



REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU - V

6-7 NİSAN 2007
KAYSERİ

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-V

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu

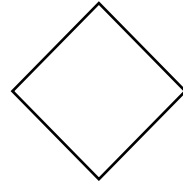
Değerlendirme Kurulu

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP-Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ-Prof. Dr. Ercüment ERDEM-Doç. Dr. Nurkut İNAN
Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR-Doç. Dr. Ali Cem BUDAK
Dr. Kemal EROL-İsmail Hakkı KARAKELLE-Kerem Cem SANLI

Düzenleme Komitesi
Yrd. Doç. Dr. N. Ayşe BOZTOSUN
Hakan SABUNCU

6-7 Nisan 2007
KAYSERİ

Sempozyuma Katkılarından Dolayı
TÜBİTAK'a teşekkür ederiz.



ISBN 975-8936-51-9

YAYIN

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

I. OTURUM

Prof Dr. Metin GÜNDAY

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

REKABET KURULU'NUN İDARİ PARA CEZALARINA
İLİŞKİN KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ ve
KARŞILAŞILAN SORUNLAR..... 3

Doç. Dr. Haluk KONURALP

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

REKABET HUKUKUNDA DELİLLER ve
DEĞERLENDİRİLMESİ 11

Aidan ROBERTSON

0206

Oxford Üniversitesi

AT 81. MADDE: HAKLI SEBEP KURALI ve MUAFİYET..... 23

II. OTURUM

Av. Şahin ARDIYOK

REKABET HUKUKUNDA SATIŞ SONRASI PAZAR TEORİLERİ ve
YENİ MOTORLU TAŞITLAR TEBLİĞİ'NİN
AMPİRİK ANALİZİ..... 41

Av. Hande HANÇER, Özge İÇÖZ

ROMA ANLAŞMASININ 82. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN REVİZYON
HAKKINDA DEĞERLENDİRME ve

TÜRK REKABET HUKUKU BAKIMINDAN ETKİLERİ	125
Av. Zeynep İNCE, Av. Çağdaş Evrim ERGÜN DANIŞTAY TARAFINDAN İPTAL EDİLEN REKABET KURULU KARARLARININ YENİDEN ALINMASI	175
PANEL OTURUMU	
Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İDARİ YARGI BAĞLAMINDA SINIF DAVALARI ve REKABET HUKUKU AÇISINDAN OLASI AÇILIMLAR	197
Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi REKABET HUKUKUNA DAYALI TAZMİNAT DAVALARININ MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	213
SORU ve CEVAPLAR.....	263

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-V

6-7 Nisan 2007
KAYSERİ

I. OTURUM

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

REKABET KURULU'NUN İDARİ PARA CEZALARINA İLİŞKİN KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ ve KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Prof. Dr. Metin GÜNDAY*

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. GENEL OLARAK REKABET KURULU KARARLARININ ETKİLİ BİR YARGISAL DENETİME TABİ TUTULMASININ ZORUNLULUĞU

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki ilk yıllarda, Rekabet Kurumu'nun yarı-yargısal nitelikte bir Kurum olduğu görüşü sıkça savunulmuştur. Bir yandan Kurum'un görevlerini yaparken bağımsız olduğunun, hiçbir makam, merci veya kişinin Kurum'a emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağına öngörülmüş olması (4054 sayılı Kanun md.20/1), öte yandan ise Kurum'un karar organı olan Rekabet Kurulu'nun alacağı kararlarda izleyeceği usullerin 4054 Kanunda (md. 40 vd.) ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunması, böyle bir görüşün oluşmasında etken olmuştur. Gene bu yıllarda, Kurum karar organının Rekabet Hukuku uygulamasında uzman bir heyet niteliğinde olmasından ve denetlenecek olan alanın da teknik ve karmaşık bir nitelik arzemesinden hareketle, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetiminin minimal bir denetim olması görüşü de taraftar bulmuştur.

Ancak zaman içinde, Rekabet Kurumu'nun aslında Anayasanın 167 maddesinin Devlete yüklediği "*piyasalarda fîli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi*" önleme, bir başka anlatımla serbest rekabet düzenini koruma ve kollama ödevinin yerine getirilmesi için, Anayasanın 123.,maddesinin 3. fıkrası uyarınca oluşturulmuş bir kamu tüzel kişisi olduğu ve bu nedenle T.C. İdare Teşkilatı içinde yer aldığı düşüncesi egemen olmaya başladıktan sonra, Rekabet Kurulu kararlarının da öteki idari işlem ve kararlar gibi etkili bir yargısal denetime tabi tutulmasının gerekli olduğu giderek kabul görmeye başlamıştır. Özellikle de, 4054 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinden hareketle, Rekabet Kurumu'nun temel işlevinin rekabetin korunması ve sağlanması olduğu ve bu işlevini yerine getirmesi için de geniş bir düzenleme, denetleme ve gerektiğinde de yaptırım uygulama yetkileri ile donatılmış

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

bulunduğu ve kısaca bir özel idari kolluk türü olan ekonomik idari kolluk görevini yerine getirdiği anlaşılmıştır.

İdari kolluk, ister genel, ister özel idari kolluk olsun, bireylerin ve topluluklarının hak ve özgürlükleri alanında faaliyet gösterir. Kolluk işlem ve kararları ise, bireylerin ve topluluklarının hak ve özgürlüklerine dokunur ve bu hak ve özgürlükleri sınırlar ve kısıtlar. Gerçekten de, Rekabet Kurulu'nun temel işlevini yerine getirmek amacıyla tesis etmiş olduğu işlemlere ve aldığı kararlara baktığımızda, bu işlem ve kararların bireylerin ve topluluklarının temel hak ve özgürlükleri ile sıkı sıkıya ilişkili olduğunu görebiliriz. Örneğin; Kurul'un muafiyet talebinin kabulüne veya reddine dair kararları¹, birleşme ve devralmalara izin verilmesine ilişkin kararları², menfi tespit talebinin kabulüne veya reddine dair kararları³, yapılan soruşturma sonucunda ihlalin bulunduğunu tespit etmesi halinde alacağı ihlale son verme kararları⁴, idari para cezası verilmesine ilişkin kararları ya da tebliğ veya yönetmelik biçimindeki düzenleyici işlemleri, bireylerin ve topluluklarının Anayasanın 48 maddesinde güvence altına alınmış bulunan çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğü ya da özel teşebbüsler kurma özgürlüğü ile yakından ilişkili olup, bu hak ve özgürlükleri gerektiğinde sınırlamakta ve kısıtlamaktadır. Öte yandan, kamu iktisadi teşebbüslerinin ya da kamuya ait varlıkların özelleştirilmesi de bir nevi birleşme ve devralma niteliğinde olduğundan, özelleştirme işlemlerinin tamamlanması da Rekabet Kurulu'nun vereceği izne bağlanmış olup, böyle bir izin ile Anayasanın 47. maddesine 13.08.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanun ile eklenen 3. fıkra hükmü ile Devlete (İdareye) tanınmış bulunan özelleştirme yetkisinin kullanılmaması ya da istenilen doğrultuda kullanılmaması durumu ortaya çıkabilecektir. Tüm bu nedenler de, Rekabet Kurulu kararlarının etkili bir yargısal denetime tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

II. İDARİ PARA CEZALARINA İLİŞKİN KARARLARIN YARGISAL DENETİMİ KAPSAMI ve SINIRLARI

Rekabet ihlalleri olarak belirlenmiş bulunan eylemler ile bu eylemlerin işlenmesi halinde verilecek olan idari para cezalarının 4054 sayılı Kanunda düzenleniş biçimleri dikkate alındığında, Rekabet Kurulu'nun idari para cezalarına ilişkin kararlarının yargısal denetimi konusu, Kurul'un öteki kararlarının yargısal denetiminden ayrı olarak ele alınıp incelenmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹ 4054 sayılı Kanun md. 5

² 4054 sayılı Kanun md.7

³ 4054 sayılı Kanun md. 8

⁴ 4054 sayılı Kanun md. 9

İdari para cezaları idari yaptırımların bir türü olup, 4054 sayılı Kanunda düzenlenmiş bulunan idari para cezaları da aslında özel bir idari kolluk yaptırımlarındandır. İdari yaptırımlar alanında da suç ve cezaların kanuniliği ilkesi geçerli olduğundan, rekabet ihlalleri olarak adlandırılan ve rekabet düzenini tehdit eden, tehlikeye düşüren ya da bozan eylemlerin neler olduğu 4054 sayılı Kanunun 4. ve 6. maddeleriyle 11. maddesinin (b) bendinde, bu eylemlerin işlenmesi halinde uygulanacak yaptırım ise 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu'nun idari para cezası verilmesine ilişkin kararı da idari bir işlem olduğundan, 4054 sayılı Kanunun 4. ve 6. maddeleri ile 11. maddesinin (b) bendinde rekabet ihlalleri olarak belirlenen eylemlerden birinin işlenmesi bu idari işlemin sebep unsurunu; bu eylemlerin işlenmesi halinde verilecek idari para cezası ise bu idari işlemin konu unsurunu oluşturacaktır. Ayrıca 4054 sayılı Kanunda (md. 40 vd.) idari para cezası verilmesinde izlenecek olan usuller de ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş olmakla, idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin şekil (usul) unsuru da belirlenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun idari para cezalarına ilişkin kararları, esas itibariyle şekil (usul) ve sebep unsurları yönlerinden yargısal denetime tabi tutulacaklardır. Yargısal denetim sonucunda, idari para cezası verilmesine ilişkin kararın 4054 sayılı Kanunda öngörülen usuller izlenmeden veya bu usullere aykırı olarak alındığı ya da rekabet ihlali olarak belirlenmiş bulunan eylemlerden biri işlenmeden alındığı saptandığında, o kararın birinci halde şekil (usul), ikinci halde ise sebep yönünden hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerekecektir.

Öte yandan, 4054 sayılı Kanunun 16. maddesinde Rekabet Kurulu'na idari para cezasının belirlenmesi konusunda belli ölçüde ve de oldukça geniş sayılabilecek bir takdir yetkisinin tanındığını görmekteyiz. Şöyle ki; *“Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla 11 maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara 6.368 YTL dan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayr safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir”*.

Her ne kadar, İdarenin haiz olduğu takdir yetkisi idari yargı denetiminin sınırını oluşturmakta ve bu nedenle de idari yargı yerlerinin İdarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı vermeleri mümkün olamamakta ise de (Anayasa md.125/4), Rekabet Kurulu'nun idari para cezasını belirleme konusunda sahip olduğu takdir yetkisini tamamen keyfi bir biçimde kullanarak,

cezanın kanunda gösterilen alt ve üst sınırları arasında istediği gibi ceza belirlemesine de olanak yoktur. Zira; her kolluk yaptırımında olduğu gibi, 4054 sayılı Kanuna göre uygulanacak idari para cezası yaptırımının da, bu yaptırımın; verilmesine yol açan eylemin ağırlığı ile orantılı ve ölçülü olması gerekmektedir. Nitekim 4054 sayılı Kanun, 16. maddesinde, bu Kanunda yasaklanmış davranışlardan birini gerçekleştirdikleri sabit olanlara verilecek idari para cezasının belirlenmesinde Kurul'a belli ölçüde bir takdir yetkisi tanıdıktan sonra, bu maddenin sondan bir önceki fıkrasında Rekabet Kurulu'nun idari para cezasına karar verirken, kastın varlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate almak zorunda olduğunu hükme bağlamıştır. Bu nedenle, Rekabet Kurulu'nun bu unsurları hiç ya da yeteri kadar dikkate almadan belirleyeceği bir idari para cezası ölçüsüz olacak ve bu cezayı öngören kararın konu unsuru yönünden hukuka aykırılığı nedeniyle iptali gerekecektir.

III. DANIŞTAY'IN TUTUMU ve İDARİ PARA CEZALARINA İLİŞKİN KARARLARIN YARGISAL DENETİMİNDE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

1. Şimdiye Kadarki Danıştay Denetiminin Daha Ziyade İdari Para Cezalarına İlişkin Kararların Şekil-Usul Kurallarına Uygunluğunun Denetlenmesi ile Sınırlı Olduğu

Bilindiği gibi, bizde Rekabet Kurulu'nun tüm nihai kararları gibi idari para cezalarına ilişkin kararlarının yargısal denetimi de, 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da yapılmaktadır. Danıştay'ın bu konudaki görevli dairesi ise, daha önceleri Danıştay 10. Dairesi iken, bugün 2575 sayılı Danıştay Kanununa 5184 sayılı Kanun ile eklenen 34/C maddesi uyarınca Danıştay 13. Dairesidir.

Hemen belirtelim ki, Danıştay Rekabet Kurulu'nun idari para cezalarına ilişkin kararlarını bugüne kadar daha ziyade şekil ve usul kurallarına uygunluk yönünden denetlemiştir. Bu kararların daha ziyade şekil ve usul kurallarına uygunluk yönünden denetlenip, esas yönünden; yani sebep ve konu unsurları yönünden hukuka uygunluklarının bugüne kadar denetlenememesi, Rekabet Kurulu'nun şekil ve usul kurallarına kimi zaman ısrarla uymamış ve bu nedenle de Danıştay'ın sadece şekil ve usul kurallarına aykırılık nedeniyle iptal kararları vermekle yetinmek zorunda bırakılmış olmasından kaynaklanmıştır.

Danıştay 10. Dairesi, 17.06.1999 tarih ve 99.30/276-166 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmış pekçok davada, davaya konu yapılan Kurul kararını, kararda karşı oy yazılarına yer verilmemiş olduğu gerekçesiyle

iptal etmiştir⁵. Danıştay'a göre, 4054 sayılı Kanunun 52. maddesinde kararlarda buunması gereken hususlar arasında “*varsa karşı oy yazılarının*” da yer alacağını öngörülmüş olması nedeniyle, karşı oy yazılarına yer verilmeyen dava konusu Kurul kararı şekil noktasından hukuka aykırı olup, iptali gerekir. İlk bakışta karşı oy yazılarına yer verilmemiş olması kararın esasını etkilemeyen bir şekil noksanlığı olarak da görülebilir ise de, Danıştay, “ *... kararın değerlendirilmesinde, çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının bilinmesi önemli olup, kararın bütünlüğü bakımından, kanun koyucu tarafından da bu hususa verilen önem dolayısıyla Yasanın 52. maddesinde Kurul kararlarında varsa karşı oy yazılarının bulunması...*” nın gerekli görüldüğü gerekçesiyle sözü edilen iptal kararını vermiştir.

Danıştay'ın sözü edilen bu iptal kararlarının davalı Rekabet Kurum'una tebliğinden sonra, Rekabet Kurulu'nca yeni bir karar alınmadan, sadece karşı oy yazıları eski karara eklenerek davacılar tebliğ olunmuş ve bu işlemlere karşı açılan davalarda da, Danıştay 10. Dairesi “*... Kurul'ca, verildiği tarih itibarıyla yürürlüğe girecek yeni bir karar alınmak suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, ...işlemin 'kollektif işlem' olması gözönüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan, iptal edilen kararın karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazı ile yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık...*” görülmediği gerekçesiyle bir kez daha iptal kararı vermiştir⁶. Rekabet Kurulu bu iptal kararı doğrultusunda da yeni bir karar almış ve fakat Danıştay 13. Dairesi bu kez bu kararın toplantı ve karar yeter sayısına uyulmadan alındığı gerekçesiyle yürütülmesini durdurmuştur⁷. Böylece, rekabet ihlali nedeniyle 1999 yılında alınmış olan bir Kurul kararının esas yönden hukuka uygunluğu bugüne kadar denetlenememiştir.

Danıştay 13. Dairesi, bazı Rekabet Kurulu kararlarının iptali istemiyle açılan başka davalarda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasını tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuş ve soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin katılımı ile alınan idari para cezası verilmesini ilişkin pekçok Kurul kararını iptal etmiştir⁸. Danıştay, “*...soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunmayla ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma*

⁵ Örneğin Danıştay 10. Dairesinin 15.01.2001 gün ve E.2000/1432, K.2001/54 sayılı kararı.

⁶ Örneğin Danıştay 10. Dairesinin 26.04.2004 gün ve E.2001/2004, K.2004/4070 sayılı kararı.

⁷ Danıştay 13. Dairesinin 12.07.2006 gün ve E.2006/2431 sayılı kararı.

⁸ Örneğin Danıştay 13. Dairesinin

raporunun ve savunmanın objektif bir biçimde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı...” olduğu sonucuna ulaşmıştır⁹.

Rekabet Kurulu, Danıştay’ın bu gerekçe ile verdiği iptal kararlarından sonra, yeni bir soruşturma kararı almadan, bir Kurul üyesinin başkanlığı yaptığı Soruşturma Heyetinin daha önce hazırlamış olduğu raporu ve soruşturma dosyasındaki bilgi ve belgeleri esas alarak ve de hakkında soruşturma açılmış bulunan teşebbüsün yeniden savunmasını da almayarak, iptal edilmiş kararlar doğrultusunda yeni kararlar almaktadır. Böyle bir uygulamanın hukuka uygun düşüğü pek söylenemez. Zira; Danıştay tarafından daha önce verilmiş bulunan iptal kararları geriye yürür ve iptal edilmiş olan Kurul kararlarını aldığı tarihten itibaren hükümsüz hale getirir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu iptal kararları doğrultusunda yeni kararlar almak istiyor ise, 4054 sayılı Kanunda öngörülen idari usulleri izlemek ve bu bağlamda önce soruşturma yapılmasına karar verdikten sonra 4054 sayılı Kanunun 5388 sayılı Kanun ile değişik 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirlemek ve nihayet hakkında soruşturma açılan teşebbüsün savunmalarını almak zorundadır. Hele aradan geçen zaman zarfında Kurul üyelerinin bazılarının değiştiği de dikkate alındığında, yeni üyeler huzurunda ilgili teşebbüsün özellikle sözlü savunmasını yapması mutlak bir zorunluluktur. Ancak; sözü edilen bu yeni Kurul kararlarına karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına ilişkin istemler reddedilmekte olduğundan, Danıştay’ın bu davalarda ileri sürülmekte olan bu gibi hukuka aykırılıklara pek itibar etmediği anlaşılmaktadır.

