



REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-II

9 NİSAN 2004
KAYSERİ

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. M. Ali BİLGİNOĞLU	3
Erciyes Üniversitesi İİBF Dekanı	
Mustafa PARLAK	5
Rekabet Kurumu Başkanı	

I. OTURUM

Prof. Dr. İ. Ercüment ERDEM Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi	
TEŞEBBÜSLER ARASI YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN 20 OCAK 2004 TARİHLİ ve 139/2004 SAYILI AT KONSEY TÜZÜĞÜ İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER.....	15
Doç. Dr. Nurkut İNAN Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi	
4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNE ELEŞTİRİSEL BİR BAKIŞ	43

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

REKABET HUKUKUNDA DELİLLER, DELİLLERİN
TOPLANMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE
DÜŞÜNCELER..... 67

II. OTURUM

Murat AYBER

Rekabet Uzmanı

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ SİSTEMİ ve REKABET.....91

Barış EKDİ

Rekabet Uzmanı

DİKEY ANLAŞMALAR YOLUYLA PİYASANIN KAPATILMASI...97

Mehmet Ali İNCEEFE

Telsim A.Ş. Kamu Koordinasyon Müdürü

REKABET KURALLARI ve SEKTÖREL DÜZENLEMELER
ÜZERİNE KURAMSAL ve PRATİK AÇILARDAN
ÖZEL BİR İNCELEME: ULUSAL DOLAŞIM.....135

SORU ve CEVAPLAR..... 189

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

SEMPOZYUMUN SONUÇLARI..... 205

Prof. Dr. Mehmet Ali BİLGİNOĞLU

Erciyes Üniversitesi İİBF Dekanı

Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültemiz tarafından 9 Nisan 2004 tarihinde düzenlenen Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'na hoş geldiniz.Hepinizi saygı ve sevgilerimle selamlıyorum.

Ülkelerin rekabet anlayışlarında önemli farklar gözlenebilmekte, rekabetçi piyasa yapısının yaratılabilmesi ve uluslararası rekabet gücünün kazanılabilmesi için ülkelerin kendi şartlarına uygun rekabet politikalarını belirlemesi gerekmektedir.

Rekabet politikası kısaca,etkin bir iktisadi yapıyı oluşturmaya ve korumaya yönelik hukuksal düzenlemeler bütünü olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir tanıma göre ise,rekabet politikası, firmaların kendi aralarında yaptıkları rekabeti sınırlayan ve hakim gücün kötüye kullanımını amaçlayan anlaşmalara karşı hükümetler tarafından oluşturulan ve uygulanan kurallar bütünüdür.

Rekabet politikasının ana amacı, rekabetin ve kaynak hareketliliğinin önündeki engelleri aşamalı olarak kaldırarak,ulusal firmaların rekabetçi bir piyasa yapısı içinde faaliyet göstermelerini sağlamaktır.Rekabet politikasının içeriği ve yönü kaçınılmaz bir şekilde politikanın uygulanacağı ekonominin yapısına ve uluslararası ilişkilerine bağlı olarak değişmektedir.

Rekabetçi piyasa yapısını oluşturmak için rekabetin olduğu piyasalarda yapıyı korumak rekabetin olmadığı piyasalarda ise regülasyon uygulayarak rekabeti oluşturmak gerekmektedir.Piyasa yapısına yönelik rekabet politikasına ilişkin iki ana yaklaşım vardır: Birincisi, devlet – özel sektör işbirliğinin güçlü olduğu ve ulusal rekabetten çok uluslar arası rekabetin önem kazandığı, ölçek ekonomilerinin destek gördüğü ”uzak doğu yaklaşımı”,ikincisi ise ulusal rekabetin güçlenerek firmaların rekabetçi yapısı ile uluslar arası rekabette başarılı olacaklarına inanan,ölçek ekonomilerine olumlu bakmayan “ABD yaklaşımı”

Bir piyasada rekabetin sağlanmasına yönelik düzenlemelerin yer aldığı rekabet hukuku, özel sektör kuruluşları arasındaki rekabeti koruma yanında özel sektörü devletin bozduğu rekabet şartlarına karşı korumayı da amaçlamaktadır.

Bu yıl ikincisini düzenlediğimiz bu Sempozyumda iki oturumda altı bildiri sunulacaktır. Sunulan bildiriler ve yapılacak tartışmaların yeni düşüncelerin üretilmesine katkıda bulunarak faydalı olacağına inancımız tamdır. Sunulan tebliğler geçen yıl olduğu gibi bu yıl da Rekabet Kurumu tarafından bastırılacaktır.

Sempozyuma bildiri sunarak yada tartışmacı olarak katılan öğretim üyelerine ve uzmanlara, geçen yıl olduğu gibi bu yılda ilgi ve desteklerini esirgemeyerek Sempozyuma geniş bir katılım sağlayan Rekabet Kurumu Başkanı Mustafa Parlak'a, başta fakültemizin eski öğretim elemanlarından Prof. Dr. Nurettin Kaldırmacı olmak üzere Kurul Üyelerine, ve Sempozyumun organizasyonunda görev alan tüm fakülte elemanlarımıza teşekkürlerimi sunuyorum.

Mustafa PARLAK

Rekabet Kurumu Başkanı

Bugün Erciyes Üniversitesi İİBF tarafından ikincisi düzenlenen “Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler” konulu sempozyumda sizlerle birlikte olmaktan duyduğum memnuniyeti ifade ediyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Rekabet hukukuna ve rekabet kültürünün oluşumuna büyük katkı sağlayacağına inandığım bu sempozyumu düzenleyen Erciyes Üniversitesi’nin sayın Rektörüne, İİBF sayın Dekanına ve bu organizasyonda emeği olan herkese teşekkür ediyorum.

Rekabet hukukunu uygulayan kurumun bir mensubu olarak, bu alanda katkı sağlayacak her türlü çalışmaya minnet ve şükran duygularımızı her zaman ifade ediyor, imkanlarımız elverdiği ölçüde de desteklemeyi görevimizin gereği sayıyorum.

Hangi alanda olursa olsun, bilim kuruluşlarının çatısı altında tartışılmayan bilim adamlarının, akademisyenlerin katkısını alamayan hiç bir konuda çağdaş anlamda bir gelişme sağlamak mümkün değildir. Bu bakımdan rekabet hukuku ile ilgili konuların üniversitelerde tartışılmasına verdiğimiz önem büyüktür.

Bilindiği gibi ülkemizde rekabet hukuku uygulamalarının geçmişi çok eskiye dayanmamaktadır. Bugün uygulamakta olduğumuz 4054 sayılı Rekabetin Korunması Kakkındaki Kanun 13 Aralık 1994’te yürürlüğe girmiş, ancak bunu uygulayacak olan Rekabet Kurumu 05 Mart 1997’de Rekabet Kurulu’nun oluşturulmasıyla hayata geçirilmiştir.

Rekabet Kurumu’nun, bir yandan bu Kanun’u uygulamak (Bu kanunun öngördüğü rekabet ihlalleriyle ilgili soruşturma yapmak, birleşme ve devralmaların kontrolü gibi) bir yandan da bu Kanun’u ilgili kesimlere tanıtmak, bilgilendirmek ve rekabet kültürünün oluşmasını sağlamak gibi bir görevi bulunmaktaydı.

Rekabet Kurulu oluşturulduktan 8 ay gibi kısa bir süre içinde, bu Kanun’u uygulayabilmek için, gerekli olan ikincil düzenleme ve yönetmelikleri yayımlayarak hayata geçirmiş, ayrıca bu Kanun’u uygulayacak nitelikli personel ihtiyacını da tamamlayarak 5 Kasım 1997’de mesleki faaliyete başladığını bir tebliğle duyurmuştur.

Rekabet Kanunu'nun ve kurallarının hiç eksiksiz uygulanması bile, teşebbüslerin rekabetçi davranmalarını ve bu davranıştan sağlanacak faydanın temini bakımından yeterli değildir.

Burada beklenen faydanın sağlanması ve amaçlanan sonucun alınabilmesi bakımından, toplumun bütün kesimlerinin ve özellikle teşebbüslerin bu konuda bilgilendirilmeleri ve rekabet kültürünün oluşturulması gereği vardır.

Bunun için kısaca özetlenmesi gerekirse;

Rekabet Kurumu olarak :

Bir çok ilimizde Ticaret ve Sanayi Odaları ile işbirliği içinde bilgilendirme toplantıları düzenledik.

Muhtelif üniversitelerimizle birlikte sempozyumlar-paneller ve açık oturumlar düzenledik.

Barolar Birliği'yle anlaşarak, avukatlara yönelik sertifikalı eğitim programları düzenledik.

Adı kurumumuza mal olan Perşembe Konferansları adı altında kurumumuzda 3 yıl her hafta, şimdi her ay olmak üzere konu ile ilgili çok değerli konuşmacıların sunduğu seri konferanslar düzenledik.

Konu ile ilgili eğitim veren fakültelerin 3 ve 4. sınıf öğrencilerine tanıdığımız staj imkânı ve bu stajda uygulanan programla Rekabet Kanunu'na ilişkin bilgi ve kurum uygulamaları tanıtılarak rekabet bilincinin üniversitelerde yayılmasını amaçladık.

Bütün bunlara rağmen geçtiğimiz 7 yıl içinde katettiğimiz mesafe, amaçladığımız hedef değildir. Bu nedenle bu faaliyetlerimizi bundan böyle daha da geliştirerek sürdürmeye devam edeceğiz.

Rekabetçi davranıştan beklenen faydanın sağlanması rekabet kültürünün oluşmasına, Rekabet Kanunu'nun bütün kesimler tarafından bilinmesine, uyulmasına ve uyulduğunun takibine bağlıdır.

Tam olarak arzu ettiğimiz teşebbüslerin rekabetçi davranışı bir iş etiği olarak benimseyip buna riayet etmeleridir.

Dünyada ve ülkemizde rekabet politikalarının genel amacı, ülkenin sağlıklı bir ekonomik yapıya kavuşmasını sağlamak ve bu yapının sonucu olarak toplumsal refahı arttırmaktır.

Sağlıklı işleyen bir rekabet politikası, bunun da ötesinde demokrasinin bir gereğidir. Çünkü ekonomik fırsat eşitliği ve girişim özgürlüğü demokrasinin

ayrılmaz parçalarıdır. Bunların elde edilmesi ancak iyi işleyen bir rekabet politikası ile mümkündür.

Serbest rekabet; piyasa ekonomisinin olmazsa olmaz koşuludur.

Günümüzde rekabetin önemini kavramamış, hukuki ve kurumsal altyapısını kurmamış ekonomilerin çağdaş dünyada ayakta durabilmesi mümkün değildir. Böyle bir ekonominin varlığı ancak halkın refahında yapılacak büyük fedakarlıklarla mümkündür. Günümüzde böyle bir anlayışın hiçbir toplumda kabul görmesi mümkün değildir.

Rekabet: Mümkün olan en düşük maliyetle çalışmayı gerektirmektedir. Yeniliklerin ve gelişmenin altındaki teşvik edici en önemli unsur rekabettir. Üretim miktarı ile üretilen mal ve hizmetlerin fiyatına piyasa dinamikleri karar vermediği sürece, kaynak dağılımında keyfilik dediğimiz olgu çıkar ki bu da kaynak israfına ve verimsizliğe yol açar.

Bugün dünyaya baktığımız zaman en güçlü ekonomilerin, aynı zamanda en eski rekabet kanunlarına ve kurumlarına sahip olan ülkeler olduğunu görürüz.

Ama bilinmesi gereken en önemli husus rekabete dayalı iyi işleyen piyasa ekonomisinin, kendiliğinden oluşan doğal bir düzen olmadığıdır. Bunun için bir takım düzenlemelere, kurallara ve bunları uygulamak için de otoritelere (kurumlara) ihtiyaç olduğudur. Bunun yanında rekabete ilişkin düzenlemeler de kesinlikle devletin piyasalara müdahalesi olarak değerlendirilmemelidir. Tam tersine bu düzenlemeler piyasa ekonomisinin önündeki engelleri kaldırmaya dönük düzenlemelerdir.

Piyasa aksaklıklarının yol açtığı sorunlara ve rekabet politikasının gerekliliğine, burada uzun uzadıya değinmek istemiyorum. Tekel ve kartellerin, doğal arz talep dengesini nasıl bozduğu bu salondaki herkes tarafından bilinen bir husustur. Rekabet aksaklıklarını ortadan kaldırmada Rekabet Kurumu'nun oynadığı rol de ilgili çevrelerce artık idrak edilmeye başlamıştır. Ancak, bireylerin ve teşebbüslerin rekabet kültürüne sahip olması kadar, belki ondan da önemli olan şey, genelde devletin ve özelde kanun koyucunun rekabet politikasının önemine inanarak tutarlı ve kapsamlı bir rekabet politikası benimsemesi, iktisadi hayatı doğrudan veya dolaylı şekilde ilgilendiren her türlü tasarrufunda bu politikayı gözönünde bulundurmasıdır.

Rekabet politikasının araçları yalnızca Rekabet Kurumu eliyle yerine getirilen birleşme devralma kontrolünden ve rekabet ihlallerinin soruşturulmasından ibaret değildir. Rekabet politikası esasen iç ve dış ticareti, devlet tekellerinin ve kamu teşebbüslerinin faaliyetlerini, devlet teşviklerini, kamu alımlarını ve ihalelerini de içine alan şümulü bir politika sahasıdır.

Özelleştirmeden geniş anlamda iktisadi liberalizasyona, vergi politikasından teşvik politikasına pek çok alanda atılan adımların rekabet yapısı üzerindeki muhtemel etkileri dikkatle incelenmeli, fırsat eşitliğini ortadan kaldıracak kamusal tasarrufların toplumsal maliyeti iyi hesaplanarak bunların önüne geçilmelidir.

Faaliyetine 1997 yılında başlayan Rekabet Kurumu ikincil mevzuatını da hızla oluşturmuş, mehz Avrupa Birliği mevzuatına ve uygulamalarına süratle adapte olmuştur. Faaliyete geçişinden bugüne kadar, rekabet koşullarının özel teşebbüslerce bozulduğu ihlallere ilişkin verdiği isabetli kararlarla rüşünü ispat eden kurum, olası rekabet ihlallerine karşı önemli bir caydırıcılık vasfı kazanmıştır. Nitekim kurumun bu başarılı performansı nedeniyle, hem AB hem de OECD belgelerinde Türkiye’de rekabet politikaları alanında atılan adımlardan övgüyle söz edilmiş, Rekabet Kurumu’nun idari teamüle getirmiş olduğu usul ve yöntemlerin diğer regülasyon organlarının reform uygulaması için örnek model teşkil ettiği bu uluslararası kuruluşlarca ifade edilmiştir.

Fakat ülkemizin rekabet politikasının geneldeki bu başarısı, kamusal tasarrufların işin içine girdiği, rekabeti bozucu eylemler bakımından ne yazık ki yeterince etkili olamamıştır. Devlet bir yandan teşebbüsler arası rekabetin korunması ve geliştirilmesine yönelik düzenlemeler getirirken, diğer yandan kamu ya da özel teşebbüslere sağladığı münhasır haklarla, ya da kamusal teşviklerle dolaylı olarak, ya da kamu tekelleri eliyle doğrudan, piyasalardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyen davranışlara, bizatihi kaynaklık edebilmektedir.

Sağlıklı ve etkin işleyen bir piyasa ekonomisi öncelikle kamunun doğrudan ekonomik faaliyetlerden çekilmesini, bu yapılırken de olabildiğince rekabetçi pazarlar oluşturulmasını gerektirmektedir. Bu durum özelleştirmenin neden rekabetçi bir perspektifin süzgecinden geçirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Özelleştirme İdaresi ile Rekabet Kurumu arasındaki işbirliğine dayalı uygulamanın devamı bu bakımdan büyük önem arz etmektedir.

Bunun yanında, rekabetçi yapıyı bozan birçok piyasa aksaklığı kamunun dolaylı müdahaleleri ile gerçekleşmektedir. Bu müdahaleler kimi zaman kamu veya özel teşebbüslere tanınan münhasır haklar, kimi zaman devlet teşvikleri, kimi zaman ise kamu tekellerine doğrudan yasayla verilen haklar şeklinde kendini göstermektedir. Her ne kadar rekabet kuralları özel-kamu ayırımı yapmaksızın tüm teşebbüslere uygulanmakta ise de, Rekabet Kurumu’nun altı yıllık deneyimi açıkça göstermiştir ki kamu teşebbüslerinin davranışlarının doğrudan özel bir yasal düzenlemeye dayandığı durumlarda 4054 sayılı Kanun uygulanmamaktadır. Türkiye ekonomisinin yaklaşık %30’unun devlet kontrolündeki teşebbüslerin faaliyetinden kaynaklandığı, GSMH’nin yaklaşık

%15'inin devlet alım ve satımlarından oluştuğu düşünüldüğünde bu durumun sakıncaları daha bariz biçimde ortaya çıkmaktadır.

Kuşkusuzdur ki rekabet aksaklıklarının kaynağını teşkil eden bu türden düzenlemeler tespit edilerek rekabet mevzuatına uyumlu hale getirilmelidir. Ayrıca bundan sonra iktisadi hayata ilişkin yapılacak olan yasaların hazırlanış aşamasında Rekabet Kurumu'nun da görüşü alınarak, yerli olsun yabancı olsun teşebbüsler arasında ayırmıcılık yapmayan, fırsat eşitliğine zarar vermeyen düzenlemeler yapılmalıdır. Tutarlı bir rekabet politikasının gereği budur. Yabancı teşebbüsleri dışlayıcı yasal düzenlemeler, küresel rekabetin nimetlerinden tüketicilerin yararlanamamasına yol açar. Ülkemiz bu gerçeği geçmişte uzun yıllar yaşamıştır.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken önemli hususlardan bir diğeri, devlet yardımlarının ve teşviklerin denetlenmesi konusunda bir kontrol mekanizmasının eksikliğidir. Bu konudaki eksiklik AB ilerleme raporlarında eleştiri konusu yapılagelmektedir. Devlet yardımlarının rekabete etkileri göz önüne alındığında, bu konudaki denetleme görevinin, rekabetçi bir perspektifle bu görevi yerine getirebilecek bir birim eliyle yürütülmesinin elzem olduğu anlaşılmaktadır.

Kurumumuza yapılan başvuruları incelediğimiz zaman en dikkati çeken nokta kapsam dışı başvuruların fazlalığıdır. Yapılan başvuruların hemen hemen yarısı (2003 yılında toplam 406 başvuru) Kanun'un kapsamı dışındaki konulara ilişkin olmuştur. Bu da rekabet kültürünün toplumda henüz yerleşmediğini ve Rekabet Kurumu'nun işlevi hakkında yeterli bilgilendirmenin yapılamadığının göstergesidir. Bu sempozyumun bu bakımdan önemli bir işlevi ve katkısı olacağını düşünüyorum.

Bu arada Kurul'un nihai karara bağladığı bazı önemli rekabet ihlali dosyalarına değinmek istiyorum. Zira bu kararlarla piyasalarda rekabetçi ortamın tesisine somut katkılar sağlanmış, neticede tüketiciler bunlardan yarar görmüşlerdir.

Bu önemli kararların bazıları örneğin: Belko Kararı-Biryay Kararı-Çimento Kararı-Turkcell Kararı ile akaryakıt satışında kredi kartlarına uygulanan komisyon oranının kaldırılmasına ilişkin verilen kararlar sayılabilir.

Belko Kararı ile daha önce Ankara'da sadece Belko tarafından satılmakta olan yakacak kömür satış tekeli kaldırılmış ve şimdi Belko'nun yanında birçok özel sektörün de kömür satışına izin verilerek kömür fiyatlarında düşme sağlanmıştır.

Ege, Marmara, İç Anadolu ve Akdeniz bölgelerinde kartel oluşturarak pazar paylaşımı yapan ve ortak fiyat tespit eden çimento üreticilerinin bu davranışı cezalandırılarak sona erdirilmiştir. Böylece Türkiye çimento sektöründe anti-rekabetçi yapı büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

Gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda olan BBD Biryay ve Yaysat'ın bayilerini diğer gazete ve dergileri satmamaya zorlamaları hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilerek bu teşebbüsler cezalandırılmış ve ihlal ortadan kaldırılmıştır.

GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan Turkcell kendisi ile çalışan cep telefonu distribütörlerini diğer operatörlerle kampanya yapmasına engel olarak bazı cep telefonu markalarının rakip operatörlerin hatlarıyla çalışmasına engel olmuş, diğer cep telefonu markalarını dezavantajlı duruma düşürmüştür.

Rekabet Kurulu bu şekilde hakim durumu kötüye kullanan Turkcell hakkında soruşturma açarak bu firmayı cezalandırmış ve tüketicilerin istedikleri marka cep telefonunu istedikleri GSM operatörü hattı ile kullanmalarının önü açılmıştır.

Bu örnekleri daha da çoğaltmak mümkündür. Rekabet Kurulu tarafından alınan her karar eninde sonunda fiyatların düşmesi, tercih seçeneklerinin artması ve kalitenin yükselmesi biçiminde tüketiciye yansımaktadır.

Daha da önemlisi, etkili bir rekabet hukuku ve politikası ekonomisinin performansı üzerinde etkili olmakta, etkin ve verimli bir ekonomik yapının oluşmasını sağlamaktadır. Aynı zamanda ekonominin dış rekabet gücünün artmasına vesile olmaktadır.

Geçtiğimiz yıl içinde 4054 sayılı Kanun'da gerçekleştirilen değişiklikten de söz etmek istiyorum. Söz konusu değişiklik usul bakımından önemli yenilikler getirerek Rekabet Kanunu'nu uygulamada daha etkin hale getirmiştir.

Kanun'un 15. maddesine "Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır." hükmü ilave edilerek, incelemenin günlük para cezasına rağmen engellenmesinin önüne geçilmiştir.

55. maddenin birinci fıkrasında yer alan "Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." ibaresi "Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması kararların uygulanmasını ve para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz." şeklinde; ikinci fıkrasında yer alan "Para cezaları Kurul'un kararı kesinleşmeden tahsil edilemez." ibaresi "Para cezaları Kurul'un nihai kararının

ilgililere tebliğ edildiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir.” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece uzun süren temyiz aşamasının sonuna kadar ödenmeyen para cezalarıyla amaçlanan caydırıcılığın ortadan kalkması engellenmiştir.

39. maddenin b bendi yürürlükten kaldırılarak Kurul’un kendi verdiği para cezalarından dördte bir oranında pay alması uygulanmasına son verilmiş, böylece Kurul ceza vermede bir nevi taraf olma töhmetinden kurtarılmıştır.

Bu değişiklikler usul bakımından var olan eksiklikleri önemli ölçüde gidermiş, Kurul’un etkinliğini ve kararların caydırıcılığını sağlamıştır. Ancak Kanun’un esas bakımından da ciddi değişikliklere ihtiyacı olduğu 7 yıllık uygulamalarımızdan ortaya çıkmıştır.

Geçen yıl mevzuat bakımından gerçekleşen diğer önemli bir faaliyetimiz de Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin açıklanmasına dair kılavuzun hazırlanarak kurumumuzun web sitesinde yayınlanması olmuştur.

Bu kılavuzun yayınlanmasındaki amaç Tebliğ’in uygulanmasında Kurul’ca göz önünde bulundurulacak hususları alabildiğince açıklıkla belirtmek ve böylece tebliğin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmek olmuştur.

Son olarak değinmek istediğim hala önemli görevlerimizden biri olduğuna inandığım toplumda rekabet kültürünün oluşturulmasına yönelik olarak kurumumuz tarafından 2003 yılında gerçekleştirilen faaliyetlerimizdir.

Geçtiğimiz yıl ilkinin 4 Mart 2003 tarihinde düzenlediğimiz “Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü” sempozyumu olmuştur. Bu sempozyuma yerli ve yabancı uzmanların yanısıra Rekabet Kanunu uzmanları da sundukları tebliğlerle önemli katkılar sağlamışlardır. Diğer bir sempozyum 5 Kasım 2003’de yapılmış “AB’ye Tam Üyelik Sürecinde Rekabet Politikalarının Rolü ve Önemi” tartışılmıştır. Bu sempozyuma da AB Komisyonu’ndan ve OECD’den katılım sağlanmıştır. 25-26 Eylül tarihlerinde de Muğla’da Muğla Üniversitesi’nin katılımıyla gerçekleştirilen “Rekabet Düzenlemeler ve Politikalar Konferansı” ve 16 Ocak tarihinde yapılan ve enerji hizmetlerinin rekabete açılması bağlamında Fransa örneğinin tartışıldığı Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları rekabet kültürünün yaygınlaştırılması ve rekabet politikasının oluşumuna katkı amaçlı önemli etkinlikler olmuştur.

Kuruluşumuzun 7. yılı münasebetiyle 4-5 Mart 2004’te İstanbul’da düzenlediğimiz “AB’ye Giriş Sürecinde Yatırım Ortamının İyileştirilmesi ve Rekabet Politikası” konulu uluslararası sempozyum ise son derece başarılı bir organizasyon olmuştur.

AB Türkiye Temsilcisinin, OECD – Dünya Bankası ve Birlik Üyesi ülkeden gelen katılımcı ve konuşmacılarla ülkemizden akademisyenlerin, kamu kesimi, özel sektör ve sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinin konuşmacı olduğu bu sempozyum çok etkili ve son derece başarılı olmuştur.

Rekabet kültürünün yaygınlaşması bakımından önceki yıllarda olduğu gibi yoğun faaliyetlerimize devam edilmiştir.

Bütün bu faaliyetlerimize bundan böyle de ara vermeksizin devam etmeyi görevimizin gereği sayıyoruz. Bu konuda yapılacak her türlü katkı ve işbirliğine de açık olduğumuzu ifade ediyor, sözlerime burada son verirken Erciyes Üniversitesi tarafından düzenlenen bu sempozyumun rekabet kültürünün yaygınlaşması hedefine önemli katkı sağlayacağına inanıyor, bu vesile ile emeği geçen herkese teşekkür ediyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

**TEŞEBBÜSLER ARASI YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNİN
DENETLENMESİNE İLİŞKİN 20 OCAK 2004 TARİHLİ
VE
139/2004 SAYILI AT KONSEY TÜZÜĞÜ İLE GETİRİLEN
DEĞİŞİKLİKLER**

Prof. Dr. İ. Ercüment ERDEM

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi*

A. KONUNUN TANITILMASI

Serbest piyasa ekonomisinin gelişmesi ve yayılması ve buna paralel olarak planlı ekonomilerin önemini yitirmesi karşısında, piyasalarda rekabetçi bir ortamın kurulması ve korunması çalışmaları büyük bir ivme kazanmıştır. Kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirme yoluyla dolaylı olarak serbest piyasa ekonomisine katıldığı yeni ekonomik düzende devletler, serbest rekabetin, serbest piyasa ekonomisinin itici bir gücü olduğunu kabul etmektedir. Diğer taraftan, ekonominin küreselleşmesi, devletlerin rekabet hukukuna yönelik millî politikalarını derinden etkilemiştir.

Rekabet alanındaki kanunların amacı bir ekonomik sistem tercihi olarak serbest piyasa ekonomisini, kendi bütünlüğü içinde korumak ve böylece teşebbüslerin gelişimini teşvik etmek için piyasa mekanizmalarına güven duyulmasını sağlamaktır. Güdümücü etkilerden arınmış olan rekabet hukuku tamamen özerk bir kurallar bütünü olarak ortaya çıkmıştır.¹ Rekabet hukukunun temel düzenlemeleri, rekabeti önleyici uygulamaların (anlaşma, karar, uyumlu eylem veya hakim durum yaratma) veya ekonomik yoğunlaşmaların neden olabileceği kötüye kullanmaları önlemeye ve rekabeti kısıtlayıcı veya ortadan kaldırıcı anlaşma, eylem ve kararları, yoğunlaşmaları engellemeye yöneliktir. Zira, rekabet, yaptırım gücü olsun veya olmasın fiyatların sabitlenmesini veya ürün miktarlarının azaltılmasını hedef tutan anlaşmalar ya da aynı veya farklı pazarlardaki kademeleri işgal eden yoğunlaşmalar ya da hakim durumun kötüye kullanılması yollarıyla sınırlanabilir ve hatta tamamen ortadan kaldırılabilir.

¹ Bkz. Ripert, Georges/Roblot, René: Traité de droit commercial, Tome I, Paris 1996, no. 461.

Belirtmek gerekir ki hakim durum yaratmanın veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmenin en etkili yollarından biri de hiç kuşkusuz yoğunlaşmalardır.

Yoğunlaşmaların rekabet hukuku kuralları tarafından denetlenmesi ilkesi tartışmasız bir şekilde kabul edilmemiştir². Söz konusu ilke öncelikle serbest piyasa ekonomisi taraftarları ile az veya çok müdahaleci bir politikayı savunanları karşı karşıya getirmiştir. Serbest piyasa ekonomisi taraftarları, teşebbüslerin denetimi konusunda özgürlüğün kural olmasını savunmaktadır. Çünkü yoğunlaşmaların serbestçe gerçekleşmesi, şirket yönetimleri üzerinde meydana getireceği disiplin etkisi ile etkin bir ekonomi için esaslı bir unsur olacaktır. Birleşme özgürlüğü, bunun dışında, müteşebbisler için piyasadan çıkmanın bir teminatını oluşturacak ve bunun sonucunda yeni teşebbüslerin kurulmasını ve yeni ürün ve teknolojilerin gelişmesini kolaylaştıracaktır.

Yoğunlaşmaların denetlenmesi yönünde bir politika izlenmesini savunanlar ise birleşmelerin serbestçe gerçekleşmesinin birleşmeye uygun olan ve kötü yönetilen teşebbüslerin seçimi konusunda hiç bir zaman etkili bir araç olmadığına dikkat çekmektedir. Oysa ki alıcılar çoğunlukla kısa yoldan kâr elde etmek kaygısıyla hareket etmekte ve şirketlerin gelişimine kayıtsız kalmaktadırlar.

Belki de bu konu hakkında orta yolu seçmek daha uygun olacaktır. Birleşmeleri dogmatik bir şekilde yargılamamak gerekir. Çünkü birleşmeler gerçekleştikleri şartlar bakımından yararlı veya zararlı olabilirler. Bazı genel nitelikteki kriterler ortaya konulsa bile hiç kuşkusuz birleşmeler her somut olayın özelliklerine göre değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Oysa ki tartışılması gereken birleşmelerin denetimi değil tam tersine birleşmelerin etkilerinin değerlendirilmesi için gerekli olan kriterlerdir. Çünkü birleşmelerin denetimi, mümkün olduğunca, 'a priori' ve öngörüler üzerine kurulu bir denetim olmalıdır. Zaten bu konudaki nihâî karar işlemin muhtemel sonuçlarının değerlendirilmesine yönelik kriterler göz önünde tutularak alınmaktadır³. Bu noktada yürürlükteki Rekabet Hukukun yenilenmesi çok büyük önem arz etmektedir.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. *Labarde, M.C. Boutard/Canivet, Guy, Droit français de la concurrence, Paris 1994, s. 136.*

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Labarde/Canivet, no. 136.*

B. ÇALIŞMA PLANI

Bu çalışmada öncelikle kısaca Avrupa Topluluklarında yoğunlaşma işlemlerinin denetlenmesine ilişkin tarihi gelişim aktarılacak (I), ardından yeni düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının gerekçeleri açıklanacaktır (II). Daha sonra ise, Yeni Tüzük ile getirilen değişikliklerin ana hatları üzerinde durulacaktır (III). Bu aşamada Yeni Tüzük ile pek çok detaylı veya kısa değişiklik getirilmiş olduğundan yalnızca en önemli değişikliklerden bahsedilecektir.

Son olarak ise, Tüzük ile getirilen değişikliklerin Türk Rekabet Hukuku üzerindeki olası etkileri ve önerilerimiz dile getirilecektir (IV).

I. YOĞUNLAŞMA İŞLEMLERİNİN DENETLENMESİNE İLİŞKİN TARİHİ GELİŞİM

A. AVRUPA KÖMÜR VE ÇELİK TOPLULUĞUNU KURAN ANTLAŞMA

Avrupa Topluluklarından birisi olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT)'nu kuran Antlaşma 18 Nisan 1951 tarihinde Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg arasında Paris'te imzalanmıştır⁴. 25 Temmuz 1952'de yürürlüğe giren AKÇTA m. 66 yoğunlaşmaların denetimine ilişkin hükümler içermektedir. Bu düzenlemede yoğunlaşma işlemi ilgili teşebbüslerin yapıları üzerinde etkili olan bir durum olarak tanımlanmış, yoğunlaşma işleminin bildirimini öngörülmesi, kontrol ise m. 66/3 ve 66/4'de düzenlenen "belirleyici etki" kavramı temeline oturtulmuştur⁵.

Yoğunlaşmaların Topluluk boyutunda denetimine ilişkin ilk düşünceler ve çalışmalar Komisyon tarafından 1973 yılında gündeme getirilmiştir⁶. Komisyon AKÇTA'nın 66ncı maddesini örnek alarak yoğunlaşmaların da bir ön denetime⁷ tabi tutulmasını öngörerek bir tüzük tasarısı hazırlamış ve Konsey'e sunmuştur. Bu tasarı Şubat 1974'de Parlamento ve Ekonomik ve Sosyal Komite tarafından onaylanmıştır⁸. Ancak Komisyon'un bu yaklaşımı üye devletlerin tepkisini çekmiştir. Üye Devletler kendilerine ait bir yetkinin ellerinden

⁴ AKÇTA'na 01.01.1973'de İngiltere ve İrlanda, 01.01.1981'de Yunanistan, 01.01.1986'da Portekiz ve İspanya, 1995 yılında da Finlandiya, İsveç ve Avusturya katılmıştır. AKÇT ve AKÇTA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2000 s. 6, No. 11 vd.; s. 69, No. 14 vd.; *Cartou, Louis/Clergerie, Jean-Louis/Gruber Annie/Rambaud, Patrick: L'Union européenne*, 3. Bası, Paris 2000, s. 454 vd.

⁵ AKÇTA çerçevesinde yoğunlaşmaların düzenlenmesi açısından bkz. *Zachmann, Jacques: Le contrôle communautaire des concentrations*, Paris 1994, s. 6-7; *Cartou/Clergerie/Gruber/Rambaud*, s. 457 vd.

⁶ ATRG, 1973 C. 92/1; 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü'nün hazırlık süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Zachmann*, s. 1 vd.; *Souty, François: Le droit de la concurrence de l'Union européenne*, Paris 1997, s. 97.

⁷ AKÇTA m. 66 kapsamında yapılacak ön bildirim açısından bkz. *Cartou/Clergerie/Gruber/Rambaud*, s. 457-458. AKÇTA'nın ilk on yılında 55 yoğunlaşma işlemine izin verilmiştir, *Cartou/Clergerie/Gruber/Rambaud*, s. 457 dn. 2.

⁸ Bkz. *Dumez, Hervé/Jeuemaitre, Alain (çev. Yakupoğlu, Mehmet Mukadder): Avrupa'da Rekabet, Teşebbüsler Açısından Oyunun Yeni Kuralları*, Ankara 1999, s. 138.

alınacağı veya yetkilerinin kısıtlanacağı kaygısıyla bu tasarıya karşı çıkmıştır⁹. 1973 yılında hazırlanan bu ilk tüzük zaman içinde iki kez de değişmiştir¹⁰.

Bununla birlikte ATA m. 81 (eski m. 85) ve m. 82 (eski m. 86)'nin yoğunlaşmalara uygulanması yolunda Komisyon ve ATAD'ın çeşitli kararları ve uygulamanın gün geçtikçe artması ve bu yönde içtihatlar oluşması üzerine üye devletler yoğunlaşmaların denetimini düzenleyen bir tüzük hazırlanmasının gerekliliğini kabul etmek zorunda kalmıştır. Zira, ortak pazarı etkileyen yoğunlaşmaların denetimini sağlamak için yasal bir zemin oluşturulması gerekmiştir. Ayrıca yoğunlaşmalar üye devletlerde gerekli denetime tabi tutulsalar bile, farklı üye devletlerde etkisini gösteren bir yoğunlaşmanın denetimi tam olarak sağlanamamıştır. Bunlara ek olarak, ortak pazar hedefini öngören Toplulukta giderek bütünleşen bir pazarın sağlıklı çalışabilmesi bakımından yoğunlaşmaların denetlenmesi büyük önem göstermiştir. Ayrıca pek çok teşebbüs ortak girişimlerinin, birleşme yada devralmalarının niteliğini Komisyona bildirmekten kaçınmış ve bunun sonucunda yapılan işlemin iptal edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır¹¹.

B. 4064/89 SAYILI TÜZÜK

Yukarıda açıklanan gelişmeler sonucunda Konsey, ATA'nın 83üncü (eski m. 87) ve 308inci (eski m. 235) maddelerinin öngördüğü şekilde, Avrupa Topluluğunda ortak pazarda rekabetin geliştirilmesi ve korunması açısından ek tedbirler koyma hakkını kullanarak "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 tarih ve 4064/89/AET sayılı Konsey Tüzüğü"nü yayınlamıştır¹². Tüzük, m. 25/1 uyarınca, 21.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4064/89 sayılı Tüzük Dibace'de de belirtildiği gibi rekabetin korunması ve geliştirilmesi hedefini amaçlayan, yoğunlaşma kavramını geniş şekilde anlayan, sadece topluluk boyutundaki birleşme ve devralmaları düzenleyen, üye devletlerin hukuklarında yer alan düzenlemeler karşısında öncelikle uygulanan ve bu düzenlemelere karşı üstünlüğü bulunan, bildirim esasına dayalı ve bir ön inceleme yapılmasını öngördüğü için de önleyici ve caydırıcı etkisi olan, incelemelerde Komisyonu yetkili kılan merkezi nitelikte bir denetleme sistemi getirmiş bulunmaktadır¹³. 4064/89 sayılı Tüzükle öngörülen yoğunlaşmaları

⁹ Bkz. *Esin, Arif*: Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s. 214.

¹⁰ Bkz. ATRG, 1982, C. 36/3; 1984, C. 51/8.

¹¹ Bkz. *Esin*, s. 214; *Souty*, s. 97-98.

¹² ATRG, 30.12.1989, L. 395.

¹³ Bkz. *Tekinalp /Tekinalp*, AB Hukuku, s. 465.

tümden yasaklamak değil, sadece ortak pazarın genel ilkeleriyle birleşmeyen, rekabeti sınırlayan veya engelleyen yoğunlaşmalara izin vermemektir¹⁴. Böylece Tüzük Ortak Pazar'da rekabetin bozulmadığı bir düzen yaratmayı hedeflemektedir (Tüzük Dibace § 1, 2 ve 5).

Tüzüğün “kalbini” oluşturan ve uzun süren pazarlıklar sonucunda kabul edilen temel ilkeler şunlardır¹⁵:

Eşiklere bağlanmış bir uygulama alanı. Bu eşikler Konsey tarafından nitelikli bir çoğunlukla alınacak kararlarla değiştirilebilir;

Komisyon'un mutlak yetkisi. Topluluk boyutundaki yoğunlaşmalar için tek yetkili organ, kural olarak, Komisyondur. Böylece, yoğunlaşma işlemi birden fazla Üye Devleti ilgilendirse dahi Komisyon'a yapılacak tek bir bildirim yeterli olacaktır. Bu uygulamaya “tek giriş” ilkesi (“*one-stop-shop/guichet unique*”) denilmektedir. Bu ilke bir çok üye Devlette bildirimde bulunma zorunluluğunu kaldırdığı, masrafları düşürdüğü, bürokratik güçlükleri azalttığı ve hukuki belirsizliğe engel olduğu için olumlu karşılanmıştır.

ATA m. 81 ve 82'nin uygulanmaması. Tüzük kapsamında bir yoğunlaşma oluşturan işlemlere ATA m. 81 ve 82 hükümleri değil doğrudan Tüzük hükümleri uygulanır;

Bağdaşabilirlik kısıtları. Bu kısıtlar bir yoğunlaşma işleminin Ortak Pazarla bağdaşabilir olup olmadığı konusunda, daha önceki tasarlarda öngörülen aksine, hakim durumdan veya bilanço büyüklüğünden hareket etmemektedir;

Kamu teşebbüslerine de uygulanabilirlik. Tüzük özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri arasında bir fark gözetmeksizin tüm teşebbüslere uygulanır (Dibace § 12);

Üye Devletlerin karara katılması. Komisyon belirli hallerde yoğunlaşma oluşturan işlemin incelemesini Üye Devletlerin yetkili makamlarına bırakabileceği gibi (Tüzük m. 9), Üye Devletlerin yetkili makamlarıyla işbirliği de yapabilir (Tüzük m. 19);

Doktrinde 4064/89 sayılı Tüzük ile Komisyon'a verilen gücün önemli bir güç olduğu, Avrupa düzeyinde karar alacak olan Komisyon'un kararının parlamento denetimine tabi olmayan idarî-politik bir karar olacağı, bu karara, Komisyon'un diğer kararları gibi ancak Topluluk Mahkemeleri nezdinde itiraz edilebileceği, Komisyon'un yoğunlaşmaya ilişkin kararını işlemin rekabetsel etkisi ölçütü çerçevesinde vermesi gerektiği belirtilmektedir, *Dumez/Jeunemaître* (çev. Yakupoğlu), s. 139.

14 Communauté Européen 1998-1999, Memento Pratique, Levallois 1997, s. 465.

15Bkz. *Zachmann*, s. 5-7.

Üye Devletlerin haklı menfaatlerinin korunması. Topluluk boyutundaki yoğunlaşmalara Tüzüğün uygulanması, Üye Devletlerin Tüzükle korunamayan meşru menfaatlerini korumak için Topluluk hukukunun genel ilkeleri ve diğer hükümlerine uygun tedbirlerin alınmasına engel olmaz (Dibace § 28, Tüzük m. 21/3).

Karşılıklık. Teşebbüsler Üye olmayan Devletlerde de aynı şekilde bir işleme tabi tutulmalıdır (Tüzük m. 24).

4064/89 sayılı Tüzük, Komisyon ve ulusal rekabet kurumları arasında açık bir yetki paylaşımı öngörmektedir. Bu yetki paylaşımında temel kavram “topluluk boyutudur”. Topluluk boyutunda olan tüm yoğunlaşma işlemleri Komisyonun denetiminde iken topluluk boyutuna ulaşmayan yoğunlaşmalar halen ulusal rekabet kurumlarının denetimine tabidir. Komisyon ulusal boyuttaki bir yoğunlaşma işlemine ancak üye devletin talebi üzerine ve Tüzükte öngörülen koşullar altında yetkili olabilir¹⁶. Ulusal rekabet mevzuatlarının 4064/89 sayılı Tüzük ile yetki alanlarının tartışmaya açıldığı bir başka konu ise Komisyonun izin verdiği bir yoğunlaşma işleminin ulusal mevzuatlar açısından kamu yararı, ulusal güvenlik, basında çoğulculuk gibi ilkelere aykırı düştüğü hallerde üye devletlerin Komisyonun yoğunlaşmaya izin kararını uygulamama haklarının olmasındadır. Buna karşılık üye devletlerin Komisyonun izin vermediği bir yoğunlaşmaya da izin vermeleri söz konusu değildir¹⁷.

4064/89 sayılı Tüzük kömür ve çelik dışındaki tüm sektörlere uygulanır, bu iki sektöre ilişkin yoğunlaşmalar ise Avrupa Kömür ve Çelik Birliği Antlaşması (m. 66) çerçevesinde çözümlenir.

C. 4064/89 SAYILI TÜZÜĞE 1310/97 SAYILI TÜZÜK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

4064/89 sayılı Tüzük zaman içinde yoğunlaşmaların denetimi açısından gereksinimlere cevap veremez hale gelmiştir. Tüzüğün yetersizliği özellikle kendisini topluluk boyutu altında kalan ancak birçok üye devleti ilgilendiren birleşmelerin teker teker her bir üye devlete bildirilmesi ve ulusal rekabet kurumlarından izin alınması noktasında göstermiştir. Bu bildirim yükünün getirdiği bürokratik süreç ve yük 4064/89 sayılı Tüzüğün değiştirilmesi gereğini doğurmuştur.

¹⁶ Bkz. *Mercier, Pierre/Mach, Olivier/Gilliéron, Hubert/Affolter, Simon: Grands principes du droit de la concurrence, droit communautaire droit Suisse, Bal, Cenevre, Münih, Brüksel 1999, s. 554; Esin, s. 215.*

¹⁷ Bkz. *Esin, s. 215.*

Komasyon, Tüzükte öngörülecek değişiklikler hakkında 1996 yılı Ocak ayında bir Yeşil Kitap (“*Green Paper*”) yayınlamış ve bu Yeşil Kitap’a yöneltilen eleştiriler, üye devletlerin rekabet kurumları ve iş çevrelerinden alınan görüşler ışığında, 4064/89 sayılı Tüzüğün değişikliğine yönelik olarak bir tasarı hazırlamıştır. Anılan tasarı Avrupa Parlamentosu ve Ekonomik ve Sosyal Komitenin de olumlu görüş bildirmesi üzerine “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 4064/89 sayılı Tüzüğü değiştiren 30 Haziran 1997 tarih ve 1310/97/AET sayılı Konsey Tüzüğü” adı altında 1 Mart 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸.

1310/97 sayılı Tüzük ile 4064/89 sayılı Tüzüğe getirilen değişiklikleri ana hatlarıyla birkaç başlık altında toplamak mümkündür ¹⁹:

Ciro eşiklerinin kapsamı genişlemiştir. 1310/97 sayılı Tüzük 4064/89 sayılı Tüzükte öngörülen ciro eşiklerini değiştirmemiş ancak bu eşiklerin kapsamını genişletmiştir.

Topluluk boyutu kabul sınırları genişletilmiştir. 1310/97 sayılı Tüzük 4064/89 sayılı Tüzükte belirtilen ciro eşiklerine ulaşmayan bazı teşebbüslerin işlemlerinin de topluluk boyutunda kabul edilebilmesine olanak sağlayan yeni düzenlemeler getirmiştir.

Ortak girişimlere ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemeler daha ziyade ortak girişimlerin ortak pazar ile uyumlu olup olmadıklarının değerlendirilmesine yöneliktir.

Ciro hesaplama yöntemi değiştirilmiştir. Kredi ve finans kurumlarının gerçekleştirdikleri birleşme ve devralma işlemlerinde cironun hesaplama tekniğinde önemli değişiklikler yapılmıştır²⁰.

Teşebbüslere taahhüt sunma olanağı tanınmıştır. Bu taahhütlerin amacı Komisyona bildirilen bir birleşme veya devralma işleminin incelenmesi sırasında bu işlemin topluluk rekabet kurallarını ihlal edip etmediğine ilişkin Komisyonda oluşabilecek şüpheleri gidermek ve böylece Komisyonun olumlu karar alma sürecini hızlandırmaktır.

Ulusal kurumlara yönlendirme yetkisi öngörülmüştür. 1310/97 sayılı Tüzük uyarınca Komisyon bir üye devletin ulusal pazarında veya bu pazarın belli bir bölgesinde rekabeti bozucu nitelikte yoğunlaşma işlemlerinin

¹⁸ ATRG, 09.07.1997, L. 180, s. 1.

¹⁹ 1310/97 sayılı Tüzükle getirilen değişiklikler konusunda genel olarak bkz. *Esin*, s. 220-223, ayrıca bkz. *Tekinalp/Tekinalp*, s. 464, No. 191; s. 471, No. 197.

²⁰ Bu konuda bkz. *Esin*, s. 222, 223.

denetimini o ülkenin gerekçeli bir talebi doğrultusunda kısmen veya tamamen üye devletin millî kurumuna havale etme yetkisine sahiptir.

Askıda tutma olanağı sağlanmıştır. 4064/89 sayılı Tüzük yoğunlaşma işlemlerinin Komisyona bildirilmeden önce ve belirli koşulların varlığında bildirimden sonra uygulamaya alınmamasını öngörmekte iken 1310/97 Tüzük ile getirilen değişiklik uyarınca yoğunlaşma işlemleri artık olumlu nihaî karara kadar askıda tutulmaktadır.

II. YENİ DÜZENLEMeye İHTİYAÇ DUYULMASININ GEREKÇELERİ

Komasyon uygulandığı sürece 4064/89 sayılı Tüzük'ün etkinliğini denetlemeye devam etmiş ve Tüzük'ün uygulanmasına ilişkin raporlar hazırlanmıştır. 2000 yılında eşiklerin gözden geçirilmesi için Bakanlar Konsey'ine hitaben de bir rapor hazırlanmıştır. 4064/89 sayılı Tüzük'te değişiklikler yapılması gereği bu raporda dile getirilmiştir²¹. Komasyon 11 Aralık 2001'de yeni bir Yeşil Kitap yayınlamak Tüzük'ün elden geçirilmesi ve yenilenmesi gerektiğini belirtmiş ve aynı tarihte yeni bir Tüzük tasarısı yayınlamıştır. Anılan tasarısı 27 Kasım 2003 tarihinde Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi tarafından oybirliğiyle kabul edilmiştir.

Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 tarihli ve 139/2004 sayılı AT Konsey Tüzüğü Avrupa Birliği'nin resmi genişleme tarihi olarak belirlenen 1 Mayıs 2004'te yürürlüğe girecektir.

Komasyon, 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap'ta yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının başlıca gerekçeleri arasında üye devletlere gönderme mekanizmasının tam anlamıyla işlemediğini, bu nedenle de Komasyon üzerindeki iş yükünün görevlerini gereği gibi yerine getirmesini engelleyecek derece arttığını, dolayısıyla “one-stop shop” ve “topluluk boyutu” kavramlarının yeniden değerlendirilmesi ve yorumlanması gerektiğini²²; gelişen ekonomiye paralel olarak artan yoğunlaşma işlemlerinin kontrolü ile başa çıkılabilmesi için işlem öncesi kontrol mekanizması oluşturulması gerekliliğini²³, bu nedenle masraf ve iş yükü külfetleri en aza indirilerek, eldeki kaynakların yoğunlaşmaların kontrolü için optimum şekilde kullanılmasının sağlanması²⁴ ve

²¹ Rapor'un tam metni için bkz. www.europa.eu.int.

²² 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, pf. 4, s. 6.

²³ 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, pf. 7, s. 7.

²⁴ 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, pf. 9, s. 7.

ayrıca Birliğe yeni katılan ülkelerin katılım sürecinde yumuşak geçişin yapılabilmesi²⁵ sayılmaktadır.

Yeşil Kitap'ın "Giriş" kısmının sonuç bölümünde ise Avrupa Birliği'nin yoğunlaşma kontrolü sisteminde yapılması gereken reformun Yoğunlaşma Tüzüğü'nün temel prensibi olan "yoğunlaşmaların kontrolünün en uygun düzeyde etkin, elverişli, adil ve şeffaf bir şekilde yapılmasının garantiye alınması" prensibi üzerine kurulması gerekliliği vurgulanmıştır.

1310/97 sayılı tüzükte olduğu gibi bir değişiklik Tüzüğü yerine bütünleştirilmiş yeni bir metin hazırlanması daha uygun olmuştur.

III. YENİ TÜZÜK İLE GELEN DEĞİŞİKLİKLERİN ANAHLATLARI

A. ESASA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

1. Yoğunlaşma Tanımı (m.3/1)

Kontrolün Sürekli Olarak El Değiştirmesi Şartı. Bilindiği üzere Eski Tüzük m. 3 Yoğunlaşmaları tanımlamaktadır²⁶. Burada yer alan genel tanım, Yeni Tüzük'te bir yoğunlaşma oluşabilmesi için "**kontrolün sürekli olarak el değiştirmesi**" ("*...change of control on a lasting basis...*") koşulunu açıkça içerecek şekilde değiştirilmiştir:

Önceden bağımsız iki veya daha fazla teşebbüsün veya teşebbüsün bir bölümünün birleşmesi (m. 3/1 a); veya

Kontrolün ele geçirilmesi (m. 3/1, b);

Bağımsız bir iktisadî birimin tüm işlevlerini sürekli şekilde yerine getiren bir ortak girişim kurulması (3./4)

"Kontrolün sürekli olarak el değiştirmesi" koşulu Eski Tüzük'te yazılı olarak belirtilmemiş olsa da uygulamada bir işlemin Tüzük anlamında bir

²⁵ 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, pf. 8, s. 7.

²⁶ Yoğunlaşmaların tanımı ve kapsamı açısından ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem, H. Ercüment; Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşmeler ve Devralmalar*, İstanbul 2003, s. 187-188; *Tekinalp/Tekinalp*, AB Hukuku s. 464 no. 191; *Aslan, İ. Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku*, Ankara 1992, s. 265; *Güven, Pelin; Türk Rekabet Hukuku*, Ankara 2003, s. 103vd., *Bellamy, Christopher/Child, Graham (ed. Rorth, P. M.;* European Community Law of Competition, 5. Bası, Londra 2001, s. 363; *Jones, Allison/Sufrin, Barbara; EC Competition Law – Texts, Cases, Materials*, Oxford – New York 2001, s. 699.

yoğunlaşma oluşturup oluşturmadığı incelenirken mutlaka yazılı olmayan bir kriter olarak dikkate alınmıştır²⁷.

“Süreklilik” şartı Eski Tüzük’te sadece m. 3.2’de kısıtlı işlemleri belirtilecek şekilde yazılı olarak düzenlenmiş idi;

“Bağımsız bir iktisadî birimin tüm işlevlerini sürekli şekilde yerine getiren bir ortak girişim kurulması Inci fıkranın (b) bendi anlamında yoğunlaşma oluşturur.”

Yeni düzenleme ile süreklilik şartı genel bir hükümle tüm yoğunlaşma işlemlerine uygulanır hale gelmiştir. Eski Tüzük m. 3.2 ise Yeni Tüzük’te m. 3.4 olarak yerini almıştır.

Bağlı işlemlerin tek bir işlem sayılması. Yeni Tüzük Dibace § 20 uyarınca birbirine sıkı sıkıya bağlı işlemler veya hisse senetlerine ilişkin ve makul bir süre içerisinde gerçekleşecek dizi işlemler tek bir yoğunlaşma işlemi olarak kabul edilecektir. İlk tasarlarda Yeni Tüzük m. 3 hükmü içinde yer alan bu düzenleme daha sonra metinden çıkarılmış ve sadece Dibace’de ifade edilmiştir.

2. Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi Testi (m. 2/3)

Yeşil Kitapta Eski Tüzük m. 2’de yer alan “esasa ilişkin” testin etkinliği tartışılmıştır. Bu tartışmada iki değişik görüş ele alınmıştır. Bunlardan ilki yoğunlaşma işleminin oligopol yaratması ve bu oligopol’ün ilgili pazar üzerindeki etkisini kullanarak fiyatları arttırması halinde, bu durumun yukarıda anılan testte yer alan kıstası gerçekleştirip gerçekleştirmediğidir. İkincisi ise, asıl önemli hususun anılan kıstasın nasıl yorumlanması gerektiğidir. Bu nedenle, Komisyon Tüzük’ün hukuki olarak açıkça anlaşılabilirliği üzerine eğilmiştir.

Adalet Divanı da, bir çok küçük teşebbüsün birleşerek yarattığı bir oligopolde, teşebbüslerden herhangi birinin diğerinden daha büyük veya güçlü olmaması halinde, Eski Tüzük’te var olan testin birleşmenin etkilerini belirlemeye yeterli olmayacağını belirtmiştir²⁸.

Esas hakkındaki inceleme (“*substantive test*”) Yoğunlaşma Tüzüğü’nün varlık nedenidir. Eski tüzüğün bir yoğunlaşma olup olmadığını saptamada öngördüğü kıstas hakim durum incelemesidir. Bu kıstas zaman içinde “ortak

27 11 Aralık 2002 Tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 8, www.europa.eu.int

28 Adalet Divanı’nın T-102/96 sayılı Gencor/ Komisyon kararı, 1999; 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, m. 200 (bkz. Dipnot 29).

hakimiyet” veya duopollere²⁹ ve “birlikte hakimiyet” (“*collective dominance*”) veya oligopollere³⁰ uygulanmıştır.

Eski Tüzük’te yer alan düzenlemeye göre “*bir hakim durum yaratan veya güçlendiren*” yoğunlaşmaların Ortak Pazar’la uyumlu olmayacağı belirtilmektedir. Oysa, Yeni Tüzük ile farklı bir kıstas getirilmiştir. Yeni Tüzük’te yer alan kıstas uyarınca hedef olan yoğunlaşmalar, “*ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında etkin rekabeti önemli ölçüde etkileyecek ve özellikle sonuç olarak bir hakim durum yaratacak veya var olan bir hakim durumu güçlendirecek*” yoğunlaşmalardır³¹.

²⁹ Komisyon’un 14.12.1993 tarihli *Kali + Salz/MdK/Treuhand* kararı, ATRG 21.07.1994, L 186, s. 3 §70 ve 24.04.1996 tarihli *Gencor/Lonrho* kararı, ATRG 14.01.1997, L 11, s. 30,

Kali + Salz/MdK/Treuhand kararında önemle üzerinde durulan iki husus vardır. Bunlardan ilki, genellikle hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren bir yoğunlaşma işlemi rekabetin engellenmesi veya bozulması sonucunu doğuracağından, ispat yükü, rekabetin *bozulması* ile yoğunlaşma arasında bir illiyet bağı olmadığını iddia eden teşebbüs üzerinde olacaktır. İkincisi ise, illiyet bağı çerçevesinde, hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren yoğunlaşmanın rekabete en az zarar verecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinden yoğunlaşma işleminin rekabet açısından kabul edilebilir olması için devralınan teşebbüsün bir kısmının başka türlü satışı mümkün ise, bu satış da gerçekleştirilmesi gerekliliğidir. Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, s. 129.

Gencor/Lonrho kararına konu olayda, platin ve rodyum madeni işleten Güney Afrika Cumhuriyetinde yerleşik *Gencor* ve *LPD* birleşme kararı almıştır. *LPD* merkezi Londra’da bulunan *Lonrho*’nun bir iştirakidir ve satışlarını *Lonrho*’nun Belçika’da bulunan bir iştiraki aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti rekabet makamları da birleşmeyi onaylamıştır. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, birleşmenin Komisyon tarafından da Topluluk ile uyumlu bulunması arandığından, birleşme Komisyona da bildirilmiştir. Güney Afrika Cumhuriyeti’ndeki en büyük üretici *Anglo-American*’dır ve, karardan anlaşıldığı kadarıyla, tüm dünya satışlarının %35-50’sini, *Gencor* ve *LDP*’nin ise dünya satışlarının %15-17’sini (bu oranlar ticarî sınırların korunması kapsamında kararda açıkça belirtilmemiştir) gerçekleştirdiği sanılmaktadır. Komisyon birleşme işlemini *Lonrho* ve *Gencor*’un hem dünya hem de Topluluk çapındaki cirolarını dikkate alarak 4064/89 sayılı Tüzük kapsamında değerlendirmiş ve birleşme sonrasına Toplulukta duopol bir hakim durum yaratacağı gerekçesiyle izinvermemiştir. Topluluk İlk Derece Mahkemesi de, *Gencor*’un temyizi üzerine, Komisyon’un kararını onamıştır. Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, s. 184, 247, 284.

³⁰ Komisyon’un 22.09.1999 tarihli *Airtours/First Choice* kararı, ATRG 2000, L 93, s. 1. Bu kararda, Komisyon İngiltere’de faaliyet gösteren ve İngiliz vatandaşları için özellikle kısa süreli paket tatil programları hizmetleri sunan iki turizm şirketinden *Airtours Plc*’nin *First Choice Plc*’yi devralma işlemini yasaklamıştır. Bu iki şirket üzerindeki kontrolün tek elde toplanmasının, aynı pazarda bu iki şirket dışındaki diğer iki büyük firma olan Thomson ve Thomas Cook’un da dikey olarak entegre oldukları da göz önüne alınırsa İngiliz paket tatil programları pazarı açısından müşterek hakimiyet doğuracağını belirtmiştir

³¹ Yeni Tüzük m. 2/3 hükmü aynen şöyledir: “*A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result*

Bu nedenle dikkate alınması gereken sonuç “hakim durum yaratılması” veya “hakim durumun güçlendirilmesi” değildir. Önemli olan “*etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi*”dir. Bu etkilenme pek çok şekilde olabilir. Kuşkusuz hakim durum yaratılması veya varolan hakim durumun güçlendirilmesinin bu etkilenmede özel bir önemi vardır.

Getirilen değişiklik, eski testin boşluk bıraktığı noktalardan Komisyon’un ulaşamayacağı alanlarda rekabeti kısıtlayıcı yoğunlaşma işlemleri yarattığına dair görüşü desteklemektedir. Ayrıca, yeni kıstasın benimsenmesi ile Yeşil Kitap m. 160’da da belirtildiği şekilde Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve İrlanda gibi ülkelerde uygulanan “*rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması (substantial lessening of competition)*” kavramıyla paralel bir düzenleme getirilerek, birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi için global bir kıstas oluşturulmaya çalışılmıştır³². Böylece, çok uluslu şirketlerin birleşme ve devralma işlemlerinin değişik otoritelerce değerlendirilmesi aşamasında benzer kıstaslar kullanılması hedeflenmiştir. Bu nedenlerle, yapılan değişikliğin yerinde olduğu kanısındayım.

3. Yan Sınırlamalar³³

Yan sınırlamalara ilişkin olarak Eski Tüzüğün dibacesinin 25. paragrafında, teşebbüsler tarafından kabul edilen yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve bu işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli kısıtlamaların da Tüzüğün uygulama alanı içinde kaldığı belirtilmiş olmasına rağmen, Eski Tüzük m. 6.1 (b) ve 8.2 yan sınırlamalar açısından yeterli hukuki kesinlik sağlayamamaktaydı³⁴. Komisyon “Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkındaki 2001/C 188/03 sayılı Duyurusu” (“Duyuru”) ile³⁵, Tüzükte sözü edilen “*yoğunlaşma işleminin*

of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market”.

³² 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, m. 106.

³³ Yan Sınırlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Erdem, H. Ercüment: “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y.1, S.1, Prof. Dr Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 310-346.

³⁴ 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

³⁵ La Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03), ATRG, 04.07.2001, C 188, s. 5. Bu Duyurudan önce Yoğunlaşma İşlemlerine İlişkin Yan Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu (La communication de la Commission relative aux restrictions accessoires aux

gerçekleşmesi ile doğrudan ilgili ve gerekli kısıtlamalar” kavramına açıklama getirmiştir. Ancak, ilgili metnin isminden de anlaşılacağı gibi bu metin sadece açıklama amaçlıdır. Dahası Komisyon, duyuru tarihinden sonra aldığı kararlar ile yan sınırlamaların belirlenmesi ve resmen değerlendirilmesi hususunda daha önceki uygulamalarından vazgeçtiğini belirtmiştir³⁶. Ayrıca Adalet Divanı da İlk Derece Mahkemesi olarak gördüğü *La Gardère/Canal+* dosyasının 20 Kasım 2002 tarihli ve T-251/00 sayılı kararında Komisyon’un belirli bir yoğunlaşmayı incelerken yan sınırlamaları da gözden geçirme ve inceleme zorunluluğunu tartışmıştır³⁷. Mahkeme, Komisyon’un bildirimde belirtilen yan sınırlamalar hakkında bir karar vermekle yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme’nin bu hükmü yukarıda bahsedilen Duyuru’nun ilgili hükmünden tamamen farklıdır. Zira Duyuru’da, Komisyon’a belirli bir yan sınırlama hakkında karar verme veya vermeme takdir yetkisi tanınmıştır.

Yeni Tüzük Dibace § 21 uyarınca Komisyon yan sınırlamaları ayrıca ve başlı başına ele almak ve incelemekle yükümlü değildir; yoğunlaşmanın Ortak Pazar’la uyumlu olduğunu bildiren Komisyon kararı, bunlar Komisyon tarafından ayrıca incelenmemiş olsalar dahi, yan sınırlamaları da kapsar. Bununla beraber, ilgili teşebbüsün istemi üzerine, yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğuran ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olan sınırlamalar karşısında, Komisyon, sınırlamanın doğrudan ilgili olup olmadığını ve yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli olup olmadığını açıkça araştırmakla yükümlüdür. Henüz Komisyon’un Duyuru’larında ele alınmayan veya yayınlanmış bir karara konu olmayan bir sınırlamanın yeni veya henüz çözümlenmemiş sorunlar doğurduğu ve bu nedenle gerçekten belirsizliğe neden olduğu kabul edilir (Yeni Tüzük Dibace § 21).

Eşikleri geçmeyen ve Topluluk boyutunda olmayan bir yoğunlaşmanın sırf “yan sınırlamalar” içermesi nedeniyle bildirimde artık gerekli değildir. Yoğunlaşmanın ortak Pazar ile uyumlu olduğu bildirildikten sonra bu inceleme yetkili adli makamlarca veya diğer kurumlarca yapılmaktadır.

opérations de concentrations (90/C 203/05), ATRG, 14.08.1990, C 203, s. 5) yürürlükte idi. Bu Duyuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Yan Sınırlamalar, s. 319-326.

³⁶ 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

³⁷ Kararın önemi şöyle özetlenebilir: Rakip teşebbüsün paylarını satın alma ve elde buldurmaya ilişkin yasaklar da yukarıda açıklanan şartlar altında, yoğunlaşma işleminin gerçekleşmesi için doğrudan ilgili ve gerekli olarak kabul edilmiştir. Yeter ki, bu yasak hükmü devredeni, tamamen yatırım amacı ile ve doğrudan veya dolaylı olarak rakip teşebbüs üzerinde önemli bir etki uygulamak veya yönetim görevi üstlenmek hakkı sağlamaksızın pay almak ve elde buldurmak hakkından yoksun bırakmasın. Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 217.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Komisyon'un vereceği menfi tespit kararlarının yoğunlaşmanın gerçekleşmesi için gerekli veya doğrudan ilgili olan yan sınırlamaları da “*kapsamış addedileceği*” hükmü Yeni Tüzük m. 6.1(b), 8.1 ve 8.2'ye eklenmiştir. Bu düzenlemenin amacı Komisyon'un yoğunlaşmalara ilişkin uygulamalarının basitleştirilmesi ve rekabet ihlallerine ilişkin yapılan yenilikler ile eş düzeye getirilmesidir³⁸.

³⁸ 11 Aralık 2002 tarihli Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü Önerisi Hakkında Açıklayıcı Bilgi Notu, s. 20, www.europa.eu.int

B. USULE DAİR DEĞİŞİKLİKLER

1. Bildirime İlişkin Olanlar

Getirilen değişikliklerin amacı, yoğunlaşmalara ilişkin incelemenin en uygun rekabet otoritesi tarafından (Komisyon veya millî rekabet kurumları) yapılmasını sağlamaktır.

a. Bağlayıcı İşlem Olmaksızın Bildirim – Ön Bildirim (m. 4/1)

Normal olarak Topluluk Boyutundaki bir yoğunlaşmanın bildirim, yoğunlaşmanın uygulanmaya geçmesinden önce ve fakat, sözleşmenin akdinden veya halka icapta bulunmadan veya kontrolün ele geçirilmesinden sonra yapılır.

Yeni Tüzük, eski düzenlemede var olan gereksiz bürokratik formaliteleri ortadan kaldırmış ve bağlayıcı bir sözleşme akdetmeden önce dahi bildirim yapılmasına olanak sağlamıştır. Prensip anlaşması, mutabakat metni (“*memorandum of understanding*”), tüm taraflarca imzalanmış niyet mektubu bildirim için yeterlidir. Ayrıca, taraflara daha esnek bir süre sağlayabilmek amacıyla bağlayıcı bir sözleşme akdedilmesini takip eden bir hafta içerisinde bildirimde bulunma zorunluluğu da kaldırılmıştır. Böylece, taraflara sözleşmenin akdedilmesinden önce veya daha sonraki bir zamanda bildirimde bulunma hakkı tanınmıştır. Yalnız, bağlayıcı bir sözleşme akdetmeden önce yapılacak bildirimlerde Yeni Tüzük m. 4 uyarınca tarafların Komisyon’a, iyi niyetli bir şekilde daha sonra bağlayıcı bir sözleşme akdetme iradelerini veya eğer ortada Topluluk Boyutunda bir yoğunlaşma sonucu yaratacak bir halka icap var ise, halka icabın duyurulmasındaki iyi niyetlerini göstermeleri gereklidir.

b. Bildirimden Önce Gönderme

Yeni Tüzük ile getirilen belli başlı değişikliklerden biri de yoğunlaşma işlemlerinin kontrolü için dosyaların Komisyon ile ulusal yetkili makamlar arasındaki dağılımının en etkin ve uygun hale getirilmesidir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için üye ülkelerin yetkili makamlarına gönderme mekanizmasının daha sık ve etkin kullanımı öngörülmüştür. Bu yeni imkan ayrıca, taraflara yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmeden önce yapılan bildirim ile beraber yoğunlaşmanın incelenmesi için belirli bir veya daha fazla üye ülkeye gönderilmesini gerekçeli bir talep dilekçesi sunarak isteme hakkı da tanımıştır. Eskiden gönderme talep etme yetkisi sadece Üye Devletler veya Komisyon’a verilmişti.

ba. Üye Devletlere Gönderme (m. 4/4)

Yukarıda da belirtildiği üzere, yoğunlaşma işleminin tarafları artık, Komisyon’dan bildirim konusu yoğunlaşma işleminin belirli bir veya birden

fazla üye ülkenin yetkili makamı tarafından incelenmesini talep edebilir. Anılan talebin kabulü ancak, Yeni Tüzük m. 4/4 uyarınca **gönderilmesi talep edilen üye devlet sınırları içerisinde ayrı bir pazarın tüm özelliklerini gösteren belirli bir pazardaki etkin rekabetin önemli ölçüde etkilenmesi** şartına bağlıdır. Bu yeni düzenleme, taraflarca ilgili ulusal pazarlardaki rekabetin etkilenmesine dair endişelerinin dile getirilmesi halinde, tarafların işleminin en uygun yer yetkili makamı tarafından incelenmesini sağlamaktadır.

