararını hangi esasa dayanarak vereceği noktası sorun teşkil edebilir. Zira Rekabet Kurulu bir yargı mercii değildir⁴⁴⁵. Buna mukabil “bekletici sorun” kurumunun esasen Kanun'da düzenlenmediği, uygulama ve doktrin tarafından benimsendiği göz önünde tutulursa, bu gibi bir durumda mahkemenin bekletici sorun yapmasının önünde herhangi bir engel olmadığı kabul edilebilir. Ayrıca bu yorum usul ekonomisine uygun olacağı gibi, Rekabet Hukukunun amaca uygun bir şekilde uygulanmasına da hizmet etmektedir. Dolayısıyla aynı fiil hakkında Kurum nezdinde yürütülen bir soruşturma söz konusu olduğu hallerde hakim yukarıda belirttiğimiz şartlar çerçevesinde yargılamayı Kurul kararına kadar erteleyebilmelidir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen bir karar, iptal davası yoluyla Danıştay tarafından görülüyor ise, yine mahkemenin ihtilafı bekletici mesele yapması mümkündür. Buna karşılık, artık burada Kurul tarafından uyuşmazlık hakkında bir karar verilmiş olması nedeniyle, hakim bekletici mesele yapması ihtiyacı nispeten azalacaktır⁴⁴⁶.

E) Rekabet Kurumu'nda Uyuşmazlığa İlişkin Bir Soruşturmanın Olmaması

Açılan bir tazminat davasına esas olan davranışa ilişkin Rekabet Kurumu'nda yürütülen herhangi bir soruşturmanın olmaması halinde, doğal olarak, hakim önüne gelen ihtilafı sonuçlandırmalıdır. 6. madde açısından durum daha açıktır. Yukarıda ifade ettiklerimiz çerçevesinde hakim, davacı

⁴⁴⁴ Yargıtay kararında her ne kadar ön sorun terimi kullanılmışsa da, burada “bekletici sorun” teriminin kullanılması, durumu daha uygun bir şekilde ifade etmektedir. Esasen uygulamada bu iki terim birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır (kavram için bkz. **KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder**, “Medeni Usul Hukuku”, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.561 vd.)

⁴⁴⁵ Doktrinde ancak bir başka mahkeme kararı için bekletici sorun yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir (**KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder**, s.563,570).

⁴⁴⁶ Zira bir Rekabet Hukuku uyuşmazlığının çözümüne ilişkin olarak, prensipte, Rekabet Kurumu'nun Danıştay'a nazaran daha yetkin bir konumda olduğu söylenebilir. Bu açıdan Kurul tarafından bir karar verilmiş ise, artık Danıştay kararının beklenmesi pek de bir fayda sağlamayacaktır. Fakat pek tabii ki ihtiyatlı bir hakim, hüküm uyuşmazlığına sebebiyet vermemek için bekletici mesele yapabilir.

tarafın Rekabet Kurumu'na başvurması yönünde karar alması ve yapılan başvurunun bekletici mesele olarak değerlendirilip sonucunu beklemesi yargılamanın iki sene daha uzaması riski nedeniyle uygun değildir. Bu tür bir yaklaşım, tazminat sorumluluğunu etkisiz kılacaktır. Hakim söz konusu davranışın hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmeden önce, haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarını ele almalı ve bunlardan herhangi birinin yokluğu halinde talebi reddetmelidir. Buna karşılık bu şartların varlığı halinde hukuka aykırılığa ilişkin değerlendirmeyi de yapmalı ve tazminata hükmetmelidir.

Esasen mesele 4. madde açısından da pek farklı değildir. Burada ancak muafiyet şartlarının varlığına dair hakimın ciddi şüphe duyması ve de hukuka aykırılığa esas olan vakaların ispatlanmasında fiil güçlüklerin bulunması halinde, ön sorun olarak Rekabet Kurulu kararının beklenmesi yoluna gidilmelidir. Dolayısıyla hakim ilgili tarafa Kurum'a başvuruda bulunması yönünde bir süre vererek, ihtilafı bekletici mesele yapmalıdır. Burada da, yukarıda belirttiğimiz gibi, karara verirken muafiyet şartlarının varlığına dair bir değerlendirme yapmalı ve daha önce verilmiş olan kararlar ışığında Kurul'un muafiyet vermeyeceği açık olan anlaşmalar bakımından tazminata hükmedebilmelidir.

V. Zararın Belirlenmesi

A) Genel Bakış

Rekabet Hukukunun ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında hiç şüphe yok ki zararın tespit edilmesi yargılamanın en önemli ve belki de en güç safhasıdır. Zararın tespit edilmesi, sadece tazminat miktarının hesaplanması açısından değil; davacı sıfatının belirlenmesi açısından da büyük önem taşımaktadır. Rekabet Hukukunun ihlalden kaynaklanan zararların tümünün tazmin edilememesi karşısında, davacı, sadece zararın varlığını değil, bu zararının tazmin edilebilir türden bir zarar olduğunu da ayrıca ispatlamak, hakimi bu yönde ikna etmek zorundadır.