2. İdari Para Cezalarına İlişkin Kararların Yürütülmesinin Durdurulmasında Karşılaşılan Sorunlar

Üzerinde durulması gereken başka nokta da, idari para cezalarına ilişkin Kurul kararlarının yürütülmesinin durdurulmasında karşılaşılan sorunlardır.

Gerek Anayasanın 125. maddesinin 5. fıkrasında ve gerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasında, idari yargı yerlerinin yürütmenin durdurulması kararı verme yetkileri son derece ağır koşullara bağlanmıştır. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin bu denli ağır koşullara bağlanmış olması, Türkiye’de idari yargı denetiminin çoğu kez etkisiz hale gelmesinin belli başlı nedenlerinden biridir. Rekabet Kurulu’nun

⁹ Danıştay’ın bu yöndeki kararları üzerine, 4054 sayılı Kanunun 45. maddesinde 5388 sayılı Kanun ile değişik yapılmış ve soruşturmanın artık Kurul üyesinin başkanlığında değil, ilgili daire başkanının gözetiminde Kurul tarafından belirlenecek raportör veya raportörlerce yapılacağı öngörülmüştür.

idari para cezalarına ilişkin kararları bağlamında belirtmek gerekir ise, çok yüksek meblağlara ulaşan idari para cezalarının uygulanması (tahsili) halinde cezalandırılan teşebbüs için giderilmesi güç zararların ortaya çıkacağı açık ise de, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan ikinci koşul olan “açıkça hukuka aykırılık” koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin daha davanın başında belirlenememesi ve böyle bir belirlemenin ancak davalı Rekabet Kurumu’nun savunması alındıktan sonra mümkün olabilmesi karşısında, yürütmenin durdurulması kararı verilinceye kadar davaya konu yapılan idari para cezasının tahsili aşamasına gelmesi kuvvetle muhtemeldir. Bazen de yürütmenin durdurulması istemi reddedildikten sonra nihai karar ile idari para cezası öngören Kurul kararının hukuka aykırılığı saptanarak iptaline karar verilmekte; ancak iptal kararı verilmeden önce de idari para cezası tahsil edilmiş olmaktadır. Tahsil edilmiş idari para cezalarının iptal kararı verildikten sonra geri alınmasında da büyük sorunlar ile karşılaşmaktadır.

Yasa koyucu, bu gibi sorunlarla karşılaşılacağını düşünmüş olacak ki, 4054 sayılı Kanununun 55. maddesinin 2. fıkrasının ilk biçiminde Kurul’un vereceği idari para cezalarının idari yargı yönünden kesinleşmeden tahsil edilemeyeceği; yani idari para cezalarının süresinde dava açılmamış ise dava açma süresinin sona ermesi üzerine, süresinde dava açılmış ise bu davanın kesin hüküm ile reddedilmesi üzerine tahsil edilebileceğine ilişkin bir hüküm getirmiş idi. Bu hüküm daha sonra 4791 ve 5234 sayılı kanunlarla değiştirilmiş olup, anılan fıkranın yeni biçimine göre “*Para cezaları, Kurul’un nihai kararının ilgiliye tebliğinden itibaren üç ay içinde ödenir.*” hükmü getirilmiştir. Ancak öngörülen bu üç aylık süre dahi idari para cezaları hakkında açılan davalarda yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasında çoğu kez yeterli bir süre olmadıktan başka, 55. maddenin 2. fıkrasının yeni biçimi yürütmenin durdurulması isteminin reddedilmesinden sonra verilebilecek iptal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkabilecek sorunlara da bir çözüm getirmemektedir.

3. ”Uyumlu Eylem” Karinesinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu

4054 sayılı Kanununun 4.maddesinde, “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasadakilere benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.*” hükmüne yer verildikten sonra aynı maddede “*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir*” hükmü getirilmiştir.

Anayasanın 38. maddesinin son fıkrasına göre, “*Suçluluğu sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*”. Öncelikle adli suç ve cezalar bakımından geçerli olan bu ilke, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre idari yaptırım ve cezalar da Ceza Hukuku ilkelerine tabi tutulduğu için, idari suç ve cezalar için de mutlak surette geçerli olması gereken bir ilkedir.

Anayasanın 38. maddesinin son fıkrası bir kimsenin suçlu sayılabilmesini iki koşula bağlamaktadır. Bunlardan birincisi, o kimsenin suçluluğunun sabit olmasıdır. İkinci koşul ise, bu kanıtlanmanın hükmen; yani yargı kararı ile olmasıdır. Ceza Hukukunda bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için bu iki koşulun mutlaka birlikte gerçekleşmesi zorunludur. İdari işlemler ile uygulanacak idari yaptırım ve cezalar söz konusu olduğunda ise, bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için suçluluğun idarece kanıtlanmak suretiyle sabit olması zorunluluğu açıktır. Bir başka anlatıma, suçlu olduğu idarece kanıtlanmadıkça bir kimse suçlu sayılamaz ve hakkında idari yaptırım veya ceza uygulanamaz. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin sözü edilen hükümlerinin Anayasanın 38. maddesine aykırılığı açıktır. Ancak;, uyumlu eylem gerekçesiyle verilmiş idari para cezasına ilişkin kararlara karşı açılmış pekçok davada 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin sözü edilen hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüş ise de, Danıştay şimdiye kadar bu Anayasaya aykırılık iddiasına itibar etmemiş ve konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne getirmemiştir.

REKABET HUKUKUNDA DELİLLER ve DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Haluk KONURALP

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. REKABET MEVZUATINDA BAZI USUL HUKUKU KAVRAMLARI

4054 sayılı kanunun 4üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre “bir anlaşmanın varlığının **ispatlanmadığı** 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.”

Aynı maddenin son fıkrasına göre “ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla **taraplardan** her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yasaklanan faaliyetlere ilişkin belki de en önemli hükmünde kullanılmış olan dil ve ifade, aslında ciddi olarak tereddüde yol açabilecek niteliktedir. Metinde vurgulanmış olan üç sözcük, yani “ispatlanmadığı”, “karine” ve “taraplardan” sözcükleri, daha doğrusu ispat, karine ve taraf sözcükleri esas itibarıyla özel hukuk uyuşmazlıklarının mahkeme önünde çözülmesine ilişkin bir hukuk alanı olan medenî usul hukuku kavramlarıdır. Bu kavramlar aynı zamanda hiç kuşkusuz medenî hukuk konusudur.

4054 sayılı kanunun 4üncü maddesinin kaleme alınmasında tercih edilen bu terimler, aslında maddenin düzenleme konusu itibarıyla, ne özel hukuka ne de medenî usul hukukuna ilişkin kavramlardır. Bu madde 4054 sayılı kanunun linci maddesinde açıkça öngörülen rekabetin korunmasını sağlama amacına yönelik olup, kamu hukuku alanında kaldığı şüphe taşımaması gereken bir hükmü ifade etmektedir. Daha yakından bakılacak olursa rekabetin korunması görevi devletin görevlerinden bir olup, bu yönüyle idare hukuku alanında yer alan faaliyetlerden birisidir. Kısaca rekabetin korunması faaliyeti geniş anlamda idarî bir faaliyettir.

Hemen belirtmek ve hatırlatmak gerekir ki Türkiye’de henüz genel bir idarî usul kanunu bulunmamakla birlikte, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, alanındaki idarî usul hükümlerini belirleyen ve bu yönüyle

önemli bir kanundur. Ancak genel bir idarî usul kanunun bulunmamasının ötesinde, idarî usul işlemlerini belirleyen kavramların da yeterince oluşmadığı görülmektedir. İşte yukarıda üç sözcüğü üzerinde durulan dördüncü madde buna ilişkin çok önemli bir örnektir.

Burada kullanılan “ispat” sözcüğü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda ve Türk Medenî Kanunu’nda kullanılan ispat terimiyle aynı anlamı ifade etmemektedir. Çünkü özellikle medenî usul hukuku bakımından ispat, davanın, çözümüne etkili olan bir vakıanın gerçekleştiği konusunda mahkemeyi ikna etmeye yönelik bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır. Yani yargılama hukuku açısından ispat, açıkça görüldüğü gibi bir taraf faaliyetidir.

Rekabeti engelleme veya kısıtlama amacını taşıyan bir anlaşmanın varlığının ispatlanması ne demektir? Bu faaliyeti ki bu ispatsa, kim kime karşı gerçekleştirecektir. Aslında bu sorunun cevabı kanunun dördüncü kısmında 40ıncı maddeden itibaren kurulun inceleme ve araştırma usulü hükümleriyle ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin incelenmesinden anlaşılacak husus, 4054 sayılı Kanunun 9, 16 ve 17nci maddelerindeki müeyyidelerin uygulanabilmesi için rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın varlığının ispatı değil tespit edilmesi gereklidir. Gerçekten, ön araştırma ve gerekirse ardından soruşturma yapılması durumunda, ön araştırmayı ve soruşturmayı yürütecek kişiler raportörlerdir. Raportörlerin yaptığı inceleme ve araştırma tespiti yönelik bir faaliyettir. Amaç kanunun yasakladığı faaliyetlerden birinin mevcudiyetini tespit etmektir. İşte kurul kararıyla uygulanacak müeyyide, kurulun da kanaat getirmesiyle, bu tespit faaliyetinin varlığına bağlıdır. Önemle vurgulamak gerekir ki önce raportörlerin, sonra Kurulun bu anlamdaki faaliyeti kesinlikle bir ispat faaliyeti olmayıp tespiti yönelik bir faaliyettir.

4054 sayılı kanunun 4üncü maddesinde sözü edilen usul kavramlarından birisi de taraf kavramıdır. Bu kavram ispat sözcüğünün taşıdığı anlamlardan da öte “saf” sayılabilecek bir yargılama hukuku, daha doğru bir ifadeyle uyuşmazlık çözümü kavramıdır. Medenî usul hukukunda daima iki taraf vardır. Mahkeme önündeki bir uyuşmazlığın çözümünde daima iki taraf vardır ve pekiyi bilindiği gibi ancak iki taraf vardır. Taraf kavramı tek başına kullanılabilecek bir kavram değildir. Aslında, eski hukuk dilinde yeri olan “*tarafeyn*” sözcüğü iki taraf anlayışını ve yargılama hukukundaki önemini vurgulaması bakımından ilgi çekicidir.

Gerek 4054 sayılı kanunun 4üncü maddesi, gerek 44üncü maddesi taraflardan söz etmektedir. Aslında burada sözü edilenler taraf değil yine 44üncü maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen ve hakkında soruşturmaya başlandığı bildirilen kişilerdir. Herhalde kolayca ifade edebilme amacıyla olsa taraf sözcüğü tercih edilmiş ve hatta usul hukukundaki anlamından bambaşka

bir alanda ve anlamda yerleşmiştir. Kısaca, kişisel bir görüş olarak rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler konusunda ve özellikle bunlara ilişkin inceleme ve araştırmalarında ne ispat kavramına yer vardır ne de taraf kavramına. Bu sözcüklerin kullanılmasının ciddi bir sıkıntıya yol açacağı ileri sürülemez. Ancak bu sözcüklere medenî usul hukukundaki anlamları yüklemek ve rekabet mevzuatı çerçevesindeki çözümlerde bu anlayıştan söz etmek rekabet hukukun anlamına ve amacına aykırı olur.

Bu anlatılanlara karşılık, Kanunun beşinci kısmında düzenlenen, rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına ilişkin hükümlerle esas itibariyle özel hukuk alanına ilişkin olduğundan bu bölümde kullanılan ispat ve delil kavramları şüphesiz medenî usul hukukunda kullanılan kavramlarla aynı mahiyette olup üzerinde tereddüt duyulmaması gereken kavramlardır.

II. HUKUK USULU MUHALEMELERİ KANUNUNA YAPILAN ATIF ve ANLAMI

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unun 47inci maddesinin beşinci fıkrasına göre "sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ikinci babının sekizinci faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler. Oturumlara bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen taraflar veya bunlar temsilcileri ile doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce kurula ispatlayanlar onların temsilcileri katılabilir."

Bu hüküm yerindeliği ve anlamı bakımından ciddi bir biçimde tartışılması gereken bir hükümdür. Aslında bu maddede, tıpkı 59uncu maddenin son fıkrasında olduğu gibi *her türlü delil* ifadesi kullanılmış olsaydı hiçbir tartışmaya veya duraksamaya yer olmayacaktı.

HUMK'a yapılan atıf tereddüde yer vermeyecek biçimde fasıl belirtmek suretiyle yapıldığından bu fasıldaki ispat araçlarının ve usullerinin sözlü savunmaya esas olmak üzere kullanılabilmesine işaret etmektedir.

4054 sayılı kanunun 4üncü maddesinin son fıkrası hakkında soruşturma yapılan kişi ya da kişilerin savunmasını düzenlemektedir. Yani maddenin ifadesine göre, delillere dayanacak olan kişi hakkında soruşturma yapılan kişidir.

Şimdi, burada şu soruyu sormak lazım: Soruşturmada kendisini savunan kişi, sekizinci fasılda düzenlenmiş olan ikrar ve yemin hükümlerinden nasıl yararlanacaktır?

Yukarıda “taraf” sözcüğü tartışılırken de belirtilmiş olduğu gibi, karşı taraf bulunmadığına göre kimin ikrarından yararlanacaktır?

Yine karşı taraf olmadığına göre kime yemin teklif edecektir?

Karşı taraf bulunmadığına göre, bir karşı tarafın varlığını daima zorunlu kılan ikrar ve yeminin sözlü savunmada ispat aracı olarak anlamı yoktur.

Öte yandan bu toplu atf, delillere ilişkin tercüme yanlışlarının bile rekabet hukuku alanında sözlü savunma aşamasında da olsa delil olarak algılanmasına yol açmıştır. Bu durumun en tipik örneği HUMK’un 367inci maddesinde sözü edilen hususî hüküm sebepleridir. Aslında adı kadar anlamsız olan bu düzenleme bir ispat aracı türüne işaret etmemektedir. Ancak kanunda yer alan bir tabire anlam vermeye çalışan usul hukukçuları, kimi zaman tereddütle de olsa, hususî hüküm sebepleri kavramına bir ispat aracı anlamı yüklemeye çalışmışlardır. Oysa aslında hususî hüküm sebepleri adı altında bir delil veya ispat aracı mehz Neuchâtel kanununda da bulunmamaktadır.

Sekizinci fasla yapılan toplu atfın diğer bir sakıncası, sözlü savunmada kullanılacak delillerin HUMK’daki sayılı ispat araçlarıyla sınırlı olduğu izlenimini uyandırabilmesidir. Şöyle ki:

Bilgisayar kayıtları ve her türlü elektronik kayıtlar HUMK’ta düzenlenmiş değildir. Harita, plan, fotoğraf gibi bilgi taşıyıcı unsurlar da HUMK’ta düzenlenmemiştir. HUMK’ta belge kavramı da düzenlenmemiş ve belgenin delil olup olamayacağına ilişkin bir hüküm de sevk edilmemiştir. Oysa, 47inci maddeye göre sözlü savunma toplantısında kendisini savunmak durumunda olan ve hakkında soruşturma yapılan bir teşebbüs bu yukarıdakilerden herhangi birine veya hepsine dayanmak isteyebilir. Yani soruşturma konusu mal ve hizmet piyasasındaki eylemlerin rekabeti bozabilecek nitelik taşımadığı veya uyumlu eylem niteliğinde olmadığı konusunda Kurul’a kanaat vermeye çalışan bir teşebbüs, bilgisayar kayıtlarına, diğer elektronik ve manyetik kayıtlara ya da harita, plân veya fotoğraflara dayanmak isteyebilecektir. O halde yürürlükteki hükmün uygulanması bakımından HUMK’un sekizinci faslına yapılan atfı bu fasılla ve hatta Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’yla sınırlı saymamak, herhangi bir kanuna bağlı olmadan her türlü ispat aracının, delilin savunma dayanağı olarak gösterilebileceği anlamında yorumlamak gerekir. Orta veya uzun vadede ise 47inci maddenin medenî usul hukuku bakımından hiçbir anlam taşımayan son fıkrası ya yeniden düzenlenmeli ya da yürürlükten kaldırılmalıdır.

4054 sayılı kanunun 4üncü maddesi bakımından sözlü savunma yapanın bir ispat faaliyeti içinde bulunduğu açıktır. Çünkü sözlü savunmada bulunan kişi veya teşebbüs Kurul’u ikna etmeye çalışmaktadır. Bu ikna faaliyeti ise ispat olarak nitelenebilir. Ancak Kurul nezdinde yapılan sözlü savunma ve bu doğrultudaki ispat faaliyeti adî ispat anlamında değildir. Adî ispat söz konusu

olmadığı için adî/yargısal ispata ilişkin kural ve sınırlılıkların da uygulanması söz konusu olamaz.