Yeni gönderme usulü kısaca şöyle özetlenebilir:

- Komisyon gecikmeksizin tüm Üye Devletlere bildirimde bulunur; Üye Devletler 15 iş günü içinde kabul veya reddeder. Karar verilmemesi kabul sayılır.
- Komisyon 25 iş günü içinde Üye Devlete gönderip göndermemeye karar verir. Gönderme ancak Üye Devletin kabulü ile mümkündür.
- Gönderme üzerine bildirim Üye Devlete yapılır.
- Üye Devlet 45 iş günü içinde ilk incelemesinin sonucunu teşebbüse bildirir.

bb. Komisyon'a Gönderme (m. 4/5)

Taraflar ayrıca, Komisyon'un doğrudan yetkisi bulunmayan durumlarda, Komisyon'un münhasır yetkisini belirtilen "*one-stop shop*" ilkesinden de yararlanabileceklerdir. Yeni Tüzük m. 4.5 uyarınca taraflar, işlemin hacmine bağlı olarak topluluk boyutunda bulunmayan, ancak en az üç ayrı üye Devlette bildirim yükümlülüğüne tabi bulunan yoğunlaşma işlemlerine ilişkin olarak Komisyon'a yönelebilecektir. Eğer üç veya daha fazla üye Devlette etkisi olacak bir yoğunlaşma söz konusu ise ve incelemenin Komisyon tarafından yapılması istenirse, yoğunlaşmanın Topluluk boyutunda olduğu varsayılır ve bildirim Komisyon'a yapılması gerekir.

One-stop shop ilkesinin genişlemesi, Topluluğun genişleme sürecinde çok önemli bir işlevi yerine getirecektir. Zira, Topluluk boyutunda olmayan yoğunlaşmalarda birden fazla üye Devlette bildirimde bulunmak yerine, Tüzüğün getirdiği yeni olanaktan yararlanarak Komisyon'a bildirimde bulunabilir.

One-stop shop ilkesinin genişletilmesindeki amaç, yoğunlaşmaların en uygun yerde incelenmelerine olanak sağlamaktır.

Yeni usul kısaca şöyle özetlenebilir:

▪ Komisyon gecikmeksizin tüm Üye Devletlere bildirimde bulunur; ilgili Üye Devletler 15 iş günü talebi reddedebilir.

▪ Tek bir ilgili Üye Devlet dahi kabul etmese işlem Komisyona gönderilmez.

▪ Hiçbir Üye Devlet itiraz etmezse, işlem Topluluk Boyutunda kabul edilir ve bildirim Komisyona yapılır.

c. Bildirimden Sonra Gönderme

Yeşil Kitap'ta Eski Tüzük'te m. 9 ve m. 22'de yer alan düzenlemelere ilişkin olarak pek çok aksaklığa rastlanıldığı belirtilmiştir³⁹.

Yeni Tüzük ile Üye Devletlerin bildirimden sonra işlemi Komisyon'a göndermeleri kolaylaştırılmıştır. Komisyon'a da işlemi Üye Devletlere gönderme yetkisi verilmiştir.

ca. Üye Devletlere Gönderme (m. 9/2)

“Üye devletlerin yetkili makamlarına gönderme” başlığını taşıyan Eski Tüzük m. 9 uyarınca bir üye devletin Komisyona bir yoğunlaşma işleminin bu üye devletin içinde yer alan ve ayrı bir pazar olmanın tüm niteliklerini taşıyan bir pazarda etkin rekabetin hissedilir şekilde etkilenmesi sonucunu doğuracak bir hakim durum yaratma tehdidi oluşturduğunu veya yoğunlaşma işleminin bu üye devletin içinde yer alan ve ayrı bir pazar olmanın tüm niteliklerini taşıyan ve ortak pazarın önemli bir kısmını oluşturmayan bir pazarda rekabeti etkilediğini bildirdiğinde (Eski Tüzük m. 9/2 a, b), Komisyon eğer bu şekilde ayrı müstakil bir pazarın ve böyle bir tehdidin var olduğu görüşünde ise, bu pazarla ilgili olayı kendisi değerlendirip rekabeti yeniden sağlamak yolunda önlemler alabileceği gibi, olayı kısmen veya tamamen ilgili devletin ulusal rekabet kurumuna da gönderebilirdi (Eski Tüzük m. 9/3). Böylece Eski Tüzükün 9uncu maddesi Topluluğun geri kalan kısmından kopmuş, ayrılmış ve ortak pazarın önemli bir kısmını oluşturmayan münferit bir ulusal pazarda gerçekleşen yoğunlaşmalar açısından, bu yoğunlaşmalar Tüzük m.1'de öngörülen eşikleri aşsalar dahi, bunlar hakkında ilgili üye devletin karar vermesi olanağını saklı tutmuş bulunmaktaydı. “*Alman Şartı*” olarak da anılan Eski Tüzük m. 9 hükmü uygulamada özellikle ispat açısından bazı zorluklara neden olmaktaydı⁴⁰.

Yeni Tüzük uyarınca üye Devlet bildirimden önce aldıkları 15 iş günü içinde Komisyona aşağıdaki konuları bildirebilir:

³⁹ 11 Aralık 2001 tarihli Yeşil Kitap, Giriş Bölümü, s. 19- 25.

⁴⁰ Eski Tüzük m. 9 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 179 vd.

▪ Yoğunlaşmanın Üye Devlet sınırları içinde ayrı bir pazarın tüm özelliklerini gösteren belirli bir pazardaki rekabetin önemli ölçüde etkileme tehlikesi; veya

▪ Yoğunlaşmanın Üye Devletin sınırları içinde ayrı bir pazarın tüm özelliklerini içeren ve Ortak Pazarın önemli bir kısmını oluşturmayan bir pazardaki rekabeti önemli ölçüde etkileme tehlikesi

İlk koşul eski Tüzük m. 9/2 (a) 'daki ağır ispat koşulunu hafifletmiştir.

Komisyon, inceleme başlatmamışsa 35 iş günü içinde; inceleme başlatmışsa, en çok 65 iş günü içinde Üye Devletlere gönderme veya göndermeme kararı verir (m. 9/4).

İşlem kendisine gönderilen Üye Devlet 45 işgünü içinde teşebbüse inceleme sonucunu bildirir (m. 9/6).

cb. Komisyona Gönderme (m. 22/1)

Hollanda şartı (“*clause néerlandaise/Dutch clause*”) olarak da anılan Eski Tüzük m. 22/3 hükmü, topluluk boyutu dışında kalan yoğunlaşmalara millî hukukların uygulanmasına ilişkin genel kurala bir istisna getirmekteydi. Zira, hüküm uyarınca bir üye devlet, gerekli görmesi halinde topluluk boyutu dışında kalan, ancak “*üye devletler arası etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyecek şekilde hakim durum yaratan veya böyle bir durumu güçlendiren*” bir yoğunlaşmaya (eski) Tüzüğün uygulanması için Komisyon’a başvurabilecek ve Komisyon da bu başvuru üzerine anılan yoğunlaşmaya ilişkin olarak karar verecekti. Hükmün uygulanabilmesi için iki ön koşul gerçekleşmeliydi: Yoğunlaşma topluluk boyutunda olmamalı ve üye devletlerin topraklarında rekabet hakim durum yaratılması veya hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla etkin biçimde etkilenmelidir⁴¹.

Yeni Tüzük m. 22 uyarınca da Üye Devlet/Devletler Topluluk Boyutunda olmayan bir işlemin Komisyon tarafından incelenmesini isteyebilir. Komisyon’a gönderme için şu koşullar gerçekleşmelidir.

- Yoğunlaşma Üye Devletler arasındaki ticareti etkilemelidir; ve
- Yoğunlaşmanın talepte bulunan Üye Devletin/Devletlerin sınırları içindeki rekabeti önemli ölçüde etkileme tehlikesi olmalıdır.

Bu koşullar eski Tüzük m. 22/2 'de yer alan hakim durum yaratıldığıнын ispatına ilişkin koşulun yerine geçmiştir.

⁴¹ Eski Tüzük m. 22 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem, Birleşme ve Devralmalar*, s. 181 vd.

Yeni Tüzük m. 22/1'deki koşulların gerçekleştiğini düşünen Komisyon da Üye Devletleri işlemin Komisyon tarafından incelenmesi için talepte bulunmaya davet edebilir (m. 22/5).

2. Sürelere İlişkin Olanlar (m. 10)

Eski Tüzük uyarınca Komisyon'un incelemesi sıkı bir takvime bağlandığından, Komisyon'un önüne gelen olayları tam anlamıyla incelemesi kimi zaman büyük zorluklar doğurmuştur. Yeni Tüzük'te anılan bu zorluklar dikkate alınarak prosedürün esnekliğini sağlayacak ve aynı anda zaman kazanılması imkanı tanıyacak bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. Ayrıca, eski düzenlemede zaman aralıkları ay, hafta veya gün olarak ifade edilmekte iken, Yeni Tüzük'te daha gerçekçi bir yaklaşımla bildirimden itibaren işleyecek tüm süreler iş günü esasına bağlanmıştır. Böylece daha önce ay veya hafta olarak belirlenen sürelerin yarattığı karışıklık önlenmeye çalışılmıştır. Komisyona yoğunlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerini değerlendirmek için iyi tanımlanmış ve denetlenen daha uzun süreler verilmiştir.

Birinci Aşama ("*Phase I*") için öngörülen süre eski düzenlemede Komisyon'un bildirim tebellüğünden itibaren 1 ay iken, Yeni Tüzük'te bu süre 25 işgünü olarak belirtilmiştir⁴². Ayrıca, herhangi bir Üye Devletin işlemin kendilerine gönderilmesi talebinde bulunması veya tarafların belirli yükümlülükler önermesi halinde bu sürenin 35 işgünü olacağı düzenlenmiştir (m.10/ 1).

İkinci Aşama ("*Phase II*") açısından ise, soruşturmanın başlangıcından itibaren dört ay olan süreye ilişkin eski düzenleme, Yeni Tüzük'te 90 işgünü olarak değiştirilmiştir⁴³. Yeni Tüzük uyarınca taraflarca İkinci Aşamamın başlangıcından itibaren belirli yükümlülüklerin 55 işgünü içinde taahhüt edilmemesi ve sonradan taahhüt edilmesi halinde bu süre doğrudan 105 işgününe çıkacaktır. Ayrıca tarafların İkinci Aşamamın başlangıcından itibaren 15 işgünü içinde talep etmesi halinde, bu süre 20 işgünü uzatılabilir. Komisyon da tarafların onayını almak şartıyla İkinci Aşama içerisinde herhangi bir zamanda 90 veya 105 işgünlük süreyi 20 işgünü daha uzatabilir (m. 10/3). Her halde, toplam uzatma süresi 20 işgünü geçemez.

⁴² Birinci Aşama yoğunlaşma işleminin Ortak Pazarla uyumlu olup olmadığının bildirilmesini ve Komisyon'un bu bildirim incelemesini kapsar. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 243-245.

⁴³ İkinci Aşama inceleme bildirilen yoğunlaşma işleminin Ortak Pazar'la uyumu konusunda ciddi kuşkular bulunması üzerine soruşturma açmaya karar vermesi ile başlar ve bir kararla sona erer. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 243-245.

3. Yoğunlaşmaların Askıda Kalmasına İlişkin Olanlar (m. 7)

Genel kural, bildirim tabi yoğunlaşma işlemlerinin bildirimden veya Komisyon'dan menfi tespit alınmasından önce ifa edilememesi, yani yoğunlaşma işleminin askıda kalmasıdır. Ancak, Yeni Tüzük madde 7'de yer alan ve halka arzlar açısından bu kurala bir istisna içeren hüküm, değişik satıcılar tarafından borsa aracılığıyla gerçekleştirilen tüm devralma işlemlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca daha önce bu hükümden yararlanabilmek için devralanın işlem konusu hisselerle ilgili haklarını kullanmaması yeterli iken, yeni düzenlemelerle uyum için bu maddeye ayrıca ilgili yoğunlaşma işleminin Komisyon'a vakit kaybedilmeksizin bildirilmesi gerekliliği de eklenmiştir.

4. Adalet Divanı Kararlarının Komisyon Kararlarına Etkisine İlişkin Olanlar (m. 10/5)

Yeni Tüzük, Komisyon kararlarının süresinde verilmemesinden dolayı Adalet Divanı iptal edildiği hallerde, Komisyon'un güncel piyasa koşullarını göz önüne alarak incelenmesine Birinci Aşamadan yeniden başlayacağını düzenlemektedir. Ayrıca, yeni düzenleme uyarınca piyasa koşullarındaki değişiklikler nedeniyle eksik kalan bildirim yeniden verilmesi veya eski bildirim ek bir bildirim sunulması gerekebilir.

Getirilen düzenleme süregelen uygulamayı yasal bir zemine oturtmaktadır.

5. İnfaz Hükümlerine İlişkin Olanlar

Komisyon'un infaz yetkileri Yeni Tüzük ile güçlendirilmiş ve yeni yetkiler eklenmiştir. Getirilen değişiklikler m. 81 ve 82'nin uygulanmasına ilişkin 1/2003 sayılı Tüzük ile uyum amacı taşımaktadır.

a. Yeni Soruşturma Yetkileri (m. 13)

Komisyon'un araştırma yetkileri Roma Antlaşması m. 81 ve 82'nin uygulanmasına ilişkin olarak kabul edilen 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nde Komisyon'a tanınan yetkilerle eş düzeye çıkarılmıştır. Buna göre, Komisyon'a açıkça işyerlerine girerek defterleri ve kayıtları inceleme yetkisi tanınmıştır. Bu yetki çerçevesinde, Komisyon işyerlerini, defterleri veya kayıtları araştırma süresince ve araştırma gerektiriyorsa bunları mühürleyebilir (m. 13/2, d), karşı koyulması halinde Üye Devletten polis veya diğer infaz makamlarının yardımını isteyebilir (m. 13/6). Ancak, Komisyon'un kişilerin meskenlerine girme hakkı bulunmadığı belirtilmiştir. Sayılanların yanı sıra, Komisyon'un teşebbüslerin temsilcilerinden veya çalışanlarından incelemeye ilişkin belgeler veya olaylar hakkında bilgi istemek ve cevapları kaydetmek yetkisi de vardır (m. 13/2,e).

Böylece, uygulamada çok tartışmalı olan Komisyon'un araştırma ve inceleme yetkisi de açıklığa kavuşturulmuştur.

Ayrıca, Yeni Tüzük uyarınca Komisyon tarafından, soruşturma ile ilgili olarak bilgi toplanmasına rıza gösteren gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin yetkililerinin ifadeleri telefonla veya başka bir elektronik ortamda alınabilir (m.11/7). İfade almaya ilişkin bu yeni yetki, Komisyon'un zaten var olan yetkilerindeki bir boşluğu doldurmuştur. Genellikle, yoğunlaşma denetimi prosedürünün hızı göz önüne alındığında, yazılı ifade alınmasının her zaman en uygun çözüm olmayacağı anlaşılacaktır.

b. Para Cezası ve Süreli Para Cezası Verme Yetkisi

Eski Tüzük'te yer alan maktu para cezaları sistemi, Yeni Tüzük m. 14 ve 15 uyarınca ilgili teşebbüsün toplam cirosu üzerinden hesaplanacak belirli bir yüzde sistemine (nisbî para cezası) dönüştürülmüştür. Böylece, Komisyon'un para cezası uygulama kabiliyeti güçlendirilmiştir.

Yeni Tüzük m. 14.1 uyarınca teşebbüsler, Komisyon'a yanlış veya yanıltıcı bilgi vermeleri veya Komisyon kararıyla başlatılan bir soruşturma içerisinde bilgi vermeyi reddetmeleri halinde, en fazla cirolarının %1'i oranında para cezasına hükmolünür. Daha önceki düzenlemede yer alan 50.000 Euro tavanı göz önüne alındığında, Komisyon'un para cezası verme yetkisinin ne derece güçlendirildiği anlaşılabilir.

Süreli Para Cezaları açısından ise, Yeni Tüzük m. 15.1 uyarınca bir teşebbüsün Komisyon kararına uymaktan kaçınması halinde, Komisyon kararında belirtilen tarihten başlamak üzere her gün için, teşebbüs'ün toplam cirosunun gün başına oranının en fazla %5'i kadar süreli para cezası verebilir.

c. İhtiyati Tedbir Alma Yetkisi

Yeni Tüzük m. 8.5, Komisyon'un ihtiyati tedbir alma yetkisine açıklık getirmiştir. Anılan hüküm uyarınca Komisyon, bir işlemin bildirimden veya menfi tespit kararından evvel ifa edilmesi ve ardından Ortak Pazar ile uyumsuz olduğunun tespiti halinde; veya bir işlemin Komisyonca verilen menfi tespit kararına aykırı bir şekilde ifa edilmesi halinde, ihtiyati tedbir alma ve tedbiren etkin rekabet şartlarının tekrar oluşturulma hakkına sahiptir.

IV. YENİ TÜZÜK'ÜN TÜRK REKABET HUKUKU ÜZERİNDEKİ MUHTEMEL ETKİLERİ VE ÖNERİLER

A. GENEL OLARAK MEVCUT DÜZENLEME

Bilindiği üzere, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik başvurusu doğrultusunda Avrupa Birliği Müktesebatı ile Türk Hukukunun uyumlaştırılması çalışmaları hızla sürdürülmektedir. Son zamanlarda hız kazanan bu çalışmaların ilk örneklerinden biri de 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanundur ("RKHK"). Anılan Kanun, Roma Antlaşması'nın Topluluk İçi Rekabetin Korunmasına ilişkin m. 81-82 hükümleriyle ve ayrıca Teşebbüslerarası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 21 Aralık 1989 Tarihli ve 4064/1989 Sayılı AT Konsey Tüzüğüyle uyumlu hükümler içermektedir. RKHK'na ilaveten, yoğunlaşmaların denetimine ilişkin olarak Rekabet Kurumu 12.08.1997 tarihli ve 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşmeler ve Devralmalar Hakkında Tebliği de çıkartmıştır.

Rekabet Kurulu, AY m. 167'nin öngördüğü temel hükümlere uygun olarak RKHK m. 2'de öngörülen mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını önlemek, bu amaçla gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla geçen beş yıllık sürede yoğun bir çalışma gerçekleştirmiş pek çok tebliğ ve karar ile Türk rekabet hayatını düzenlemiştir.

Rekabet Kurulu'nun yayınladığı ilk tebliğin, Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gereken birleşme ve devralmalara ilişkin olması (1997/1 sayılı Tebliğ), Kurul'un birleşme ve devralmaların denetlenmesine verdiği önemin açık bir göstergesidir. Kurul bu Tebliği büyük ölçüde 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünden esinlenerek hazırlanmış, uygulamada da Komisyon kararlarını ve uygulamalarını yakından izlemiştir. Buna rağmen 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğünü değiştiren 1310/97 sayılı Tüzük, 1997/1 sayılı Tebliğ'de dikkate alınmamış bu durum da ortak girişimlerin bir birleşme ve devralma şekli olarak kabul edilmesi açısından önemli sorunlar yaratmıştır.

Bu bağlamda, AT Tüzüğünde yapılan son değişikliklerin Türk Hukukunu da etkilemesi kaçınılmazdır. Zira RKHK ve Tebliğler, AT mevzuatından ve uygulamasından esinlendiğinden benzer hükümler ve mekanizmalar içermektedir.

Bu koşullar altında ülkemizin ekonomik ve sosyal durumu ile bunların TC sınırları içerisindeki rekabet üzerindeki etkileri de incelenerek RKHK

ve/veya Tebliğlerde değişiklik yapılması gerekip gerekmediğinin düşünülmesi yerinde olacaktır.

Avrupa Topluluğu için Rekabet Hukukunda yenilik gerektirecek sakıncaların bir kısmının Türk Hukuku için de geçerli olduğu görülecektir.

Bilindiği üzere birleşme ve devralma sayılan haller RKHK m. 7 ve 1997/1 sayılı Tebliğ m. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, (a) en az iki bağımsızteşebbüsün birleşmesi; (b) bir malvarlığının veya ortaklık paylarının veya yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçların devrolunması veya kontrolü; ve (c) rekabeti sınırlama amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture) birleşme ve devralma olarak kabul edilir.

Halihazırda birleşme ve devralmaların denetiminin düzenlendiği temel hüküm olan RKHK m. 7 birçok açıdan eleştirilebilir:

- Hükümün metni açık ve anlaşılır değildir: Hangi hallerde birleşme ve devralma işleminin yasaklanacağı anlaşılamamaktadır. Kanımızca, birleşme ve devralma sonucunda sadece hakim durum yaratılması veya varolan hakim durumun güçlendirilmesi yetmez ayrıca etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması da aranmalıdır.

- Hükümde öngörülen yaptırım iyi ifade edilememiştir. Rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu verecek şekilde bir hakim durum yaratan veya varolan hakim durumu güçlendiren birleşme ve devralmaların hem yasak hem de kanuna aykırı olması anlamsızdır. Yasak olan bir hukuki işlem gerçekleştiği takdirde zaten hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

- Hükümde bir birleşme ve devralma şekli olarak ortak girişimlerden hiç söz edilmemiştir. Bu durum 1997/1 sayılı Tebliğ ile hüküm arasında bir çelişki yaratmakta, Tebliğ, RKHK'da öngörülmeyen bir olasılığı düzenlemektedir.

- Tebliğ'de yer alan kimi hükümlerin RKHK m. 7'de yer alması RKHK ile Tebliğ arasındaki uyum açısından çok önemlidir. Özellikle Tebliğ m. 2 hükümlerinin, RKHK m. 7'de yer alması daha doğrudur.

B. ÖNERİLER

Yeni Tüzük ile getirilen değişikliklerle beraber RKHK m.7 hükmü daha da yetersiz ve AB mevzuatıyla uyumsuz bir hüküm halini almıştır. Bu nedenle, anılan hükmün yeniden düzenlenerek, Yeni Tüzükle uyumlu bir hale getirilmesi amacıyla şu değişikliklerin yapılması gereklidir⁴⁴.

• **“Birleşme veya devralma” kavramı yerine “yoğunlaşma” kavramı kullanılmalıdır.** RKHK m. 7 ve 1997/1 sayılı Tebliğ incelendiğinde, rekabet hukuku açısından birleşme ve devralma kavramlarının TTK’da düzenlenen teknik hukukî anlamdaki birleşmelerden çok daha geniş olduğu ve ekonomik gücün belli bir yapı içerisinde merkezîleşmesini ve böylece belli bir merkezde yoğunlaşmasını ifade ettiği görülmektedir. RKHK m. 7 ve 1997/1 sayılı Tebliğ m. 2’nin geniş düzenlemeleri karşısında ne hukukî ne de ekonomik durumu tam anlamıyla yansıtmayan “birleşme veya devralma” terimleri yerine, artık Türk hukukunda da yerleşmiş olan “yoğunlaşma” kavramının kullanılmasını daha doğru buluyorum⁴⁵.

• **“Kontrolün sürekli olarak devri” kıstasına yer verilmelidir.** Türk hukukunda yoğunlaşmalar açısından “kontrol” kavramına sadece 1997/1 sayılı Tebliğ’inde, çok da başarılı olmayan bir şekilde, yer verilmiş; bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir⁴⁶. RKHK m. 7’de yer almayan bir kıstasın Tebliğ ile getirilmesi, kanun yapma tekniğine aykırı olduğu gibi, hukuk güvenliği açısından da çok sakıncalıdır. Halbuki Rekabet Kurulu da uygulamasında ve kararlarında “kontrol” kavramını hep ön plana çıkarmıştır. Bu nedenle, hem Tebliğ hükmünün RKHK m. 7 ile uyumlu hale getirilmesi hem de mevcut uygulamanın RKHK’na yansıtılması amacıyla, birleşme ve devralmalar açısından temel kıstasın kontrolün sürekli olarak el değiştirmesi olduğunun açıkça belirtilmesinde yarar görüyorum.

• **Yasak birleşme ve devralmaların saptanması açısından “etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” kıstası uygulanmalıdır.** RKHK m. 7 hükmü, rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması kıstasına yer vermekle beraber, hükmün başarısız lafzı, doktrinde bu kıstasın hakim durum incelemesi ile beraber nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı konusunda tereddütler yaratmış ve

⁴⁴ Yeni Tüzük’ten önce de doktrinde RKHK m. 7 hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülmüş ve madde önerileri getirilmiştir. Bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 117 vd.

⁴⁵ Bu öneri ve farklı yaklaşımların tartışması açısından bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 42 vd dn. 102.

⁴⁶ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. *Erdem*, Birleşme ve Devralmalar, s. 288-289.

farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur⁴⁷. Rekabet Kurulu kararları da tarihsel gelişiminde incelendiğinde, ilk kararlarda sadece hakim durum değerlendirmesi yapıldığı, daha sonraları ise hakim durum incelemesinin etkin rekabet üzerindeki etkilerine de yer verildiği görülmektedir. Kanımca Türk hukuku açısından da “etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması” kıstasına öncelik verilmesi, hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesinin sadece etkin rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığı örnek haller olarak öngörülmesi, daha etkin bir denetim açısından yararlı olacaktır.

• **Yan sınırlamalar Tebliğ ile düzenlenmelidir.** Yukarıda açıklandığı üzere Yeni Tüzük ile yan sınırlamalara ilişkin olarak da değişiklikler getirilmiştir. Türk hukukunda yan sınırlamalar, ne RKHK’da ne de ayrı bir Tebliğde açıkça düzenlenmemekle beraber, Rekabet Kurulu kararlarında ifadesini bulan birleşme ve devralma işleminin tarafların beklentilerine uygun olarak gerçekleşmesi için zorunlu, objektif, makul ve uygun bir süre ile sınırlandırılmış her türlü rekabet yasaklarını ifade eder. Rekabet Kurulu bu boşluğu kararlar ile doldurmaya çalışmakta ve Topluluk hukukundaki gelişmeleri izlemektedir. Yeni Tüzük ile artık asıl yoğunlaşma işleminden bağımsız olarak sadece yan sınırlama için menfi tespit alınması zorunluluğu kaldırılmış ve asıl işlem için menfi tespit verilmesinin doğrudan yan sınırlamaları da kapsayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yan sınırlamaların Türk rekabet hukuku kapsamında RKHK’unda veya Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak bir tebliğ ile düzenlenmesinin doğru olacağı kanısındayım.

• **Bağlayıcı sözleşme yapmadan önce yoğunlaşma işlemlerinin bildirimine olanak sağlanmalıdır.** Yeni Tüzük ile getirilen bağlayıcı bir sözleşme yapılmasından ve yoğunlaşma işlemlerinin gerçekleştirilmesinden önce bildirim imkanına Türk rekabet hukuku sisteminde de yer verilmesinin, gerek Rekabet Kurumu’nun işlemlerini kolaylaştırması, gerekse taraflara bağlayıcı bir yükümlülük altına girmeden önce ilgili sözleşme hükümlerinin RKHK’na aykırı olup olmadığını öğrenme imkanı tanınması açısından yararlı olacağı kanısındayım.

• **İdari para cezaları gözden geçirilmelidir.** RKHK açısından hem süreli hem de diğer para cezaları kanunda belirtilen sabit miktarlar üzerinden hesaplanmaktadır (RKHK m. 16-17). Yeni Tüzük ile eski düzenlemede yer alan benzer uygulamadan vazgeçilerek, para cezalarının yoğunlaşma işlemi tarafı teşebbüsün toplam cirosu üzerinden hesaplanacak belirli bir yüzdesi üzerinden takdir edilmesi sistemine geçilmiştir. Böylece, Komisyon’un para cezası uygulama kabiliyeti güçlendirilmiştir. Ekonomik koşullardaki değişikliklere

⁴⁷ Tartışmalar açısından bkz. *Erdem, Birleşme ve Devralmalar*, s. 114 vd.

bağlı olarak maktu para cezalarının kimi zaman çok yüksek kimi zamansa çok düşük kaldığı görülmektedir. Bu durumda ise idarî para cezasının ne bir yaptırım niteliği ne de bir caydırıcılığı olmaktadır. Bu nedenle Yeni Tüzükte olduğu gibi Türk hukukunda da cironun belli bir yüzdesi olarak hesaplanacak “nisbi” para cezaları sisteminin benimsenmesinin doğru olacağı görüşünde yim.

4054 SAYILI REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNE ELEŞTİRİSEL BİR BAKIŞ

Doç. Dr. Nurkut İNAN

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi*

GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un kaynağı Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku düzenlemeleridir. Birleşme ve devralma kontrolünü bir yana bırakacak olursak, AB hukukunda rekabet hukuku iki temel düzenlemeye dayanır: Kurucu Andlaşma olan Roma Andlaşmasının 81 vd. Maddeleri ile 17 Sayılı Tüzük.¹

Kanunumuz, bu iki düzenlemenin bir araya getirilmiş ve üniter bir devletin iç hukuk sistemine uyarlanmış halidir. Kanunun 4, 5 ve 6. maddeleri (ve kısmen 56. maddesi) Roma Andlaşmasından, diğer bazı belirli hükümleri ise 17. Sayılı Tüzük'den alınmıştır.

Bu durumda, Türk rekabet hukukunu uygulayacak olan yetkili makamların (Rekabet Kurulu, Danıştay ve adliye mahkemeleri) Kanunumuzu yorumlarken AB düzenlemelerinden, AB Komisyonu ile Adalet Divanı kararlarından yararlanmaları son derecede doğal ve gereklidir. Buradaki durumu Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun yorumunda İsviçre kaynaklarından yararlanmaya benzetebiliriz. Rekabet hukuku açısından, Türkiye ile AB arasında Gümrük Birliğini sağlayan 1/95 Sayılı Karar, böyle bir yararlanmayı bir ölçüde hukuken de gerekli kılmaktadır.

Rekabet hukuku kurallarına aykırı eylem ve işlemler ceza yaptırımına bağlanmıştır. Ancak, bu eylem ve işlemlerin özel hukukta da sonuçları olması doğal ve kaçınılmazdır. Rekabet ihlalleri karşısında özel hukuk iki açıdan konu ile bağlantılıdır.

¹ AB hukukunda Roma Andlaşması dışında yapılan ve doğrudan bağlayıcılığı olan düzenlemeler Türkçe'de "Tüzük" olarak adlandırılmaktadır. AB açısından bu, üye devletleri ve kişileri bağlayan kanun demektir.

Bunlardan birincisi geçersizlik sonucudur. Eğer rekabet ihlaline yol açan husus bir hukukî işlem olarak ortaya çıkmış ise, bu hukukî işlemin geçersiz olması özel hukuk sistemimizin bir sonucudur. Çünkü ceza öngören hukuk kuralları her zaman emredici kurallar olarak görülmelidir. Bir kanunun emredici kurallarına aykırı olan hukukî işlemler geçersizdirler (Borçlar Kanunu M. 19 ve 20).

Rekabet kurallarının ihlalinden doğan ikinci sonuç ise tazminat konusudur. Ceza yaptırımını öngören ve sonuçta kişilere zarar veren eylemler özel hukuk açısından birer haksız fiil sayılırlar. Hukuka aykırılık, kusur ve zarar unsurlarının birleşmesi halinde, zarar görenin tazminat hakkı doğar.

Bilindiği gibi uluslar üstü bir normlar dizisi olan Avrupa Birliği hukuku esas itibariyle üye devletlerin özel hukuk sistemlerini düzenlemez. Her üye devletin özel hukuk sistemi kendi ulusal hukukuna bağlıdır.

Bu nedenle AB rekabet hukuku kuralları arasında özel hukuka ilişkin sadece bir hüküm vardır. Kurucu Anlaşmanın 81. maddesinin ikinci fıkrası geçersizlik konusunu ele alır. Bu fıkraya göre 81. maddenin birinci fıkrasına aykırı olan anlaşmalar kendiliğinden geçersizdir. Ancak, bu hüküm geçersizliğin niteliğini, hüküm ve sonuçlarını düzenlemez. Bunu ulusal hukuklara bırakır. Üye devlet mahkemeleri geçersizliği kabul etmek durumundadırlar. Ancak, bu geçersizliğin niteliğini, hüküm ve sonuçlarını kendi özel hukuklarına göre saptarlar.

AB rekabet hukuku kuralları arasında tazminat yükümlülüğü ile ilgili bir hüküm yoktur. Bu konu da üye devlet mahkemeleri tarafından ve ulusal hukuka göre çözümlenir.

Rekabet Kanununun Beşinci Bölümü “Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları” başlığını taşır (m. 56-59). Bu bölümdeki hükümlerin uygulanması münhasıran adliye mahkemelerinin yetkisindedir. Rekabet Kurulu bu konularda karar veremez.

Kanunun 56. maddesi geçersizlik konusunu hükme bağlar. 57 ve 58 maddeler ise zarar görenlerin tazminat haklarına ilişkindir. Nihayet 59. madde ispat yükü ve ispat yöntemi hakkındadır.

Bu maddelerin ayrıntılı bir incelemesi bu tebliğin konusu dışındadır. Burada ilgili hükümler sadece bir değerlendirme ve eleştiriye konu edilecektir. Bunun da nedeni şudur. Maalesef Kanunun bu bölümündeki maddeler kötü kaleme alınmıştır. Yanlış anlamaya son derecede müsaittir. Açıkça yanlışlar da mevcuttur.

II. Geçersizlik Sorunu

A. Genel Olarak

Rekabet Kanununun 56. maddesi aynen şöyledir:

“Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.”

Madde, Kanunun 4. maddesine aykırı olan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğunu ve bunun sonuçlarını açıklamaktadır. Maddedeki istisnaî hüküm Borçlar Kanununun 65. maddesinin uygulanmayacağı konusundadır. Bilindiği gibi BK m. 65'e göre yasaya aykırı bir amaçla verilen şeyler sebepsiz zenginleşmeye dayanarak geri alınmaz. Bu hüküm uygulanmayacağına göre, Rekabet Kanununun 4. maddesine aykırı anlaşmalar nedeniyle tarafların birbirlerine verdikleri her şey BK m. 63 ve 64 çerçevesinde iade edilebilecektir.

Bu maddedeki önemli eksiklik Rekabet Kanununun 6. maddesi hakkında sessiz kalmış olmasıdır. 6. madde hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklar. Kötüye kullanma ise her zaman bir eylem olarak ortaya çıkmaz bir hukukî işlem hatta bir sözleşme olabilir. Bunların da geçersiz olması gerekirdi. Vakıa bu tür hukukî işlemler BK m. 19 ve 20 gereği geçersizdirler ama bu hususun Rekabet Kanununun 56. maddesine yazılması doğru olurdu. Ayrıca, mevcut durumda 6. maddeye aykırılıktan doğan geçersizlik hallerinde BK m. 65 uygulanacak ve taraflar çoğu zaman verdiklerini geri alamayacaklardır. Bu açıdan Kanunun 4. maddesi ile 6. maddesi arasında bir fark yaratmak için hiçbir geçerli ve mantıklı neden yoktur.

Geçersizliğin kapsamına mahkeme karar verecektir. Hakim BK m. 20'nin ikinci fıkrasını göz önünde tutmalıdır. Rekabeti bozan bir sözleşme hükmü dikkatle incelenmelidir. Sözleşmenin tüm hükümlerinin rekabeti bozucu olmayacakları açıktır. Ana ilke bir hükmün yasaya aykırılığının tüm sözleşmeyi geçersiz kılmayıp, yalnız o hükmün batıl olacağıdır. Ancak sözleşmenin geçersiz sayılan hükmü olmaksızın tarafların böylece bir sözleşme ilişkisine girmeyecekleri anlaşılırsa o zaman bütün sözleşme geçersiz olur. Hakim tarafların niyet ve amaçlarına bakarak bir sonuca varacaktır.

B. Geçersizliğin Adliye Mahkemeleri Önündeki Durumu

Sanıyorum ki geçersizlik konusu mahkemelerde en sık sözleşmeye aykırı davranmak nedeni ile açılmış olan davalarda karşımıza çıkacaktır. Sözleşmeden doğan edimlerini yahut yükümlülüklerini yerine getirmemiş olan taraf davaya muhatap olduğu hallerde, sözleşmenin RKHK'na aykırılık nedeni ile geçersiz olduğu iddiasını savunma olarak kullanabilir. Yahut aynı taraf kendisini dava açarak sözleşmenin geçersizliğinin tespitini talep edebilir. Aslında RKHK'nun suçu belirleyen hükümleri emredici hükümlerden olduğu için bir davada yargıcın da geçersizlik hususunu re'sen göz önünde tutması gerekebilecektir.

Bütün bu hallerde geçersizlik konusunu inceleyen yargıç yukarıda açıkladığım kısmî geçersizlik hususuna özellikle dikkat edecektir.

Bu aşamada, uygulamada birkaç kez karşılaştığım ve önemli saydığım bir konuya değinmek isterim. Konu Rekabet Kurulu'ca çıkarılmış olan grup muafiyeti tebliğleri ile ilgilidir.

Türk rekabet mevzuatı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bu Kanundaki yetkilere dayanarak Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe konan Tebliğ'lerden oluşur. Bu açıdan Rekabet Kurulunu Sermaye Piyasası Kuruluna benzetebiliriz. Ancak, Rekabet Kurulunun Tebliğ'lerinin bir kısmı hukukî nitelikleri açısından çok farklıdır. Bunlar Grup Muafiyeti Tebliğleridir. Bilindiği gibi Rekabet Kanunu rekabeti sınırlayan ya da sınırlama olasılığı bulunan belirli anlaşmalar için bir muafiyet rejimi öngörmüştür (m.5).

Belirli bir anlaşmanın tarafları, yaptıkları anlaşmanın birtakım yararları olduğunu iddia ederek, anlaşmalarına muafiyet verilmesini Rekabet Kurulu'ndan talep edebilirler. Rekabet Kurulu önce anlaşmanın rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını inceler². Anlaşmanın rekabeti sınırladığı görüşüne varırsa, o zaman Kanunun 5. maddesindeki unsurları taşıması koşulu ile ilgili anlaşmayı Kanunun 4. maddesinin uygulamasından muaf kılar. Bu süreç sonunda verilen karar "bireysel muafiyet" kararıdır.

Bazı hallerde ise, Rekabet Kurulu çıkaracağı Tebliğlerle belirli kategori anlaşmaları yine Kanunun 4. maddesinden muaf kılar. Bu durumda sadece bu kategoriye giren anlaşmaların rekabeti sınırlama olasılığı vardır. Diğer bir deyimle iki teşebbüs arasında yapılan bir anlaşma ilgili Tebliğdeki koşullara uyuyorsa muaf sayılır. Ayrıca Rekabet Kuruluna başvurup muafiyet kararı

² Rekabet Kurulu anlaşmanın rekabeti sınırlamadığını saptarsa bunu bir kararla açıklar. Bu karara Kanun "Menfî Tesbit" kararı demektir. (m.8)

almağa gerek kalmaz. Bu sisteme “grup muafiyeti” sistemi denir. Bu amaçla çıkarılan Tebliğler de Grup Muafiyeti Tebliğleridir³.

Bireysel muafiyetten farklı olarak, Grup Muafiyeti Tebliği kapsamındaki anlaşmaların mutlaka rekabeti sınırlayıcı olmaları gerekmez. Bir anlaşma grup muafiyeti tebliğine uymuyorsa dahi, rekabeti bozup bozmadığının ayrıca belirlenmesi gerekir.

Rekabet mevzuatının bir parçasını oluşturan Grup Muafiyeti Tebliğleri kendilerine özgü ve değişik bir niteliğe sahiptir. Bu tebliğler, örneğin Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğleri gibi teşebbüslerce uyulması gereken, bir bakıma emredici, düzenlemeler değildir. Sadece muafiyetten yararlanmak için ilgili tebliğe uygun anlaşmalar düzenlemek gerekir. Ama belirli bir anlaşmanın grup muafiyeti tebliğine uymayan bir hükmü varsa adliye mahkemeleri bu anlaşma maddesini hükümsüz sayamaz. Ya da o madde yerine tebliğ hükmünü uygulayamaz. Anlaşmanın bütününe inceleyip Kanunun 4. maddesine aykırı olup olmadığını belirler. Eğer rekabeti bozucu olduğu sonucuna varırsa, ancak o zaman geçersizlik söz konusu olabilir.

Grup Muafiyeti Tebliğlerinin bu niteliğini daha iyi açıklayabilmek için bidayet mahkemelerinde bir iki kez rastladığım bir örneği vermek isterim.

Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin (1998/3 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği) 5 maddesinin a bendine göre Dağıtım Anlaşması ile dağıtıcıya dağıtım ve hizmet yapısını iyileştirme ve geliştirme yükümlülüğü getirilebilir. Böyle bir yükümlülüğün getirilmesi halinde ve Dağıtım Anlaşması en az beş yıl süreli ya da süresiz ise “feshi ihbar süresi”nin en az iki yıl olması gerekir (Madde 6/b)b). Bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Dağıtım Anlaşmasında öngörülen feshi ihbar süresi iki yıldan az ise bunun sonucu sadece ilgili anlaşmanın muafiyetten yararlanamamasıdır.

Uygulamada rastladığım iki olayda asliye mahkemesi dava konusu sözleşmedeki feshi ihbar süresinin altı ay olduğunu, bunun Tebliğin 6-b-b bendine aykırı bulunduğunu göz önünde tutarak, Tebliğ hükmünü doğrudan uygulamış ve 2 yıldan kısa süreli feshi ihbarın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bu yorum tarzı doğru değildir. Sözleşmede yazılı olan kısa feshi ihbar

³ Rekabet Kurulu'nun halen yürürlükte olan üç adet Grup Muafiyeti Tebliği vardır:

1998/3 Sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmaları Grup Muafiyeti Tebliği (2000/3 Sayılı Tebliğ ile değişik)

2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2003/2 Sayılı Tebliğ ile değişik)

2003/3 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği

süresi sadece o sözleşmenin muafiyetten yararlanamaması sonucunu doğurur. Bundan sonra mahkemenin sözleşmeyi ayrıntılı olarak inceleyip Rekabet Kanununun 4. maddesine aykırı olup olmadığını saptaması gerekir. Eğer aykırılık saptanırsa, Rekabet Kanununun 56. maddesi gereği sözleşme geçersiz olur. Diğer bir deyimle burada geçersiz olan feshi ihbar beyanı değil sözleşmenin kendisidir. Yani, bırakınız iki yıllık süreye uymayı, sözleşme baştan itibaren geçersiz olacaktır. Bu durumda ise, feshi ihbarda bulunmuş olan taraf, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle esasen amacına ulaşmış olacaktır.

III. Tazminat Sorunu

Tazminat konusunda her şeyden önce açıklığa kavuşturulması gereken nokta “kusur” sorunudur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Kanunun 4 ve 6. maddelerine aykırılık durumunda ceza verilmesi için kusur gerekmez⁴. 16. maddenin 4. fıkrası “kusur”un sadece para cezasının tutarının belirlenmesinde göz önünde tutulması gerektiğini amirdir. Bu tebliğimin konusuna girmemekle birlikte, Kanun’un 16 maddesinin ikinci fıkrasında yazılı temel cezanın verilebilmesi için de kusurun gerektiği kanısındayım. Ceza hukukunun temel ilkeleri bunu gerektirir. 16. maddenin 4. fıkrasında kusurun ceza tutarının belirlenmesinde göz önünde tutulacağı hükmü, kusur olmasa bile cezanın verilmesi gerektiği biçiminde yorumlanmamalıdır.

Ceza verilebilmesi için kusur gerekmesi bile, özel hukuk açısından, 57. ve 58. maddelerdeki tazminata hükmedilmesi için kusurun gerekmediği sonucuna varmak ise son derecede yanlıştır. Türk özel hukukunda kusursuz sorumluluğun varlığı ancak kanunda açıkça yazılı olmasına bağlıdır. Kanundaki tazminat hükümleri ile para cezası hükümleri tamamen ayrı amaçlara yönelik ve ayrı hukuk dallarına ilişkin hükümlerdir. Para cezası için kusur gerekmediği kuralı kıyasen dahi tazminata ilişkin hükümlere uygulanamaz. Aksini düşünmek tazminat hukukunun temel ilkeleri ile çelişir.

Tazminata ilişkin 57 ve 58. maddeler tazminata yol açan hususları – yani hukuka aykırılık unsurunu - ayrıntılı olarak belirlemişlerdir. Bu yol doğru değildir. Kısaca Kanunun 4. ve 6. maddelerinin ihlalinden söz etmek yerinde olurdu. Eğer açık tanımlar yazmak gerekli ise maddelerin aynen tekrarı doğru olurdu. Hem 57 hem de 58. maddelerdeki ifadeler Kanunun 4 ve 6. maddelerinden farklıdır. Üstelik 57. madde ile 58. maddelerdeki ifadeler de birbirinden farklıdır. Bu farklar yorumcularda tazminat hakkının daraltılarak özel hallere münhasır kılındığı, bazı hallerde ise kapsamın genişletildiği

⁴ Halbuki Avrupa Birliği rekabet hukukunda ceza için kusur gereklidir. 17 Sayılı Tüzük m. 15/2.

izlenimini uyandırabilir. Kanun koyucunun amacı bu olmadığı gibi, böyle bir fark yaratmak doğru da değildir.

57. Madde aynen şöyledir:

“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 hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.”

Maddenin baş tarafı Rekabet Kanununun 4. maddesini tanımlamak amacındadır. Bilindiği gibi 4. madde üç kategoriden söz etmektedir:

- Anlaşma
- Uyumlu eylem ve;
- Teşebbüs birliği kararları

57. maddede ise “sözleşme veya anlaşma” terimi kullanılmıştır. Rekabet hukukuna has bir kavram olan “anlaşma” terimi sözleşmeleri de kapsar. Diğer bir deyimle bütün sözleşmeler anlaşmadır ama özel hukuk açısından sözleşme sayılmayan irade uyumları da anlaşma sayılır. Bu nedenle bu iki kavramı yan yana kullanmak sanki içerikleri farklıymış izlenimi uyandırmaktadır. Anlaşma kavramı bütün sözleşmeleri kapsadığı için sadece anlaşma sözcüğünün kullanılması daha doğru olurdu.

Maddede uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları “eylem” ve “karar” biçiminde kısaltılmıştır. Bunun sonucunda da tazminat hukuku açısından Kanunun 4. maddesinin kapsamının genişletildiği ve her türlü eylem ile her türlü kararın kastedildiği gibi yanlış bir yorum ortaya çıkabilir.

58. Madde metni aşağıdadır:

“Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir.

Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolarda dikkate alınarak hesaplanır. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi

üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.“

58. madde kanımca Kanunun uygulama ve yorum açısından en sakıncalı maddesidir. Bu madde nelerin tazminat olarak istenebileceğini ve tazminatın hesaplanmasını hükme bağlar. Bu nedenle tazminata yol açacak eylem ve işlemlerin burada yeniden tanımlanması gerekmezdi. Üstelik yapılan tanım hem 57. maddeden farklıdır hem de eksiktir.

Madde hakkında önce şunu söylemek gerekir. Maddede rakiplerin tazminat hakkından söz edilmektedir. Halbuki, tazminata hükmetmek için zarar verenle zarar görenin arasında bir rekabet ilişkisi aramak kanımca gereksizdir ve haksız sonuçlara yol açabilir. Şöyle bir örnek vermek mümkündür. Ham madde üreten iki rakip teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yaptıklarını varsayalım. Bu anlaşmadan aynı ham maddeyi üreten diğer rakipler zarar görebilecekleri gibi, söz konusu ham maddeyi kullanarak mamul mal üreten teşebbüsler de zarar görebilir. Bu teşebbüsler ise rakip değildir. Ama bunların zararı çoğu zaman rakiplerden daha önemli olabilir. Hatta söz konusu anlaşma mamul mal üreten teşebbüsleri hedef alabilir. Bu nedenle tazminat hakkını rakiplere hasretmek yerinde olmamıştır⁵

Madde “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler ...*” cümleciği ile başlamaktadır. Böyle bir tanım son derecede sakıncalıdır. Her ne kadar Kanunun amacı rekabetin korunması ise de hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. madde Roma Andlaşmasının 82. maddesine paralel olarak “rekabet”ten söz etmez. “Kötüye kullanma” deyimini kullanır. Bu ifadeden hareketle Avrupa ve Türk rekabet hukuklarında genellikle kötüye kullanmanın rekabetin sınırlanmasından daha geniş yorumlandığını görüyoruz. Hakim durumda olan bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemleri çoğunlukla kötüye kullanma sayılır. Ama, rekabeti sınırlamadığı hallerde de kötüye kullanma sayılan durumların da var olabileceği kabul edilir. Yani, Rekabeti sınırlayan eylem ve işlemlerin yanında, rekabeti sınırlamasa dahi “sömürücü” davranışlar kötüye kullanma olarak kabul edilir. Bu tür davranışların bir kısmı tüketiciye yönelik olanlardır. Örneğin hakim durumda olan bir teşebbüsün fâhiş fiyat uygulaması rekabeti sınırlamaz ama sömürücü bir kötüye kullanmadır. Aynı biçimde bazı hallerde ayırmıcılık yapmak, yani Rekabet Kanununun ifadesi ile; “*Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya*

⁵ Bu görüşün temelindeki fikri öğrencim ve genç meslekdaşım Sayın Av. Sinan Naipoğlu’na borçluyum.

dolaylı olarak ayırıcılık yapılması,”(Rekabet Kanununun m.6 bent b) her zaman rekabeti bozmaz. Fakat, kötüye kullanma sayılır⁶.

58. madde sadece rekabetin sınırlanmasından söz ettiği için sanki hakim duruma ilişkin 6. maddeyi dışlıyormuş, ya da hiç değilse bazı kötüye kullanma hallerini tazminat sorumluluğunun dışında bırakıyormuş anlamı çıkabilir. Böyle bir yorum son derecede yanlıştır. Çünkü hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen Kanunun 6. maddesi hukuka aykırılık açısından en az rekabeti bozucu anlaşmaları düzenleyen 4. maddesi kadar, belki de daha fazla, ağır ve vahim sonuçlar doğurabilir.

58. maddenin birinci fıkrası tazminat olarak istenebilecek hususlarla, tazminatın hesaplanmasını gösterir. Madde hem zarar gören rakip teşebbüslerin tüm zararlarını isteyebileceklerini öngörmekte, hem de *“Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir.”* demektedir. Bu ifadenin tüketici/alıcılara yönelik olduğu açıktır ve böyle yorumlanması gerekir. Bu hususun daha açık yazılması çok yerinde olurdu.

Bu fıkradaki en önemli yanlıştır *“Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.”* cümlesindedir.

Eğer bu hüküm kâr mahrumiyetinden söz ediyorsa, buna gerek yoktur. Çünkü madde zarar gören rakiplerin tüm zararlarını isteyebileceklerini zaten belirtmiştir. Kâr mahrumiyeti de buna dahildir. Bu durumda kanun koyucunun gerçek amacını saptamak gerekir. Burada yapılmak istenen şey Ticaret Kanununun 58. maddesindeki özel tazminat hükmünü rekabet hukuku alanına taşımaktır. Bilindiği gibi TK m.58 haksız rekabet davacısının kendi zararı yanında, davalının elde etmesi mümkün görülen kâra da tazminat olarak hükmedilebileceğini öngörür (TK m. 58/e)⁷.

Bu nedenle madde yazılı “zarar görenin” ifadesinin “zarar verenin” olması gerekirdi. Nitekim maddenin aşağıda inceleyeceğim ikinci fıkrasında açıkça *“... zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârlar ..”* dan söz edilmektedir. Kısacası 58. maddenin ilk fıkrasında hem

⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi, Avrupa ve Türk rekabet hukuklarındaki durum için bak. Aşçıoğlu – Öz, Yard. Doç. Dr. Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No. 4, s. 139 vd., s. 159 vd.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Arkan, Prof. Dr. Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara, 1993 s. 282-283.

önemli bir yanlış yapılmış, hem de ikinci fıkra ile açıklanması kabil olmayan bir fark yaratılmış olmaktadır.

Kanunun 58. maddesinin ikinci fıkrası son derecede önemli bir hükümdür. Kanunumuzun tamamı Avrupa rekabet hukukuna dayanmakla birlikte, bu hüküm Amerikan rekabet hukukunun (Antitrust) tazminat yöntemini benimsemiştir (Treble damages). Amerikan hukukunda antitrust düzenlemelerine aykırılıktan zarar görenlerin, uğradıkları zararın üç katına kadar tazminat talep etmeleri mümkündür⁸

Madde zararın üç katına kadar tazminat talep edilebilecek halleri şöyle tanımlar; “*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa,*”. Bu belirleme haksız ve yanlıştır. Her şeyden önce “*..tarafların anlaşması ya da kararı..*” ifadesi yanlıştır. Rekabet hukukunda “tarafların kararı” diye bir kavram yoktur. Doğru kavram “teşebbüs birliği kararı”dır.

Bunun yanında, kanımca son derecede sakıncalı ve haksız olan husus bu tanımın sisteminden kaynaklanmaktadır. Maddeye göre zararın üç katına tazminat olarak hükmedilebilmesi için ya rekabeti bozucu bir anlaşma olacak, yahut da “ağır ihmal” (ağır kusur)’un varlığı belirlenecektir. Diğer bir deyimle rekabeti bozucu anlaşmalardan ötürü üç kat tazminata hükmetmek için ağır kusur gerekmecektir. Diğer rekabet ihlali hallerinde ise ağır kusurun mevcudiyeti aranacaktır. Rekabeti bozucu anlaşmalardan doğan ihlallerin dışında kalan rekabet ihlalleri ise Kanunun 6. maddesinden kaynaklananlardır. Burada da hakim durumun kötüye kullanılması ile rekabeti bozucu anlaşmalar arasında fark gözetilmiştir. Kanun koyucu tekelleri korumakta mıdır? Bu kabul edilemez.

Medenî ceza niteliğinde olan zararın üç katına kadar tazminat yöntemi çok ağır bir yaptırımdır. Bu nedenle tüm rekabet ihlallerinde üç kat tazminat yaptırımının, ağır kusur koşuluna bağlanması yerindedir. Bence maddenin böyle yorumlanması gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkrada yapılan yanlış düzeltilmiş ve zarar gören’in değil zarar veren’in elde etmesi muhtemel kârlara hükmedilebileceği öngörülmüştür. Kanımca birinci fıkradaki durumu basit bir sözcük hatası olarak görmek ve ikinci fıkraya uygun olarak düzeltmek yerinde olacaktır.

⁸Section IV, Clayton Act, 15 U.S.C.A &15 (1973); Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Handbook of the Law of Antitrust, Sullivan, Lawrence Anthony, St. Paul, Minnesota, 1977, Hornbook Series. s. 769 vd.

IV. İspat Yüğü ve Yöntemi

Madde 59 metni de aşağıdadır:

“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 kanutları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.”

Maddenin birinci fıkrası Türk rekabet hukuku açısından son derecede önemli bir karineyi hükme bağlamaktadır. Kanunun 4. maddesi rekabeti bozucu eylemlerin arasında “uyumlu davranış” denen bir kavramı da saymaktadır. Bilindiğı gibi 4. maddedeki temel kavram “anlaşma”dır. Anlaşma borçlar hukukundaki sözleşmeden farklı, sözleşmeyi de içeren daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle anlaşmanın ispatı bazı hallerde son derecede güç olabilir. Bazı hallerde taraflar arasındaki anlaşma ispat edilemese hatta mevcut olmasa dahi, tarafların piyasadaki davranış ve kararları bir anlaşma varmış izlenimini uyandırabilir. Yukarıdaki madde metninden de anlaşılabilceğı gibi buna en açık örnek birden fazla teşebbüsün aynı anda ve aynı oranda fiyat artırması ya da düşürmesi halidir. Genel olarak bu duruma “paralel davranış” denir.

Bir paralel davranışın uyumlu eylem sayılması için ikinci bir unsur daha aranır. Paralel davranışta bulunanların bunu bilinçli olarak, yani birbirlerinden haberdar olarak, bir koordinasyon içinde yapıyor olmaları gerekir. Ceza hukuku kavramlarından bir benzetme yapacak olursak “bilinçli olma” halini bir suçun manevî unsuruna benzetebiliriz. Bu aşamada yukarıdaki karine söz konusu olur. Maddî bir olay olan “paralel davranış” ispat edilmişse, tarafların bunu bilinçli olarak yaptıkları karinesi vardır. Bunun ispatı gerekmez.

Bu karine adî bir karinedir. Hukuk davasında davacının “paralel davranış” ispat etmesi halinde, davalı uyumlu davranış karinesinin aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir. İlk bakışta olumsuzun ispatı sayılabilecek olan “bilinçli” olmadığını ispat imkânsız görülebilir. Ama Kanun 4. maddesinde bunun da yolunu göstermiştir. İlgili teşebbüs(ler) paralel davranışlarının piyasa koşulları sonucunda ve ekonomik mekanizmalar nedeniyle kendiliğinden oluştuğunu ispat ederek karineyi çürütebilirler. Bir örnek vermek gerekirse paralel davranışa konu olan ürünün imalatında örneğın Dolara bağılı girdilerin önemli yer tuttuğı ve Dolar değeri artınca ürünün fiyatının da tüm imalatçılar açısından aynı zamanda ve aynı oranda artmasının

piyasa koşulları gereği olduğu ispatlanabilir. Bu gerekçe ile ispat yöntemi 59. maddede yazılı değildir. Uyumlu eylem karinesi Kanunun 4. maddesinde de (son iki fıkra) yer almıştır:

“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.”

Madde önce uyumlu eylemi tanımlayarak karineyi belirlemiş sonra da karinenin nasıl çürütülebileceğini göstermiştir. Maddenin son fıkrasında Resmî Gazetemde bir yanlış yapılmıştır. Maddedeki “gerçekler” sözcüğünün doğrusu “gerekçeler” olmalıdır. İşte bu fıkra 59. maddeye de kıyasın uygulanır.

Kanunun 4. maddesi bir suçun tanımını yapmaktadır. Bu suçun ispatının tümüyle Rekabet Kuruluna ait olması gerekir. İdarî ceza da olsa ceza kurallarında karinenin mümkün olup olmadığı ve 4. maddenin bu hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı düşünülebilir. Buna karşılık 59. maddedeki karine bir özel hukuk karinesi olup meşrudur.

Görüldüğü gibi 59. madde ile 4. maddedeki uyumlu eylem tanımları tamamen farklıdır. Amaçları aynı olduğu için böyle bir fark yaratmak gerekmez. Bu farkın kanun koyucu tarafından bilinçli olarak istendiğini zannetmiyorum. Kanun yapma tekniği hatası olarak görülmesi daha yerinde olur.

Bunun yanında 4. maddedeki uyumlu eylem tanımı hem yanlış, hem de anlamsızdır. Bu nedenle ceza konusunda karinenin varlığı itiraz konusu olsa bile, bu karine uygulanacaksa 59. maddedeki tanım esas alınmalıdır.

59. Maddenin son fıkrasındaki, “*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.*” ibaresi yine oldukça sakıncalıdır. Her şeyden önce rekabeti bozucu bir anlaşmanın varlığı yahut hakim durumun kötüye kullanılması maddî bir durum olduğu için esasen her türlü delille ispatlanabilir. Her şeye rağmen ispat konusunda açıklık getirmek için bu hükmün kaleme alındığı düşünülebilir. O zaman da cümle yanlışlarla doludur. Her şeyden önce rekabet hukukunda “rekabeti sınırlayıcı uygulamalar” diye bir terim yoktur. Sonra, 58. maddede olduğu gibi burada da hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6. madde dışlanmış görünmektedir. Yani hakim durumun kötüye kullanıldığı her türlü delille ispatlanamayacak mıdır? Böyle bir sonuca varmak mümkün değildir.

V. Öneriler

Kanunun 56-59. maddelerinin aşağıdaki biçimlerde yeniden düzenlenmesinin gerektiğini düşünmekteyim:

Bu Kanuna Aykırı Hukukî İşlemlerin Geçersizliği

Madde 56- Bu Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararları ve 6 ncı maddesine aykırı olan, hakim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki hukukî işlemler geçersizdir. Bunlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tâbidir.

Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu Kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.

Tazminat Hakkı

Madde 57- Her kim, kusurlu olarak, bu Kanunun “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığını taşıyan 4. maddesini yahut “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlığını taşıyan 6. maddesini ihlâl ederse, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur.

Zararın Tazmini

Madde 58- Bu Kanun’un 57 nci maddesine göre tazminat borcunun doğması halinde, zarar gören;

a) Tüketiciler dahil olmak üzere ihlale konu olan malların alıcıları, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir.

b) Zarar gören teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini sorumlu teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zarar veren teşebbüslerin elde ettikleri ya da elde etmeleri muhtemel bütün kârlara da tazminat olarak hükmedilebilir.

Ortaya çıkan zarar, sorumlu teşebbüslerin ağır kusurundan kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katına kadar tazminata hükmedebilir.

İspat Yüğü

Madde 59- Bu Kanunun “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığını taşıyan 4. maddesinin ve “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlığını taşıyan 6. maddesinin ihlâl edildiğı her türlü delille ispatlanabilir.

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 davahlara geçer.

Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da değışiklik yapılmasını gerektirecek çok hüküm vardır. Benim önerilerim sadece adliye mahkemelerinin durumu ile özel hukuk sonuçlarına ilişkin maddeler hakkındadır. Durum böyle olmakla birlikte, ilgili olması açısından 59. maddede yazılı “uyumlu eylem” tanımının aynen Kanunun 4. maddesine alınması ve maddedeki yanlış tanımın çıkartılması yerinde olacaktır.

VI. Rekabet Hukuku Konuları Hangi Hallerde Adalet Mahkemeleri Önüne Gelir?

Rekabet hukuku bir kamu hukuku dalıdır. Rekabet ihlallerini saptayarak ceza vermek yetkisi Rekabet Kuruluna verilmiştir. Kurulunun kararlarına karşı da doğrudan doğruya Danıştay’da iptal davası açmak mümkündür. Bu nedenle rekabet hukukuna ilişkin konular ancak özel hukuk açısından adliye mahkemelerine (hukuk mahkemelerine) gelirler. Ülkemizde düzenlenen sistem çerçevesinde, bir rekabet kanununa sahip olan diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye’de de rekabet hukuku konuları adliye mahkemelerinde iki halde karşımıza çıkar:

A. Tazminat Davası Olarak

Rekabetin bozulması halinde para cezası verme yetkisine sahip olan Rekabet Kurulu, kanunun ihlalden zarar görenler lehine tazminata hükmedemez. Bu yetki adliye mahkemelerininindir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 57 vd. maddeleri bu konuyu düzenlemekte, ve tazminat hakkında Borçlar Kanunumuzdan ayırık hükümler getirmektedir.

Böylece rekabeti bozucu bir anlaşmadan yahut bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasından zarar gördüğünü düşünen üçüncü kişiler adliye mahkemelerinde dava açarak tazminat talep edebileceklerdir.

Bu konudaki temel sorun adliye mahkemesinin yetkisinin sınırı hakkındadır. Adliye mahkemesi rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlâl edildiğini belirleyerek, tazminata hükmedebilecek midir? Yoksa Rekabet Kurulu'nun soruşturmasını bekleyip, sadece tazminatın koşullarının var olup olmadığına ve miktarına mı hükmedecektir? Bu sorunun cevabını aşağıda vermeğe çalışacağım.

B. Rekabet Hukukunun Dışındaki Konulara İlişkin Davalarda Durum

Konusu ne olursa olsun sözleşme ihlallerinden doğan davalarda, taraflardan biri karşı tarafın dayandığı sözleşmenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı olduğunu ve bu nedenle dayanılan sözleşmenin geçersiz olduğunu def'an ileri sürebilir. Yahut sözleşme taraflarından biri aynı iddia ile fesih davası açabilir. Nihayet sözleşmeden doğan bir davada yargıç geçersizlik hususunu re'sen göz önünde tutmalıdır. Bütün bu hallerde, adliye mahkemesi ihtilaf yaratan sözleşmenin Rekabet kanununa aykırılıktan dolayı geçerli olup olmadığını araştırmak durumunda kalacaktır.

VII. Avrupa Birliğinde Durum

A. Mevcut Durum

Türk rekabet hukukunun uygulanmasında AB kaynaklarından yararlanmak sanıldığı kadar kolay değildir. Gözden kaçırılmaması gereken en önemli husus AB rekabet hukukunun üye ülke hukuklarından daha üst düzeyde olduğu noktasıdır. AB'de rekabet hukuku uygulamasında, üye ülke hukuku ile bir çatışma ya da aykırılık olan hallerde AB hukuku öncelikle uygulanır. Ülkemizde ise, Rekabet Kanunu normlar hiyerarşisi içinde diğer kanunlarla aynı düzeydedir. AB ile Türkiye arasında bu farkın gündeme gelmesi, özellikle rekabet ihlallerinin özel hukuk açısından sonuçları bakımından söz konusudur. Bu nedenle bu konuda önce kısaca Avrupa Birliğindeki durumu incelemek yerinde olacaktır.

AB hukuku açısından Roma Andlaşmasının rekabet hukukuna ilişkin 81 vd maddeleri ile, rekabet hukukunu düzenleyen Konsey ve Komisyon Tüzükleri doğrudan uygulanacak düzenlemelerdir. Yani üye ülkelerde iç hukuk kuralı gibi, hatta ulusal kanunlar karşısında öncelikle uygulanır. 17. Sayılı Tüzüğün 9. maddesine göre Ulusal mahkemeler ve ulusal rekabet otoriteleri AB rekabet hukuku kurallarını uygulamakla yalnız yetkili değil aynı zamanda görevlidirler.

Ancak, AB Komisyonunun başlatmış olduğu bir soruşturma varsa ulusal rekabet otoritelerinin bu yetkileri ortadan kalkar.

Buna karşılık bazı hususlar AB Komisyonunun münhasır yetkisine verilmiştir. Bunların başında idarî para cezası vermek ve belirli anlaşmalara bireysel muafiyet yetkisi tanımak gelir. Komisyonun münhasır yetkisine ilişkin hususlarda ulusal mahkemeler karar alamayacakları gibi, bu konulardaki Komisyon kararları mahkemeleri bağlar (17. Sayılı Tüzük m. 9). Ayrıca, ulusal mahkemelerin yetkili oldukları konularda, o olayla ilgili bir Adalet Divanı kararı varsa, bu da mahkemeleri bağlar. Örneğin, Komisyon bir anlaşmanın rekabeti sınırladığına, ya da sınırlamadığına karar vermişse ve Adalet Divanı bu kararı onaylamışsa, ulusal mahkeme bu karar ile bağlıdır. Nihayet, ulusal mahkemede sürmekte olan bir davada aşağıda açıklayacağım “ön karar” yöntemi ile Adalet Divanı bir yorum kararı verecektir. Böylece, AB hukukunun yeknesak uygulaması mümkün olur.

Bilindiği gibi Avrupa Birliğinde üye devletler kendi hukuk sistemlerini muhafaza ederler (Medenî hukuk, idare hukuku, ceza hukuku vs. gibi). Rekabet hukukunu ilgilendiren konularda ulusal mahkemeler rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçlarını kendi ulusal hukuklarına göre belirlerler.