Rekabet Hukukunun ihlalden kaynaklanan zararın tespiti, neredeyse olayların tamamında, rekabetin sınırlanmadığı varsayımsal piyasa koşullarının kurgulanmasını gerektirir. Yani davacı Rekabet Hukukunu ihlal eden bir davranışı hiç gerçekleştirmemiş olsaydı, piyasanın ve dolayısıyla kendisinin içinde bulunacağı durumu araştırmak ve ortaya koymak zorundadır. Burada esas alınması gereken ise zararın verildiği andır. Pek çok parametreye bağlı olan bu araştırmanın ise hiç de kolay bir faaliyet olmadığı açıktır. Bununla birlikte Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesi bu noktada davacının işini büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır. Hüküm, zararın kesin miktarının ispatlanmasının mümkün

olmadığı hallerde, hakimın halin mutad cereyanını ve mağdurun aldığı tedbirleri dikkate alarak, zararın miktarını takdir etmesine imkan tanımaktadır. Bu hükmün, Rekabet Hukukunun ihlalden tazminat davalarında geniş uygulama alanı bulacağını öngörmek hiç de zor değildir⁴⁴⁷.

Davacı bu gibi hallerde zararın gerçek miktarını ispatlamak zorunda değilse de, gerek zararın varlığına gerekse hakimın takdir yetkisini kullanmasına esas teşkil edecek delilleri ortaya koymalıdır. Aksi halde hakimın tamamen soyut ve spekülatif iddialara dayanarak zararı tespit etmesi beklenemez. Zararın varlığı ve miktarının ispatı ise, Rekabet Hukukunu ihlal eden davranışa ve piyasanın koşullarına göre değişkenlik gösterir. Buna karşılık bir genelleme yapmak gerekirse, Rekabet Hukukunun ihlal edilmesinin, “*fazladan ödenen bedel*” –ya da tam tersi az ödenen bedel (*overcharge injury*), “*mahrum kalınan kar*” -fiili zarar (*lost profit*) ve son olarak da “*teşebbüsün iflas etmesi*” ya da ekonomik faaliyetlerine sona vermesi (*terminated business*) olmak üzere üç tür zarara yol açtığı söylenebilir⁴⁴⁸. Nitekim Kanun bunlardan ikisini açıkça zikretmiştir (RKHK.m.58). Zararın varlığı ve miktarına ilişkin meseleleri, Amerikan Hukukundaki uygulamayı göz önünde tutarak zarar türleri bakımından ayrı ayrı incelemek uygun olur.

B) Fazladan Ödenen Bedel

Fiyat karteli, tekeli fiyatlandırma, tekrar satış fiyatının belirlenmesi, kelepçeleme uygulamaları ve alım kartelleri kural olarak, fiyatların olması gereken fiyat seviyesinden daha yüksek (ya da düşük) seyretmesine neden olur. Bu durum alıcıların aynı mal için, etkin rekabetin hakim olduğu piyasa şartlarında ödemeleri gereken fiyattan daha fazla ödemede bulunmaları nedeniyle zarara yol açar. Bu gibi hallerde zarar, bu tür uygulamaların olmadığı piyasa koşullarında fiyat alacağı muhtemel seviye ile mevcut seviye arasındaki farktan ibarettir (yani aslında marjinal maliyetler ile mevcut fiyat arasındaki fark). Burada doğal olarak sınırlayıcı uygulamanın olmadığı varsayımsal piyasa koşullarının nasıl tespit edileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Kanımcı bunun tespit edilmesinde birden fazla yöntemin kullanılmasını mümkündür. Örneğin, uygulamanın olduğu ve olmadığı dönemlerdeki fiyat hareketlerinin mukayese edilmesi, fiyatın ne olması gerektiğine dair fikir

⁴⁴⁷ Belirtelim ki Amerikan Hukukunda özellikler zararın varlığının ispat külfeti oldukça katı bir şekilde uygulanmakta, buna karşılık makul olmak kaydıyla, zararın miktarına ilişkin tahminlere dayanan değerlendirmeler caiz görülmektedir. Burada hukuka aykırı davranışla bir başkasına zarar veren failin, zarar miktarının belirsizliğine ilişkin rizikoya katlanması gerektiği düşüncesi hakimdir. Zarar miktarı hakkında değerlendirme esas itibarla jüri tarafından yapıldığından dolayı Amerikan Hukukunda davacının bu hususa ilişkin ispat yükünün daha ağır olduğu söylenebilir.

⁴⁴⁸ JONES, s.201; krş. HOVENKAMP, s.658 vd.

verebilir (*pre-post approach*)⁴⁴⁹. Bunun için uygulamanın ne zaman başladığı hakkında bilgi sahibi olmak gerekir. Sınırlayıcı uygulamanın söz konusu olmadığı bir dönem mevcut değilse, davanın açıldığı tarihten sonraki fiyat hareketlerinin izlenmesi de çeşitli ipuçları sağlayacaktır. Fakat burada fiyat hareketlerine etki yapabilecek, yoğunlaşma oranı, tüketici tercihleri, ikame edilebilir ürün piyasalarındaki hareketler gibi diğer faktörlerin ve de Türkiye bakımından özellikle enflasyonun etkisi göz önünde tutulmalı ve mümkünse bunlar fiyatlardan arındırılmalıdır.