III. BELGE KAVRAMI VE REKABET HUKUKU BAKIMINDAN ANLAMI

Şu sıralar Başbakanlık Kanunlar Genel Müdürlüğünde bulunan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında, hukukumuzda ilk defa belge kavramı ile senet kavramı birbirinden ayrılmış; belge, senet kavramını da ihtiva eden bir üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belge ile senedin ayrılması hem kavramsal hem de hukukî anlamda önemlidir. Her şeyden önce, belge genel anlamda bir bilgiyi taşımaya elverişli ortamı ya da şeyi ifade etmektedir. Şüphesiz her bilgi taşıyıcının delil olarak bir değeri olmakla birlikte, o bilginin ne kadar güvenli taşıdığı ve kesinliği ile bağlantılı olarak farklı kuvvette olabileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple örneğin, altı imzalanmış kağıt üstündeki bir metin, yazı veya imza inkârı söz konusu olmadıkça senet olarak kesin delil niteliğine sahiptir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik ortamdaki veriler ise doğrudan senet olmamakla birlikte, senet kuvvetindedir. Oysa, imzasız ve sadece içinde belirli bilgiyi taşıyan bir kağıt üzerindeki yazı yazılı delil başlangıcı olmakla birlikte senet kuvvetinde değildir.

Senet kesin delil olarak kullanılan ve kanunun özel bir anlam yüklediği belge türüdür. Oysa, her belge senet olmadığı gibi, kanunun senet dışında da delil olarak kabul ettiği belgeler vardır. Örneğin, yazılı delil başlangıcı niteliği itibarıyla bir belgedir, ancak kanunda kabul edilen şekliyle senet değildir. Bunun dışında günümüzde elektronik ortamda oluşturulan veriler mevcuttur. Elektronik ortamda, oluşturulan bu veriler genel anlamda belgedir, ancak senet sayılmamaktadır.

Tasarıda, Belgenin üst kavram olarak kabul edilmiş olması, ileride meydana gelecek teknik gelişmelere daha kolay ayak uydurulmasını ve bu yönde düzenleme yapılmasını mümkün kılacaktır. Herhangi bir veri taşıyıcısı, bugün anlaşıldığı anlamda senet ya da güvenli elektronik imza ile imzalanmış elektronik verilerden daha kuvvetli bir ikna gücüne ve güvenliğe sahipse, onun kesin delil olarak kabulü de kolaylaşacak, bunun için kanunun sisteminin bozulması da gerekmeyecektir.

Bu sebeplerle, belge ve senet arasında bir ayrım yapılarak, senetle ispat hükümleri gözden geçirilmiş ve tasarıyla yeniden düzenlenmiştir.

Tasarıyla, belge ve senetle ispat kuralı çerçevesinde, bu ayrımın daha mantıkî ve sistematik bir silsile içinde daha basit şekilde düzenlenmesi de amaçlanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Tasarısının 203 üncü maddesi şu şekildedir:

“Belge

Madde 203- Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belgedir.”

Belge, senede göre üst kavram olarak kabul edilmiştir. Belgenin hukukumuzda kanun içinde yeni yer alması sebebiyle ayrıca tanımı da verilmiştir. Belge tanımlanmakla birlikte, tasarıda senedin tanımlanmasından özel olarak kaçınıldığı görülmektedir. Bunun bir sebebi, senedin öteden beri kanunda yer alması, bu konuda doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddütün bulunmamasıdır. Ayrıca, senedin kesin olarak kabulü sebebiyle, yapılacak bir tanım bazı sınırlamaları da içereceğinden, ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak bakımından tanımı yapılmamıştır.

Belgenin tanımı, ise çok genel bir tanımdır. Sınırlayıcı bir tanım yapmak yerine, belgenin ne olduğunu belirten bir çerçeve çizilmiştir. Böylece kanunda yeni yer alan bu kavram, konusundaki tereddütlerin ortadan kaldırılması ve senet kavramı ile karıştırılmaması mümkün olacaktır. Maddede verilen tanıma göre, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belgedir. Hukuk muhakemeleri Kanunu Tasarısıyla Belgenin tanımı verilirken hukuk sistemi içinde bütünlüğün korunması, ayın kavramın farklı şekillerde anlaşılması için, belge ile ilgili en yeni tanımı içeren Bilgi Edinme Kanunu'nun, tanımlar başlığını taşıyan maddedeki belge tanımından¹⁰ da yararlanılmış olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁰ 4982 sayılı Bilgi edinme Kanununun linci maddesine göre, “Bu Kanunda geçen;

c) Bilgi: Kurum ve kuruluşların sahip oldukları kayıtlarda yer alan bu Kanun kapsamındaki her türlü veriyi,

d) Belge: Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt, mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını,

e) Bilgi veya belgeye erişim: İstenen bilgi veya belgenin niteliğine göre, kurum ve kuruluşlarca, başvuru sahibine söz konusu bilgi veya belgenin bir kopyasının verilmesini, kopya verilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, başvuru sahibinin bilgi veya belgenin aslını inceleyerek not almasına veya içeriğini görmesine veya işitmesine izin verilmesini, (...) İfade eder.

Bu tanımda iki unsur önemlidir. Belge bir “bilgi taşıyıcısı”dır. Ancak, her bilgi taşıyıcısı değil, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olanlar yargılama hukuku anlamında belge sayılmıştır. Uyuşmazlığın çözümünde kullanılmayan bilgi taşıyıcıları da şüphesiz belge niteliğine sahiptir, ancak uyumsuzlukla ilgisi olmadığı takdirde diğer deliller gibi, delil değeri taşıması da mümkün değildir. Tanımda belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmı örnek olarak sayılmıştır; ancak, tüm belgeler bu sayılanlardan ibaret değildir. Ancak, sayılan bilgi taşıyıcıları farklı niteliklere sahip olanlardan en tipikleridir. Örneğin, sadece yazılı ve basılı metinler değil, çizim, kroki gibi yazı dışındaki resim, plan vs. de belge olarak sayılmış, ayrıca, görüntüyü anlık ya da hareketli taşıma niteliğine sahip fotoğraf veya film de ayrıca belirtilmiştir. Görüntü ya da ses kayıtları bilgi taşımaya elverişli olduğu gibi, elektronik ortamdaki veriler de bilgi taşıyabilmektedir. Görüldüğü üzere, farklı bilgi taşıyıcıları belirtmek suretiyle bu konudaki gelişmelere imkan tanıyacak bir tanımlama yapılmıştır.

Bilgi Edinme Kanununda düzenlenmiş ve tanımlanmış olan “belge” kavramı, özel hukuk alanındaki uyumsuzlukların çözümünde kullanılmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarisına da dahil edilmiştir. Rekabet mevzuatı bakımından da belge kavramının taşıdığı önem açıktır. Özellikle 4054 sayılı Kanunun bilgi istemeye ilişkin 14, önaraştırma ve soruşturmaya ilişkin 40 ilâ 44üncü maddeleriyle, sözlü savunma toplantısına ilişkin 47nci maddelerinin uygulanmasında, “belge” kavramı geniş ve kanunî bir kavram olarak anlaşılıp uygulanmalıdır. Kurulun yaptığı soruşturmanın ve kararının dayanakları daraltılmış anlamda, yani adlî ispat alanında kanunî deliller olmayıp, en geniş ancak hukukî anlamda bilgi ve belge olmalıdır. Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs de, savunmasını HUMK’la sınırlı olmayarak ve her türlü belgeye dayanarak yapabilmelidir.

IV. REKABET HUKUKUNDA ÖZELLİKLE SORUŞTURMA ve KARARLARDA EMARE KAVRAMI ve DEĞERİ

Medenî usul hukuku uygulama ve öğretisinde “delil” kavramının tanımı yapılmışsa da, yine kanunî bir ispat kavramı olan emare konusunda delil tanımları kadar üzerinde görüş birliği olan bir tanıma gerek duyulmamıştır.

Bu konuda medenî usul hukuku bakımından önemli olan, takdirî delille emareyi birbirinden ayırmak ve farklarını ortaya koymaktır. Kanunî deliller açısından bu konuda bir tereddüt duyulmamaktadır. Çünkü, kanunî (kesin) delil ile takdirî delil arasındaki fark hâkimi bağlayıcılığı açısından açıklıkla ortaya konulmuştur.

Acaba, takdirî delilin içeriğinin, emarenin içeriğinden ne farkı olabilir? Hâkim, uyuşmazlık konusu bir vakıayı ne zaman takdirî delil ile ispat edilmiş sayabilir? HUMK m. 240'daki "hâkim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder" şeklindeki ifadeye emareler de dahil edilebilir mi?

Bir görüşe göre, emare (belirti), dış dünyada varlığı olan bir olaydır ve mahkemeler dava konusu olayı belirlemede bunlardan yararlanabilirler. "Bu nedenledir ki belirtinin bir delil çeşidi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Belirtiler ispat edilecek olayı dolayısı ile gösterirler." "Mesela fren izinden otomobilin hızını öğrenebiliriz." Yine bu görüşe nazaran emareler tek başına ispat kuvvetini haiz olmadıkları gibi birlikte, birbirlerini tamamladıkları takdirde delil sayılabileceklerdir. "Bu sınıflama ilk zamanlarda delillerin kanunî olup olmamaları bakımından yapılmakta idi. Kanunun gösterdiği ve çok defa hâkimi bağlayacağını kabul ettiği ispat vasıtaları delil sayılmakta, bunların haricinde kalanlara emare denilmekte ve bunlar ancak birbirlerini takviye ettikleri takdirde, hepsi birlikte kanunî delil mahiyetini almakta idi."

Görüldüğü gibi, emare, delil olmakla birlikte olayın tamamını değil de bir kısmını gösteren "dolaylı" ispat aracıdır.

Bir başka görüşe göre ise, "maddî gerçeğin araştırılması, her şeyin delil olması ve hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesi ilkelerinin hâkim olduğu ceza muhakemesi hukukumuzda belirtilerin delil olup olmadığının tartışılmasına gerek bile olmamak gerekir."

Emareleri bilimsel delil anlayışının çıkış noktalarından biri olarak algılayan bu yaklaşıma göre, "ileride bilimsel deliller aşamasına tam olarak geçtiğimizde, belirtiler çok daha önemli hale gelecek, tanık açıklamaları gibi klasik delillere göre çok daha güvenilir sonuçlar vereceklerinden vazgeçilmez ispat araçları olarak kabul edileceklerdir."

Az önce sözü edilen alıntılar ve bunlara ilişkin açıklamalar göstermektedir ki, ceza usulü alanında emare kavramı her şeyden önce ilgi çekici bir noktayı oluşturmaktadır. Bir kısım hukukçular emareyi sınırlı ve kısmî bir ispat gücü olan delil türü olarak anlamaktadırlar. Buna karşılık daha yeni olan bir anlayış ceza muhakemesi bakımından emareyi gelecekte ispat hukukunun yüksek mevkilerine taşıyan bir görüşü benimsemektedir.

Emarelere dayalı ispatı "dolaylı ispat" olarak kabul eden bu görüş özel hukuk uyuşmazlıkları, yani medenî usul hukuku bakımından da kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, "delil değerlendirmesinin iki konusundan biri delil malzemesi, diğeri emaredir. Dolaylı, *indirekt* ispat da denilen emare bir ispat konusudur. Bir tür vakıadır, delil vasıtası değildir." Bu değerlendirme farkı, emareyi yardımcı vakıa olarak nitelendirmekten ileri gelmektedir. Bu görüşe göre, "ispata

yardımcı vakıalar kanunî maddî unsura uymayan, yabancı vakıalardır.”

Burada önemli olan, emarenin vakıa olup olmaması değil, temsil değerinin bulunup bulunmamasıdır. Ceza usulü alanında, temsilî değeri bulunduğu ölçüde emareye ispat gücü tanınmaktadır.

İspat gücü ile ilgili tartışmalar bir yana, kavramsal olarak medenî usul hukuku ile ceza usulü hukuku alanları arasında bir farklılık olmaması gerekir. Başka bir deyişle, “emare” kavramı ve bunun tanımı aynı ülkenin hukuk ve yargılama düzeni içinde farklı anlamlar taşıyamaz; tıpkı tanık, senet, delil kavramlarında olduğu gibi. Ancak, emarenin ispat değeri hukuk ve ceza davalarında farklı olabilir.

Bu genel nitelikli açıklamalardan sonra, genel hatları ile emarenin şu şekilde tanımlanması mümkündür:

Bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibariyle iddia edilen vakıayı ancak ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayabilen ispat araçlarına emare denir.

Ana hatları ile incelenen yukarıdaki konularda görüldüğü gibi, emare ile ispatın söz konusu olabilmesi için, uyumsuzluğun esasını çözücü -yani kurucu- bir vakıa olmaması ve bu vakıa hakkında niteliği gereği mahkemece tam bir kanaate ulaşılmasının çoğunlukla mümkün olamaması gerekir. Ayrıca, emare ile ispatın kanunî düzenleme ile mümkün kılınmasının adalet duygusunu da zedelememesi gerekir.

Delil takdirinin üç temel ilkesine göre, emareler de, akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların hiç değilse bir kısmını açıklayıcı ve kısmen de olsa, ikna edici güce sahip olmalıdırlar.

Delilin değerlendirilmesi ise, hâkimin vicdanî kanaatinin esas olduğu aşamadır. Dolayısıyla bunun denetiminin de esas itibariyle hukukî bir temeli olamaz.

Aslında delillerin takdirî, tespit aşamasındadır. Bundan sonra olay, tavsif edilir. HUMK m. 428/5’ de öngörülen takdir hatası bu aşamaya ilişkindir. “Maddî mesele, esas mahkemesinin sözlülük ve doğrudan doğruya olma prensiplerini uygulayarak, öğrenmesi gereken eylem, bir diğer söyleyişle, geçmişte yaşanmış olayla ilgilidir; bunun ne şekilde cereyan etmiş olduğunu ortaya çıkarma meselesidir.” Hukukî mesele ise, olayın hukuk karşısındaki durumunu tespit demektir.

Denetimin ölçülerine gelince, bu konuda üç nokta tespit edilebilir: *Sonuç* (consequence), *tamamiyet* (bütünlük) (=totalité), *ikna edici* (inandırıcı) güç (=force convaineante).

Bunlardan **sonuç prensibi**, hâkimin ispat konusundaki akıl yürütmesinde tutarlı olmasını ifade eder. Mahkeme, olayları delillerle çelişir bir biçimde belirleyemez. Bu prensip tamamıyla mantıkî esaslara dayanır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir boşanma davasında tanığın, kiralık ev aramak için davacının evine gittiğinde bir kadın gördüğünü ikinci defa gittiğinde ise evin asıl hanımı ile karşılaştığı şeklindeki ifadesine dayanılmayacağını; çünkü, söz konusu dairede kiralık yaftası bulunmadığını, bir an için tanığın başka bir kiralık yer sormak için gittiği kabul edilse bile, olumsuz cevap aldıktan sonra tekrar gitmesinin mantıken açıklanması mümkün olmayan bir beyan olduğunu kabul etmiş; yani, tanık açıklamalarını ve bundan çıkarılan sonucu mantık kurallarına aykırı bulmuştur.

Tamamiyet prensibinden anlaşılması gereken ise ‘delillerin tamamının’ karar için önemli olayların tamamını açıklayabilmesidir. Bu husus, takdirî delilin ispat gücünün emareden farklı olan yönüdür.

Nihayet vicdanî kanaatin belirlenmesi açısından üçüncü nokta **ikna edici güç prensibidir**. Özellikle, aynı konuya ilişkin, fakat farklı tanık açıklamalarından birinin hâkim tarafından tercih edilmesi durumunda, Yargıtay, delile ilişkin bu tercihin gerekçelerinin açıklanmasını beklemekte; delile ilişkin değerlendirmesini ikna edici bulmadığı mahkeme kararını bozmaktadır.

Takdirî delilin ikna edici gücü meselesi, aynı zamanda delil ile varılan sonucun tecrübe kurallarına da uygun olmasını (veya bunlarla çelişmemesini) da ifade eder. Davanın taraflarından birinin yakınının beyanlarının, tarafsız sayılabilecek tanıkların beyanlarına tercih edilmesi durumunda, Yargıtay bunu bozma nedeni saymaktadır. Çünkü genel hayat tecrübelerine göre, bir kimsenin bir yakını ile ilgili davada tanıklık yaparken, onun yararına hareket etmesi; bu yönde beyanlarda bulunması sıkça karşılaşılabilecek bir durumdur.

Aslında, maddî meselenin belirlenmesinde tecrübe kurallarına başvurulmasının nedeni gerçeğe ulaşma amacıdır. Gerçeğin kaynağı ise, bilimdir; bilimsel düşüncedir. Mahkeme, takdirî delillerden hareketle gerçeği tespit etmek istiyorsa, bilimsel verilere dayanmak zorundadır. Hâkim bilimsel verilere doğrudan doğruya veya uzmanların kanaatleri aracılığı ile ulaşabilir. Ne var ki, bilim, yargısal karar için önemli olan her türlü olgu ile uğraşmaz. Bilim, soyutlamalarla, genel kurallarla ilgilenir. Mahkeme ise, somut olaylarla ilgilenir. Öte yandan, bilimin her konuda yeterli olduğu da söylenemez. İşte, bu

nedenlerle gerçeğin tespit edilebilmesi için ortak deneylere; yani tecrübe kurallarına başvurulur.

Delil değerlendirmesine ilişkin yukarıda incelenen bu üç ilkenin bir arada uygulanmasına göre, *takdirî deliller ve emareler, akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların tamamını açıklayıcı ve ikna edici güce sahip olmalıdırlar*. Bunun, olay mahkemesi bakımından anlamı şudur: Bu üç nokta (tutarlılık, bütünlük, ikna edici güç) belirlenmedikçe, ileri sürülmüş olan takdirî delillerle iddia ispat edilmiş sayılamaz.