Diğer bir deyimle, rekabet hukuku ihlallerine dayanan tazminat talepleri ile rekabeti bozucu sözleşmelerin geçersizliği konuları ulusal hukuka göre çözümlenir. Bunun tek istisnası Roma Anlaşmasının 81. maddesinin ikinci paragrafıdır. Bu hükme göre rekabeti bozan anlaşmalar geçersizdir. Yani bir sözleşmenin rekabeti bozduğu saptanınca, ulusal mahkemeler bunun geçersiz olduğunu kabule mecburdurlar. Buna karşılık bu geçersizliğin kısmî yahut askıda geçersizlik olup olmadığı ve hüküm ve sonuçları ulusal hukuka tâbidir.

Ulusal mahkemelerin rekabetin bozulup bozulmadığı konusundaki kararlarında yeknesaklık sağlanması ve içtihat ayrılıklarının çıkmaması için, Avrupa Birliğinde yalnız rekabet hukukuna has olmayan bir ön karar sistemi benimsenmiştir⁹. Buna göre ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada Avrupa rekabet hukukuna ilişkin konularda mahkeme hukukî yorum açısından Avrupa Adalet Divanından karar (görüş) almak zorundadır. Bu karar mahkemeyi bağlar. Buna karşılık, Adalet Divanı sadece rekabet kurallarının yorumunu yapar olayları inceleyemez. Özel hukuk sonuçlarına da karışmaz.

Bir ulusal mahkeme kararı herhangi bir nedenle Adalet Divanından ön karar almadan kesinleşse dahi, sonradan Komisyon ya da Adalet Divanı buna aykırı bir karar alabilir. Bu karar, kesinleşmiş ulusal mahkeme kararını tamamen ya da kısmen etkisiz kılabilir.

⁹ Avrupa Topluluğu Andlaşması m. 234 (Eski madde No.su 177)

Bu son durumu bir örnek ile açıklamak yararlı olacaktır. Avrupa Adalet Divanı ünlü Grundig kararında bu konuyu çözüme bağlamıştır¹⁰

Alman Grundig firması Fransa'da Consten adlı bir teşebbüsü, Fransa genel distribütörü olarak atamış ve taraflar arasında gerekli sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Bu sözleşmeye dayanarak Consten firması Grundig markasını Fransa'da tescil ettirmiştir. Grundig ürünlerinin Consten dışında Almanya'dan ithal edilerek daha ucuz fiyatlarla satılmağa başlaması üzerine, Consten firması ithalatçı firma aleyhinde Fransız mahkemesinde haksız rekabet davası açmış, davayı kazanmış ve hüküm kesinleşmiştir. Yani sonuçta Consten firması mahkeme hükmüne dayanarak Fransa'ya yapılan paralel ithalatı engellemiştir.

Konunun şikâyet yolu ile AB Komisyonuna getirilmesi sonucunda, yargı denetimi ile görevli Avrupa Adalet Divanı, paralel ithalatın engellenmesinin rekabeti bozucu olduğuna karar vermiş ve Fransız mahkemesinin kararına karşın, Consten Firmasının Fransa'ya ithalatı engelleyemeyeceğini kararlaştırmıştır.

Salt rekabet hukuku açısından durum böyle olmakla birlikte, üye ülkelerde rekabet hukukunun özel hukuk bakımından sonuçları ulusal hukuka tâbidir ve her üye ülkenin kuralları ve sistemi farklıdır. Birçok üye ülkede bu konuda önemli zorluklar olduğu görülmektedir¹¹

B. Yeni Uygulama Tüzüğü

Avrupa Birliği rekabet hukukunun uygulanmasına yönelik radikal ve son derecede önemli reformları içeren ve 17. Sayılı Tüzüğün yerine geçen 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü 25 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 1 Mayıs 2004 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayacaktır¹²

Bu Tüzüğün konumuzu ilgilendiren yönü üye ülke mahkemelerinin ve rekabet otoritelerinin yetki ve görevlerini yeniden belirleyen ve önemli ölçüde genişleten hükümlerdir. Bu konudaki en önemli hüküm, Roma Andlaşmasının 81. maddesinin 3. bendindeki muafiyet konusudur. Halen bir anlaşmaya muafiyet vermek AB Komisyonunun münhasır yetkisindedir. Tüzüğün 1. maddesi iki önemli değişiklik getirmektedir. Üye devlet rekabet otoriteleri ve mahkemeleri bir sözleşmenin muafiyetten yararlanıp yararlanmadığına da karar

¹⁰ Consten and Grundig v. Commission Case 56,58-64 European Court Reports ECR 1966 s. 299

¹¹ Bu konuda İngiltere örneği için bakınız: Whish, Prof. Richard, The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States, ECLR 1994 s. 60; Kon, Stephen – Maxwell, Andrew, Enforcement in National Courts of the EC and New U.K. Competition Rules: Obstacles to Effective Enforcement, ECLR 1998, s. 443

¹² Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. AB Resmî Gazetesi 4.1.2003 L 1/1

verebileceklerdir. Ayrıca, muafiyet için özel bir başvuru da gerekmeyecektir. Gerek Komisyon, gerek üye devlet makamları (mahkemeler dahil) 81. maddeyi uygularken 3. bentteki muafiyet şartlarını da göz önünde tutacaklar ve eğer bu bentteki koşullar yerine gelmişse, sözleşmenin 81. maddeyi ihlal etmediği kararını alabileceklerdir. Kısacası üye devlet mahkemeleri artık 81. ve 82. maddelerin tamamını uygulamak yetkisine sahip olacaklardır.

Bu maddelerin uygulanmasında üye devlet mahkemeleri AB Komisyonuna dava hakkında bilgi vermek zorundadırlar. Buna karşılık, Komisyondan o olay ile ilgili bilgi ve belge, ayrıca, o konuda rekabet kurallarının nasıl uygulanacağını gösteren yorum isteyebilirler. Komisyon ise kendi inisiyatifi ile Avrupa rekabet hukukunun uygulanacağı davalarda yazılı ya da sözlü görüş bildirebilir. Mahkeme verdiği hükmü Komisyona göndermek ile yükümlüdür (Tüzük m. 15). Mahkemeler Komisyon kararları ile çelişen kararlar vermemek için “ellerinden geleni” yapacaklardır. İçtihat birliğinin sağlanması ise nihâî olarak Adalet Divanıca “ön karar” yönteminin işletilmesi ile yahut Adalet Divanında henüz sonuçlanmamış bir dava varsa, bunun sonucunu bekletici mesele yaparak sağlanır.

Komisyonun sürdürmekte olduğu bir soruşturmada otomatik olarak mahkemenin yetkisi kalkmaz. Bu konuda Komisyonun kararı gerekir. Komisyon isterse mahkemedeki davayı kendi yetkisine alır, isterse kendi soruşturmasını durdurarak olayı mahkemeye bırakır (Tüzük m. 13).

VIII. Türkiye’deki Durum

A. Adliye Mahkemelerinin Yetkisinin Sınırı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 ve 6. maddelerine aykırı davranmak bir suçtur. Bu suçun işlendiğini belirleyerek idarî para cezası vermek münhasıran Rekabet Kurulunun yetkisindedir. Adliye Mahkemeleri bu konuda ceza veremezler. Ama, Kanun hükümlerinin özel hukuk sonuçlarını düzenleyen 56-59. maddelerini uygulamak adliye mahkemelerinin görevidir. Bu görevi yerine getirirken mahkemenin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4 ve 6 maddelerini uygulayarak hukuka aykırılığı saptaması gereklidir. Bu halde adliye mahkemesi ceza veremez ama tazminata ya da geçersizliğe hükmedebilmesi için Rekabet Kanunu uygulaması gerekir.

Kanımcıca durum açık olmasına karşın Yargıtay 19. Hukuk Dairesi aksi görüştedir¹³. Bu kararında Yargıtay aynen şöyle karar vermiştir:

¹³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 1.11.1999 E. 99/3350, K. 99/6364

“Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, 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 Kurumuna 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. ”

Kanımca, Yargıtay’ın bu kararı birkaç bakımdan yerinde değildir. Rekabet Kanununun ihlali nedeniyle açılan tazminat davası temelde bir haksız fiil davasıdır. Haksız fiilin “hukuka aykırılık” unsurunun bir suç oluşturup ceza yaptırımına bağlanmış olması davanın açıldığı hukuk mahkemesinin, cezayı verecek makamın kararını bekleyip, mahkumiyet kararı kesinleştikten sonra haksız fiil tazminatına hükmetmesi doğru değildir. Örneğin hakaret bir suçtur. Ama hakaret nedeniyle tazminat davası açıldığında, hukuk mahkemesinin ceza kararını beklemesi düşünülemez. Burada, olsa olsa, ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen BK m. 53 uygulanır. Bu uygulama da ancak önceden verilmiş bir ceza kararı olmasına bağlıdır.

Rekabet hukuku açısından da durum aynı olmak gerekir. Tazminat talebini araştıran hukuk mahkemesi, Rekabet Kurulunun ceza kararını beklememelidir. Önceden verilmiş bir Kurul kararı varsa, mahkeme bunu delil olarak değerlendirir.

Yukarda açıkladığım gibi rekabet hukuku konuları sadece rekabetin ihlali nedeniyle tazminat talebi biçiminde mahkemenin önüne gelmez. Bir sözleşmeden doğan ihtilafta, bu sözleşmenin Rekabet Kanununa aykırı ve dolayısıyla geçersiz olduğu iddiası ortaya atılabilir. Bu durumda mahkemenin Rekabet Kurulu kararını beklemesi yine mümkün değildir. Sözleşmenin Rekabet Kanununa aykırı olup olmadığını araştırarak ve sözleşmeye ilişkin ihtilafı buna göre çözecektir.

Hukuk mahkemesinde karar vermek için Rekabet Kurulu kararının beklenmesi usul ekonomisi açısından da yerinde değildir. Bu durumda davalar gereksiz yere uzayacaktır. Kapsamlı soruşturmalarda Rekabet Kurulunun bir karara varması ve gerekçeli kararın taraflara tebliğ edilmesi en az iki yıl sürmektedir. Karara karşı Danıştay’a başvurma yolu da açıktır. İdarî yargıda da dava en az bir yılda sonuçlanır. Rekabet ihlali nedeniyle tazminat talep eden kişi mahkemece davanın esasına girilebilmesi için en az üç yıl bekleyecektir.

Bütün bu nedenlerle, adliye mahkemelerinin, özel hukuk sonuçları ile sınırlı olmak kaydıyla, Rekabet Kanununu yorumlayıp uygulaması yerinde olacaktır. Esasen bu sonuç Türk özel hukuku sistemi açısından gereklidir.

Adliye mahkemeleri Rekabet Kanununda öngörölmüş olan cezalara hükmedemezler. Bir anlaşma hakkında bireysel muafiyet kararı tesis edemezler. Kanunun 7. maddesi çerçevesinde birleşme ve devralmalara izin veremezler. Buna karşılık, bir anlaşmanın rekabeti bozup bozmadığına ve bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına karar verebilmeleri gerekir. Ayrıca, bir anlaşmanın Rekabet Kurulunca çıkarılan grup muafiyeti tebliğlerinden yararlanıp yararlanmadığına da karar verme yetkileri vardır.

Adliye mahkemelerinin yetkisi böyle olmakla birlikte, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da cevabını bulamadığımız bazı sorunların da çözüme bağlanması gerekebilir. Bu sorunların bazıları yorum yolu ile çözümlenebilse bile, bir kısmı için Kanun değişikliği gerekmektedir.

1. Rekabet Kurulunca Hakkında Karar Verilmiş Olan Soruşturmalar

Rekabet Kurulu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ihlal edildiğine karar vermiş olabilir. Bu karardan sonra mahkemede tazminat davası açılırsa, hukuka aykırılığın saptanması açısından mahkeme Rekabet Kurulu kararı ile bağlı olacak mıdır? Diğer bir deyimle Rekabet Kurulunun kararı mahkemece kesin delil olarak değerlendirilmeli midir? Bilindiği gibi bir hususun kesin delil olabilmesi ve mahkemeyi bağlayıcı olması ancak kanunla belirtilmiş olmasına bağlıdır¹⁴. Bu nedenle, bu soruya olumlu yanıt vermek olanaklı görülmemektedir. Ancak mahkemenin Rekabet Kurulu karar metninden ve soruşturma dosyasından yararlanması mümkündür. Mahkeme getirttiği dosyayı kendi inceleyeceği gibi bu işi bilirkişi marifetiyle de yaptırabilir.

Mahkemenin Rekabet Kurulu kararı ile bağlı olup olmadığı sorununun çözümünde Borçlar Kanununun "Ceza hukuku ile medenî hukuk arasında münasebet" başlığını taşıyan 53. maddesi yol gösterici olabilir:

"Hakim, kusur olup olmadığına, yahut haksız fiilin failinin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmı ile bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı,

¹⁴ Nitekim HUMK m. 236, 237, 287 ve 377 olmak üzere dört çeşit kesin delil belirlemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. Kuru, Prof. Dr. Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 4. Bası Ankara 1980, s. 1398.

kusurun takdiri ve zararın miktarının tâyini hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.”

Bu maddenin kusura ilişkin hükümleri kıyasen aynen uygulanabilir. Çünkü Rekabet Kurulunun para cezasına karar verebilmesi için kusur şart değildir. Kusur, sadece para cezasının tutarı belirlenirken göz önünde tutulmalıdır (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 16/IV). Buna karşılık, aşağıda açıklayacağım gibi Kanunun 57 ve 58. maddeleri uyarınca tazminata hükmedebilmek için kanımca kusurun varlığı gereklidir. Mahkeme kusur konusunu Rekabet Kurulu kararından bağımsız olarak takdir eder.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un ihlal edilip edilmediği yani hukuka aykırılık unsurunun saptanması konusunda mahkemenin Rekabet Kurulu kararı ile bağılı olup olmayacağı noktası şüphelidir. Bence açık olan, bu konuda BK m. 53’ün kıyasen dahi uygulanamayacağıdır. Yani hukuk mahkemesinin sadece beraat kararı ile bağılı olmayacağını söylemek mümkün görülemez. Bağlayıcılık açısından Rekabet Kurulu kararını bir bütün olarak ele almak gerekir. Diğer bir deyimle, mahkeme Rekabet Kurulu kararı ile bağılı olacaksa, mahkumiyet olsun aklama olsun her iki halde de bağılı olması gerekir. Yahut mahkeme bağılı olmayacaksa yine her iki halde de serbest olması doğru olacaktır.

Rekabet Kurulu idarî bir makamdır. Yargı organı değildir. Bu nedenle, mahkemenin idarî bir kararla bağılı tutmak mümkün olmamak gerekir. Bu husus Anayasamızın temel ilkelerinden biri olan yargının bağımsızlığı ilkesi ile çelişir.

Bence doğru olan böyle bir sonuç birtakım sorunları da beraberinde getirir. Eğer, Rekabet Kurulu kararı, Kanunun 55. maddesi gereği Danıştay’ca onaylanarak kesinleşmiş ise hukuk mahkemesi bununla da bağılı değildir. Ama, bu karar Yargıtay’ca onayı kesinleşirse ortaya bir hüküm uyumsuzluğu çıktığı söylenebilir. Ancak;

“Hüküm uyumsuzluğundan söz edebilmek için iki ayrı yargı koluna dahil iki mahkeme tarafından, konusu, dava sebebi ve taraflarından en az biri aynı olan bir dava hakkında birbiriyle çelişik kesin hükümler olması ve bu nedenle hakkın yerine getirilmesinin imkânsız olması koşulu aranmaktadır¹⁵.

..... Danıştay ve Yargıtay’ın, taraflarından en az birinin aynı olduğu ve çelişkili hükümler içeren kararları olmakla beraber, bu

¹⁵ Anayasa m. 158 ve Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun m. 24-25

davaların iptal ve tazminat olmaları nedeniyle konusu ve sebebi birbirinden farklıdır.”¹⁶

Gamze Aşçıoğlu-Öz'ün yukardaki görüşü son derecede doğrudur. Yani ortada çözümlenmemiş bir sorun olduğu açıktır. Böyle bir ikilemin yararlı bir yönü de olabilir. Rekabet hukuku yargı uygulamasında içtihat zenginliğine yol açabilir ve değişik mahkemeler nihaî olarak doğru yolu bulabilirler. Kısacası, bu sorunun çözümü içtihatlar yolu ile olacaktır.

2. Rekabet Kurulunca Soruşturma Açılmış Olması Hali

Rekabet Kurulu bir soruşturma başlattıktan sonra henüz karar verilmeden dava açılırsa durum ne olacaktır? Bu sorunun çözümlenmesi de oldukça zordur. Yukarda değindiğim Yargıtay kararı, Rekabet Kurulunca soruşturma açılmamış olması halinde dahi, Kurul kararının beklenmesi gerektiği görüşündedir. Bu görüşün doğru olmadığını ve sakıncalarını yukarda açıklamıştım¹⁷. Burada ise mahkemenin konuyu bir bekletici sorun olarak görmesi ve Rekabet Kurulu kararını beklemesi daha mantıklı gelebilir. Yine de kanımca dava konusu olayın niteliğine göre bu hususun mahkemenin takdirine bırakılması yerinde olacaktır.

3. Rekabet Kurulunca Açılmış Herhangi Bir Soruşturma Yoksa

Dava açıldığında, o konuda rekabet Kurulunca açılmış bir soruşturma yoksa, mahkeme davayı görecektir ve Rekabet Kanununun hükümlerini de uygulayacaktır. Bu hususa yukarda ayrıntılı olarak değinmiştim. Mahkemenin davacıya mehil vererek, Rekabet Kuruluna başvurup karar almasını beklemek yerinde değildir.

Eğer dava konusu 4. madde ile ilgili bir anlaşma ise, burada unutulmaması gereken husus, Rekabet Kurulunun – eğer varsa- o konudaki bireysel muafiyet kararı ile mahkemenin bağlı olduğudur. Ayrıca, mahkeme Kurulun Grup Muafiyeti Tebliğlerini de göz önünde tutacaktır.

B. Adliye Mahkemesi – Rekabet Kurulu İlişkisi

Rekabet hukukuna ilişkin bir dava Rekabet Kurulu açısından hangi aşamada mahkemenin önüne gelirse gelsin, mahkeme ile Kurul'un bir bilgi değişimi içinde bulunmaları çok yararlıdır. Önüne rekabet hukukuna ilişkin bir dava gelen Adliye Mahkemesi, durumdan Rekabet Kurulu'nu haberdar etmeli ve bilgi istemelidir. Kanımca, bu hukuken de gereklidir. Rekabet Kanunu'nu ihlal

¹⁶ Aşçıoğlu – Öz, Yard. Doç. Dr. Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No. 4, s. 189-190.

¹⁷ Bak. yukarda dip not 12 ve ilişkili metin.

etmek bir suçtur. Rekabet Kurulu şikayet üzerine soruşturmaya başlayabileceği gibi, re'sen de soruşturma açabilir (Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 9 ve 40). Yani rekabet suçları şikayete bağlı suçlar değildir. Bu nedenle bir suçun varlığından haberdar olan mahkemenin durumu Rekabet Kuruluna haber vermesi yerinde olur¹⁸.

Mahkemenin Rekabet Kurulundan alacağı bilgiler birçok bakımdan gereklidir. Eğer Rekabet Kurulu nezdinde soruşturma başlamış ise, mahkeme bu durumu bekletici mesele yapıp yapmamağa karar verecektir. Ayrıca Kurul'daki soruşturma dosyası mahkemenin araştırması gereken bir çok delilin kolayca bulunmasını sağlar. Rekabet Kurulunun da mahkeme dosyasındaki delilleri kendi soruşturması için kullanma olanağı doğabilir.

Buna karşılık mahkemenin Rekabet Kurulundan Kanunun yorumu ve uygulanması hakkında görüş sormağa yetkisi yoktur. Rekabet Kurulu da kendi inisiyatifi ile davaya katılıp görüş bildiremez. Avrupa Birliği rekabet hukukunda mevcut olan bu olanaklar ülkemizde mevcut değildir.

Mahkemelerin Rekabet Kurulu'ndan bilirkişi olarak yararlanması acaba mümkün müdür? Rekabet hukuku uzmanlık gerektiren bir hukuk dalı olduğu için, mahkemelerin bu konuda bilirkişilerden yararlanmaları doğaldır. Rekabet hukuku konularında, büyük bir olasılıkla hemen her davada mahkeme bilirkişi atayacaktır. Rekabet Kurulundan bilirkişi olarak yararlanmak çok yararlı olurdu. Fakat, Kurul bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğu için, Kurul'un bilirkişi olarak görevlendirilmesi ancak açık bir kanun hükmüyle mümkündür. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ise bu yolda bir hüküm yoktur.

Ancak mahkemenin, kanunun yorumu açısından, Rekabet Kurulu'nun yayımlanmış kararlarından yararlanması her zaman mümkündür.

C. Önerilen Kanun Maddesi

Açıklık sağlanması için Kanuna adliye mahkemelerinin yetkisini belirleyen bir maddenin eklenmesi yerinde olacaktır. Madde numarası olarak 55a yahut Ek Madde 1 düşünülebilir:

Hukuk Mahkemelerinin Yetkisi

Ek Madde 1 (Madde 55a)- Hukuk mahkemesinde açılmış olan bir davada herhangi bir nedenle bu Kanunun ihlâl edilip edilmediğinin saptanması gerekiyorsa, yargıç bu Kanunu doğrudan uygulama yetkisine sahip ve bununla görevlidir.

¹⁸ Karşılaştırınız: Türk Ceza Kanunu m. 235

Yukarıdaki fıkra uyarınca bu Kanunun uygulanması gereken hallerde, yargıç durumu bir yazı ile Rekabet Kuruluna bildirir. Gerekiyorsa ve varsa olayla ilgili bilgi ve delilleri getirebilir.

Dava açıldığı zaman, aynı konuda davacı ya da davalı hakkında Rekabet Kurulunca başlatılmış bir soruşturma varsa, yargıç olayla ilgili bilgi ve delilleri getirebilir. Ayrıca, davanın lüzumsuz uzamasına neden olmayacak biçimde, karar vermek için Rekabet Kurulunun nihai kararının beklenmesine karar verebilir.

Dava açıldığı zaman, aynı konuda davacı ya da davalı hakkında Rekabet Kurulunca verilmiş bir karar varsa, yargıç bu karara uymak zorunda değildir. Ancak kararı delil olarak değerlendirir.

Bu davalarda mahkemece talep edildiği takdirde, Rekabet Kurulu bilirkişi görevi yapar.

Bilirkişi raporunu bir Kurul Üyesinin yönetiminde yeteri sayıda Uzman hazırlar. Bu Kurul üyesini, Kurul Başkanı belirler. Görevlendirilen üye de gerekli gördüğü sayıda Uzmanı görevlendirir. Rapor bu Kurul üyesi ile görevli Uzmanların imzalarını taşır.

REKABET HUKUKUNDA DELİLLER, DELİLLERİN TOPLANMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I) GİRİŞ

Rekabetin Korunması Hakkında (4054 sayılı) Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Kanun, bu amacın somut bir şekilde nasıl gerçekleştirilebileceği ile ilgili olarak Rekabet Kuruluna çeşitli yetkiler tanımış bulunmaktadır.

“Bilgi isteme” kenarbaşlığını taşıyan 14 üncü maddeye göre, Rekabet Kurulu, kendisine verilen yetkileri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi, kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden isteme hakkına sahiptir ve kendisinden talepte bulunanların yetkilileri istenilen bilgileri, Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadırlar.

Aynı Kanunun “yerinde inceleme” kenarbaşlığını taşıyan 15 inci maddesine göre de Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü

hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir; bu amaçla, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin defterlerini, hertürlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir; belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir; teşebbüslerin hertürlü malvarlığına ilişkin yerinde (mahallinde) incelemeler yapabilir. İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engelleme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.

Bu hükümlerin yanısıra Kanun, “Kurulun inceleme ve araştırmalarında usul”ü düzenleyen dördüncü kısmında (m.40-55) “önaraştırma” (m.40-41) ve “soruş-turma” (m.41 vd) müesseseleri düzenlenmiş ve bu arada, Kurulun kararını da-yandıracakđı “deliller” hakkında çeşitli hükümler sevk etmiştir.

Bunlara göre:

“Önaraştırma yapan raportör, ... elde ettiği bilgileri, her türlü delilleri ve konu hakkındaki görüşlerini Kurula yazılı olarak bildirir” (m.40,III).

“Önaraştırma raporunun Kurula teslimini takip eden 10 gün içinde, Kurul elde edilmiş bilgileri değerlendirerek karar vermek üzere toplanır ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verir” (m.41,I).

“Delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesi” kenarbaşlıklı, 44 üncü maddeye göre: “Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip, görevlendirilen Kurul üyesi ve raportörlerden oluşan heyet, soruşturma safhasında bu Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kulla-nabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir (m.44,I)

Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler (m.44,I). Haklarında soruşturmaya başvurulduğu bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanmaları taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilen her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir (m.44,II).

“Sözlü savunma toplantısından en geç 7 gün önce taraflar sözlü savunmada yararlanacakları ispat vasıtalarını Kurula bildirmekle yükümlüdürler. Taraflar süresi içinde bildirilmemiş ispat vasıtalarından yararlanamazlar (m.47,IV). Sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler...”(m.47,V).

“Kararlar aşağıdaki hususları ihtiva eder: ... g) İleri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi...” (m.52).

“İspat yükü”¹ kenarbaşlıklı 59 uncu maddesine göre: “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaştırılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce

¹ Bkz. Bilge Umar / Ejder Yılmaz, İsbat Yükü, İstanbul 1980.

birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer (fıkra I). Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir (fıkra II)”.

Yukardaki hükümlere bakıldığında, bilgi, belge, evrak, delil, ispat vasıtası, kanıt kelimelerinin yanyana kullanıldığı görülmekte ve bazı yerlerde de bunlar, “bütün” veya “hertürlü” kelimeleriyle pekiştirilmeye çalışılmaktadır. Aslında yargılama hukukunda bunlar, birinin yerine kullanılan ve hatta “kanıt”, “delil”, biri osmanlıca diğeri Türkçe olan iki kelimedir ve “ispat vasıtası” tabiri de yargılama hukuku literatüründe ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda aynı anlamda kullanılmaktadır.

II) DELİL KAVRAMI ve REKABET HUKUKU

Genel bir tanımlama ile delil, bir vakıanın ispatı için başvuru başvurulan vasıtaya denir. Esas itibariyle bir yargılama terimi olan delil, davanın çözümüne tesir edebilecek çekişmeli hususların ispatı için gösterilir (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu -HUMK- m.238,I).

Nelerin delil olarak kullanılabilceği hususu, herbir yargılama dalı ile ilgili olarak değişebilmektedir.

Özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olan (Türk) medeni yargılama hukukunda (hukuk davalarında) deliller, kesin ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılır. Senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm kesin delil; tanık, keşif, bilirkişi ve özel hüküm sebepleri takdiri delildir (HUMK m.245-367)². Bu arada, kesin delil-takdiri delil ayırımının diğerkülkelerde (örneğin, Almanya, Avusturya gibi) terk edildiğini ve bu ülkelerde serbest delil sistemine geçildiği de belirtilmelidir.

Ceza kanunlarının ihlaldinden doğan suçların yargılamasına yönelik olan ceza yargılamasında vicdani delil sistemi geçerli olduğu için her şey delil olabilir³.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda da deliller hakkında ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır (CMUK m.45 vd).

İdari yargılama usulünde de delil serbestisi ilkesi geçerlidir. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK), Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda olduğu gibi, deliller hakkında ayrıntılı

² Ayrıntılar için bkz: Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt II, İstanbul 2001, s. 1965 vd.

³ Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2000, s.500 vd

hükümler içermemekte bazı deliller ve kurumlar bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapmaktadır (İYUK m.31)⁴.

Aslında eğer İdari Yargılama Usulü Kanununda delillerle ilgili ayrıntılı hükümler bulunsa idi, 4054 sayılı Kanunun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa değil, İdari Yargılama Usulü Kanununa yollama yapması beklenirdi.

Yukarda, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un "delil"den sözeden hü-kümlerini vermiştik. Acaba, rekabet hukuku bakımından delilin anlamı ne olmak gerekir?

Kanun hükümlerinde bu konuda lafız (söz) olarak herhangi bir açıklık bulun-mamakta, yalnızca 47 nci maddede, "sözlü savunmada ilgili tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci babının Sekizinci Faslında (m.236-374) düzenlenen hertürlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilecekleri" şeklinde bir atıf yer almaktadır. Buna benzer bir düzenleme, Alman Rekabet Kanunda da vardır⁵.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atfın değeri hakkındaki görüş-lerime geçmeden önce, bu atfın "sözlü savunma toplantısı"nı düzenleyen 47 nci maddede yer almış bulunması sebebiyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (m.236-374) hükümlerinin, "sözlü savunma toplantısı" dışındaki durumlarda da uygulanıp uygulanmayacağı hakkındaki görüşümü ifade etmek isterim. Sözlü savunma toplantısı, Kanunun sistematiği içerisinde, soruşturma ile ilgili hükümler arasında yer almakta ve 46 ncı maddede de, bu toplantının, tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri üzerine yapılacağı veya Kurul'un kendiliğinden de sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verebileceği hükmü yer almaktadır. Bundan hareketle, Rekabet Kurulu'nun diğer yetkileni kullanırken, sözlü savunma toplantısı yapılıp yapılmayacağı sorusu gündeme getirilebilir. Kanımca, sözlü savunma toplantısının, yalnızca soruşturmaya mahsus olarak değerlendirilmemesi ve menfi tespit, muafiyet/muafiyetin kaldırılması, devir ve birleştirmelerde izin gibi diğer hallerde de uygulanabilmesi amaca uygun olur. Nitekim, 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 19 uncu maddesindeki düzenleme de bu yöndedir. Kanımca, bu konuda 5064 sayılı Kanun'a açık hüküm konulmadan dahi, savunma hakkının kullanılmasının temel bir ilke oluşu sebebiyle bizde de buna benzer bir uygulama yapılabilirdir. Ancak bu konuda tereddüt ortaya çıkacak olursa,

⁴ Süheyla Şenlen Sunay, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, İstanbul 1997 s.32 vd.

⁵ Alman Rekabet Kanunu (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) m.54/2: Immenga/Mestmäcker, GWB Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, Kommentar, München 1992 s.1828 vd.

gerekirse kanun değişikliğine gidilmek suretiyle sözlü savunma yapılabilecek olan haller genişletilebilir⁶.

Sözlü savunma toplantısının, Rekabet Kurulu'nun bütün işlerinde geçerli olduğu fikri benimsenecek olursa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atf, Kurul önündeki bütün işler için geçerli sayılacak ve herhangi bir tereddüt ortaya çıkmayacaktır. Bir an için sözlü duruşmanın yalnızca soruşturma ile sınırlı ol-duğu fikri galip gelecek olsa dahi, hakkında karar verilecek olan kişiye savunma hakkı verilmesi zorunluluğu ve hakkında işlem yapılarak karar verilecek olan kişi ile işlem yapıp karar verecek olan yetkili makam (yani, Rekabet Kurulu) arasında bulunması gereken "eşitlik ilkesi"nin, deliller bakımından da geçerli olması sebepleriyle de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atfın Rekabet kurulu'nun diğer işlerinde de geçerli olması gerektiği kanısındayım.

Diğer taraftan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanan bir kanundur. Oysa, Rekabet Kurulu'na tanınan yetki, özel hukuktan ziyade kamu hukukuna ilişkindir. Bu nedendir ki, Rekabet Kurulu kararları idari karar nitelindedir ve bu kararlara karşı idari yargıya başvurulmaktadır. Buna bağlı olarak, atf yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na hükümlerinin rekabet hukukuna uygulanabilmesi, ancak amaca uyduğu sürece olabilir. Bu arada hatırlatalım ki, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atf yapan) 31 inci maddesinin atfı da bu şekilde yorumlanmaktadır.

Öte yandan medeni yargılamanın amacı ile rekabet hukukunun amacının farklı olması sebebiyle yapılan atf medeni yargılamadaki delil/ispat sistemine değil, yalnızca orada belirtilen delil çeşitleri bakımındandır. Aksi takdirde, rekabet hukukunun kamusal yönü ihmale uğrayabilir⁷.

Bu açıklamalardan sonra, kendisine atf yapılan HUMK m.236-374 hükümlerine ve bunların Rekabet Kurulu bakımından uygulanabilirliğine geçebiliriz:

236-244 üncü maddeler, "umumi hükümler"e ayrılmış olup bunlar arasında "ikrar" ve "kesin hüküm" delili de yer almaktadır. İkrar, bir tarafın

⁶ Bir görüşe göre muafiyet, menfi tespit ve birleşme ve devralmalara ilişkin incelemelerin soruşturmaya dönüşmesi halinde de Kanunun 40-59 uncu maddeleri uygulanacağından, 4054 sayılı Kanun'daki düzenlemenin kapsamının sanıldığı kadar dar değildir (İsmail Atalay Yolcu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s.32).

⁷ Bkz. Ejder Yılmaz, Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Perşembe Konferansları, 2, Ankara 1999, s.102.

diğer tarafça ileri sürülen bir vakıanın doğru olduğunu bildirmesidir ve mahkeme önündeki ikrar kesin delil olup mahkemeyi bağlar. Mahkeme haricindeki ikrar ise takdiri delildir (m.236).

İkrar, Rekabet Kurulu önündeki işlerde de gündeme gelebilir. Örneğin, hakkında yasaklanan faaliyetlerden rekabeti sınırlayıcı anlaşma soruşturma yapılan kişiler, mal veya hizmet piyasalarının kendi aralarında bölüşüldüğünü iddiasını açıkça kabul edebilirler. Böyle bir durumda, ikrarın rekabet hukuku bakımından bir delil olarak değerlendirilebileceğinde herhangi bir tereddüt olmamak gerekir. Aşağıda belirtileceği üzere, rekabet hukukunda geçerli olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi nedeniyle, ikrar kesin delil değil, takdiri delil olarak kabul edilmelidir.

Rekabet Kurulu'nun, kuruluşundan 2003 yılı sonuna kadar yayımlanan kararlarına bakıldığında, Kurulun açık bir şekilde ikrar deliline dayanarak karar verdiğini söylemek mümkün değildir⁸. Ancak hakkında soruşturma yapılan kişilerin soruşturma sırasında düzenlenen ifade (ve/veya bilgi) tutanaklarındaki beyanlarının da dikkate alınması sebebiyle, üstü kapalı olarak da olsa, ikrarın bir delil olarak kullanıldığı ifade edilebilir.

Bir mahkemenin gördüğü uyuşmazlık hakkında verilen nihai karar, yasa yollarından geçtikten sonra (yasa yollarının kapalı olması halinde: istisnai olarak yasa yollarından geçmeksizin) şeklen kesin hüküm haline gelir. Şeklen kesin hüküm haline gelen bir uyuşmazlık (taraf, davakonusu, dava sebebinin aynı olması halinde; m.237) yargılamanın yenilenmesi gibi istisnalar dışında artık bir daha mahkeme önüne getirilemez. Buna maddi anlamda kesin hüküm adı verilir. Bir karara maddi anlamda kesinlik verilmesinin nedeni, şeklen kesinleşen kararın, gerçek olarak kabul edilerek bunlara uyulması zaruretinden kaynaklanır. Bu yolla, bir uyuşmazlığın istikbale dönük olarak bundan böyle bir kez daha mahkeme önüne getirilmesinin önüne geçilmesi önlenmiş olur. Kesin hüküm haline gelen karar, taraflar bakımından hüküm ifade eder.

Bir davada kesin hüküm haline gelen bir husus, Rekabet Kurulu önündeki işte de gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, mahkemenin verdiği ve kesin hüküm haline gelen (4054 sayılı Kanun anlamında) rekabeti ihlal ettiği veya etmediği vakıası, Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmeye alınacaktır. Aşağıda belirtileceği üzere, rekabet hukukunda geçerli olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi nedeniyle, kesin hüküm kesin delil değil, takdiri delil olarak kabul edilmelidir. Ancak, mahkeme kararlarına uyulmasının kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle, buna uyulmamasını gerektiren halin Rekabet

⁸ Adalet Divanı'nın ikrar ile ilgili bazı kararları için bkz. Yolcu s.45.

Kurulunca gerekçelendirilmesi gerekir. 245-274 üncü maddeler, “tanık”⁹ delilini düzenlemektedir. Bu hükümlerin Rekabet Kurulu önündeki işlerde de kıyasen uygulanması mümkündür.

“Kıyasen uygulama”dan kastım, bu hükümlerin rekabet hukukuna uyduğu oranda uygulanmasıdır. İlke olarak bu hükümlerde hakime verilen yetkilerin, Rekabet Kurulu tarafından yerine getirilerek uygulanması esastır. Ancak, bu hükümlerden bir kısmının kullanılabilmesi, münhasıran hakimlere tanınan yargısal yetkilerdendir. Yargı yetkisinin bulunmaması sebebiyle bu yetkilerin Rekabet Kurulu tarafından kullanılabilmesi mümkün değildir.

Bu çerçevede, tanığa para cezası verilmesini ve yargılama giderlerine mahkumiyeti ile tanığın zorla (ihzaren; kuvvei cebriye) getirilmesine ilişkin 253 üncü madde hükmünün; tanığın bulunduğu mahal mahkemesi marifetiyle (istinabe yoluyla) dinlenmesine ilişkin 257 nci madde hükmünün; hakim tarafından eda ettirilmesi gereken (bkz. 527/2) şahit yeminine ilişkin 261-264 ve 271 inci madde hükümlerinin; tanık ifadelerine müdahale eden taraf hakkında uygulanacak olan yaptırımları gösteren 268 inci maddenin 2 nci cümlesi hükmünün; tanığın tevkifine ilişkin 273 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükümlerinin Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmesi hukuken mümkün olmadığı görüşündeyim.

Rekabet Kurulu kararları, “tanık” deliline de başvurulduğunu göstermektedir¹⁰. 275-286 ncı maddeler, “bilirkişi”¹¹ delilini düzenlemektedir. Bu hükümlerin Rekabet Kurulu önündeki işlerde de kıyasen uygulanması mümkündür. Ancak hemen belirtmeliyim ki, 275 inci maddeye göre (mahkeme yerine Rekabet Kurulu ikame ederek ifade edecek olursak:), Rekabet Kurulunun bilirkişiye gidebilmesi için, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir halin bulunması şarttır. Rekabet Kurulu’nun bilgisinin bulunması gereken hususlarda bilirkişiye gidilemez.

Yukarda tanık delili bakımından açıkladıklarımın paralel olarak, bilirkişi hakkındaki hükümlerden bir kısmının kullanılabilmesi münhasıran hakimlere tanınan yargısal yetkilerdendir ve Rekabet Kurulu’nun bu konuda yetkisinin varlığından söz edilemez.

Bu çerçevede, Rekabet Kurulu önündeki işlerde yargılama hukuku anlamında iki taraf bulunmadığı için¹², 276,I hükmünün buna ilişkin kısmının; bilirkişiye yemin ettirilmesine ilişkin 276,IV hükmünün; bilirkişilik yapmaktan

⁹ Immenga/Mestmäcker s.1834-1836.

¹⁰ Örneğin, Adıyaman LPG Kararı 93/750-159: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2000 s.487.

¹¹ Immenga/Mestmäcker s.1836-1837.

¹² Bkz. Yılmaz s.93-94; karş. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, Bursa 2001 s.443 vd.

kaçımanlara uygulanacak yaptırımlarla ilgili 278,III hükmünün Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmesi hukuken mümkün değildir.

287-336 ncı maddeler, “senet”¹³ delilini düzenlemektedir. Senet delili, hukuk davaları bakımından en yaygın şekilde kullanılan delildir. Genel bir tanımla senet, bir kimsenin vücuda getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir. Yazılı belgenin senet olabilmesi için, aleyhine kullanılacak olan kişinin imzasını taşıması kuraldır. Eğer belge imzalı değilse, belli şartların varlığı halinde (m.292) yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Burada vurgulamak istediğim husus, her yazılı belgenin teknik anlamda “senet” sayılamayacağı ve Kanunun senede bağladığı hükümleri ortaya çıkaramayacağıdır.

Özel hukuk ilişkilerinin özelliğinden dolayı, belli miktarı geçen hukuki işlemlerin senetle ispatı gerekir (yani, tanık dinleme yasağı mevcuttur) (m.288-289) ve senede karşı senetle ispat zorunluluğu (m.290) vardır. Bu kuralların bazı istisnaları (m.292, 293, 294 gibi) varsa da, anılan kurallar (deyiş yerinde ise) “katı” kurallar niteliğindedir ve bunlara uyulmaması halinde hakkın ispat edilememesi sonucu ortaya çıkabilir.

Bu kısa açıklamalar, hukuk davalarındaki “senet” delili ile ilgili hükümlerin rekabet hukuku bakımından aynen uygulanmasının mümkün olmayacağını ortaya koymaktadır. Bu hükümler, ancak amaca hizmet ettiği oranda kıyasen uygulamaya elverişlidirler.

Bu çerçevede, senedin kesin (bağlayıcı) delil olduğuna ilişkin hükümlerle, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin 288 ve buna bağlı 289 hükümlerinin; senede karşı senetle ispat mecburiyetine ilişkin 290 hükmünün; yazılı bir belgeye delil başlangıcı niteliği tanınmasına ilişkin 292 inci madde hükmünün; senedi inkar edene para cezası verileceğine ilişkin 313 hükmünün; senedin sahteliğinin reddi halinde verilecek olan para cezasına ilişkin 319 hükmünün; yeminle ilgili 331 ve 332 hükümlerinin Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmesi hukuken mümkün değildir.

Senet deliline ilişkin bu genel açıklamadan sonra Rekabet Kurulu’nun kararlarına bakılacak olursa, Rekabet Kurulunun en çok kullandığı delilin de senet delili olduğu anlaşılacaktır. Rekabet Kurulu pekçok kararına gerekçe olarak aldığı senet delilleri (ki, altını çizerek vurgulamak isterim ki, aşağıda örnek olarak verilen belgelerden bir kısmının, yargılama hukuku bakımından senet olup olmadığı tartışılabilir ve bunların bir kısmı özel hüküm sebebi olarak de nitelendirilebilir) şunlardır:

¹³ Immenga/Mestmäcker s.1838.

4054 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eden sözleşme; taahhütname; senet; centilmenlik anlaşması; mutabakat yazısı; protokol; protokol taslağı; teklif yazıları; toplantı notları; toplantı tutanağı; karar defteri; faks yazıları; bilgi tutanağı; ifade tutanağı; anlaşma tutanağı; bayilere gönderilen yazılar; bayiye gönderilen uyarı yazısı; sirküler; fiyat veya indirim empoze edildiğini gösteren faturalar; (başka bir malın satışının engellendiğini gösteren) noter tespit tutanakları vebenzeri¹⁴.

Rekabet Kurulu kararlarından tespit edebildiğim bu delillere (belgelere) ilave olarak, Avrupa Topluluğu uygulamasından, elektronik veriler; teleks; e.mail; fotoğraf; slayt; manyetik bant; kaset; bilgisayar programı; mikrofilm; mikrofiş ve benzeleri de gösterilebilir¹⁵.

Yukarıdaki örnekler arasında sayılan faks, medeni yargı yönünden (Yargıtay kararlarına göre) delil olarak kabul edilmemektedir. Buna karşılık rekabet hukuku uygulamasında Rekabet Kurulu faksı bir delil olarak kabul etmektedir; ki, rekabet hukukunun özelliği sebebiyle bu uygulamanın doğru olduğu kanısındayım.

Medeni yargı bakımından bir belgenin delil (teknik ifadesiyle: senet) sayılabilmesi için onun altında aleyhine kullanılanın imzasının bulunması lazım gelirken, rekabet hukuku bakımından durum farklıdır ve belgenin altında imza olmasa dahi, o belge bir delil (senet) olarak nitelenebilir¹⁶. Rekabet Kurulunun uygulaması da, doğru olarak, bu yöndedir.

Rekabet Kurulu'nun bir kararına konu olayda, bazı teşebbüs birlikleri yaptıkları savunmalarda, kooperatiflerde tespit edilen anlaşmaların yürürlüğe girmediği, tarafları bağlayıcı nitelikte olmadığı yönündeki itirazları üzerine, Rekabet Kurulu şöyle demektedir: "Rekabet hukuku açısından teşebbüs birliği kararlarının taraflar arasında bağlayıcı veya resmi nitelikte olup olmamasının ya da etkilerini anlaşmanın yapılmasını müteakip derhal ortaya çıkarmasının bir önemi yoktur. Önemli olan amacı veya etkisi rekabeti bozucu nitelikte olan bu şekilde bir kararın uzantısı olarak, birlikte davranış bilincinin oluşması ve

¹⁴ Bu örnekler aşağıdaki kararlardan alınmıştır: Özel Okullar Derneği kararı (99-6/48-17: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2000 s.1 vd); İstanbul Ekmek Pazarı kararı (99-49/536-337a: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2000 s.196 vd); Akçansa/Batıçim/Batısöke/Çimentoş/Denizli kararı (99-30/276-166 a: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2000 s.247 vd); Pak Gıda/Özmaya/Safmaya/

Akmaya/Mauri Maya kararı (00-24/255-138: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2000 s.412); Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği kararı (00-35/392-219: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2001 s.4 vd) ; Birleşik Basın Dağıtım-Biryay/Yaysat/Medya kararı (00-49/529-291: Rekabet Kurulu Kararları, Ankara 2001 s.169 vd); Boztekin/Acar/Kismet- Mais kararı (00-42/453-247).

¹⁵ Uyanık s.41 vd.

¹⁶ Bkz. C.S.Kerse, E.C. Antitrust Procedure, London 1998, s.6.

piyasadaki rakiplerin nasıl davranacağına ilişkin belirsizliğin ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bu nedenle yukarıda sözü edilen protokolün ve kooperatif üyelerine ait taahhütnamelerin rekabeti bozma amacı açıktır. Teşebbüslerin rekabeti önlemeye yönelik niyetlerini herhangi bir şekilde ortaya koymaları, bu niyetin bir ifadesi olan taahhütnamelerin 4054 sayılı Kanunun ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi için yeterli bir delildir. Bu soruşturmada kooperatiflerde tespit edilen taahhütnamelerin teşebbüs birliklerinin rekabeti önlemeye yönelik eylemlerinden kaynaklandığı açıktır. Rekabet hukuku çerçevesinde bir anlaşmadan söz etmek için taraflar arasında imzalanmış ve bağlayıcı olan bir metnin olup olmaması önemli değildir. Türk rekabet hukuku çerçevesinde anlaşma borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmekte ve bu nedenle yazılı veya başka türlü bir şekil şartına bağlı olması gerekmemektedir. Ayrıca, taraflar arasında bağlayıcı olmayan ‘centilmenlik anlaşmaları’ dahi rekabet hukuku kapsamında anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir... 4054 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine göre bir anlaşmanın veya teşebbüs birliği kararının rekabeti kısıtlayıcı sayılabilmesi için beklenen etkiyi yaratmış olması zorunlu değildir. Anlaşmanın, rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu bir amaç taşıması anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için yeterlidir”¹⁷.

Buna benzeyen başka bir olayda¹⁸, soruşturmada ortaya çıkan bayilik sözleşmelerinin şirket yetkilileri tarafından imzalanmayıp pazarlama elemanlarının imzalandığı bu nedenle geçerli olmadığı iddia edilmemişse de, Rekabet Kurulu, “rekabet hukuku açısından anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının dahi gerekmediği, sözleşmelerin diğer yasalar bakımından geçerlilik şartlarını yerine getirip getirmemesinin, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun açısından anlaşma olarak değerlendirilebilmesi açısından bir ödemi olmadığı; ayrıca anılan sözleşmelerin bayi tarafından imzalandıktan sonra Akmaya AŞ’nin evrak arşivinde ‘bayi sözleşmeleri’ adı altında dosyalandığı; Akmaya’nın benimsemediği veya uygulamadığı bir anlaşmayı arşivinde bulundurmasının da mantıklı bir açıklamasının olmadığı; Akmaya’nın istediği takdirde sözleşmedeki yetkili imza kısmını doldurup yürürlüğe koyabilme imkanına sahip olduğu” gerekçesiyle savunmayı reddetmiş ve bu kararında bu sözleşmelere dayanmıştır.

337-362 nci maddeler, “yemin” delilini düzenlemektedir. Yemin davanın taraflarından birinin diğerine teklif ettiği yemin (taraf yemini) (m.344-

¹⁷ İstanbul Ekmek Pazarı kararı, 99-49/536-337 (a): Rekabet Kurulu Kararları Ankara 2000 s.215-216; ayrıca bkz. Adıyaman LPG kararı, Rekabet Kurulu Kararları Ankara 2000 s.486.

¹⁸ Akmaya kararı, 03.49/556-241.

354) ve hakimın taraflardan birine resen teklif ettiği yemin (m. 355-362) olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁹.

Rekabet Kurulu'nun önündeki işlerde, iki taraf bulunmadığından, taraf yemininin Rekabet Kurulu bakımından uygulanabilmesine olanak yoktur. Tarafa resen hakim tarafından teklif edilen yemin ise, hakimın kanaatini güçlendirmek için teklif ettiği yemindir. İşin niteliği gereği, Rekabet Kurulu'nun, hakkında soruşturma yaptığı kişiyeye "rekabet ihlalinde bulunmadığına yemin et" gibi bir teklifte bulunmasının, pratik hayata uygun olmayacağını değerlendirmektedir. Öte yandan, yemin icrası, hakem yargılaması bakımından dahi mahkemeye ait bir konudur (m. 527/1). Bu sebeplerle yemin deliline ilişkin hükümlerin Rekabet kurulu bakımından uygulanamayacağı görüşündeyim.

363-366 ncı maddeler "keşif"²⁰ delilini düzenlemektedir. Hakimın dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında duyularıyla bilgi edinmesine keşif adı verilir. Keşif delili sayesinde hakim davakonusuyla direkt olarak karşı karşıya gelmiş olur. Bu hükümlerin Rekabet Kurulu tarafından kıyasen uygulanabilmesi mümkündür. Kaldı ki, 4054 sayılı Kanunun 15 inci (ve 44 üncü) maddesindeki "yerinde inceleme" de bir anlamda "keşif" ile paraleldir²¹. Toplu mahkemelerde keşif için hakimlerden birinin naip tayin edilebileceği (m.364) dikkate alındığında bu paralellik daha iyi anlaşılabilir.

Bir davadaki deliller, yukarda sayılan 7 delilden ibaret değildir. Bunun dışında, Kanunun (m.367) "özel hüküm sebepleri (hususı esbabı hüküm)" dediği benim "torba delil" olarak nitelediğim bir delil türü daha vardır. Buna göre, hakim (senetsiz ispatı mümkün olan davalarda) bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin (delillerin) dinlenmesine ve incelenmesine de karar verebilir. Bu hüküm sayesinde diğer hususların da delil olarak değerlendirilmesi imkan dahiline sokulmuştur.

Yukarda belirtilen bu delillerin yanısıra, karinelere de değinmek gerekir. Karine, belli olgulardan, belli olmayan bir olgu için çıkartılan sonuçtur. Bu özelliği ile ispat hukuku ile yakından ilgilidir.

Rekabet hukuku, karinelere de dayanmak durumundadır. Bu sebeple kanuna da bu konuda hüküm konulmuştur: "Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabeti engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder (m.4,III). Ekonomik ve

¹⁹ Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s.49 vd.

²⁰ Immenga/Mestmäcker s. 1834.

²¹ Yılmaz s.99; Uyanık s.30.

rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan herbiri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (m.4,IV)”²².

Rekabet Kurulu’nun kararlarına bakılacak olursa, Rekabet Kurulunun en çok kullandığı delil türlerinden biri de “zel hüküm sebepleri”dir. Aşağıda verilecek olan örneklerden grleceğı gibi, bunlar Rekabet Kurulu’nun kanaatini gclendirmeye elverişli vasıtalarıdır.

Özel hüküm sebebi rnekleri:

Faaliyet raporu; defter kayıtları; bilançolar; program ve tarife katalogları; toplantı gündemini gösteren yazı; (alış satış fiyatlarını belirleyen) fiyat listeleri ve fiyat bildirimleri; (pazardaki rekabeti sınırlayıcı) evrak; pazar paylaşımını gösteren tablo; pazar paylaşımını gösteren harita; (rekabet ihlali ile ilgili olarak yapılan toplantıları tevsik etmek üzere) masa takvimi (takvimlik), ajanda veya bloknot üzerine sekreter (veya diğer bir ilgili tarafından yazılan notlar; toplantı davetiyesi; rekabet ihlalini gösteren ilanlar, duyurular; rekabeti ihlal edici kampanyalar; rekabeti ihlal ile ilgili şirket içi yönerge ve yönetmelik vebenzeri)²³.

III) DELİLLERİN TOPLANMASI²⁴

İster yargısal ister idari olsun, bir konuda karar vermek durumunda olan kişinin (makamın) genel olarak yaptığı faaliyet, bazı aşamalardan oluşmaktadır.

Karar makamının, prosedürleri tam uygulaması ve doğru karar alması için yapı-lacak iş ve işlemlerin belirlenmesi bakımından, karar konusu ikili bir ayırımı tâbi tutulabilir. Verilecek olan kararın: 1) “Tespitten ibaret olması” ve 2) İddia - savunmanın (tez-antitezin) varlığı nedeniyle “sentez şeklinde olması”.

Karar konusu, yalnızca bir olgunun (vakıanın) tespitinden ibaret ise, bu olgunun var olup olmadığı araştırılır ve varlığı sonucuna varılırsa bu olgu (vakıa), yaptırılan tespitin amacına uygun şekilde (gerektiğinde) kullanılmak üzere, ayırt edici özellikleri ile eksiksiz bir biçimde ve (tercihan yazılı belgeye dökülerek) kayıt altına alınır. Bazı hallerde yapılan tespit, bir kararın konusunu da oluşturabilir. Rekabet hukukundaki “muafiyetiyet kararı” (m.5), “menfi tespit kararı” (m.8), “devir ve birleştirmeye izin kararı” (m.10 vd) da bu anlamda birer tespit olarak değerlendirilebilir.

²² Aslan s.85-87; Budak s.53 vd; Uyanık s.59.

²³ Bkz. yuk. dipnot 14’deki kararlar.

²⁴ Genel olarak vakıa ve delil toplama için bkz. Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Karar konusu (yalnızca bir olgunun tespiti değil de), iddia (tez) ve savunmadan (antitezden) oluşan bir bütün ise, bu hususlara ilişkin bilgiler ve belgeler, iddia ve savunmada bulunan taraftan/taraflardan istenerek ve/veya resen (kendiliğinden) eksiksiz şekilde toplanır, bunlar üzerinde inceleme/değerlendirme yapılır ve sonuçta bir karara varılır. Rekabet hukukundaki “soruşturma” buna örnek olarak gösterilebilir (m.43 vd).

Delillerin toplanması konusunu, herbir karar bakımından ayrı ayrı ele almanın, sorunun ortaya konulması ve doğru karar alınmasına yardımcı olabileceği düşüncesindeyim.

Muafiyet Kararı Bakımından Delillerin Toplanması

Kanuna (4054 s.K. m.5) göre Rekabet Kurulu, bazı şartların varlığı halinde, ilgililerin talebi üzerine teşebbüslerarası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde uygulanmasından muaf tutulmasına (yani, bu kararların rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar sayılmayacağına) karar verebilir.

Muafiyet kararı verilebilmesi için aranan ve bir arada bulunması gereken şartlar şunlardır: a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması; b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması; c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması; d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması (m.5,1)²⁵.

Muafiyet kararı verilip verilmemesi kararı, 5 inci maddenin açık hükmünden anlaşıldığına göre, “ilgililerin talebi” üzerine verilecek olan bir husustur. Bu sebeple, hayatın olağan akışı çerçevesinde talepte bulunanın, Kurul’dan olumlu karar alabilmek için belge ve bilgileri Kurul’a sunmuş olması esastır. Ancak, gerekli şartların var olup olmadığına ilişkin karar, Rekabet Kurulu’na ait olduğu için, Rekabet Kurulu da bu konuda gerekli araştırmayı yapacak ve bu çerçevede elde ettiği belge ve bilgileri de delil olarak değerlendirecek ve kararına dayanak yapacaktır.

Muafiyet kararı verilmesi, bir tespit işlemi gibi değerlendirileceğinden ve karşı bir iddia bulunmadığından, Rekabet Kurulu’nun buradaki delil toplama işinin, nispeten daha kolay olduğu belirtilebilir. Böyle bir durumda Kurul, kendisine sunulmuş bulunan delilleri yeterli görebilir. Böyle bir durumda da başka bir delil araştırma gereği ortaya çıkmayabilir.

²⁵ Bkz. bu konuda: Aslan, s.134 vd.

Muafiyet kararı, kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir olayda değişiklik olması, karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kararın sözkonusu anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması hallerinde, geri alınır (4054 s.K. m.13)²⁶.

1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6 ncı maddesine göre: özellikle şu hallerde muafiyet geri alınabilir: a) Anlaşma bölgesinde anlaşma konusu mallar, aynı mallarla veya kullanıcı tarafından nitelikleri, fiyatı ve kullanım amaçları bakımından eş sayılan mallarla etkin rekabet halinde değilse; b) Anlaşma bölgesinde diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaştırılmışsa; c) Aracıların veya kullanıcıların anlaşma bölgesi dışında anlaşma konusu malları geleneksel yollarla elde etmeleri mümkün olmuyorsa; d) Tek elden dağıtıcının kabul edilebilir haklı bir nedeni olmaksızın, anlaşma konusu malları, uygun koşullarla başka yerden elde edemeyen alıcı gruplarına, anlaşmayla belirlenen bölgede doğrudan ve dolaylı olarak mal vermeyi reddetmesi veya aşırı derecede yüksek fiyatlarla satması²⁷

Muafiyet kararının geri alınması, daha önce verilmiş lehine muafiyet kararı verilmiş bulunan kişinin aleyhine bir durum yaracağından ve onun menfaatlerini ihlal edeceğinden, Rekabet Kurulu'nun elinde ciddi delillerin bulunmasını şart kılar. Buna bağlı olarak, Rekabet Kurulu'nun bu konuda derinlemesine delil araştırması yapması gerektiğinde herhangi bir tereddüt bulunmamak gerekir. Yani, muafiyetin geri alınması kararı, muafiyet verilmesi kararından daha çok delillendirilmeye muhtaçtır ve buna bağlı olarak Rekabet Kurulunun delil toplaması faaliyeti daha fazla anlam ifade eder. Bu anlamda olmak üzere Kurul, muafiyeti geri alma kararı için, yukarıya aynen alınan 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6 ncı maddesi hükmünde somut örnekler olarak belirtilen herbir vakıanın gerçekleştiğini gösteren delilleri toplamak ve değerlendirmek zorundadır.

²⁶ Aslan s.141-143.

²⁷ Buna benzer düzenleme için bkz. 1997/4 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.6; 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.8; Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.9

Menfi Tespit Kararı Bakımından Delillerin Toplanması

İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusunu üzerine Kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4,6 ve 7 nci maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir (m.8). Böyle bir kararın istenilmesinin nedeni, yasal belirsizliklerin Kurul kararıyla ortadan kaldırılmasıdır. 8 inci madde hükmündeki “elinde bulunan bilgiler çerçevesinde”²⁸ ifadesi, Kurulun bu belgeyi almak için talepte bulunanın kendisine sunduğu belgelerle yetineceğini ve ayrı bir delil top-lama faaliyetine girişmesine gerek olmadığını göstermektedir.

Bu arada belirtelim ki, 17/62 sayılı Konsey Tüzüğü’ne (m.19/3) göre, “Komisyon menfi tespit kararı vermeyi amaçladığı hallerde ilgili başvuru ve bildirimünün bir özetini yayımlar ve bir aydan az olmamak üzere saptadığı süre içinde tüm ilgili üçüncü kişileri görüşlerini açıklamaya davet eder. Yayın, işletmelerin ticari sırlarının korunması konusundaki meşru menfaatlerini göz önünde tutar”.

13 üncü maddedeki hallerin gerçekleşmesi durumunda menfi tespit kararının geri alınması söz konusu olduğunda, daha önce verilmiş lehine menfi tespit kararı verilmiş bulunan kişinin aleyhine bir durum yaracağından ve onun men-faatlerini ihlal edeceğinden, Rekabet Kurulu’nun elinde ciddi delillerin bulun-masını şart kılar. Buna bağlı olarak, Rekabet Kurulu’nun bu konuda derin-lemesine delil araştırması yapması gerektiğinde herhangi bir tereddüt bulunmamak gerekir. Yani, menfi tespit geri alınması kararı, menfi tespit kararı verilmesinden daha çok delillendirilmeye muhtaçtır ve buna bağlı olarak Rekabet kurulunun delil toplaması faaliyeti daha fazla anlam ifade eder.

Önaraştırma ve soruşturma bakımından delillerin toplanması

Rekabet Kurulu’nun delilleri toplaması bakımından resen araştırma ilkesi geçer-lidir. Bu bağlamda, bilgi isteme (m.14) ve yerinde inceleme (m.15) müesseseleri büyük önem taşır. Ancak, Rekabet Kurulu’nun delil elde yetkisi ve hatta görevinin gereği olarak; Kurul bunlarla sınırlı olmayıp, diğer başka yollarla da delil elde etmek durumundadır.

Kurul’un gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüs (ki, bu tabir içerisine gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler girer) ve teşebbüs birliklerinden isteme yetkisi ve kendisinden bilgi

²⁸ Aslan s.461.

istenilenlerin de bu bilgileri Kurul'un belirleyeceği süre içinde verme zorunlulukları vardır (m.14).

Kurul'un burada isteyebileceği ve verilmek zorunda olunan bilgiler, hiç şüphesiz araştırılan/soruşturulan konuyla ilgili (gerekli) olan bilgilerdir. Konu ile ilgili olmayan bilgilerin istenebilmesi mümkün olmadığı gibi, bu tür bilgiyi verme zorunluluğundan da söz edilemez.

Yerinde inceleme yetkisi çerçevesinde Kurul veya onun yetkilendirdiği üye, raportörler (m.44) ve uzmanlar, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin defterlerini, hertürlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse örneklerini (suretlerini) alabilir; belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir; teebbüslerin hertürlü mal varlığına ilişkin yerlerde (binalarda, arazilerde, taşıt araçlarında ve benzeri) incelemeler yapabilir (m.15,I)²⁹.

İlgililer istenilen bilgi, belge ve sair vasıtaların örneklerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır (m.15,III). Bu hüküm, 2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanun'la getirilerek, Kurulun mahkeme kararı olmadan inceleme yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı konusundaki tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

Buradaki sulh ceza mahkemesinin kararının hukuki niteliğini, ceza yargılamasındaki (CMUK m.94 vd) arama müessesesine benzetmek ve bu hükümlere kıyasen uygulama yapılması kanısındayım. Bu değişikliğin yapılmasından önceki bir yazımda, zor kullanma yetkisinin bulunmadığını ifade etmiş idim³⁰. Yapılan yasa değişikliğinden sonra, şimdi, sulh ceza hakiminin kararının alınması halinde, bu karar çerçevesinde Kurulun zor kullanma yetkisinin bulunduğunu belirtmek isterim. Bu çerçevede, hakkında soruşturma yapılan teşebbüs kapalı yerleri de açmak zorunda kalacaktır. Zor kullanma yetkisi hiç şüphesiz kolluk kuvvetlerinden yardım istenmesi suretiyle olur. Avrupa Birliği ülkelerinin rekabet kanunlarında bu konuda açık düzenleme yer almaktadır. Ancak mahkeme kararı alınmamışsa, Kurul zor kullanma yetkisi kullanamaz.

Yerinde inceleme, esas itibarıyla (varsa) daha önce ilgilinin Kurul'a verdiği bilgilerin doğruluğunun tespitine ve ayrıca yeni deliller elde edilmesi amacıyla yöneliktir. Yerinde inceleme yetkisi, ortada somut bir şüphenin varlığını gerektirir. Elde rekabet ihlalini gösteren belge, bilgi, emare yoksa, yerinde inceleme yetkisinin kullanılmaması gerekir. Çünkü yerinde inceleme yetkisi, hukuki niteliği itibarıyla ceza yargılamasındaki "arama" müessesesine benzer ve arama, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına,

²⁹ Bkz. Kerse s.112 vd, 136 vd.

³⁰ Yılmaz, s.100; ayrıca bkz. Aslan s. 438-439, Yolcu s.46 vd.

özel yaşamın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Bu sebeple aramanın şartları anayasada düzenlenmiştir ve usulüne uygun hakim kararı olmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası, konutu aranmaz ve bunlara el konulamaz; aksi takdirde yapılan işlem geçersizdir (Anayasa m.20,21)³¹.

Yerinde inceleme yetkisi, bir teşebbüsün “özel iç dünyası”na girme anlamına geldiğinden bu yetkinin kullanılmasında genel hukuk kurallarına ve özellikle temel hak ve özgürlüklerine riayet etmek şarttır. Bu sebeple hukuka aykırı delil elde edilmesi ve bunun karara mesnet alınabilmesi mümkün değildir. Bilindiği gibi, “hukuka aykırı delil elde etme yasağı”³² genellikle ceza hukuku bakımından normlara bağlanmış bulunan bir kuraldır; ancak bu kuralın bütün hukuk dalları ve bu arada rekabet hukuku bakımından da geçerli olduğunda tereddüt etmemek gerekir³³.

Genellikle kabul edilen ilkelere göre, anayasal haklar ihlal edilerek (yasak yöntemler kullanılarak) elde edilen deliller, hukuka aykırı delil (delil yasakları) olur ve bu deliller, karar verilirken kullanılamazlar. Delil yasakları, delil toplama yetkisine sahip makamların devlet gücünü hukuka aykırı bir şekilde kullanmalarını engel-lemek için kabul edilmiştir. Öte yandan mahkemelerin görevi maddi gerçekliği bulmak ise de, hukuk devleti ilkesi çiğnenerek delil elde edilmesi yoluna gidil-mesine cevaz tanınmamak gerekir³⁴

Arama kararı mahkeme tarafından verilebilir; mahkeme kararı zamanla sınırlıdır; arama kararında arama yapılacak olan yerin adresi ve hangi konu veya konu-arda arama yapıldığının belirtilmesi gerekir. Aramanın bu çerçeveye dışına çıkması halinde, elde edilen delil, hukuka aykırı delildir ve verilecek olan karara dayanak alınmaz³⁵.

Kanımca, 4054 s.K. m.15’deki yerinde incelemede de aramaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğinden, Rekabet Kurulunca sulh ceza mahkemesinden alınacak olan karar yönünden de bunlara dikkat edilmesi uygun

³¹ Bkz. bu konuda ayrıntılı bilgiler için: Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.17 vd, 53 vd.

³² Bkz. bu konuda: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1995, s.35 vd, 189 vd; Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, s.5 vd, 90 vd.

³³ Yılmaz s.100-101; Kerse s.347 vd; Ali Cem Budak, Rekabet hukukunda Deliller ve İspat (Rekabet hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, Kayseri 2003 s.47.

³⁴ Bkz. Feridun Yenisey, Yakalama, İfade Alma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller (Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1995) s.37 vd; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1993, s.421.

³⁵ Bkz. Feridun Yenisey, Arama, Elkoyma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller (Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1995) s.63 vd.

olur. Aksi takdirde Rekabet Kurulunun kararına karşı yasa yollara gidilmesi durumunda, bu husus kararın iptaline bir gerekçe oluşturabilir.

Hukuka aykırı deliller yönünden, önemli olan diğer bir ilke, kişinin susma hakkıdır ve hiç kimse kendi aleyhine olan delili vermeye zorlanamaz. Anayasamıza göre de, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (Anayasa m.38,V). Bu açıdan ikrarda bulunanın ikrarının delil değeri olabilmesi için, bu ikrarı serbest iradesi ile yapması şartı aranır³⁶. Topluluk uygulamasında da tarafların ikrara zorlanamayacağı ilkesi kabul edilmektedir³⁷.

Yerinde inceleme sırasında, hakkında inceleme yapılan teşebbüsün avukatını hazır bulundurması hakkı vardır³⁸ ve avukatı gelinceye kadar inceleme için gelen yetkilileri bekletme olanağına sahiptir. Olası bazı tartışmaları önleyebilmek ve istenilirse avukatın da hazır bulunmasını sağlayabilmek bakımından, çok acele haller ve özellikle zarar doğması ihtimalinin bulunmaması dışında, yapılacak olan incelemenin önceden ilgili teşebbüse bildirilmesinin uygun olacağı kanısındayım³⁹.

Rekabet Kurulu, yukarıda belirtilen kurallar çerçevesinde topladığı delilleri, karşı talebi üzerine onlara vermek zorundadır (m.44,II). Kurul, aksi takdirde bu delillere dayanamaz (m.44,III).