Bir başka yöntem ise, sınırlayıcı uygulamanın olmadığı başka piyasalar aynı mal için hakim olan fiyatın, varsayımsal fiyatın tespitinde esas alınmasıdır (*yardstick approach*)⁴⁵⁰. Bu yöntemin uygulanabilmesi için söz konusu piyasa ile aynı ya da çok benzer özellikler gösteren mukayese edilebilir bir piyasanın bulunması gerekir. Bu ise homojen mallar bakımından ve ancak sınırlı bir bölge ile sınırlı sınırlayıcı uygulamanın bulunduğu hallerde söz konusu olabilir. Kullanılabilecek bir başka yöntem, davalının karlılığı ile rekabetçi piyasalarda elde edilen olağan karlılık miktarının mukayese edilmesidir (*cost measurement*)⁴⁵¹. Bu yöntem davalının karlılığının tespit edilmesindeki zorluk nedeniyle, uygulamada pratik güçlüklerle neden olabilir.

Davacı, somut olayın özelliklerine göre belirtilen bu yöntemlerden herhangi birini veya birkaçını kullanarak zarara uğradığını ortaya koyabilir. Fakat herhalde, gerek vardığı sonuçların desteklenmesi ve gerekse iddialarının inandırıcılığını arttırmak için, birden fazla metodun bir arada kullanılması daha uygundur⁴⁵². Esasen bu yöntemler, tekeli fiyatlandırma gibi bazı hallerde, hukuka aykırılığın tespitinde de kullanılabilir⁴⁵³. Keza hakim de bu yöntemleri kullanarak zararın yaklaşık miktarı hakkında tespitte bulunması mümkündür.

C) Mahrum Kalınan Kar

Rekabet Hukukunun ihlaline dayalı tazminat davalarının, uygulamada genellikle rakip teşebbüsler ya da davalının satış ağı içerisinde yer alan dağıtıcı ve satıcılar tarafından açılması çok muhtemeldir⁴⁵⁴. Bu kişilerin uğradıkları zararlar ise genellikle kazanç kaybı ya da mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkacaktır. Bu tür zararların nedeni ise, hakim durumdaki teşebbüsün ya da

⁴⁴⁹ FLOYD / SULLIVAN, s.1000; JONES, s. 216; HOVENKAMP, s.661 vd.

⁴⁵⁰ FLOYD / SULLIVAN, s.1001; HOVENKAMP, s.660,661, JONES, s.217

⁴⁵¹ JONES, s.208

⁴⁵² JONES, s.207

⁴⁵³ Bkz. SANLI, Tekelci Fiyatlandırma,s124,125.

⁴⁵⁴ Rekabet Hukukuna dayalı davalara ilişkin ampirik veri elde etmeyi amaçlayan Georgetown Study araştırmasına göre, açılan davaların yaklaşık %60'ında davacılar, rakip (%36.5) veya dağıtıcı (%27) teşebbüslerdir (JONES, s.82).

kartelin veya dağıtım ağında yer alan teşebbüs veya teşebbüslerin dışlayıcı ya da ayırıcı uygulamalarda bulunmasıdır. Maliyetlerin altında satış yapmak, mal vermeyi kesmek, sözleşmeyi feshetmek, kelepçeleme uygulaması yapmak ve tekelden alım anlaşmaları yapmak bu tür uygulamalara örnek gösterilebilir. Dolayısıyla yukarıdaki durumdan farklı olarak burada davacının zarara ilişkin iddiaları hakim tarafından daha hassas değerlendirilecek ve özellikle bu zararın hukuka aykırılık bağı çerçevesinde tazmin edilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Zira bu gibi hallerde zararın rekabetin kendisinden kaynaklanması olasılığı vardır.

Davacı bu hallerde dışlayıcı ya ayırıcı uygulama nedeniyle satışlarının düştüğünü veya piyasa payının azaldığını ya da maliyetlerinin arttığını ileri sürecektir. Burada da esasen zararın ortaya konması ve miktarının hesaplanmasında aynı temel prensip ve benzer yöntemler uygulama alanı bulacaktır. Davacı uygulama olmasaydı, piyasanın alacağı muhtemel koşullar çerçevesinde elde edebileceği gelir ya da kar ile mevcut durumu arasındaki farkı zarar olarak talep edecektir. Muhtemel piyasa koşulları ise, benzer piyasalar ile yapılacak mukayese ile veya uygulamadan önceki ve sonraki durumun kıyaslanması ile belirlenebilir. Bunların dışında kullanılabilir bir başka yöntem ise, uygulama neticesinde davacı teşebbüsün piyasa payında veya arz miktarında yaşanan değişimlerin mukayese edilerek zararın tespit edilmesidir (*market share approach*). Amerikan Hukukunda bu yöntem özellikle diğer yöntemlerin kullanılmasının uygun olmadığı hallerde veya diğer yöntemlerin tamamlayıcısı olarak kullanılmaktadır⁴⁵⁵. Fakat zararın tespit edilmesi için, fark olarak belirlenen arz miktarı için uygun kar oranı belirlenmesi gerekir. Ancak bu belirleme sonrasında zararın miktarı hesaplanabilir. Kanun 58. maddesinde bu kar oranının, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanacağını belirtmiştir. Şüphesiz yapılacak değerlendirmede bilançolar dışında başka veriler de kullanılabilir.