Emarelere ilişkin olarak yapılan bu tespitler Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun dördüncü kısmında düzenlenmiş olan, önaraştırma, soruşturma, delillerin toplanması ve tarafların bilgilendirilmesine ilişkin 40, 43, 44üncü maddelerle nihai karara ve kararda bulunması gereken hususlara ilişkin 48 ve 52inci maddelerin uygulanmasında kısaca kararların alınması ve yazılması konusunda göz önüne alınması gereken ölçütleri ifade etmektedir. Gerçi sözü edilen bu ölçütler esas itibariyle yargılama faaliyetinde mahkemenin delilleri değerlendirmesi bakımından dikkat edileceği ölçütlerdir. Ancak idarî karar alma sürecinde uygulanacak genel bir ölçüt bulunmadığından ve 4054 sayılı Kanunda da özel bir ölçüt öngörülmediğinden, soruşturma konusu olan mal ve hizmet piyasasındaki bazı eylemlerin rekabeti bozabilecek nitelik taşıyıp taşımadığı veya uyumlu eylem niteliğinde olup olmadığı konusunda Kanunun 4üncü ve 6ncı maddesindeki hususların tespit edilmesinde de takdirî delil ve emarelerin değerlendirilmesinde kullanılan üçlü ölçütün göz önüne alınması isabetli olacaktır. Buna göre:

Rekabet Kurulu tarafından yapılan ve kanuni unsur niteliği taşıyan olgu tespitleri akıl yürütme açısından tutarlı, ilgili olayların tamamını açıklayıcı ve ikna edici güce sahip olmalıdırlar. Bu üç nokta, yani tutarlılık, bütünlük ve ikna edici güç belirlenmedikçe müeyyide uygulanmasına esas olacak bir karar verilmesi mümkün olmamalıdır.

AT 81. MADDE: HAKLI SEBEP KURALI ve MUAFİYET

Aidan ROBERTSON¹

Oxford Üniversitesi

A. GİRİŞ

Roma Antlaşması'nın rekabete aykırı eylemlere yönelik yasağı AT Antlaşması'nın 81. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre:

1. Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu doğuran ve özellikle:

- (a) alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını doğrudan ya da dolaylı olarak belirleyen;
- (b) üretimi, pazarları, teknik gelişimi veya yatırımı kısıtlayan veya kontrol eden;
- (c) pazar veya tedarik kaynaklarını paylaşan;
- (d) diğer ticari taraflar ile yapılan eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulayan ve böylelikle de onları rekabet açısından zararlı duruma sokan;
- (e) sözleşmelerin akdini, nitelikleri gereği veya ticari teamüle göre bu tür sözleşmelerin konusuyla hiç bir bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin diğer taraflarca kabulü şartına bağlayan,

teşebbüsler arasındaki tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve birlikte davranışlar ortak pazarla bağdaşmadıkları için yasaktır.

2. İşbu Madde ile yasaklanan anlaşmalar ve kararlar hükümsüzdür.

3. Bununla birlikte, tüketicilere sağlanan çıkardan adalete uygun bir pay sağlamanın yanı sıra, malların üretimi veya dağıtımının geliştirilmesine veya teknik ve ekonomik ilerlemenin hızlandırılmasına katkıda bulunan; ve

¹ Avukat, Brick Court Chambers, London www.brickcourt.co.uk; ziyaretçi okutman, Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü, Oxford Üniversitesi www.law.ox.ac.uk.

- (a) ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak için gereksiz kısıtlamalar getirmeyen,
- (b) bu tür teşebbüslere söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı için rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermeyen,
- teşebbüsler arasındaki herhangi bir anlaşma veya anlaşmalar dizisi,
 - teşebbüslerin ya da teşebbüs birliklerinin herhangi bir kararı veya kararlar dizisi,
 - uyumlu eylem veya uyumlu eylem kategorileri,

ile ilgili olarak 1. fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı ilan edilebilir.

Bu nedenle AT 81. Madde'nin uygulanması görünüşte kolaydır. Bir anlaşma AT 81(1). Madde kapsamına girmiyorsa yasalır. Bir anlaşma AT 81(1). Madde kapsamına giriyorsa, 81(3). Maddede belirtilen muafiyet kriterlerini karşıladığı kanıtlanması kaydıyla yasal olabilir. Bir anlaşma 81(1). Madde kapsamına giriyorsa ancak muaf tutulmuyorsa anlaşma kanuna aykırıdır ve içerdiği kısıtlamalar 81(2). Madde kapsamında geçersizdir.

81(3). Maddenin yorumlanmasını daha da kolaylaştırmak için Avrupa Komisyonu çeşitli anlaşma kategorilerine (dikey anlaşmalar², AR-GE anlaşmaları³, teknoloji transferi anlaşmaları⁴) grup muafiyeti veren birtakım tüzükleri kabul etmiştir ve dikey anlaşmalar⁵ ve yatay işbirliği anlaşmaları⁶ gibi belirli anlaşma türleriyle ilgili daha spesifik duyurularla birlikte Komisyon'un 81(3). Maddeyle ilgili genel yorumuna ilişkin görüşlerini belirten bir duyuru⁷ yayımlamıştır.

Ancak bu görünürdeki basitlik yanıltıcıdır. Hem AT 81(1). Maddede belirtilen yasağın kapsamıyla hem de AT 81(3). Maddedeki muafiyet kriterlerinin uygulanmasıyla ilgili açık olmayan birçok husus vardır. Bu çalışma işte bu hususları ele almaya çalışacaktır.

Buna geçmeden önce AT 81(2). Maddenin uygulanmasının da zorlukları olduğunu kaydetmek gerekir. Söz konusu bendin lafzı bir maddenin geçersizliğine işaret etmektedir ancak uzun zamandır geçersizlik durumunun

² 2790/99 sayılı Tüzük, OJ 1999 L 336/21.

³ 2659/2000 sayılı Tüzük, OJ 2000 L 304/7.

⁴ 772/2004 sayılı Tüzük, OJ 2004 L 123/11

⁵ Dikey kısıtlamalara ilişkin kılavuz ilkeler, OJ 2000 C 291/1.

⁶ Yatay işbirliği anlaşmalarına ilişkin kılavuz ilkeler, OJ 2001 C 3/2.

⁷ Antlaşmanın 81(3). Maddesinin uygulanmasına ilişkin Kılavuz İlkeler, OJ 2004 C 101/97

yalnızca anlaşmanın yasak kapsamına girmesine neden olan kısıtlamalara uygulanması yerleşmiştir.⁸ Bu hükümlerin geçersiz olmasının anlaşma için getireceği sonuçlar ulusal hukukun konusudur.⁹ Bu nedenle AT hukukunun bir konusu değildir ve dolayısıyla burada daha fazla üzerinde durulmayacaktır.¹⁰

AT 81(1). Maddeyle getirilen yasağın kapsamı birçok tartışmaya neden olmuştur. Bu genellikle Sherman Kanunu Bölüm 1 uyarınca rekabete aykırı eylemlere yönelik yasak ile getirilen yasağın kapsamı değerlendirilirken kullanılan ABD antitröst hukuku terminolojisi benimsenerek “haklı sebep kuralı” terimiyle ifade edilir.¹¹

AT rekabet hukukunun 1/2003 sayılı Tüzükle modernleştirilmesinden önce, grup muafiyeti tüzüklerinden herhangi birisi uyarınca doğal olarak muafiyet verilmeyen anlaşmalara muafiyet verme yetkisi yalnızca Avrupa Komisyonu’na aitti. 1 Mayıs 2004’ten bu yana 81. Madde doğrudan bağlayıcı ve bütünüyle etkilidir.¹² Bir anlaşma için, Avrupa Komisyonu’nun muafiyet yönünde vereceği bir ön karara gerek olmaksızın muafiyet alınabilmesinin, haklı sebep kuralı tartışmasının pratik öneminin artık kalmadığı anlamına geldiği düşünülebilir. Bence bu kesinlikle söz konusu değil ve AT 81(1). Maddedeki yasağın kapsamının boyutu hala çok önemli bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir.

Bu çalışmada konuya AT 81. Maddenin sırasının değiştirerek yaklaşacağım, önce 81(3). Maddedeki muafiyet kriterlerine bağlı kalmaya çalışırken ortaya çıkan sorunları açıklayacağım. Daha sonra AT 81(1). Maddedeki yasağın kapsamının Avrupa Mahkemesinin son içtihadı ışığında nasıl çizilebileceğini özetleyeceğim.

B. AT 81(3). MADDE KAPSAMINDA MUAFİYET

AT 81(3). Maddenin yorumu açık değildir¹³ ve muafiyet kriterinin karşılandığını kanıtlamamaktadır.

⁸ 56/65 *Société Technique Minière* Vakası [1966] ECR 235.

⁹ 319/82 *Société de Vente de Ciments et Bétons de l’Est* Vakası [1983] ECR 4173.

¹⁰ İngiltere hukukundaki önemli bir vaka Temyiz Mahkemesinin *Chemidus Wavin - STERI* vakasında [1978] 3 CMLR 514 verdiği karardır. Bu vakada EKSİK

¹¹ “*Belirli eyaletler arasında veya yabancı devletlerle ticareti ya da alışverişi kısıtlayan her türlü sözleşme, tröst ya da diğer biçimde birleşme veya gizli ittifak kanuna aykırıdır*”

¹² 1/2003 sayılı Tüzük 1(1). Madde.

¹³ 81(3). Maddenin gelişimiyle ilgili yakın zamanda yapılan çok iyi bir açıklama için bakınız Brenda Sufirin (2006) 51 *Antitrust Bulletin* 915 “The evolution of Article 81(3) of the EC Treaty.”

İspat yükü muafiyetten yararlanmaya çalışan kişiye aittir.¹⁴ Diğer bir deyişle bir anlaşma 81(3). Maddedeki ya da bir grup muafiyeti tüzüğündeki muafiyet kriterlerini karşılamıyorsa karine yoluyla kanuna aykırıdır. Bunun anlamı şudur; anlaşma tarafları muafiyet kriterlerinin karşılandığına dair mahkemeye ya da rekabet otoritelerine sunacak kadar yeterli gerekçeye (bunlara pazar yapısı gibi konularla ilgili deliller dahildir) sahip olduklarını kendi kendilerine kanıtlamalıdır.

Burada grup muafiyeti tüzüğü ile 81(3). Maddedeki muafiyet kriterleri arasında ayırım yapılabilir. Genellikle bir anlaşmanın genel muafiyet kriterleri kapsamından ziyade belirli bir muafiyet tüzüğü kapsamına girdiğini kanıtlamak daha kolay olabilir.

Bazı grup muafiyeti tüzükleri oldukça spesifikdir. Örneğin motorlu taşıtlar dağıtım grup muafiyeti tüzüğü¹⁵ bir tarafta motorlu taşıt üreticileri ve tedarikçileri ile diğer tarafta bayiler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Tüzük Avrupa Komisyonu ile endüstrinin her iki kesimi arasında geniş çaplı görüşme ve istişarelere konu olmuştur. Endüstrinin gerekliliklerine ve Komisyonun ekonomik veya politik amaçlarına göre hazırlanmıştır. Böylelikle belli başlı bütün araç üreticileri ve tedarikçileri, grup muafiyeti tüzüğünün gereklilikleri hakkında detaylı bilgi sahibi olarak bayilik anlaşmaları konusunda bayileriyle görüşmüşlerdir. Bazı grup muafiyeti gereklilikleri ticari açıdan cazip olmasa da anlaşmaların taslağının tüzükle uyumlu olacak şekilde hazırlanacağı konusunda neredeyse hiç şüphe yoktur.

Diğer grup muafiyetleri tüzükleri nitelik olarak daha geneldir. Örneğin dikey anlaşmalar için grup muafiyeti¹⁶ bazı kısıtlama türleriyle (örneğin AB'deki sınır ötesi satışlar¹⁷ ve rekabet üzerindeki feshetme sonrası kısıtlamalar¹⁸) ilgili birkaç geniş kapsamlı kural ortaya koyarak bütün tedarik ve dağıtım anlaşmalarını düzenlemektedir. Grup muafiyeti tarafların pazar payları belirli eşiklerin altında ise geçerlidir.¹⁹ Gerçekçi bir pazar payı değerlendirmesi

¹⁴ 1/2003 sayılı Tüzük 2. Madde.

¹⁵ 1400/2002 sayılı Tüzük, OJ 2002 L 203/30. Avrupa Komisyonu kılavuz olarak statüleri, en azından İngiliz mahkemelerinde, şüphelere açık olmasına rağmen, Rekabet GM'nin internet sitesinde bu Tüzüğün yorumlanmasıyla ilgili "Açıklayıcı Broşür" ve "Sıkça Sorulan Sorulara Cevaplar" yayınlamıştır.

¹⁶ 2790/99 sayılı Tüzük, OJ 1999 L 336/21.

¹⁷ 4(b) Maddesi, 2790/99 sayılı Tüzük.

¹⁸ 5(b) Maddesi 2790/99 sayılı Tüzük.

¹⁹ 3. Madde, 2790 sayılı Tüzük. Münhasır tedarik anlaşmaları dışındaki bütün vakalarda grup muafiyeti, tedarikçinin pazar payı % 30'u aşmıyorsa geçerli olabilir. Münhasır tedarik anlaşmaları bakımından eşik, alıcının pazar payına uygulanmaktadır.

yaparak bir anlaşma taslağının grup muafiyeti tüzüğüne kapsamına girecek şekilde nasıl hazırlanacağına dair çok az şüphe vardır.

Bunun aksine AT 81(3). Madde kapsamındaki genel muafiyet kriterine uymak sözleşme taslağı hazırlanmasına dair bir husus değildir ancak önerilen anlaşmanın piyasadaki etkisinin ekonomik açıdan detaylı bir değerlendirmesini gerektirmektedir. Antlaşmanın 81(3). Maddesinin uygulanmasına ilişkin Komisyon Kılavuz İlkeleri detaylı analiz içeren 116 paragraftan oluşmaktadır. Ayrıca söz konusu bendin lafzı bir anlaşmanın muafiyet kriterine uyması için dört gerekliliği karşılaması gerektiğini belirtmektedir. Bu kriterlerden bir tanesine bile uyulmaması anlaşmaya muafiyet verilmesini engeller.

Bu analizi yapma konusundaki zorluk İngiltere'nin esas rekabet otoritesi olan Adil Ticaret Ofisi'nin ("OFT") ulusal gazete ve dergi dağıtım anlaşmalarının AT 81(3). Maddenin İngiltere'deki iç hukuk karşılığına uygunluğu ile ilgili resmi bir görüş kabul etmeye çalışırken edindiği deneyimlerle gösterilebilir.²⁰ İngiltere'deki ulusal hukukun o tarihe kadar bütün dikey anlaşmaları (minimum fiyat tespiti anlaşmaları dışında) İngiltere rekabet kanunu kapsamından hariç tutması nedeniyle sorun çıkmıştır. Bu durum 1 Mayıs 2005'te sona ermiştir ve bu tarihten sonra hem AB düzeyinde hem de ulusal düzeyde aynı kurallar geçerli olmuştur.

Gazete ve dergiler İngiltere'de, İngiltere'yi münhasır bölgelere ayıran anlaşmalar temelinde dağıtılmaktadır. Belirli bir alanda bir perakendecinin gazete ve dergi tedariki elde etmek için iş yapmak zorunda olduğu toptancı ya da distribütörü seçme şansı yoktur. Yayıncılar, toptancılar ve distribütörler bu sistemi zamana çok duyarlı bir ürünün satış veya gelir bazında etkin bir şekilde dağıtımını sağladığı gerekçesiyle desteklemektedir. Perakendeciler ise bu sisteme kendilerinin tedarikçi seçimini engellediği gerekçesiyle karşı çıkmakta ve münhasır bölgelerin kullanılmasının AB düzeyinde olacağı gibi ulusal düzeyde de rekabete aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Endüstrinin tedarikçi kesimi, konuyu mahkemeye götürmek yerine 1 Aralık 2004'te OFT'den toptan satış ve dağıtım anlaşmalarının AT 81. Madde ile uyumluluğuna ilişkin resmi bir görüş bildirmesini talep etmiştir. OFT şu ana kadar istişare için 19 Mayıs 2005'te ve 31 Mayıs 2006'da iki zıt taslak Görüş yayınlamıştır. İlk taslakta OFT gazete dağıtım anlaşmalarının muafiyet kriterlerini karşıladığını ancak dergi dağıtım anlaşmalarının karşılamadığını belirtmiştir. Tedarikçiler dergilerin raf ömrünün çoğu durumda gazetelerden daha fazla olmasına rağmen dağıtımda zamanlamanın gazeteler kadar kritik

²⁰ Rekabet Kanunu 1998, Kısım 9. Bu Kanununun AT Antlaşması'nın eşdeğer hükümleriyle tutarlı olarak yorumlanması gerekmektedir.

olduğunu dolayısıyla dergileri farklı şekilde ele almak için bir gerekçe bulunmadığını açıklayarak cevap vermişlerdir. OFT konuyu yeniden değerlendirmiş ve gazete ve dergilerin ayrı değil birlikte ele alınması gerektiğini kabul eden ikinci bir taslak görüş yayınlamıştır. Ancak anlaşmaların kriterleri karşılayıp karşılamadığına ilişkin kesin bir karar vermemiştir. Bunun yerine OFT taslak görüşteki kılavuz ışığında değerlendirme yapmanın söz konusu anlaşma taraflarının meselesi olduğunu söylemiştir. Bununla birlikte söz konusu kılavuz OFT'nin anlaşmanın bütün muafiyet kriterlerini karşıladığını düşünmediğini açıkça ortaya koymaktadır (Aslında OFT'nin gazete anlaşmalarının muaf tutulmasına karar verdiği bir önceki yıl piyasada taslak karardan farklı bir görüş sahibi olmasına yol açacak hiçbir şey olmamıştı.)