Bu husus, aleyhine soruşturma yapılan teşebbüsün savunma hakkını kullana-bilmesi bakımından fevkalade önem taşımaktadır. İlgili tarafın bu hakkına, idari usul bakımından “dosyaya giriş hakkı” denilmektedir⁴⁰. Bu hak, hukuk devletinin gereğidir.

İtiraf etmek gerekir ki, bu hak ülkemizde bugüne kadar bilinmeyen (daha başka bir ifadeyle önemsenmeyen ve uygulanmayan bir hak konumundadır.

Şöyle ki:

Ülkemizde hakkında idari soruşturma (örneğin, müfettiş soruşturması) yapılan kişi müfettiş önüne çıktığında, çoğu zaman hakkındaki soruşturmanın ne olduğu hakkında bilgilendirilmez; soruşturulan kişiye, hakkında yapılan soruşturmanın ne olduğunu sorma hakkı tanınmaz ve bunlara bağlı olarak hakkındaki deliller hakkında da bilgi verilmez. Yapılan işlem, yalnızca

³⁶ Bkz. Feridun Yenisey, Bilimsel Yöntemlerle Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı Sorunu (Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul 1995, s.93 vd.

³⁷ Bkz. Yolcu s.45’de belirtilen kararlar.

³⁸ Bkz. Kerse s.147-148.

³⁹ Yılmaz s.100-101; Yolcu s.52-53.

⁴⁰ Bkz. Kerse s. 171 vd.

müfettişin bildiği (ve karşı taraftan gizli tutulan) bir olay hakkında, karşı tarafça sorulan sorulara cevap verilmesinin istenilmesi ve bunun tutanağa geçirilmesidir. Ve müfettişin yaptığı bu işlem, büyük bir “gizem” içinde (deyiş yerinde ise, “aleyhine soruşturma yapılanın Dünya’da bugüne kadar kimsenin işlemesinin mümkün olamayacağı büyük günahlar-suçlar işlediği havası” içinde) cereyan eden bir işlemdir. Bütün bunlara karşılık, hakkında soruşturma yapılan kişi, hakkında hangi konuda ve ne gibi delillere suçlandığının farkında olmadan beyanlarda bulunur⁴¹.

Oysa hukuken burada gündeme gelen işlem bakımından durum şudur: Bir kişi hakkında bir iddia vardır ve o kişinin hukuka aykırı bir iş/işlem yaptığı iddia edilerek suçlama yapılmaktadır. Ortada gerçekten hukuka aykırı bir eylem (suç) varsa, önemli olan bunun ortaya çıkartılması ve gerekli cezanın verilmesidir. Buna karşılık ortada hukuka aykırı bir eylem yoksa, hakkında soruşturulma yapılan kişinin aklanmasıdır. Yani, idari soruşturmalar bakımından da ortada, iddia ve savunma işlemi vardır ve karar da bunların sonucunda verilecektir. Savunma hakkı, bugün Dünya’da üzerinde çok hassas bir şekilde durulan temel bir haktır ve hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez köşe taşlarından biridir.

Savunma hakkının kullanılabilmesi için de, sanığın hakkındaki isnadı ve aleyhindeki delilleri bilmesi en doğal hakkıdır. İşte bunun sonucunda, sanığın “dosyaya giriş hakkı” ortaya çıkmıştır.

Benim yıllardan beri izlediğim çok sayıda idari soruşturmadaki durum, sanığa dosyaya giriş hakkı verilmediği ve bunun için de yanlış kararlara varıldığıdır. Bunun kanıtı, bu tür kararların yargıdan dönmekte oluşudur.

Bütün bunlarla vurgulamak istediğim husus, Rekabet Kurulu soruşturmasını yapan üye ve raporörlerin, ülkemizde genel olarak gözlemediğim ve yukarıda dile getirmeye çalıştığım zafiyete düşmemeleri ve tamamen çağdaş hukuk ilkeleri içerisinde kalmalarıdır. Bu hususun doğrudan doğruya Rekabet Kurulu’nun itibarı ile de ilgili olduğunun altını önemle çizmek isterim.

Delillerin toplanması konusuna son vermeden, tarafların delil sunmalarına da değinmek isterim. Kurulun soruşturma safhasında, kanunu ihlal

⁴¹ Bir yazımda da belirttiğim üzere (Yargılama Hukukçusu Gözüyle Rekabet Kurulu, Prof.Dr.Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999 s.951- 952) bunların sonucunda müfettişlere has bir “hukuk” ortaya çıkmıştır. Aslında bu tam bir “hukuksuzluk” olan bu durumun devlet gücü kullanılarak yapılmakta olması, herşeyden önce bir vatandaş ve ayrıca hukukçu olarak beni yaralamaktadır. Devletin (mülkün) temeli olan adalet altına bomba koyan bu tür müfettişlerin hukuki ve cezai sorumlulukları yoluna gidilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin olmayışı, ülkemizde büyük eksikliklerdir

ettiği iddia edilenler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler (m.44,I). Buna paralel olarak, hakkında soruşturma açıldığı bildirilenler, sözlü savunma hakkının kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş hertürlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş her türlü evrakın bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilirler (m.44,II).

Savunmada kullanılacak olan delillerin, savunma toplantısından en geç yedi gün önce Kurul'a bildirilmesi zorunlu olup, süresi içinde bildirilmemiş delillerden yararlanılamaz (m.47,IV). Bunun nedeni, Kurul'un bu konuda hazırlık yapmasıdır. Aksi takdirde bu zaman kaybına neden olabilirdi. Bununla birlikte, zorunlu hallerde elde olmayan nedenlerle elde edilemediği için sözlü savunma toplantısından yedi gün önce Kurul'a sunulamayan ve verilecek olan kararın etkileyebilecek nitelikteki delillerin de, Kurul'a sunulabilmesi imkanı tanınması uygun olur.

IV) DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ ⁴²

Rekabet Kurulu'nun delilleri değerlendirmesinde, 4054 sayılı Kanunun amacının esas alınması gerekir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu'nun delilleri, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalarının ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarının önleme amacıyla değerlendirmesi gerekir.

Kurul, karar konusunu oluşturan herbir olayın özelliğini göz önüne alarak değerlendirme yapma durumundadır. Bu konuda önceden kesin kurallar konulabilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, ayrıntılı bir örnek olabilmesi bakımından, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 6 ncı maddesine değinmek isterim: Bu maddeye göre: "Rekabet kurulu, birleşme ve devralmaları, Kanunun 7 nci ve müteakip maddeleri çerçevesinde değerlendirir. Bu değerlendirmede özellikle: a) İlgili piyasanın yapısı ve ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti bakımından ülkedeki etkin rekabetin korunması ve geliştirilmesi ihtiyacı; b) İlgili teşebbüslerin, pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve kullanıcı bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme veya pazarlara giriş olanakları; pazara girişte herhangi bir yasal veya diğer giriş engelleri, ilgili mal ve hizmetlerle olan arz-talep eğilimleri, aracı ve son tüketicilerin menfaatleri, rekabet engeli şeklinde

⁴² Genel olarak delillerin değerlendirilmesi için bkz: M. Kamil Yıldırım, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

olmayan ve tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeler ve diğer hususlar gözönünde tutulur. (fıkra I). Hakim durum yaratmayan veya bir hakim durumu güçlendirmeyen ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engellemeyen birleşme veya devralmalara izin verilir (fıkra II). Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir (fıkra III). Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez (fıkra IV)”.

Kanunda deliller ile ilgili olarak kullanılan ifadeleri bir arada değerlendirdiğimizde; kanun koyucunun, Rekabet Kurulu'nun gerek resen (kendiliğinden) el koyduğu gerek ihbar/bildirim üzerine önüne gelen konularda vereceği kararları mutlaka somut delillere dayandırmak zorunda olduğunu vurgulamak için bu yola gittiğini söylemek mümkündür.

Konusu ne olursa olsun, varılan kararın doğru ve adil olması şarttır. Kararın “doğru ve adil” olup olmadığının belirlenmesi, bu kararın gerekçelendirilmesine ve gerekçelerin iyi bir şekilde delillendirilmesine bağlıdır.

Kararların gerekçeli olması, hem tarafları tatmin etmeye hem de kararın denetimini yapacak olan makamın denetimini yapmasında kolaylık sağlar. Gerekçe, hukuk devletinin de bir gereğidir⁴³. Gerekçenin önemi mahkemeler bakımından özel bir anlam taşıdığı için, Anayasalara ve insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalara, mahkemeler bakımından açık düzenlemeler konulmuştur. Hükmün gerekçesiz olması mutlak bir temyiz (bozma) sebebidir. Anayasamızın 141 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”.

Aslında mahkemeler için sevk edilen bu hükmün, karar verme durumunda olan idari merciler bakımından da geçerli olması lazım gelir. Çünkü, hukuka bağlı idarenin hertürlü işlemi de geçerli bir sebebe dayanmalıdır. Gerekçe, idari işlemin yapılmasında etken olan maddi ve hukuki sebeplerin açıklanmasıdır⁴⁴.

⁴³ Tekin Akıllıoğlu, Yönetmeliklerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi, 1982/2 s.7; Murat Sezginer, Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü (İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, Ankara 1998, s.201 vd, 216 vd.

⁴⁴ Patrick Goffaux, Transparence Administrative Et Motivation Formelle des Actes Administratifs En Belgique, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu s.196 vd.

İdari işlemde gerekçenin bulunmasının, işlemin yöneldiği kişi, kararı verecek olan idare ve yargısal denetim bakımından yararları vardır. Bu sayede işlemin yöneldiği kişi, idari işlemin dayandığı esasları ve bunların sonuçlarını görerek, işleme karşı hukuki yollara başvurma konusunda bir karara varır ve kendini savunma olanağına sahip olur. Kararına gerekçe yazmak durumunda bulunan idare, kararına dayanak olacak maddi ve hukuki nedenleri araştırarak hukuka aykırı karar vermemiş ve keyfilik önüne geçilmiş olur⁴⁵. Nihayet, idari işlemin gerekçesinin gösterilmesi, bu işleme karşı açılan davada yargı organının denetimini kolaylaştıracaktır⁴⁶. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 28 Eylül 1997 tarihli "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" başlığını taşıyan kararının üye devletlere tavsiye ettiği beş temel ilkeden biri de gerekçe ilkesidir (diğerleri: dinlenilme hakkı, bilgi kaynaklarına giriş, hukuki yardım ve temsil, işleme karşı başvuru yollarının belirtilmesi)⁴⁷. Buna göre: "Haklarını, özgürlüklerini ya da yararlarını zedeler nitelikte bir yönetsel işlem sözkonusu olduğunda, ilgiliye işlemin dayandığı nedenler üzerine bilgi verilir. Bu bilgi verme, işlemde nedenlerin açıklanması biçiminde olabileceği gibi, ilgilinin isteği üzerine makul bir süre içinde yazılı biçimde de olabilir. Çeşitli ülkelerin idari usul kanunlarında, gerekçe ilkesine açıkça yer verilmiştir.

Gerekçe göstermek zorunluluğu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "kararlarda bulunması gereken hususlar" kenarbaşlıklı 52 inci maddesinde de açıkça yer almakta olup, kararda "gerekçe ve kararın hukuki dayanağı" (m.52,I/h). da bulunur. Buna paralel olarak, rekabet kurulunun kararı, "ileri sürülen bütün delil-lerin ve savunmaların değerlendirilmesi" hususunu da ihtiva eder (m.52,I/g)⁴⁸. Rekabet Kurulu'nun kararlarına bakıldığında, delillerin değerlendirilmesine büyük özen gösterildiği ve gittikçe oturan uygulama

⁴⁵ Sezginer s.218-219.

⁴⁶ Gürsel Özkan, İdari Usul Kanununda Düzenlenmesi Gereken Genel İdari Usul İlkeleri, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu, s.55-78.

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. Sezginer, s.220 vd; Özkan, 63-64.

⁴⁸ Kerse s.262-264; Immenga/Mestmäcker s.1863-1864.

sonucunda daha yeni kararlarında bu konuda ayrıntılı açıklamalar yer aldığı gözlemlenmektedir.

DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ SİSTEMİ ve REKABET

Murat AYBER

Rekabet Uzmanı

I. GATT ve DTÖ, Temel İlkeler

Çok taraflı ticaret hukukunda en köklü değişim, Ticaret ve Tarifeler Üzerine Genel Anlaşmanın (GATT) imzalanması ile 1947 yılında gerçekleşmiş ve bugün geçerli sistemin temeli atılmıştır. Bu sistemin esasını oluşturan ilkelerin önde gelenleri “En Çok Kayırılan Ulus”, “Ulusal Muamele” ve “Şeffaflık” olarak adlandırılır. En çok kayırılan ulus ilkesi gereği, Anlaşma tarafları, herhangi bir ticaret ortağına uyguladıkları her tür imtiyaz, öncelik ve avantajı derhal ve aynen Anlaşmanın diğer taraflarına uygulamakla yükümlüdür. Ulusal muamele ilkesi gereği, herhangi bir ürün Anlaşmaya taraf ülkenin pazarına girdikten sonra o ülkede üretilmiş benzer ürünler ile aynı muameleye tabi tutulmak durumundadır. Anlaşma taraflarının dış ticaret politikalarını belirlemede kullanacakları tek değişken gümrük vergisi oranları olarak kalmaktadır. Tekstil gibi az sayıdaki istisna sayılmazsa kotalar kaldırılmıştır. Ticareti engelleme potansiyeli olan tarife dışı politikalar (teknik standartlar, sağlık önlemleri ve diğerleri), ilgili anlaşmalar yoluyla ticareti engelleyici olmaktan çıkarılmaya çalışılmaktadır. Temelleri 1947’de atılan sistemin kurumsallaşması ise, başlangıçta böyle bir beklenti ya da proje olmamasına karşın, Dünya Ticaret Örgütü’nün kurulması ile 1995 yılında gerçekleşmiştir.

Teorik olarak tarafların hepsi lehine etkinlik doğurduğu kabul edilen çok taraflı uluslararası ticaretin hedeflenen olumlu sonuçlarına ulaşabilmesi bir takım koşulların varlığına bağlıdır. Bu güne kadar yapılan ve bundan sonra yapılması planlanan çalışmaları nihai amaçları yönünden ikiye ayırmak olasıdır. Bir tarafta ticaretin geliştirilmesi, diğer tarafta adil olmayan ticaretin önlenmesi. Ticarete Teknik Engeller Anlaşması, Sağlık Önlemleri Anlaşması, vb anlaşma taraflarının ilgili mevzuatlarını hiç olmazsa bir asgari müşterekte birleştirerek ticaretin geliştirilmesini sağlama amacı taşıyan çalışmalardır.

Dünya Ticaret Örgütü üyeleri, adil olmayan ticaretin ulusal ekonomilerini olumsuz etkileyebileceğinin bilincinde olarak, bu nitelikteki ticareti engellemeye yönelik önlemleri alma egemenliklerinden taviz vermekten

çekinirler. Adil olmayan ticaretin tanımını yapmak oldukça güçtür ve tabiatıyla kavram her kültürde farklı tanımlanmaktadır. Adil olmadığı konusundaki konsensusa en kolay “mahkum iş gücü kullanılarak üretilen ürünler” üzerinde varılmıştır, nitekim, GATT XX maddesi bu nitelikteki ürünlerin dış alımını engelleme yetkisine icazet tanır. Menşei ülkenin kamu kaynakları ile sübvans edilen ürünlerin ithalatçı ülke sanayiine olumsuz etkiler doğuracağı konusundaki konsensus da Sübvansiyonlar ve Karşı Önlemler Anlaşmasının motivasyonu olmuştur. Aynı görüş birliğine dampainge konu ürünler hakkında da varılmış ve Anti-damping Anlaşması imzalanmıştır. Diğer konularda ise henüz görüş birliği oluşmuş değildir. Çevre kuralları uygulanmadan üretilen bir ürünün bu kurallar gözetilerek üretilene kıyasla maliyet avantajı olacağı açıktır. Özellikle kimya sektöründe belirleyici olabilecek bu maliyet farkı, tarafları Ticaret ve Çevre üzerine anlaşmaya zorlamıştır, Anlaşmanın taslağı halen hazır olsa da görüşmelerin aksaması nedeniyle sonuçlanmamıştır. Üzerinde tam anlamıyla mutabakata varılmamış alanlar da mevcuttur. Çin’de işçilerin haftanın 7 günü çalıştırılması yasal iken Avrupa Ülkelerinde bunun telaffuz edilmesi dahi mümkün görülmemektedir. Çalışma saatlerinin yanında, işçi ücretleri arasındaki fark çok daha aşırı boyutlardadır. Bazı akademisyenler ve özellikle sendikalar bunun gerçek anlamda bir adil olmayan rekabet gücü olduğunu ileri sürseler de bu görüş fazla kabul görmemektedir. Yine de, insan hakları ve işçi hakları Dünya Ticaret Örgütünün üzerinde çalışmaya devam ettiği alanlardır.

II. REKABET ve TİCARET

Dış alıcı ve dış satıcı konumundaki ülkelerin rekabet yasa ve politikaları dış ticaretin akışı üzerinde belirleyici önem taşır. Açık karteller, müsamaha gösterildiği sürece faaliyet gösterdikleri ülkelerde oldukça yüksek ve “adil olmayan” bir kazanç sağlama ayrıcalığına sahiptir. Müsamaha gösterilen bir kartel davranışından elde edilen normal üstü gelirin, bir sübvansiyon ile eşdeğer ekonomik sonuçlar doğurduğu kabul edilebilir. Özellikle ihracat kartelleri ithalatçı ülke ekonomilerine ağır zararlar verebilirler.

Sınır ötesi etkiler doğuran birleşme ve devralma işlemleri son zamanlarda dikkatlerin odaklandığı bir konudur. İşlemin gerçekleştiği ülkede konuya etkinlik açısından bakmak yaygın iken pazarları etkilenen diğer ülkelerin ise yoğunlaşmayı ön plana çıkarıp işleme aykırı görüş bildirme eğilimi görece yüksektir. Bu içerikteki ihtilafların en iyi bilineni Mc Donnell Douglas'ın Boeing tarafından devralınmasıdır.

Pazara girişi kısıtlayan Özel Anlaşmalar ise konunun en karmaşık alt başlığını oluşturur. Konu, halen Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde süregelen müzakerelere dahil değildir. Rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalara olan yaklaşım, rekabet hukukundan çok rekabet politikasının bir sonucu olarak

görülür. Rekabet politikası aynı ya da benzer yasaları benimsemiş iki ülke arasında farklılık gösterebileceği gibi, aynı ülkede zaman içinde dahi değişime uğrayabilir. Gerçekten de, ne tür sınırlamaların hakim durumu kötüye kullanma olduğu Avrupa Hukukunda süregelen tartışmalara konudur ve Komisyon ile Adalet Divanının kararları egemen görüşün zaman içerisinde değişime uğrayabildiğine işaret etmektedir. Aynı durum, tekelleşme girişimleri için de Amerikan rekabet hukukunda geçerlidir. Bir ihracat kartelinin, bir açık kartelin tanımını yapmak ve bunları yasaklamak ne kadar kolay ise; rekabeti kısıtlayan özel teşebbüs eylemlerinin tanımında fikir birliğine varmak da o kadar güçtür. Rekabet Hukuku ile Uluslararası Ticaret Hukukunun yaklaşımları arasındaki en önemli fark bu konuda ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukuku ekonomideki rekabet koşullarını korur, ticaret ortakları ise teşebbüslerinin hedef ülke pazarına etkin olarak girmesi üzerine odaklanır. Etkinlik gibi hedefler ulusal rekabet politikalarını etkiler ama uluslararası ticaret politikalarını değil.

Uluslararası ticaret ve onun yasal çerçevesini belirleyen çok taraflı anlaşmalar, Devletler Genel Hukukuna tabidir. Rekabet yasa ve politikaları ise özel hukuk kişilerinin eylemlerini düzenlerken yasama, yürütme ve yargı yetkileri egemen devletin yetkili organlarındadır. Bu koşullarda, Dünya Ticaret Örgütü sistemindeki anlaşmalar o egemen devletin yürütme veya yargı eylemlerinde uluslararası taahütlerine uygun davranmamaları halinde işlerlik kazanabilir. Tartışmaların temelindeki soru şu şekilde ifade edilebilir: "Özel hukuka tabi iki tarafın aralarında anlaşmak suretiyle yine özel hukuk konusu bir üçüncü tarafa ekonomik zarar vermeleri hangi koşullarda Devletler Genel Hukukunun ele alacağı bir sorun haline gelebilir?". GATT Madde XXIII bu hali düzenlemektedir.

Günümüze kadar, rekabet hukuku bağlantılı bir tek ticaret ihtilafı Dünya Ticaret Örgütü tarafından çözülmüştür. ABD menşeli fotoğraf filmi yapımcısı Kodak, Dünyanın her ülkesinde pazar lideri iken Japonya'da Fuji ile Konikanın ardından üçüncüdür ve saldırgan stratejiler pazar payını %10'un üzerine çıkarmaya yeterli olmaz. Hiç umulmadık bir zamana gelen şikayetinde Kodak, bu durumu ülkede % 70 pazar payı bulunan Fujinin distribütörleri ve nihai satıcıları üzerinde baskı kurarak ve rekabet yasasına aykırı davranarak rakiplerini piyasa dışına çıkarmaya çalışması ile açıklar. Tabiatıyla, konunun DTÖ tarafından ele alınabilmesi için bir "Devlet Sorumluluğu" gerekmektedir. Kodaka göre, Japonya, rekabet yasalarını uygulamaksızın Fujinin eylemlerine göz yummakla sorumludur. ABD makamları vasıtasıyla Kodak tarafından sunulan şikayetin başlığı, bu suçlamayı olabildiğince açık anlatmasıyla ilginçtir: "*Privatising Protectionism*" (Korumacılığı Özelleştirmek). Panel Raporu ABD makamlarının bütün savlarını reddetmiş, karar Temyiz Organına götürülmemiştir. Konumuz bakımından Kararın en önemli unsuru, şikayetin

konusundan dolayı reddedilmemiş, incelenmiş olmasıdır. Şikayetin reddi nedenlerinden biri, Japon Hükümetinin ayrımcılık yaptığına dair bir almetin bulunamamış olmasıdır. Bunu, "Konika Fujinin rekabet karşıtı eylemlerini şikayet ettiğinde Japon Adil Ticaret Komisyonu incelemiş, Kodak şikayet ettiğinde incelememiş olsaydı Devlet Sorumluluğundan söz edilebilir idi" şeklinde yorumlamak olasıdır. Taraf devletlerin rekabet yasalarını uygulamamaları ya da ayrımcılık yapmaları hallerinin XXIII madde tarafından kapsandığına ilişkin görüş, Dünya Ticaret Örgütünün Kodak vs Fuji Davası ile doğrulanmaktadır. Zira, Panel, konunun Anlaşma kapsamında incelenemeyeceğine değil, delillerin yetersiz olduğuna istinaden ABD'nin şikayetini reddetmiştir.

Sonuç olarak, DTÖ ihtilaf halli mekanizmasının, ancak bir anlaşma tarafının kendi mevzuatından doğan ödevlerini yerine getirmemesi ya da ödevlerini yerine getirirken ihtilaf taraflarının milliyetine göre ayrımcılık yapması hallerinde işlerlik kazanabileceği görüşüne varılabilir. Bu koşullarda, GATT taraflarının ulusal rekabet mevzuatları birbirinden oldukça farklı olduğuna göre, bir "asimetrik yükümlülük" söz konusu olmaktadır. Rekabet yasaları katı hükümler içeren ve bunlar bağımsız kurumlarca takip edilen ülkeler daha ağır, rekabet yasaları oluşmamış veya tam anlamıyla yürütülmeyenler ise daha hafif yükümlülük almış olacaktırlar.

III. ÇÖZÜM MEKANİZMALARI

Rekabet Hukuku ilişkili ticari ihtilafları çözümede kullanılan başlıca üç alternatif yol vardır. Geleneksel yol, sınır ötesi uygulanabilirlik ilkesidir. ABD, Avrupa Topluluklarının Rekabet Hukukları bu ilkeyi içermektedir. Gelişmiş ülkelerin tamamının rekabet yasaları sınır ötesi uygulanabilme hükmü içermektedir. Ancak, sınır ötesi uygulamalar ticaret ortakları arasındaki ilişkilerde gerginliğe yol açma potansiyelinden başka uygulamada bir takım sorunlara yol açmaya da eğilimlidir ve "son çare" olarak görülmektedir. Sonuçta, tek taraflı bir hükme dayanan ve misilleme riski taşıyan bu ilke çok sık uygulanmamaktadır. Avrupa Topluluğu, çok önem verdiği Mc Donnell Douglas Boeing devralma işleminde dahi sınır ötesi uygulanırılık ilkesini işletmekten çekinerek ABD ile anlaşma yoluna gitmiştir.

Bir diğer yol, işbirliği anlaşmalarıdır. Son yıllarda bu tür anlaşmaların sayısı hızla artmakta olsa da, kapsamı çok genişlemiş değildir. Özellikle ABD, Japonya ve Avrupa Toplulukları ticaret hacimleri yüksek ticaret ortakları ile işbirliği anlaşmaları imzalamaktadır. Ancak, bu anlaşmalar bağlayıcı bir ihtilaf halli mekanizması önermekten uzaktır. Büyük ölçüde DTÖ sisteminin temel ilkelerinden biri olan şeffaflık ilkesini kendi aralarındaki ilişkilerde geliştirmeyi amaçlayan gönüllü anlaşmalar olarak kalmışlardır.

Üçüncü yol olarak geriye ticaret taraflarının rekabet hukuk ve politikalarının uyumlaştırılması (armonizasyon) kalmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü Ticaret ve Rekabet Politikasının Etkileşimi üzerine çalışma Grubunun faaliyetleri bu armonizasyon üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Konu, 1996 Singapur Görüşmelerinden itibaren Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde tartışılmaya devam etmektedir. 2001 Doha Görüşmelerinde, Dünya Ticaret Örgütünün Ticaret ile Rekabet Politikasının Etkileşimi adlı Çalışma Grubunun pazara giriş sorunu ile doğrudan ilgisi olmayan konulara odaklanması kararı alınmıştır. Görüşmelerin odağını oluşturan dört konu açık karteller, ihracat kartelleri, şeffaflık ve prosedürel eşitlik olarak gündemdedir. Çalışma Grubu tarafından hazırlanan ve görüşmelere esas oluşturan Rapor, gelişmekte olan ülkelerin sanayi ve kalkınma programlarının Rekabet Hukukunun işlerlik kazanması ile sekteye uğramayacağını, aksine bu politikaların bütünleyici olabileceğini ortaya koymaktadır. Daha açık bir deyiş ile, henüz rekabet kuralları uygulanmayan gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin bu kurallara işlerlik kazandırmaları, dünya ticaretini geliştireceği gibi, söz konusu ülkelerin gelişmelerine de olumlu katkıda bulunacaktır.

Dünya Ticaret Örgütünün temel ilkelerinin hangi öncelik sırasına göre uygulanacağı da başlı başına bir tartışma konusu olarak karşımızdadır. Hindistan önderliğindeki gelişmekte olan ülkeler "Özel ve Farklı Muamele" (*Special and Differential Treatment*) ilkesini ön plana çıkarmaya çaba harcamaktadır. Buna göre, söz konusu ülkeler bazı hukuki düzenlemelerini bir geçiş sürecini takiben gerçekleştirebilecekler, bu süreçte gelişmiş ülkelere teknik yardım alacaklardır. Avrupa Topluluğunun önceliği ise ihracat kartelleri ve açık kartellerin yasaklanması, bu kapsamda tanımların tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta yapılması ve uygulamanın olabildiğince katı olması doğrultusundadır.

Kanımızca, Uluslararası Rekabet Hukukunun oluşması önündeki en büyük güçlük tanımların henüz evrensel kabul görmemiş olmasıdır. Anlaşma taraflarının fikri ve sınai mülkiyet haklarını yasal güvence altına almasını gerekli kılan TRIPs (*Trade Related Intellectual Property Rights*/Ticaret İlişkili Fikri Mülkiyet Hakları) Anlaşması DTÖ Üyelerinin tamamı tarafından imzalanmıştır. Dikkat edilmesi gereken nokta, TRIPs Anlaşmasına konu patent, coğrafi işaret, telif hakkı, entegre devreler gibi kavramların tamamının daha önceden imzalanmış evrensel içerikli anlaşmalar ile tanımlanmış olduğudur. Oysa, hakim durum, kötüye kullanma, tekelleşme girişimi gibi kavramlar üzerinde henüz ulusal mevzuatlarda bile kesin mutabakat oluşmamıştır.

IV. TÜRKİYE'NİN DURUMU

Hiç şüphesiz, Rekabet Hukukunun etkin işleyişi -hiç bir şey için olmadığı kadar- Türkiye'nin kendi ekonomik gelişimi için gereklidir. Yine de, bu kuralların ticaret ortakları ülkelerde aynı etkinlikte uygulanmaması, bir negatif dışsallığa yol açmakta ve Türkiye'nin dış satımını bir ölçüde olumsuz etkilemektedir. Aynı olumsuzluk (negatif dışsallık) başka ülkeler, örneğin ABD ve Japonya için de geçerli olmakla birlikte, bu ülke teşebbüslerinin olumsuzluğu daha az kayıpla atlatabilecekleri öne sürülebilir. Gelişmiş ülke kökenli şirketlerin ürünleri çoğunlukla marka tanınmışlığı ve tercih edilirliliği yüksek ürünlerdir. Üretici teşebbüslerin sermaye birikimlerinin sağladığı avantaj da dikkate alındığında, dış alıcı konumundaki ülkelerde özel teşebbüslerin pazara girişi zorlaştırıcı anlaşma ve eylemlerine müsamaha gösterilmesinin gelişmiş ülkelerden çok gelişmekte olan ülke teşebbüslerine zarar vereceği açıkça ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, Türkiye gibi Rekabet hukuku evrensel kabul görmüş ilkeleri içeren ve etkin olarak, ayrımcılığa gitmeksizin uygulanan ülkelerin ek bir külfeti olmayacaktır. Türkiye, gelişmeleri Dışişleri Bakanlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Rekabet Kurumu gibi uzman kuruluşlar ile izlemektedir.

DİKEY ANLAŞMALAR YOLUYLA PİYASANIN KAPATILMASI

Bariş EKDİ

Rekabet Uzmanı

1. Giriş

Rekabet hukuku açısından aynı piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sundukları ürünlerin/hizmetlerin fiyatını anlaşıarak tespit etmeleri (arzi kısımları), satış koşullarını birlikte belirlemeleri, pazarı paylaşmaları, ihalelere verilecek teklifler konusunda anlaşmaları, bazı teşebbüslere mal vermeme/hizmet sunmama konusunda anlaşmaları gibi uygulamalar temel rekabet ihlalleridir. Rekabet hukuku açısından bu tür yatay anlaşmaların cezalandırılması gerektiği yönünde fikir birliği mevcuttur.

Diğer yandan rekabet hukuku, etkinlik yaratarak tüketici refahını arttırabileceklerini dikkate alarak dikey anlaşmaları¹ yatay anlaşmalardan ayırır. Bununla birlikte, dikey anlaşmaların olumsuz etkileri konusunda gerek iktisatçılar gerekse hukukçular arasında bir fikir birliği oluşmamıştır. Şikago Okulu'na göre, dikey anlaşmalar yalnızca tüketici yararını arttırmaya yarar, rekabeti kısıtlayıcı, bozucu herhangi bir etkileri yoktur ve bu nedenle de *per se* (yalnız başına, başka bir koşula gerek olmaksızın) yasal sayılmalıdır (Bork, 1993:297). Başka akademisyenler ise dikey anlaşmaların yararları olduğu kadar sakıncaları da olabileceğini belirtmişlerdir. Bu sakıncalardan biri, teşebbüslerin dikey kısıtlamaları stratejik bir şekilde piyasaya girişi kapatmak için kullanma olasılığıdır. Bu nedenle dikey anlaşmaları herhangi bir denetime tabi tutmaksızın yasal saymaktansa bu anlaşmaların içerdikleri hükümlere ve piyasadaki etkilerine göre değerlendirmeye tabi tutulmaları tercih edilmelidir.

Bu çalışmada öncelikle dikey anlaşmaların türleri ve teşebbüsleri dikey anlaşmalar yapmaya sevkeden unsurlar incelenerek, rekabet hukukunun dikey anlaşmalara ilişkin genel yaklaşımı tartışılacaktır. Ardından, dikey kısıtlamalar - özellikle münhasırlık sözleşmeleri - yoluyla piyasanın kapatılması ve rakiplerin maliyetlerinin yükseltilmesi uygulamaları iktisat kuramı açısından

¹ Dikey anlaşmalar, üretim zincirinin farklı seviyelerindeki teşebbüsler arasındaki anlaşmalardır. Bunlar rekabeti kısıtlayıcı hükümler taşıdıkları takdirde rekabet hukuku açısından değerlendirmeye tabidirler. Dikey anlaşmaların tarafları arasındaki rekabet kısıtlamaları bu çalışmada kısaca "dikey kısıtlamalar" olarak adlandırılmıştır.

değerlendirilecektir. Bunları müteakip, Rekabet Kurulu kararları çerçevesinde piyasanın kapatılması uygulamasının somut olarak ne şekillerde cereyan ettiği ve Kurul'un konuya yaklaşımı ele alınacaktır. Son kısımda ise, iktisat kuramı ve değerlendirilen Kurul kararları dikkate alınarak, 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"nin uygulanması açısından ortaya çıkabilecek aksaklıklara değinilecektir.

2. Dikey Kısıtlamalar ve Rekabet Hukuku

a. Teşebbüsleri Dikey Anlaşmalar Yapmaya Sevkeden Nedenler

Bir malın nasıl üretileceğini bilmek ve bu malı üretmek bir teşebbüsün piyasada yaşayabilmesi için yeterli değildir. Öncelikle, teşebbüs hammadde, aramadde ve üretim için gerekli diğer girdileri tedarik etmelidir. İkinci olarak, üretim araçlarını ve insan kaynağını organize etmeli ve faaliyetleri için gerekli olan finansmanı bulmalıdır. Üçüncü olarak da, ürünlerini satın alacak müşteriler bulmalı ve ürünlerini bu müşterilere ulaştırabilmelidir.

Girdilerin temini, malların üretimi ve müşterilere sunulması işlevleri aynı zamanda birçok piyasanın da dikey olarak birbirleri ile bağlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, bir teşebbüs doğrudan, yavru şirketler kurarak, bu piyasalarda faaliyette bulunan bir teşebbüsü devralarak ya da söz konusu teşebbüsle birleşerek bu piyasalara girebilir. Son iki seçenek (birleşme ve devralma) genellikle bazı koşullar altında rekabet kurumlarının *ex-ante* denetimine tabidir.

Diğer bir seçenek ise, bu piyasalarda faaliyette bulunan bağımsız teşebbüsler ile anlaşmalar yapmaktır. Bu durumda, teşebbüs ürünlerini tüketicilere ulaştırması amacıyla toptancıya ya da atanmış bir yeniden satıcıya satar veya girdi temin etmek üzere sağlayıcılarla çeşitli anlaşmalar imzalar. Alt ya da üst piyasalardaki teşebbüslerle yapılan bu tür anlaşmalar genellikle "*dikey anlaşmalar*" olarak bilinir. Bu anlaşmalarla tarafların biri ya da ikisi üzerine getirilen kısıtlamalar, niteliklerine ve etkilerine bağlı olarak, rekabet hukukunun konusunu oluşturabilir.

Bir teşebbüs yukarıda değinilen seçeneklerden birini, birkaçını veya hepsini kullanabilir. Örneğin, firma genişledikçe artacak olan işlemleri organize etmenin maliyeti de artabilir veya girişimci kaynaklardan elde edeceği faydayı ençoklamayı başaramayabilir ve bir noktadan sonra genişlemek yerine söz konusu faaliyetleri piyasadan satın almak firma açısından daha kârlı olabilir: Böylelikle, bir firmanın en etkin olan seçeneği uygulaması beklenir (Coase, 1988:43).

Korah ve O'Sullivan (2002:4) bu konuda başka örnekler de vermektedir: Üreticiler yerel pazarlara girerken bu pazarlardaki koşulları bilen ve karşılaşılması muhtemel olan sorunlar karşısında deneyimli olan distribütörlerle çalışmayı yeğleyebilirler; küçük teşebbüsler başka pazarlara doğrudan girmeleri için gerekli olan mali kaynakları temin edemeyebilirler veya ülkeler arasındaki mevzuat farklılıkları bu tür anlaşmaları gerekli kılabilir.

Diğer tüm anlaşmalar gibi bu anlaşmalar da fırsatçı davranışları engellemek, pozitif dışsallıklardan yararlanmak veya negatif dışsallıklardan kaçınmak amacıyla taraflara çeşitli yükümlülükler ve kısıtlamalar getirmektedir (Dobson ve Waterson, 1996:8).

Dikey kısıtlamaların yalnızca dağıtım seviyesi ile sınırlı olmadığı, girdi sağlayıcısı-üretici ilişkisinde de sıklıkla görüldükleri ayrıca belirtilmelidir. Dolayısıyla bir dikey kısıtlama – iktisatçılar ve rekabet hukuku uygulayıcıları açısından tartışmalı bir alan yaratmak pahasına- kabaca, üretim zincirinin farklı aşamalarında (örneğin, üretim, toptan satış, perakende satış, dağıtım, girdi temini vb.) faaliyet gösteren teşebbüsler arasında, mal veya hizmetlerin sağlanmasıyla ilgili olarak, taraflardan en az birinin ticari özgürlüğünü, belirtilen miktardaki bir ürünün belirtilen bir fiyattan değişiminin ötesinde sınırlayan kısıtlamalar (Hughes, 2001:424) olarak tanımlanabilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, dikey kısıtlamalar sonucu elde ettikleri kâr, dikey kısıtlamalar nedeniyle uğrayacakları kayıpları aştığı müddetçe, taraflar dikey anlaşmalar vasıtasıyla özgürlüklerinin kısıtlanmasını gönüllü olarak kabul edeceklerdir (Neven *et al.*, 1998: 27-28). Teşebbüslerin dikey kısıtlamalara gönüllü olarak taraf olmalarının istisnasını ise, pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün söz konusu kısıtlamaları çeşitli nedenlerle karşı tarafa empoze etmesi oluşturur.

Bu çerçevede dikey kısıtlamaların ardındaki nedenler iki ana gruba ayrılabilir:

i) Taraflar Arasındaki Güdülenme

Sağlayıcı açısından bakıldığında, temel amaç dağıtıcının çıkarlarının kendi çıkarları ile çatışmasının önlenmesidir. Yeniden satıcı ya da alıcı açısından da temel amaç batık maliyet riskinin en aza indirilmesi ve arz sürekliliğinin sağlanmasıdır.

Çifte tekeli fiyatlandırma sorununun giderilmesi: Dikey anlaşmaya taraf olan iki teşebbüsün de tekel² olduğu bir durumda, üretici/sağlayıcı ürünü

² Burada "tekel" sözcüğü ile kastedilen mutlak bir tekel değildir; teşebbüsün ürününün fiyatını rekabetçi olmayacak şekilde belirleyebilecek pazar gücüne sahip olması ifade edilmektedir.

yeniden satıcıya marjinal maliyetinin üzerinde tekeli bir kâr koyarak satacak, yeniden satıcı da bu fiyatın üzerine kendi tekeli kâr marjını koyarak ürünü nihai kullanıcılara satacaktır. Bu durumda, ürünün perakende fiyatı marjinal maliyetinin üzerine iki defa tekeli kâr konulmak suretiyle artmış olduğu için, bu fiyat artışı nedeniyle ürüne olan talep azalacak ve üreticinin kârında da düşme olacaktır. Üreticinin bu olumsuzluğu gidermek amacıyla yeniden satıcının tekeli fiyatlandırma yapmasını engellemesi, yalnızca üreticinin kârını artırmayacak aynı zamanda da –ikinci bir tekeli fiyatlandırma engellendiği için– tüketici refahında da artışa neden olacaktır³. Üreticinin çifte tekeli fiyatlandırmanın önüne geçebilmek için kullanabileceği iki dikey kısıtlama vardır: (Azami) yeniden satış fiyatını belirlemek ya da yeniden satıcıya en az asgari mal satın alma yükümlülüğü getirmek⁴ (Bishop ve Walker, 1999:88-89).

Yeniden satıcılar arasındaki rekabetin olumsuz etkisi: Üretici ya da yeniden satıcının tekeli olmadığı durumlarda, yeniden satıcının kâr marjını arttırmak amacıyla nihai satış fiyatını yükseltmesi ise tüketicilerin diğer yeniden satıcılara yönelmesine neden olacağından yeniden satıcılar kâr marjlarını mümkün olduğunca düşürmeye çalışabilirler. Bu durumda yeniden satıcıların ürünün tanıtım ve satışı için yeterli kaynak ayırma fırsatı olmayabilir ya da üreticinin talep ettiği niteliklere sahip yeniden satıcılar kâr marjının düşüklüğü nedeniyle söz konusu ürünün yeniden satışını üstlenmekten kaçınabilirler. Sonuçta ürünün üretici açısından yetersiz görülen dağıtım yeniden satış kanallarından taşınması riski ortaya çıktığından üreticiler dikey kısıtlamalarla (örn. münhasır bölge tahsisi, minimum satış fiyatı belirleme) bu sorunu çözmeye çalışabilirler (Dobson ve Waterson, 1996:7).

Yeniden satıcılar arasındaki bedavacılık (free-riding) sorununun giderilmesi: Yeniden satıcılardan birinin ürünü satmak için yapacağı tanıtım, reklam faaliyetleri vb. faaliyetler, servis vb. hizmetler diğer yeniden satıcılar üzerinde pozitif bir dışsallık oluşturur. Söz konusu dışsallıklara izin verilmesi durumunda ise, yeniden satıcılar tanıtım, servis vb. faaliyetler için mümkün olduğunca az çaba göstermeye başlayacak ve yeniden satış şebekesinin tümü

³ Bu noktada dikkat edilmesi gereken üç önemli husus vardır: (1) Üreticinin değil de pazar gücüne sahip olan yeniden satıcının, üreticinin tekeli fiyat uygulamasını engellemesi durumunda da aynı sonuca ulaşılabilir. (2) İkinci bir tekeli fiyatlandırma aşamasının önüne geçilmiş olmasının, tüketici refahı açısından olumlu bir sonucu olduğu söylenebilir de, bu oluşan fiyatın rekabetçi bir fiyat olduğu anlamına gelmez: Ortada hâlâ bir tekeli fiyatlandırma aşaması vardır ve bu nedenle ister üretici yeniden satıcının isterse yeniden satıcı üreticinin tekeli fiyatlandırma yapmasını engellesin sonuçta uygulanan perakende satış fiyatı rekabetçi fiyattan daha yüksek olacaktır. (3) Eğer yeniden satış düzeyinde rekabetçi bir yapı varsa, çifte tekeli fiyatlandırmanın ortaya çıkma olasılığı azdır.

⁴ Bu noktada satın alma yükümlülüğüne tabi olan asgari miktar yeniden satıcının yeniden satış fiyatını kendi marjinal maliyetine eşitleyecek miktar olmalıdır.

tehlikeye girecektir. Örneğin, bir araba üreticisinin bir şehirde iki bayisinin olduğunu varsayalım. Bunlardan birinin arabaları sergilemek için yeterli büyüklükte bir yeri, deneme sürüşü imkanı, teknik konularda bilgili yetişmiş elemanı ve çeşitli servis hizmetleri vardır ve bunlar için katlandığı maliyetler de arabanın satış fiyatına yansımaktadır. İkinci bayilik ise yalnızca ufak bir bürodan oluşmaktadır ve ilkinde benzer şekilde faaliyetleri yoktur; yalnızca aracı fabrikadan alarak kullanıcıya teslim etmektedir ve bu nedenle maliyetleri düşük olduğundan arabayı ilk yeniden satıcıya oranla daha ucuza satmaktadır. Müşterinin ilk satış noktasın hizmetlerinden yararlanması, buna karşın arabayı ikinci satıcıdan alması durumunda, ilk satıcı uzun vadede piyasadan çıkacak ya da söz konusu maliyetlere katlanmaktan kaçınmaya başlayacak, bu durumdan üretici de zarar görecektir. Bu nedenle, üretici yeniden satış fiyatının belirlenmeyi -ki bu durumda iki satıcı da ürünü aynı fiyattan satacaklarından müşteri daha iyi hizmet edeni tercih edecek ve bu da yeniden satıcılar arasında hizmet kalitesi açısından rekabeti körükleyecektir – ya da ikinci yeniden satıcının bayiliğine son vererek ilk yeniden satıcıyı söz konusu şehir için münhasır bayi olarak tayin etmeyi tercih edebilir⁵ (Hovenkamp, 1999:450-451).

Optimal olmayan yatırımların önüne geçilmesi ve marka imajının korunması: Bir üretici ürününün belirli koşullar altında satılmasını isteyebilir; ancak ürününü satmak için kendi imkanları ile satış yerleri açıp işletmesi ya da sırf söz konusu ürüne özgü bir bayilik teşkilatı oluşturması eğer ürüne yönelik olan talep düşükse optimal bir yatırım olmayabilir. Ürünün satışını bağımsız teşebbüsler aracılığıyla yapmak daha makul olsa bile bağımsız yeniden satış yerlerindeki ürün satış koşulları nedeniyle çeşitli olumsuzluklar ortaya çıkabilir ve ürünün tüketici gözündeki imajı zedelenebilir. Bu nedenle üretici, ürünün imajını korumak amacıyla, yeniden satıcının (satış yerlerinin) belirli niteliklere sahip olmasını öngören kısıtlamalar getirebilir ki “seçici dağıtım sistemleri” de bu tür dikey kısıtlamalara örnektir (Bishop ve Walker, 1999:90-91).

Batık maliyetler ve fırsatçılık sorununa karşı dikey anlaşmalar: Sözleşme, önceden taraflardan birinin belirli yükümlülükleri yerine getirmesine, çeşitli batık maliyetlere katlanmasına bağlı ise buna karşılık çeşitli kısıtlamaların gündeme getirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin bir ara parça üreticisinden talep edilen ürünün çok özel nitelikleri var ise ve ara parça üreticisi üretim sürecini değiştirdikten ve bu parçayı ürettikten sonra ürünü başka birine satamayacak konumda ise, alıcının bu ürünü belirli bir süre

⁵ Bu durumda da, araba üreticisi pazarda tek el konumunda olmadığı müddetçe diğer üreticilerin bayilerinden kaynaklanan markalar arası rekabet söz konusu yeniden satıcının hizmet rekabetinde bulunmaya devam etmesini sağlayacak, rakip ürünlerin fiyatları da tek elci fiyatlandırmanın önüne geçecektir.

boyunca ve belirli miktarda alma taahhüdünde bulunmasını talep edebilir (Taylor, 1999:44)⁶.

ii) Üçüncü Kişilere Karşı Gütülenme

Markalar arası bedavacılığın önlenmesi: Üreticinin yeniden satıcıları reklam kampanyalarında desteklemesi, satış yerlerinin dekorasyonu, personelin eğitimi vb. konularda çeşitli maliyetlere katlanması durumunda, söz konusu yeniden satış yerine gelen müşterilerin üreticinin değil de diğer üreticilerin burada satılan ürünlerini alması söz konusu olabilir (Dobson ve Waterson, 1996:16). Örneğin, bir müşteri A üreticisinin desteklediği bir reklam kampanyası sonucunda A, B ve C marka televizyonların satıldığı bir satış noktasına gelerek televizyonları karşılaştırır, bu arada yine A tarafından eğitilen personel bu müşterinin teknik ayrıntılarına ilişkin sorularını cevaplar, sonuçta müşteri de B ya da C markalı ürünü satın alırsa, B ve C üreticilerinin A'nın yarattığı pozitif dışsallıktan yararlandıklarını söyleyebiliriz. Bu durumda da A söz konusu bedavacılığın önüne geçmek için yeniden satıcıların rakip malları satışını yasaklamak isteyebilir.

Rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak: Dikey kısıtlamalar aynı zamanda hem markalar arası rekabette bedavacılık sorununu gidermek hem de rakipleri piyasanın dışına itmek amacıyla da kullanılabilir: Dobson ve Waterson'a (1996:17) göre, dağıtıcının rakiplerin mallarını bulundurmasını doğrudan yasaklayan münhasırlık anlaşmaları [rekabet yasağı] veya miktar gereklilikleri ya da ürünlerin birbirlerine bağlanması gibi koşulları içeren ve dağıtıcı üzerinde daha az rakip mal bulundurması yönünde dolaylı olarak baskı yaratan sözleşmeler her iki etkiyi de elde etmek için kullanılabilirler. Ancak, her iki dışsallığın da iktisadi etkinlik açısından çok farklı sonuçları vardır. Üreticinin satış ve promosyon faaliyetleri için optimal yatırım yapmasından kaynaklanan etkinlik örneğinde olduğu gibi, ilk etkiyi [bedavacılık probleminin önlenmesi] kontrol etmek için yapılan faaliyetler genellikle toplumun yararınadır. Diğer yandan, pazarı bölmek, giriş engelleri yaratmak, mevcut rakiplerin piyasadan çıkmasına neden olmak gibi rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar doğuran ikinci türdeki etkiler tanım gereği "rekabete aykırı"dırlar ve büyük bir olasılıkla toplumsal refahın azalmasına neden olurlar.

Dolayısıyla, piyasaya girişi engellemek ya da rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla kullanılacaklarından dikey kısıtlamaların rekabetçi ve rekabeti sınırlayan etkilerinin belirlenmesi önemlidir. Bu çerçevede, dikey kısıtlamalar yoluyla piyasaya girişin engellenmesi konusu bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

⁶ Konuya ilişkin başka örnekler için ayrıca bkz. Korah ve O'Sullivan (2002:30).

b. Dikey Kısıtlama Türleri ve Bunların Birbirleri ile İkame Edilebilirliği

Kaç türü olduğu konusunda herhangi bir fikir birliği olmamakla birlikte, dikey anlaşmalar ilk aşamada kabaca “fiyatla ilgili dikey anlaşmalar” ve “fiyatla ilgili olmayan dikey anlaşmalar” olarak iki gruba ayrılabilir. Rekabet hukuku uygulamalarının ilk dönemlerinde fiyatla ilgili tüm dikey kısıtlamaların *per se* yasadışı oldukları varsayılmış, ancak daha sonraları azami fiyat belirlenmesine veya tavsiye fiyat uygulamalarına izin verilmiştir.

Bunun yanı sıra her iki kategori arasında bir noktaya kadar ikame edilebilirlik olduğu da iktisat teorisi çerçevesinde kabul görmektedir. Örneğin, bir teşebbüsün yeniden satıcı için münhasır bir bölge tayin etmesi ve bu bölgede yeniden satıcıya mutlak bölgesel koruma sağlaması (diğer yeniden satıcıların bu bölgeye ya da bölgedeki satıcılara doğrudan ya da dolaylı olarak satış yapmalarının engellemesi) yeniden satış fiyatının belirlenmesi ile eşdeğer bir etki yaratabilir. Aynı durum asgari miktarda mal satın alma yükümlülüğü için de geçerlidir⁷.

⁷ Fiyata ilişkin kısıtlamalar ile bölgesel kısıtlamaların birbirleri yerine kullanabilmelerine ilişkin olarak bkz. Mathewson ve Winter (1984 ve 1988) ve Rey ve Stiglitz (1995:937).

Dobson ve Waterson (1996:5) dikey kısıtlamaları aşağıdaki şekilde listelemektedir:

Tablo – 2 : Dikey Kısıtlama Türleri

Kısıtlamanın Türü	Örnekler
Dolaylı Fiyatlandırma (<i>Non-linear Pricing</i>)	“Franchise” bedeli ve birim başına sabit bir ücretten oluşan iki parçalı tarife veya bütün ürün gamının satın alınması koşuluyla genel bir indirim yapılmasını öngören sistemler.
Miktar Yükümlülükleri (<i>Quantity Forcing</i>)	Yeniden satıcının dağıtmakla (yeniden satmakla) yükümlü olacağı minimum ürün miktarının belirlenmesi. (örn. bira üreticileri tarafından bağımsız teşebbüslere kiralanmış meyhanelerde, kiracıya getirilen en az belirli bir miktarda bira satma yükümlülüğü).
Servis Gereklilikleri (<i>Service Requirements</i>)	Satış öncesinde ve sonrasında verilecek servis hizmetlerine ve kampanya hizmetlerine ilişkin olarak getirilen yükümlülükler. Belirli bir marka teçizat ve malzeme kullanımının öngörülmesi (örn. “fast-food franchise sistemleri”).
Dikey Fiyat Tespiti (<i>Resale Price Maintenance</i>)	Nihai satış fiyatının üretici tarafından belirlenmesi (örn. kitap piyasası) Fiyat tabanı ya da tavanının belirlenmesi.
Tedarighin Reddi (<i>Refusal to Supply</i>)	Yeniden satıcıların sayısının sınırlandırılmasını öngören seçici dağıtım sistemleri (örn: parfüm satışları)
Münhasır Dağıtım [Yetkili Satıcılık] (<i>Exclusive Distribution</i>)	Yeniden satıcının münhasıran belirli bir coğrafi bölgede ya da yalnızca belirli bir kategorideki malları satmak üzere yetkilendirilmesi (örn. distribütörlük sözleşmeleri; gazete dağıtımı)
Rekabet Yasağı (<i>Exclusive Dealing</i>)	Yeniden satıcının sağlayıcının mallarına rakip olan malları satmasının, dağıtmasının veya depolamasının yasaklanması (örn. perakende petrol satışı)
Ürün Bağlama (<i>Tie-in Sales</i>)	Dağıtıcıların bütün ürün gamı da dahil olabilecek şekilde bütün malları dağıtmasının (satmasının) öngörüldüğü sözleşmeler.

Neven *et al.* (1998:26-27) ise dikey sınırlamaları üç ana başlıkta incelemektedir:

i) *Fiyat/miktar kısıtlamaları.* Yeniden satış fiyatının, asgari veya azami fiyatın belirlenmesi ya da miktara ilişkin yükümlülükler vb.

ii) *İkâme mallara ilişkin kısıtlamalar.* Dolaylı fiyatlandırma, münhasır dağıtım, rekabet yasağı gibi.

iii) *Tamamlayıcı parçalara ilişkin kısıtlamalar:* Servis gereklilikleri, seçici dağıtım sistemleri ya da ürün bağlama.

Yukarıda da görüldüğü üzere, dikey anlaşmalar farklı isimler altında sınıflandırılrsa da, önemli olan bu anlaşmaların hem teşebbüsler hem de rekabet hukuku açısından piyasadaki etkilerinin değerlendirilmesidir.

c. Dikey Kısıtlamaların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

Dikey anlaşmaların rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde iki temel görüşün olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bunlardan ilki, dikey kısıtlamaların herhangi bir incelemeye tabi tutulmaksızın yasal kabul edilmesini savunan Şikago Okulu'dur. İkinci grupta ise, dikey anlaşmaların *rule of reason* ilkesine göre değerlendirilmesi savunulmakta ve gerek ABD gerekse AB uygulamalarında bu yaklaşım benimsenmektedir.

Aşağıda Bork'un (1993:297) ifadesiyle, Şikago Okulu dikey kısıtlamaların *per se* yasal olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre; dikey fiyat tespiti (yeniden satış fiyatının sağlayıcı tarafından belirlenmesi), dikey pazar bölünmesi (münhasır dağıtıcı bölgeleri) ve diğer tüm dikey kısıtlamalar tüketiciler açısından yararlıdır ve bu nedenle tamamıyla yasal olarak kabul edilmelidir. Temel iktisat kuramı bize bu tür kısıtlamalar getiren üreticinin arzi kısıtlamaya niyetlenemeyeceğini, (hukukun tarafsız kalmasını gerektiren fiyat ayrımcılığı gibi arzi uygulamalar hariç olmak üzere) bilakis etkinlik yaratmaya niyetlenmiş olması gerektiğini söylemektedir. En sık rastlanan etkinlik yeniden satıcıların daha fazla satış, servis ve promosyon çalışması yapmasının teşvik edilmesidir.

Şikago Okulu'nun temel savına göre, dikey anlaşmanın tarafları rakip değil, bilakis "tamamlayıcı" mal veya hizmetlerin sağlayıcıları olduklarından, söz konusu tamamlayıcı ürün ya da hizmetin fiyatının artması asıl ürüne olan talebi de azaltacaktır. Bu nedenle üreticiler yalnızca etkinlik yaratarak söz konusu talep daralmasını dengeleyebilecek nitelikteki kısıtlamaları kabul edeceklerdir (Hughes, 2001:425).

Diğer yandan Comanor (1985:989) Bork'un dikey anlaşmaların yalnızca servis kalitesinde, etkinlikte artış sağladığı yönündeki iddiasına karşı çıkararak, servis kalitesindeki artışın ürünün fiyatının artmasını haklı çıkarıp çıkarmadığını sorgulamaktadır.

Comanor ve Frech (1985 ve 1987), Krattenmaker ve Salop (1986a), Aghion ve Bolton (1987), Mathewson ve Winter (1988), Rasmusen *et al.* (1991), Rey ve Tirole (1997), Bernheim ve Whinston (1998) ve Simpson ve Wickelgren (2001) ise münhasırlık (rekabet etmeme) koşulunu farklı varsayımlara dayanan ekonometrik modellerde incelemiş, Mathewson ve Winter (1984 ve 1988), Rey ve Tirole (1986) ve Waterson (1988) dikey fiyat tespiti (DFT) ve münhasır bölgeler üzerinde çalışmış, Jullien ve Rey (2000) ve Krattenmaker and Salop (1986b) dikey anlaşmaların kartel oluşumunu kolaylaştırarak fiyatların artmasına yol açma potansiyellerini araştırmış ve adı geçen yazarların hepsi de dikey anlaşmaların *per se* yasal kabul edilmesine karşı çıkararak *rule of reason*⁸ yaklaşımının benimsenmesini önermişlerdir.

Hatta Rey ve Stiglitz (1995:446) cetvelin diğer ucunda yer alarak, “. . . (a) rekabeti kısıtlamaksızın başka bir yolla, (makul bir maliyette) elde edilemeyecekleri ve (b) rekabetin kısıtlanmamış olduğu durumdan daha fazla yarar sağlayacak derecede önemli bir etkinlik artışına yol açacakları açıkça kanıtlanmadığı sürece. . . ” dikey anlaşmaların yasaya aykırı kabul edilmeleri gerektiğini savunmuştur.

Benzer bir şekilde Neven *et al.* (1998:21-25) da Şikago Okulu'nun dikey anlaşmaların *per se* yasal sayılmaları gerektiği önerisine karşı üç neden ileri sürmektedir: İlk olarak, dikey anlaşmalar rakipleri piyasa dışına iterek veya piyasaya girişi kapayarak üçüncü kişilere (tüketiciler, mevcut veya olası rakipler) zarar vermektedir. İkinci olarak, bazı dikey anlaşmalarda, anlaşmaya özgü yatırımlar yapılması sonucunda ortaya çıkan *fırsatçılık* sorunu nedeniyle taraflardan birinin sömürülmesi olasılığının gündeme gelmesi nedeniyle anlaşmalar kanuna aykırı sayılabilir. Üçüncü olarak da, taraflardan birinin pazar gücüne sahip olduğu durumlarda dikey kısıtlamaların etkisizliğe (*inefficiency*) yol açarak tüketicilere zarar vermesi mümkündür.

Yukarıda yer verilen nedenlerle ABD'de dikey kısıtlamalar *rule of reason* ilkesine göre değerlendirilmekte, AB'de de grup muafiyetlerine ya da bireysel muafiyete konu olmaktadır.

⁸ Söz konusu anlaşmanın herhangi bir koşula bağlı olmaksızın yasal kabulünden ziyade, etkilerinin analizine bağlı olarak, içinde yer aldığı çerçevede rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığını belirlenmesi.

3. Piyasanın Kapatılması

a. İktisat Teorisi Açısından Münhasır Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması⁹

Piyasanın kapatılması “bir ya da bir grup teşebbüsün olası rakiplerinin alt ya da üst pazarlara giriş olanaklarını kısıtlamak amacıyla yaptıkları stratejik davranış” olarak tanımlanabilir. Piyasanın kapatılması, anlaşma yapmanın mutlak olarak reddi ya da erişim kalitesinin düşürülmesi yoluyla ayrımcılık yapılması gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin, bir teşebbüs münhasırlık anlaşmaları yoluyla önemli hammadde temin kaynaklarına ve/veya dağıtım kanallarına erişimi engelleyerek piyasayı rakiplerine kapatabilir¹⁰.

Dikey anlaşmaların etkilerine ilişkin olarak Şikago Okulu tarafından başlatılan tartışmalar çerçevesinde bazı iktisatçılar piyasayı kapatma riski içeren münhasırlık anlaşmalarını incelemişlerdir.

Comanor ve Frech (1985), eğer bir piyasada iki müşteri grubu varsa ve bu gruplardan biri piyasadaki teşebbüsün ürünlerini piyasaya yeni girecek olan teşebbüsün ürünlerine tercih ediyorsa, bu piyasada sabit birim maliyetlerle söz konusu ürünü üreten hakim durumdaki teşebbüsün muhtemel rakiplerinin piyasaya giriş maliyetini artırabileceğini göstermiştir.

Mathewson ve Winter (1987:1057-58) rakiplerin piyasaya giriş maliyetlerindeki etkinin, etkinliği değerlendirme açısından yanlış bir ölçüt olduğunu öne sürerek yukarıda yer verilen modeli eleştirmiştir. Mathewson ve Winter’e göre Comanor ve Frech, hakim durumdaki teşebbüs tarafından dayatılan münhasır anlaşmaların, rakiplerin piyasa dışına itilmesine yol açarak mevcut rekabetin azalmasına ve tüketicilerin tercihlerinin kısıtlanmasına neden olacağını savunmaktadır. Ancak, üreticiler aynı zamanda yeniden satıcılar tarafından “seçilmek” için de rekabet etmektedirler. Bu nedenle, eğer yeniden satıcının tekelci satınalma (*monopson*) gücü yoksa, “hakim durumdaki teşebbüsün davranışlarını disiplin altına alma açısından, münhasır anlaşmalar

⁹ İktisat teorisi açısından, dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılması, kullanılan kısıtlamaların niteliğine göre iki ayrı grupta incelenebilir: Piyasanın kapatılması ya münhasırlık anlaşmaları (veya asgari miktar tayini, anlaşma yapmanın reddi gibi aynı etkiyi doğuran diğer kısıtlamalar) yoluyla ya da ürün bağlama anlaşmaları (*tying*) yoluyla gerçekleştirilebilir. Tebliğin kapsamı açısından bu çalışmada ürün bağlama anlaşmalarına yer verilmeyecektir.

¹⁰ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, “*Rekabet İle İlgili Konularda Kullanılan Terimler Sözlüğü*”, http://europe.eu.int/comm/competition/general_info/f_en.html#t128, Nisan 2003.

nedeniyle oluşacak potansiyel rekabet, münhasır anlaşmaların yasaklandığı piyasalarda gerçekleşen rekabetten daha güçlü bir araç olabilir”¹¹.

Rakiplerin ihtiyaç duydukları girdileri münhasır anlaşmalar yoluyla bağlayarak “girdi kıtlığı yaratmak” piyasanın kapatılması için tek başına yeterli değildir: Bir işletme bir münhasırlık anlaşması yaptığında yalnızca söz konusu mala ilişkin arz eğrisinin sola doğru kaymasına (dolayısıyla malın fiyatının artmasına) yol açmaz, aynı zamanda söz konusu mala ilişkin talep eğrisinin de sola kaymasına yol açarak fiyat artışını dengeler. “Piyasanın kapatılması” kuramı bu açıdan yaklaşıldığında geçerliliğini yitirmektedir. Diğer yandan, aşağıda belirtileceği üzere, dört farklı piyasayı kapatma yöntemi vardır ki, bu yöntemler rakiplerin maliyetinin artmasına neden oldukları için geçerliliklerini korumaktadır (Krattenmaker ve Salop, 1986b:231-242):

a) *Darboğaz (Zorunlu Unsur)* yönteminde yeniden satıcı (ya da hammadde alıcısı) bir üst piyasadaki en etkin olan, ürünü en düşük fiyata sağlayan –ve dolaylı olarak girdilerin piyasa fiyatını belirlemede olan- bütün sağlayıcılar ile (veya bunlardan büyük bir kısmıyla) münhasırlık anlaşmaları yaparak rakiplerinin daha az etkin, daha yüksek maliyetlerle çalışan diğer sağlayıcılarla ya da daha az etkin ikame girdilerle karşı karşıya bırakır.

Bir gemi işletmecisinin bir liman işletmecisi ile anlaşarak söz konusu limanın rakip gemi işletmeleri tarafından kullanılmasını engellemesi bu olaya örnek olarak verilebilir. Coğrafi açıdan ya da kapasite, erişilebilirlik, artalanlarla bağlantı vb. açılardan anlaşmaya konu olan limana alternatif bir liman olmadığı takdirde, rakip gemi işletmecileri ya piyasadan çıkmak ya da daha yüksek maliyetlere katlanmak durumunda kalacaklardır.

b) *Gerçek piyasa kapatma* durumunda teşebbüs piyasaya arzedilen ürünün çok önemli bir kısmını münhasıran satın alarak bu kısmın rakipler tarafından kullanılmasını engeller, aynı zamanda rakiplerin ortak alan kısmı için rekabet etmeleri nedeniyle söz konusu girdinin fiyatının yükselmesine neden olur. Bu yöntemde piyasaya girişin ya da üreticilerin arzı artırma kapasitelerinin sınırlı olması ön koşuldur. Bu yöntem zorunlu unsura erişimin reddedilmesi yoluyla piyasanın kapatılmasından farklıdır; çünkü zorunlu unsorda erişimi engellenen altyapı, ürün ya da hizmetin niteliği önemli iken bu yöntemde ürünün niteliğinden ziyade piyasadan çekilen miktar önemlidir.

Ayrıca, aşağıdaki örnekte de görüleceği üzere, piyasadan çekilmek istenen miktarın tamamının üretilmiş olması ya da piyasa değeri üzerinden satın alınması zorunluluğu da yoktur: Piyasayı kapatmak isteyen teşebbüsün

¹¹ Comanor-Frech ve Matthewson-Winter modellerinin karşılaştırılması ve eleştirisi için ayrıca bkz. Dobson ve Waterson (1996:20) ve Schwartz (1987).

sağlayıcıya belirli bir “münhasırlık bedeli” ödeyerek sağlayıcının rakiplerine mal tedarik etmesini engellemesi de mümkündür.

Girdinin tamamını ya da önemli bir kısmını satın almaksızın yalnızca “münhasırlık” koşulunun satın alınması durumu, “çıplak münhasırlık” olarak nitelendirilmektedir. Bunun en tipik örneği Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nin 1941 tarihli *Alcoa Davası*’nda¹² görülmektedir: Alüminyum üreticisi olan Alcoa, elektrik üreticileri ile rakip alüminyum üreticilerine elektrik satılmamasını içeren bir sözleşme imzalamıştır. İşin ilginç yanı, Alcoa’nın, elektrik satın almadığı, müşterisi olmadığı üreticilerle de belirli bir bedel karşılığı münhasırlık anlaşması imzalamasıdır. Alüminyum üretimi yoğun miktarda elektrik gerektirdiğinden bu anlaşmalar rakiplerin maliyetini yükseltici etkidedir.

c) *Kartel organizatörü*: Piyasanın bu şekilde kapatılmasının da iki ayrı şekli vardır: İlk şekilde teşebbüs karşı taraftaki sağlayıcılardan rakiplerine mal verme koşullarını zorlaştırmasını talep edebilir. İkinci şekilde ise teşebbüs bir münhasırlık anlaşması akdederek sağlayıcıların rakiplerine mal vermesini yasaklayabilir. Bu iki yöntem de Krattenmaker ve Salop tarafından “kartel organizatörü” olarak adlandırılmıştır; çünkü bu durumda münhasır anlaşma yapan teşebbüs sağlayıcıları rakiplerine karşı ayrımcı fiyat uygulamaya, rakiplerinin alacağı girdilerin fiyatlarını yükseltmeye teşvik etmektedir.

d) *Frankenstein Canavarı*, yeniden satıcının ya da girdi alıcısının bazı tedarikçiler ile münhasır anlaşmalar yapması sonucunda kendisi ile anlaşma yapmamış olan tedarikçilerin aralarında kartel anlaşması yapmasına ya da uyumlu eylemde bulunmalarına zemin hazırlaması sonucu ortaya çıkan durumu ifade etmektedir. Bu yöntemin bir önceki *kartel organizatörü* yönteminden farkı, kartele teşebbüs eden ya da uyumlu eylemde bulunan teşebbüslerin münhasırlık anlaşmalarına taraf olmayan teşebbüsler olmasıdır.