D) Teşebbüsün İflas Etmesi

Zararın diğer görünümü olan ve yine dışlayıcı uygulama nedeniyle ortaya çıkan teşebbüslerin ekonomik faaliyetini durdurması ya da iflas etmesi halinde ise, zararın iki ayrı boyutu vardır⁴⁵⁶. İlk olarak dışlayıcı uygulama nedeniyle iflas anına kadar, gelirlerin azalması ya da mahrum kalınan kar türünde zararlar meydana gelir. Bu zararların tespiti yukarıda belirtilen yöntemler kullanılarak yapılabilir. Belirtelim ki, ilk türden zararlara her olayda

⁴⁵⁵ JONES, s.221, HOVENKAMP, s.671

⁴⁵⁶ Buna benzer bir başka durum, piyasada halihazırda faaliyet göstermeyen bununla birlikte potansiyel rakip olan teşebbüslerin dışlayıcı uygulamalar nedeniyle piyasaya girememeleridir. Bu tür iddialar kabul edilmesi hallerde

rastlanmayabilir. Örneğin ticari açıdan hayati öneme sahip bir sözleşmesinin feshedilmesi halinde, davacının kısa sürede iflas etmesi söz konusu olabilir. Bu gibi bir durumda zararın ilk boyutu doğmayacaktır.

İkinci olarak ise, ilgili teşebbüsün iflasından sonra ticari faaliyette bulunamayacak olmasından kaynaklanan muhtemel zararlar söz konusu olur. Bu zararların tespit edilmesinde iki temel yöntem önerilebilir. İflas etmeseydi, teşebbüsün faaliyette bulunabileceği muhtemel süre ve makul karlılık oranı tespit edilir, elde edilmesi muhtemel toplam kar bulunur ve bu miktardan, peşin ödemenin yapılması ve davacının başka ticari faaliyetlerden gelir elde etmesi ihtimali göz önünde tutularak indirimine gidilir⁴⁵⁷. Borçlar Kanunu'nun 46. maddesine benzeyen bu hesap yöntemi oldukça spekülatif ve karmaşıktır. Daha basit olan yöntem ise, davalının ticari işletmesinin piyasa değerinin zarar miktarının tespitinde esas alınmasıdır.

Son olarak belirtelim ki, Rekabet Hukukuna aykırı davranışlar da, davacı açısından çeşitli yararlar sağlayabilir. Genel esaslar çerçevesinde, hukuka aykırı fiil nedeniyle elde edilen bu yararların zarar miktarının hesaplanmasında dikkate alınması gerekir⁴⁵⁸. Denkleştirme yapılmaksızın zararın net miktarını tespit etmek mümkün değildir. Yararın varlığı ve türü ise, olayların özelliklerine göre değişecektir. Teorik bir örnek vermek gerekirse; dikey fiyat sınırlamalarının söz konusu olduğu bir durumda, tüketicilerin ödediği yüksek bedele karşılık, malların sunumunda ya da satış sonrası hizmetlerde iyileşme söz konusu olabilir. Bu gibi bir durumda her ne kadar tüketici fazladan ödemedede bulunuyorsa da, fiyat dışı unsurlardaki iyileşmeden yarar sağlamaktadır. Dolayısıyla bu hususun zararın belirlenmesinde göz önünde tutulması gerekir. Fakat belirtelim ki, bunun gibi ölçülmesi güç olan yararların tam olarak nasıl göz önünde tutulacağı belirsiz arz edecektir.

VI. Tazminatın Belirlenmesi ve Özellikle Üç Katı Tazminat Hükümü

Türk Hukukundaki genel esas, tespit edilen zarar miktarının, tazminatın üst sınırını belirlemesidir. Tazminat miktarı zarar miktarını aşamaz. Zira tazminatın amacı cezalandırmak değil, zararı gidermektir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58/2. maddesi ise bu genel kurala istisna getirmiş ve hakim talebi halinde üç katı tazminata hükmedebileceğini hükme bağlamıştır. Hatalı bir şekilde kaleme alındığı anlaşılan hükme göre : *“Ortaya çıkan zarar tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi*

⁴⁵⁷ JONES, s.223, HOVENKAMP, s.674,675

⁴⁵⁸ JONES, 212,213

zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir”.

Bu hüküm çerçevesinde Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun amacının zararın giderilmesi olduğunu söylemek güçtür. Zira hukuki niteliği itibarıyla özel hukuk cezası özelliği taşıyan bu hüküm, tazminatın zarar miktarını aşmasına imkan tanıdığı gibi, zarardan bağımsız olarak hesaplanmasını da olanaklı kılmaktadır. Hakim tazminatı tayin ederken, zarar yerine, failerin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kazancı esas alabilir. Kanımca bu hüküm, Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun zararın giderilmesinden ziyade, caydırıcılık amacına hizmet ettiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Hüküm kaynağını Amerikan Hukukundan almaktadır. Clayton Yasası'nın 4. maddesi, kusur şartına ya da davacının talebine gerek olmaksızın, hakimin re'sen davacının uğradığı zararın üç katı oranında tazminata hükmetmesine imkan vermektedir. Bu hükmün kabulünün altında, temel olarak zarar ile sınırlı olan tazminat miktarının yeteri derecede caydırıcı olmayacağı düşüncesi yatmaktadır⁴⁵⁹. Özellikle rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların gizli yapılması ve ancak bir kısmının tespit edilebilmesi, caydırıcılığın sağlanması bakımından bu türden bir düzenlemeyi gerekli kıldığı kabul edilmektedir. Hüküm aynı zamanda davacıları, Rekabet Hukukuna dayalı tazminat davası açmaları yönünde teşvik edici rol oynamaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan hükümdeki hatalı düzenleme ise, “ *tarafların anlaşması ya da kararı*” şeklindeki ifadedir. Aslında burada ifade edilmek istenen “ *tarafların kasti*”dır. Zira anlaşma ya da karar kusur kavramının bir türü olmadığı gibi, aynı şekilde ağır ihmal de bir çok taraflı işlem türü değildir. Hüküm bu haliyle herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Burada örtülü kanun boşluğunu bulunduğunu kabul ederek, kanunun ruhu çerçevesinde bu boşluğu yukarıda belirtilen şekilde doldurmak uygun olur. Bu çerçevede hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle haksız fiilin tüm şartları ve bu arada zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Her ne kadar tazminat zarardan bağımsız olarak tayin edilebiliyorsa da, bu durum hükmün zarar doğmaksızın uygulanabileceği anlamına gelmez.