Kısaca hiçbir taslak görüş AT 81(3). Maddenin uygulanmasıyla ilgili açık veya pratik bir kılavuz sağlamamıştır. İlk talepten yaklaşık iki buçuk yıl sonra hala OFT'nin ne zaman nihai Görüş bildireceğine dair bir belirti yoktur.²¹ Bu anlatılanlar, diğerlerinin yanı sıra, Komisyon'un Kılavuz İlkelerinden yararlanılmasına rağmen 81(3). Maddedeki muafiyet kriterleri için başvurunun içerdiği zorlukları göstermektedir. Anlaşmaların bu kriterlere uyup uymadığını değerlendirmek OFT gibi tecrübeli bir rekabet otoritesinin üç yılını alıyorsa özel anlaşma taraflarının bu temelde işlem yapmak için yeterli güvene sahip olarak kendi kendilerini değerlendirmeleri ne kadar umut vaat edebilir?

Özetle, grup muafiyeti tüzüklerinden birinin kapsamına açıkça girmeyen anlaşmalar için 81(3). Maddedeki genel muafiyet kriterleri kapsamındaki konum yalnızca açıkça rekabete aykırı olan ve dolayısıyla muafiyet kriterlerini karşılaması kesinlikle beklenmeyen anlaşmalar için açıktır. Ancak muaf tutulabilecek anlaşmalar için uygulamada muafiyet kriterlerinin karşılandığı sonucuna kesinlikle varmak imkansız değilse de oldukça zordur. Ayrıca kesinlik için Avrupa Komisyonu veya İngiltere'de OFT'den muafiyet kararı alma biçiminde mevcut olan alternatif yol şu anda ortadan kalkmıştır.

Bu durum bir anlaşma için muafiyetin gerekli olup olmadığını değerlendirmeyi daha önemli hale getirmektedir. Anlaşma AT 81(1). Madde kapsamına girmiyorsa grup muafiyeti tüzüğünün ya da genel muafiyet kriterlerinin potansiyel olarak uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun ele alınmasına gerek yoktur.

²¹ OFT 8 Mart 2007'de son gelişmeleri belirten bir basın açıklaması yaptı (Press Release 37/07 "OFT asked to consider referring the market for the supply of newspapers and magazines to the Competition Commission.") Bir nihai görüşün bu yıl çok geç-görüş talebinin ilk yapılmasından belki üç yıl sonra-yayınlanacak olması şüpheli görünüyor.

C. AT 81(1). MADDENİN KAPSAMI²²

AT 81(1). Madde ile rekabete aykırı eylemlere getirilen yasağın kapsamı bu maddedeki ilk ifadelerle tanımlanmaktadır. 81(1). Madde “*Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu doğuran anlaşmalar*” ı yasaklamaktadır.

Bu yasağın başlangıcında iki nokta vurgulanabilir.

İlk olarak bir anlaşmanın AB Üye Devletleri arasındaki ticareti etkilemesi gerekliliği kaza hakkıyla ilgilidir: AB ve ulusal rekabet hukuku arasında sınır çizilmektedir.²³ Ticaret üzerinde yeterli etki olmaması AT 81. Maddenin, ulusal rekabet hukuku geçerli olsa bile, uygulanmayacağı anlamına gelmektedir.²⁴ Ancak birçok ulusal rekabet hukuku rekabete aykırı anlaşmalara yönelik ulusal yasak konusunda 81. Madde’yi örnek aldığından,²⁵ AB ticareti üzerindeki etki (ya da etkinin olmaması) AB ve ulusal yasakların kapsamının temelini oluşturan ilkeleri etkilememelidir (ulusal yasakların 81. Maddeye uygun olarak yorumlandığı varsayılarak, AB’de ve Avrupa’daki başka bir yerde doğal olarak bu durum söz konusu olacaktır).

İkincisi yasak rekabete aykırı amacı ya da etkisi olan anlaşmalar için geçerlidir. İlk söz edilen anlaşma türleri herhangi bir meşru amaca hizmet etmeyi gözetmeyen fiyat tespiti ve pazar paylaşımı kartelleri gibi anlaşmalardır.²⁶ Bu anlaşmaların sebebi katılımcıların daha yüksek fiyat ve karlardan yararlanması için rekabeti engellemek, kısıtlamak ya da bozmaktır. Bu nedenle bu tür anlaşmaların gerçek veya potansiyel etkilerini değerlendirmeye

²² Daha detaylı inceleme için bakınız Beverley Robertson [2007] ECLR 000 “What is a restriction of competition? The implications of the CFI’s judgment in *O2 Germany* and the Rule of Reason.” Bu alanda başka bir karşılaştırmalı inceleme için bakınız Alison Jones (2006) 51 Antitrust Bulletin 691 “Analysis of agreements under US and EC antitrust-convergence or divergence?”

²³ Bakınız Antlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinde yer alan ticaret üzerindeki etki kavramına ilişkin Komisyon Kılavuz İlkeleri, OJ 2004 C 101/97.

²⁴ AB hukuku ve ulusal rekabet hukuku arasındaki ilişki 1/2003 sayılı Tüzükle düzenlenmiştir, özellikle bakınız 3. Madde.

²⁵ Türk hukukundaki ulusal eşdeğer yasak için bakınız Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 2. Madde.

²⁶ Avrupa Bıdayet Mahkemesi T-374/94 *European Night Services* [1998] ECR II-3141 [136] vakasında “fiyat tespiti, pazar paylaşımı ya da satış yerlerinin kontrolü gibi açık rekabet kısıtlamaları içeren” anlaşmalara atıfta bulunmuştur.

gerek yoktur çünkü rekabeti kısıtlamaktan başka hiçbir özellikleri olamaz. ABD antitröst terimlerini kullanacak olursak *per se* ihlaller olarak görülürler.²⁷

Bu çalışma yalnızca 81(1). Maddede söz edilen ikinci tür anlaşmalarla yani “rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen anlaşmalar” ile ilgilidir. İncelemenin amaçları bakımından bu çalışma “rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması” terimlerinden yalnızca “rekabetin kısıtlanması” olarak bahsedecektir çünkü bu bağlamda mevcut amaçlar bakımından söz konusu terimler arasında geçerli bir fark yoktur.

Dolayısıyla AT 81(1). Maddedeki yasağının normal ticari anlaşmalar için geçerli olup olmadığını belirlemeye yönelik kilit soru, bu anlaşmanın rekabetin kısıtlanması etkisine sahip olup olmadığıdır.

Burada bir ön husustan daha bahsedilmelidir. AT 81(1). Madde'nin yalnızca rekabet üzerinde kayda değer bir etkisi olan anlaşmalar için geçerli olarak yorumlanmıştır²⁸ ve Komisyon'un halihazırdaki yorumu normalde *de minimis* duyurusu olarak anılan belgede belirlenmiştir.²⁹ Ancak AB düzeyinde *de minimis* olan anlaşmalar, bir alt kademede eşdeğer ulusal yasaklar kapsamında da gözden geçirilecektir (elbette herhangi bir ulusal *de minimis* eşliğine tabi olmak suretiyle) ve bu nedenle aynı husus yurt içinde ortaya çıkmaktadır.

Burada temel soruya dönelim: ne zaman bir anlaşma rekabetin kısıtlanması etkisine sahip olmaktadır? "Rekabetin kısıtlanması" ile tam olarak ne kastedilmektedir?

Beverley Robertson'un "Rekabetin kısıtlanması nedir?" başlıklı makalesinde gözlemlediği üzere:

"81(1). Madde uyarınca 'rekabetin kısıtlanması'nın kesin olarak anlamına dair literatürün sayısı ciddi biçimde azdır. Elbette uygulamada kısıtlayıcı olduğu hükmüne varılan bir çok anlaşma bulunmaktadır. Ancak çok

²⁷ Ancak ekonomik analiz yapılabileceğini ve bazı anlaşma türlerinin analizinin değiştirilebileceğini unutmamak gerekir. Örneğin AB hukukuna göre, yeniden satış fiyatının tespitinin bizatihi kanuna aykırı olduğu genel olarak kabul edilir yani minimum yeniden satış fiyatlarını tespit eden anlaşmaların amacı rekabeti kısıtlamaktır. Bunun aksine, ABD Yüksek Mahkemesi *Leegin Creative Leather Products* vakasında (26 Mart 2007 tarihinde sözlü savunma dinlenmiştir) 1890 tarihli Sherman Yasası Kısım 1'deki eşdeğer yasağı gevşetmeyi ve bu tür anlaşmaları bizatihi analizden (amaca dayalı) ziyade haklı sebep kuralına tabi tutmayı (yani etkiye dayalı) düşünmektedir.

²⁸ 5/69 sayılı *Völk/Vervaecke* davası [1969] ECR 295.

²⁹ AT Antlaşması'nın 81(1). Maddesi uyarınca rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan düşük öneme sahip anlaşmalar hakkında Komisyon Duyurusu, OJ 2001 C 368/13.

az kişi bu tür anlaşmaların tek bir tanımlayıcı özelliğini saptamaya çabalamıştır."³⁰

Robertson, iki olası kuram belirlemiştir: "ordoliberal" yaklaşım ve iktisadi yaklaşım.

Ordoliberal yaklaşım³¹ rekabet kısıtlamalarını tarafların "ekonomik özgürlüklerine" getirilen kısıtlamalara eşdeğer görmektedir. Ancak bu, yalnızca analizi "ekonomik özgürlüğü" neyin oluşturduğunu saptamaya yöneltmekle yetinmektedir. Bu yaklaşımdaki temel sorun, analizi anlaşmanın belirli taraflarının konumuna atıfta bulunarak yürütmesindedir. Bunu yapmak bir dizi çelişki yaratmaktadır. Bir anlaşma, taraflara bağlayıcı yükümlülükler getirerek ekonomik özgürlüğü kısıtlamaktadır, ancak öte yandan taraflar birbirlerine yönelik bağlayıcı yükümleri kabul etmeyi tercih ederek başlangıçta ekonomik özgürlüklerini kullanmaktaydılar. Üstelik münferit bir teşebbüsün ekonomik özgürlüğü, AB rekabet hukukunun, AT Antlaşması'nın 3(g) Maddesi uyarınca "iç pazardaki rekabet sisteminin bozulmamasını sağlayan bir sistem" amacına ters düşmektedir. Bozulmamış bir rekabet sisteminde teşebbüslerin ekonomik özgürlüklerinin-rakiplerden bağımsız olarak hareket edebilme anlamında-mükemmel rekabet tarafından tamamen kısıtlanmış olması gereklidir.

Ordoliberal yaklaşımın bazı AB Üye Ülkelerinde (özellikle de doğum yeri olan Almanya'da) ulusal seviyede tesirini korumasına rağmen, Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Komisyonu üzerindeki tesiri azalmaktadır. Bunun yerine, AT 81(1). Maddenin yorumuna ilişkin "iktisadi bir yaklaşım" kabul etmenin önemine hakkında giderek artan bir bilinç oluşmaktadır. Ne yazık ki, bazı terminoloji zorluklar, özellikle de "muhakeme kuralı" teriminin ABD antitröstünde kullanıldığı şekilde kullanılması ve AT Antlaşmasının yorumuna ilişkin metinsel bir yaklaşıma aşırı katı bir bağlılık nedeniyle bu yaklaşımın sunduğu çözümleyici netlik gölgelenmiştir.

İktisadi yaklaşımın kökenleri Adalet Divanı'nın 81. Maddeye ilişkin bazı ilk içtihatlarında bulunmaktadır. Divan, *Société Technique Minière* davasında şu karara varmıştır: "*bahsedilen klotların analizi sonrasında rekabet üzerindeki etkinin yeterince zararlı olduğunun ortaya çıkmadığı... hallerde, anlaşmanın*

³⁰ Beverley Robertson [2007] ECLR 000 "Rekabet kısıtlaması nedir? Bidayet Mahkemesi'nin *O2 Almanya* hükmünün etkileri ve Haklı Sebep Kuralı."

³¹ "Ordoliberalizm" terimi savaş öncesi Alman rekabet hukukundaki, aynı zamanda kuramın özellikle özdeşleştiği üniversite nedeniyle Freiburg ekolü olarak da bilinen bir düşünce ekolüdünden gelmektedir. Bakınız: David Gerber "Yirminci yüzyıl Avrupa'sında hukuk ve rekabet: Prometyus'u korumak" (Oxford University Press, 1998), bölüm 7 "Ordoliberalizm: rekabet hukuku için yeni bir entelektüel çerçeve".

sonuçları dikkate alınmalıdır ve bu durumda, bunun yasak kapsamına girmesi için, rekabetin gerçekten de kayda değer ölçüde engellenmiş veya kısıtlanmış ya da bozulmuş olduğunu gösteren etkenlerin mevcut olduğunu bulmak gereklidir. Söz konusu rekabetin, ihtilaf konusu anlaşmanın yokluğunda gerçekleşeceği fiili bağlam içerisinde anlaşılması gereklidir" (Vurgu sonradan eklenmiştir)³²

Altı çizili kısım hayati önem taşımaktadır. Bu kısım, günümüzde normalde "karşı olgusal " şeklinde atıfta bulunulan hali, başka bir deyişle söz konusu anlaşmanın yokluğunda rekabetin durumunun nasıl olduğunu veya olacağını saptamanın önemini vurgulamaktadır.

Bu, analizin içinde yürütülmesi gereken karşı olgusal çerçeveyi saptamaktadır. Ancak anlaşmanın olduğu ve olmadığı konuların karşılaştırılmasının rekabetin kısıtlandığı şeklinde bir sonuca yol açıp açmadığını değerlendirmekte hangi kriterlerin kullanılacağı sorusunu yanıtızsız bırakmaktadır.

Antlaşma'nın 81(3). Maddesinin uygulanması hakkındaki Komisyon'un Kılavuz İlkeleri aşağıdakileri belirtmektedir:

"Bir anlaşmanın etkisinin kısıtlayıcı olması için, bu anlaşmanın fiili ya da olası rekabeti, ilgili pazardaki fiyatlar, çıktı, yenilik veya mal ve hizmetlerin çeşitliliği ya da kalitesi üzerinde makul bir olasılık derecesi ile olumsuz etkilerin beklenebileceği ölçüde etkilemesi gereklidir. Bu gibi olumsuz etkiler kayda değer olmalıdır."³³

Başka bir deyişle, rekabet "fiyatlar, çıktı, yenilik veya mal ve hizmetlerin çeşitliliği ya da kalitesi" üzerindeki etkilerle ilgilenmektedir. Bir anlaşma ya da bir anlaşmanın yokluğun nedeniyle çevre üzerindeki etkiler gibi başka etkiler ortaya çıkabilir ancak bunlar rekabet üzerindeki etkiler değildir.

Bu durum tüm etkilerin tek yönlü olduğu, yani etkilerin ya olumlu (rekabet yanlısı) ya da olumsuz (rekabet karşıtı) olduğu hallerde nispeten basittir. Etkilerin tamamının açık bir şekilde aynı yönü işaret etmediği haller daha karmaşıktır.

AT 81(3). Maddenin bir eşdeğeri olmadığı için ABD'de rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkilerin tartılması mecburen 1890 Sherman Yasası'nın 1. Kısmı kapsamındaki haklı sebep analizinin bir kısmı olarak yürütülmektedir. Aynı haklı sebep yaklaşımının AT 81(1). Maddeye de uygulanması gerektiği

³² 56/65 sayılı *Société Technique Minière* davası [1966] ECR 235, 249-250.

³³ Antlaşma'nın 81(3). Maddesinin uygulanması hakkında Kılavuz İlkeler, OJ 2004 C 101/97, paragraf 24.

hem Avrupa Adalet Divanı hem de Bidayet Mahkemesi huzurunda birkaç kere öne sürülmüştür.

Bu iddialar karmaşık bir tepki görmüştür. Adalet Divanı, 81(1). Maddenin yorumlanmasında bir haklı sebep yaklaşımının izlenip izlenemeyeceği sorusunu yanıtızsız bırakmayı sürdürmektedir³⁴. Öte yandan, Komisyon³⁵ ve Bidayet Mahkemesi rekabet karşıtı etkiler ile rekabet yanlısı etkilerin tartılmasının AT 81(1). Madde kapsamında değil yalnızca AT 81(3). Madde kapsamında mümkün olduğunu belirtmiştir. *Métropole* davasındaki kararında Bidayet Mahkemesi "Yalnızca [81(3). Maddenin] kesin çerçevesi kapsamında bir kısıtlamanın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı yönleri tartılabilir" demektedir.³⁶

Daha yakın tarihte *O2 Almanya* davasında Bidayet Mahkemesi, *Société Technique Minière* kararına uygun, anlaşmanın yokluğunda mevcut olan rekabetçi durumu dikkate alan bir iktisadi analizin "anlaşmanın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı yönlerinin tartılması ve dolayısıyla Topluluk hukuk mahkemeleri sisteminin AT 81(1). Madde altında yeri olmadığına karar verdiği haklı sebep kuralının uygulanması anlamına gelmediğini" belirtmiştir³⁷.