Dolayısıyla, ilk iki yöntemde rakiplerin gerekli girdileri temini ya da hizmetlere ulaşması piyasayı kapatan teşebbüs tarafından doğrudan engellenmekte, son iki yöntemde ise sağlayıcıların münhasırlık anlaşmalarının etkisiyle -açık ya da gizli anlaşmalar yapma fırsatı bularak- girdi arzını kısımları sonucunda piyasanın kapatılması gerçekleşmektedir.

Krattenmaker ve Salop’a (1986b:243-347) göre bu yöntemler rakiplerin rekabet edebilme yeteneklerini ya da isteklerini üç şekilde etkilemektedir:

i) Piyasaya girişin kısıtlı olması ya da mevcut sağlayıcıların arzı artırma olanaklarının olmaması durumunda, geriye kalan girdileri kullanmak,

¹² *United States v. Aluminum Co. of America*, 44 F.Supp. 97, 121, 144.

hizmetlerden yararlanmak durumunda kalan rakiplerin maliyetleri, dolayısıyla da ürünlerinin fiyatları yükselmiş olur ve piyasayı kapatan teşebbüs rakiplerini piyasadan dışarı itmese bile rekabetçi bir piyasadakinden daha fazla kâr elde etme olanağına kavuşur.

ii) Söz konusu yöntemler bazı rakiplerin piyasadan çıkmasına neden olursa, bu durumda da geriye kalan az sayıdaki teşebbüsün rekabete aykırı şekilde işbirliği yapmaları kolaylaşır.

iii) Yukarıda yer verilen yöntemler sonucunda piyasada faaliyet gösteren/gösterecek teşebbüslerin maliyetlerinin yükselmesi piyasaya girecekler açısından bir giriş engeline dönüşebilir.

Benzer bir şekilde, piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüs olası bir rakibin piyasaya girmesi ihtimaline karşı sağlayıcılarla (ya da yeniden satıcılarla) uzun dönemli münhasırlık sözleşmeleri imzalayabilir ve olası rakibini sözleşmelerin süresi bitene kadar beklemeye ya da sağlayıcıları (yeniden satıcıları) bu sözleşmeleri bozmaya teşvik etmek amacıyla onların zararlarını karşılamaya zorlayabilir. Böylece olası rakiplerin piyasaya giriş maliyetleri artırılmış olur. Bu tür durumlarda, sözleşmelerin nominal süresi değil, *etkin süresi* (tarafların sözleşmenin imzalanması sırasında sözleşmenin süresine ilişkin beklentileri) dikkate alınmalıdır; çünkü sözleşme ile verilmek istenen mesaj sözleşmenin süresinden daha önemlidir (Aghion ve Bolton, 1987).

Diğer yandan Posner (2001:232-233) bu konuya ilişkin olarak, (a) münhasırlık sağlamak ve olası rakiplerin girişini caydırmak amacıyla yeniden satıcılara yapılan ödemelerin daha düşük ücretler olarak tüketicilere yansıtacağını (b) cezai şartların genellikle uygulanabilir nitelikte olmadığını belirterek Aghion ve Bolton'un görüşlerine karşı çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, Innes ve Sexton (1994) da bu tür sözleşmelerin yalnızca etkin olmayan (*inefficient*) girişleri caydırabileceklerini ve bu nedenle sosyal refahın artmasına katkıda bulunacaklarını savunmaktadır.

Rasmusen *et al.* (1991:1137)'e göre ise;

Bir tekel müşterilerine [yeniden satıcılar/sağlayıcılar] rakipleri ile anlaşma yapmamayı öngören bir anlaşma imzalamayı [münhasırlık anlaşması] teklif ederek kârını arttıramaz. Ancak, 100 tane müşteri varsa ve etkin olarak faaliyet gösterecek ölçüğe ulaşabilmek için bunlardan en az 15 tanesi ile anlaşmak gerekiyorsa, tekelin yalnızca 86 müşteriyi bağlaması piyasaya girişi engellemek için yeterlidir. Her müşteri diğer müşterilerin de bu münhasırlık anlaşmasını imzalayacağına inanırsa aynı zamanda rakip bir satıcının pazara giremeyeceğine de inanacaktır. Dolayısıyla, bir müşterinin bu münhasırlık

anlaşmasını imzalamakla kaybedeceği bir şeyi olmadığından anlaşmayı imzalayacaktır. Bu nedenle, *çıplak münhasırlık* da kârlı olabilir¹³.

Üst pazarda bir tekelin aşağı pazardaki iki teşebbüse mal sattığı bir dikey bütünleşmeyi dikey anlaşmalar ile karşılaştıran Rey ve Tirole (1997:27), “*münhasırlık anlaşmalarının hem taraflar açısından hem de toplumsal fayda açısından dikey bütünleşmeye oranla daha az tercih edilebilir olduğu*” sonucuna varmıştır: Çünkü, üst pazardaki tekel, aşağı pazardaki iki teşebbüsten biri ile birleştikten sonra da diğerine mal temin edebilecekken, eğer münhasırlık anlaşması yapar ise bu olanağını yitirecektir.

b. Girdi Piyasasının Kapatılması ve Müşterilerin Kapatılması

Riordan ve Salop (1995) dikey birleşmeler yoluyla piyasanın kapatılmasını “girdi piyasasının kapatılması” ve “müşterilerin kapatılması” olarak iki ana başlık altında incelemiştir. Bu sınıflandırma dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılması açısından da geçerlidir:

a) Girdi piyasasının kapatılması, girdileri temin eden sağlayıcının, anlaşma yapmayı reddederek ya da ayrımcılık yaparak aşağı piyasadaki bazı teşebbüslerin maliyetlerini yükseltmesini ve/veya bunları pazarın dışına itmesini ifade etmektedir. Diğer girdi sağlayıcılarının üretimi artırma imkanları kısıtlı ise ya da söz konusu ürünün fiyatının yükselmesine neden olan bu arz kısıntısından yararlanmayı tercih ederlerse (örn. uyumlu eylem) bu strateji başarılı olacaktır. Sonuçta, tüketiciler aşağı piyasalara yansıyan fiyat artışı nedeniyle zarar görecektir ve tüketicilerin nihai üründen daha az satın almaları ya da etkin firmaların etkin olmayan girdi karışımı kullanmak durumunda kalmaları nedeniyle etkinlik kaybı meydana gelecektir.

b) Müşterilerin kapatılması durumunda ise bir teşebbüs rakiplerini yeterli müşteri tabanına ulaşmalarını engelleyerek piyasanın dışına iter. Bir başka deyişle, eğer bir teşebbüs yeterli sayıda müşterisini rakiplerinden mal almamaya ikna ederse, rakipler etkin bir şekilde üretim yapmalarını ya da piyasada varolmalarını sağlayacak miktardaki ürünü satın alacak sayıda (hacimde) müşteri bulamayabilirler.

Bu iki türdeki piyasa kapatma uygulamasının aynı anda yapılması, bir başka deyişle bir teşebbüsün rakiplerini iki farklı seviyedeki piyasaya girmeye zorlaması da mümkündür. Bu durumda, bir teşebbüs hem girdi temini için bir

¹³ Bu modelin eleştirisi için bkz. Innes ve Sexton (1994). Diğer yandan, Simpson ve Wickelgren (2001) ise oyun teorisine dayanan bir başka model öne sürmekte ve *ölçek ekonomilerinin olmadığı durumlarda bile*, yerleşik bir tekelin münhasır anlaşmalara taraf olan teşebbüslere indirim teklif ederek piyasaya girişi engelleyebileceğini savunmaktadır.

teşebbüs kurup girdilere ilişkin piyasada faaliyet göstermek, hem de ürettiği ürünün satış ve dağıtımını için bir ağ kurmak durumunda kalabilir¹⁴.

c. Rekabet Politikası ve Piyasanın Kapatılmasının Tüketiciler Üzerindeki Etkisi

Piyasadaki girdilerin ya da müşterilerin önemli bir kısmının kapatılmasının rakiplerin piyasanın dışına itilmesine neden olacağı ya da olası rakiplerin piyasaya girişini engelleyeceği konusunda fikir birliğine varıldığı takdirde bundan sonra bizi bekleyen bir diğer önemli soru ise şudur: Rakiplere zarar verilmesi tüketicilerin de bundan zarar göreceği anlamına gelir mi?

Rekabetin doğası gereği rakiplere “zarar” verdiği dikkate alındığında ve rekabet hukukunun –rekabetin korunmasının– en temel amacının tüketici refahını artırmak¹⁵ olduğu dikkate alındığında odak noktamız tüketici refahının artışı olmalıdır. Piyasanın kapatılmasının bazı durumlarda rakiplere zarar verdiği ancak tüketicilerin bundan zarar görmeyeceği de savunulabilir.

Nitekim, “yarışmacı piyasa teorisine” göre, bir teşebbüs rakiplerini piyasadan çıkardıktan sonra hakim duruma gelse dahi, olası girişler nedeniyle bu durumunu kötüye kullanamayacak, örneğin tekeli fiyat uygulayamayacaktır. Bu nedenle piyasanın kapatılması suretiyle rakiplerin piyasa dışına itilmesi tüketici refahının doğrudan zarar göreceği anlamına gelmez.

Münhasır haklar için yapılan rekabet de piyasanın kapatılmasının zararlı olduğuna karşı öne sürülen diğer bir savdır: Mathewson ve Winter (1987:1057-62)’a göre, münhasırlık nedeniyle rakiplerin dışlanması sonucunda piyasadaki rekabet düzeyi azalsa, tüketici tercihleri kısıtlanmış olsa dahi, geride kalan üreticiler yeniden satıcıları kendileri ile çalışmaya ikna etmek amacıyla ürünlerinin toptan fiyatlarında indirim gideceklerdir. Bu durumda fiyatlar, kısıtlamaların olmadığı zamana oranla daha düşük bir seviyede gerçekleşecektir. Bir başka deyişle, mevcut veya olası rakipleri münhasırlık elde etme yarışı, tüketiciler açısından piyasanın kapatılmasından sonra ortaya çıkacak riski bertaraf edebilecek niteliktedir.

Buna karşın, Krattenmaker ve Salop (1986a:110)’a göre; Münhasır haklar piyasası gerçekten de *rekabet için bir pazardır*. Ancak maalesef, bu pazar

¹⁴ Metnin ileriki bölümlerinde yer verilen BİRYAY kararında değerlendirilen uygulamalar benzer bir nitelik taşımaktadır.

¹⁵ “Tüketici faydasının artırılması” ile “toplam faydanın artırılması” amaçlarının birbirinden farkları ve rekabet hukuku açısından değerlendirilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. Salop (2001:180).

iyi bir şekilde işlese dahi etkin bir sonuç sağlamakta başarısız olacaktır, çünkü rekabet klasik bir kamusal maldır^[16].

Salop (2001:195-198) ayrıca “*münhasırlık sözleşmeleri için rekabet*” savunmasına karşı dört sav öne sürmektedir:

- Piyasada faaliyet gösteren bir teşebbüs, daha ufukta herhangi bir rakip görünmezken girdi sağlayıcılarıyla ya da müşterileriyle uzun süreli münhasırlık anlaşmaları imzalayabilir ve bunun sonucunda münhasır haklar için rekabet etme olasılığı hiçbir zaman gerçekleşmeyebilir.
- Eğer olası rakip piyasaya girmeyi başarır, düopol kârı elde edecek, ancak mevcut teşebbüs olası rakibinin girişini engelleyebilirse tekeli kâr elde etmeye devam edecektir. Bu nedenle, münhasırlık anlaşmaları piyasadaki tekeli firma için daha değerlidir¹⁷. Olası rakip, bu anlaşmaları bozmak için gereken maliyete katlanmak istemeyebilir ki bu durumda münhasırlık “yapay” bir giriş engeli haline gelir.
- Münhasır anlaşmalar aynı zamanda sağlayıcıların ve müşterilerin yeni bir anlaşma yapma maliyetlerini (*switching costs*) de arttırabilir ve bu nedenle sağlayıcı ve müşteriler piyasaya yeni giren için kaynak ayırmak istemeyebilirler. Aynı şekilde, münhasırlık anlaşmaları uzun dönemli ise ve hepsi aynı anda sona ermiyorsa, piyasaya girmek isteyenlerin bunları koordine etmesi güçleşeceğinden piyasaya giriş zorlaşacaktır¹⁸. Bunun yanı sıra,

¹⁶ Çünkü, bir yeniden satıcı ya da tüketici kendi kararının başkaları üzerindeki etkilerine aldırılmaz, ya da diğer yeniden satıcıların nasıl olsa anlaşmayı imzalayacağına ve rakibin girişinin engelleneceğine inanarak münhasırlık sayesinde elde edeceği “tazminat” yoksun kalmak istemez (Salop, 2001:198).

¹⁷ Salop (2001:196) aşağıdaki örneği vermektedir:

Piyasadaki teşebbüsün münhasırlık anlaşmaları yapması ve tekel durumunu koruması halinde \$200 kazanacağını varsayalım. Eğer piyasaya yeni bir rakip girer ve tekeli kırarsa, yerleşik teşebbüs ve piyasaya giren teşebbüs \$70’erden toplam \$140 kazanacaktır. Çünkü, rekabet üreticilerden tüketicilere zenginlik transferine neden olduğundan üreticilerin toplam kârı düşecektir. Bu durumda, olası rakip münhasırlık anlaşmalarını bozmak ve piyasaya girebilmek için en fazla giriş sonrasında elde edeceği kâr kadar bir masrafa katlanmayı –bu durumda \$70– göze alacaktır. Diğer yandan, yerleşik teşebbüs piyasaya girişi engelleyecek münhasırlık anlaşmaları için, rekabet nedeniyle kârında meydana gelecek azalma kadar bir meblağa – bu durumda \$130– katlanmaya razıdır. Bu durumda oyunu yerleşik teşebbüs kazanacaktır. Bu sonuç, [piyasaya giriş sonrasındaki] rekabet nedeniyle toplam kâr düştüğü sürece geçerlidir.

¹⁸ Tüm sözleşmeler aynı zamanda sona erse dahi, bu durumda da aynı anda piyasaya giren teşebbüsle sözleşme imzalayacak yeterli sayıda müşteri/sağlayıcı bulmak zor olabilir (Salop, 2001:197;dn.26).

piyasaya girecek olan teşebbüsün münhasırlığa gerek duymaması ya da koordinasyon maliyetine katlanması da aleyhine olacaktır.

- Münhasırlık anlaşmaları kısa dönemli olsa ya da tarafların beyanı bunu sona erdirmek için yeterli olsa dahi, piyasaya giren teşebbüsün piyasada varolabilmek için gereken asgari ölçüğe kısa sürede ulaşabileceğinin garantisi yoktur.

Bu nedenle Krattenmaker ve Salop (1986b:253-266), piyasanın kapatılmasına ilişkin olaylarda “tüketici zararının tespiti için iki aşamalı test” uygulanmasını öne sürmektedir:

İlk aşamada, rakiplerin maliyetindeki artış hesaplanmalı ve bu hesaplama alternatif sağlayıcıların sayısı ve kalitesi ile birlikte talep edecekleri muhtemel bedeli de içermelidir. Çünkü, münhasırlık anlaşmalarından sonra geride kalan [anlaşma yapmamış olan] sağlayıcıların kapasite kısıtları nedeniyle arzı artırmaları mümkün olmayabilir ya da anlaşmaya taraf olanlara oranla maliyetleri daha yüksek olabilir veya - eğer sayıları azsa- uyumlu eylem çerçevesinde daha yüksek bir fiyat talep etmeye yönelik güdülenmeleri olabilir.

Bu çerçevede Krattenmaker ve Salop (1986b:261-262) münhasırlığa taraf olan teşebbüslerin kapasitelerinin bir “pazar” gibi ele alınarak bu pazara ilişkin HHI’ın hesaplanmasını ve –birleşme, devralma dosyalarında olduğu gibi- münhasırlık öncesindeki toplam pazarın HHI¹⁹’ı ile karşılaştırılmasını önermektedir.

İlk aşama rakipler üzerindeki olası zararların ölçülmesi iken ikinci aşama, fiyat üzerindeki gücün –yani tüketiciye verilecek zararın – ölçülmesini konu alır: Bir teşebbüs rakiplerinin maliyetini artırmak suretiyle fiyatların artmasını sağlayabilir ya da en azından rakiplerinin fiyatları düşürmesini engelleyebilir veya rakiplerini işbirliğine zorlayabilir. Bazı durumlarda ise, bir piyasada birden fazla münhasırlık sistemi olması teşebbüsler arasındaki rekabeti körükleyerek etkinliği artırabilir (Salop, 2001:184).

Sonuçta, her iki aşamadaki zararlar kanıtlandığı takdirde münhasırlık anlaşmaları yoluyla piyasanın kapatılmasının tüketicilere zarar verdiğine ve iktisadi etkinliği azalttığına hükmedilebilir.

¹⁹ HHI: *Herfindahl-Hirschman İndeksi*: İlgili pazardaki teşebbüslerin her birinin pazar paylarının karelerinin toplamı. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri’nde birleşme ve devralma dosyalarının değerlendirilmesinde kullanılmaktadır.

4. Dikey Kısıtlamalar, Piyasanın Kapatılması ve Türkiye Uygulaması

Rekabet Kurumu'nun dikey anlaşmalar vasıtasıyla piyasanın kapatılmasını konu alan kararlarını incelemeye başlamadan önce, dikey anlaşmalara ilişkin mevzuata kısaca değinilmelidir.

7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ile rekabeti engelleyici, bozucu ya da kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Kanun'un 5. maddesi de 4. madde kapsamına giren bazı anlaşma ve eylemlere muafiyet verilmesinin koşullarını belirlemektedir. Ancak, her iki maddede de yatay ve dikey anlaşmalara, rekabet kısıtlamalarına ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bir diğer temel hüküm ise hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddedir.

Kanun'un esas hükümleri, Avrupa Topluluklarını kuran Roma Antlaşması'nın rekabetin korunmasına ilişkin 81(1), 81(3) ve 82. maddeleri ile paraleldir.

Dikey rekabet kısıtlarının 4. madde kapsamında yer alıp almayacağına ilişkin tartışmaların bugüne kadar Türk Rekabet Hukukunu meşgul etmemesinin en temel nedeni bu sorunun Rekabet Kurumu'nun kurulmasından çok önce, ilkelerini benimsediğimiz ve içtihadını dikkate aldığımız Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamasında 1964 yılındaki *Consten/Grundig Davaları*²⁰ ile çözüme kavuşmuş olmasıdır. Bu davalarda taraflar yetkili satıcılık anlaşmalarının rakipler değil üretici ile dağıtıcı arasında yapıldığını ve bu nedenle 81. maddenin kapsamında olmadığını savunmuş, ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı 81. maddenin rekabeti kısıtlayan dikey anlaşmalara da uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Bunun üzerine, AT Komisyonu artan muafiyet bildirimlerini eritmek amacıyla yaygın olarak kullanılan dikey kısıtlamalara ilişkin çeşitli grup muafiyeti tüzükleri yayınlayarak bu anlaşmalardan tüzüklerde yer alan koşulları taşıyanlarının bildirimine gerek olmaksızın muafiyete tabi olduklarını kabul etmiştir.

Söz konusu tüzüklerden bazıları ise²¹, AT mevzuatına uyum yükümlülüğümüz çerçevesinde ülkemiz rekabet hukukuna uyarlanmış ve Rekabet Kurumu'nun resmen faaliyete geçmesinden önce Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına

²⁰ *Consten/Grundig Davaları* , Dava No: 56 ve 58/64 [1966] ECR 299, [1996] CMLR 418.

²¹ 01.03.1997 tarih 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, [1997] RG 23100; 01.04.1997 tarih ve 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, [1997] RG 23100. (2002/2 sayılı Tebliğ her iki tebliği de yürürlükten kaldırmıştır.)

İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği²² ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği²³ ise Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmesinden sonra yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Toplulukları Konseyi 1999 yılında 2790/1999 sayılı Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü²⁴ kabul etmiş, önceki düzenlemelerinden farklı olarak teşebbüslere daha geniş bir alanda dikey kısıtlamalar içeren anlaşmalar yapma olanağı tanımıştır. Birçok dikey kısıtlama tipinin tek çatı altında toplanıp değerlendirildiği bu Tüzüğün önemli bir unsuru ise, Tüzüğün sağladığı muafiyetten yararlanabilmenin belirli bir pazar payı eşiğine bağlanmış olmasıdır: Buna göre, pazar payı %30'u aşan sağlayıcıların²⁵ bu Tüzükten yararlanamayacakları, ancak bireysel muafiyet için başvurabilecekleri belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen gelişmelere paralel olarak, Rekabet Kurumu da 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" ile dikey kısıtlamaları yeniden düzenlemiş, bu arada 1997/3, 1997/4 ve 1998/7 sayılı Tebliğleri yürürlükten kaldırmıştır. 2002/2 sayılı Tebliğ genel olarak 2790/1999 sayılı AT Konseyi Tüzüğü'ne paralel hükümler içermekle beraber, Tebliğin söz konusu Tüzükten en dikkate değer farkı Tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanabilmek için herhangi bir pazar payı sınırı getirilmemiş olmasıdır.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nden yararlanılması için pazar payı sınırı getirilmesinin gerekli olup olmadığı ya da pazar payının piyasanın kapatılması açısından etkilerini tartışmadan önce, Rekabet Kurulu'nun faaliyete geçmesinden sonra konuya ilişkin olarak aldığı kararlara göz atılmasında yarar vardır.

a. BİRİYAY I ve BİRİYAY II Kararları

*BİRİYAY I*²⁶ ve *BİRİYAY II*²⁷ kararları, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki çeşitli rekabet ihlalleri ve özellikle bu piyasaya girişin engellenmesi ile ilgilidir. İlk kararda BBD Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ("BBD") ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin ("YAYSAT"), dağıtım piyasasına girmek isteyen Dost Basın Dağıtım A.Ş.'yi ("DBD") dikey anlaşmalar ve sair uygulamalar vasıtasıyla engellemeleri incelenmektedir. İkinci

²² [1998] RG 23304.

²³ [1998] RG 23853.

²⁴ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi (ATRG) [1999] L 336/21, [2000] 4 CMLR 398.

²⁵ Münhasır tedarik anlaşmalarında ise satın alanın pazar payı dikkate alınacaktır. Bkz. 2790/99 sayılı Tüzük, madde 3(2).

²⁶ Rekabet Kurulu'nun 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı Kararı, [2001] RG 24384.

²⁷ Rekabet Kurulu'nun 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kararı, [2001] RG 24375.

kararda ise, BBD ve YAYSAT'ın MEDYA Satış Pazarlama ve Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.'nin gazete ve dergi dağıtım piyasasına girişini engellemeleri konu edilmiştir. Her iki kararda incelenen dikey sözleşmelerin aynı olması ve Kurul'un değerlendirme ve yaptırımlarda aynı yolu izlemesi nedeniyle bu kararlardan yalnızca ilki burada ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Gazete ve dergi yayıncılığı alanında lider konumunda olan Doğan Grubu'na bağlı olan YAYSAT ile anılan piyasanın ikinci büyük aktörü olan Bilgin Grubuna bağlı olan BBD, Mayıs 1996'da BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. adlı bir ortak girişim kurarak kendi gruplarına ait yayınlar dışındaki yayınların (*müşteri yayınları*) BİRYAY tarafından dağıtılmasına karar vermişlerdir. BBD ve YAYSAT'ın BİRYAY ile sözleşme imzalamayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtılmayacağını beyan etmeleri sonucunda iki aktörün (YAYSAT ve BBD) yer aldığı, düopolistik bir yapıya sahip olan "gazete ve dergi dağıtım pazarı"nda BİRYAY tekel konumuna gelmiş, 1 Haziran 1996 tarihinde anılan gruplar dışındaki yayınevleri BİRYAY ile çok daha ağır koşulları içeren dağıtım sözleşmeleri yapmak durumunda kalmıştır. BBD ve YAYSAT aynı zamanda kendilerine ait bayileri *filen* ortaklaşa kullanmaya başlamıştır.

Birkaç ay sonra, BİRYAY ile ihtilafa düşen Akşam Gazetesi'nin yayıncıları BİRYAY'dan ayrılarak anılan gazeteyi dağıtmak üzere Dost Basın Dağıtım A.Ş. ("DBD") adında bir gazete/dergi dağıtım şirketi kurmuş ve yayınlarını DBD vasıtasıyla son satış noktalarına ulaştırmaya çalışmışlardır. DBD'nin bu girişimi üzerine BBD ve YAYSAT son satış noktaları ile "münhasırlık (rakip dağıtım kanallarından gelen yayınların teşhir ve satışını yapmama) hükmü" içeren sözleşmeler yapmış ve satış noktalarından DBD yayınları ile BBD/YAYSAT/BİRYAY yayınları arasında bir "tercih" yapmalarını istemiştir.

Gazete satış yerlerine giremeyen ve yalnızca bir gazete (*Akşam*) ve birkaç dergi dağıtan DBD, Eylül 1997'de faaliyetlerine son vermek durumunda kalmış, bu arada *Akşam Gazetesi* de el değiştirmiştir²⁸.

Rekabet Kurulu bir şikayet üzerine soruşturma açarak 17.7.2000 tarihinde Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlalden dolayı BBD, BİRYAY ve YAYSAT'a para cezası vermiş, BİRYAY'ın kuruluş sözleşmesine ilişkin menfi tespit/muafiyet talebini reddetmiş, ilgili pazarda son satış noktalarına getirilen münhasırlık yükümlülüğünü geçersiz kılmış ve bazı satış noktaları için ek yükümlülükler getirmiştir.

²⁸ Bu olaydan iki ay sonra Kasım 1997'de Rekabet Kurumu teşkilatını oluşturduğunu ve faaliyete geçtiğini açıklamıştır.

BÜYÜK YAN TABLO VAR!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

Kararda ilgili pazar “Türkiye gazete ve dergi dağıtım pazarı” olarak belirlenmiştir. Ayrıca, gazete ve dergi dağıtımının, yayıncılardan teslim alınan yayınların son satış noktalarında okuyuculara sunulmasına kadar olan süreci kapsayan bir bütün olduğu vurgulanmıştır²⁹. Buna göre, dağıtım şirketlerine teslim edilen yayınlar, şirketlerce bölge müdürlüklerine gönderilmekte, ardından da ana bayiliklere ulaştırılmaktadır. Ana bayilikler, söz konusu yayınları tali bayiliklere teslim etmekte ve yayınlar burada satışa sunulmaktadır. Bölge müdürlükleri şirketin birer uzantısıdır, ancak ana bayiler ve tali bayiler sözleşme ile bu gazetelerin satışını üstlenmektedirler.

Kararın çeşitli bölümlerinde vurgulandığı üzere, okuyucu alışkanlıkları, ülkenin coğrafi özellikleri ve posta sisteminin yavaşlığı nedeni ile Türkiye’de abonelik sistemi yaygın değildir. Okuyucular, fiyat hareketleri ve promosyon kampanyaları nedeniyle sık sık gazete tercihlerini değiştirmektedir. Bu nedenle, abonelik sistemi, bu tür bir dağıtım şebekesine rakip olabilecek nitelikte değildir. Dolayısıyla, gazete ve dergi yayıncıları okuyucuya ulaşmak için gazete ve dergi dağıtım şirketlerini kullanmak zorundadırlar.

Kurul, son satış noktalarını iki gruba ayırmıştır: Birinci grupta, çeşitli ürünler satan ve gelirlerini asıl bu ürünlerin satışından elde eden, gazete ve dergileri ise yalnızca müşteri çekmek amacıyla kullanan bakkal, süpermarket vb. satış yerleri yer almaktadır. İkinci grupta ise, genellikle şehrin meydanlarında ve ana caddelerinde yer alan, belediyeler tarafından ihale usulü ile dağıtım şirketlerine ya da gerçek kişilere kiralanan ve yalnızca gazete ve dergi satışı ile uğraşan satış noktaları bulunmaktadır. Belediyelerce kiralanan *kiosklar* ile bakkal vb. satış yerleri arasında üç temel farklılık vardır³⁰:

- Bakkal vb. satış yerlerinin asıl işlevi gazete ve dergi satışı değildir. Oysa, büfelerin asıl geliri gazete ve dergi satışından oluşmaktadır ve bunların başka şeyler satması genellikle belediyelerce yasaklanmıştır.

- Büfelerin gazete ve dergi satışında özel bir yeri vardır, çünkü gazete ve dergi satışlarının büyük bir bölümü bu noktalarda gerçekleşmektedir. Hatta, BİRİYAY, Belediyeler ile yaptığı sözleşmelerde, buralara daha geniş ve işlevsel büfelerin konulup Belediye’ye hibe edilmesini taahhüt etmişlerdir.

- Bakkal vb. son satış noktaları ile karşılaştırıldığında büfelerin ikame edilebilme özellikleri çok daha sınırlıdır: Büfeler, kamusal alanları işgal etmeleri nedeniyle bazı düzenlemelere tabidirler. Başka bir deyişle, bir meydana ya da caddede birden fazla büfenin yan yana bulunması hem fiziksel

²⁹ BİRİYAY I, § I-1: İlgili Pazar.

³⁰ BİRİYAY I, §K.4.

hem de hukuki açıdan mümkün değildir. Dolayısıyla, belediyelerin talep eden her dağıtım şirketine yeterli sayıda büfede tesis etme olanağı yoktur.

Kararda üç tür dikey anlaşmaya değinilmiştir: (a) BİRİYAY ile gazete ve dergi yayınlayan teşebbüsler (yayınevleri) arasındaki anlaşmalar, (b) dağıtım şirketleri ile ana bayiler arasındaki sözleşmeler, (c) dağıtım şirketleri ile son satış noktaları arasındaki sözleşmeler.

Soruşturmayı yürüten Raportörler'in BİRİYAY'ın yayınevleri ile yapmış olduğu sözleşmelerin Kanun'un 4. maddesine aykırı hükümler içerdiği ve grup muafiyeti tebliğlerinin dışında olduğu konusunda görüş bildirmesine karşın³¹, Kurul bu sözleşmelerin grup muafiyeti kapsamında olduğuna karar vermiş³²; ancak, kararın hiçbir yerinde bu sözleşmelerin neden rekabete aykırı oldukları ya da grup muafiyetine uygun oldukları tartışılmamıştır. Benzer bir şekilde, dağıtım şirketlerinin ana bayiler ile yaptıkları sözleşmeler de ilgili grup muafiyeti tebliği kapsamında bulunarak geçerli sayılmışlardır.

Diğer yandan, BBD ve YAYSAT'ın son satış noktaları ile satış noktasının "dağıtım şirketinin yazılı izni olmaksızın başka bir dağıtım şirketinin ya da yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmasını engelleyen" münhasırlık sözleşmeleri imzaladıkları, ancak BBD ve YAYSAT'ın bu hükmü birbirleri vasıtasıyla dağıtılan yayınlara karşı değil de yalnızca piyasaya girmek isteyen yeni teşebbüslerin dağıttığı yayınlara karşı kullandıkları tespit edilmiştir³³.

Kararın, "İlgili pazarda rekabetin tesis edilmesi" başlıklı bölümünde³⁴, söz konusu dikey kısıtlamaların pazara giriş açısından etkisi tartışılarak, piyasanın kapatılmasına neden olan diğer unsurlar ve ilgili piyasanın gazete ve dergi yayıncılığı ile ilişkisi ele alınmıştır. Bu çerçevede öncelikle ilgili pazara giriş açısından bayilik ve ürün yelpazesi/kapasite sorunun önemi aşağıdaki şekilde vurgulanmıştır:

Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda varolabilme açısından özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir:

a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi.

b. Bu tali bayiliklerin yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi³⁵].

³¹ BİRİYAY I, § H, para.2.

³² BİRİYAY I, § L.1. para.4.

³³ BİRİYAY I, § I.3.1.3.

³⁴ BİRİYAY I, § K.4.

³⁵ BİRİYAY I, § K.4. para. 2.

Söz konusu paragrafın ardından, BBD ve YAYSAT'a sahip olan medya gruplarının, bir üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da birlikte hakim durumda bulduklarına, dolayısıyla bayileri besleyecek yayın hacmi ve çeşitliliği açısından avantajlı durumda bulduklarına dikkat çekilmiştir. Ardından, bu bayilik ağlarının piyasaya giriş engeli yaratıp yaratmadıkları ve son satış noktalarının pazara giriş açısından zorunlu olup olmadığı sorgulanmıştır.

BBD ve YAYSAT'ın sözleşmelerinde münhasırlığın herhangi bir objektif kritere değil de yalnızca dağıtım şirketinin arzusunun bırakılması eleştirilerek, BBD ve YAYSAT'ın son satış noktaları ile yaptıkları dikey anlaşmalar ve karşılıklılık uygulamasının aynı zamanda yatay bir işbirliği olarak da değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, bu uygulamanın anılan şirketlerin "her dağıtım şirketinin münhasır bayileri olması gerektiği" yönündeki savlarını da geçersiz kıldığı belirtilmiş ve bu anlaşmaların piyasaya giriş engeli yaratmak amacıyla kullanıldığı vurgulanmıştır³⁶.

Aynı bölümün onuncu paragrafında, gazete ve dergilere özgü niteliklere ve okuyucuların satın alma alışkanlıklarına değinilmiştir. Buna göre, gazete ve dergilerin fiyatları diğer malların fiyatlarına oranla düşüktür ve bir satış noktasında istediği gazeteyi bulamayan okuyucu, benzer niteliklere sahip rakip bir gazeteyi satın almaktadır³⁷.

Kurul, aynı zamanda konuyu yayınevleri açısından da şu şekilde değerlendirmiştir:

Konuya gazete ve dergi yayınlayan şirketler (yani müşteriler) açısından bakıldığında ise, söz konusu şirketlerin doğal olarak yayınlarının mümkün olduğu kadar çok kişiye ulaşmasını hedefleyecekleri, bunun için de, yayınlarının yalnızca belirli noktalara ulaşmış olmasını değil, aynı zamanda imaj bütünlüğünü de sağlayacak şekilde diğer yayımlarla birlikte teşhir edilmesini ve fiziksel olarak zarar görmeden satılmalarını ya da iade edilmelerini isteyecekleri açıktır. Dolayısıyla, **herhangi bir yayınevinin, yayınladığı gazete ve dergileri diğer yayınlardan ayrı olarak kasapta, tuhafiyecide veya yolun üzerine rastgele serilen bir tezgahta satacak olan dağıtım şirketi ile çalışacağını düşünmek pek makul görünmemektedir. Bunun doğal sonucu ise, piyasaya girecek olan dağıtım şirketinin mevcut son satıcılardan yararlanamaması nedeniyle müşteri bulamaması ve kısa zamanda piyasanın dışına itilmesi olacaktır³⁸.**

³⁶ BİRİYAYI, § K.4. para. 15(3).

³⁷ BİRİYAYI, § K.4. para. 10.

³⁸ BİRİYAYI, § K.4. para. 13. (vurgulamalar Karar'dan aynen aktarılmıştır).

Bir sonraki paragrafta ise konuya son satış noktalar açısından bakılmıştır. Bayilerin sözleşme ile veya fiilen, BBD ve YAYSAT yayınlarını ya da diğer kanallardan gelen yayınları tercih etmek durumunda bırakılmaları sonucunda, BBD ve YAYSAT'ın dağıttığı yayınları elde edebilecek alternatif temin kaynağının olmaması nedeniyle ürün yelpazesi daha geniş olan dağıtım şirketini seçecekleri ve bu konuda da BBD ve YAYSAT'ı kontrol eden grupların avantajlı olduğuna dikkat çekilmiştir³⁹.

Kurul, yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde şu sonuca ulaşmıştır⁴⁰.

1. Piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin, sayıları on bini aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç olması ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir.

2. Söz konusu engel, mevcut sistemde, son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, söz konusu sözleşmeleri hazırlayan iki rakip şirketin birbirlerine bayilerinden yararlanma olanağı tanıdıkları, ancak piyasaya girecekler için münhasırlık hususunu öne sürdükleri bilinmektedir. Dolayısıyla, münhasır bayilik oluşturulmasının zorunlu olduğu hususu inandırıcı değildir.

3. Son satış noktalarının münhasırlıktan "arındırılmasıyla", piyasada faaliyet göstermek isteyen her dağıtım şirketi aynı satış noktalarını kullanacağı için, bayiler farklı kaynaklardan beslenme olanağına kavuşacaklardır. Dolayısıyla, son satış noktalarını besleme problemi gibi bir diğer piyasaya giriş engeli de ortadan kalkmış olacaktır.

4. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmalarının bir diğer sonucu da, gazete ve dergilerin birarada teşhir ve satışının sağlanması yoluyla, dağıtım piyasasından doğrudan etkilenen gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabetin artmasıdır.

Bir diğer husus da, anlaşmaların toplam etkisine ilişkindir.

Soruşturma konusu olayda her bir bayilik sözleşmesinin tek tek sınırlayıcı etkilerini değil, dağıtım şirketlerinin yapmış oldukları anlaşmaların tamamının bir bütün olarak yarattığı etkiyi düşünmek gerekir. YAYSAT ve BBD'nin piyasadaki mevcut bayilerin en önemli sağlayıcısı konumunda olmaları ve yalnızca bir veya birkaç ürüne sahip dağıtım şirketlerinin söz konusu

³⁹ *BİRYAYI*, § K.4. para. 14.

⁴⁰ *BİRYAYI*, § K.4. para. 17.

bayilere benzer koşullar sunamamaları, bayilerin bütün yayınları münhasıran YAYSAT ve BBD'den almalarına neden olmakta ve diğer sağlayıcıların piyasaya girmeleri zorlaşmaktadır. Söz konusu münhasırlık yalnızca diğer dağıtım şirketlerine değil, seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar vermektedir. Başka piyasalarda mazur görülebilecek nitelikte olan münhasırlık şartı içeren bayilik anlaşmalarının, gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanması söz konusu münhasırlığın kabul edilmemesinin en önemli nedenlerinden biridir . [41]

Paragrafın devamında Kurul, mevcut anlaşmaların çeşitli hükümleri nedeniyle grup muafiyetinden yararlanamadıklarını, *yararlanıyor olsalardı dahi grup muafiyetinin geri alınması gerektiğini* belirtmiştir.

Sonuç olarak, Kurul, ilgili pazardaki mevcut ve gelecek dağıtım şirketlerinin satış noktaları ile münhasırlık şartı içeren sözleşmeler yapmasını yasaklamıştır. Bunun yanı sıra, belediyelerce tahsis edilen *kiosklar*, hem alternatiflerinin bulunmasının güç olması nedeniyle, hem de satış hacimleri nedeniyle ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuş, bu noktalara dağıtım şirketlerinden gelen yayınları satma zorunluluğu getirilmiş ve belediyelere gözetim görevi verilmiştir.

Her iki karara ilişkin olarak vurgulanması gereken en önemli nokta şudur: Konu bir gazetenin (*BİRYAY I*'de *Akşam Gazetesi*, *BİRYAY II*'de *Star Gazetesi*) yayıncılık piyasasına girişinin engellenmesinden ziyade anılan gazeteleri dağıtan şirketlerin *gazete ve dergi dağıtım* piyasasına girmelerinin engellenmesidir. Ayrıca Kurul, her iki kararda da, isim vermeksizin kararlarında zorunlu unsur doktrinine yer vermiştir: Gazete satış büfelerinin bakkal, süpermarket vb. satış noktaları gibi münhasırlıktan arındırılmaları ile yetinilmemiş, bunlara ayrıca bütün dağıtım şirketlerinden gelen yayınları emsallerine uygun koşullarda dağıtılması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, gazete satış büfelerinin piyasaya giriş için zorunlu unsur teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

b. TURKCELL Kararı⁴²

Bir GSM işletmecisi olan Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. ("TELSİM"), rakibi Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin ("TURKCELL") cep telefonu satıcılarını münhasır anlaşmalarla bağlayarak cep telefonu piyasasını TELSİM hatlarına karşı kapadığını iddia ederek Rekabet Kurumu'na başvurmuştur.

⁴¹ *BİRYAY I*, § K.4.

⁴² Rekabet Kurulu Kararı'nın 20.7.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı Kararı, [2003] RG 25176.

Yapılan soruşturma sonucunda Kurul, ilgili pazarı, GSM-900 ve GSM-1800 şebekeleri üzerinden sunulan hizmetleri de kapsayacak şekilde “Türkiye GSM hizmetleri pazarı” olarak tespit ederek TURKCELL’in bu pazarda hakim durumda olduğuna karar vermiştir; bunun yanı sıra "GSM cep telefonu pazarı"nı da bağlantılı pazar olarak belirlemiştir.

Kararda ayrıca TURKCELL’in kampanya süresince rakip GSM operatörleri ile anlaşma yapmamaları koşuluyla cep telefonu distribütörleriyle kampanyalar düzenlediği, söz konusu kampanyaların süreklilik arzemesi ve TURKCELL hatlı cihazların satışının %98’inin bu kampanyalar çerçevesinde gerçekleştirildiği, dolayısıyla TURKCELL ile cep telefonu distribütörleri arasında fiili bir münhasırlık tesis edildiği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, bu kampanyalara dahil olan dört distribütörün toplam pazar payının %60 olduğu vurgulanmıştır⁴³.

Süregelen uygulama çerçevesinde TURKCELL ve TELSİM, distribütörlere ve paralel cep telefonu ithalatçılara SIM kartları vermekte, distribütörler de bu kartları cihazlar ile eşleştirerek perakendecilere sunmakta ve bu şekilde cep telefonlarının operatörler tarafından sübvansede edilmesi mümkün olmaktadır.

Dolayısıyla operatörler için distribütörler ticari ilişkide bulunulması kaçınılmaz taraflar olmaktadır. Bu distribütörlerin GSM hizmetleri pazarında hakim durumda olan teşebbüs tarafından kendine bağlanması ve diğer operatörlerle ticari ilişkiye kapatılması, GSM hizmetleri pazarında rekabet koşullarını bozucu etkiler doğurmaktadır [44].

Bu arada, TURKCELL “Turkcell Aktivasyon Merkezi (TAM)” adı verilen 610 adet satış noktasıyla münhasırlık anlaşması yapmıştır. Bu satış noktaları, Turkcell adına “mobil hizmet sözleşmeleri” yapma ve diğer hizmetleri sunma konusunda yetkilendirilmiş, diğer yandan “Turkcell’e rakip operatörlerin cihazlarını satmama ya da aktive etmeme” yükümlülüğünü üstlenmişlerdir.

TAM’lardan farklı olarak yaklaşık 6500 adet “bağımsız” cep telefonu satıcısı bulunmakta ve bunlar GSM operatörlerinden bağımsız olarak farklı markalardaki cihazların satışını yapmaktadır. 2000 yılında bunlardan 4381 tanesi TAM’lara bağlanarak TAN (Turkcell Abone Noktası) adını almış ve TURKCELL dolaylı mali destekler yoluyla bu noktalar üzerinde de *fiili münhasırlık* oluşturmuştur. Dolayısıyla, bu noktalar distribütörler tarafından temin edilen cihazlardan yalnızca TURKCELL hatlarıyla uyumlu olanları

⁴³ TURKCELL, §H.3.1.1.2.

⁴⁴ TURKCELL, §H.4.1.3.

satmaya başlamış, TURKCELL de eşzamanlı olarak TELSİM hatlı cihaz da satan satış noktalarına yaptığı dolaylı mali katkıları sona erdirmiştir.

TAM ve TAN'lara getirilen münhasırlık sonucunda perakende satış noktalarında satışa sunulan hemen hemen bütün cihazlar Turkcell SIM kilitli cihazlar haline gelmiştir. Buradaki en önemli husus, söz konusu anlaşmalar yoluyla distribütörlerin TURKCELL ile yaptıkları kampanyalar sonrasında dahi kendi yeniden satıcılarına Telsim hatlı cihazlar satma imkanlarının ortadan kaldırılmış olmasıdır. Bunun nedeni yeniden satıcılara getirilen TURKCELL'e rakip operatörlerin cihazlarını satmama yükümlülüğüdür.

Bu uygulamalar sonrasında, rakip GSM operatörleri paralel ithalat yoluyla cihaz getirip bunlar için satış yerleri oluşturmak durumunda kalmış, distribütörlerin paralel ithalat yoluyla gelen cihazlara servis hizmeti vermeyi reddetmeleri nedeniyle operatörler bu hizmetleri de karşılamak ve tüketicileri çekmek için bu cihazları TURKCELL'den daha büyük oranda sübvans etmek durumunda kalmışlardır. Tanınmış markaların paralel ithalat yoluyla getirilmesinin güç olması ve paralel ithalattaki düzensizlikler de operatörlerin maliyetlerini artıran diğer nedenler arasındadır.

Sonuç olarak Kurul, piyasanın münhasırlık yoluyla kapatılmasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün alıcı veya sağlayıcılarına münhasır çalışma yükümlülüğü getirmesi, bunları hakim durumdaki teşebbüs dışında herhangi başka bir teşebbüs ile çalışmayı reddetmek zorunda bırakmaktadır. Bu tip bir münhasırlık, hakim durumdaki teşebbüsün rakipleri açısından pazarda bir "kapatılma" veya "pazardan dışlanma"ya neden oluyorsa kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecektir.

Münhasırlığın hukuki veya fiili olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Münhasırlığın tesisine ilişkin hüküm yazılı bir sözleşme maddesi olabileceği gibi, bazı uygulamalar da dolaylı olarak aynı sonucu doğurabilmektedir. Ancak bu münhasırlığın kötüye kullanma olarak kabul edilmesi, münhasırlık koşulunun pazarın kayda değer bir kısmının rakiplere kapanmasına, dolayısıyla pazarda rekabetin zayıflatılmasına neden olmasına bağlıdır [45].

Bunların yanı sıra, bağımsız yeniden satıcıların TURKCELL ile entegrasyonunun, yalnızca TELSİM'in faaliyetlerini güçleştirmedeği, ileride piyasaya girmek isteyen olası rakipleri için de bir giriş engeli oluşturduğu ifade edilmiştir. Kurul ayrıca, piyasaya girecek olan operatörlerin, önceleri

⁴⁵ TURKCELL, §H.4.2.3.

bağımsız olan perakendeciler ile anlaşma yapamamaları durumunda normal koşullarda katlanmaları gerekmeyen bir maliyete katlanmak zorunda kalacaklarını, tüketicilerin de diledikleri cihazları diledikleri hatlar ile kullanma olanaklarının ortadan kalkacağını belirtmiştir.

Yukarıda yer verilen nedenlerle Kurul, TURKCELL'in (a) düzenlediği kampanyalar çerçevesinde distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını engellemesi; (b) abone merkezleri ve abone noktaları ile münhasır çalışması suretiyle, abone merkezleri ve abone noktalarının aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının yukarıda açıklandığı üzere münhasır ve bağımlı kılınmış distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırması; (c) bağlı ortaklığı lehine ayrımcılık yaparak cep telefonları piyasasındaki rekabet koşullarını bozması nedeniyle Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine ve para cezası ile cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. TURKCELL ayrıca yaptığı anlaşmaların Kanun'un 4. maddesine aykırı olması nedeniyle de cezalandırılmıştır.

Bu cezalara ek olarak Kurul, TURKCELL'in distribütörlerin rakip GSM operatörleri ile anlaşmasını engelleyen kampanyalar yapmasını yasaklamış, TAM'lar ve TAN'ların aynı zamanda cep telefonu satıcıları olması durumunda münhasırlık hükümlerinin geçersiz olacağına karar vermiştir.

Bu kararda da BİRYAY kararları ile ortak bir nokta vardır: Dikey anlaşmalar yoluyla piyasayı kapadığına karar verilen TURKCELL hakim durumdadır ve dikey anlaşmalar Kanun'un 4. maddesine aykırı bulunmakla kalmamış, aynı zamanda TURKCELL'in hakim durumunu kötüye kullanma aracı olarak değerlendirmiş ve TURKCELL Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde de cezalandırılmıştır.

c. Advantage Card Kararı⁴⁶

Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş. ("BENKAR") 1998 yılı sonunda "Advantage Kredi Kartı Programı" çerçevesinde üye işyerleri ile yapmış olduğu münhasırlık içeren sözleşmeler için menfi tespit talebinde bulunmuş; Kurul bu sözleşmelere menfi tespit belgesi vermiştir.

Ancak, 2001 yılında yapılan incelemeler çerçevesinde söz konusu sözleşmelerdeki karşılıklı münhasırlık hükmünün BENKAR lehine tek taraflı olarak uygulanmasının piyasaya girişleri engelleyici nitelik arz ettiği

⁴⁶ Rekabet Kurulu'nun 15.8.2003 tarih ve 03-57/671-304 sayılı Kararı. Henüz yayınlanmamıştır.

vurgulanarak, bir başka Kurul Kararı ile menfi tespit belgesi geri alınmış ve anlaşmalarda yer alan ve üye işyerinin başka taksitli kartlarla çalışmasını engelleyen hükümlerin anlaşmalardan çıkarılması için BENKAR'a 60 günlük süre verilmiş, BENKAR'ın bu süre içerisinde gerekli değişiklikleri yapmaması üzerine de 2002 yılında soruşturma açılmıştır.

Yapılan soruşturma sonucunda alınan Karar'da, anlaşmaların üye işyerlerinin BENKAR'dan üye işyerlerine taksitli alışveriş, pazarlama ve reklam hizmetleri gibi bir takım hizmetler temin etmesini konu alması ve BENKAR ile üye işyerlerinin, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermeleri nedeniyle taraflar arasında 2002/2 Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte bir dikey anlaşma mevcut olduğu, ancak söz konusu anlaşmaların, "rekabet etmeme yükümlülüğü" içermeleri ve süresiz nitelikte olmaları nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamayacakları belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, rekabet etmeme yasağı bireysel muafiyet açısından da incelenmiştir.

Bu olayda ilgili ürün pazarı "mağaza taksit ve indirim kartı hizmetleri pazarı" olarak tespit edilmiştir.

BENKAR söz konusu sözleşmeler çerçevesinde aynı zamanda pazarlama danışmanlığı verilmesi nedeniyle işletmelerin ve tüketicilerin bu hizmetlerden yararlandıklarını ve bu hizmetlerin devamı için münhasırlık koşulunun gerekli olduğunu savunmuştur. Kurul, tüm üye işyeri sözleşmelerinde taraf olan işyerinin pazarlama danışmanlığı hizmetleri alıp almadığına bakılmaksızın rekabet yasağı hükmünün - Advantage Card dışındaki kartlarla işlem yapmama taahhüdünün - yer almasının asıl amacının şebeke dışsallıklarının da etkisiyle Advantage Card'ın pazar payını korumak ve geliştirmek, diğer taksitli alışveriş kartlarının piyasaya girişini zorlaştırmak olduğu sonucuna ulaşmıştır. Aynı piyasada yer alan rakip bankaların münhasırlık talep etmeksizin taksitli kart temin etmeleri de dikkate alınmıştır. Bunun yanı sıra, münhasır uygulamaların yaygınlaşması durumunda tüketicilerin bir çok değişik alışveriş kartını kullanmak, her kart için ayrı ayrı üyelik ödemesi yapmak zorunda kalacakları ve bu durumun tüketiciler aleyhine olacağı da vurgulanmıştır.

İlgili pazarın yoğunlaşmış olması, birçok bankanın kredi kartlarına taksit özelliği kazandırmasına rağmen, bu pazarda faaliyet gösteren ilk üç teşebbüsün pazar payları toplamının %85'ten fazla olduğu, Advantage Card'ın ise son zamanlarda hızla pay kaybetmesine rağmen %35'i aşan pazar payına sahip olduğu ve muafiyet tanınmasının pazarın bu kısmını rakiplere kapatacağı belirtilmiştir.

Bu nedenle, rekabet etmeme yükümlülüğünün azami beş yıl ile sınırlandırılması durumunda dahi söz konusu anlaşmaların Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşulları sağlamamaları nedeniyle, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesi uyarınca muafiyetin geri alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu kararın *BİRYAY* Kararları ve *TURKCELL* Kararı'nda en önemli farklı, dikey anlaşmaların 4. madde çerçevesinde değerlendirilmesi, *BENKAR*'ın (ya da *BENKARI*'ı devralan *HSBC*'nin) hakim durumunda olduğuna, ya da bu durumun kötüye kullanıldığına ilişkin herhangi bir unsur içeriyor olmasıdır. Nitekim, kararda da belirtildiği üzere Advantage Card programının uygulanmaya başladığı ilk dönemlerde *BENKAR*'ın ilgili pazarda üçte ikisinden daha büyük bir kısmına sahip iken, bankaların çok kısa bir sürede kendi kredi kartlarına taksitlendirme özelliği vererek pazara girmesi sonucunda bu pay sonraki iki yılda %40'ın altına düşmüştür.

Diğer yandan, başka bankaların münhasırlık olmaksızın çalışabilmesi, münhasırlığın sistemin işlemesi için zorunlu bir koşul olduğu ve etkinlik yarattığı savını ortadan kaldırmaktadır. Tüketicilerin tercihlerinin kısıtlanması da münhasırlığa muafiyet verilmemesinin bir diğer koşuludur.

Bu çerçevede muafiyet koşullarını taşımadıkları gerekçesiyle bu dikey anlaşmaların 4. madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün görülse de, bu kararda cezalandırılan uygulamaları "*piyasanın kapatılması*" kuramı çerçevesinde değerlendirmek ve cezalandırmak mümkün değildir. Bu nedenle kararda anlaşmaların ve uygulamaların yalnızca 4. ve 5. maddeler açısından değerlendirilmesi isabetli olmuştur.

Bu karar aynı zamanda, piyasaya girişin kolay olduğu durumlarda, özellikle yeni girenlerin münhasırlık talebi olmadığı takdirde münhasır anlaşmalara sahip olan teşebbüsün bu anlaşmalarını uzun süre koruyamayacağını göstermesi açısından da önemlidir.

5. Sonuç

İktisat teorisi açısından piyasanın kapatılması, teşebbüslerin dikey kısıtlamaları kullanarak rakiplerinin müşterilere ya da sağlayıcılara ulaşmalarını engellemesini ifade etmektedir. Krattenmaker ve Salop'un "rakiplerin maliyetini yükselterek rekabetin kısıtlanması" savı ile birlikte ele alındığında piyasanın kapatılması, potansiyel rakiplerin piyasaya girişinin engellenmesi ve/veya mevcut rakiplerin görece yüksek maliyetlere katlanarak faaliyet göstermesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, piyasayı kapatan teşebbüs, rakiplerini piyasa dışına itemese bile en azından ürünün fiyatının düşmesini engelleyebilmektedir. Bu nedenle, her iki durumda da tüketici refahının olumsuz bir şekilde etkilenmesi söz konusudur.

Girdi piyasasının kapatılması, rakiplerin tedarikçilerle anlaşma yapmasının kısıtlanması durumunda, müşterilerin kapatılması ise, rakiplerin yeterli sayıda müşteri ile anlaşmasının engellenmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Her iki durumda da amaç, rakiplerin piyasada etkin bir şekilde faaliyet göstermesini sağlayacak ölçüğe ulaşmalarını engellemektir.

Teşebbüslerin münhasır anlaşmalar için (bir başka deyişle tedarikçiler ya da müşteriler için) rekabet etmeleri durumunda ya da yarışmacı piyasalarda piyasanın kapatılması olasılığının düşük olduğu savunulsa da, rekabet hukuku uygulamalarında dikey kısıtlamalar yoluyla piyasanın kapatılmasına ilişkin örnekler bulunmaktadır.

Ancak, gerek iktisat teorisine gerekse uygulamalara bakıldığında, bir teşebbüsün piyasayı rakiplerine kapatabilmesi için belirli bir pazar gücüne sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde teşebbüsün söz konusu münhasırlık koşulunu dayatması ve sürdürmesi imkanı ortadan kalkmaktadır.

Bu nedenle, dikey anlaşmaların kötüye kullanma aracı olarak kullanılması ile piyasanın yoğunluğu ve piyasaya giriş-çıkış engelleri arasında doğru orantı vardır. Piyasa ne kadar yoğunsa dikey anlaşmaların piyasayı kapama amacıyla kullanılması ihtimali artmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, hakim durumda olma ölçütünün dikey anlaşmaların piyasanın kapatılmasında stratejik olarak kullanılmasında bir ön koşul olması gerektiği düşünülmektedir. Diğer yandan, herhangi bir teşebbüsün tek başına hakim durumda olmadığı piyasalarda, teşebbüslerin birbirlerinden bağımsız olarak münhasır şebekeler oluşturması durumunda da bu şebekelerin piyasaya yeni girişleri kapatacak bir etki yaratabilme ihtimali dikkate alınabilecek bir diğer konudur. Söz konusu şebekelerin piyasaya girişi engellemek için bilinçli olduğuna dair kanıtlar var ise, ya da şebeke sahipleri birbirlerinin bayilerini kullanabiliyor ama üçüncü kişilerin bunları kullanmalarına izin vermiyorsa, tüm bu uygulamalar Kanun'un 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilir. Ancak bu konu bu tebliğin kapsamı dışında tutulmuştur.

Yukarıda yer verilen nedenlerle, dikey anlaşmalar tanınan muafiyet ile bu dikey anlaşmaların uygulanacağı pazar arasında bağlantı kuracak bir düzenlemenin yapılması ilerde ortaya çıkabilecek sıkıntıların en başından engellenmesi için gereklidir. Nitekim, Avrupa Toplulukları Konseyi 2790/1999 sayılı Dikey Kısıtlamalara İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü'nden yararlanma koşulu olarak pazar payı sınırı getirmiş, ilgili pazardaki payı %30'u aşan teşebbüslerin otomatikman grup muafiyetinden yararlanmasının önüne geçmiştir.

Anılan Tüzüğün ülkemizdeki muadili Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği"dir. 2790/1999 sayılı Konsey Tüzüğü'ne paralel olarak bu tebliğde de uygulama kapsamı dikey anlaşmalara ilişkin önceki tebliğlere oranla genişletilmiştir. Örneğin, eski tebliğlerde (franchise sistemleri hariç) yalnızca ürünlerin yeniden satışı ve dağıtım faaliyetleri muafiyet kapsamında iken, 2002/2 sayılı tebliğde hammadde sağlayıcıları ile yapılan anlaşmalar da muafiyet kapsamına alınmış; eski tebliğlerde yalnızca dikey ilişki içindeki iki tarafın anlaşmaya konu olması zorunlu iken ve ikiden fazla teşebbüsün taraf olduğu anlaşmalar grup muafiyetten yararlanamazken yeni tebliğ ile her biri üretim seviyesinin farklı aşamalarında olmak kaydıyla ikiden fazla teşebbüsün taraf olduğu anlaşmalar da muafiyet kapsamına alınmıştır.

Rekabet Kurulu, söz konusu Tebliğ'in yayınlanmasından önce ve sonra aldığı kararlarla dikey anlaşmaların pazarı ne şekilde etkilediğini ayrıntılı olarak incelemiş, *BİRYAY I*, *BİRYAY II* ve *TURKCELL* kararlarında dikey anlaşmaların hakim durumun kötüye kullanılmasında, piyasanın kapatılmasında bir araç olarak kullanıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Ancak, 2002/2 sayılı Tebliğ ile taraflara daha fazla hareket alanı tanınmasına ve Rekabet Kurulu'nun aldığı kararlarla yoğunlaşmış piyasalarda dikey anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin daha fazla olduğunu belirtmesine karşın, Konsey Tüzüğüne benzer dengeleyici bir unsur –ki bu pazar payı eşiğidir – bu Tebliğ'de yer almamaktadır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde söz konusu "tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde" Kurul'un muafiyeti geri alabileceği ve 8. maddesinde de Tebliğ ile tanınan muafiyetin Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiş olsa da, bu hükümlerin, pazar payı eşiğine bağlı *ex-ante* denetimin yerini tutamayacağı açıktır.

Kaynakça

AGHION, Philippe ve P. BOLTON (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *The American Economic Review*, 77(3), pp.388–401.

BERNHEIM, B.Douglas ve M.D. WHINSTON (1998), "Exclusive Dealing", *The Journal of Political Economy*, 106(1), pp.64-103.

BISHOP, Simon ve M. WALKER (1999), *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londra: Sweet & Maxwell.

BORK, Robert H. (1978) *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (reprinted with a new introduction and epilogue –1993), New York: The Free Press.

COASE, Ronald (1988), *The Firm, The Market and The Law*, (Paperback Edition –1990), Chicago: The University of Chicago Press.

COMANOR, William S. (1985), “Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy”, *Harvard Law Review*, 98(5), pp.983–1002.

COMANOR, William S. and H.E. FRECH III. (1985), “The Competitive Effects of Vertical Agreements?”, *The American Economic Review*, 75(3), pp.539–546.

COMANOR, William S. and H.E. FRECH III. (1987), “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Reply”, *The American Economic Review*, 77(5), pp.1069–1072.

DOBSON Paul W. and M. WATERSON (1996), *Vertical Restraints and Competition Policy*, OFT Research Paper No.12, London.

HOVENKAMP, Herbert (1999), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 2nd Ed., St. Paul, Minnesota: West Group.

HUGHES, Mat (2001), “The Economic Assessment of Vertical Restraints under UK and EC Competition Law”, *European Competition Law Review*, 22(10), pp.424-433.

INNES, Robert and R.J. SEXTON (1994), “Strategic Buyers and Exclusionary Contracts”, *The American Economic Review*, 84(3), pp. 566-584.

JULLIEN, Bruno and P. REY (2000), “Resale Price Maintenance and Collusion”, mimeo. at <http://www.univ-tlse1.fr/GREMAQ/GREMAQWP/ARTICLES%20B%JULLIEN/JullienRey140620.pdf>, (09.12.2002)

KORAH, Valentine and D. O’SULLIVAN (2002), *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford: Hart.

KRATTENMAKER, Thomas G. and S.C. SALOP (1986a), “Competition and Cooperation in the Market for Exclusionary Rights”, *The American Economic Review*, 76(2), pp.109-113.

KRATTENMAKER, Thomas G. and S.C. SALOP (1986b), “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price” *The Yale Law Journal*, 96(2), pp.209- 293.

MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1984) “An Economic Theory of Vertical Restraints”, *The RAND Journal of Economics*, 15(1), pp.27–38.

MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1987), “The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment”, *The American Economic Review*, 77(5), pp.1057-1062.

MATHEWSON, G.F. and R.A. WINTER (1988), “On Vertical Restraints and the Law: A Reply ”, *The RAND Journal of Economics*, 19(2), pp.298–301.

NEVEN, Damien, P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows : European Competition Policy and Agreements Between Firms*, London: CEPR.

POSNER, Richard A. (2001), *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago: The University of Chicago Press.

RASMUSEN, Eric B., J.M. RAMSEYER, and J.S. WILEY, Jr. (1991), “Naked Exclusion”, *The American Economic Review*, 81(5), pp.1137–1145.

REY, Patrick and J. STIGLITZ (1988), “Vertical Restraints and Producers’ Competition”, *European Economic Review*, 32, pp.561-568.

REY, Patrick and J. STIGLITZ (1995), “The Role of Exclusive Territories in Producers’ Competition”, *The RAND Journal of Economics*, 26(3), pp.431-451.

REY, Patrick and J. TIROLE (1986), “The Logic of Vertical Restraints”, *The American Economic Review*, 76(5), pp.921–939.

REY, Patrick and J. TIROLE (1997), “A Primer on Foreclosure”, mimeo. at <http://www.idei.asso.fr/Commun/Articles/Rey/PRIMER.pdf>, (09.12.2003)

RIORDAN, M. and S. SALOP (1995) “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”, *Antitrust Law Journal*, 63(2), pp.513-568.

SALOP, Steven C. (2001), “Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints”, *Annual Proceedings*, Fordham Corporate Law Institute, pp.177-200.

SCHWARTZ, Marius (1987), “The Competitive Effects of Vertical Agreements”, *The American Economic Review*, 77(5), 1063-1068.

SIMPSON, John and A. WICKELGREN (2001), “The Use of Exclusive Contracts to Deter Entry”, Bureau of Economics, Working Paper No:241, US: Federal Trade Commission.

TAYLOR, Paul M. (1999), *Vertical Agreements: The New Regulation In Context*, Sudbury: Monitor.

WATERSON, Michael (1988), "On Vertical Restraints and the Law: A Note", *The RAND Journal of Economics*, 19(2), pp.293-297.

REKABET KURALLARI ve SEKTÖREL DÜZENLEMELER ÜZERİNE KURAMSAL ve PRATİK AÇILARDAN ÖZEL BİR İNCELEME: ULUSAL DOLAŞIM

Mehmet Ali İNCEEFE

Telsim A. Ş. Kamu Koordinasyon Müdürü

1. Mobil İletişim Sistemleri Gelişimi ve “Kuşakları”

Rekabet Kurumu'nca “ulusal dolaşım” konusunda hazırlanan raporda¹ yer alan;

“Özellikle cep telefonu sistemi nesilleri arasındaki zamandan kaynaklanan ilk girenlerin avantajlarının (GSM900 -GSM1800, 2'nci nesil - 3'üncü nesil) giderilmesine yönelik olarak ulusal dolaşımın pazarda istenilen rekabet seviyesine ulaşmada yararlanılacak bir kaldıraç olarak kullanılmak istenildiği görülmektedir. “

ifadeleri ile İlk İnceleme Raporu'nda², “(GSM1800 için 2,5 uncu nesil tanımı da yapılmaktadır)” açıklaması (!) da, daha sonra aynı konuda açılacak olan soruşturmada “**kilit**” unsurlardan biri olacak mobil iletişim sistemlerinde “**kuşak**” kavramının, Rekabet Kurumu tarafından nasıl algılandığını göstermektedir. Yukarıdaki ifadelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, 2. Kuşak (2G)³ mobil telefon sistemleri (GSM) ile 3. Kuşak (3G) mobil telefon sistemleri (UMTS) ve dolayısıyla, bu sistemlere yönelik düzenleme ve uygulamaların birbirine karıştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle, bu konudaki tartışmaların daha sağlıklı olarak algılanıp yürütülmesi için mobil iletişim sistemlerinde “**kuşak**” tanımının açıklanması gerekmektedir.

Birinci kuşak (1G) hücreli mobil telefon sistemleri, analog sistemler olup hemen hemen tüm ülkelerde bu hizmet, tekelin bir uzantısı olarak tekel telekom işletmelerince yürütülmüştür. Doğası ve teknolojisi gereği analog

¹ Rekabet Kurumu, 25.01.2002 tarih ve 3 sayılı yazı, 24.01.2002 tarih ve D2/1/Ö.İ.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu, Para.35

² Rekabet Kurumu, 25.01.2002 tarih ve 3 sayılı yazı, 24.01.2002 tarih ve D2/1/Ö.İ.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu, Para.37

³ “2G” terimi, 2. Kuşak anlamına gelen İngilizce “2nd Generation” ifadesinin kısaltması olarak kullanılmaktadır.

sistemler arasında bir-iki istisnanın dışında uluslararası dolaşım bile sağlanamamaktadır.⁴

İkinci kuşak (2G) olarak adlandırılan hücreli mobil telefon sistemleri arasında en yaygın olanı, GSM sistemi olarak adlandırılan ve ilk olarak 900 MHz frekans bandında faaliyet gösteren ve daha sonra DCS1800 sistemini de kapsayarak 1800 MHz frekans bandında da kullanılan ve nihayet (*özellikle Kuzey Amerika ve Uzak Doğu ülkeleri için geliştirilen*) 1900 MHz frekans bandında da çalışan mobil sistemlerdir.⁵ GPRS türü modifikasyonlar ile paket anahtarlamalı veri iletişimine de uygun hale getirilen GSM sistemlerine, 2.5G niteliği de yapılmaktadır.

Halbuki 3. Kuşak (3G) mobil sistemler 2.4 GHz (yada 2400 MHz) frekans bandında çalışacak ve ağırlıklı olarak görüntü ve video uygulamalarına yönelik olarak geliştirilen UMTS isimli sistemlerdir. Temel olarak erişim teknolojisinin de farklı olduğu (CDMA) bu 3. Kuşak mobil sistemleri için, Fransa, Hollanda ve Belçika gibi ülkelerde sadece GSM lisansı olan işletmecilere UMTS (3G) lisansı verilmiştir ki, bu ulusal dolaşım ile ilgili herhangi bir konunun bile gündeme getirilmesi söz konusu olmayacaktır. Almanya, Avusturya, İtalya ve İsveç'te mevcut GSM işletmecilerinin yanı sıra ikişer işletmeci adayına bu lisanslar verilmiştir. Geri kalan ülkelerde ise, mevcut GSM işletmecileri dışında sadece birer işletmeci adayına UMTS lisansı verilmiştir. 2G ile 3G şebekeleri arasındaki (2G~3G) “**ulusal dolaşım**” hizmetinin niteliği de soruşturma konusu 2G işletmecileri arasındaki (2G~2G) ulusal dolaşım hizmetlerinden çok farklı bir konum arz etmektedir.