Bunun yanı sıra, davalının “ *kasi*” ya da “ *ağır ihmal*” içinde hareket etmiş olması şarttır. Dolayısıyla davalının “ *hafif ihmal*” içerisinde olması halinde, üç katı tazminata hükmedilemez. Doğal olarak somut olayda davalının kusurunun ağır ihmal mi yoksa hafif ihmal mi olduğunun tespit edilmesi

⁴⁵⁹ HOVENKAMP, s.654

fevkalade güçtür⁴⁶⁰. Buna karşılık yapılacak tespite bağlanan sonuçlar ciddi farklılıklara yol açabilir. Bu nedenle üç katı tazminata hükmederken kanımca hakim ihlalin niteliğini de göz önünde tutması ve bu türden bir tazminata, ancak ağır ve açık ihlalin varlığı halinde hükmetmesi uygun olur.

Üç katı tazminata hükmedilmesinin diğer şartı, davacının bu yönde bir talepte bulunmasıdır. Hakim resen üç katı tazminata hükmedemez. Buna karşılık kanımca tazminatın tayininde zararın mı, yoksa faillerin elde ettikleri kazancın mı esas alınacağı noktasında takdir yetkisi hakimindir. Rekabet Hukukunu ihlal eden bir fiilin sosyal maliyetinin yüksek olduğu buna karşılık zarar gören kişi ya da kişilerin malvarlığını pek etkilemediği hallerde, tazminatın zarar miktarına dayanarak tayin edilmesi caydırıcı olmayabilir. Bu gibi hallerde failin kazancını esas almak daha uygundur. Fakat bu gibi bir durumda davacının sayısının az olması şarttır. Bu bağlamda davacının uğradığı zarar miktarının tam olarak belirlenmediği ve/veya hukuka aykırı fiil ile elde edilen menfaate kıyasla düşük olduğu ve/veya da az sayıda mağdur olan dışlayıcı ya da ayırıcı uygulamalarda, tazminatın tayinine esas olarak zarar verenin elde ettiği kazanç miktarının esas alınması gerekir. Buna karşılık fazladan ödenen bedel şeklinde gerçekleşen zararlar bakımından, tazminatın tayininde zararın esas alınması yerindedir. Keza davacıların sayıca çok olduğu hallerde, tazminatın tayininde kazanç miktarının esas alınması, davalının ekonomik açıdan yıkımına yol açabileceğinden, yine zarar miktarının tercih edilmesi gerekir. Yine zararın kolaylıkla tespit edildiği hallerde de, üç katı tazminatın belirlenmesinde zarar miktarının esas alınması yerinde olacaktır.

Belirtelim ki somut uyuşmazlıkta üç katı tazminatın uygulanma şartları gerçekleşse bile, hakim üç katı tazminata hükmetmek mecburiyeti altında değildir. Kanun'un lafzı açık bir şekilde hakim bu konuda bir takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. Kanımca bazı yazarların aksine⁴⁶¹, hakim sadece "üç" katı değil, somut olayın özelliklerine göre "iki" katı tazminata da hükmedebilmelidir⁴⁶². Bir başka ifadeyle hakim takdir yetkisi zarara eşit tazminat ile üç katı tazminat seçenekleri ile sınırlı değildir. Kanun'un sistemine göre kusurun derecesi tazminatın kapsamına etkide bulunduğu göre, davranışın kasıtlı ya da ağır ihmal içerisinde gerçekleştirilmesi halleri arasında fark gözetilmesi gerekir. Ayrıca kusur derecesinin yanı sıra, ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu ve diğer unsurlar da göz önünde tutulabilir.

⁴⁶⁰ Burada akılda tutulması gereken bir başka husus, davalıların olayların önemli bir kısmında tacir sıfatını taşıyacak olmalarından dolayı göstermeleri gereken özenin ölçüsünün daha ağır olması ve dolayısıyla da, kolaylıkla kusurlu kabul edilebilmeleridir.

⁴⁶¹ ASLAN, s.390

⁴⁶² Aynı görüşte ÖZ, s.184.