Bidayet Mahkemesinin kabul ettiğini belirttiği yaklaşımda bir dizi sorun olduğu ileri sürülmüştür.

Öncelikle, bir anlaşma genel itibarıyla ne kadar rekabet yanlısı olursa olsun, eğer bir etkinin kayda değer ölçüde rekabet karşıtı olduğu söylenebilirse bu, AT 81(1). Madde'nin anlaşmayı kapsamına alması ve 81(3) Madde kapsamındaki muafiyet kriterlerinin karşılandığını ispat etmek için tam bir analiz gerektirmesi için yeterli olacaktır.

İkinci olarak, bu yaklaşım At 81(3). Maddenin iki kollu yapısına çok fazla önem vermektedir. Bir yasağın kapsamını bu yasağa ilişkin muafiyetin mevcudiyetine atıfta bulunarak tanımlamak yorumlamaya ilişkin arabayı atın önüne koşmak demektir.

Üçüncü olarak, bir yasağın kapsamını aşırı derecede genişletmek, herhangi faydalı bir amaca hizmet etmemektedir. Bir muafiyetin mevcudiyeti

³⁴ C-235/92 P sayılı *Montecatini/Komisyon* davası [1999] ECR I-4539, [133]

³⁵ Antlaşma'nın 81(3). Maddesinin uygulanması hakkında Kılavuz İlkeler, OJ 2004 C 101/97, paragraf 11.

³⁶ T-112/99 sayılı *Métropole Television (M6)/Komisyon* davası [2001] ECR II-2459, [74]; aynı zamanda bakınız: T-65/98 sayılı *Van den Bergh Foods Ltd/Komisyon* [2003] ECR II-4653, [106]-[107].

³⁷ T-328/03 sayılı *O2 Almanya/Komisyon* davası [2006] ECR II-1231, [69].

nedeniyle yasaktan bir kaçış yolu olduğu şeklindeki bir yanıt iyi bir yanıt değildir. Yasağı anlaşmaya uygulamak için bir neden yokken neden teşebbüsler anlaşmalarının muaf olduğunu ispatlamak mecburiyetinde olsun? Bozulmamış bir rekabet sisteminde, devlet müdahalesi kamunun serbest pazarlar ve rekabet üzerindeki çıkarlarını korumak için gereken asgari düzeyle kısıtlı kalmalıdır.

Son olarak, temel rekabet hukuku normlarına ilişkin olarak giderek daha uyumlu bir yaklaşım ile belirlenen bir dünyada, en gelişmiş iki antitröst sisteminin-ABD ve Avrupa'ya ait sistemlerin-tüm antitröstteki en temel norm olan rekabet karşıtı danişıklı anlaşmaların yasaklanmasına aynı analitik yaklaşımı kabul etmesi arzu edilen bir şey olarak görülmektedir. İktisadi analiz yaklaşımı değişiklik göstermezken hukuki analiz yaklaşımı neden değişiklik gösterebilir?

Ancak Bidayet Mahkemesi'nin ve Komisyon'un AT 81(1). Madde kapsamında bir haklı sebep kuralı olmamasına ilişkin ifadelerinin-içtihatların uygun bir analizi yapıldığında-AT 81(1). Maddenin kapsamının belirlenmesinde Adalet Divanı ve hatta Bidayet Mahkemesi'nin kendisi tarafından kullanılan yaklaşıma aykırı olduğu öne sürülmüştür.

Başka bir deyişle, AT 81(1). Maddenin yorumunda içsel bir haklı sebep kuralı bulunmaktadır, ancak şimdiye kadar Avrupa Mahkemesi bunun adını anmaktan çekinmektedir.

D. 02 ALMANYA DAVASI

Daha önce açıklandığı gibi, Adalet Divanı *Société Technique Minière* davasında 81. Madde'nin karşı olgusalın dikkate alınması suretiyle uygulanmasını talep etmiştir. Bir haklı sebep kuralı yaklaşımı temelinde ifade edilmemiş olmasına rağmen, Divan'ın temelde belirlediği olgunun bu olduğu ileri sürülmüştür.³⁸

Geçen yıl, Bidayet Mahkemesi *O2 Almanya* davasında *Société Technique Minière* yaklaşımını uygulayarak bir Komisyon muafiyet kararı

³⁸ Baş Avukat Roemer *Société Technique Minière* davasındaki 23 Mart 1966 tarihli Görüşünde bir "haklı sebep kuralına" atıfta bulunmuştur. 56/64 sayılı *Consten & Grundig* [1966] ECR 299 Davasında, Adalet Divanı, Baş Avukat Roemer tarafından 27 Nisan 1966 tarihli Görüşünde bir haklı sebep kuralı yaklaşımı uygulamaya davet edilmiştir. Mahkeme bunu yapmamıştır. Benim görüşüme göre, bunun nedeni davanın kalbindeki tek pazarda bütünleşme zorunluluğudur. *Société Technique Minière* davasında karar bu Görüşten sonra ve *Consten & Grundig* kararından iki hafta önce verilmiştir.

iptal etmiştir. Bidayet Mahkemesi'nin bunu yaparken aslında AT 81(1). Maddenin yorumuna *Société Technique Minière*'den bu yana Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarında gizli olan bir haklı sebep kuralı yaklaşımı uyguladığı, ancak bunu yaptığını açıkça belirtmediği iddia edilmektedir.

Söz konusu anlaşma Almanya'daki mobil telefon şebekesi pazarında en küçük operatör olan O2 Almanya'nın, Almanya'daki hakim sabit operatörün mülkiyetindeki mobil işletme olan T-Mobile'ın 3. Nesil mobil şebekesini paylaşmasını sağlıyordu. Anlaşma, bunun AT 81(1). Madde kapsamına girdiği hükmüne varan ancak AT 81(3). Madde kapsamında bir muafiyet tanıyan Komisyon'a bildirilmiştir. *O2 Almanya* Bidayet Mahkemesi'ne başarılı bir temyiz başvurusunda bulunmuştur (ve Komisyon daha sonra bu kararı Adalet Divanı'nda temyize götürmemiştir).

T-Mobile'ın şebekesine erişim O2 Almanya'nın kendi 3. Nesil şebekesini çıkarmaya yönelik teşvikini azaltacağı için, Komisyon şebeke paylaşma anlaşmasının AT 81(1). Madde kapsamına girdiğine karar vermişti. T-Mobile'ın şebekesine bağımlı olmak O2 Almanya'nın üstün şebeke avantajları (kapsam, iletim ücretleri, fiyatlar) sunarak rekabet edemeyeceği anlamına gelecekti. Dolayısıyla bu etkenlere ilişkin olarak, O2 Almanya'nın T-Mobile'a bağımlı olmaksızın kendi şebekesine sahip olması halinde ortaya çıkacak rekabetten daha az rekabet bulunmaktaydı.

Komisyon AT 81(3). Madde kapsamında muafiyete döndüğünde, şebeke paylaşımının O2 Almanya'nın kendi şebekesini inşa etmek zorunda kalmasına kıyasla pazara daha hızlı erişim sağlayacağına karar vermiştir. Bu durum O2 Almanya'nın diğer büyük şebeke sağlayıcıları ile müşteriler için rekabet etmesine olanak vererek fiyatları indirecek ve kalite ile tüketicilerin ulaşabileceği hizmet seçeneklerini artıracaktır. Dolayısıyla Komisyon AT 81(3). Madde muafiyet kriterlerinin karşılandığına karar vermiş ve O2 Almanya'nın kendi 3. nesil şebekesinin kurulmasını tamamlamasını sağlayacak bir dönem için muafiyet tanımıştır.

O2 Almanya şebeke paylaşımının AT 81(1). Maddenin amaçları doğrultusunda rekabeti kısıtlamadığı gerekçesiyle temyiz başvurusunda bulunmuştur. O2, Komisyon'un bir rekabet sınırlaması olduğu sonucuna yalnızca anlaşmanın fiili etkilerinin analizine dayanarak yapılan bir analiz temelinde ve anlaşmanın olmaması halinde mevcut olacak rekabetçi duruma atıfta bulunarak vardığını öne sürmüştür. Eğer Komisyon AT 81(1). Madde kapsamında böyle bir analiz yürütmüş olsaydı anlaşmanın kararında atıfta bulunulan rekabet yanlısı etkileri, Komisyon'u rekabet kısıtlaması olmadığı yönünde karar vermeye zorlayacaktı. Savunmasında Komisyon böyle bir yaklaşımın, anlaşmanın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkilerini 81(1). Madde

uyarınca tartmasını gerektireceğini ve bunun Bidayet Mahkemesi'nin içtihadına ters olduğunu ileri sürmüştür.

Bidayet Mahkemesi O2 Almanya'nın temyiz başvurusunu haklı bulmuştur. Bunu yaparken AT 81(1). Maddenin uygulama kapsamına ilişkin üç önemli beyanda bulunmuştur.

Birincisi, Bidayet Mahkemesi, AT 81(1). Madde amaçları doğrultusunda, bir anlaşmanın rekabeti kısıtlama etkisine sahip olup olmadığına karar verirken anlaşmanın yaratması beklenen rekabetçi durum ile anlaşmanın yokluğu halinde mevcut olan rekabetçi durumu karşılaştırmanın gerekli olduğunu vurgulamıştır:

"anlaşmanın rekabeti kısıtlamayı hedeflemediğinin kabul edildiği bu gibi davalarda, anlaşmanın etkileri dikkate alınmalıdır ve bunun yasak kapsamına girmesi için, rekabetin gerçekten de kayda değer ölçüde engellenmiş veya kısıtlanmış olduğunu gösteren etkenleri mevcut olduğunu bulmak gereklidir. Söz konusu rekabetin, ihtilaf konusu anlaşmanın yokluğunda gerçekleşeceği fiili bağlam içerisinde anlaşılması gereklidir"³⁹ (Vurgu sonradan eklenmiştir)

"AT 81(1). Madde ışığında gerekli olan inceleme, temelde anlaşmanın mevcut ve olası rekabet üzerindeki etkilerini ... ve anlaşmanın yokluğu halinde rekabetin durumunu dikkate almayı kapsar ...ki bu iki etken arasında temel bir bağ bulunmaktadır."⁴⁰

İkinci olarak, Bidayet Mahkemesi bu değerlendirmenin yalnızca durumun ne olması gerektiğine dair bir sav olmaması, anlaşmanın fiili iktisadi bağlamına dair bir analiz içermesi gerektiğini açıkça belirtmiştir:

"bir anlaşmanın AT 81(1). Maddede belirtilen yasak ışığında ortak pazar ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmek için anlaşmanın imzalandığı ekonomik ve hukuki bağlamı... hedefini, etkilerini, ayrıca özellikle teşebbüslerin faaliyette buldukları ekonomik bağlamı, anlaşmanın kapsamındaki ürün ve hizmetleri ve ilgili piyasanın yapısı ile içerisinde çalıştığı fiili koşulları dikkate almak suretiyle Topluluk içerisinde ticareti etkileyip etkilemediğini incelemek zorunludur."⁴¹

Üçüncü olarak, Bidayet Mahkemesi bunun anlaşmanın tüm olumlu ve olumsuz etkilerinin 81(1). Madde kapsamında tartılması gerektiği anlamına gelmediğini ileri sürmüştür:

³⁹ T-328/03 sayılı Dava, O2 Almanya/Komisyon [2006] ECR II-1231, [68].

⁴⁰ Aynı dava, [71].

⁴¹ Aynı dava, [66].

"Özellikle de anlaşmanın yokluğunda mevcut olacak rekabet durumunun dikkate alınmasına ilişkin olarak, böyle bir analiz yöntemi anlaşmanın rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkilerine dair bir değerlendirme yürütüldüğü ve böylece Topluluğun hukuk mahkemeleri sisteminin AT 81(1). Madde altında yeri olmadığına karar verdiği bir haklı sebep kuralı uygulandığı anlamına gelmemektedir"⁴²

Ancak, bu bağlamda, bu son ifade inceleme karşısında tutunamamaktadır, zira hem Bidayet Mahkemesi'nin AT 81(1). Maddesi uyarınca analizin yürütüleceğini belirttiği yöntem ile hem de Bidayet Mahkemesi'nin Komisyon'un muafiyetini iptal etmek için gerçekte yürüttüğü analiz ile tutarsızlık göstermektedir.

Bunun nedeni "söz konusu rekabetin... ihtilaf konusu anlaşmanın mevcut olmadığı bir bağlamda gerçekleştiği" bir karşılaştırma, AT 81(1). Maddesi uyarınca yalnızca bazı etkenlere atıfta bulunup diğerlerine bulunmayarak yürütülemez. At 81(1). Madde uyarınca tüm ilgili etkenler dikkate alınmalıdır. Belirli etkenleri bir kenara koyup bunları yalnızca AT 81(3). Madde'ye ilişkin bir analiz için ayırmaya izin verilmemektedir. "Fiyatlara, çıktıya, yeniliğe ya da mal ve hizmetlerin çeşitliliği veya kalitesine katkıda bulunan ya da bunları etkileyebilecek olan her şey, AT 81(1). Madde uyarınca karşı olgusalın tartılmasında dikkate alınmalıdır.

E. SONUÇ

Bidayet Mahkemesi'nin *O2 Almanya* davasında verdiği hükmün, Adalet Divanı tarafından *Société Technique Minière* davasında belirlenen yaklaşımın tüm etkilerini tanıdığı açıktır. AT 81(1). Maddenin yorumlanmasında bir haklı sebep kuralı -ya da belki daha doğrusu- gerçekçi bir iktisadi yaklaşım benimsenmelidir.

81(3). Madde kapsamındaki muafiyetlerin şimdi farklı rol oynadığı kabul edilmelidir.

Grup muafiyetleri, kurala dayalı bir yaklaşımın rekabet gerekliliklerini karşıladığının kabul edilebileceği sık karşılaşılan belirli anlaşma tipleri için yararlı korunaklar sağlayabilir (yani belirli kurallara uyulursa anlaşmanın rekabet için kayda değer ölçüde bir tehdit oluşturmadığı varsayılabilir).

⁴² Aynı dava, [69].

Genel muafiyet kriterleri gerçekçi bir iktisadi yaklaşımda gerçekten rekabeti kısıtlayıcı olan, ancak orantılı bir şekilde "malların üretimini veya dağıtımını iyileştirerek ya da teknik veya ekonomik gelişmeyi teşvik etmek suretiyle," başka bir deyişle "müşterilere ortaya çıkan faydanın adil bir payını yansıtarak", "bu hedeflerin ulaşılması için vazgeçilmez olmayan kısıtlamalar" koymayarak ve "bu gibi teşebbüslere söz konusu ürünlerin ciddi bir kısmı için rekabeti ortadan kaldırma olasılığı" tanımayarak başka bir hedefe hizmet eden anlaşmalara ayrılabilir.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-V**

*6-7 Nisan 2007
KAYSERİ*

II. OTURUM

*Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

REKABET HUKUKUNDA SATIŞ SONRASI PAZAR TEORİLERİ ve YENİ MOTORLU TAŞITLAR TEBLİĞİ'NİN AMPİRİK ANALİZİ

Av. Şahin ARDIYOK*

“İktisatçılar, firmaların sahip olduğu bilginin boyutu ve doğruluğunun davranışlarına ve dolayısıyla piyasaların performansına etki ettiğinin ve çoğunlukla da belirleyici olduğunun farkındadırlar” - George J. STIGLER¹

1. GİRİŞ

Bilgi, edinme maliyeti olan bir metadır. Bilginin iletilmesi ve yayılması, gelişen iletişim teknolojileri sonucu kolaylaşmıştır. Bu olanaklar belirli bir kolaylık getirmekle birlikte, geniş kitlelerin söz konusu olduğu durumlarda bilgiyi edinme maliyetine kimin katlanacağı büyük bir sorun haline gelebilmektedir. Çünkü edinilen bilgi sadece maliyete katlanana değil, dışsallık sayesinde o grup içinde yer alan diğer bireylere de aktarılabilir. Bu durum bedavacılık (free-riding) sorunu yaratarak bilgiye olan talebi düşürebilmektedir.

Ayrıca internet ile beraber dünya üzerindeki erişilebilir bilgi miktarı ve derinliği artmaktadır. Bu gelişme, doğru bilginin bulunması² ve analizini zorlaştırmaktadır. Bireyler bilgi edinme maliyetine katlansalar bile çoğu zaman bu bilgiyi işleyecek altyapıya sahip olamamaktadır. Bu nedenlerle bilginin piyasanın işleyişi bakımından hayati olduğu (piyasa aksaklığının mevcut olduğu) durumlarda, devletin bilgi edinme ve teknik açıdan işleme maliyetlerine katlanması söz konusudur. Çünkü işlenmiş bilginin yaratacağı olumlu dışsallıklar toplumsal refaha katkısı bakımından, devletin bu iş için katlanacağı maliyetlerin üzerinde seyretmektedir.

*Rekabet Kurumu eski Uzmanı, ACT Danışmanlık Ltd. Şti. ortağıdır. Çalışmanın ampirik bölümüne yaptığı değerli destek için Ali ILICAK'a, çalışma boyunca gösterdikleri anlayış ve işbirliği nedeniyle ACT Danışmanlık Ltd. ortaklarına ve katkısı olan tüm çalışanlara ve ayrıca anketi doldurma zahmetine katlanan herkese teşekkürü borç biliriz.

¹ Stigler, G. J., “The Process and Progress of Economics”, *Nobel Memorial Lecture*, 8.12.1982, s. 65.