2. Dünyadaki Gelişmeler

Avrupa kaynaklı GSM teknolojisi, yapısı ve özelliklerinden dolayı, hızla yaygınlaşmış, sadece toplumların sosyal yaşantılarını etkilemekle kalmayıp, ekonomik sistemlerini de yönlendirmiştir.⁶ Özellikle 1998-2001 yılları arasındaki hızlı gelişme, mobil telefon kullanımının kısa zamanda sabit telefon kullanımını geçmesine yol açmıştır.⁷

2001 yılından itibaren, bu sektöründeki gelişmeler, o döneme kadar olanın aksine bir dizi sıkıntıya da beraberinde getirmiştir;⁸

⁴ Gunnar Heine, GSM Networks: Protocols, Terminology, and Implementation, Artech House, 1999, p.2-3

⁵ Gunnar Heine, p.2-3

⁶ Commission of The European Communities, Telecommunications Regulatory Package, VIII Implementation Report Annex.I, SEC(2002) 1329, Brussels, 3.12.2002 p.45

⁷ Commission of The European Communities, SEC(2002) 1329, Brussels, 3.12.2002 p.45

⁸ ITU, Competition Policies in Telecommunications, Background Paper 18.November.2002 p.5

“Rekabet açısından, zor pazar koşulları bazı ülkelerdeki pazarlarda oyuncu sayısının azalmasına ve buna bağlı olarak genelde pazara girişlerin ve sektöre yapılan yatırımların da azalmasına yol açmıştır. Bazı pazarlardaki yatırımcıların çekinikliğinin nedeni, bu pazarlardaki sabit telefon işletmecilerinin özelleştirilmesindeki ve sonuç olarak rekabetin oluşturulmasındaki gecikme olarak görülmektedir. [2]

Nitekim aynı belgede yer alan [2] numaralı dipnotta⁹ ise, gecikme yaşanan ülkeler arasında; “Mısır, Honduras, Kenya ve Tayland”ın yanı sıra **Türkiye**'nin de bulunduğu belirtilmektedir.

Bu dönem içerisinde, sadece yatırımlar azalmakla kalmamış, aynı zamanda kullanıcı gelirlerinde de (ARPU) ciddi düşüşler olmuştur. Bu gelişmeler GSM işletmecilerini, gerek başta 3G yatırımları olmak üzere geleceğe yönelik gerekse mevcut yatırımlarına yönelik strateji ve girişimlerini gözden geçirmeye zorlamıştır. Bu çerçevede, başta TIM gibi büyük işletmeciler olmak üzere yeniden yapılanma yoluna giderek “**non-core asset**” olarak tanımlanan yatırımlarını devretmeye başlamışlardır. İtalya'da Blu, Avustralya'da One.Tel gibi bazı işletmeciler ise, faaliyetlerini tamamen durdurmuşlardır.

Diğer yandan Vodafone gibi işletmeciler ise, tersine bir yaklaşımla, faaliyetlerini tüm dünyaya yayacak bir biçimde genişletmeye yönelmiştir. Bu devralma, birleşme ve iflas türü gelişmeler sonucu GSM ağırlıklı mobil iletişim sektöründe yeni oluşumlar yaşanmaktadır.

3. Türkiye'deki Gelişmeler

1993 yılında ihalesi tamamlanarak Türk Telekom ile “**gelir paylaşımı**” esasına dayalı tedarik sözleşmeleri ile başlayan faaliyete başlanılan ve 1998 yılında GSM işletmelerinin imtiyaz sözleşmeleri ile özelleştirilen GSM sektörünün Türkiye'deki gelişmesi de dünyadakilere benzer, hatta daha hızlı bir biçimde seyretmiştir.

Türkiye'de “**ulusal dolaşım**” konusu ilk kez, Rekabet Kurulu'nun GSM1800 ihalesine ilişkin T.C. Ulaştırma Bakanlığına verdiği Görüş¹⁰ ile gündeme gelmiştir. Rekabet Kurulu özetle; “*tamamen ticari nitelik gösteren*” ulusal dolaşım sözleşmelerinin “*yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüsler*”in “*kendi kar-zarar hesabı sonunda, kendi iradesi ile*” ile imzalanabileceği ve “*roaming*” anlaşmalarının zorunlu tutulması”nın “*piyasaya yeni girecek teşebbüsü de çok büyük yatırım maliyetinden kurtarması*

⁹ ITU, Competition Policies in Telecommunications, Background Paper 18.November.2002 p.5. footnote 2.

¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 26.11.1998 tarih ve 2439 sayılı ile T.C. Ulaştırma Bakanlığına gönderdiği Görüş.

nedeniyle rakipleri karşısında avantajlı” duruma geçireceğini ve “rekabeti bozucu bir durum” yaratacağını, bu nedenle de, “zorunluluğun bu aşamada getirilmesi uygun olmayacağı”nı söylemiştir.

Ocak.2000 tarihinde yürürlüğe giren yeni telekomünikasyon yasası ise, “**ulusal dolaşım**”ı bazı ön koşullarla yükümlülük olarak tanımlamıştır. Buna rağmen Bakanlık GSM1800 ihalesinde, “yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüsler”in “kendi kar-zarar hesabı sonunda, kendi iradesi ile” ile imzalayacakları ulusal dolaşım hizmetinin sunumunu 2 yıllığına yasaklamıştır.

Ulusal dolaşımın 2 yıl süreyle yasaklandığı GSM1800 ihalesinde, 3 yeni GSM işletmecisinin piyasaya girmesi hedeflenmiş ve tahmini bedel de 649 Milyon ABD Doları olmakla birlikte, İŞ-TİM konsorsiyumunun 2.5 Milyar ABD Dolar'lık teklifi sonrası, 5. İşletmenin pazara girişi “**fizibilite**” açısından engellenmiştir.

Danıştay İdari İşler Kurulu'nun¹¹ görüşü sonrasında Bakanlık, İŞ-TİM konsorsiyumu ile 30.10.2000 tarihinde ulusal dolaşım yasağını içermeyen bir “GSM1800 İmtiyaz Sözleşmesi” imzalamıştır.

İştim A.Ş. 21.Mart.2001 tarihinde ilk ticari faaliyete başlayan GSM1800 işletmecisi olmuştur. Ardından 1.03.2001 tarihinde Telekomünikasyon Kurumu'na ulusal dolaşım için başvurmuştur. İkinci GSM1800 işletmecisi Aycell A.Ş. ise ticari faaliyetlerine Aralık.2001 tarihinde başlamış ve ulusal dolaşım için bir dizi görüşmeden sonra, kendi yatırımını yaparak şebekesini kurma yoluna gitmiştir. Ulusal dolaşım konusuna yönelik yaklaşımlar daha sonra Telekomünikasyon Kurumu'nun düzenleme ve uygulamaları ile devam etmiştir. Telekomünikasyon Kurumu 4502 sayılı yasa ile kendisine verilen görev ve yetkileri değerlendirme ve uygulama açısından ciddi eleştirilere maruz kalmış ve bu baskılar altında “**ilk**” düzenlemesi olarak **ulusal dolaşım** konusunu ele almıştır. Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım konusunda yaptığı düzenlemelerde¹² yasa ile kendisine verilen yetkileri aştığı iddia edilmiştir.¹³

Son olarak, 04.12.2002 tarihinde Rekabet Kurumu da ulusal dolaşım konusuna müdahil olma kararı almış olup, 09.06.2003 tarihinde de;

¹¹ Danıştay İdari İşler Kurulunun, T.C.Ulaştırma Bakanlığı ile İŞ-TİM konsorsiyumunu arasında parafe edilen “GSM1800 Sayısal Hücreli Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi Taslağı”na ilişkin 09.10.2000 tarih ve E.2000/17-K.2000/76 sayılı görüşü

¹² 07.05.2001 tarihli "Ulusal Roaming ile Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar" ile 10.10.2002 tarihli "Türkiye'de Faaliyet Gösteren GSM900 ve GSM1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik Açından Oranlı ve Teknik Açından İmkân Dahilinde Bir Ulusal Roaming Anlaşması İçin Telekomünikasyon Kurumu tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar"

¹³ Doç.Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara.2002 s.101-103

Ulusal dolaşımın bir **erişim** yöntemi olduğu,

Erişim olarak ulusal dolaşımın **Erişim Tebliği**nde¹⁴ **zorunlu unsur** olarak yer aldığı,

Bu **zorunlu unsur** konusunda mevcut iki GSM işletmecisinin **birlikte hakim konumda** buldukları,

Ve nihayet, iki GSM işletmecisinin haklı bir gerekçe olmaksızın bu zorunlu unsur niteliğindeki ulusal dolaşım hizmetini sunmayı birlikte **reddettikleri**

gerekçeleri ile 4054 sayılı yasaya dayanarak bir müdahale sonucu 26.11.1998 tarihli Kurul Kararının tam aksine yeni bir karar alınmıştır.

4. Temel Kavramlardaki Karışıklıklar

Her ülkenin ve her toplumun alışkanlık ve biçimleri, elbette çok değişik etmene bağlı olarak farklılıklar gösterecektir. Ancak teknoloji-egemen ve -*özellikle de-* büyük ölçekli uygulamalarda, genel ilkelerin olması ve bu ilkelerin de büyük benzerlik göstermesi çok doğaldır. Nitekim 4502 sayılı yasa ile değiştirilen 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda¹⁵ telekomünikasyon sektöründe “uluslararası standartlar, ölçekler ve teknolojik gelişmelere uygun davranılması” ve “mümkünse bunların esas alınması” öngörülmüştür.

Diğer yandan, GSM imtiyaz sözleşmelerinin konusunun, “*GSM Standartlarında bir mobil sisteminin kurulması, geliştirilmesi, işletilmesi*” olarak belirlenmiş olması da, Türk mevzuat ve uygulamalarında belirleyici olacak temelleri açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, dolaşım, “**ulusal dolaşım**” ve “**erişim**” kavramlarının konunun temeline oturtulduğu bir tartışmada en sağlıklı yaklaşım, bu kavramların gündeme getirilerek; genel değerlendirme ve uygulama ilkelerinin oluşturulduğu ülke, kurum ve kuruluşların *-varsa-* bu konudaki tanım, yaklaşım, standart ve uygulamalarını incelemektir.

¹⁴ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector (98/C 265/02) 22.8.98

¹⁵ Örneğin 4.maddenin (e) fıkrası, 30. maddenin (d), (e) ve (f) fıkraları.

4.1. Erişim

23.05.2003 tarihinde yayınlanan “Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği”nde “erişim” kavramı;

Bu Yönetmelikte belirtilen koşullar altında, telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulması

Olarak tanımlanmıştır.

Amacı; “*teknelci ortamdan rekabetçi pazara geçişin ilk aşamalarında ortaya çıkan sorunları temel almak*” olarak tanımlanan “Erişim Tebliği”nde,^{15,16} “erişim” ağırlıklı olarak “fiziksel”¹⁷ anlamda ve tekeli niteliğini haiz telekomünikasyon işletmecilerinin “*tesis ve şebekelerine erişim*” olarak kullanılmaktadır. Örnek olarak, servis sağlayıcıların kendi şebekesini kurmasında gerekli olacak “**kiralık devreler**” ile mobil ve sabit şebekelerin tekeli işletmecinin şebekesine bağlantıları için gerekli “**arabağlantı**” gösterilmektedir.¹⁸

Avrupa Parlamentosu tarafından hazırlanan raporda¹⁹ ise, “*Direktif teklifinde yer alan “erişim”in tanımı çok fazla geniş*” bulunmuş olup, “*açıkça tanımlamaktaki yetersizlik, düzenleyici kurumlar ile olan anlaşmazlıklara yol açacağı*” endişesi ile “*Direktifte belirlenerek çok karmaşık durumlara uygulanacak olan kuralların ve “araçların” bazı risklerinin varlığı*” uyarısında bulunmuş ve daha net bir açıklama gerektiği belirtilmiştir. Bu uyarılar doğrultusunda, “Direktif Taslağı” üzerinde -ulusal dolaşımın erişim tanımından çıkartılması da dahil- gerekli düzeltmeler yapılmıştır.

¹⁵ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector (98/C 265/02) 22.8.98

¹⁶ Telekomünikasyon Sektöründeki Erişim Anlaşmalarına Rekabet Kurallarının Uygulanması Hakkında Bildiri.

“**Notice**”, Rekabet Kurumu tarafından tebliğ olarak çevrilmiştir. “**Tebliğ**” Türk hukuku açısından İngilizcedeki “**Notice**” diye adlandırılan belgelere göre bağlayıcı bir düzenlemeyi ifade eder. Ancak “**Notice**” bağlayıcı değildir, bu nedenle bunları “**Bildiri**” olarak çevirmek daha uygundur. Diğer yandan, bazı yazarlar ise “**Duyuru**” olarak çevirmektedirler. Tüm bunlara rağmen, olası bir karışıklığın önlenmesi için “**Erişim Tebliği**” olarak bahsedilecektir.

¹⁷ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 Para.51

¹⁸ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 Para.71

¹⁹ Avrupa Parlamentosu, Erişim ve Arabağlantı Direktifi Taslağı Üzerine Rapor, R.Bunetta, A5-0061/2001, 14.Feb.2001 p.47

4.2. Arabağlantı

28.Ocak.2003 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı yasanın 1. maddesinde “arabağlantı”;

“İki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması”

olarak tanımlanmıştır.

Erişim Tebliği’nde²⁰, “arabağlantı” olmaksızın ticari olarak tam bir telefon hizmetinin verilmesinin mümkün olamayacağı belirtilmektedir. Tebliğe ayrıca, “ana telekomünikasyon şebekesine[§] arabağlantının, tek olmasa da söz konusu erişime tipik bir örnek”²¹ olduğu ifade edilmektedir.

4.3. Dolaşım

GSM sisteminin başarısındaki en önemli etmenlerden biri olarak gösterilen “dolaşım” kavramı için, OECD tarafından yayınlanan 19.Mayıs.2000 tarihinde yayınlanan raporda; ²²

“(1) Mobil şebeke işletmecileri tarafından, abonelerine telefonlarını bir başka işletmecinin servis alanında da kullanmasına olanak sağlayan hizmet. Dolaşım, müşterilerin diğer işletmecilerin sistemlerine erişebilmesini teminen, her bir pazardaki teknolojik açıdan uygun sistemlere sahip işletmeciler arasında anlaşmaların yapılmasını gerektirir.

(2) İşletmecinin yerel alanı dışına yolculuk”

tanımlaması yapılmış olup,²³ “dolaşımın prensipte uluslararası” olduğu belirtilmektedir. Nitekim GSM Birliđi²⁴ tarafından da sadece uluslararası dolaşım için standartlar belirlenmiştir.²⁵

²⁰ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 Para.44

[§] 406 sayılı yasada, Türk Telekom'un “ana telekomünikasyon şebekesi” olarak belirtilmiştir.

²¹ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 Para.1

²² OECD Cellular Mobile Pricing Structures And Trends, DSTI/ICCP/TISP(99)11/Final

²³ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY Consumer Demand for Telecommunications Services and the Implications of the Convergence of Fixed and Mobile Networks for the Regulatory Framework for a Liberalised EU Market (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), January 2000 p.288–289

²⁴ Rekabet Kurumu 24.01.202 tarih ve D2/1/Ö.İ.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu'nun 10. Sayfası;

4.3.1. Uluslararası Dolaşım

Ocak.2000 tarihinde yayınlanan “Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review” başlıklı raporda²⁶ “uluslararası dolaşımın GSM sistemin büyük başarılarından biri olduğu” özellikle vurgulanmıştır.

GSM sisteminin başarısının temelini oluşturan uluslararası dolaşımın teknik ve idari standartları ile ücretlendirme ilkeleri açık ve net olarak belirlenmiş olup, 170'e yakın ülkedeki 500 civarındaki GSM şebekeleri arasında aynı standart ve ilkeler ile uygulanmaktadır.

4.3.2. Ulusal Dolaşım

GSM Birliği'nin “GSMA Permanent Reference Document: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0”²⁷ adlı standardında **ulusal dolaşım**;

”2.1.3. Bölgesel Ulusal Dolaşım

Ulusal dolaşım konusunda, yani hem ziyaret edilen hem de esas şebekenin aynı ülkede olması durumunda, ziyaret edilen şebekenin bir bölümüne (bölgesel dolaşım) erişime izin verilmesi, özel mekanizmaları gerektirmektedir. Bu tür özellikler bu belgenin kapsamı dışındadır.

Biçiminde tanımlanmıştır.

4.4. Ulusal Dolaşım ve Erişim İlişkisi

Türk Rekabet Kurumu,²⁸ genelde telekomünikasyon, özelde ise mobil haberleşme ile ilgili çoğu kavramı birbirine karışmaktadır. Ne var ki, Rekabet Kurumu tarafından, ulusal dolaşım konusuna müdahil olma gerekçesi olarak kullanılan²⁹ “**ulusal dolaşım**” ve “**erişim**” kavramları arasındaki ilişki, genel

105 üyeden oluşan GSM MoU'nun temel görevi GSM şebekelerinin uluslararası düzeyde uyumunu sağlamak üzere **standartları belirlemektir.**

²⁵ GSMA Permanent Reference Document: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0, May 2003, p.3

²⁶ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), January 2000 p.206

²⁷ GSMA Permanent Reference Document: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0, May 2003, p.3

²⁸ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

²⁹ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.9 [1] numaralı dipnot.

Ulusal dolaşım herhangi bir operatörün kendi şebekesini bir başka operatörün kullanımına açması olarak da tanımlanabilir (“network access”) Ulusal dolaşım dışında şebeke erişimi olarak nitelendirilebilecek iki ayrı uygulama daha mevcuttur. Hizmet sunucu uygulamasında, bir firma lisansa sahip bir firmanın telekomünikasyon hizmetlerini yeniden satmak şeklinde bir faaliyet gösterir. Sanal şebeke operatörlüğü (MVNO) uygulamasında ise, bir firma tamamen başka bir

olarak tartışmalara yol açmış bir konudur. Nitekim benzeri tartışmalar Avrupa Komisyonu Erişim ve Arabağlantı Direktifi'nin hazırlanması aşamasında da gündeme gelmiştir.

“**Ulusal dolaşım**” ve “**erişim**” konularındaki kavram farklılığı, Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan raporda,³⁰ gerekçeleri ile kesin ve net olarak yer almaktadır;

“*Dolaşım, burada yer aldığı biçimde, erişimin bir biçimi olarak görülmemelidir, örnek olarak, bir abonenin diğer bir ülkedeki mobil işletmecinin şebekesinin kullanması yada bir işletmecinin kendi şebekesini kurana dek aynı ülkedeki bir başka işletmecinin şebekesini kullanmasına olanak sağlanmasına göre ayrı bir biçimde adlandırılmalıdır. **Ulusal dolaşım**, yeni bir işletmecinin pazara girişini hedefleyen **asimetrik, gecici** ve **istisnai bir uygulama** olarak tasarlanmışken, mobil şebekelere erişim, pazardaki uzun dönemli darboğazların çözümünü hedeflemektedir. Daha ötesinde, erişim ve dolaşımın aynı biçimde değerlendirilmesi, kaçınılmaz olarak dolaşımın da maliyet tabanlı olarak sağlanmasına yol açacaktır.*”

Bu rapordan sonra, söz konusu “**erişim**” tanımı yeniden tartışılarak eskisi gibi bırakılmasına karar verilmiş ve “**ulusal dolaşım**” bir erişim yöntemi olarak “**erişim**” tanımına dahil edilmemiştir.³¹

5. Ulusal Dolaşım Tanımı ve Koşulları

Rekabet Kurumu'nca ulusal dolaşım konusunda hazırlanan raporda³² yer alan;

“*Özellikle cep telefonu sistemi nesilleri arasındaki zamandan kaynaklanan ilk girenlerin avantajlarının (GSM900 -GSM1800, 2'nci nesil - 3'üncü nesil) giderilmesine yönelik olarak ulusal dolaşımın pazarda istenilen rekabet seviyesine ulaşmada yararlanılacak bir kaldıraç olarak kullanılmak istenildiği görülmektedir.*”

ifadeleri ve İlk İnceleme Raporu'nun³³ [31] numaralı paragrafındaki “(GSM1800 için 2,5 uncu nesil tanımı da yapılmaktadır)” açıklamalarından da açıkça anlaşılacağı üzere, 2. Kuşak (2G) mobil telefon sistemleri (GSM) ile 3.

operatörün altyapısını kullanarak abonelerine hizmet sunmakta, baz istasyonları dışında, server, gateway gibi merkezi teknik donanım yatırımını kendisi yapmaktadır.

³⁰ Regulatory Aspects Of Access To Mobile Network Infrastructures And Network Intelligence, Final Report July,2001 p.5

³¹ 2000/0186 (COD) PE-CONS 3670/01 (Access Directive)

³² Rekabet Kurumu, 25.01.2002 tarih ve 3 sayılı yazı ile Başkanlığa sunulan, 24.01.2002 tarih ve D2/1/Ö.İ.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu, Para.35

³³ Rekabet Kurumu, İlk İnceleme Raporu, Para.37

Kuşak (3G) mobil telefon sistemlerinin (UMTS) ve bu sistemlere yönelik düzenlemeler ve uygulamalar, Rekabet Kurumu tarafından birbirine karıştırılan ikinci konudur.

Uluslararası dolaşımdan oldukça farklı nitelikler taşıyan ulusal dolaşım hizmetleri, temelde ticari yaklaşımlar ile gündeme getirilmiştir.³⁴ Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan 6. Uygulama Raporu'nda,³⁵ ulusal dolaşımın “normal koşullarda 2. Kuşak şebekeler arasından ziyade, 2. ve 3. kuşak mobil şebekeler (GSM ve UMTS şebekeleri) arasında uygulandığını” ancak, “2G şebekeleri arasındaki ulusal dolaşım hizmetleri için Danimarka ve İtalya'nın da düzenlemeler yaptığı” belirtilmektedir.

Gerçekte, Telekomünikasyon Kurumu'nun da³⁶ “**ikinci nesil sistemler arasında istisnai bir uygulama olduğu**” açık bir biçimde belirttiği gibi; bu konuda GSM Birliği'nin “GSMA PRD: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0”³⁷ adlı standardında **ulusal dolaşım** ile ilgili de yapılan tanım ve değerlendirilmeleri ile GSM Birliği'nin tüm düzenlemelerini “**standart**” olarak nitelediği uluslararası dolaşım üzerine yaptığı ve ulusal dolaşım konusunu nitelik ve teknik açıdan bazı “**farklı**” ve “**gelişmiş**” özelliklerinden dolayı “**karmaşık**” olduğu ve “**tüm GSM topluluğunda ulaşılabilir olmadığı**” nedeniyle de kapsam dışı bırakılmıştır.

Keza, Avrupa Parlamentosu³⁸ da, ulusal dolaşımın “**yeni bir işletmecinin pazara girişini hedefleyen asimetrik, gecici ve istisnai bir uygulama olarak tasarlandığını**” belirtmektedir.

Ülkemizde tartışma konusu olan; tipik 2. Kuşak (2G) bir GSM şebekesi tarafından bir diğer 2. Kuşak (2G) GSM şebekesine ulusal dolaşım sağlanmasıdır. 3. Kuşak (3G) sistemler ve bunların ulusal dolaşım şartları tamamen farklıdır. İlk 3G deneme şebekeleri Mayıs.2001'de Monako ve Aralık.2001'de Japonya'da kurulmuş, daha sonraki deneme şebekelerinin kurulmasına ise, ancak 2003 yılı ikinci yarısında başlanmıştır. Bu nedenle, tartışma konusu olan 2G-2G şebekeleri arasındaki ulusal dolaşım hizmeti olup,

³⁴ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.298~299

³⁵ Commission Of The European Communities, Sixth Report On The Implementation Of The Telecommunications Regulatory Package, COM(2000)814 Final, 7.12.2000 p.26-27.

³⁶ Telekomünikasyon Kurumu'nun 08.02.2002 tarih ve 2485-6323 sayılı yazı ile Rekabet Kurumu gönderdiği Görüş.

³⁷ GSMA Permanent Reference Document: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0, May 2003, p.3

³⁸ Avrupa Parlamentosu, Erişim ve Arabağlantı Direktifi Taslağı Üzerine Rapor, R.Bunetta, A5-0061/2001, 14.Feb.2001 p.47

2G-3G şebekeleri arasındaki ulusal dolaşım hizmeti fiili durumdan çok teorik düzeydeki tartışma niteliğindedir.³⁹

5.1. Yasadaki Ulusal Dolaşım Tanımı

28.Ocak.2003 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı yasanın 1. maddesinde;

“Roaming: Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemler arası dolaşımı”

tanımı yer almaktadır. Ayrıca, aynı yasanın arabağlantıyı düzenleyen 6. maddesinde de;

“Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum’un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları [1] makul, [2] ekonomik açıdan oranlı ve [3] teknik açıdan imkân dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.”

hükümleri ile de ulusal dolaşım ile ilgili yükümlülükler, koşullar ve kısıtlar belirtilmiştir.

6. Telekomünikasyon Kurumu'nun Müdahalesi

Telekomünikasyon Kurumu, ulusal dolaşım ile ilgili ücretleri ve koşulları belirlemenin yasal görevleri arasında olduğu görüşüyle⁴⁰ 1.03.2001 tarihinde İstim A.Ş. tarafından yapılan şikayet üzerine ulusal dolaşım konusuna müdahil olmuştur.

6.1. Telekomünikasyon Kurumu'nca Yapılan İkincil Düzenlemeler

Telekomünikasyon Kurumunun ulusal dolaşım konusunda ilk yaptığı ikincil düzenleme, 7.05.2001 tarihli **“Ulusal Roaming ile Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar”** başlıklı düzenlemedir. Bu düzenlemenin, ulusal dolaşım hizmetinin tesisine yönelik kayda değer bir katkı sağladığı söylenemez.

İkinci düzenleme ise, 10.10.2001 tarihli **“Türkiye’de Faaliyet Gösteren GSM900 ve GSM1800 İşletmecileri Arasında Makul, Ekonomik**

³⁹http://www.umts-forum.org/servlet/dycon/ztumts/umts/Live/en/umts/Resources_Deployment_index

⁴⁰ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

Açıdan Oranlı ve Teknik Açıdan İmkan Dahilinde Bir Ulusal Roaming Anlaşması için Telekomünikasyon Kurumu tarafından Belirlenen Hüküm ve Şartlar” başlıklı düzenleme olmuştur.

Bu belgede, Telekomünikasyon Kurumu'nca, ücretleri ve ödeme takviminin yanı sıra, ulusal dolaşım sürecini çıkmaza sokacak “**teknik şartlar**” da belirlenmiştir. Taraflar arasında, daha önce hiç gündeme getirilmemiş olduğu iddia edilen “**CAMEL Roaming**” ve “**şebekeler arası handover**” özelliklerinin, gerekçesi ve kaynağı belirsiz bir biçimde yerleştirildiği bu düzenleme ile, taraflar 30 gün içerisinde bir sözleşme imzalamaya zorunlu tutulmuştur.

Yürütmesi durdurulan bu “**hüküm ve şartlar**”dan sonra Kurum, soruna başka çözüm arayışlarına da yönelmiş ve bu amaçla bir Yönetmelik taslağı da hazırlamıştır. Bu taslakta yer alan Geçici.1 madde;

“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan uzlaştırma süreci hangi aşamada olursa olsun, bu Yönetmelik hükümlerine göre devam ettirilir.”

olarak yer almışken, 08.03.2002 tarih ve 24689 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “*Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”te, İstim A.Ş.'nin talebi⁴¹ doğrultusunda ve hiçbir değişiklik yapılmadan aynen talep edildiği gibi;

“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden önce başlatılan uzlaştırma süreci hangi aşamada ise, bu Yönetmelik hükümlerine göre devam ettirilir ve bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış bulunan bütün işlemler, düzenlenmiş olan belgeler ve vuku bulan müzakereler bu Yönetmelik kapsamında geçerliliklerini korumaya ve hüküm doğurmaya devam eder.”

biçiminde yer almıştır.

6.2. Rekabet Kurumu'na Verilen Görüşler ve Beklentiler

Telekomünikasyon Kurumu, Rekabet Kurumu'na “*İş-Tim'in ulusal roaming ile ilgili talebinin fiyat haricinde kapasite ve süre açısından makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olduğunu*” ve “*yaratılması öngörülen trafiği her iki işletmecinin mevcut kapasiteleri dahilinde rahatlıkla karşılayabilecek durumda olduklarını*”, ancak mevcut işletmecilerin yaklaşımları ile; “*ulusal roaming sözleşmesini gerçekleştirmekten kaçındıkları*” ve “*ulusal roaming sözleşmesinin yapılmamasının mobil telefon hizmetini*

⁴¹ İstim A.Ş.'nin 25.01.2002 tarih ve PROT.CEO.0204 sayı ile Telekomünikasyon Kurumu'na gönderdiği Görüş,s.7

tüketicilerin daha rahat ve ekonomik şartlarda almasını engelleme sonucunu doğuracak nitelikte olup, İş-Tim'in bu yolla pazara girmesini engellenmekte" olduğunu bildirmiştir.⁴²

Bu görüşte Telekomünikasyon Kurumu, GSM sektörü ve GSM işletmecilerine yönelik beklentilerinin yanında, Rekabet Kurumu'ndan da beklentileri olduğunu belirtmiştir. Bu amaçla; "406 ve 2813 sayılı Kanunlar muvacehesinde, Telekomünikasyon Kurumu'nun, uygulanacak hüküm ve şartları belirlemeye ve bu hüküm ve şartların uygulanmasını sağlamaya **tam yetkili ve görevli**" olduğu hatırlatılarak, yasal açıdan sahip olunan "**tam yetki ve görev**", "**acilen ve geçici tedbir alınması**" koşuluyla "**bir defalığına**" Rekabet Kurumuna devredilmek istenmiştir. Bu nedenle, Rekabet Kurumu'na "[Telekomünikasyon] Kurumu yetkileri arasında bulunan "ulusal roamingin gerçekleştirilmesine yönelik bir karar"ın [Rekabet] Kurumu tarafından alınması durumunda" yasa ile kendisine verilen "yetki ve görevin" bir defalığına Rekabet Kurumuna devredilmesindeki olası "**hukuksuzluk**" ile bu hukuksuzluk sonrası gündeme gelecek "**uygunsuzlukların**" aşılması için, "Hüküm ve Şartlar'a atıfta bulunup bu Hüküm ve Şartlar muvacehesinde bir sözleşmenin gerekliliği üzerinde durulması" gereği özellikle önerilmektedir.⁴³

Kurum ayrıca, "aksi takdirde, hem 406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin altıncı fıkrasının ihlali söz konusu olacağı, hem de bugüne kadar yaşanan sürecin benzeri bir sürecin tekrarı için zemin hazırlanmış olacağı" uyarısında bulunmaktadır.

6.3. Para Cezası

Telekomünikasyon Kurumu, 23.12.2003 tarihinde;⁴⁴

Ulusal dolaşım anlaşası ile ilgili Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin Geçici 1. Maddesi uyarınca Ulusal Dolaşım yükümlülüğünün doğmuş olduğu,

Bu kapsamda 30 gün içinde imzalanmasını bildirilmiş olduğu da

göz önüne alarak,

Ulusal dolaşım yükümlülüğünü yerine getirmeyen işletmeci için İdari Para Cezası uygulanmasına

⁴² Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

⁴³ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

⁴⁴ Telekomünikasyon Kurumu'nun 23.12.2003 tarih ve 10651 sayılı yazısı.

Karar vermiştir.

7. Rekabet Kurumu'nun Müdahalesi

7.1. Rekabet Kurumu'nun Yaklaşımı

İştim A.Ş. ulusal dolaşım konusunda Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılan işlemlerin yargı kararları ile durdurulması üzerine Rekabet Kurumu'na başvurmuş ve Rekabet Kurumu bu konuda doğrudan soruşturma açmıştır.

4054 sayılı yasada yer almayan ve daha önceki inceleme ve değerlendirmelerde hiç gündeme getirilmemiş olan “**Erişim Tebliği**” kapsamındaki “**zorunlu unsur**”⁴⁵ doktrini ile “**birlikte hakimiyet**” kavramlarını kullanan⁴⁶ Kurum, “*telekomünikasyon sektörünün içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle yeni operatörler ciddi bir finansman sıkıntısı ile karşı karşıya*” kaldıkları kanısındadır.⁴⁷ Kurumun, 406 sayılı yasada yer alan ulusal dolaşım hizmeti konusundaki değerlendirmeleri ve beklentileri aşağıdaki gibidir;⁴⁸

“Bu yükümlülük ile,

Kapsama alanının genişletilmesi için gerekli altyapı yatırım maliyetinin azaltılması,

GSM altyapısı büyük oranda ithalat ile karşılandığından ithalat gereksiniminin azaltılması,

Baz istasyonlarının çevreye verdiği muhtemel zararların en aza indirilmesi,

Daha az enterferans ve frekans planlaması yoluyla frekans bandının daha etkin kullanılması gibi yararların gözetildiği düşünülmektedir.”

Ayrıca, Kurumun rekabete yönelik ulusal dolaşım hizmetinden beklentileri ise;⁴⁹

⁴⁵ Rekabet Kurumu'nun "zorunlu unsur" tezi ve "Erişim Tebliği"nin dayanak olarak kullanılması, 25.Aralık.201 tarihli İştim A.Ş.'nin bu konudaki şikayet yazısından (s.1) "aynen" alınmıştır.

⁴⁶ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.13 Para.54

⁴⁷ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.63 Para.250

⁴⁸ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.35 Para.132

⁴⁹ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.62 Para.246

“Esas olarak bakıldığında dolaşım anlaşmalarının temelini;

*Pazara yeni giren yeni operatörlerin **başlangıç için oldukça yüksek olan yatırım maliyetlerine destek sağlanması ve***

Faaliyete başlanılan ilk dönemlerde yerleşik operatörlerin sunduğu kapsama alanı olanaklarının yeni girenlere de sunulması ile

Bu teşebbüslerin de abone kaydetmeye başlamalarının sağlanması ve

*Tıpkı yerleşik operatörlerin yaptığı gibi **yatırımlarını abonelerinden elde ettikleri gelirlerle finanse etmelerine olanak tanınması** “*

olarak sıralanmıştır.

7.2. Rekabet Kurulu'nun Kararlarındaki Değişiklikler

7.2.1. Yatırım Maliyetleri

Rekabet Kurulu, T.C. Ulaştırma Bakanlığına verdiği görüşte,⁵⁰ GSM planlama ve yatırımlarına yönelik olarak, **coğrafi kapsama ile kapasite kapsamı** kavramlarını ve olası etkilerini ayrıntılı ve gerekçeli olarak açıklamış ve;

Ancak, baz istasyonlarının da toplam maliyetlerdeki payının oranı göz önünde bulundurulunca bu teknik farklılığın rekabeti etkilemeyecek kadar küçük bir maliyet farkına yol açacağı düşünülmektedir.”

tespitlerini yapmıştır. Halbuki, ulusal dolaşım soruşturması kapsamında;⁵¹

İkinci operatörün ilk operatörle aynı teknolojiyi kullanması durumunda marjinal maliyet eğrisi aşağı yukarı aynı olacaktır. Fakat örneğin ikinci operatörün GSM1800, ilkinin GSM900 kullanması halinde, ikinci operatörün maliyet eğrisi yukarı kayacaktır.”

görüşü ileri sürülmüştür.

⁵⁰ Rekabet Kurulu'nun 26.11.1998 tarih ve 2439 sayılı ile T.C. Ulaştırma Bakanlığına gönderdiği Görüş

⁵¹ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.8 Para.27

7.2.2. Ulusal Dolaşım'ın Niteliği

Kurulun söz konusu görüşün ulusal dolaşım ("Roaming") ile ilgili bölümünde;

"Sistemin özelliği gereği, bu sözleşmeler tamamen ticari nitelik göstermekte ve bu nedenle tarafların karşılıklı mutabakatıyla imzalanabilmektedir.

Kamuoyuna yansıyan tartışmalardan, "roaming " anlaşmalarının zorunlu tutulması yönünde, yaygın olmamakla birlikte, düşünceler olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda da ifade edildiği gibi, "roaming" tamamen teşebbüslerin ticari bir faaliyetidir. Bir teşebbüs yaptığı yatırımların başkaları tarafından kullanılmasına ancak kendi kar-zarar hesabı sonunda, kendi iradesi ile karar verebilir. Bu nedenle "roaming" anlaşmalarının zorunlu tutulması, piyasada daha önceden faaliyet göstermeye başlamış, yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüsler açısından dezavantajlı olacak, piyasaya yeni girecek teşebbüsü de çok büyük yatırım maliyetinden kurtarması nedeniyle rakipleri karşısında avantajlı ve rekabeti bozucu bir duruma getirecektir. Bu nedenle zorunluluğun bu aşamada getirilmesinin uygun olmayacağı düşünülmektedir.

Halbuki, aynı soruşturma sonucunda;⁵²

"GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında zorunlu unsur niteliğinde olduğu"

kararını vermiştir.

7.2.3. Reddetme Hakkı

Diğer taraftan, yine Rekabet Kurumu yetkililerince hazırlanan ve ulusal dolaşımın 4502 sayılı yasadaki sonraki durumun değerlendirilerek hazırlanan Bilgi Notu'nda⁵³ ise, ilk görüşlere ek olarak "yasa koyucunun roaming taleplerinin karşılanabilmesi için makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde şeklinde üç önemli kriter getirdiğini" ve mevcut GSM işletmecilerinin "bu kriterlere uymayan teklifleri" reddetme hakkına sahip olduğunu, bu reddetme hakkı ile de rekabet açısından ortaya çıkabilecek bir takım sorunların önlenebileceği ileri sürülmüştür.

⁵² Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.88 Para.230

⁵³ Rekabet Kurumu II.No'lu Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan Bilgi Notu

Halbuki, aynı soruşturma sonucunda;⁵⁴

“Pazar paylarının yanı sıra, Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durumda olduklarının bir diğer göstergesi de ulusal dolaşım sağlanması konusunda birbirleri ile rekabet etmeleri beklenen Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım anlaşması yapmayı birlikte reddettikleri”

kararını vermiş ve kanıt olarak da *“bunu birkaç saat arayla ve şifahen yapmalarını”* göstermiştir.

Ayrıca, iki işletmeci arasında yapılan görüşmelere yönelik Tutanakta, ulusal dolaşım talep eden işletmecinin, teknik kısıt olarak itiraz edilerek sağlanamayacağı belirtilen CAMEL roaming ve şebekeler arası handover özellikleri hariç *(-ki bu özelliğin çıkarılmasını ulusal dolaşım talep eden işletmecinin teklif ettiği iddia edilmektedir)*⁵⁵ Telekomünikasyon Kurumu'nun belirlediği ticari esaslara göre vermeyi kabul etmesi üzerine, Telekomünikasyon Kurumu tarafından, durumu teyit eden ve talep eden işletmecinin bunu reddettiğini bildiren değerlendirmesi⁵⁶ Rekabet Kurumu tarafından değerlendirilmeye alınmamıştır.

7.3. Rekabet Kurumu Uzmanlarının Görüşlerindeki Değişiklikler

Rekabet Kurumu uzmanlarınca **“ulusal dolaşım”** soruşturması öncesi hazırlanan uzmanlık tezleri ile Yüksek Lisans Tezlerindeki **“yetki”**,⁵⁷⁻⁵⁸ **“müdahale”**,⁵⁹ **“ticari nitelik”**,⁶⁰⁻⁶¹⁻⁶² **“zorunlu unsur”**,^{63,64} **“zorunlu**

⁵⁴ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.51 Para.202

⁵⁵ RDM tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen 14.3.2003 tarihli cevap yazısı.

⁵⁶ Telekomünikasyon Kurumu tarafından Rekabet Kurumu'na gönderilen 7391-3562 sayılı yazı.

⁵⁷ Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

⁵⁸ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

⁵⁹ Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

⁶⁰ Ş. ARDIYOK, Doğal Tekeler ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.2000, s.133

⁶¹ Ş. ARDIYOK, Doğal Tekeler ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli, s.211

⁶² Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

⁶³ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

⁶⁴ Yaşar TEKDEMİR, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

unsur-yatırım ilişkileri”⁶⁵ ve “sektörün rekabetçi konumu”⁶⁶ gibi temel konulardaki görüşleri de Soruşturma Raporunda yer alan iddialardan oldukça farklıdır.

7.4. Rekabet Kurumu'nun Ulusal Dolaşım Konusundaki Kararları

Rekabet Kurulu 04.03.2003 tarihinde, ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma hakkında aşağıdaki kararlarını açıklamıştır;

4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki Kanun'un kapsamı çerçevesinde, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı eylemlere karşı her piyasada olduğu gibi telekomünikasyon pazarında da Rekabet Kurulu'nun görevli ve yetkili bulunduğu,

Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda buldukları,

GSM altyapılarının, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında “zorunlu unsur” niteliğinde olduğu,

Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin sahip oldukları GSM altyapısından, İştım A.Ş.'nin ulusal dolaşım yoluyla yararlanma talebini reddettikleri ve bunun objektif gerekçelere dayanmadığı tespit edilmiştir.

Bu “tespitlerinden” sonra Rekabet Kurulu ;

Bu tespitler ışığında, Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hakim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesini ihlal ettiklerine,

Bu ihlalleri nedeniyle aynı Kanununun 16. Maddesi uyarınca kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak para cezası verilmesine

karar vermiştir. Rekabet Kurulu'nun en son ve en çarpıcı kararı ise;

“Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi yada kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından

⁶⁵ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

⁶⁶ Özge İÇÖZ, Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, 2001

saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşulu ile 4054 sayılı Kanununun 9/1. Maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesi”dir.

8. Yetki Çatışmaları

Genel rekabet kuralları içerisinde değerlendirilmek yerine, bu sektörlerin kendi koşul ve dinamiklerine göre ele alınan diğer “ölçek ekonomisi” ile tanımlanan pazarlar gibi telekomünikasyon sektörüne yönelik olarak Türkiye’de de, dünyada ve Avrupa’da egemen olan yaklaşımlar temel alınmış ve bu sektör 28.Ocak.2000 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı yasa ile özel olarak düzenlenmeye başlanmıştır.

Ancak, gerek bu sektörlerdeki hızlı gelişmeler gerekse bazı özel durumlar nedeniyle, düzenlemeden tam rekabetçi ortamlara geçiş sürecinde düzenleme otoriteleri ile rekabet kurumları arasında, yaklaşım ve yetki sorunlarını (*zaman zaman da çatışmalarını*) gündeme getirmektedir.⁶⁷

8.1. Dünyadaki Genel Yaklaşımlar ve Çatışmalar

Başta Avrupa Birliği olmak üzere genel olarak bütün dünyada, belirli sektörler, sektöre özel düzenlemeler ve düzenleyici otoriteler aracılığı ile genel rekabet yasaları ve rekabet otoritelerinden korunmaya çalışılmıştır.⁶⁸ Çünkü, “*piyasa aksaklıklarının görüldüğü, özellikle şebeke tabanlı endüstrilerde, rekabet kuralların yanı sıra sektöre özgü düzenlemelerin de kaçınılmaz olduğu görülmektedir.*” Bu bağlamda, “*Komisyon Erişim Tebliği’nde, rekabet kurallarının telekomünikasyon sektöründe karşılaşılan sorunların çözümünde yetersiz kaldığını kabul etmiştir.*”^{69,70}

Rekabet otoritelerinin telekomünikasyon sektöründen uzak tutulmasının bir gereğesi de hızlı gelişen teknolojik bir alanda, rekabet otoritelerinin genel rekabet birikimlerinin yetersiz kalmasından kaynaklanan olası aksaklıklar olarak belirtilmektedir.^{71, 72}

⁶⁷ OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures And Responsibilities, 25May2000 p.21-22

⁶⁸ Herbert Ungerer, Access Issues Under EU Regulation And Anti-Trust Law The Case Of Telecommunications And Internet Markets, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 5, Summer 2000 p.8

⁶⁹ Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

⁷⁰ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98, par.14

⁷¹ OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures And Responsibilities, 25May2000 p.8

Nitekim, tüm dünyada bazı sektörlere özel düzenleme yaklaşımı genel de kabul görmüş olup⁷³ ülkelere özel tartışılan, rekabet kurumları ile sektör düzenleyicilerin ayrı ve ortak alanların sınırları olmuştur.⁷⁴ Düzenleyici otoriteler ve rekabet otoriteleri arasında gündeme gelen görev anlaşmazlıklarında ise Avrupa Komisyonu, “*ONP çerçevesinde dayalı sektöre özel düzenlemelerin oldukça etkin olduğu*” düşüncesi ile sorunların çözümü için “*sektöre özel düzenlemelerin, hakim konumun kötüye kullanımının sonlandırılmasında kullanılan etkin yöntemlere üstünlük sağlamasına yönelik temel tercihi*” ortaya koymuştur.⁷⁵

8.2. Türkiye'deki Durum

8.2.1 Rekabet Kurumu'nun Yaklaşım ve Değerlendirmeleri

Rekabet Kurumu'nun konuyla ilgili ilk görüşlerinde, ulusal dolaşım konusunda asıl yetkilinin Telekomünikasyon Kurumu'nun olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶⁻⁷⁷

Diğer yandan Rekabet Kurumu ulusal dolaşım ile ilgili soruşturma sürecinin başında, “*406 sayılı Kanunun m.10 f.5 hükmünde, makul, ekonomik açıdan orantılı ve teknik açıdan imkan dahilinde yapılan roaming tekliflerine uymak zorunluluğu, teklif muhatabı olan işletmecinin hakim durumda olması şartına bağlanmadığını*” halbuki, “*Rekabet Kurulu tarafından cezalandırılabilmesi için telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hakim durumda olmasının bir ön şart*”⁷⁸ olduğunu düşünmektedir.

Ancak, her iki kanuna göre uygulanacak prosedürün farklı olduğu ileri sürülmektedir.⁷⁹

⁷² Özge İÇÖZ, Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet,Uzmanlık Tezi, 2001

⁷³ OECD, Relationship Between Regulators And Competition Authorities, DAFPE/CLP(99)8, 29.June.1999

⁷⁴ OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures And Responsibilities, 25May2002 p.7

⁷⁵ Herbert Ungerer, Access Issues Under EU Regulation And Anti-Trust Law, Summer 2000 p.10-11

⁷⁶ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

⁷⁷ Doç.Dr.Osman B. GÜRZUMAR'ın 27.02.2002 ve 89 sayılı yazı ile Başkanlık Makamına gönderdiği Görüş, s.4

⁷⁸ Doç.Dr.Osman B. GÜRZUMAR'ın 27.02.2002 ve 89 sayılı yazı ile Başkanlık Makamına gönderdiği Görüş, s.7

⁷⁹ Doç.Dr.Osman B. GÜRZUMAR'ın 27.02.2002 ve 89 sayılı yazı ile Başkanlık Makamına gönderdiği Görüş

Burada özellikle dikkat edilmesi gereken nokta, Kurulun düzenleyici bir işlem yapmasından değil yaptırım uygulamasından söz edilmesidir.

Daha sonra Kurumun “**kendi kendini yetkilendirme**” girişimleri,⁸⁰ bazen kararsızlık,⁸¹ bazen de yasa lafzının **dar** veya **geniş** yorumlarıyla⁸² biçimlenen “**kabullere**”⁸³ dayandırılarak genişletilmeye çalışılırken, Telekomünikasyon Kurumu'nun 4502 sayılı yasadan gelen yetkilerini de daraltma tartışmaları başlatılmıştır. Bu noktada ilginç olan, Rekabet Kurumu tarafından açılmış olan ulusal dolaşım konusundaki yetki tartışması yapılırken (-ki “*ulusal dolaşım*” konusu 406 sayılı kanunun 10. Maddesinde ayrıca ve açıkça düzenlenmiş bir konudur) “*telekomünikasyon mevzuatının da herhangi bir hükmünü ayrıca ihlal etmeyen rekabete aykırı davranışların...bu özelliğini tespit*” etme ve 4054 sayılı yasa çerçevesinde müdahil olma yetkisini tartışmaya başlamasıdır.

8.2.2 Telekomünikasyon Kurumu'nun Yaklaşım ve Değerlendirmeleri

Telekomünikasyon Kurulu, Rekabet Kurumu'nun 25.12.2001 tarihli müracaatı üzerine gönderilen görüş⁸⁴ yazısında “*ulusal roaming sözleşmesi için düzenleyici nitelikte ve/veya hüküm ve şartların belirlenmesi tarzındaki bir regülasyonun gerçekleştirilmesi, Telekomünikasyon Kurumu'nun yasal görevleri arasında bulunduğunu*” belirtmektedir.

Kurum kendisini,⁸⁵ “*ulusal roaming yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusunda 406 ve 2813 sayılı Kanunlar muvacehesinde, uygulanacak hüküm ve şartları belirlemeye ve bu hüküm ve şartların uygulanmasını sağlamaya tam yetkili ve görevli*” görmektedir.

Ancak, “*herhangi bir kanunda, roaming taleplerinin karşılanmaması durumunda yaptırım uygulama yetkisi tanınmadığına göre, Kurumun böyle bir yetkiyi bir yönetmelikle kendi kendisine tanumasının hukuken mümkün görünmediği*” ve düzenleme girişiminin bile **hukuka aykırılığı** söz konusudur.⁸⁶

⁸⁰ Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.117

⁸¹ Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.118

⁸² Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.119

⁸³ Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.118-119

⁸⁴ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş.

⁸⁵ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.10

⁸⁶ Doç.Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara. Ekim.2002 s.101-102

Diğer yandan Kurum, yasal bir çözüm arayışından ziyade; “**acil**” ve “**geçici**” çözüm peşinde olduğu izlenimi yaratmaktadır.⁸⁷ Bu nedenle, “**acil**” ve “**geçici**” çözümün sağlanabilmesi için, kendi “**icrai görevi**” içerisinde yer alan bir işlemi, “406 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinin altıncı fıkrasının ihlali” ikilemini de göze alarak, bir defalığına Rekabet Kurumu'na devretmek niyetindedir.

Telekomünikasyon Kurumu, yetki ve görevleri ile olası çözüm ve işlemler konusunda oldukça kararsız ve çaresiz bir görünüm sergilemektedir.⁸⁸

Ayrıca Kurum tarafından, bu alanda Rekabet Kurumu'nun da yetkili olduğu ve yapacağı işlemlerin “*telekomünikasyon sektöründe daha rekabetçi bir ortam sağlayacağı*”⁸⁹ ifade edilmiştir.

8.2.3 Genel Değerlendirme

Rekabet Kurumu'nun yetki konusundaki iddiaları,⁹⁰ Kurum hukukçularının da mutabık kaldığı görüş ve temel hukuk ilkelerine tümüyle ters düşmektedir.⁹¹

Rekabet Kurumu'nun yorumları, yerine göre “**geniş**” anlamda, yerine göre “**dar**” anlamda “**kabullerin**” doğal sonucu olarak;⁹²

“Bu nedenle, Telsim savunmasında ileri sürülen telekomünikasyon sektörünün, pazara giriş ve çıkışın serbest olmadığı bir sektör olması ve özellikle GSM işletmecilerinin her türlü faaliyetlerini imtiyaz sözleşmelerine, 406 sayılı kanuna ve Telekomünikasyon Kurumunun düzenlemelerine uygun surette yürütmekle yükümlü olmaları nedeniyle, kendisine has ilke ve kuralların geçerli olduğu bu sektörde 4054 sayılı kanunun uygulama alanının mevcut olmadığı ve bu alandaki rekabet ihlalleri yönünden münhasıran, sektörün düzenleyici ve denetleyici otoritesi olan Telekomünikasyon Kurumunun yetkili kılınmış olduğu şeklindeki düşüncenin kabul edilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir.”

sonucuna ulaşmakta ve Telekomünikasyon Kurumu'nun yetkisi üzerinde de tartışma başlatmaktadır.

⁸⁷ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.10

⁸⁸ Doç.Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara. Ekim.2002 s.104

⁸⁹ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.9

⁹⁰ Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.118

⁹¹ Doç.Dr.Osman B. GÜRZUMAR'ın 27.02.2002 ve 89 sayılı yazı ile Başkanlık Makamına gönderdiği Görüş

⁹² Rekabet Kurumu 21.02.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile Ek Görüş s.119

Bu konuda, “Regülasyon ve Rekabet” başlıklı kitabın 91. ve 118. sayfalarında A. Ulusoy;

“Bu hükümler karşısında TK’nun genel olarak, yaptığı her türlü düzenleyici işlemlerde 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 gerektiğini”

belirtmektedir. Genel bir kanun olan 4054 sayılı kanunun telekomünikasyon alanında ve özellikle ulusal dolaşım ile ilgili sorunların çözümünde uygulanması, özel bir kanun ile sona erdirilmiştir. Belirli bir sorunun çözümünde iki kurumun birden yetkili olması mümkün değildir, *“ancak konusuna göre, kurumlardan yalnız birinin karar verme yetkisine sahip olduğu da bir gerçek”* tir.⁹³

Bu konuda Rekabet Kurulu'nun **yetkili olmadığı** ve Telekomünikasyon Kurumu'nun **yetkili olduğu** genel olarak kabul görmektedir.⁹⁴

Diğer yandan, ulusal dolaşım konusunda **tam yetkili** ve **görevli** gören Telekomünikasyon Kurumu, ulusal dolaşım konusunda açılan soruşturma kapsamında Rekabet Kurumu'na verdiği Görüş⁹⁵ yazısında; *“olayda, RKK'nun 6 (a) maddesi uyarınca GSM piyasasına İş-Tim'in girmesini dolaylı olarak zorlaştıracak mahiyette hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu”* görüşüyle kendi yasal hak ve yetkilerine sahip çıkmakta tereddüt gösteren Telekomünikasyon Kurumu⁹⁶ *“bu kez kendisi Rekabet Kurumu'nun yetki alanına girmiş görünmektedir.”*

Telekomünikasyon Kurumu, *“kendi yetkileri arasında bulunan “ulusal roamingin gerçekleştirilmesine yönelik bir karar” alınması için bir defalığına alınması için rıza göstermektedir.*

Ancak, böyle bir durumda da, yasa ile kendisine verilen “yetki ve görevin” bir defalığına Rekabet Kurumuna devredilmesindeki olası

⁹³ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

⁹⁴ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

⁹⁵ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

⁹⁶ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

“**hukuksuzluk**”tan rahatsız olmaktadır. Bu hukuksuzluk sonrası gündeme gelecek “**uygunsuzlukların**” aşılması için, “*Hüküm ve Şartlar'a atfta bulunup bu Hüküm ve Şartlar muvacehesinde bir sözleşmenin gerekliliği üzerinde durulması*” gereği özellikle önerilmektedir.⁹⁷

Telekomünikasyon Kurumu ayrıca, “*aksi takdirde, hem 406 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin altıncı fıkrası ihlali söz konusu olur, hem de bugüne kadar yaşanan sürecin benzeri bir sürecin tekrarı için zemin hazırlanmış olacağı*” uyarısında bulunmaktadır. Gerçekten de Rekabet Kurumu, mobil işletmeciler arasındaki arabağlantı ücret ve uygulamaları ve mobil tarifeler üzerine soruşturmalar açarak, Telekomünikasyon Kurumu'nun hazırladığı “*zemin*”de “*bugüne kadar yaşanan sürecin benzeri bir sürecin tekrar*”larının yaşanmasına yol açmıştır.

9. Ulusal Dolaşım Konusunun Telekomünikasyon Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

9.1. Makul Olma

“**Makul olma**”, ulusal dolaşım için ileri sürülen üç koşulun en muğlağı olup, “**makul olma**”, dünya uygulamalarında da benzeri tartışmalara yol açmaktadır.⁹⁸ Ancak Kurum, “*İş-Tim'in ulusal roaming ile ilgili talebinin kapasite ve süre açısından makul olduğu*” ve “*yaratılması öngörülen trafiği her iki işletmecinin mevcut kapasiteleri dahilinde rahatlıkla karşılayabilecek durumda oldukları*” görüşündedir.⁹⁹ Ne var ki, işletmecilerinin, kapasite konusundaki itirazlarına¹⁰⁰ rağmen Kurum, kapasite konusunda ölçülebilir bir araştırma yapmamıştır. Bu nedenle Kurumun bir inceleme sonucundan ziyade, sezgilerine dayalı “**kapasite açısından makul olma**” öngörüsü oldukça tartışmalıdır.

⁹⁷ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

⁹⁸ ACCC, Access Pricing Principles: Telecommunications, A Guide, July 1997 p.4

⁹⁹ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

¹⁰⁰ Telsim A.Ş.'nin 26.05.2001 tarih ve 19.07.2001 tarihli yazılar ile Telekomünikasyon Kurumu'na yaptığı itirazlar.

9.2. Ekonomik Oranlılık

Telekomünikasyon Kurumu, “ulusal roaming ile ilgili talebinin **fiyat haricinde** ekonomik açıdan oranlı olduğu” görüşündedir.¹⁰¹ Bu nedenle, müdahalesinin tek gerekçesi olarak gösterdiği “**ulusal dolaşım fiyatı**” için kendi başına yaptığı düzenlemede, ücretlerin belirlenmesi ile ilgili olarak “*Turkcell ve Telsim tarafından öne sürülen şirket değerinin azalması, İş-Tim'in yatırımlarını ötelemekle elde edeceği avantajlar gibi “fırsat maliyeti” olarak nitelendirilebilecek hususların dikkate alınmadığını*” belirtmektedir. Sonuç olarak Kurumun “*belirleyerek “Hüküm ve şartlar”da ortaya koyduğu ücret, 406 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin (k) bendinde yer aldığı gibi*”dir.

Halbuki, ulusal dolaşım için “ekonomik açıdan oranlılık” gibi özel ve farklı bir tanım getirilmiş ve 4. Maddenin (k) bendinde “**ara bağlantı ücretleri ile hat ve devre kiralari da dahil telekomünikasyon hizmetleri karşılığı alınacak ücretlerin**” belirlenmesinde göz önüne alınması istenen “*maliyet tabanlı ücretlendirme*” ilkeleri burada tekrar edilmemiştir. Yasada yer alan genel ilkelere, “**araba bağlantı ücretleri**” ile “**hat ve devre kiralari**” için “**maliyet tabanlı**” ücretlendirme öngörülürken, ulusal dolaşım için “**ekonomik açıdan oranlılık**” ilkesinin hükmederek kanun koyucu, söz konusu ilkelerin, haklı olarak, ulusal dolaşım gibi karmaşık bir konuda, **ekonomik oranlılık** kavramını “*yatırım ve işletme maliyetlerini ve genel masraflardan ilgili payını, amortismanı ve makul ölçüde kârı mümkün olduğu ölçüde yansıtması*” ile sağlanamayacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu yaklaşımı, dünyadaki genel uygulamalara paralellik taşımakta ve yine aynı yasanın 30. Maddesinin (d) fıkrasındaki; “*Ücretlerin, uygun olduğu ölçüde, gelişen teknolojik şartlar çerçevesinde uluslararası standartlara ve ölçüklere yaklaştırılması esastır*” hükmünde ifade bulmaktadır.

Ocak.2000 tarihinde yayınlanan Avrupa Komisyonu raporunda¹⁰² ise; “*kendi şebekesinin kapsama alanı dışından çağrı yapan kullanıcıların, genellikle kendi işletmecisinin belirleyeceği daha yüksek tarifeden ücretlendirileceği*” belirtilmektedir. Yine ücretlendirme konusundaki uluslararası uygulamalar ile ilgili olarak, OECD bünyesinde yapılan toplantının

¹⁰¹ Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 8.Şubat.2002 tarihli Görüş. s.6-9

¹⁰² STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.288~289

sonuç raporunda¹⁰³ “hizmet veren işletmecinin dolaşım hizmeti verdiği uzak veya kırsal alanlarda sunduğu hizmetin abone tarifesinden daha yüksek ücretlendirilmesi önerilmekte”dir. Ayrıca;¹⁰⁴ “erişim ücretinin düşük tutulması durumunda (belki İngiltere'deki yaklaşıma benzer biçimde; perakende-eksi), mevcut şebekelerinin sürekliliğini sağlayacak yeterli geliri edinmemeleri olasılığı” uyarısı ile olası piyasa aksaklığı işaret edilmektedir.

Bu konuda yapılmış diğer araştırma ve işlemler de ulusal dolaşım ücretlerinin Kurumun iddialarının aksine, “**maliyet tabanlı**” olmayıp, 4502 sayılı yasadaki “**ekonomik açıdan oranlılık**” ilkesine benzer biçimde diğer ekonomik ve pazar parametrelerinin de gözetildiği çerçevede belirlenmiştir. ¹⁰⁵

Nitekim, söz konusu AP Rapor'unda, **ulusal dolaşım** ile ilgili olarak sadece *tanım ve kavram eleştirisi* ile yetinilmemiş, özellikle, doğası gereği farklı olması gereken ulusal dolaşım ücretlerinin de “**erişim**” ücretleri gibi “**maliyet tabanlı**” sağlanma riski konusunda açık bir uyarı da yapılmıştır. ¹⁰⁶

Dolayısıyla, Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım hizmeti bedellerini belirlerken esas aldığı belirtilen ilkeler, hem yasada belirtilen ilkelerden hem de dünyadaki uygulamalara aykırı görünmektedir.

9.3. Teknik Uyumluluk

Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan “**Hüküm ve Şartlar**”daki¹⁰⁷ en tartışmalı konulardan biri de “**CAMEL roaming**” ve “**handover**” hizmetlerinin verilmesidir. Ancak, “**CAMEL roaming**” ve “**handover**” hizmetlerinin verilmesi, kurulu teknoloji ile mümkün olmadığından, bu hizmetlerin sağlanabilmesi için yeni yatırımların yapılması gerektiği iddia edilmiştir.

İlgili tarafların hiç biri tarafından gündeme getirilip tartışılmamasına rağmen, Telekomünikasyon Kurumu tarafından kaynağı ve nedeni bilinmeyen bir biçimde, üstelik GSM Birliğince de “**teknik kısıt**” olarak GSM

¹⁰³ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.9

¹⁰⁴ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36-37

¹⁰⁵ OECD, The Regulation Of Access Services (with a focus on telecommunications), DAFFE/COMP(2003)28, 07.11.2003, p.37-38

¹⁰⁶ Avrupa Parlamentosu, Erişim ve Arabağlantı Direktifi Taslağı Üzerine Rapor, R. Brunetta, A5-0061/2001, 14.Feb.2001 p.47

¹⁰⁷ Telekomünikasyon Kurumu'nun 18.10.2001 tarihinde ve 14628-8442 sayılı yazı ile yayınladığı “Ulusal dolaşım Hüküm ve Şartları”

sistemlerinde uygulanamayacak bir özellik olarak tanımlanmış olan “**şebekeler arası handover**” özelliğinin yasadaki “**teknik açıdan imkan dahilinde**” olma hükmü ile İmtiyaz Sözleşmesinin konusu olan “**GSM Standartlarında bir mobil sisteminin kurulması, geliştirilmesi, işletilmesine**” de aykırı bir biçimde zorunluluk olarak gündeme getirilmiş gibi görünmektedir.

Bu nedenlerle, özellikle “**teknik kısıt**” olarak gündeme gelmiş olan “**CAMEL roaming**” ve “**şebekeler arası handover**” sistemlerinin ayrıntılı bir biçimde incelenmesi 406 sayılı yasanın 10. Maddesi açısından da 4054 sayılı yasa açısından da hayati önem arz etmektedir.

a. CAMEL

Ulusal dolaşım uygulamasında, faturasız (prepaid) aboneler için gerekli olacak “**CAMEL**” versiyonu “**CAMEL Faz.2**”dir. “**CAMEL Faz.2**” özelliğinin uygulanabilmesi için ise öncesinde “**CAMEL Faz.1**” özelliğinin bulunuyor olması gerekmektedir.^{108,109}

GSM santrallerinde (MSC), “**CAMEL**” özelliklerinin desteklenebilmesi için gerekli yazılım versiyonunun yükseltilmesi, ayrıca bu tür yenileme işlemlerini (upgrade) mümkün kılan donanım özelliklerinin de yenilenmesi de zorunluluk arz etmektedir.¹¹⁰

Ayrıca, yüksek miktarda yatırım gerektirdiği ileri sürülen “**CAMEL roaming**” ve “**handover**” sistemlerinin gerçekleştirme ve uygulama süresinin Telekomünikasyon Kurumu tarafından hazırlanan “**Hüküm ve Şartlar**”da belirlenen 3 aylık süreden çok daha fazla bir süre (yaklaşık 10 ay) gerektirdiği belirtilmektedir.¹¹¹

b. Şebekeler arası “Handover “

Telekomünikasyon Kurumu’nun ulusal dolaşım konusundaki düzenlemesi “**Hüküm ve Şartlar**”ın 17. maddesinde GSM1800 ve GSM900 şebekeleri arasında “**handover**” fonksiyonunun etkin hale getirilmesi hüküm altına alınmıştır. “**Şebekeler arası handover**” ile *bir işletmeciyeye ait abonenin kendi şebekesinde başlattığı bir konuşmanın devamı esnasında, kendi şebekesinin kapsama alanı dışına çıkması halinde, roaming yapılan diğer*

¹⁰⁸ European Wireless Institute, Report on Financial Facts and Issues regarding the Request for NR, 26.Aug.2002

¹⁰⁹ European Wireless Institute, Reasonability Report on Implementing NR in TELSİM's Network, 27.Aug.2002

¹¹⁰ Prof. Dr. Osman Palamutçuoğlu, Technical Report, İstanbul Teknik Üniversitesi, Sep.2002

¹¹¹ European Wireless Institute, Report on Financial Facts and Issues regarding the Request for NR, 27.Aug.2002

şebekede aynı konuşmanın kesilmeden devam etmesi ve kapsamın olduğu alanlarda yine aynı konuşmanın kendi şebekesinde kesilmeden devam etmesi ve bu işlemin konuşma bitirilene dek tekrarlanması kast edilmektedir.

Kurum, “**Handover**” özelliği için “**şebekeler arası handover**” işlemlerini “*mevcut GSM hizmetlerinin verilmesinde halihazırda kullanılan yöntemler*”¹¹² olarak tanımlanmakta ve “*ulusal roaming kapsamında ise, “Intra-MSC handover” hizmetinin verilmesinin söz konusu*” olduğu görüşündedir. Kurum “*bu hizmetin verilebilmesinin, işletmecilerin kullandıkları sistemlerde bazı küçük değişiklikler yapılması suretiyle mümkün olabileceğini*” ileri sürmektedir.

Halbuki, Lisans Sözleşmelerinde, GSM standartları için yetkili iki kurumdan biri olarak gösterilen Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü (*European Telecommunications Standards Institute ETSI*) tarafından “GSM Teknik Özellikler” (*GSM Technical Specifications GTS*) başlıklı standartları ve GSM Birliği de (*GSM Association*) tamamlayıcı standartlar niteliğinde Kalıcı Referans Belgelerinde (Permanent Reference Document) açıklanan “**handover**”¹¹³ fonksiyonu tamamen aynı GSM şebekesi içerisindeki hareketliliğin (mobility) sağlanmasına yönelik olup, bu “**handover**” fonksiyonları olmaksızın, bir GSM abonesinin hizmet aldığı baz istasyonunun hizmet sahası dışına, telefon görüşmesinin kesintiye uğramadan çıkabilmesi mümkün değildir.

GSM Birliği'nin tüm standartlarını ve düzenlemelerini uluslararası dolaşım üzerine yaptığı, “**standart**” uluslararası dolaşımında ise **teknik kısıtlardan** dolayı “**şebekeler arası handover**” hizmetinin **uygulanamayacağı** özellikle vurgulanmıştır.¹¹⁴

Diğer yandan, Aycell A.Ş. tarafından Rekabet Kurumu'na verilen bilgi notunda da;¹¹⁵

¹¹² Telekomünikasyon Kurumu'nun Rekabet Kurumu'na Ulusal dolaşım konusunda verdiği 18.Şubat.2002 tarihli Görüş, s.8

¹¹³ i) ETSI-GSM TECHNICAL SPECIFICATION GSM 01.02 Version 5.0.0 March 1996,

ii) ETSI-GSM TECHNICAL SPECIFICATION GSM 03.01, Version 5.1.0, June 1996

iii) ETSI-GSM TECHNICAL SPECIFICATION GSM 03.09 Version 5.1.0, August 1997 ile

iv) GSMA PRD IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0, Mayıs.2003.