Davalının ağır ihmali içerisinde hareket ettiği bir durumda ise, üç katı tazminata hükmetmek mümkün değildir. Bu gibi bir durumda tazminatın kapsamının belirlenmesinde tamamen genel esaslar uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Bu çalışma sırasında tespit ettiğimiz önemli noktaları ve vardığımız temel sonuçları şu şekilde sıralamak mümkündür :

1. Rekabet Hukukunun ikili yaptırım sistemi içerisinde uygulanması ve haksız fiil hukuku vasıtasıyla zararın giderimi imkanının tanınması, hukuk politikası açısından yerinde bir tercihtir. Haksız fiil hükümleri, ikili yaptırım sistemi içerisinde idari yaptırımları tamamlamakta; Rekabet Hukukunun daha etkin bir şekilde uygulanmasına hizmet etmektedir. Kişilerin uğradıkları zararları üç katına kadar tazmin edebilmesi imkanı, hukukun yaygın bir şekilde uygulanmasına hizmet edecek ve böylelikle Rekabet Kurumu kaynaklarını, rekabet politikasının oluşturulması, düzenleyici işlemler yapılması, piyasaların denetlenmesi gibi daha etkin faaliyetler için kullanacaktır. Ayrıca haksız fiil hükümleri, yoğunlaşmaya bağlı olarak ortaya çıkan gelir adaletsizliğinin düzelmesine katkıda bulunacaktır.

2. Kanun'da açık bir düzenleme yapılması yerinde olmakla birlikte, haksız fiil hükümleri özensiz ve oldukça geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu durum karşısında, hükümlerin yorumu ve uygulanmasında hiç kuşkusuz Türk Hukukundaki genel esaslar önemli rol oynayacaktır. Ayrıca yorum yoluyla sorumluluğun sınırlandırılması büyük önem taşımaktadır. Bu konuda Amerikan hukukundaki esaslardan faydalanılmalıdır.

3. Kanımca Rekabet Hukukundaki haksız fiil kurallarının amacı, klasik doktrinin kabul ettiği üzere zararın giderilmesi değildir. Rekabet Hukukunun amacı ve üç katı tazminat hükmü göz önünde tutulduğunda, buradaki tazminatın amacının caydırıcılığın sağlanması ya da zararın önlenmesi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla hükümlerin yorumu ve sorumluluğun sınırlandırılmasında bu hususun göz önünde tutulması gerekir.

4. Türk Rekabet Hukukundaki haksız fiil hükümlerinin geçen dokuz yıllık süre içinde gerektiği gibi uygulanamamasının temel nedeni, Kanun'un yeni olmasıdır. Dolayısıyla zaman içerisinde haksız fiil hükümleri daha geniş uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık Kanun'da yer alan bazı isabetsiz düzenlemeler (RKHK.m.4,5,10), bu hükümlerin etkinliğini azaltabilir.

5. Rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğu kusur esasına dayanır. Fakat kusurun buradaki özelliği, hukuka aykırılık ile iç içe geçmiş olması ve

hukuka aykırılığın tespiti ile birlikte, prensip olarak teşebbüslerin kusurlu olduğu karinesinin geçerli olmasıdır.

6. Kural olarak sadece Kanun'un 4 ve 6. maddelerin ihlal edilmesi tazminat sorumluluğuna yol açar. Kanımca hukuka aykırılık bağının olmaması nedeniyle 7. maddenin ihlal edilmesi, çeşitli zararlara neden olsa bile tazminat sorumluluğuna yol açmaz.

7. Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlal eden her davranış tazminat sorumluluğuna yol açmaz. Zira davranışın mutlaka bir zarara yol açması gerekir. Ayrıca varlığı kabul edilen zararın, "tazmin edilebilir bir zarar" olması gerekir. Bazı hallerde zararın niceliği ve/veya niteliği tazminata imkan vermezken; bazı hallerde hukuka aykırılık bağının yokluğu meydana gelen zararların tazmin edilmemesi sonucunu doğurur.

8. Rekabet Hukukunun ihlali nedeniyle açılacak tazminat davaları, genel esaslara tabidir. Fakat özellikle kimlerin davacı olabilecekleri uygulama açısından önem taşıyacaktır. Her zarar gören kişi değil; ancak tazmin edilebilir türden zarara uğrayan kişilere davacı sıfatının tanınması, Rekabet Hukukunun amacı ve de özellikle usul ekonomisi açısından yerinde olacaktır.

9. Yargılamanın belirgin bir özelliği davacının ispat güçlüğü yaşayacak olmasıdır. Davacı bilhassa hukuka aykırılığın ve zararın ispatlanmasında önemli güçlükler ile karşılaşacaktır. İspata ilişkin güçlükler, Kanun'un 59. maddesinde öngörülen karine ve Borçlar Kanun'un 42/2. maddesi vasıtası ile bir ölçüde aşılabılır.

10. Yargılamanın diğer bir özelliği ise, davacı ve davalının sıklıkla ekonomik analize başvurmak zorunda kalacak olmasıdır. Hiç şüphe yok ki bu durum yargılama maliyetlerini her iki taraf için de arttıracaktır.

11. Üç katı tazminat hükmü, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasında merkezi öneme sahiptir. Hakim davalının kasıtlı ya da ihmal içerisinde davranması ve davalının da talep etmesi halinde, zararın ya da elde edilen ya da elde edilmesi muhtemel karın üç katına kadar tazminata hükmedebilecektir. Kanımca tazminat miktarının tayini hakimnin takdir yetkisindedir. Dolayısıyla hakimnin üç yerine iki kat tazminata ya da zararla sınırlı miktarda tazminata hükmetmesi mümkündür. Tazminat miktarının tayininde kusurun derecesi, ihlalin ağırlığı, davalının ekonomik durumu gibi faktörler rol oynayacaktır. Bu hüküm, pratikte geniş bir uygulama alanı bulacak ve Rekabet Hukukunun yaygınlaşması ve benimsenmesinde önemli rol oynayacaktır.