² Son dönemde Google gibi arama motorlarının en değerli şirketler haline gelmesi, bilgi dolaşımının boyutunu ve önemini bizlere göstermektedir.

Bilgi asimetrisine dayalı piyasa aksaklıkları, özellikle finans sektöründe 1929 Ekonomik Buhranı'ndan sonra yoğun devlet müdahalesi ile giderilmeye başlanmıştır. Geniş kitlelerin alıcı konumunda olduğu tüketici hukuku ile ilgili birçok konuda da, devletin aldığı tedbirler bilgi asimetrisinin giderilmesine yöneliktir. Bilgi asimetrisi, regülasyonlar ve tüketici hukuku dışında rekabet hukukunun da inceleme alanına girmiştir.

Tam rekabet piyasasının varsayımlarından bir tanesi, piyasadaki alıcı ve satıcıların tam bilgiye sahip olmasıdır. Fakat Nobel ödüllü iktisatçı Stigler'in kartellerle ilgili bilgi asimetrisine değindiği çalışmalardan sonra, ele alınan pazarlarda söz konusu varsayımın geçerli olmamasından kaynaklanan piyasa aksaklıkları, rekabet hukuku uygulamasında 1990'lı yıllara kadar pek tartışılmamıştır. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Kodak ile ilgili aldığı karar, bilgi asimetrisinin rekabet hukukunun gündemine tekrar gelmesini sağlamıştır. Hatta bu karar, piyasa mekanizmasına güven konusunda mahkemelerin ve politika belirleyicilerin, Stigler'in de aralarında bulunduğu Chicago Okulu mensupları tarafından ikna edilmiş olduğu bir döneme rastlamıştır. Bazı yazarların düşüncesine göre³, teorik olarak doğru işlemesi gereken fakat gerçek hayatta performans olarak tahmin edilen seviyeye ulaşmayan pazarların daha dikkatli incelenmesini işaret eden Kodak kararı, Post-Chicago döneminin başlangıcı olarak sayılmaktadır. Çünkü Chicago Okulu, bilgi eksikliğinin rekabet ihlaline yol açma ihtimalini düşük görmektedir. Ayrıca bu aksaklığı düzeltme maliyetinin yüksek olduğunu ve aksaklığın piyasa aktörleri arasında sözleşmeler yoluyla giderilebileceğini iddia etmektedir. Post-Chicago Okulu ise, bu olasılığın yüksek olduğunu belirtmekte ve devlet müdahalesinin sonuçları konusunda iyimserliğini korumaktadır⁴.

Kodak Kararı'nın başka bir özelliği, günlük hayatımızda kullandığımız dayanıklı tüketim malları konusunda rekabet kuralları uygulamasına yeni bir boyut getirmesidir. Ülkelerin GSMH içinde yeri büyük olan dayanıklı tüketim mallarının (*durable goods*), günlük yaşamdaki kararlarımız bakımından önemi büyüktür. Motorlu taşıtlar bu duruma en güzel örnek olarak verilebilir. Dayanıklı tüketim mallarının satın alınmasının ardından ekonomik ömrü

³ Kodak Kararı "Post-Chicago Economics" adı altında düzenlenen konferansın ana temasını oluşturmuştur. Bu konferansa katılıp tebliğ sunan Steven Salop ("Kodak as Post-Chicago Law and Economics", Jan. 1993, unpublished manuscript) ve Carl Shapiro ("Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-95, s. 483-511) piyasalarda teorinin işaret ettiği kadar fazla aksaklık olduğu düşüncesine katıldıklarını ve bu nedenle aynı konuya değinen Kodak kararını önemli bir dönüm noktası olarak kabul ettiklerini belirtmişlerdir.

⁴ Lande, R. H., "Chicago Takes it on the Chin: Imperfect Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World", 62 Antitrust L. J. 193, 1993-1994, s. 193.

boyunca bakım, onarım, sarf malzemesi ihtiyacı, sigorta gibi birçok satış sonrası maliyet söz konusudur. Kodak davasının ortaya çıkmasının sebebi de, dayanıklı tüketim mallarının satın alınmalarının ardından katlanılması gereken satış sonrası maliyetlerdir. Tüketicinin satın alma anında ürünün ekonomik ömrü boyunca katlanacağı maliyetleri dikkate alıp almadığı veya satın aldıktan sonra tahmin etmediği maliyetlerin ortaya çıkması halinde ikame ürüne geçiş olanakları, tartışmanın odağını oluşturmaktadır. Burada karşımıza çıkan temel piyasa aksaklıkları bilgi asimetrisi ve geçiş maliyetleridir.

Satış sonrası pazar teorileri teşebbüslerin, satışla satış sonrası arasındaki etkileşimi kullanarak rekabet kurallarını ihlal edip etmedikleri ile ilgilidir. Çünkü firmanın satış sonrası piyasalarda pazar gücüne sahip olması durumunda, örneğin kendi kontrolündeki yedek parça satışı ile bakım ve onarım hizmetlerini bağlaması (*tying*) halinde, hakim durumunu kötüye kullanması söz konusu olabilir.

Bağlama eylemleri, Chicago Okulu'nun görüşlerinin uygulamaya yansımadağı birkaç alandan birisidir⁵. En son 2005 yılında verilen Illinois Tool Kararı⁶ ile, bağlama eylemlerinin yasaklanabilmesi için ilgili piyasada pazar gücüne sahip olunması gerekliliği teyit edilmiştir. Bu anlamda bir firmanın satış pazarında çok küçük bir pazar payı olmasına rağmen, satış sonrası pazarda hakim durumda kabul edilmesi halinde yedek parça ile bakım ve onarım hizmetlerini bağlaması yasaklanabilecektir. Kodak ile gelişen teoriler, bunun hangi koşullarda mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır.

Kodak kararında Yüksek Mahkeme, satış pazarları ile satış sonrası pazarlar arasındaki etkileşimle ilgili, sadece satış pazarındaki koşulları dikkate alan ekonomik teoriyi reddetmiştir. Yüksek Mahkeme teorisinin aksine bazı durumlarda alıcıların, ürünün ekonomik kullanım ömrü boyunca katlanacakları maliyetleri değerlendiremeyeceklerini ve sadece satış fiyatına bakarak karar verebileceklerini belirtmiştir. Ayrıca yargılamayı gerçekleştiren ilk derece mahkemesine, söz konusu bilgi asimetrisi nedeniyle, satış sonrası pazarda Kodak'ın pazar gücü olup olmadığını incelemesi talimatını vermiştir. Bir bakıma, alt derece mahkemesine, bilgi edinme maliyetinin yüksek olduğu bir dünyada tüketicilerin karar alma süreçlerinin ekonomik analizini yapması emredilmiştir⁷. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, hukuk ve ekonomi disiplininin

⁵ Chicago Okulu'nun bağlama anlaşmalarına ilişkin görüşleri için bkz.: Easterbrook, F. H., "Chicago on Vertical Restrictions", IBA Competition Law International, Vol. 3, No. 1, Feb. 2007, s. 3-7.

⁶ Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., U.S. Supreme Court Decision No. 04-1329, March 1, 2006.

⁷ Hay, G. A., "Is the Glass Half-Empty or Half-Full?: Reflections on the Kodak Case", 62 Antitrust L. J. 177, 1993-1994, s. 184.

en kolay ve doğrudan uygulanabilir olduğu kabul edilen rekabet hukukunda hukukçular ile iktisatçılar arasındaki anlayışın farklılaşabileceğini göstermektedir. Gerçekten, altyapısını sanayi iktisadının oluşturduğu rekabet hukukundaki ilerlemeler, ancak teorik ve piyasanın gerçek koşulları ile ilgili analizleri yansıtan ampirik çalışmalar sonucu sağlanabilmektedir.

Bunun nedenlerine ışık tutacak görüşler, Chicago Okulu'nun regülasyon konusundaki temsilcisi Peltzman'ın, sanayi iktisadında güncel çalışmaları bir araya getirme iddiasında olan *Handbook of Industrial Organization* adlı yayına yönelik makalesinin satır aralarında yer almaktadır⁸. Peltzman, ortaya koyduğu rakamsal verilerden hareketle, iktisatçıların ampirik çalışmalardan ziyade teorik çalışmalara yoğunlaştıklarına, hukuk kuralı oluşturulması veya uygulamasına katkılarının azaldığına değinmektedir. İktisatçılar, hukukçuların pratikte yaşadıkları zorlukları çözecek araçlar üretememekte, hukukçular ise kural koyma ve uygulamada iktisadın faydasını göz ardı etmektedir.

Dolayısıyla, rekabet hukuku sayesinde serbest piyasa ekonomisinin işleyişini güvence altına alacak bir yapıya ulaşabilmesi için, karar alıcılara yol gösterecek ampirik çalışmalar ön plana çıkarılmalıdır. Bu çalışmalar sayesinde, rekabet hukukunun geçici piyasa aksaklığını gidermek üzere uygulanmasında gerçek hayatta test edilmiş doğru yöntem ve teorilerin geliştirilmesi mümkün olabilir. Özellikle ülkemizde rekabet hukuku ile ilgili akademik çalışmaların büyük bir kısmı usul kurallarına yönelmiş olup, esasa ilişkin çalışmalar ise teorik tartışmaların ötesine geçememektedir. Bu eğilimde Danıştay'ın çeşitli nedenlerle esasa ilişkin kararlar verememiş olmasının yanında, kanun koyucunun temyiz için Danıştay'ı yetkili kılması sonucu, rekabet hukukunun Fransız ekolünün etkisindeki idare hukukunun bir parçasıymış gibi algılanılması da etkindir. Kanaatimizce rekabet hukukçuları, iktisadi kurumların hukuk uygulamasına doğru bir şekilde yansıtılabilmek için daha çok pozitif (ampirik) çalışmalara yönelmelidirler.

Bu nedenle, çalışmamız Kodak kararının etkisi ile şekillenen satış sonrası pazar teorilerinin ampirik bir çalışma ile incelenmesini kapsamaktadır. Böylece satın alınmasından sonra uzun kullanım ömrü boyunca ilave maliyetlere katılan dayanıklı tüketim mallarının söz konusu olduğu tüm rekabet incelemeleri ve davalarda kullanılacak analitik yöntemlerin ortaya konması amaçlanmaktadır. Ampirik çalışmanın inceleme konusu, satış sonrası pazar teorileri bakımından en önemli karar değişkeni olan bilgi asimetrisidir.

⁸ Peltzman, S., "The Handbook of Industrial Organization: A Review Article", *The Journal of Political Economy*, Vol. 99, No.1, Feb. 1991, s. 201-217.

İncelemeyi ise, motorlu taşıtlar endüstrisinde yapmayı uygun bulduk. Çünkü Rekabet Kurulu tarafından AB örneği alınarak çıkarılan ve endüstrinin yapısını kökten değiştiren 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Tebliği, inceleyeceğimiz satış sonrası pazar teorilerinden birine dayanmaktadır. Ampirik çalışmamız, yapılan bu normatif tercihin en azından bilgi asimetrisi bakımından doğru olup olmadığını ortaya koyma amacı taşımaktadır.

Yeni Motorlu Taşıtlar Tebliği öncesinde, Rekabet Kurulu'nun HP hakkındaki iki önaraştırma kararı da, aynı AB'deki Hugin kararı gibi satış sonrası pazar teorileri ile ilgili olmakla beraber, teorilerin analitik olarak tartışılmadığı kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. AB Komisyonu, ABD'de olup bitenlerin etkisiyle bu eksikliğin farkına varmış olacak ki, 82. maddenin modernizasyonu ile ilgili çalışmasında, satış sonrası pazar teorileri ile ilgili tartışmalara yer vermektedir. Ancak gerek AB'de ve gerekse Türkiye'de büyüklük ve etki bakımından çok önemli bir endüstriye yönelik kurallar oluşturulurken, bu teorilerin tartışılmamış olması, kanaatimizce önemli bir boşluğa işaret etmektedir. Çalışmamızın amaçlarından birisi de, bu boşluğun doldurulmasına nazikane katkıda bulunmaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; teorinin ilgili olduğu dayanıklı tüketim malları hakkında bilgi verilecek, satış sonrası pazar kavramı üzerinde durulup rekabet incelemesi aşamalarından bahsedilecek, bu konuda ABD'de Kodak kararı ile başlayıp Xerox'a kadar verilen mahkeme kararları incelenecek, ardından AB'de Hugin kararı ve 82. maddenin modernizasyonu ile Rekabet Kurulu'nun HP Önaraştırma ve Bilgisayar Yazıcıları kararı analiz edilecektir. Üçüncü bölümde ise, ilk olarak konunun iktisadi yönü ele alınacak, ardından satış ve satış sonrası pazarlar arasındaki etkileşimin analizindeki aşamalar Post-Chicago döneminin temsilcilerinin görüşleri ile netleştirilecek, son olarak fikri mülkiyet hakları ve bu konuda getirilebilecek etkinlik savunmaları üzerinde durulacaktır. Dördüncü bölüm, Motorlu Taşıtlar Tebliği ve satış sonrası pazarlara yönelik ampirik çalışmaya ayrılmıştır. Bu bölümde, ilk olarak 2005/4 sayılı Tebliğ tanıtılıp, satış sonrasına ilişkin hükümleri ve değerlendirilmesi yapılacaktır. Daha sonra bilgi asimetrisinin önemi vurgulanacak ve bilgi asimetrisi sorununu inceleyen ve bu anlamda normatif tercihi sorgulayan ampirik çalışmanın kurgusu anlatılacak ve elde edilen sonuçlar gözler önüne serilecektir. Sonuç bölümünde ise çalışmamızın ardından ulaştığımız sonuçlar ortaya konacaktır.

2. SATIŞ SONRASI PAZARLARA YÖNELİK REKABET HUKUKU UYGULAMALARI

Çalışmamız, satış ile satış sonrası arasındaki etkileşimin rekabet hukuku kurallarına göre analizini oluşturmaktadır. Bu sınırlama dikkate alındığında çalışmamızın ilgili olduğu pazarlardaki ürünlerin dayanıklı tüketim mallarından oluşması kaçınılmazdır. Çünkü hizmetler üretildiği anda tüketilirler. Dayanıklı tüketim mallarının dışındaki diğer mallarda ise, satışın ardından tüketicinin katlanacağı ilave maliyetler söz konusu olmaz. Bu ayırımın anlaşılması, satış pazarları ile satış sonrası pazarlar arasındaki etkileşimin değerlendirilmesinde birinci koşulu oluşturur. Söz konusu etkileşime yönelik pozitif hukuk kurallarının nasıl uygulandığına geçmeden önce dayanıklı/dayanıksız tüketim malı ayırımının incelenmesini gerekli görmekteyiz.

2.1. Dayanıklı - Dayanıksız Tüketim Malı Ayırımı

Dayanıklı tüketim malları, uzun süreli kullanılmak ve faydalanılmak üzere satın alınan mallar iken, dayanıksız tüketim mallarının bir seferlik kullanımı söz konusudur. Birçok dayanıklı tüketim malı, kullanım ömrü boyunca bakım ve onarım gerektirir⁹. Örneğin bir otomobilin hava ve yağ filtresinin belirli aralıklarla değiştirilmesi, rot ve balansının ayarlanması, otomobilden beklenen faydanın elde edilmesi için zorunludur.

Makro ekonomik sınıflandırmada ise, tüketim malları ile ilgili üçlü bir ayırımın söz konusu olduğunu görmekteyiz. Türkiye’de GSMH’yı oluşturan en önemli harcama kalemi özel nihai tüketim harcamalarıdır¹⁰. Buradaki “tüketim” ifadesi, bunların başka bir malın üretiminde kullanılmak üzere ya da yeniden satılmak üzere değil, son kullanıcı tarafından tüketilmek amacıyla kullanıldığını göstermektedir.

Tüketim malları bakımından yapılan üçlü ayırım; (i) dayanıksız, (ii) yarı dayanıklı ve (iii) dayanıklı tüketim malları şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹¹.

⁹ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution 4th Ed.* içinde, 2002, Cambridge University Press, s. 387.

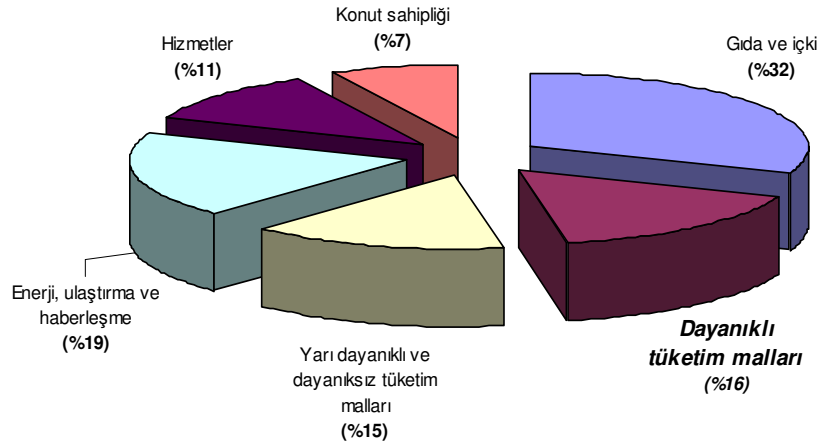
¹⁰ Bu terim içinde yer alan “özel” sözcüğü, kamu kesiminin cari harcamalarının işin içine katılmamasından, bir başka deyişle yalnızca özel kesim kuruluşları ve özel kişilerin tüketim harcamalarını kapsamasından kaynaklanmaktadır.