¹¹⁴ GSMA Permanent Reference Document: IR.50 Title 2G/2.5G/3G Roaming Version 3.0.0, May 2003, p.3

¹¹⁵ Aycell A.Ş.'nin 07.05.2002 tarihinde Rekabet Kurumu'na gönderdiği cevap yazısı.

“Ulusal Roaming işleminde, altyapısından yararlanan şebekeden orijinal şebekeye geçmek için belirli bir süre servis almama zorunluluğunun olması nedeniyle, şebekeler arası handover mümkün değildir.”

görüşleri açık bir biçimde yer almaktadır.¹¹⁶ Açıktır ki, Aycell A.Ş.'nin İstim A.Ş. ile piyasaya yeni giren bir işletmeci sıfatıyla aynı konumda olması, işine yaraması olası bir “**şebekeler arası handover**” özelliğinden, İstim A.Ş. kadar Aycell A.Ş.'nin de yararlanabileceği anlamına gelmektedir.

Telekomünikasyon Kurum tarafından, hukuken de uygun olmamakla birlikte, teknik konularda, özellikle de “**şebekeler arası handover**” hizmeti konusunda yapılan düzenlemeye dayanak gösterilmemiştir. Bu konudaki itirazlara rağmen, konunun tek yetkin kuruluşu olan GSM Birliği'nden teyit edilmeden, ilgili GSM Standardından da görüleceği üzere “**teknik açıdan kapsam dışında bırakılan**” bir özelliğin, 406 sayılı yasanın 10. Maddesindeki “**makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilinde**” olma hükmüne aykırı olarak, düzenlemeye derç edildiği görülmektedir.

9.4. Genel Değerlendirme

Görüleceği üzere, “**CAMEL roaming**” ve “**şebekeler arası handover**” sistemleri, 406 sayılı yasada öngörülen gerek “**teknik uyumluluk**” gerekse “**teknik açıdan imkan dahilinde olma**” hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Diğer yandan, ulusal dolaşım hizmetini talep eden işletmeci tarafından da gündeme getirilmemiş ve bizzat Kurum tarafından “**fiyat haricinde kapasite ve süre açısından makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilinde olan**” teklifinde yer almamış olan bu özellikler, hem mevcut işletmeciyi yatırıma zorlamakta, hem de talep eden işletmeciyi bu yatırım için bedel ödemeye zorlamaktadır. Telekomünikasyon Kurumu'nun böyle bir yatırımı yaptırma hak ve yetkisi yoktur. Dolayısıyla, Kurumun bizzat kendisi, mevcut GSM900 işletmecilerini, yasaya aykırı olarak “**teknik açıdan imkan dahilinde olmayan**” bir uygulamaya zorlamış görünmektedir.

Doç. Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Kurumu'nun ulusal dolaşım konusundaki durumunu aşağıdaki gibi özetlemektedir; ¹¹⁷

*“Telekomünikasyon Kurumu, yeni kurulmuş olmanın ve bu nedenle de piyasada izleyeceği regülasyon politikasının özellikle **dozajını** tam olarak belirleyememiş olmanın da etkisiyle, faaliyete geçmesiyle birlikte “kucağında”*

¹¹⁶ Aycell A.Ş.'nin bu açıklamaları, Rekabet Kurumu'nun xx tarihli Ek Görüşünde; “*“hangi tür handover işleminin mümkün olmadığına ilişkin herhangi bir açıklama içermeyen çok genel ifade”* olarak değerlendirmiş ve belirsiz olduğunu iddia edilmiştir. Halbuki Aycell A.Ş.'nin açıklamasında çok net biçimde belirtilen **handover** türü, Telekomünikasyon Kurumu'nun işleminde yer alan **handover** işlemi de, aynı **şebekelerarası handover** işlemleridir.

¹¹⁷ Doç.Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara Ekim.2002 s.104

bulduğu sorunu ilk etapta ve uzunca bir süre olabildiğince sürüncemede bırakma yolunu seçmiş; sorun büyüyüp “kangren” olmaya başladığında ise bazı düzenlemeler yaparak sorunu çözmeye çalışmıştır. Fakat öyle görünmektedir ki, Kurul’un başlangıçtaki bu “çekinikliği” “Kurum” olarak Telekomünikasyon Kurumunun sektördeki “otoritesinin” daha başından sarsılması sonucunu doğurmuştur.”

Benzeri görüşler, Avrupa Komisyonu İlerleme Raporunda da yer almaktadır.¹¹⁸ Üstelik bu raporda, pazara da ciddi zarar verme olasılığı konusunda da uyarıda bulunmaktadır.¹¹⁹

10. Ulusal Dolaşım Konusunun Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

10.1. Erişim Tebliği

Rekabet Kurumu'nun soruşturmada temel dayanak olarak 4054 sayılı yasadan ziyade Erişim Tebliği'ni kullanmıştır. Bu nedenle “*ONP çerçevesinde sektöre özel düzenleme çalışmaları ile Rekabet Yasası arasındaki ilişkinin*”,¹²⁰ ayrıntılı olarak anlatıldığı (*hem de Rekabet Kurumu tarafından “ulusal dolaşım” konusunda özellikle kullanıldığı için*) Tebliğ'in incelenmesi çok önemlidir.

Erişim Tebliği'nin öncelikle amaç ve kapsamının iyice belirlenip anlaşılması gerekmektedir. Gerek tebliğ'in tarihi gerekse de amacına bakıldığında açıkça görülecektir ki; tebliğ gerçekte, 1.01.1998 tarihi itibarı ile, tamamen serbestleştirilmesi hedeflenen pazarlardaki doğal tekel olan PSTN işletmecilerinin (*yani bizdeki Türk Telekom A.Ş. gibi olan şirketlerin*) rekabeti bozucu girişimlerine engel olarak telekomünikasyon sektöründeki serbestleştirmenin kısa zamanda başarılı olmasını sağlamaya yönelik erişim sorunlarının çözümü için tedbirlerin alınması ve rekabet kuralları ile sektöre özel düzenlemeler arasındaki ilişkilerin tanımlanıp açığa kavuşturulmasıdır. Nitekim, Erişim Tebliği'nin amacı,¹²¹ “*tekelci ortamdan rekabetçi pazara geçişin ilk aşamalarında ortaya çıkan sorunları temel almak*” olduğu belirtilmektedir.

Çünkü; “*1980'lerin sonunda Avrupa'da telekomünikasyon pazarlarının serbestleştirilmesi çalışmaları başlatıldığında, hiç kimse yeni gelişmekte olan mobil telefon hizmetlerinin teknik devrim yaratacak başarısını düşünememişti. ONP Çerçeve Direktifi 90/387/EEC8 ve Hizmet Direktifi'nde 90/388/EEC9 mobil telefondan hiç bahsedilmemiştir. (Ancak,) tekel işletmeciler tarafından sahip olunan ses telefonu işi ile şebeke hizmetlerinde tekel kalmış şebekelerin*

¹¹⁸ European Commission, 2003 Regular Report on Turkey's progress towards accession, p.103

¹¹⁹ European Commission, 2003 Regular Report on Turkey's progress towards accession, p.102

¹²⁰ Herbert Ungerer, Access Issues Under EU Regulation And Anti-Trust Law, Summer 2000 p.8

¹²¹ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 Para.7

katma değerli sabit hat hizmetleri gibi (sabit telefon hizmetleri) alternatifler için kullanımına odaklanmıştır.” ¹²² Nitekim, Tebliğ metninin içinde “**roaming** “ kelimesi yada “**national roaming** “ kelimeleri hiç geçmemektedir. Bu nedenle söz konusu **Tebliğ**'in “**ulusal dolaşım**” ile ilgili bir tebliğ niteliğinde olduğunu ileri sürmek olanaksızdır.

Aynı tebliğin [4] numaralı dipnotunda¹²³ ise, “*Telekomünikasyon sektöründeki erişim sözleşmelerinin en önemli şekli, arabağlantı sözleşmeleridir. Arabağlantı sözleşmelerinin ana çerçevesi ONP'e dayalı kurallar tarafından düzenlenir, ve rekabet kurallarının uygulanması bu **temele aykırı görülmelidir.**” uyarısı yer almaktadır.*

“Tebliğde, Komisyonunun telekomünikasyon sektöründeki çeşitli sorunların çözümünde Birlik Rekabet Kurallarının yeterli görmediği belirtilmektedir.” Bu nedenle, “*Rekabet otoritelerinin telekomünikasyon sektöründeki rolü büyüdükçe, rekabet otoriteleri ile telekomünikasyon otoriteleri arasında uygunsuz düzenleme olasılığı da artmıştır.*” ¹²⁴

Nitekim, “*piyasa aksaklıklarının görüldüğü, özellikle şebeke tabanlı endüstrilerde, rekabet kuralların yanı sıra sektöre özgü düzenlemelerin de kaçınılmaz olduğu görülmektedir. Komisyon Erişim Tebliği'nde, rekabet kurallarının telekomünikasyon sektöründe karşılaşılan sorunların çözümünde yetersiz kaldığını kabul etmiştir.*¹²⁵⁻¹²⁶ (Sektöre özel) *Düzenleyici otoriteler, sektörün düzenlenmesinde çok daha geniş çevre ve role sahip*”¹²⁷ olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda, her iki kurumun, özellikle “**erişim**” gibi çok özel bir konuda olası çatışmaları önlemek amacıyla, Erişim Tebliği hazırlanarak yayınlanmıştır.¹²⁸

Buradaki en çarpıcı nokta ise; **genel rekabet yasalarına karşı, rekabet kurallarının sektöre özel düzenlemelere uyarlanarak Telekomünikasyon Otoritelerince uygulanması öngörülen Erişim Tebliği'nin, 4054 sayılı yasa**

¹²² Philipp LUST, Mobile Interconnection, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, Winter 2002/2003.

¹²³ Notice, (98/C 265/02) 22.8.98 footnote.4

¹²⁴ OECD, Telecommunications Regulations: Institutional Structures And Responsibilities, 26May2000 p.21-22

¹²⁵ Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

¹²⁶ Notice , (98/C 265/02) 22.8.98, par.14.

¹²⁷ Herbert Ungerer, Access Issues Under EU Regulation And Anti-Trust Law, Summer 2000 p.8

¹²⁸ Herbert Ungerer, Access Issues Under EU Regulation And Anti-Trust Law, Summer 2000 p.5-11

çerçevesinde müdahalede bulunduğunu iddia eden Rekabet Kurumu tarafından kullanılmak istenmesidir.

Keza, konu hakkında fazla bilgi ve tecrübesi olmayan Telekomünikasyon Kurumu'nun da bu girişime, yasal açıdan sahip olunan “**tam yetki ve görev**”i, “**acilen ve geçici tedbir alınması**” koşuluyla “**bir defalığına**” Rekabet Kurumu'na devretmekte ve Rekabet Kurumu'nun “**Erişim Tebliği**” çerçevesinde “*ulusal roamingin gerçekleştirilmesine yönelik bir karar almasına*” rıza göstermektedir.

10.2. Pazar Tanımı ve GSM Altyapı Pazarı

Rekabet Kurumu,¹²⁹ “*ilgili ürün pazarı olarak tanımlanan GSM altyapı hizmetleri piyasasında, zorunlu olarak kabul edilen altyapı sisteminden ilgili coğrafi pazarda %90 büyüklüğe ulaşmış biri Turkcell, diğeri Telsim'e ait olan sadece iki altyapı bulunduğunu*” ve mevcut GSM işletmecilerinin “*Türkiye'nin %90'ından fazlasını kapsama alanına almış olmaları nedeniyle, altyapı pazarında hakim durumda bulduklarını*” ileri sürmektedir. Rekabet Kurumu ayrıca, birlikte hakimiyet durumunun kanıtı olarak “*pazar paylarını*”¹³⁰ göstermektedir. Bu durumda işletmecilerin ayrı ayrı hakimiyetlerinden kaynaklanan %200'lük bir pazar payı gündeme gelmektedir. Ulusal dolaşım konusunda Rekabet Kurumu tarafından en çok karıştırılan konulardan bir diğeri de, incelemeye ve düzenlemeye çalışılan **pazardır**. Rekabet Kurumu, yerine göre kurgusal GSM altyapı pazarını ve pazar terimi ile işletmecilerin sözleşmesel pazar tanımını yada dünyada genel olarak kullanılan pazar tanımını kullanmaktadırlar.

Kurgusal GSM altyapı pazarına girişi lisans sözleşmeleri ile gerçekleşmekte olup, bu lisansların alımından sonra “**bu pazara**” giriş zorunludur. Yani GSM işletmeci adayları sözleşme imzaladıktan sonra, GSM altyapı pazarında 2 yıl içerisinde %50, 5 yıl sonrada %90 kapsamayı sağlamak zorundadırlar. Dolayısıyla kurgusal GSM altyapı pazarına girişte Aycell A.Ş. ve 5. Adayın karşılaştığı en büyük engelin, “**aşırı derecede**” yükseltilmiş olan lisans bedeli gibi görünmektedir.

Ulusal dolaşım hizmetinin verilmemesinin, rekabet hukuku açısından piyasaya giriş engeli olarak tanımlandığı ve buna dayanarak işlem yapıldığı tek bir örnek mevcut değildir.

¹²⁹ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.51 Para.199

¹³⁰ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.51 Para.202

Finlandiya'da FCA'nın, ulusal dolaşımın birlikte hakimiyet ve pazara giriş engeli ile ilişkisi üzerine yaptığı ayrıntılı incelemelerde;¹³¹ “Ancak, mobil iletişim pazarının, büyük oligopolistik işletmeyi ve rekabeti teşvik edici özelliklere de sahiptir. Bu özellikler, örneğin, hızlı teknik gelişmeler, pazar büyüklüğü, ve pazardaki işletmeciler tarafından sahip olunan pazar payları, finansal kaynaklar ve değişik maliyet yapıları ile tanımlandığı” belirtilmektedir.

Bu konuda inceleme yapan diğer kurum ACCC de, “mevcut pazar durumunun oldukça rekabetçi olduğu sonucuna” ulaştığını ve bu nedenle “ulusal dolaşımın görece önemini değerlendirmeye devam etmiş ve yeni işletmecilerin pazara girişi konusunda **kesinlikle zorunlu unsur olmadığı kararını**” vermiştir.¹³²

GSM altyapı pazarına olası giriş engeli, genellikle frekans spektrumundaki sınırlamalardan kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda, pazara giriş engeli ile karşılaşanlar GSM işletmecileri değil, servis sunucular ile MVNO adaylarıdır. Bu nedenle Avrupa Komisyonu, GSM altyapı pazarını, düzenleme ve müdahalenin gerekeceği pazar listesine almamıştır.¹³³

10.3. Zorunlu Unsur

Zorunlu unsur doktrini, başta A.B.D. olmak üzere OECD ve A.B. ülkelerinin çoğununun mevzuatında yer alan bir kavram olmakla birlikte, en çok tartışılan ancak uygulaması en az kavramlardan birisidir. Bu ülkelerin aksine 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki Kanun'da doğrudan yada dolaylı olarak yer almamaktadır.

OECD tarafından zorunlu unsur hakkında kapsamlı bir tartışma yapılmıştır;¹³⁴ Bu rapora göre, zorunlu unsur'un ilk kullanıldığı ülke olan A.B.D.'de önkoşul, unsura sahip olanın bir tekel olmasıdır.¹³⁵ AB'de ise, toplam iki uygulaması bulunan zorunlu unsur doktrininin önemli

¹³¹ Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue.12, Jan-Feb.2002 p.2

¹³² STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.299-30

¹³³ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, COMMISSION RECOMMENDATION On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services (Text with EEA relevance). EXPLANATORY MEMORANDUM, p.30

¹³⁴ OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.7

¹³⁵ OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.8

önkoşullarından birisi, bu unsurun “başkası” tarafından sağlanıp sağlanmadığıdır. 136

Avustralya'da da zorunlu unsur uygulaması “doğal tekeller” ile sınırlıdır. 137

İtalya'da ise, zorunlu unsur davalarında, “*rekabete zarar verme -ki sonuçta tüketiciye yansyacaktır- ile rakibe zarar verme*” sonuçlarının birbirine karıştırılmaması üzerinde durulmaktadır. 138

Rapordaki bir diğer önemli noktada, “**yeterli kapasite**”nin varlığıdır. 139

Sonuçta, rekabet yasaları çerçevesinde toplam 2 kez uygulanmış olan zorunlu unsur doktrininin, **Erişim Tebliği** kapsamında telekomünikasyon sektöründe uygulama örneği hiç yoktur. 140

10.3.1. Zorunlu Unsur Doktrininin Sakıncaları

Kuşkusuz, her kavram ve uygulama gibi zorunlu unsur kavramı da beraberinde bir dizi tartışmayı getirmiştir. Bu tartışmaların başında; zorunlu unsur doktrininin gerekli olup olmadığı gelmektedir. 141

OECD tarafından zorunlu unsur üzerine yayınlanan ve kapsamlı olan raporda, erişimin zorunlu tutulmasından kaynaklanacak, özellikle bu tür bir unsura yapılacak yatırımın olumsuz etkilenmesi yönünde ciddi endişeler taşındığı belirtilmektedir. 142 143

Ayrıca, zorunlu unsur doktrininin uygulanacağı alanlar kadar uygulanacağı işletmeler de tartışmalar yapılmaktadır. Avrupa'da zorunlu unsur niteliği en az tartışmalı tesisler, ya devlet tarafından sahip olunan, yada devlet tarafından kontrol edilen tesislerdir. 144

136 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.8

137 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.12

138 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.59

139 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.98

140 Wolfgang Jauk, The Application Of EC Competition Rules To Telecommunications – Selected Aspects: The Case of Interconnection, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 4, Winter 1999/2000 p.57

141 Wolfgang Jauk, The Application Of EC Competition Rules To Telecommunications, Winter 1999/2000 p.58

142 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.12.

143 Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

144 OECD, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris 1996 p.14

Nitekim, Bidayet Mahkemesi “*European Night Services (ENS)*” Davasında¹⁴⁵.¹⁴⁶ “*Komisyunun zorunlu unsur değerlendirmesini çok geniş bulmuş ve kabul etmemiştir... Komisyondan yeterli analiz ve gerekçe geliştirmesini isteyerek Komisyunun uygulamalarını kontrol altına almıştır. Korah’a göre bu kararlar Mahkeme Komisyonu değerlendirmelerinde, özellikle özel mülkiyetin paylaşımı konusunda, daha dikkatli olmaya teşvik etmektedir.*”¹⁴⁷.¹⁴⁸

Zorunlu unsur doktrininin, “*rekabet aksaklıkları ile hiç bir ilgisi bulunmadığını, aksine yıkıcı sonuçlara yol açacağını*” ileri sürerek, “*yanlış kullanıldığında, doktrinin yatırımı köstekleyerek refahı azaltacağı*” gerekçesi ile tamamen karşı olanlar da vardır.¹⁴⁹

10.3.2. GSM Alanında Zorunlu Unsur

Bu konuda OECD tarafından hazırlanan raporda, ulusal dolaşımın “**zorunlu unsurlar**” ile arasındaki en önemli farkın, bu hizmeti sunmaya aday en az iki işletmeci olması olarak belirtilmekte ve bu hizmetten faydalanma sürecinin tek yanlı ve asimetrik olması ve hizmeti veren tarafın daha çok iş kaybına (“*business stealing*” effect) uğradığı belirtilmektedir.¹⁵⁰ Aynı raporda, zorunlu unsur kapsamının düzenleme ile belirlenmesinin, rekabet yasasının uygulanmasından kaynaklanacak olası erişim sorunlarını da ortadan kaldıracığı belirtilmektedir.¹⁵¹

GSM sektöründe zorunlu unsur doktrininin değerlendirildiği tek ülke Avustralya’dır. ACCC ulusal dolaşım konusunda yaptığı incelemede¹⁵² “*mevcut düzenleme müdahale düzeyinde ulusal dolaşım zorunlu olmadan*

¹⁴⁵ T-375, 375 384&388/94, 15 September 1998, [1998] E.C.R.II-[1998]5 CMLR 718.

¹⁴⁶ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

¹⁴⁷ Tekdemir, 2001, s. 45

¹⁴⁸ Yaşar TEKDEMİR, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

¹⁴⁹ Gregory Werden, The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine, 32 St. Louis U. L. J., 433 (Winter 1987).

¹⁵⁰ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36

¹⁵¹ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.7-8

¹⁵² STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.299~30

oluşması beklenen rekabet düzeyi ile karşılaştırıldığını (“with and without” veya “but for” testi)” ve “ayrıca, yüksek penetrasyon oranının sağlanmasında yüksek perakende rekabetinin de önemli bir etken olması” nedeniyle “yeni işletmecilerin pazara girişi konusunda kesinlikle zorunlu unsur olmadığı kararını” vermiştir.

10.3.3. Rekabet Kurumu'nun Zorunlu Unsur Yaklaşımı

Rekabet Kurumu, ulusal dolaşım ile ilgili soruşturmayı, doğrudan 4054 sayılı yasa ilkelerine dayandıramadığı için, öncelikle yasada tanımı ve dayanağı olmayan¹⁵³ “**zorunlu unsur**” tanımını oluşturmaya çalışmaktadır. Bunun için, 4054 sayılı yasaya uygunluk için, daha sonra bu unsura sahip işletmelerin “**birlikte hakim**” durumlarını kötüye kullanma gerekçesi çerçevesinde değerlendirmeye çalışmıştır. Dolayısıyla, Rekabet Kurumunun önüne çıkan ilk engel zorunlu unsurun tanımıdır. ¹⁵⁴

Rekabet Kurumu zorunlu unsuru aşağıdaki gibi “*formüle*”¹⁵⁵ etmektedir:

“Zorunlu unsur; hakim durumdaki (ABD uygulamasında tekel durumundaki) bir firma tarafından sahip olunan, aynısının yapılması başka teşebbüsler için teknik, hukuki ve ekonomik olarak mümkün olmayan veya rasyonel olarak çok zor olan ve bağlantılı piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir özellik sergileyen bir unsurdur ve bu unsurun talepte bulunan rakiplere geçerli teknik veya ticari objektif gerekçe gösterilmeksizin kullanılmaması hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.”

Rekabet Kurumunun bu değerlendirmelerinin temelini ise, Erişim Tebliği'ndeki tanımlar ile “dünya örneklerine” dayandırdığını ileri sürmektedir. Buna göre; ¹⁵⁶

Benzerinin kurulmasının pratikte ve makul ölçütler çerçevesinde imkansız olduğunun ve

İlgili kaynağın sadece daha avantajlı olmasının yeterli olmadığını,

¹⁵³ Yaşar TEKDEMİR, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi

¹⁵⁴ Rekabet Kurulu, Eti Holding A.Ş. & Ceytaş A.Ş. 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Karar

¹⁵⁵ Areeda&Hovenkamp 1996, s.675

¹⁵⁶ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector (98/C 265/02) 22.8.98

Zorunluluğun ispatlanması için, sadece reddetme sonucunda bir uygunsuzluk hatta bir takım ekonomik kayıpların yeterli olmadığı ve

Teşebbüsün alternatifi olmaması nedeniyle pazardan dışlanacağına
mutlaka **ispatlanması gerektiğini** belirtilip,

Tüm rekabeti yok etme gücünü taşıyorsa zorunlu olması

Koşulu ileri sürülmüştür. Ancak Kurum, bu koşullar için gerekli inceleme ve testleri yapmadan zorunlu unsurun koşulları arasında yeni bir koşul “**ilave**” etmiş ve zorunluluk için “*roaming talep eden işletmenin kendi alt yapısını inşa etmesinin imkansız olmasını*” değil “**hemen**” inşa etmesinin imkansız olmasını yeterli bir koşul olarak kabul etmiştir.

Zorunlu unsur doktrini içerisinde yer almayan bu koşul konusunda, AKRG uzmanları ile bizzat Rekabet Kurumu uzmanlarının yaptığı görüşmelerde,¹⁵⁷ “*zorunlu unsur kaynağını anlaşılmayı yapmayı reddetmeden aldığı*”, ATAD içtihadında yer alan zorunlu unsur doktrini koşulları arasında “**zaman boyutu ile ilgili bir belirleyici bulunmadığı**” özellikle belirtilerek, “**örneği olmayan bir konuda doktrinin sınırlarını zorlamak ve doktrinden doğrudan yararlanmak yerine, doktrine kaynaklık eden deha genel kavramdan, “anlaşma yapmayı reddetmekten” hareket etmek daha pratik olabileceği**” uyarısına rağmen, Rekabet Kurumu **hemen**” inşa edilmesi mümkün olmadığı” için GSM altyapısının bir zorunlu unsur olduğunu kabul etmiştir.

Diğer yandan aynı unsuru, Aycell A.Ş. daha iyi şartlarla bile almaktan kaçınmış ve kendi altyapısını kurma kararı almıştır. O halde, “*benzerinin kurulmasının pratikte ve makul ölçütler çerçevesinde imkansız olduğunu*” ve “*teşebbüsün alternatifi olmaması nedeniyle pazardan dışlanacağı*” ve aynı zamanda da “*tüm rekabeti yok etme gücünü taşıdığı da*” ileri sürmek doğru değildir. Rekabet Kurumu'nca yapılan, Aycell A.Ş.'nin “*çeşitli saiklerle piyasaya erken erişim yapmak istemiyorsa kendi alt yapısını kurup ileride etkin erişim yapmak istiyorsa [bunun] kendi tercihi olduğu*” ve “*yine çeşitli saiklerle ulusal dolaşım talep etmemiş kendi alt yapısını kurma yoluna gittiği*” açıklaması, “**zorunlu unsur**” doktrininin bu durumda uygulanmasına aykırı bir değerlendirmedir.¹⁵⁸

Çünkü, zorunlu unsur, objektif bir durumu ifade eder. Bir işin yapılması için gerekli olan bir unsurun, rekabet hukuku anlamında zorunlu unsur

¹⁵⁷ Rekabet Kurumu II.No'lu Daire Başkanlığının 22.07.2002 tarih ve 63 sayılı yazı ile Başkanlığa gönderdiği Bilgi Notu, s.1-5

¹⁵⁸ Rekabet Kurumu 21.102.2003 tarih ve 79 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Ek Görüş, s.52

sayılabilmesi, o işi yapacak olan işletmelerin tercihlerine bağlı subjektif bir durum olmaması gerekir.¹⁵⁹

“Zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanma olabilmesi için, unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda, diğer teşebbüsler içinde de zor olması gerekmektedir.”

Aynı işi yapmak isteyen bir işletme, o işin yapılması için gerekli olan unsurlardan birinden yararlanmayarak, bunun yerine bir alternatif unsuru kullanarak aynı işi yapabiliyorsa, o unsur sadece bu alternatif unsuru kullanan işletme açısından değil, diğer unsuru kullanmak isteyen işletme açısından da zorunlu unsur olmaktan çıkar.¹⁶⁰

Nitekim, OECD tarafından hazırlanan raporda; Finlandiya'daki ulusal dolaşım konusu üzerine yapılan değerlendirmede, ulusal dolaşımın nitelik itibarıyla **“zorunlu unsurdan farklı olduğu”** ve **“rekabetçi olmayan”** bir hizmetin sunumunda en azından biraz rekabetin varlığı bu sorunun doğasını **değiştirdiği** belirtilmektedir.¹⁶¹ Dünyada, ulusal dolaşımı zorunlu unsur olarak kabul eden tek bir rekabet otoritesi olmadığı gibi, ulusal dolaşımın zorunluluğunu çeşitli **“testlere”** tabi tutarak **“kesinlikle zorunlu unsur olmadığı”** belirterek işlem yapmış bir rekabet otoritesi (Avustralya'da ACCC) mevcuttur.¹⁶²

Daha önemlisi, söz konusu unsur Türk hukukunda **“sözleşmesel bir yükümlülüktür”**.

10.4. Birlikte Hakimiyet

“Birlikte hakimiyet”, Avrupa Birliği mevzuatında, uygulaması ve kararları itibarı ile **“en oturmuş”** uygulama niteliğindedir.¹⁶³

“Birlikte hakimiyet kavramının, oligopolistik pazarlarda, şirketler arasında bağlantının olmadığı durumlarda da uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ilk kez Gencor/Lonrho davasında gündeme geldi.”

¹⁵⁹ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

¹⁶⁰ Hakan Suat ÖLMEZ, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezi

¹⁶¹ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36

¹⁶² OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFFE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36

¹⁶³ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003, p.4

Birlikte hakimiyet kavramındaki en can alıcı nokta, birlikte hakim oldukları iddia edilen şirketlerin arasında “**hileli ortaklık**” veya “**danışıklı döğüş**”ün varlığıdır.¹⁶⁴ Ne var ki, rekabet uzmanlarının genel yaklaşımı, “**hileli ortaklık**” kavramını genişletme eğilimi olmuştur.¹⁶⁵

Halbuki, rekabet uzmanlarının “**hileli ortaklık**” kavramını genişletme eğilimi, CFI tarafından verilen kararlarla engellenmiş ve şirketler arasında bağ ve bağlantıların açıkça ortaya konularak kanıtlanması istenen birlikte hakimiyet kavramının tanımı “*hemen hemen hileli davranışla aynı anlamda*” olmakla sınırlı tutularak, rekabet yasasından kaynaklanacak olası tartışmaları önleyecek biçimde netleştirilmiştir.¹⁶⁶

Daha sonra ECJ tarafından da onaylanan CFI'nin bu kararı;¹⁶⁷

“Airtours ile ilgili kararında CFI, birleşme davasında birlikte hakimiyet bulgusu için üç-aşamalı bir işlem belirlemiştir.... İktisatçılara göre bu işlemler, yukarıda açıklanan diğer kararlar ile birlikte değerlendirildiğinde, rekabetçi bir oligopoli ile hileli bir oligopolinin farklılığını açıklamaktadır.”

biçiminde yorumlanmaktadır. 6.06.2002 tarihinde verilen bu karar, daha sonraki altı ay içerisinde bozulacak 3 benzer Komisyon kararından ilki olacaktır.¹⁶⁸

10.4.1. GSM Alanında Birlikte Hakimiyet

Birlikte hakimiyet konusunda Markku Stenborg tarafından 2003 yılı içerisinde yayınlanan yapılan ayrıntılı bir incelemede¹⁶⁹, bu konudaki “**en kapsamlı tartışmalardan**” birinin de Finlandiya'da Telia/Sonera/Radiolinja arasındaki ulusal dolaşım ile ilgili konuda yaşandığını belirtmektedir. Bu konu, AB Komisyonu tarafından telekomünikasyon alanında birlikte hakimiyet konusunda ele alınan tek örnek niteliğindedir. Finlandiya'da da FCA'nın yaptığı, ulusal dolaşımın “**birlikte hakimiyet**” ve “**pazara giriş engeli**” ilişkisi üzerine

¹⁶⁴ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003, p.23

¹⁶⁵ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003, p.6

¹⁶⁶ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003, p.6

¹⁶⁷ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003, p.5

¹⁶⁸ Editor's Note, Collective Dominance Under the European Merger Control Regulation: The Implications of the *Airtours* Case, ABA Section of Antitrust Law “Brown Bag” Program, November.2002

¹⁶⁹ Markku Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003

yaptığı ayrıntılı incelemelerin sonucu, Rekabet Kurumu'nun vardığı sonuçtan çok farklıdır;¹⁷⁰

“Rekabet uzmanları, mobil iletişim sektörünün Sonera ve Radiolinja'nun birlikte hakim konumda olduklarını gösterebilecek çok çeşitli özelliklere sahip olduğunu değerlendirmişlerdir. Ayrıca, içerik, kalite ile ücret ve pazara giriş engeli açılarından, iki şirket tarafından benzer mobil iletişim hizmetlerinin sunulduğu belirlenmiştir. ...Pazar yapısının oligopolistik olmakla birlikte, mevcut işletmecilerin arasında, pazarda birlikte hakim duruma sahip olduklarına dayanak olacak, herhangi bir ekonomik ilişki de bulunamamıştır. Telia'nın ulusal dolaşım teklifine karşı, olası sözleşmenin yatırımlarının geri dönüşüne ve rekabet güçleri üzerindeki olumsuz etkiden dolayı, Sonera ve Radiolinja'nun açık bir tepkisi görülmüştür. Ancak Sonera ve Radiolinja'nun ortak tepkilerinin, birlikte hakimiyet için yeterli bir gösterge olarak değerlendirilemeyeceği olgusu da belirtilmiştir..”

FCA tarafından bu çerçevede, Avrupa Komisyonundan da görüş alındığı bilinmektedir.¹⁷¹

Sonuç olarak FCA, tüm ülke çapında kapsama ile GSM hizmetleri sunan Sonera için, *“ne yalnız başına ne de başlıca rakibi Radiolinja ile birlikte hakim durumda”* bulunmadıkları kararını vermiş¹⁷² ve Rekabet Konseyi, FCA'nın bu kararını onaylamıştır.¹⁷³

Ulusal dolaşım üzerine en radikal yorum Tomasso M. VALLETTI'den gelmiştir;¹⁷⁴

“Ayrıca, rakip işletmecilerin ortak kapsama olmayan alanlar için dolaşım anlaşmasına ulaşabilmelerini teşvik edecek herhangi bir unsur olmadığı gösterilmiştir. Aksine, hileli ortaklar tarafından dolaşım için kolayca anlaşmaya varılabilir.”

10.4.2. Rekabet Kurumu'nun Birlikte Hakimiyet Yaklaşımı

Rekabet Kurumu ileri sürülen iddiaların, belki de en ilginçlerinden biri de **“birlikte hakim”** durumunda olma iddiasıdır. Çünkü Rekabet Kurumu;¹⁷⁵

¹⁷⁰ Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue.12, Jan-Feb.2002 p.2

¹⁷¹ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.301

¹⁷² OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAF/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.134.

¹⁷³ 2002 Faaliyet Raporu'nun (Finnish Competition Authority Yearbook 2002) s.22.

¹⁷⁴ Tomasso M. VALLETTI, Imperial College and CEPR, Is mobile telephony a natural oligopoly?, August.2002 p.1

“Erişim Tebliği’nde de; zorunlu unsur olarak kabul edilen bir unsura girişi kontrol eden bir teşebbüs hakim durumda kabul edilir.” önermesinden yola çıkarak, “Aynı unsura birden fazla teşebbüsün sahip olması durumunda, bu husus rekabet hukuku bağlamında birlikte hakim durum kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.” yaklaşımıyla, birlikte hakimiyeti “**otomatikleştirilmektedir**”. Sonuç olarak mevcut GSM işletmecilerinin GSM altyapı pazarında birlikte hakim durumda buldukları¹⁷⁶ ve bu birlikte hakimiyet durumunun kanıtı olarak da¹⁷⁷ “pazar paylarının yanı sıra,...Turkcell ve Telsim’in ulusal dolaşım anlaşması yapmayı birlikte reddetmeleri ve bunu birkaç saat arayla ve şifahen yapmalarını” göstermektedir.

Diğer taraftan, Türk Rekabet Kurumu bu “**genişletme eğilimleri**” için gerekli olan desteği Airtours/FirstChoice davasından almaya çalışılmıştır;¹⁷⁸

“Komisyonun bu kararı, France v. Commission ve Gencor v. Commission kararlarında benimsenen birlikte hakim durum konseptini **genişletici nitelikte** görülmektedir. Komisyon bilhassa, oligopolistlerin pazarda genel politika benimsemek yerine, kendi aralarındaki rekabeti azaltıcı bireysel davranışlarda bulunmalarının rasyonel hale gelmesinin yeterli olduğunu belirtmiştir.”

Ne var ki, Rekabet Kurumu, Avrupa Komisyonun “**hileli ortaklık**” kavramını genişletme eğiliminden yararlanırken, daha sonra CFI tarafından verilen ve ECJ tarafından da onaylanacak 3 ayrı davada kullanılan “**genişletme eğilimini**” bozma kararlarını göz ardı etmektedir.

Halbuki, Finlandiya’da da FCA’nın yaptığı, ulusal dolaşımın “**birlikte hakimiyet**” ve “**pazara giriş engeli**” ilişkisi üzerine yaptığı ayrıntılı incelemelerin sonucu, Rekabet Kurumu’nun vardığı sonuçtan çok farklıdır;¹⁷⁹

“Rekabet uzmanları, mobil iletişim sektörünün Sonera ve Radiolinja’nın birlikte hakim konumda olduklarını gösterebilecek çok çeşitli özelliklere sahip

¹⁷⁵ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu, s.45-46 Para 177

¹⁷⁶ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.51 Para.199

¹⁷⁷ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.51 Para.202

¹⁷⁸ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu, s.48 Para 190-191

¹⁷⁹ Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue.12, Jan-Feb.2002 p.2

olduğunu değerlendirmişlerdir. Ayrıca, içerik, kalite ile ücret ve pazara giriş engeli açılarından, iki şirket tarafından benzer mobil iletişim hizmetlerinin sunulduğu belirlenmiştir. ...Pazar yapısının oligopolistik olmakla birlikte, mevcut işletmecilerin arasında, pazarda birlikte hakim duruma sahip olduklarına dayanak olacak, herhangi bir ekonomik ilişki de bulunamamıştır. Telia'nın ulusal dolaşım teklifine karşı, olası sözleşmenin yatırımlarının geri dönüşüne ve rekabet güçleri üzerindeki olumsuz etkiden dolayı, Sonera ve Radiolinja'nın açık bir tepkisi görülmüştür. Ancak Sonera ve Radiolinja'nın ortak tepkilerinin, birlikte hakimiyet için yeterli bir gösterge olarak değerlendirilemeyeceği olgusu da belirtilmiştir..”

10.5. Ulusal Dolaşım'ın Rekabet Üzerindeki Etkileri

GSM sektörüne ilişkin rekabet kuramlarına, Türkiye'deki yaklaşım ile dünyada ve Avrupa Birliğindeki yaklaşımlar ve değerlendirmelerin, terminoloji dışında fazla bir ortaklığı bulunmamaktadır. Çeşitli AB Belge ve Raporları, GSMA Verileri, OECD Raporları'na dayalı veri ve örnekler, bu sektördeki mevcut durumların, Türk Rekabet ve Telekomünikasyon Kurumlarınca değerlendirmelerinde, genel yanlışların ötesinde, ciddi sapma ve hatalar olduğunu göstermektedir.

10.5.1 3./4. İşletmecilerin Girişi ile Pazarın Hızlı Gelişimi Arasındaki Doğrudan İlişki

Rekabet Kurumu, 3./4. operatörlerin pazara girmesinin penetrasyonu çok hızlı bir biçimde tırmandıracağını ileri sürmektedir.¹⁸⁰ Bu amaçla verilen 4 ülkeye ait örnekte yer alan mobil penetrasyon artışının, dünya genelinde gerçekleşen bir süreç olduğunu iddia edilmiştir. Ancak, verilen örneklerin ortak özelliği, 3./4. İşletmeciden bağımsız olarak 1998, 1999 ve 2000 yıllarındaki hızlı büyümedir.¹⁸¹ 3. ve -olan ülkelerde- 4. işletmecilerin pazara girişleri, 1993 yılından başlayarak günümüze dek süregelmiştir. Söz konusu dönemlere ait tek farklı özellik, 3./4. işletmecilerin pazara girişleri iken, aynı döneme ait teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmeler ve siyasi değişimler gibi çok fazla ortak özellik vardır.

Aşağıdaki tablodan da açıkça görüleceği gibi, GSM sektöründeki “benzersiz büyüme trendi”, 1998 yılında başlamış, 1999 ve 2000 yıllarında da devam etmiştir. Bu dönemde Pazar büyüme hızları;

¹⁸⁰ Rekabet Kurumunun bu iddiaları, 25.Aralık.201 tarihli İstim A.Ş.'nin şikayet yazısından "doğrudan" ve "aynen" alınmıştır.

¹⁸¹ GSM Subscriber Forecast-Regional Breakdown, Source EMC World Cellular Database 19.Dec.2002

	1998	1999	2000
<i>Avrupa</i>	%76	%80	%63
<i>Amerika</i>	%131	%90	%61 ve
<i>Dünya Ortalaması</i>	%106	%74	%75 iken
<i>Türkiye</i>	%154	%127	%93

olarak seyretmiştir. Görüleceği üzere, Türkiye'deki büyüme hem Avrupa ve Amerika hem de dünya ortalamalarından daha fazladır. Sadece 4 ülke verilerinin bir bölümünü ifade eden örneklerle dayalı 3./4. işletmecilerin pazara girmesi ile “**benzersiz büyüme trendi**”¹⁸² yaşandığı iddiası, uluslararası veriler incelendiğinde, abartı niteliğinin ötesine geçememektedir.

10.5.2 Ulusal Dolaşım ile Rekabetin Hızlı Tesisi ve Pazar Yapısı Arasındaki Doğrudan İlişki

Dünyadaki GSM pazarları incelendiğinde, uluslararası uygulamalara ait verilere dayalı sonuçlar, ulusal dolaşım hizmetini alan GSM işletmecilerinin, pazara hızla girdiklerini ve pazardaki rekabetin daha düzenli bir biçimde tesis edildiğini de göstermemektedir.^{183 184}

Bu sonuçlar da, ulusal dolaşım hizmetinin temin edilmesi, Rekabet Kurumu'nun “*ulusal dolaşımın, pazarda rekabetin sağlanması açısından sonuçlarını çabuk gösteren bir mekanizma*” olduğu iddialarının ve buna bağlı beklentilerinin doğruluk payı olmadığı görülmektedir.¹⁸⁵ Avrupa'daki ulusal dolaşım yapan benzer ülke ve şebekeler incelendiğinde, 4-5 yıllık süre sonunda pazar paylarının genelde %10 düzeyine ulaşabildiği görülmektedir.

Rekabet Kurumu tarafından “*özellikle, pazara ilk girenlerin elde ettiği avantajın, sonradan girenler aleyhine kullanılmasını engelleyen çok önemli bir sistem*” olarak tanımlanan ulusal dolaşım hizmetinin sağlandığı bu ülkelerdeki, GSM pazarına ilk giren işletmecilerin konumları incelendiğinde, beklentilerin aksine, bu işletmecilerin hakim konumlarını sürdürdükleri görülmektedir.¹⁸⁶

¹⁸² Rekabet Kurumunun “**benzersiz büyüme trendi**” iddialarının yer aldığı paragraf da aynı yazıdan “**aynen**” alınmıştır.

¹⁸³ GSM Subscriber Forecast-Regional Breakdown, Source EMC World Cellular Database 19.Dec.2002

¹⁸⁴ GSMA GSM Worldwide Networks on Air Showing all live networks, (As of June 2001)

¹⁸⁵ Monitoring European Telecoms Operators, Final Report, Jan2002

¹⁸⁶ Monitoring European Telecoms Operators, Final Report, Jan2002

Diğer yandan, ulusal dolaşım anlaşmalarının yasaklandığı pazarlarda ise, gerek rekabetin daha etkin, gerekse de pazar payı dağılımlarının daha düzenli olduğu görünmektedir.¹⁸⁷

Bu veriler açıkça göstermektedir ki, telekomünikasyon ve GSM sektöründeki gerçek veriler, rekabet kuram ve varsayımları ile hiçbir benzerlik taşımamaktadır. Nitekim, Avustralya'da ve İtalya'da 4. GSM işletmecileri olarak pazara giren One.Tel ve Blu, aldıkları ulusal dolaşım hizmetine rağmen 2-2.5 yıl gibi bir sürede ancak %2 civarında bir pazar payına sahip olabilmişler ve daha sonra mobil telefon pazarının doğası gereği oligopol olduğu iddialarını destekler bir biçimde, ticari olarak gelecek görmedikleri bu GSM pazarlarından, Mayıs.2001 ve Haziran.2002 tarihlerinde çekilme kararı almışlardır.¹⁸⁸

10.5.3 Rekabet Kurumlarınca Yapılan Müdahalelerin Yaygınlığı

Rekabet Kurumu'nun bu konudaki genel değerlendirmesi ise;

“Birçok ülkede ulusal dolaşımın zorunlu tutulması tercih edilmemesine rağmen, pazar şartlarına bağlı olarak bu zorunlu tutma mekanizmasını benimseyen ülkelerin sayısı da oldukça fazla...”

olduğu şeklindedir. **Birçok ülkede zorunlu tutulmayan** bir hizmetin zorunluluk mekanizmasının **oldukça fazla sayıda ülkeye** benimsenmiş olması tutarsız bir önermedir.

Gerçekte, tümünün zorunlu olduğu varsayılsa bile, toplam **174 ülke arasında 7~8'i geçmeyen** (yaklaşık %2-3) bir sayının, Rekabet Kurumu'nun müdahaleye gerekçe olarak kullandığı *“oldukça fazla”* nitelendirebilmesine uygun olduğunu varsaymak mümkün değildir.

Diğer yandan, müdahale ve zorunluluk konusunda, Rekabet Kurumu Soruşturma Raporunda¹⁸⁹ yer alan;

“Bahsi edilen ülkeler arasında (1) ulusal dolaşımı zorunlu tutan ülkeler de bulunduğu gibi (2) yasaklayan ve (3) zorunlu tutmayı rekabet kuralları çerçevesinde müdahale eden ülkeler de vardır.”

ifadeleri, *“yasaklandığı ve rekabet kuralları çerçevesinde müdahale eden ülkelerin de var olduğu”* bir unsurun (ulusal dolaşım), **zorunlu bir unsur**

¹⁸⁷ Monitoring European Telecoms Operators, Final Report, Jan2002

¹⁸⁸ VALETTI, Tomasso M., Imperial Colage and CEPR, Is mobile telephony natural oligopoly?, Jan.2000-Rev. Aug.2002

¹⁸⁹ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu

yada **olmazsa olmaz bir unsur** olarak kabul edilerek müdahalesine haklı gerekçe olarak kullanmasını engeller niteliktedir.

10.5.4 Rekabet Kurumu'nun Kapsama İktisadi Yanılgısı

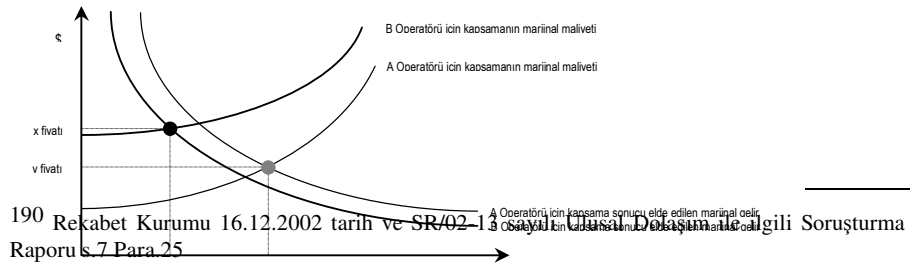
Rekabet Kurumu'nun ulusal dolaşımı incelerken konuyu ele alışındaki çarpıcı noktalardan biri de “**kapsama iktisadi**”dır.¹⁹⁰ Rekabet Kurumu, bunun gerekçesi olarak teknolojik farktan kaynaklanan maliyet farkını göstermektedir. Buradaki en çarpıcı ve ilginç olan nokta ise, Kurumun daha önce bu sistemleri hakkında;¹⁹¹

“Ancak, baz istasyonların da toplam maliyetlerdeki payının oranı göz önünde bulundurulunca bu teknik farklılığın rekabeti etkilemeyecek kadar küçük bir maliyet farkına yol açacağı düşünülmektedir.”

tespitlerini yaparak, T.C. Ulaştırma Bakanlığına göndermiş olmasıdır.

Burada göz ardı edilen ikinci nokta ise, GSM sektöründe gerçek maliyet yapısının sadece “**teknoloji**”ye değil, aynı zamanda da “**zaman**” faktörü ile de çok bağlantılı olduğudur. Teknoloji bazında “**rekabeti etkilemeyecek kadar küçük olan maliyet farkının**”, işin zaman boyutu da eklendiğinde, piyasaya yeni girenlerin lehine 2~3 kat mertebesinde daha avantajlı bir durum yaratacağıdır. Gerçekten de 1998 yılından 2001 yılına değin geçen 3 yıllık sürede GSM şebeke teçhizatında %50~60 mertebesinde, GSM telefonlarında ise yaklaşık 10 kat mertebesinde düşüş olmuştur.

Ancak, yine de bu unsurların varlığı göz önüne alınmasa bile, Rekabet Kurumunun “*kapsama alanının iktisadi optimum noktası*” konusuna yaklaşımı çarpıcıdır.¹⁹² Kuruma göre, bu eksendeki “**optimum**” nokta, hemen hemen belirlidir ve zamandan bağımsızdır. B operatörü için ulusal dolaşımın A operatöründen alınması “**her zaman**” daha ekonomiktir (!).



190 Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-1 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s. 7 Para 25

191 Rekabet Kurumu'nun 26.01.1998 tarih ve 2439 sayılı T.C. Ulaştırma Bakanlığına gönderdiği Görüş. S.9

192 Rekabet Kurumu 24.01.2002 tarih ve D2/1/Ö.İ.-02/2 sayılı İlk İnceleme Raporu

Rekabet Kurumunca şekilde öngörülen diğer bir konu da, A ve B işletmecileri için olası optimum noktaların ötesinde, kapsama için yatırım yapılmamasıdır. Gerçekte durum, Rekabet Kurumu'nun öngördüğünden çok farklıdır. Yani, boyutu %100 olan eksenin %50'lik bir bölümünün, Rekabet Kurumunca öngörülen “**optimum**” noktalardan bağımsız olarak 2 yıl içerisinde, %90'ının ise 5 yıl içerisinde kapsanması sözleşmesel zorunluluktur.

10.6. Dünyadaki Ulusal Dolaşım uygulamaları

Dünyada GSM sisteminin kullanıldığı ülke sayısı, 174¹⁹³ olup, toplam GSM şebekesi sayısı¹⁹⁴ ise, 510'dur. Ancak, yasalarında, “**ulusal dolaşım**” ile ilgili ifade ve/veya hüküm bulunan ülke sayısı toplam dokuz (9) olup, bu ülkeler, Danimarka, Finlandiya, Hollanda, İspanya, İsveç, İtalya, Kanada, Norveç ve Yunanistan'dır. Bunlardan dördü (*Danimarka, Hollanda, İtalya ve Norveç*) 2. Kuşak (2G) şebekeler arasındaki ulusal dolaşım ile ilgilidir. Hollanda¹⁹⁵ ve Norveç¹⁹⁶ mevzuatında “**ulusal dolaşım serbestisi**” sağlanmaktadır. 2G şebekeleri arasında “**ulusal dolaşımı zorunlu tutan**” ülkeler ise sadece Danimarka ve İtalya'dır.

Zorunlu ve/veya ticari ulusal dolaşım anlaşması imzalayan ülke sayısı ise toplam sekizdir;¹⁹⁷

Güney Afrika;

Danimarka; Telekomünikasyon Mevzuatında Zorunlu Tutulmuştur.

Danimarka'da 468 sayılı Kamu Mobil Haberleşme Yasasında (Act Number 468)¹⁹⁸ 12.06.1996 tarihinde yapılan değişiklikle; tüm lisanslı mobil işletmeciler, “teknik ve finansal açıdan fizibil” bir ulusal dolaşım talebini

¹⁹³ www.gmworld.com/news/statistics/netsonair.pdf

¹⁹⁴ www.gmworld.com/news/statistics/netsonair.pdf

¹⁹⁵ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.6 July2001) NET/35.

¹⁹⁶ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.8 January 2002) NOR/25

¹⁹⁷ Rekabet Kurumu 16.12.2002 tarih ve SR/02-13 sayılı Ulusal Dolaşım ile ilgili Soruşturma Raporu s.17-18

¹⁹⁸ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.2 January.2000) DEN/8.

“**ticari ve ayırmsız**”¹⁹⁹ olarak sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Danimarka mevzuatında yer alan önemli bir nokta; “**arabağlantı**” ve “**ulusal dolaşım**” kavramlarının ayrılmasıdır. Buna göre, ulusal dolaşım anlaşmaları “**arabağlantı**” olarak tanımlanmayarak,²⁰⁰ Arabağlantı Yasasına değil Kamu Mobil Haberleşme Yasasına göre düzenlenmiştir.

Danimarka yasasında yer alan ulusal dolaşım yükümlülüğündeki en kritik nokta, söz konusu hizmetlere yönelik ücretlerin, “sadece taraflar arasındaki ticari müzakereler ile” çözülebileceğidir.²⁰¹

İtalya; Telekomünikasyon Mevzuatında Zorunlu Tutulmuştur.

İtalya, 2G~2G şebekeleri arasında ulusal dolaşım konusunda yasal yükümlülük getiren 2 ülkeden biridir. Ayrıca, ulusal dolaşım konusunda ciddi nitelikteki ilk uzlaşmazlığın yaşandığı ülke de İtalya'dır. Mobil işletmecilerin lisans sözleşmelerinin 5. maddesine göre diğer mobil işletmecilere ulusal dolaşım sağlamak yükümlülüğündedirler. Aynı maddeye göre, talep eden işletmecilerin ulusal dolaşım hakkında yararlanabilmeleri için ulusal çapta %40'luk kapsamayı sağlamak zorundadır. Omnitel, Telecom Italia'nın ulusal dolaşım hizmeti sağlamak konusunda kendisine haksız uygulamalar yaptığı iddiaları ile yasal yollara başvurmuştur.²⁰² TIM, anlaşma sürecini mümkün olduğunca yavaşlatarak, hizmetin verilmesini geciktirmiş ve uzun bir süre sonra anlaşma yapıldığında %50 kapsama alanına ulaşan ve trafiğin sadece %2'sini ulusal dolaşım ile karşılayan Omnitel için yapılan anlaşma pazara hızlı girebilme anlamında önemini yitirmiştir.²⁰³

İtalya'da 1999 yılı Mart ayında 3. GSM işletmecisi Wind ve 2000 yılı Mayıs ayında da 4. GSM işletmecisi olarak Blu, aynı mevzuat kapsamında hem TIM hem de Omnitel ile ulusal dolaşım anlaşmaları yaparak faaliyetlerine başlamışlardır. Ancak Blu, “**ulusal dolaşım**” hizmetine rağmen, 2 yıl sonunda pazar payını %2'ye çıkartabilmiş ve 2002 yılı Haziran ayı içerisinde de faaliyetlerini durdurarak GSM pazarından çekilmiştir.

Avustralya; Müdahale olmaksızın, Ticari Nitelikli Sözleşme İmzalanmıştır.

¹⁹⁹ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.2 January.2000) DEN/20

²⁰⁰ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.2 January.2000) DEN/52

²⁰¹ Commission of The European Communities, SEC(2000) 814, Brussels, 07.12.2000 p.118

²⁰² International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.0 April 1999) ITA/21

²⁰³ International Telecommunications Law BNA International Inc, (Rel.0 April 1999) ITA/21

Avustralya Rekabet Otoritesi'nin (ACCC) ulusal dolaşım konusunda yaptığı inceleme çerçevesinde zorunlu unsur değerlendirmeleri, Avrupa Komisyonu raporunda²⁰⁴ aşağıdaki gibi anlatılmıştır;

“Avustralya Rekabet Otoritesi tarafından yapılan inceleme iki aşamadan oluşmuştur:

Etkilenen ilgili pazarın tanımlanması ve mevcut rekabet düzeyinin incelenmesi; ve

Mevcut düzenleme müdahale düzeyinde ulusal dolaşım zorunlu olmadan oluşması beklenen rekabet düzeyi ile karşılaştırılması (“with and without” veya “but for” testi).

ACCC Avustralya'daki mobil penetrasyon oranının çok yüksek olduğunu belirlemiştir. Ayrıca, bu yüksek penetrasyon oranını sağlanmasında yüksek perakende rekabetinin de önemli bir etken olabileceğini göz önünde bulundurmaktadır.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, mevcut pazar durumunun oldukça rekabetçi olduğu sonucuna ulaşmıştır. ACCC, ulusal dolaşımın görece önemini değerlendirmeye devam etmiş ve yeni işletmecilerin pazara girişi konusunda kesinlikle zorunlu unsur olmadığı kararını vermiştir. **Daha da önemlisi, mevcut işletmecilerin ticari koşullarla ulusal dolaşım hizmeti sağlayabilecek olduğundan, zorunlu (mandatory) ulusal dolaşımın zorunlu (essential) olmadığı kararını vermiştir.** “

Avustralya'da 4. GSM işletmecisi olarak pazara giren One.Tel**Hata! Yer işareti tanımlanmamış.**, aldığı ulusal dolaşım hizmetine rağmen 2 yıllık sürede ancak %2 civarında bir pazar payına sahip olabilmiş ve ticari olarak gelecek görmedikleri bu GSM pazarından, Mayıs.2001 tarihinde çekilme kararı almıştır.

Almanya; Müdahale olmaksızın, Ticari Nitelikli Sözleşme İmzalanmıştır.

Hollanda; Müdahale olmaksızın, Ticari Nitelikli Sözleşme İmzalanmıştır.

İsviçre; Müdahale olmaksızın, Ticari Nitelikli Sözleşme İmzalanmıştır.

Finlandiya; Rekabet Kurumu FCA, Müdahale Edip Menfi Karar Vermiştir.

²⁰⁴ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.299~30

Avrupa Komisyonu 6. Uygulama Raporu'nda²⁰⁵, Finlandiya'daki ulusal dolaşım incelemesi ayrıntılı olarak yer almaktadır. Bu belgelere göre Finlandiya'da söz konusu süreç şöyle devam etmiştir;

1998 yılında Telia Finland, hem Sonera hem de Radiolinja ile ulusal dolaşım yapmak istedi.

Her iki şişletmeci de ulusal dolaşım yapmaya yanaşmayınca Fin Ulaştırma Bakanlığı arabuluculuk için müdahale etti.

Bunun zerine taraflar resmi tekliflerde bulundu.

Ancak, görüşmeler olumlu bir biçimde sonuçlanmamış olup, Telia'nın ilk başvurusu Fin Telekomünikasyon Kurumu'na (TAC daha sonra FICORA olarak değiştirilmiştir) ve daha sonra Fin Ulaştırma Bakanlığı tarafından²⁰⁶ "ulusal dolaşımın zorunlu bir unsur olarak tanımlanamayacağı" gerekçesiyle reddedilmiştir. Fin Ulaştırma Bakanlığı,²⁰⁷ "ulusal dolaşımın zorunlu tutulmamasına" gerekçe olarak, "ulusal dolaşımın ticari bir zeminde anlaşılması gerektiği ve rakip iki GSM900 şebekesi için bunun mümkün olabileceğini" ve "eğer ticari temelde bir dolaşım sözleşmesi imzalanmıyorsa, bunun nedeni ticari açıdan ulusal dolaşıma ihtiyaç duyulmamasını" göstermiştir.

Bunun zerine, Telia Finland, İdari Mahkemeye başvurmuş ve bu başvurusu da reddedilmiştir. Bunun zerine Telia konuyu Yüksek İdari Mahkemeye taşımış, ve sonunda bu başvuruda reddedilmiştir.²⁰⁸

Daha sonra Telia Finland konuyu Fin Rekabet Kurumuna (FCA) şikayet etmiş ve FCA, konuya müdahil olma kararı almıştır. FCA'nın konuyu ele alışındaki en temel unsur birlikte hakimiyet konusudur (-ki bu Türk Rekabet Kurumu'nun da yaklaşımındaki en önemli iki unsurdan biri niteliğindedir). FCA, bu konuda kendi incelemelerini yaparken Avrupa Birliği'nin de birlikte hakimiyet konusundaki görüşünü talep etmiştir.²⁰⁹ Bu konu ile ilgili olarak Avrupa Komisyonu raporunda;²¹⁰ "Konu Avrupa Komisyonu tarafından FICORA'ya atıf yapılarak, nihai çözüm için FCA'ya geri gönderilmiştir.

²⁰⁵ Commission Of The European Communities, COM(2000)814 Final, 7.12.2000 Annex.2 p.227

²⁰⁶ FICORA Press releases "The complaint Telia filed about national roaming was dismissed" 15.11.2000

²⁰⁷ Overview of Finnish Telecommunications Policy, (<http://www.mintc.fi/www/sivut/english/tele/telecommunications/index.html>)

²⁰⁸ (http://www.mintc.fi/s.vut/english/tele/statutes/1997_396.htm)

²⁰⁹ Finland, No Dominant Position In National Roaming Issues, The Link, Issue.12, Jan-Feb.2002 p.2

²¹⁰ STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.301

Çalışma Grubu, Avrupa Komisyonunun, nihai çözüm öncesi, Telia Finland'a geçici bir çözüm sağlamayı reddettiği görüşündedir.” açıklamaları yer almaktadır.

*Diğer taraftan FCA, tüm ülke çapında kapsama ile GSM hizmetleri sunan Sonera için, “ne yalnız başına ne de başlıca rakibi Radiolinja ile **birlikte hakim** durumda” bulunmadıkları kararını vermiş ve Rekabet Konseyi de FCA'nun “Sonera'nun ne yalnız başına ne de ikinci büyük mobil işletmecisi olan Radiolinja ile birlikte, ulusal mobil telefon şebekelerine erişim pazarında hakim konuma sahip olmadığı yönündeki kararını” onaylamıştır.²¹¹*

Telia Mahkemeye Rekabet Konseyinin kararı için de Yüksek İdare Mahkemesine başvurmuştur.

Finlandiya Ulaştırma Bakanlığı, FCA'nın yetki ve görevlerinin sınırını doğru olarak belirleyip davranmadığı gerekçesiyle Şubat.2003 tarihinde, Telekom Piyasası Yasası'nda köklü değişikliklere gitmiştir.

Mart.2002 tarihinde Telia, Sonera ile birleşme kararı almış ve birleşme işlemleri Aralık.2002'de tamamlanmıştır. Bunun üzerine, Telia Finlandia şebekesini devretmiştir.

Telekomünikasyon sektöründeki etkin sivil toplum örgütlerinden biri olan INTUG,²¹² ulusal dolaşım anlaşmaları ile ilgili olarak, pazara giriş açısından ulusal dolaşım zorunluluklarının yüksek “**hileli işbirliği**” riski taşıdığını ve özellikle rekabet otoritelerinin ulusal dolaşım zorunlulukları yada politikalarının rekabeti azaltmadığı veya bozmadığı konusunu çok dikkatli incelemelerini önermektedir.

Gerçekten, İsviçre'de Swisscom ile Orange arasında imzalanan ticari nitelikli ulusal dolaşım anlaşmaya 3. işletmeci DiAx itiraz ederek **rekabeti bozduğu** gerekçesiyle yasal sürece başvurmuştur.²¹³

Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (AKRG), GSM Birliğinin belirlediği koşullar çerçevesinde yapılan uluslararası dolaşım anlaşmalarında yer alan “**dolaşım**” ücretlerinin 1997-2000 yılları arasında “**genel**” olarak arttığını gözlemlendiği ve “*Komisyonu, ulusal dolaşım sağlanmasının reddedilmesi ve sınır ötesi dolaşım hizmetlerinin satışı hakkında resmi ve gayriresmi çok sayıda şikayet geldiği*” belirtilmektedir.²¹⁴ Bu

²¹¹ 2002 Faaliyet Raporu'nun (*Finnish Competition Authority Yearbook 2002*) s.22.

²¹² http://www.intug.net/views/national_roaming.html

²¹³ Catherine McLean and Chantal Pfenniger, Swisscom Offers National Roaming to Orange, Bloomberg News, 28.June.1999

²¹⁴ European Commission, DG Competition, Working Document on the Initial Findings of the Sector Inquiry into Mobile Roaming Charges, Brussels 13.December.2000, p.6

çerçevede “ulusal dolaşım pazarlarında rekabetin eksikliğini adresleyen olası çözümlerin tanımlanması” için²¹⁵ ile ulusal dolaşımı da kapsayan bir Sektör Araştırması sonucunda, “hem yasal incelemelerin yanı sıra ilk bulgular, hem de bu amaçla önerilen önlemlerin” sadece uluslararası dolaşım²¹⁶ için incelenmiş, “ulusal dolaşım”ın ise doküman kapsamından çıkartılmıştır.

10.7. Rekabet Kurumu'nun Kararlarındaki Uygunsuzluk

Prof. Dr. TAN, ulusal dolaşım sorunun çözümünde iki kurumun birden yetkili olması mümkün olamayacağını, “ancak konusuna göre, kurumlardan yalnız birinin karar verme yetkisine sahip olduğunu”²¹⁷ ve bu konuda Rekabet Kurulu'nun **yetkili olmadığını** ve Telekomünikasyon Kurumu'nun **yetkili olduğunu** belirtmekte,²¹⁸ ancak yine de Rekabet Kurulu tarafından bir karar alınması durumunda;

“Rekabet Kurulunun, Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım anlaşması yapmayı reddederek 4054 sayılı Yasanın 6ncı maddesinin birinci fıkrasına göre rekabet ihlali oluşturdukları sonucuna vararak, bu aşamada aynı Yasanın 9uncu maddesinin 3üncü fıkrası uyarınca, “ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin” görüşünün yazılı olarak bildirilmesi yoluna gitmesi durumunda, 406 sayılı Yasanın 4502 sayılı Yasa ile değişik 10uncu maddesi ile Telekomünikasyon Kurumuna verilen yetkiyi kullanmak durumuna düşebileceği”

uyarılarını yapmıştır. Buna rağmen Rekabet Kurulu tarafından;

Bu tespitler ışığında, Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında hakim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak, GSM hizmetleri pazarına rakiplerinin girmesine engel olan eylemleriyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesini ihlal ettiklerine,

Bu ihlalleri nedeniyle aynı Kanunun 16. Maddesi uyarınca kastın varlığı, kusurun ağırlığı, Turkcell A.Ş. ve Telsim A.Ş.'nin pazar içindeki güçleri ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlar dikkate alınarak para cezası verilmesine

²¹⁵ European Commission, DG Competition, Working Document on the Initial Findings, 13.December.2000, p.3

²¹⁶ European Commission, DG Competition, Working Document on the Initial Findings, 13.December.2000, p.10

²¹⁷ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

²¹⁸ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002

karar verilmiştir. Rekabet Kurulu'nun en son ve en çarpıcı kararı ise;

“Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi yada kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşulu ile 4054 sayılı Kanunun 9/1. Maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesi” dir.

Kurul kararlarındaki en çarpıcı olan nokta; Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Kurumu'nun bir “**üst ve onay mercii**” sonucu çıkartılabilecek ifadeleridir. Diğer yandan, Telekomünikasyon Kurumu “*Bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi yada kaçınılması gereken davranışların*”;

Saptanmasından kaçınırsa,

Saptar, ancak Rekabet Kurumu'na bildirmezse,

Saptar ve Rekabet Kurumu'na bildirir, ancak “*Rekabet Kurulu'nca benimsenmezse*”

durum daha da karmaşıklaşacaktır.

11. Sonuç

Telekomünikasyon sektöründe en temel unsurlardan biri olarak değerlendirilen “**erişim**” konusu, düzenleme ve uygulamalar açısından oturmuş bir kavramdır. Ancak genelde “**erişim**” ile, özelde ise “**arabağlantı**” kavramları ile karıştırılan “**ulusal dolaşım**” konusunda bazı tartışmalar gündeme gelmiştir.

Telekomünikasyon alanında, rekabete ilk açılan pazar olma niteliğine sahip olan GSM (2G) sektöründe, pazara yeni giren işletmecilerin, giriş sürecini altyapılarından bağımsız olarak hızlandırmak için tercih ettikleri “**ulusal dolaşım**” konusundaki (*sınırlı olmakla birlikte gündeme gelen*) bu tartışmalar, Avrupa Parlamentosu tarafından²¹⁹ yapılan tanımlar ile bitirilmiş ve bu gerekçeye dayanılarak yeni düzenlemelerde²²⁰ ulusal dolaşım bir erişim yöntemi olarak yer almamıştır.

²¹⁹ Avrupa Parlamentosu, Erişim ve Arabağlantı Direktifi Taslağı Üzerine Rapor, Renato Brunetta, A5-0061/2001, 14.Feb.2001 p.47

²²⁰ 2000/0186 (COD) PE-CONS 3670/01 (Access Directive)

Diğer taraftan, "**ulusal dolaşım**" konusu İtalya ve Danimarka'da "**yasal yükümlülük**" olarak tanımlanırken, Almanya ve Hollanda gibi ülkelerde "**ticari**" anlaşmalara dayalı olarak serbest bırakılmış, Fransa ve İngiltere gibi bazı ülkelerde ise "**yasaklanmıştır**". Telekomünikasyon alanındaki düzenleyici otoriteler ve/veya rekabet otoriteleri tarafından ele alınarak incelendiği toplam iki örnek mevcuttur.