12. Kanun'da yer alan bir takım isabetsiz hükümler nedeniyle, Rekabet Hukukunun Rekabet Kurumu ve mahkemeler tarafından birlikte uygulanması,

çelişkili kararların ortaya çıkması gibi bir takım sorunlara neden olabilir. Bu durum bir ölçüde hukuk güvenliğini zedeleyebilir. Buna mukabil bu sorunun yorum yoluyla kısmen aşılması mümkündür. Mevcut yaklaşımdan farklı olarak, mahkemelerin yetkisini genişleten bir yaklaşımın tercih edilmesi özellikle caydırıcılığı ve ikili yaptırım sisteminden beklenen etkinliğin sağlanması için şarttır. Hakim prensip olarak bir davranışın Rekabet Hukukunu ihlal edip etmediğine karar verebilmeli, ancak sınırlı bir takım hallerde ihtilafı bekletici mesele yapmalıdır. Hakimin inceleme yaparken öncelikle hukuka aykırılık dışındaki, kusur, zarar ve tazmin edilebilir zarar gibi diğer unsurları ele alması en uygun yaklaşımdır.

KAYNAKÇA

AKINCI Ateş, “Rekabetin Yatay Kısıtlanması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001

AREEDA Phillip / HOVENKAMP Herbert / ROGER D. Blair, “Antitrust Law : An Analysis of Antitrust Principles and Their Application VII.” 2nd Edition, 2000 New York

AREEDA Phillip / KAPLOW Louis, “Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases”, 5th Edition, New York 1997

ATAMER Yeşim, “Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması : Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları”, Beta Yayınevi, İstanbul 1996

ASLAN Yılmaz, “Rekabet Hukuku”, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2001

BADUR Emel, “Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001

BELLAMY Christopher / CHILD Graham, “Common Market Law of Competition”, 4th Edition, London 1993

CALVANI Terry, “What is the Objective of Antitrust” Economic Analysis and Antitrust Law, 2nd edition (Editors : CALVANI Terry/SIEGFRIED John), 1988, s.7-15

- ERDEM Ercüment, “Birleşme ve Devralmalar”, Beta Yayınevi, İstanbul 2003
- EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı Beta Yayınevi, İstanbul 2001
- EROĞLU Sevilay, “Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması”, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- EUROPEAN COMMISSION, “The Application of Articles 85 & 86 of The EC Treaty by National Courts in The Member States”, Brussels 1997
- FLOYD C. Douglas / SULLIVAN E. Thomas, “Private Antitrust Actions”, Little Brown Company, 1996
- GÖNEN Kazım Eren, “Rekabet Hukukunda İdari Para Cezaları”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- GREEN Nicholas / ROBERTSON Aidan, “Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK. and EC.”, 2nd edition, London 1997
- GÜL İbrahim, “Rekabet Kurulu’nun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararına Etkileri”, Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, sh.26-30
- HOVENKAMP Herbert, “Federal Antitrust Policy : The Law of Competition and Its Practice”, 2nd Edition, St Paul 1999
- İNAN Nurkut, “Rekabet Hukukunun Uygulanmasında Adli Mahkemelerin Rolü”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara 2002, sh.590-628
- JONES A. Clifford, “Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA”, Oxford 1999
- JONES C. Philips, “Litigating Private Antitrust Actions”, Washington DC 1984 (atıf şekli : JONES C.,...)
- KELLMAN Barry, “Private Antitrust Litigation”, Illinois 1985
- KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, “Medeni Usul Hukuku”, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000
- NOMER Haluk, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi”, Beta Yayınevi, İstanbul 1996
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000

ÖZ Aşçıoğlu Gamze, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000

POSNER Richard, “Antitrust Law, An Economic Perspective”, 1976

SANLI Kerem Cem, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği”, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000. SANLI Kerem Cem, “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansları 10 Ankara Ekim 2000, sh.75-165 (atıf şekli : Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma,...)

SULLIVAN Anthony Lawrence, “Handbook of The Law of Antitrust”, Berkeley 1976

TEKİNAY Selahattin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk / ALTOP Atilla, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993

TOPÇUOĞLU Metin, “Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları”, Rekabet Kurumu, Ankara 2001

VISCUSI W. Kip / VERNON M. John / HARRINGTON E. Joseph JR, “Economics of Regulation and Antitrust” 2nd Edition Cambridge 1998

WHISH Richard / SUFRIN Brenda, “Competition Law”, 4th Edition, Butterworths London 2001

SEMPOZYUMUN SONUÇLARI

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Erciyes Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi'nin düzenlediği "Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu"na ilişkin bu değerlendirmemin amacı tebliğlerin incelenip haklarında görüş açıklanması olmayıp, tebliğlerden hareket ederek rekabet hukukunun on yılı doldurmayan uygulamasının sonuçlarını saptamaktır. Bu sonuçlar aynı zamanda Sempozyum'un da sonuçları olacaktır.

1. Türk rekabet hukuku maddî kuralları ile usul hükümleri ve Rekabet Kurulu ("Kurul")'nun tebliğleri yönünden iktibas edilmiş bir hukuktur. Gerçekten, 4054 sayılı "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*" ("RKK") Roma Antlaşması diye bilinen Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran antlaşmanın 85 ve 86. (bugünkü 81 ve 82.) maddeleri ile büyük oranda 17 sayılı 6 Şubat 1962 tarihli "*Konsey Tarafından Çıkarılan 85 ve 86. Maddelerinin Yürütülmesine İlişkin Birinci Topluluk Tüzüğü*"nden iktibas edilmiştir. Kurul'un tebliğlerinin kaynağı da gene AB Komisyonu'nun düzenlemeleridir.