Birincisi, GSM sektöründe zorunlu unsur doktrininin değerlendirildiği tek ülke olan Avustralya'dır. ACCC ulusal dolaşım konusunda yaptığı incelemede, "**ulusal dolaşım**"ın nitelik itibariyle zorunlu unsurdan farklı olduğu belirterek²²¹ "*yeni işletmecilerin pazara girişi konusunda kesinlikle zorunlu unsur olmadığı kararı*"²²² vermiştir. ACCC ayrıca, ulusal dolaşımın ticari olarak sunulmaması durumunda, pazara müdahale etmeyeceğini bildirmiştir.²²³

İkincisi ise, Fin Rekabet Otoritesi FCA tarafından ulusal dolaşım konusunda yapılan benzer bir incelemedir. FICORA ve Fin Ulaştırma Bakanlığı da ulusal dolaşımın zorunlu unsur olmadığı yönünde karar vermişlerdir.²²⁴ Özellikle birlikte hakimiyet kavramının en kapsamlı olarak tartışıldığı inceleme²²⁵ olarak kabul edilen bu inceleme sonucunda ise, Türk Rekabet Kurumu'nun aksine, mevcut iki GSM işletmecisinin (*Ocak.2002 itibarı ile pazar payları; %57 ve %37, kapsama alanları; %99 ve %98*) GSM altyapı piyasasında ne "**ayrı ayrı**" ne de "**birlikte hakim**" konumda bulunmadıkları kararı verilmiş ve gerekçeleri ile birlikte bu karar Fin Rekabet Konseyi tarafından da onaylanmıştır.²²⁶

Bu konuda Fin Ulaştırma Bakanlığı ise,²²⁷ ulusal dolaşımın zorunlu tutulmayacağını ve eğer "**ticari temelde**" bir dolaşım sözleşmesi imzalanmıyorsa, bunun nedeni ticari açıdan ulusal dolaşıma ihtiyaç duyulmaması olarak değerlendirdiğini belirtmektedir.

²²¹ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFPE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36

²²² STUDY FOR EC DG INFORMATION SOCIETY (Fixed/Mobile Convergence And The 1999 Review), Jan.2000 p.299~30

²²³ OECD, Competition And Regulation Issues In Telecommunications, DAFPE/COMP(2002)6, 01Feb2002 p.36

²²⁴ Overview of Finnish Telecommunications Policy, (<http://www.mintc.fi/www/sivut/english/tele/telecommunications/index.html>)

²²⁵ Stenborg, Forest for the Trees: Economics of Oligopolistic Dominance, 2003

²²⁶ Finnish Competition Authority Yearbook 2002 p.22.

²²⁷ Overview of Finnish Telecommunications Policy, (<http://www.mintc.fi/www/sivut/english/tele/telecommunications/index.html>)

Türkiye'de ise yasa ile kendisine verilen görev ve yetkileri aşarak müdahale eden²²⁸ Telekomünikasyon Kurumu, ulusal dolaşım ile ilgili olarak “İş-Tim'in ulusal roaming ile ilgili talebinin **fiyat haricinde** kapasite ve süre açısından makul, ekonomik açıdan oranlı ve dahilinde olduğu” görüşündedir. Buna karşın, 28.Ocak.2003 tarihinde kabul edilen 4502 sayılı yasanın 1. Maddesindeki “teknik uyumluluk şartları saklı kalmak” önkoşulu ile aynı yasanın arabağlantıyı düzenleyen 6. maddesindeki “teknik açıdan imkan dahilinde” olma hükmüne aykırı olarak, taraflar arasında hiç gündeme gelmeyen ve ETSI ile GSMA standartlarında yer almadığı açıkça belirtilen “**şebekeler arası handover**” ve uygulamasının ciddi bir yatırım ve uzun bir uygulama süresi getirdiği belirtilen “**CAMEL roaming**” özelliklerini nedeni ve kaynağı belirsiz biçimde düzenlemeye koymuştur. Üstelik Telekomünikasyon Kurumu'nun şirketlere yeni yatırım yapma emri verme yetkisi de bulunmamaktadır. Daha sonra da Rekabet Kurumu, T.C. Ulaştırma Bakanlığına gönderilen ulusal dolaşım sözleşmelerinin **tamamen ticari nitelik gösterdiği** ve “*roaming anlaşmalarının zorunlu tutulması, piyasada daha önceden faaliyet göstermeye başlamış, yatırım yaparak kendi şebekesini kurmuş teşebbüsler açısından dezavantajlı olacak, piyasaya yeni girecek teşebbüsü de çok büyük yatırım maliyetinden kurtarması nedeniyle rakipleri karşısında avantajlı ve rekabeti bozucu bir duruma getirecektir. Bu nedenle zorunluluğun bu aşamada getirilmesi uygun olmayacağı*”²²⁹ uyarısının aksine, ulusal dolaşımın zorunlu unsur olduğunu, bu unsuru elinde bulunduran işletmecilerin birlikte hakimiyet oluşturduklarını ve haklı gerekçe olmaksızın ulusal dolaşımı birlikte reddederek hakim konumlarını “**kötüye kullandıklarını**” ileri sürerek, bu işletmecileri cezalandırmıştır.

Halbuki, hem ACC hem de Fin Ulaştırma bakanlığı tarafından “**ticari bir uygulama**” olduğu belirtilmiş olan ulusal dolaşım konusunda Avrupa Parlamentosu da,²³⁰ “*erişim ve dolaşımın aynı biçimde değerlendirilmesinin, kaçınılmaz olarak dolaşımın da maliyet tabanlı olarak sağlanmasına yol açacağı*” riskini özellikle vurgulamıştır.

Bu gelişmeler sonucunda, her iki kurumun da ulaştıkları sonuç yanıltıcı ve tartışmalı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, yapılan müdahaleler, sorunu çözmediği gibi (*beklenenin aksine*) daha da karmaşıklaşmasına yol açmıştır.

²²⁸ Doç.Dr. Ali ULUSOY, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara. Ekim.2002 s.101-102

²²⁹ Rekabet Kurulu'nun 26.11.1998 tarih ve 2439 sayı ile T.C. Ulaştırma Bakanlığına gönderdiği Görüş.

²³⁰ Avrupa Parlamentosu, Erişim ve Arabağlantı Direktifi Taslağı Üzerine Rapor, R.Bunetta, A5-0061/2001, 14.Feb.2001 p.47

Sonuçta, ulusal dolaşım konusundaki gelişmeler en kısa ve en açık olarak;²³¹

“Ulusal roaming konusunda İŞ-TİM ile Turkcell ve Telsim arasında anlaşma sağlanması yasal bir zorunluluk olması ve bu konuda yetkili organın Telekomünikasyon Kurumu olmasına karşın taraflar, Telekomünikasyon Kurumu yanında Rekabet Kurumu'na da başvurup; ayrıca adli yargıda ihtiyati tedbir isteme, idari yargıda da iptal davası açma yoluna gitmek suretiyle sorunun çözümünü karmaşık hale getirmişlerdir.”

Biçiminde özetlenebilir.

Ancak, “sorunu karmaşık hale getirenler” işletmeciler olsa bile, tüm dünyada “**ticari temelde**” çözülmesi öngörülen bu “sorunun çözümünü karmaşık hale getirenler” ise hiç kuşkusuz ki, çözüm konusunda görevli ve yetkili olanlar ile böyle olduğunu ileri sürerek müdahil olma yoluna giden Kurumlardır.

Nitekim bugün gelinen nokta, rekabetin olduğu diğer konularda olduğu gibi, ulusal dolaşım konusunda da devlet müdahalesinin doğru ve mantıklı olmadığını, doğru ve mantıklı olan noktalarda ise, tarafların zaten anlayabileceklerini göstermiştir. Bu konuda da piyasa mekanizmasına güvenmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

SORU ve CEVAPLAR

Tuncay SONGÖR (Rekabet Kurulu 2. Başkanı)- Ejder Hocamı epeyidir göremiyordum, irtibat da kuramıyordum. Yakalamışken, çabuk olmak kaydıyla dört soru sormak istiyorum. Diğer sorular da var biliyorum, ama Ejder Hocam bilahare de bana bunları cevaplayabilir.

Şimdi konuşmanızda siz de söylediniz; bizim 15'inci maddede bir değişiklik oldu. Bu 15'inci maddede, ilgililer, istenilen bilgi, belge, defter vesair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdürler. Yerinde incelemenin engellenmesi ve engellenme olasılığının bulunması hâlinde sulh ceza hâkimi kararıyla yerinde inceleme yapılır. Bu değişikliği biz yaptık. Tabii ki şuna da

²³¹ Prof.Dr.Turgut TAN, Rekabet Kurulu Başkanı'na Sunulan Ulusal Dolaşım Konusundaki Hukuki Mütalaa, 27.02.2002, s.10

katılıyorsunuz: Hiç bilgi vermeyenlere de evleviyetle ceza verilir düşüncesine tahmin ediyorum katılıyorsunuz yasamızda düzenlenmemesine rağmen. Şimdi, acaba bu maddeye bakış açımız nasıldır. Bu yerinde inceleme talebini yerine getirmediği zaman teşebbüs, bizim 16'ncı maddede bir cezamız var, bu madde zımni olarak bu 16'ncı maddeyi yürürlükten kaldırmış mıdır? Yani sulh ceza hâkiminden illa bir karar aldıktan sonra mı bu ceza hükmünü uygulamamız lazım? Bununla ilgili düşüncenizi almak isterim.

İkincisi, biliyoruz, ceza hukukunda ve usul hukukunda ben de hâkimlik yaptım, bizim duruşmada yaptığımız her hareket, sağa-sola bakacağımıza kadar belirlenmiştir. Tabii tutanaklarımız da vardır; kim imzalayacak, nasıl imzalayacak?.. Şimdi, burada bir sözlü savunma toplantısı usulü getirilmiş. Burada tutanak meselesi hiç hâledilmemiş. Biz bunu nasıl hâletmeliyiz? Şimdi teknoloji var. teknolojiden yararlanıyoruz, bantlara kaydediyoruz. Diyelim o da yoktu. Biz bunu nasıl hâledebiliriz, bir öneriniz olabilir mi?

Yine, bizim şu 4054 Sayılı Yasada “...” ilkesi var. Bu “...” ilkesi biliyorsunuz doğruya ulaşmak için, doğru kararı vermek için her türlü yöntemi zorlamak anlamına gelir bir yerde. Fakat, sözlü savunma toplantılarında da 7 gün önceden delilleri sunma mecburiyeti var. Burada tebliğinizde zamanınız az olduğu için gelediniz oraya, değinemediniz, okudum. Doğruyu bulmak amaç olduğuna göre, 7 gün önceden teşebbüs tanığını bildirmede, sözlü savunma toplantı sırasında da tanığını getirdi, siz burada dinlenemez diyorsunuz. Fakat amaç da doğruyu bulmak. Bu tanığı dinlemeli miyiz? Bununla ilgili düşüncenizi almak isterim.

Yine, soruşturmalar neticesinde, soruşturma sırasında bir uzman heyeti tayin ediliyor, kanun gereği başına da soruşturma heyeti başkanı konuyor, kurul üyelerinden birisi. O soruşturma süresince kurulun hiçbir şekilde soruşturmaya müdahale hakkı yok. Nereye kadar? Rapor verilene kadar. Soruşturma yapıldı, altı ay sürdü. Uzmanlar, uzman olduklarına katılıyorum; siz de burada belirttiniz. Heyet başkanıyla beraber soruşturmayı yaptılar, fakat bazı şeyleri de dinlemediler, toplayamadılar. Soruşturma raporu kurulun önüne geldi. Bizim hukukta dediğimiz bir delil yetersizliği mevzuu var. Şimdi, bizim yasamızda bu delil yetersizliğiyle ilgili olarak ne yapacağız? Vereceğimiz kararlara kadar bizim ceza usulde ve medeni usulde belirlendiğine göre, burada bu belirlilik yok. Delil yetersizliği...

Tevsi tahkikat dediğimiz olaya gidebilir miyiz, bu yol bize kapalı mı veya gidemiyorsak delil yetersizliğinden beraat diyelim biz ona, beraat şeklinde bir karar verebilir miyiz?

Prof. Dr. Ejder YILMAZ- Elbette Rekabet Kanunumuz küçük bir kanun. Her şey onun içinde yok. Ama biliyorsunuz, kanunlarda her şey olmayınca, bunlar bunun dışında, bir şey yapamayacağız anlamına gelmiyor. Bana sorarsanız, en son sorunuzdan başlayarak cevaplandırıyorum, eğer gerçekten soruşturma eksik kaldıysa, burada tevsî tahkikata gidilebilmelidir sürelerle uymak koşuluyla. Yok, ama bunu yaratabilirsiniz diye değerlendiriyorum, yani kanunda olmamasına rağmen ...bilirsiniz diye değerlendiriyorum. Neden? Siz resen araştırma yapıyorsunuz. Hakikati bulmak durumundasınız. Hukuk yargıcı gibi değilsiniz. Hatta burada sizin yetkileriniz belki idarî açıdan mahkemeden daha da farklı değerlendirilmekte. Yani mahkemedeki kurallardan yararlanabilirsiniz, onun dışında yeni kurallar da getirebilirsiniz. Ufkun daha açık olması lazım diye düşünüyorum.

Bundan önceki sorunuz şu 7 gün meselesiydi. Aslında tebliğimde söylemiştim, dinleyicilerin de katılması bakımından; taraflar delillerini, nasıl ki Rekabet Kuruluna, bana bütün delilleri ver diyor, dosyayı bilme hakkım var diyor, dosyaya giriyor, taraflar da delillerini Rekabet Kuruluna sunabilirler. Ancak kanunumuzda açıkça diyor ki, “sözlü savunma toplantısından önce, 7 gün önce deliller verilmemişse”, yani 7 günlük bir marj bırakmış, “bir daha o deliller sunulamaz” diyor. Aslında bu cümle beni gerçekten rahatsız ediyor. Tebliğimde de bir miktar var. Rahatsız ediyor. 6’ncı gün, 5’inci gün niye sunulmasın? Ama şu tehlike var, şunu engellemek için o konulmuş: Sözlü savunma toplantısına gelindi. Daha evvel hiç belli etmediği iki tane klasörü Rekabet Kurulunun önüne koyacak olursa bu işi uzatır diye düşünmüş kanun koyucu. O nedenle 7 günlük bir süre getirmiş diye değerlendiriyorum. Ama, dediğinize şu yönde katılıyorum: 7 güne riayet etmeli. Hangi amaçla? Eğer davayı uzatma yönünde bir sakınca varsa 7 güne uymalı, ama buyurduğunuz örnekte, tanığın da getirmişse, hazır etmişse bir uzatma söz konusu, tanık dinlenecek, daha başka güne ertelemeye gerek yok, tanık dinlenebilmeli diye değerlendiriyorum. Tebliğimde de sanki buna benzer, gözden geçirilmeli diye, buna yakın şeyler söylenmektedir.

Tutanak düzenlemeyle ilgili gerçekten bir şey yok. Ama şunu söyleyeyim: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tutanak düzenlemeyle ilgili ayrıntılar var; ama çağdaş gelişmeler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yok. Steno tutma yahut teybe alma yok. Ama ben inanıyorum ki, bir süre sonra teybe alma suretiyle, ...hatta videoya alma gibi hususlar yargılanma hukuklarına da girebilir diye düşünüyorum.

Bizim kanunda tutanak düzenlenmesiyle ilgili bir açıklama yok. Ama belki böyle bir ilke getirebilirsiniz. Çünkü, tutanak, görüşmelerin bir anlamda daha sonra hatırlanmasını ve karara geçirilmesini sağlaması yönüyle yararlı olur

diye düşünüyorum. Yani kanun değişikliğine burada gerek yok, tutanak düzenleyebilmelidir diye düşünüyorum.

İlk sorunuz, gerçekten sulh ceza hâkimine verilen yetkiyle 16'ncı maddenin yürürlükten kalkıp kalkmadığı tartışılabilir. Ama benim düşüncem şu: Eskiden beri çalışmaları yakından bildiğim için, gerçekten zorluk çekiliyordu. Sırf o zorluğu aşmak için arama yetkisi, daha doğrusu ceza hakiminden karar alma yetkisi getirildi. Sanıyorum ki, 16'ncı maddede bunun yansımaları düşünülemedi. Yanılıyorsam lütfen beni uyarın. O nedenle, yorumu ben şöyle düşünüyorum: 16'ncı maddedeki hüküm yürürlükten kalktı dersiniz, o zaman, sizin, kanun koyucunun daha doğrusu düşündüğünden daha farklı bir yere gelebilirsiniz diye endişe ediyorum. 16'ncı maddenin yürürlükten kalktığı onun için kolay söyleyemiyorum şahsi kanaatim.

Mehmet Ali İNCEEFE- Ben hukuk dışından biri olarak, bir merakımı gidermek için Nurkut Beye bir soru yöneltmek istiyorum.

Geçenlerde gazetelerde yayınlandı; Rekabet Kurulu sanıyorum TÜRSAB'la ilgili bir karar almış. Bu kararda önemli para cezası vermiş. Şimdi benim sorum, bu kararda verilen cezanın yüksek olması durumu, bu, o Kurumu ödeme sıkıntısı içine sokabilir mi, bu itiraz edilebilir mi, bu karara? Bir de, bu bir takdir meselesi midir? Yani benim anladığım, giriş ücreti fazla yükseltilmiş. Şimdi burada, yine gazetede Kurum Başkanı, TÜRSAB Başkanı, bu Yönetim Kurulumuzun takdirindedir, yüksek tutabiliriz diyordu üye aidatını. Şimdi, sonuçta Rekabet Kurumu bunu her hâlde uygun görmüyor. Şimdi, bu bir takdir meselesi midir, yani hukuka ne ölçüde uygundur?

Av. Nurkut İNAN- Efendim, bu soruyu sorduğunuz çok iyi oldu. Çünkü benim de çok sevdiğim meslektaşım Ejder'e soracağım bir sorunun, bu sorunun cevabını verirken o soru da oradan çıkacak. İzin verirseniz ondan sonra da Ejder'e söz verelim.

Şimdi efendim, para cezalarının verilmesi tabii ki Rekabet Kurulunun takdirinde. Buna hiç şey yok. Yalnız, Rekabet Kurulunun bu takdir hakkını nasıl kullanacağı, idare hukuku prensiplerini bir yana bırakın, idare hukuku prensipleri içinde de var; ayrıca 16'ncı maddede yazılmış. İşte kusurun ağırlığı, kastın varlığı, muhtemel zararın ağırlığı, bunları göz önünde tutar.

Prof. Dr. Ercüment ERDEM- Önce Murat Beye şunu sormak istiyorum: Sınır ötesi uygulamalarda sorunlar olabilir dedi. Acaba Rekabet Kurumunun sınır ötesi uygulamalara ilişkin kararı var mı bizim dikkatimizden kaçmış olabilen. Ve bu "Boing" kararına değindiniz. Yanlış hatırlamıyorsam bir de "Genkor Lanro" kararı var. Bu Genkor Lanro kararında da, yine yanlış

hatırlamıyorsam bir yasaklama var, yani gerçek anlamda bir sınır ötesi yaptırım söz konusu oldu. Bu konudaki görüşünüzü rica edeceğim.

Sayın Barış Ekti'ye de şunu sormak istiyorum: Eğer yanlış anladıysam beni düzeltin; dikey anlaşmaların siz 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmesini savundunuz. Bu konuda bilgi istirham edeceğim.

Ayşe Odman BOZTOSUN- Ben Sayın Ayber'e bir soru sormak istiyorum, yine Sayın Erdem'in sorusuyla bağlantılı.

Hakikaten Rekabet Kanununa baktığımızda etki teorisini kabul ettiği görülüyor. Böyle bir karar var mı; bir. Eğer yoksa, farazi olarak böyle bir durum söz konusu olduğunda hakikaten Rekabet Kurumu bu kuralı uygulayacak yetkiyi ve infaz gücünü diyeyim, kendisinde görüyor mu?

Sayın Ekti'ye sorum da şöyle: Bu dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın kapatılması konusu çerçevesinde kanunun 4'üncü maddesinin E bendinde belirtilen münhasır bayilik hariç olmak üzere edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartlar uygulanması maddesi nasıl değerlendiriliyor? Çünkü, sanırım bu madde de gündeme gelebilir. Acaba böyle bir kavramın hariç tutulmuş olmasının nedeni nedir ve etkiliyor mu hakikaten Rekabet Kurumunun uygulamalarını, özellikle Türkiye'deki piyasaların durumu düşünüldüğünde, bayilikler sistemi düşünüldüğünde?

İsmail Atalay YOLCU (Rekabet Uzmanı)- Bildiğimiz gibi, Gümrük Birliği kararında, 1/95 sayılı Gümrük Birliği kararında rekabet hukuku alanında Türkiye'nin uyumlaştırması gereken alanların düzenlendiği bir bölüm var ve o bölümün sonunda da, belirli yükümlülükler yerine getirildikten sonra Avrupa Birliği'yle Türkiye arasında ticareti etkileyen dosyalar bakımından daha somut kuralların tespit edilebilmesi için bir uygulama anlaşması yapılacağından söz ediliyordu. Bu hüküm hâlâ yerinde duruyor. Ama böyle bir somut anlaşma bugüne kadar tesis edilemedi, devlet yardımları konusu da dahil buna; Rekabet hukuku deyince yalnızca antitröst hükümleri değil.

Neticede şuraya gelmek istiyorum: Bu anlaşma tesis edilene kadar yaptırım bakımından Dünya Ticaret Örgütü çerçevesindeki kurallara yapılan bir atıf var. Yani Avrupa Birliği'yle Türkiye arasındaki ticareti etkileyen davalarda rekabet hukukunun yaptırımları çerçevesinde sonuç alınamayacağı için, çünkü somut kurallar yok ortada, burada Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki kurallara atıfta bulunuyor; o mekanizmalar işletilsin, bu kurallar tespit edilene kadar.

Temelde sorum şu: Rekabet hukukunun yaptırımlarıyla Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki yaptırımlar açısından sonuçlar bakımından ne farklılık var. Yani, bu mekanizmalar neden Dünya Ticaret Örgütü bünyesindeki

mekanizmalar bize bir alternatif olarak sunulmuş bu belgede; bunu öğrenmek istiyorum.

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP- Sayın Barış Ekti'ye küçük bir kısa soru sormak istiyorum.

Soru şu: Dikey anlaşmalar yoluyla piyasanın kapatılmasında, ben tebliğinden öyle bir intiba aldım ki, piyasayı bu şekilde ancak, aynı zamanda hâkim durumda olanlar kapatabilir, acaba bu unsur var mıdır? Yoksa mesele, ki biraz evvel Nurkut İnan, 6'ncı madde derken belki onu da kastetti, halbuki dikey anlaşmalar esas itibarıyla 4'üncü maddenin kapsamındadır, bu konuda açıklama rica ediyorum.

Murat AYBER (Rekabet Uzmanı)- Her şeyden önce, sınır ötesi uygulamaların ülkemizde henüz benim bilgim dahilinde bir uygulaması, bir örneği olmadı. Ben, Sayın Başkanım ve ikinci Başkanıma da bakıyorum. Ben birtakım dosyalarda bilfiil çalıştım ama, bilgimiz haricinde bir uygulama olmadı. Onların da onayını aldım. Dolayısıyla daha rahatça söyleyebilirim.

Türk Rekabet Kurumu şu ana kadar, orijinal terimiyle "Extraterrestrial", yani sınır ötesi uygulamaya ilişkin herhangi bir karar almamıştır. Halbuki, Amerika Birleşik Devletleri'nde başta olmak üzere bu kararlardan çok sayıda alınmıştır. Hatta bu kararların neticesinde bazı Japon işadamlarının hapse atıldığına dahi şahit olmuş bulunuyoruz. Bu ne şekilde uygulanır? ABD pazarını etkileyen, özellikle ihracatçıların bir araya gelip fiyat belirlemesi, hatta daha yakın zamanda Amerikan firmalarıyla birlikte bir kartel oluşturması hâllerinde, bunun yakalanması hâlinde gerekli müeyyideler uygulanabilmektedir. Hatta Amerika Birleşik Devletleri'nde, bahsettiğim ve birçoğunuzun da bildiği gibi hapis cezası söz konusu olabilmektedir bu kartel anlaşmasını imzalayan ve yürüten şirket yöneticilerine. Dolayısıyla bunun çok sayıda örneği vardır. Tabii sizin de belirttiğiniz karar da bunlardan bir tanesi. Niçin "Boing Mc. Donald's" örneğini verdim? Çünkü, benim kanımca bunu uygulamaktan ülkeler çekinir. Çünkü bir defa tek taraflı bir karar olacaktır. Yani biz kendi mahkememizde ya da kurumumuzda bir karar alacağız ve yabancı kökenli bir şirketi ve onun yetkilisini suçlayacağız, onlara bir yaptırım uygulayacağız. Bunun uluslararası bir temyiz makamı yok. Belki tahkime gidilir vesaire ama, temyiz olanağı yok ve misilleme gelme olasılığı çok yüksek. Yani ABD bunu Japonya'ya karşı yaptığı zaman Japonya da ABD'ye karşı yapabilir. O yüzden benim söylemek istediğim şu kadardı: Üye ülkeler bunu mümkün olduğunca kullanmaktan çekinirler, özellikle Avrupa Komisyonu, Mc. Donald Douglas" kararında, bir devralma olayında bunu kullanmayı tabiatıyla düşünmüş, uygulama aşamasına gelmiş, ama daha sonra yürütülen birtakım müzakereler sonucu bundan vazgeçmiştir. Ama bu sınır ötesi uygulamaların çok sayıda örneği vardır; özellikle ABD

makamları tarafından bu çok defalarca uygulanmıştır gerek birleşme davlarında, gerekse, özellikle kartel davalarında bu çok sayıda örneğiyle karşılaşmış bulunuyoruz.

Etki teorisini ilişkin karar var mı; Ayşe Hanımın sorusu. Dediğim gibi, bizim Rekabet Kurumumuz tarafından böyle bir karar şu ana kadar alınmadı.

Bir Katılımcı- Anlaşılmadı

Murat AYBER- Anladım. Biraz yeni bir karardı. Tamam. Henüz güncellenmediği için evet. Anladım.

Bir Katılımcı- Yani kabul ediyoruz bunu.

Murat AYBER- Muhakkak. O zaman kanunumuzda da yazıyor; etki teorimiz var. Hatta o konuda çok kıymetli tezler de var Kurumumuzda hazırlanmış. Ama pratikte, ben de şimdi öğreniyorum, çok yeni bir kararımız da oldu, ama onun da gerekçesi henüz yazılmadığı için, karar henüz yazılmadığı için üzerinde çok fazla konuşamayacağız.

Bunun yanı sıra, Avrupa Birliği'yle aramızda bir Gümrük Birliği anlaşması var. Bu anlaşmaya istinaden tabii birtakım Türkiye'nin de, Avrupa Birliği'nin de bazı yükümlülükleri var. Fakat şu anda rekabetle ilişkili ticarî ihtilaflarda Dünya Ticaret Örgütünün kanunları uygulanmakta. Sonuçta bir kolluk kuvveti yoktur devletler genel hukukunda. AB buna karşı ne yapabilir? O da belli bir yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. Bunu, doğrudan misillime yapıyor mu şu anda Avrupa Birliği; açıkçası çok emin değilim. Ama Türkiye'nin, dediğim gibi, devlet yardımları konusundaki taahhüdünü yerine getirmemesi ciddi şekilde eleştirilmekte Avrupa Birliği tarafından. Biz de konunun en kısa zamanda bir çözüme bağlanacağını umut ediyoruz.

Barış EKDİ (Rekabet Uzmanı)- Hem sizin sorunuza hem de Ercüment Beyin sorusuna aynı anda cevap vermeye çalışmış olacağım. Bu konu aslında tebliğin son kısmında, sunuşumun son kısmında daha doğrusu biraz hızlı hareket etmemden kaynaklandı sanırım. Orada ifade etmeyi unuttum, bir-iki noktayı. Belki bir yerde Türkcell kararlarını daha açsaydım burada rahatlıkla o görülecekti.

Şimdi, biz 4'üncü madde kapsamında bir dikey anlaşmayı değerlendirirken, en basit bir bayilik anlaşması diyelim, orada taraflar grup muafiyet tebliğleri çerçevesinde çeşitli kısıtlamalar gündeme getirebilirler. Ama bu "Biryay" somutunda örneğin bir dağıtım şirketiyle bir bayi, yani bir gazete satıcısı arasındaki anlaşmadır. Ve bu anlaşma, bizzat kendisi bu anlaşma tek başına rekabet hukuku açısından bir sorun yaratmayabilir, tebliği kapsamında muafiyete tâbi olabilir. Ancak, bu anlaşmaların piyasadaki kümülatif etkisi çok

farklı bir sonuç doğurabilir. Yani 1 anlaşma değil, 20 bin tane bayiiyle yapılan bir anlaşma söz konusu olabilir. Anlaşmalar, şeylerine bakıldığında, uygulamalarına yahut da metinlerine bakıldığında çok rahat bir şekilde bu anlaşmalar grup muafiyeti tebliğleri çerçevesinde yer alabilir. Diğer yandan, bu anlaşmalarla sağlanan, tanınan bu münhasırlık hakkı başka şirketlerin piyasaya girmesine de engel olabilir. Ortada böyle ikili bir durum var. Bu tebliğimiz özellikle de bunu amaçlayabilir, teşebbüsler. İşte Biryay kararında ve Türkcell kararında karşımıza çıkan şeydu: Anlaşmaların kimisi tebliğ kapsamındaydı, kimisi tebliğ kapsamına da girmeyen nitelikte anlaşmalardı. Fakat tek başlarına değil de, bunların kümülatif etkisi nedeniyle o piyasaya giriş engelleniyordu. Bu da belirli bir, bu anlaşmayı yapmak ve uygulamak da beraberinde bir pazar gücü gerekliliğini getiriyor. Hem literatür açısından, hem de Biryay kararına ve Türkcell kararına baktığımızda, kararlarda şöyle ifade geçer: Örneğin Biryay'daki anlaşmaların bir kısmı 4'üncü maddeye uygun olmasına rağmen, bu anlaşmaların uygulanması sonucunda piyasada çıkan, piyasadaki toplam etki ve özellikle bu anlaşmaların uygulanış tarzı, yani anlaşma metnini ya da bunları uygulama şekli, örneğin münhasırlık yokken, tam rakip geleceken münhasırlık şartı getirmeleri bu anlaşmalara, özellikle bir rakibin piyasaya girişini engellemeye yönelik olarak, yani bunların hâkim durumu kötüye kullanma aracı olarak öne sürülmesine neden oluyor. Dolayısıyla benim anlatmaya çalıştığım şeydu: Anlaşmaların bizatihi kendisi grup muafiyeti tebliğleri çerçevesinde oldukça masum görülseler dahi, 20 bin tane aynı nitelikteki anlaşmanın piyasaya etkisi, eğer bu anlaşmaların bir tarafı hâkim durumda olan bir teşebbüse, piyasaya etkisi hiç de bu bizim rekabeti geliştirme yahut da zımnin, çünkü tebliğlerde biz şeyi kabul ediyoruz, 5'inci maddedeki şartları sağladığını kabul ediyoruz zaten bu anlaşmaların, fakat bunlara tamamıyla ters etkiler doğurabiliyor bu anlaşmalar. İki şeyde o vardı. Örneğin “...” kararında Avrupa'da çok farklı bir şekilde ele alınmıştı. Orada o ayrıntıya girmedim. Orada da bira anlaşmaları vardı. 80 tane diyelim bira üreticisi var; hepsi dikey anlaşma yapıyor, pardon, 26 tane var, 80 küsur da şey var, giriş yapmak isteyen diyor ki, kardeşim, her tarafta bira anlaşması yapan, dikey anlaşma yapanlar var, ben bu piyasada kendime yer bulamıyorum. Şimdi, bu çerçevede bir piyasanın kapatılmasından söz etmek başka bir şey, bir de teşebbüslerin bilinçli olarak bu anlaşmaları, işte o yüzde 30'luk pazar payının getirilmesi önerisinin arkasında bu vardır. Hâkim durumdaki teşebbüsler özellikle bu anlaşmaları yaparlarsa, bu anlaşmaların daha bir farklı etkisi olur, toplam etkisi piyasada. Bu nedenle dikkatli incelenmelidir. Kaldı ki, bizim tebliğimizde şey vardır, işte 2002 sayılı tebliğin 6'ncı maddesi şey der, eğer bu anlaşmalar hakim durumun kötüye kullanılması amacına yönelirse yahut da bu tebliğle sağlanan muafiyet geri alınabilir yahut da bu tebliğle sağlanan muafiyet hakim durumun kötüye kullanılmasına cevaz verecek şekilde yorumlanamaz tarzında ifade vardır.

Benim anlatmaya çalıştığım o yüzden buydu. Yani dikey anlaşmalar 4'üncü madde kapsamındadır, ancak bunların uygulanması, her ne kadar 4'ten muafiyet alsalar bile bunların uygulanması 6'ncı madde çerçevesinde bir ihlale yol açabilir. O nedenle, belirli pazar payı üzerindeki teşebbüslerin dikey anlaşmalarının, kurumumuzda bireysel muafiyete tâbi tutulması, böyle bir grup muafiyeti tebliğinde yer almaktansa, bireysel muafiyete tâbi tutulması gereklidir; benim öncelikle anlatmaya çalıştığım oydu. Fakat hızlı davranmam nedeniyle bu konuyu iyi ifade edemedim.

Aslında orada çok, yani benim açımdan, kanunun gerekçesine bakmak gerekecek diyeceğim ama, gerekçesinde de çok ayrıntılı bir şey olmadığını farkındayım bu 4/E maddesine ilişkin olarak. Uygulamada çok fazla bir şey söylemem mümkün değil. Tek söyleyebileceğim, yani bunların zaten bir, siz de biliyorsunuz, örnekler teşkil ettiği ve bunun da 4'üncü madde uygulamasına etkisini... Ama, buradaki münhasır bayiliğin, şu an uygulamada herhangi bir farklılık yaratıp yaratmadığına, herhangi bir dosyada farklılık yaratıp yaratmadığına ilişkin benim bilgim yok; onu söyleyebilirim. Ha, ne şekilde yaratabilir? O konuda bir açıklaması şu ana kadar hiçbir şey de düşünmüş değilim.

Av. Nurkut İNAN- Şimdi, bu konuda iki meseleyi birbirinden dikkatle ayırmak lazım. Yani, hâkim durumda olan bir firma grup muafiyetinden yararlanır mı, yararlanamaz mı; bu işin başka bir yönüdür, “D...” kararı tamamen başka bir konudur. “D...” kararının söylediği şey şu: Firma hâkim durumda değil. Ama firmanın öyle bir bayilik ağı var ki, biraların perakende satıldığı yerlere başka firmalar giremiyorlar. Buna Adalet Divanı, “bayilik sisteminin kümülatif etkisidir” diyor ve diyor ki, “bir bayilik anlaşmasını değerlendirirken tek bir bayilik anlaşmasına bakmayacaksınız, kümülatif etkiyi de dikkate alacaksınız.” Fakat burada kesin bir sonuca varmamış. Çünkü bu Adalet Divanının “D...” kararı bir yorum kararıdır; mahkemeye talimat veriyor. Mahkeme bundan sonra nasıl bir sonuca varmış onu bilmiyoruz. Ama, iki ayrı konumuz var; hâkim durum başka, kümülatif etki başka.

İsmail Atalay YOLCU- Benim Ercüment Hocama bir sorum vardı. Aslında arada sorma imkanı da bulmuştum ama, önemli gördüğümüz bir mesele, yinelemek istiyorum. O da, konuşmasının bazı bölümünde etkin rekabet kavramından bahsetti; birleşme ve devralmaların denetlenmesinde hâkim durum yaratılıp yaratılmadığı, mevcut bir hâkim durumun güçlendirilip güçlendirilmediği ve bunlara ek olarak, üçüncü test olarak etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı şeklinde. Bizim kanunumuzda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı şeklinde yer alıyor bu ifade. Dolayısıyla hocamın kullandığı “etkin rekabet” terimi yeni bir terimdi bizim açıımızdan. Burada tam olarak neyi kastettiklerini sormuştum. Buna bir basamak ekleyerek

sorumu yinelemek istiyorum. Bu birleşme ve devralmaların denetimi açısından bu yeni kavram nedir ve devralmaların denetlenmesi açısından nasıl bir sonuç yaratır? Yani bu denetimi daha da sertleştirir mi, yoksa bunu yumuşatıcı bir etki mi yaratır.

Prof. Dr. Ercüment ERDEM- Efendim, bu yeni tüzüğün 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen bir meseledir. Bu yeni düzenlemeye göre, tüzük, "efektif Competition"dan söz ediyor. Efektif Competition'dan söz edince akla kaçınılmaz olarak, acaba potansiyel rekabet incelemesi bundan hariç mi tutuldu diye bir soru geliyor. Daha henüz bu tüzükle ilgili doktrinde ciddi bir araştırma yok; onun için ben arada da İsmail Beye aynı şeyi söylemiştim. Burada sadece etkin ve halihazırdaki rekabet dikkate alınmış olabilir. Nasıl olsa hâkim durum incelemesinden vazgeçti ve rekabetin etkilenmesini dikkate aldı, bu nedenle potansiyel rekabeti sarfinazar etmiş olabilir. Bu konuda ben doktrinde fazlaca bir şey göremedim. Açıklama kâğıtlarında da doğrusu gözüme bir şey çarpmamıştı.

Oturum Başkanı (Prof. Dr. Ünal TEKİNALP)-Hemen o zaman size bir soru sorayım.

Siz Rekabet Kuruluna bir mesaj yolladınız; dediniz ki, sen de düzenlemeyi yaparken etkin rekabet unsurunu dikkate al ve düzenlemenin içine koy. Şimdi onlar nasıl bu meseleyi algılayacaklar?

Prof. Dr. Ercüment ERDEM- Şöyle bu meseleyi algılayacaklar: Bizim halihazır düzenlememiz Rekabet Kurulu kararlarına ve uygulamasına bakarsak, aslında ikiye ayırabiliriz: İlk kararlarda hâkim durum yaratılmadığı ve hâkim durumun güçlendirilmediği, dolayısıyla birleşmeye izin verildiği söylenir. Daha sonraki kararlarda hâkim durum yaratılmadığı, hâkim durumun güçlendirilmediği, bu nedenle rekabetin önemli ölçüde etkilenmediği. Benim önerim, bu hâkim durum incelemesine bağlı rekabetin etkilenmesi meselesini bir tarafa bırakalım, hâkim durum incelemesini yine dikkate alalım; ama esas olarak rekabetin etkilenmesini dikkate alalım.

Ayşe Odman BOZTOSUN- Benim sorum Sayın Nurkut İnan Hocaya.

Şimdi, Rekabet Kurulunun verdiği bir karar var; iki cümleyle hemen özetleyeyim. Bir münhasır bayilik sözleşmesine dayanarak davacı olan bir kişi, paralel ticaret yapmak isteyen kişileri engelliyor, yani dağıtım yetkisi verdiği kişiyi korumak amacıyla asıl üretim yapan kişi dava açıyor mahkemede ve davayı kazanıyor. Ve bundan zarar gördüğünü düşünen, paralel ticaret yapan kişiler de Rekabet Kuruluna şikayette bulunuyorlar. Ve Rekabet Kurulunun bu konudaki kararı, her ne kadar bu uygulama Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırı olsa da, bu konuda verilmiş bir mahkeme hükmü bulunduğundan

biz bir şey yapamayız. Yine bunun tekrarı niteliğinde bir başka karar daha var endüstriyel tasarımlarla ilgili. Sizin anlattığımız konular çerçevesinde Yargıtay, mahkemeler, Rekabet Kurulunun kararı olmadan karar veremez derken, bir yandan Rekabet Kurumu, eğer mahkeme kararı varsa ben kesinlikle müdahale edemem diyerek o da mahkemeleri kendisinin üstünde görüyor. Acaba burada uyuşmazlıktan çok bir karşılıklı çekinme mi var? Bu olayın nasıl değerlendirilmesi gerekiyor? Yani halihazırda bir sorun olarak görüyorum.

Bir de, bu Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna aykırılık olgusunun defi veya itiraz olarak ileri sürülebileceğini söylediniz sanırım tebliğinizde, eğer yanlış takip etmediysem. Bunlardan hangisi acaba bunu bir itiraz olarak kabul edip, mahkemenin resen dikkate alması gerektiğini mi düşünmemiz gerekiyor? ki, bence öyle, bunu da iddia ediyorum.

Son olarak, acaba bu özel hukuk hükümlerinden bir karşılık dava açma imkanı üretebilir miyiz, bunun mevcut olduğunu düşünebilir miyiz? Çünkü, eğer Rekabet Kurumu kendisine bir mahkeme hükmü olması hâlinde yetkisiz göreceyse, bu özellikle, bu kanuna aykırılıktan zarar gören kişiler açısından büyük bir tehlike oluşturuyor. Mahkeme hükmü olduğunda bu kişiler son derece korumasız bir durumdalar. Acaba onlara hemen aynı mahkemede ileri sürebilecekleri bir karşılık dava imkanı getirilebilir mi? Yani, “aslında bu hüküm kanuna aykırıdır, hükümsüz olmalı veya ben bu davadan zarar görüyorum, o yüzden tazminat istiyorum...” Ki, Amerika Birleşik Devletleri’nde bunun uygulaması var özellikle fikri mülkiyet hukuku alanında, patentle ilgili davalarda bu kullanılıyor, yani patenti koruyan dava açmanın bir baskı unsuru olarak kullanıldığı durumlarda.

Av. Nurkut İNAN- Şimdi ben biraz uygulamanın gerisinde olabilirim.

Benim hatırladığım kadarıyla Rekabet Kurulunun, adliye mahkemesi karar vermiştir, o nedenle ben bu konuda karar veremem dediği husus, ihtiyati tedbire ilişkin bir husustur, geçici tedbire...

Bir Katılımcı- Anlaşılmadı

Av. Nurkut İNAN- Siz daha hakimsiniz.

Onun için, bu konuda ancak teorik, yani teorik de değil de, kendi kişisel görüşümü yansıtan bir şey söyleyebilirim.

Yani, yargı kararları tabii bağlayıcı, bunda şüphe yok. Ama, burada kesin hüküm, yani teknik olarak kesin hükme dayanmak mümkün değil; çünkü konular farklı iki davada. Birinde tazminat, birinde ceza. Onun için, çok açık

olarak, efendim, yargı kararı varsa Rekabet Kurulu karar veremez diye bir şeye giremeyiz, onu şey edeyim. Ayrıca, şeye de bakacak olursak, Borçlar Kanununun 53'üncü maddesine, yani ceza kararlarıyla hukuk mahkemesi kararları arasındaki ilişkiyi kuran, orada açıkça beraat kararıyla bağlı değildir, hukuk hâkimi diyor. Yani, bu ikisini ayrı tutuyor. Onun için, kategorik bir biçimde bunu diyemeyiz; bunu hemen söyleyeyim. Zaten Rekabet Kurulu tazminata da hükmetmeyecek; bu bir.

İkincisi, karşılık dava açılması meselesi. Tabii bu sonuca varınca artık karşılık davaya belki gerek kalmayabiliyor. Ama benim anlayabildiğim kadarıyla, şöyle söyleyeyim: Rekabet Kanunu dışındaki bir nedenle bir sözleşme ilişkisinde açılan davada davalı eğer sözleşmenin 4'üncü maddeye aykırılıktan ya da 6'ncı maddeye aykırılıktan geçersizliğini ileri sürecekse, bu tabii bir itirazdır; o açık. Hâkimin bunu resen göz önünde tutması lazımdır. Buna bir şey demiyorum. Hâkimin 4'üncü, 6'ncı maddeye aykırılıkları araştırma, bunları saptama yetkisi var mı, yok mu; bu ikincil sorun. Ama bu araştırmayı yapacaksa hâkim, bu hâkimin resen göz önünde tutması lazım gelen bir şeydir. Bu durumda, o zaman karşılık dava açılması ancak şu hâllerde düşünülebilir: Dava açma hakkının kötüye kullanılması nedeniyle, yani sen fikrî hakkını ya da sınaî hakkını korumak için bana dava açmak adı altında beni baskı altına aldın, ben de o yüzden zarar gördüm. İlk açtığı davayı kaybederse karşılık davayı kazanmış olur. Ama şunu ben düşünmüyorum: Yani bir davalı, bir davacı var, davacı sınaî haklara dayanan davasını kazanıyor, ondan sonra öbür tarafa da karşılık davadan tazminat ödeniyor; bu mümkün değil tabii. Ama, sınaî hakka dayanan davada Rekabet Kanunu gündeme gelir, mevcut lisans sözleşmesinin Rekabet Kanununa aykırı olduğu meselesi ortaya çıkarsa, o zaman tabii karşılık davayla tazminat istemek mümkün olacaktır.

Bir Katılımcı- Şimdi, arkadaşımızın sorusunda, doğru, o konu yalnız algılaması şöyle, karardaki mantık şu: Şimdi, paralel ticaret var, paralel ticarete zarar gören taraf mahkemede ihtiyati tedbir kararı alıyor. Mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararıyla aslında rekabet hukuku perspektifinden baktığımız zaman, paralel ticaret yasak değil, bilakis desteklenen bir olgu. Şimdi, ihtiyati tedbiri mahkeme verince Rekabet Kurumuna olay getiriliyor şu bakımdan: Rekabet kısıtlandı diye, engellendi diye. Rekabet Kurulu kararında kararı veren mahkemedir. Şu mantıktan bakıyor: Mahkeme, rekabeti kısıtlayan mahkeme Rekabet Yasası anlamında teşebbüs sayılamaz; bir bu mantık var. Öbür taraftan da, mahkemelerin zaten vermiş olduğu kararların denetleyeceği merciler bellidir. Bunu kontrol edecek, denetleyecek merci Rekabet Kurumu değildir, o nedenle mahkemenin kararını... Yoksa, mahkemelerde verilmiş olan

bir kararla ilgili tabii ki Rekabet Kurumu da inceleme yapabilir, karar verebilir; böyle bir engel yok. Yani, o karardaki mantık o aslında bütünüyle bakıldığında.

Hasan ÜNAL- Ben asıl olarak Ejder Yılmaz'a soru soracaktır. Fakat, bu arada Sayın İnan'a da sorabileceğim bir-iki soru var.

Öncelikle şunu söyleyeyim: Rekabet Kanunundaki, kusur aranmaksızın ceza verilebileceği şeklindeki hüküm, ki 16'ncı maddenin 4'üncü fıkrasıdır bilindiği gibi, Kurul kararlarına ne şekilde yansıyor? Bu hükmün, -Sayın Hocam yerinde olmadığını belirtti tebliğinde- bu hükmün mevcut hukuk sistemimize göre hukuka aykırılığı ileri sürülebilir mi, evrensel hukuk normlarına aykırılığı ileri sürülebilir mi; birinci sorum bu.

İkincisi de, Rekabet Kurulunun özellikle delillerin değerlendirilmesinde geniş bir takdir yetkisi olduğu görülmekte. Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulduğunda Danıştay'ın bu takdir yetkisini denetlemesi mümkün müdür? Eğer mümkünse, bu yerindelik denetimi midir?

Av. Nurkut İNAN- Kendimi bir an Danıştay'ın 10'uncu Dairesi konumuna getirdim; çünkü Ejder Hoca gidince ben torba hoca oldum.

Şimdi, elimden geldiğince açıklamaya çalışayım.

Birincisi, Rekabet Kurumunun verdiği cezalarda kusur aranmasının şart olduğu yolunda çok kesin ve benim içten inanmış olduğum bir görüşüm yok. Ama, burada ceza sorumluluğunun kusursuz sorumluluk, kusura dayanmayan bir ceza sorumluluğu olduğu konusunu şüpheyle karşılıyorum. Ancak şunu da hemen söyleyeyim: Maddenin sözel yorumundan iki türlü anlam da çıkıyor. Kusura dayanmayan ceza olur mu, bunun evrensel hukuk ya da Anayasaya aykırılığı konusunda da tereddütlerim var. Ama bu, uzmanlık dalımın dışında yani. Onun için buna çok kesin bir şey söyleyemeyeceğim. Fakat burada, maddeyi Anayasa Mahkemesinde iptal ettirmeye gerek yok; çünkü madde bence iki şekilde de yoruma açık. Ve eğer Anayasaya aykırılık düşünülüyorsa, bilmiyorum, o zaman Anayasaya uygun yorum yapılması lazım. Maddenin değişmesi gerekmez. Aslında Rekabet Yasasının bence çok açık Anayasa aykırı başka hükümleri var; o başka. O konuya girmek istemiyorum.

Şimdi, Danıştay tabii yerindelik değerlendirmesi yapacak. Yani idarenin takdir hakkını denetlemekle görevli ve yetkili olan bir yargı kuruluşu. Ancak, benim verdiğim örnekte ve Rekabet Kurulunu eleştirdiğim örnekte buna da gerek yok. Çünkü, ceza takdirinin zaten parametrelerini kanun göstermiş. Orada yerindelik denetimi değil, kanuna uygunluk denetimi yapacak; yani, acaba 16'ncı maddenin 4'üncü fıkrasındaki hususları göz önünde tutmuş mu? Daha, bunları doğru mu, yanlış mı uygulamış uygulamasına gelmedik. Eğer hiç

gereke vermeden, ben senin gayrisafi hasılanın yüzde 2'sine ceza olarak karar verdim deyip, bununla yetinirse, 16'ncı maddenin 4'üncü fıkrasının gereği yerine gelmemiş oluyor. Danıştay bunu denetlemekte. Bu da kanunî denetimdir; yerindelik denetimi değildir.

Oturum Başkanı- Şimdi 2-3 dakika da ben Sayın Nurkut İnan'a sorular sormak istiyorum.

Birincisi, 57'nci madde, bir haksız fiil sorumluluğunu düzenlemektedir diyor; Siz de bu fikirdesiniz, ...'da da bu fikirde, ben de bu fikirdeyim. Ama hakikaten böyle mi? Çünkü, size söylediğim gibi, mahkemelerin önündeki davalarda bayiler rekabetin kısıtlandığı iddiasıyla üretici firma aleyhinde dava açmaktadırlar ve bu 57'nci maddeye dayanmaktadırlar. Halbuki aralarında bir hukukî ilişki var. Hukukî ilişki olduğuna göre, o ilişkinin ihlali dolayısıyla tazminat istemeliler. 57'ye gidiyorlar. Bu mümkün mü? Bence mümkün değildir. Fakat, 2004 sayılı bir Avrupa Topluluğu Mahkemesi kararı var. Bu karar çok değişik bir karar. Beni çok sarstı; şu bakımdan sarstı: Biliyorsunuz ki bu konu, siz de işaret ettiniz, ulusal hukuklara bırakıldığı hâlde, bu önüne gelmiş olan bir kararda şeyi, diğer tarafın, bir mukabeleinin diğer tarafının da tazminat isteyebileceğini bildirdi. Onun için, yani hem görüşünüzü öğrenmek isterim, hem bu mesele önemli bir mesele benim kanaatime göre.

İkincisi, 57'nci maddenin tatbikinde kusur aramak istiyorsunuz. 57'nci madde söylemiş, demiş ki, 4'üncü maddeye göre kısıtlama varsa, 6'ncı maddeye hâkim durumun kullanılması varsa, bunlara kusur aramıyor iken, kendi maddesi için, acaba tazminatta nasıl kusur arayabiliriz? Bu da bana biraz güç bir şey gibi geldi.

58'inci madde üçüncü kişilerin tazminat hakkını düzenliyor gibi gözüküyor. Ama sadece üçüncü kişi olarak rakipten bahsediyor; tüketici bunun içinde mi? Benim kanaatime göre içinde. Başka üçüncü şahıslar bunun içinde mi? Bu konudaki görüşlerinizi rica ediyorum. Sadece size 3 dakika veriyorum. Yani bana karşı çok konuşmamanızı rica ediyorum.

Av. Nurkut İNAN- Efendim birincisi şu: Sözleşmenin tarafı, rekabete aykırı bir sözleşme yapılmış olmasından dolayı zarar görebilir; buna şüphe yok. Ama bu sözleşmeye göre mi isteyecek, haksız fiile mi göre isteyecek; bunu çözmek lazım. Sözleşmenin tarafı nasıl zarar görebilir? Burada taraflar arasında ekonomik güç dengesinin çok büyük farklı... Dikkat ederseniz, ne Avrupa Adalet Divanı, ne bizim Rekabet Kurulumuz bir konuda ya da her ikisi de aynı konuda birleşiyorlar ve bence haklılar, bir dikey anlaşma söz konusu olduğunda dikey anlaşmada, yani sağlayıcıyla bayiler arasındaki bir anlaşmada sağlayıcıya ceza veriliyor; bayie verilmiyor. Halbuki yatay anlaşmada, anlaşma taraflarının

her ikisine de ceza veriliyor. Böyle bir ayırım kanunumuzda yok, kanunumuzda yatay-dikey anlaşma ayırımı bile yok. Niçin bu böyle yapılıyor? Ve bence doğru ve yerindedir bu. Çünkü bayi şeye oranla, genellikle sağlayıcıya oranla daha az ekonomik güce sahiptir ve o bayilik anlaşmasının yapılmasında bir, müzakere gücü yoktur, iki, belki zoraki kabul etmek zorunda kalmış...

Oturum Başkanı- Yani 57'yi uygularsınız.

Av. Nurkut İNAN- 57'yi uygulayabilirim diyorum.

Ama, bu haksız fiil mi, sözleşme mi meselesinde, haksız fiilin ağırlık kazandığını görüyorum. Burada tabii çok net ortaya çıkmıyor ama, şimdi buradaki test basit. Bir kişinin hem haksız fiilden, hem sözleşmeden dolayı talep hakları olabilir. Buna hakların yarışması diyoruz özel hukukta. Ama bunun testi çok kolay. Sözleşme ilişkisini kaldırın, hâlâ sorumluluk varsa haksız fiille var demektir. Mesela bir yapım anlaşmasında müteahhitte ev sahibi arasındaki bir anlaşmada müteahhidin araçlarından birisi yapılmakta olan yapıya zarar verirse, hem müteahhit sözleşmeden dolayı sorumludur, ama sözleşme ilişkisi olmasaydı, o aracın zarar vermesi yine sorumluluk doğuracaktı. Haksız fiil sorumluluğu doğurur. Ama bu kıstası bu anlattığım rahatlıkla sağlayıcı-bayi ilişkisine uygulayamıyoruz. Orada biraz bulanıyor. Kim şey isteyecek 57 ve 58'inci maddelerde? Ben, 57, 58'inci maddeleri şöyle ayırıyorum: 57'nci madde genel bir şeydir, tazminat maddesidir; 58'inci madde ise, zararın nasıl hesaplanacağını gösteren bir maddedir. Biraz karışmakla beraber, yani böyle bakmak lazım. Tabii tüketicinin hakkı var, tabii rakip dava açabilir, ama -sabah bir düzeltme yaptım diğer teşebbüsler de açabilir. Örneğini de verdim. Yani, zarar gören, demek istediğim, rekabetin bozulması sonucunda, illiyet rabitası olacak, zarar gören her kişi dava açma hakkına sahip olmak gerekir diye düşünüyorum ve gerekirse de maddelerin bu şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Erdem'in tebliğinin ortaya koyduğu sonuçlar, Avrupa Topluluğunun yeni tüzüğüne sisteminin anlatılmış olması bir yana, Rekabet Kuruluna verilmiş yedi tane mesaj içermektedir: Birincisi, birleşme ve devralma demeyin, siz de düzenlemenizde artık yoğunlaştırma tabirini kullanın; kontrolün sürekli devri unsurunu getirin; etkin rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığı testini uygulayacak bir düzenleme getirin; tam işlevsellik testini ve kriterini getirin; yan sınırlamaları incelemeniz içerisine alın ve mümkünse bunlar için negatif ... verin ve önceden bildirimini sağlayın; para cezalarını gözden geçirin.

Sayın Nurkut İnan'ın tebliğinin mesajları şunlar: Bunlardan birisi, 56'ncı maddenin kapsamında sadece 4'üncü madde anılmış, hâkim durumun

kullanılması unsurunu da onun içerisine katın; 57'nci maddede kusur arayın; üçüncü olarak, tüketiciler ile rakiplerin isteyebilecekleri tazminatın hesaplanmasında farklı kriterler getirin; ispat yükünde ise adlî mahkemelerin fonksiyonlarını artırın, şöyle ki: 19'uncu Hukuk Dairesinin bir kararına göre, 56, 57 ve 58'inci maddelerin uygulanabilmesi için ilk önce Rekabet Kurulunun burada ihlali tespit etmesi lazım, hayır, icap ediyorsa ihlali şey de tespit etsin, adlî mahkeme de. Arkadaşıma ilaveten bir şey söyleyeyim. 19'uncu Hukuk Dairesinin işaret ettikleri karardan başka iki kararı da aynı istikamette çıktı ve çok açık vurguluyor; diyor ki, “başkası yetkili olamaz” diyor, “onun münhasır yetkisi var, bu münhasır yetkiye ben karışamam” diyor. Yani gittikçe açıklanıyor. Hatta şunu de söyleyeyim: İkinci kararın önemli tarafı şurası: “Yalnız Danıştay’a gitmesini beklemeyin” diyor. Yani, “kesinleşsin gelsin, ona göre karar vereyim demeyin, o mademki saptamıştır”, burası çok tartışmalı kararın, “saptamıştır, bunu yeterli görün” diyor. Bir karşı oy yazısı var. O karşı oy yazısı da diyor ki, “hayır, onu da bekleyin” diyor.

Sayın Yılmaz'ın çok verimli bir tebliği var. Bir defa şunu yapıyor: Usul Kanundaki delillerden hangisi burada geçerli, bu kanunda geçerli? Eğer ben yanlış anlamadımsa, yemin dışındaki, biraz da şüpheli ikrar dışındaki bütün delilleri buraya uyguluyor. Ve bizim 4'üncü maddenin son fıkrasındaki o ispat yükü mü değişiyor, karine mi tesis ediliyor? Yani, uyumlu eylemlerin ispatlanmasını da özel hüküm sebepleri arasına koyuyor ve en ağırlı bir şekilde son değişiklikle gelen bilgi alma, keşif yapma vesaire maddelerini izah etmiş bulunuyor.

Sayın Murat Ayber, Dünya Ticaret Örgütüyle rekabet sistemi arasında bence çok orijinal bir bağ kurdu. Benim bildiğim, gördüğüm ilk görüşlerden birisiydi bu. Yani ben daha evvel buna ilişkin bir inceleme okumamıştım. Bilhassa burada fikri mülkiyet haklarıyla olan kurmuş olduğu ilişki bu Seminerin bence verimli sonuçlarından biridir.

Barış Ekti'nin tezi çok ilgi çekici, fakat çok “Controversial” benim kanaatime göre. Yani, grup muafiyeti almış bir kimseyi bu defa başka bir yerden, sen hâkim durum kullanıp, piyasayı kapattın diye yakalamak biraz kıyamet koparabilir gibime geliyor. Ama çok ilgi çekici bir görüş. Fakat tezin bence en önemli taraflarından bir tanesi, piyasa nasıl kapatılır, dikey anlaşmalarla nasıl kapatılır; bunu bize çok somutlaştırmış oluyor. Ve burada ben, diğer tebliğlerde olduğu gibi ciddi anlamda bir öğreti görüyorum.

Sayın Mehmet Ali İnceefe'nin tebliği çok ilgi çekici; onu söyleyelim. Anlaşılması güç, bizler için anlaşılması güç. Ben kendisine yemekte dedim ki, ne olur GSM deme, ne olur GSM, FM deme, kimse bunların, birinci kuşak, ikinci kuşak, bunlar bize biraz yabancı. Ama bunları her şeye rağmen çok iyi bir

şekilde anlattı. Ne yazık ki, sizin tebliğinizi tartışıp, onun dokümlerini burada sunamadık. Ama buna kanunî bir engel var. Ama ileriki bir tarihte bunu sunacağımızı tahmin ediyorum.

SEMPOZYUMUN SONUÇLARI

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

1. Erciyes Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi'nin bir gelenek haline gelen "*Rekabet Hukukunun Güncel Sorunları Semineri*"nin değerlendirilmesinin, gerçekte, genç Türk rekabet hukukunun gelişmesinin değerlendirilmesi olduğuna inanıyorum. Pek az seminer, bir alandaki katkılı açılımları, gelişmeleri ve kazanımları bu derecede somut biçimde sergileyebilir. Bu olgu ilk kez, 2003 seminerine ilişkin denememi kaleme alırken dikkatimi

çekmişti. Çünkü, birinci seminerde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun kaynağının, kabulü sebeplerinin izahı ile bir kısım hüküm ve kurumlarının dogmatik düzenlerinin anlatılması değil, kanunu temellendiren teorik yaklaşımların, ratio legisi oluşturan düşüncelerin, Türk öğretisi ve Rekabet Kurulu tarafından belirlenen özgün ilkelerin ve bu öğelerle örülüp şekillenen, başka hukuklarla pek de komşuluğu bulunmayan, ekonomi ile içiçe yaşayan bir hukukun tartışıldığını görmüş, kıvanç duymuştum. Bu "değişik" hukukta analizler, değerlendirmeler ve gerekçeler ekonomi biliminin dilini kullanır. Saf hukukî yaklaşımlar yanlış sonuçlar doğurur. İkinci seminer, yani 2004 toplantısı bu saptamayı doğrular bir çizgide ilerledi, ekonomi biliminin dili konuşuldu, ikna ve tatmin edici sonuçlara varıldı. 2004 seminerinde, ekonomik yoğun söylem yanında tebliğ konuları genelden özele inmiş, Rekabet Kurulunun kararlarına ve Türk öğretisindeki görüşlere göndermeler çoğalmış, Avrupa Birliği Komisyonu ile Avrupa Toplulukları Mahkemesinin kararlarından çıkarılmalar azalmış ve karşılaştırmalar yoğunlaşmıştı. Evrim açıldı; kanundan hukuka geçiliyordu.

Tebliğleri kısaca şöyle tanımlayabiliriz:

2. *Erdem*, AT'nin teşebbüslerin yoğunlaşmalarına ilişkin yeni tüzüğünü ele alan tebliğinde, sadece yeni denetim anlayışına egemen olan ekonomik anlayışı, hatta "öğretiyi" diyebiliriz ve buna dayalı değişik rejimi açıklayıp irdelemekle kalmıyor, aynı zamanda, getirilen kuralların güçlerini, yani hukukî "otorite"lerini de sorguluyor. Normun "hukukî otoritesi" bir Anglo-Sakson terimidir ve ifade edildiğinden yerindeliğine ve amaca odaklanmasına kadar hukuk kuralının mükemmelliğini tanımlar. AT'de teşebbüslerin yoğunlaşmasına (konsantrasyona) ilişkin düzenlemeler oldukça sık değişmekte, norm otoritesi bir türlü kurulamamakta, bu da kurallara güvensizlik dediğimiz sorunu doğurmaktadır. Kanaatimce, ayrıntılı ayrımlar içeren yeni sistemin ana kolonlarının AB rekabet öğretisi tarafından belirlenmesi kolay olmayacak, kurallar otorite tesis edemeyeceklerdir. Kaygan ve yerleşmemiş kavram kesişmeleri ve zorlamalarıyla dolu bu tüzüğün Türkiye'ye örneklik yapma olanağının dar sınırlara özgüleneceği düşünülmemelidir. Çünkü, 1/95 sayılı Gümrük Birliği kararı rekabet hukukunda uyumu emredici kurallara bağlıyor. *Erdem*, çok kapsamlı olan tebliğin zirve noktalarını başarıyla gösteriyor. Bu çalışma bu konuda yazılacak makalelere etkin yardım sağlayacaktır.

3. *İnan*, RKK'nın 56-59. maddeleri ile yoğun olarak ilgilenen, özgün yorumlarıyla tanınan bir ticaret-rekabet hukukçusudur. Anılan hükümlere, incelemeleri ile ışık tutmuştur. Bu tebliğinde RKK'nın özel hukuka ilişkin 56-59. maddelerinde köklü değişiklikler önermektedir. Somut metinler haline gelen bu değişikliklerde, Yargıtayın yerleşme eğilimi gösteren bir görünüşüne de

kesin bir karşı çıkış egemen. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi kararlarında, RKK m. 57 ve 58 hükümleri uyarınca, zarara uğrayan üçüncü kişilerin rekabete aykırılık sebebiyle tazminat isteyebilmeleri için, önce RKK'da tanımlandığı şekilde rekabetin engellendiğinin, bozulduğunun veya kısıtlandığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmiş olmasını gerekli görmekte, bu tesbiti adeta dava şartı haline getirmektedir. *İnan* böyle bir tesbite gerek olmadığı görüşündedir. Görüş tartışmaları davet etmektedir. Yazar, kanaatinin madde metinlerinden destek almadığını belirlediğinden sözkonusu maddelerde kanun değişikliği önermek yoluna gitmiştir. Değişiklik önerileri, Rekabet Kurulunun tesbiti olmaksızın mahkemenin tazminata hükümlerde doğrudan yetkili olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

RKK'nın 56-59. maddeleri Türk hukukunda yeteri kadar incelenmemiş, anlamlandırılmamıştır; birinci el sorunlar bile çözülmemiş, hatta çözülmek bir yana saptanamamıştır. RKK m. 57'yi kategorik bir tarzda haksız fiil sorumluluğuna özgüleyen yorumun ikna edici olmadığı görüşündeyim. Ayrıca, tazminatın koşulları ve hesaplanması yöntemi çeşitli duraksamalara yol açmakta, bu konularda öğreti, ne yaklaşımlar ne de açılımlar önermiş bulunmaktadır. Onun için anılan hükümlerin kökten değiştirilmesi yerine, ayrıntılı bir tarzda incelenmeleri, irdelenmeleri ve yorumlanmaları gerekir. Sözkonusu hükümler ATA'nın 81 vd. hükümlerinde veya başka bir düzenlemede yer almamaktadır. Hükümlere bazı ATM kararlarının esin verdiği düşüncesindeyim. Ancak, anılan hükümlerin tek ve doğrudan kaynağının ATM içtihadı olduğu söylenemez. *Sanlı*'nın geçen yıl sunduğu tebliğ çok aydınlatıcıydı. Fakat, hükümlerin teorik ve dogmatik şifresi henüz çözülememiştir. Başka bir deyişle bu yükümler hala "kanun" olup hiç bir şekilde hukuka dönüşmeye başlamamışlardır.

4. *Yılmaz*'ın tebliğinin, büyük bilimsel bir ihtiyaca ve uygulamanın sayısız sorularına cevap verdiği ve RKK'nın yadırganan hukukumuzun temel ilkeleriyle bağdaştırılamayan deliller ile ispat sisteminin ağır perdesini araladığı şüphesizdir. *Yılmaz*, RKK'nın içerdiği delillere ve ispat yüküne ilişkin kuralları, HUMK'un delilleri ve ispat yükü hükümleri ile karşılaştırmış ve RKK'nın sıradışı delillere ve ispat yükü kurallarına yer vermediği sonucuna varmıştır. Bu yönden, *Yılmaz*'ın RKK m. 4/son'da yer alan kuralını aynı karşılaştırma yöntemi ile açıklaması ilgi çekicidir. Ancak, bilimsel ağırlığı olan bu tebliğe rağmen RKK'nın delillere ve ispat yüküne ilişkin hükümleri, eleştirileri davet etmeye devam edecektir. Sorunun rekabet hukukunun dayandığı felsefede yattığı görüşündeyim.

5. *Ayber*'in Dünya Ticaret Örgütü ve rekabeti konu alan tebliği, rekabet kurallarının küresel niteliğini ortaya koymaktadır. Bu tebliğin boyut ve ufuk kazandırıcı nitelik taşıdığı şüphesizdir.

6. *Barış Ekdi*, dikey anlaşmalar yoluyla piyasaların kapatılması sorununu ele alan tebliğinde bilimsel erk sergileyen fakat çok tartışılabilir bir görüş ileri sürmektedir. *Ekdi*, rekabet hukukunun özelliği olan ekonomi biliminin dilini ustalıkla kullanmış, değerlendirmelerini ekonomik kurallara dayandırmış ve ikna edici gerekçeler göstermiştir. Dikey anlaşmalar, RKK'da açık bir hükümlerle yer almadıkları halde "hukuk geliştirme" öğretisiyle RKK m. 4'e "yerleştirilmişlerdir". Durum bu iken *Ekdi* dikey anlaşmaları 6. maddeye de taşımakta, yani anılan hükümlerde de mündemiç olduklarını ve gereğinde, dikey anlaşmalara hakim durum kurallarının uygulanabileceğini savunmaktadır.

7. *İnceefe*'nin ulusal dolaşıma ilişkin teknik tebliği çok yoğun bilgilerle doludur ve bu sebeple aydınlatıcı ve boşluk doldurucu niteliktedir. Rekabet hukukunun böyle tebliğlere büyük gereksinim duyduğu şüphesizdir. Ancak tebliğ halen görülmekte olan bir dava ile ilişkili olduğundan tartışılmamıştır.