2. İktibas edilen bir hukukta en önemli sorun, ana hukukun iktibasa konu olan düzenlemelerinin iktibas edilen tarafından özümsemesidir. Özümseme başka bir yerden alınan bir kanunun veya daha geniş bir terimle düzenlemenin, iktibas edilen ülkenin ilgili çevrelerinde ve ilgili toplum hatlarında benimsenerek bir kanun olmaktan çıkıp bir "*hukuk*" haline gelmesidir. Bu konuda, sürecin tanıtılması, özellik ve nitelikleri ile evreleri hakkında Prof. Dr. Hirsch'in "*Rezeption als sozialer Prozeß*, Berlin 1972" adlı eseri ile ünlü bir İsviçre hukuk dergisinde [*Zeitschrift für schweizerisches Recht, Fünzig Jahre Türkischen Zivilgesetzbuch/Cinquantenaire du Code Civil Turk, NF Bd. 95 (1976)*] yayınlanan "*İsviçre Kanunundan Türk Hukukuna*" "*Vom Schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht*" (s. 223-248) adlı makalesine gönderme yapmak isterim.

3. Sempozyuma sunulan bildiriler özümseme sürecinin sağlıklı bir seyir izlediğini ve iktibas edilen "kanun" hükümlerinden yani Avrupa Topluluğunun rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerinden bir "Türk rekabet hukuku"nun doğmakta olduğunu ortaya koymuştur. Bunun kanıtları, Kurulun Türkiye'nin şartlarını gözetken, somut olay gerçeğini dikkate alan, Türkiye'ye özgü gerekçelere dayanan kararları ve Türk akademisyenlerin özgün değerlendirme ve görüşleridir. Artık bilimsel bildirimlerdeki Avrupa Topluluğu rekabet hukukuna yapılan yollamalar yerini yerli eser ve incelemelere yapılan atıflara bırakmakta, AB Komisyonunun kararları Kurul kararları ile ikame edilmektedir.

4. Bu göndermelerde halen eksikliği duyulan yerel mahkemelerin ve Yargıtayın kararlarıdır. Sempozyuma sunulan tebliğler, özümseme sürecinin henüz özgün içtihat noktasına gelmediğini de göstermiştir.

5. Bu özümseme ve hukuk oluşturmada en önemli olan nokta rekabetin korunması hukukunun, dolayısıyla RKK'nın "*felsefesi*"dir. Rekabetin, onu engelleyen, bozan, kısıtlayan, nihayet ortadan kaldıran her türlü anlaşma, eylem, karar ve davranışa karşı etkin bir biçimde korunması anlayışına dayanan ve aksine anlaşma, eylem, karar ve davranışları hukuka aykırı kabul edip geçersiz sayan bu felsefenin toplumlarca özümsemesi oldukça güçtür. Felsefe bir çok ülkede güçlüklerle karşılaşmıştır. Çünkü, rekabet hukuku, sözleşmeler

hukukunun taşıyıcı kolonlarından biri olan "*sözleşme serbestisi ilkesi*"ni bertaraf etmekte, bu özgürlüğü kaldırmaktadır. Bu ilk bakışta kabulü güç, hatta yadırganıp reddedilecek bir özelliktir. Tebliğler sözkonusu felsefenin Türkiye, daha da önemlisi Türk hukuk toplumu tarafından benimsenmeye ve özümsemeye başladığını göstermektedir. Bu dikkat çekici, üzerinde durulması gereken bir gelişmedir.

6. Kurul bünyesinde ve Kurulca gerçekleştirilen rekabete aykırılıkların yargılanması ve karara bağlanması da Türkiye yönünden önemlidir. Kendisine özgü bir usule dayanan ve bu suretle, insan haklarını ve güvenliğini koruyan bir düzene bağlanmış bulunan bu yargılama benzeri soruşturmayı da Kurulun başarı ile uygulamakta olduğu da Sempozyumun ortaya çıkardığı sonuçlardan biridir.

7. Devam eden özümseme sürecinde makale, bildiri, yüksek lisans, doktora ve doçentlik tezi gibi bilimsel çalışmaların ve her türünden doktrin faaliyetinin yanında, Rekabet Kurumu ile Kurulun ve ona yardımcı olan, uzmanlar dahil, bütün yüksek düzeyli kadronun çok olumlu bir rol oynamakta oldukları sempozyumun ortaya koyduğu bir diğer önemli sonuçtur. Kurum ve Kurul, AB Komisyonu'na eş bir görev anlayışı ve kalite düzeyi ile çalışmış ve tatmin edici noktalara ulaşmıştır. Bunda en büyük etken, yukarıda kısaca üzerinde durulan, felsefenin Kurum tarafından gereği gibi anlaşılıp özümsemiş bulunduğu olgusudur. Kurum görevini sadece verdiği kararlarla ve yayınladığı tebliğlerle değil, aynı zamanda hizmet içi eğitim ve bilimsel yayımlarla da ifa etmiştir.

8. Erciyes Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesinin sıradışı bir özenle örgütlediği Sempozyumun somutlaştırdığı son saptama ise rekabet hukukunun diğer hukuk dallarından farklı dinamiklere sahip bulunduğuudur.