¹¹ Makro ekonomik sınıflandırmada dördüncü grubu enerji, ulaştırma, haberleşme gibi hizmetler oluşturmaktadır. Beşinci grup ise dördüncü grup içinde sayılanların dışında kalan hizmetlerden oluşur. Mikro iktisadi açıdan bu 4. ve 5. grupları hizmetler çatısı altında değerlendirmek faydalıdır. Satış ve satış sonrası arasındaki etkileşim özelinde, hizmetler de dayanıksız mallar gibi satış sonrası pazarların oluşmasına neden

Birkaç seferlik kullanımla tüketilen ekmek, su, her türlü yiyecek, içecek, kozmetikler, temizlik malzemeleri, kağıt, akaryakıt gibi mallar dayanıksız tüketim malı olarak kabul edilir. Yarı dayanıklı tüketim malları ise; elbise, ayakkabı gibi ilk gruba göre biraz daha uzun süreli bir dayanıklılık sergileyen tüketim mallarını kapsar. Çalışmamızın konusunu oluşturan dayanıklı tüketim malları; otomobiller, beyaz ve kahverengi eşyalar, büro ekipmanları, mobilyalar, spor malzemeleri, bilgisayar donanımları ile yazılımları ve oyuncak gibi eşyalardan oluşan tüketim malları grubudur. Bu tür mallar, çabucak yıpranıp tükenmeyen, bir başka ifade ile bir kez kullanıldığında yok olmayıp zaman içinde bize hizmet ve fayda sağlayan, fakat satışın ardından ilave bazı maliyetlere katlanmamızı gerektiren mallardır. Bu tanım gereğince günlük hayatta karşılaştığımız birçok mal dayanıklı mal olarak nitelendirilebilir.

2005 yılı itibariyle özel nihai tüketim harcamaları GSMH'nin yaklaşık %68,3'ünü oluşturmaktadır. Bu rakam yaklaşık 245 Milyar \$'a karşılık gelmektedir¹². Toplam özel nihai tüketim harcamalarının harcama kalemlerine dağılımı ise aşağıdaki grafikte görülebilir.

Özel Nihai Tüketim Harcamaları (2005)



Kaynak: http://www.tuik.gov.tr/ulusalhesapapp/UlusalHesap_Rapor.do

olmamaktadır. Çünkü hizmetleri mallardan ayıran nitelik, üretildiği anda tüketilmeleridir. GSMH içindeki özel nihai tüketim harcamaları içinde konut sahipliği altıncı ve sonuncu grubu oluşturmaktadır.

¹² 2005 yılı ortalama ABD Doları döviz kurunun 1,3408 YTL olduğu kabul edilmiştir.

Dayanıklı tüketim mallarının %16'lık payı, harcamalarımız içinde yaklaşık 40 Milyar \$'lık bir yer tutmaktadır. Bu harcamaların dinamik seyri incelendiğinde ise, son yıllarda en hızlı artan özel nihai tüketim harcamasının dayanıklı tüketim mallarında olduğu görülmektedir. Bu eğilim gelişme yolundaki her ülkede daha önce gözlemlenmiştir. Yani gelirimiz arttıkça dayanıksız tüketim mallarından yarı dayanıklı ve dayanıklı tüketim mallarına geçişler olmaktadır¹³. Dolayısıyla, satış ile satış sonrası pazarlar arasındaki etkileşim nedeniyle ortaya çıkabilecek piyasa aksaklıklarının geniş bir halk kitlesini ilgilendirdiği ortadadır. Ek olarak bu aksaklıkların makro ekonomik açıdan büyük etkisinin olduğu söylenebilir.

2.2. Satış Sonrası Pazar Kavramı ve Rekabet İhlalleri

Dayanıklı tüketim mallarının söz konusu olduğu pazarlarla ilgili bazı özel terimler ortaya çıkmıştır. Bu terimleri çalışmamız ile bağlantılı olarak otomobil örneği üzerinden verelim. Tüketicileri “satış pazarına” veya “birincil pazara” getiren güdü, otomobil kullanımından fayda elde etmek istemeleridir. Kullanıcılar bir otomobile sahip olmadan, bakım hizmeti veya yedek parça talep etmezler¹⁴. Bakım ve onarım ile satışın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan diğer talepler birer türev taleptir. Bu nedenle söz konusu mal ve hizmetlerin olduğu pazarlara “türev pazarlar” veya “satış sonrası pazarlar” adı verilir¹⁵. Satış sonrası pazarlarda söz konusu mal ve hizmetlerin, satış pazarından alınan malın tamamlayıcısı (*complementary*) olduğu da söylenebilir¹⁶. Shapiro ve Teece, satış sonrası pazarlardaki işlemlerin başlıca iki özelliğinin olduğunu belirtmektedir: (i) Satış sonrası mal ve hizmetler satış pazarında alınan mal ile beraber kullanılır. (ii) Bu tür mal ve hizmetlerin satın alınması birincil pazardaki işlemten sonra gerçekleştirilir¹⁷. Başlıca satış sonrası maliyetler şu şekilde sıralanabilir: Sarf malzemeleri, bakım hizmetleri, yedek parça maliyetleri, tamir maliyetleri, sigorta giderleri, eğitim giderleri.

¹³ Mahfi Eğilmez'in 7.5.2006 tarihinde Radikal Gazetesi'nde yayınlanan makalesi.

¹⁴ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 387.

¹⁵ Satış ve satış sonrası pazarlar sadece ekipman ve bakım onarımı için söz konusu değildir. Örneğin, bilgisayar işletim sistemleri satış pazarını, bu işletim sistemi üzerinde çalışacak uygulama programları (Word, Excel, Acrobat vb.) ise satış sonrası pazarları oluşturur.

¹⁶ Carlton, D. W. & M. Waldman, “Competition, Monopoly and Aftermarkets”, NBER Working Paper: 8086, 2001, s.1.

¹⁷ Shapiro, C. & D. J. Teece, “System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak”, Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 2.

Satış sonrası pazarlarla ilgili rekabet sorunları, genellikle satışı gerçekleştiren teşebbüsün aynı zamanda satış sonrası pazarları da kontrol edebildiği durumlarda ortaya çıkar. İlgili teşebbüs ya satış sonrası mal ve hizmetleri markaya özel bir şekilde kendi üretir, ya da verdiği spesifikasyonlara göre orijinal ekipman üreticilerine (OEM) ürettirir. SSNIP testi gibi geleneksel pazar tanımı araçları uygulandığında satış sonrası pazarda sadece satışı gerçekleştiren teşebbüsün mal ve hizmetlerinin yer aldığı görülür. Bunun sebebi, sıklıkla o tüketicinin satış sonrasına konu mallar üzerinde patent hakkına veya know-how'a sahip olmasıdır¹⁸. Bu tür pazarlarda tipik rekabet ihlali iddiası; dayanıklı tüketim malı üreticisinin, satış sonrası pazarlarda diğer teşebbüslerin tamamlayıcı mal veya hizmet sunmasını engellemesi ve böylece satış sonrası pazarlardaki hakim durumunu kötüye kullanmasıdır¹⁹.

Dayanıklı tüketim mallarının satış pazarı ile satış sonrası pazarları arasındaki ilişki, bu tür rekabet ihlali iddialarının incelenmesini diğer pazarlardan farklı kılmaktadır. Çünkü satış pazarının rekabetçi olması, aradaki ilişkinin kuvvetli veya zayıf olmasına göre satış sonrası pazarların rekabet düzeyini belirlemektedir. Fakat söz konusu ilişkinin analiz edilmesi birçok değişkeni ve teknik detayı içermektedir. Bu çalışmanın amacı da, söz konusu analize yönelik uygulanabilir bir metodoloji geliştirmektir.

Bu tür pazarlardaki eylemler eğer koşulları gerçekleşmişse, hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde bir rekabet ihlaline sebep olurlar. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Rekabet Kanunu) 6. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda²⁰ ve mehz AB uygulamasında²¹ incelemenin şu üç aşamada gerçekleştirilmesi benimsenmiştir:

1. İlgili pazarın tanımlanması.
2. Hakim durum analizi.
3. Kötüye kullanmanın olup olmadığı.

Çalışmamızda da bu adımlardan hareket edilerek, satış sonrası pazarlarda hakim durumun kötüye kullanılması eylemleri konusunda genel bir bilgi verilecektir.

¹⁸ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 68.

¹⁹ Carlton, D. W. & M. Waldman, "Competition, Monopoly and Aftermarkets", NBER Working Paper: 8086, 2001, s.1.

²⁰ Rekabet Kurulu'nun 20.7.2001 tarih 01-35/347-95 sayılı Turkcell Hakim Durum Kararı.

²¹ Akzo Chemie BV v. Commission of the European Communities, Case C-62/86 (1991).

1. Satış Sonrasında İlgili Pazar Tanımı

Rekabet kurallarının uygulanmasında kullanılan "ilgili pazar" kavramı, bir mal veya hizmet ile bu mal veya hizmetin satışlarını hissedilebilir derecede etkileyen diğer mal ve hizmetlerin oluşturduğu ürün grubunu ifade eder. Burada "hissedilebilir" sıfatı ile nitelenen, ürünlerin ele alınan ürün ile aynı pazarda yer alıp almadıklarıdır. Bunun için, ürünler arasındaki ikamenin derecesine bakılır. İlgili pazarın ürün, coğrafya ve zaman olarak boyutları ortaya konarak yapılmak istenen, o endüstride iktisadi müdahaleye konu olacak kesimin belirlenmesidir²².

Yurtdışı uygulamalarına bakıldığında, ilgili pazar tanımının ABD Yatay Birleşmeler Rehberi'nde yapıldığı görülmektedir²³. AB Komisyonu da, ilgili pazarın tanımlanmasına yönelik Duyurusunda²⁴; ilgili ürün pazarı;

"ürünün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları açısından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetler",

şeklinde tanımlamaktadır. Bir ilgili pazar analizinde, ilgili ürün pazarı belirlendikten sonra yapılacak iş ilgili coğrafi pazarın sınırlarının tespit edilmesidir. Rekabet Kanunu'nda ilgili pazarın nasıl tanımlanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, Rekabet Kurulu'nun birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin 1997/1 sayılı Tebliği'nde pazar tanımının nasıl yapılacağı belirtilmektedir. Rekabet Kurulu'nun yer verdiği ifadeler, AB'nin Birleşme Tüzüğü'nde²⁵ yer alan ifadelerin hemen hemen aynısı olduğundan, burada ayrıca belirtmeye gerek duyulmamıştır.

İlgili pazarın belirlenmesinde satış sonrası pazarlar için de aynı yaklaşımın uygulanmasında bir mahsur görülmemektedir. Bir başka ifade ile, analizin adım adım gerçekleştirilebilmesi için satış pazarı tanımı ile satış sonrası pazarların tanımları ayrı tutulmalıdır. Bu iki tür pazar arasındaki ilişkiler ise hakim durum analizine bırakılacaktır. Dolayısıyla, satış sonrası pazarın tanımlanması işleminde ilgili dayanıklı tüketim malını birincil pazardan satın

²² Ardiyok, Ş., "Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki Karmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri", Erciyes Üniversitesi, Odman Boztosun (ed.), N. A., Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III içinde, Seçkin Kitapevi, s. 155-199, 2005, s.155-199.

²³ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, "Horizontal Merger Guidelines", April 1992.

²⁴ EU Commission, "Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law", OJ C 372, 9/12/1997.

²⁵ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).

alma potansiyeli olan kişilere değil, daha önce bu malı satın almış kişilere yapılan satış sonrası hizmetler dikkate alınacaktır²⁶.

AB'nin düşüncesini yansıtan ve bizim de katıldığımız bu yaklaşım, ABD Yatay Birleşmeler Rehberinde yer alan yaklaşımla da paraleldir. Şöyle ki, sağlayıcının örneğin yedek parça fiyatında yapacağı küçük fakat hissedilebilir bir artış karşısında daha önce dayanıklı tüketim malını satın almış bir kullanıcının, bu artış üzerine kullanmakta olduğu malı satıp birincil pazarda başka bir dayanıklı tüketim malı satın almayacağı söylenebilir. Bir başka ifade ile, yedek parça veya bakım hizmetleri ile dayanıklı tüketim malları ikame değildir. Örneğin, kullanmakta olduğu aracın hava filtresinin fiyatında küçük bir artış olduğunun farkına varan bir otomobil sahibi, aracını satıp başka bir otomobil satın almayacaktır.

2. Hakim Durum Analizi

İlgili pazarın satış sonrası mal ve hizmetler özelinde tespit edilmesinden sonra, bu mal ve hizmetleri sağlayan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar güçlerinin analizi aşamasına gelinir. Hemen belirtelim ki, satış sonrası pazarlardaki hakim durum analizinin diğer analizlerden bir farkı yoktur²⁷. Yapılacak şey, ilgili teşebbüsün pazar gücüne sahip olup olmadığını bulmaktır. Pazar gücü, *"fiyatı rekabetçi seviyeden daha yukarıda belirleyebilme gücü"* veya *"pazarda ürün fiyatı ve miktarını algılanabilir şekilde etkileyebilme yeteneği"* olarak tanımlanmaktadır. İktisadi bir kavram olan pazar gücünün hukuki bir metin olan Rekabet Kanunu'na yansması hakim durum şeklindedir. Hakim durum, bir firma veya bir grup firmanın belli bir pazarda fiyatı rekabetçi düzeyden daha yukarıda tespit edebilme kudreti olarak tanımlanabilir. Rekabet Kanunu, hakim durumu aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:

"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü".

Dayanıklı tüketim mallarında birçok komponentin bir araya getirilip uyumlu bir şekilde çalışması söz konusudur. Üretici bu komponentlerin tamamını kendisi üretebileceği gibi bir kısmını veya tamamını üçüncü taraflarla yapacağı sözleşmeler yoluyla OEM şeklindeki teşebbüslerden temin edebilir. Üreticinin komponent üzerinde patent hakkı olması durumunda, söz konusu

²⁶ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 69.

²⁷ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 3.

sözleşmeler birer lisans sözleşmesi haline gelir. Bazen de tedarikçi teşebbüsün komponent üzerinde fikri mülkiyet hakları söz konusu olabilir.

Kullanıcının dayanıklı tüketim malından beklenen faydayı elde edebilmesi için, kullanım sırasında aşınan (sarf olan) veya bozulan komponentleri yedek parçalar ile değiştirmesi gerekebilir. Bu durum satış sonrası pazarlarda yedek parça talebinin kaynağıdır. Ayrıca yedek parçanın takılıp dayanıklı tüketim malının tekrar çalışır hale getirilmesi için onarım hizmetine ihtiyaç duyulur. Bakım hizmeti, parça değişimi olmasa bile, o ürünün çalışır halde tutulması için gerekli işlemleri (yağ değişimi, çeşitli kontroller vb.) içerir.

İlgili pazar sadece o dayanıklı tüketim malına özgü satış sonrası mal ve hizmetlerden oluşsa bile, dayanıklı tüketim malının üreticisi otomatikman hakim durumda kabul edilemez. Çünkü söz konusu markaya özgü satış sonrası ürünlerin o teşebbüs dışında alternatifleri söz konusu olabilir. Yedek parça bakımından bu alternatiflere örnek olarak aşağıdakiler sayılabilir²⁸:

- Yedek parçaların üçüncü kişiler tarafından piyasaya sağlanması.
- Kullanılmış yedek parça ticareti.
- Yedek parçaların paralel ticaret yoluyla pazara sunumu.
- Diğer üreticilerin ürettiği yedek parçaların ufak düzeltmeler sonucu kullanılması.

İlkiyle ilgili olarak, yedek parçalar üzerindeki patent hakkı, dayanıklı tüketim malı üreticisine önemli bir pazar gücü sağlayabilir. Yedek parçaların dayanıklı tüketim malı üreticisi tarafından bizzat üretilmesi veya lisans anlaşmaları aracılığıyla OEM şeklinde ürettirilmesi bu durumu değiştirmez. Fakat bir mal üzerinde patentin olması o mal ile aynı işlevi gören ikame bir ürünün patent haklarını ihlal etmemesi kaydıyla, üretilmesini engellemez. Nitekim ABD Yüksek Mahkemesi son dönemde almış olduğu bir kararda, patent hakkına sahip olmanın o teşebbüsü otomatikman ilgili piyasada pazar gücüne sahip kılmayacağını belirtmiştir²⁹.

Genellikle asıl üretici ve OEM şeklindeki teşebbüsler dışında yedek parça üreten teşebbüse sıklıkla rastlanmaz. Bunun çeşitli sebepleri vardır. Birincisi, ölçeğini komponent üreticilerinin düzeyine çıkaramayan yedek parça üreticisinin maliyet dezavantajı yaşamasıdır. Bu olumsuzluk, ancak söz konusu yedek parçanın ölçek dezavantajını ortadan kaldıracak sayıda dayanıklı tüketim

²⁸ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 7.

²⁹ Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc., 126 S. Ct. 1281, 1284 (2006).

malı üreticisinin ürünüde kullanılıyor olması veya arz esnekliğinin yüksek olması ile ortadan kalkar. Ayrıca rakiplerinin ürünlerinde de kullanılabilen komponentlerin sayısı sınırlı olabilir. Bu durum, dayanıklı tüketim malı üreticisinin bir tercihi olabileceği gibi, kullanılan teknoloji ve ürünün rakip ürünlerden farklılığının bir sonucu olabilir. Ayrıca, üreticilerin garanti dönemi boyunca orijinal yedek parça kullanımını zorunlu kılması, bu ölçüğe ulaşma konusunda alternatif üreticiler nezdinde sıkıntılara neden olur.

Komponent ve yedek parça üzerinde patentin söz konusu olmadığı durumlarda, dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış sonrası pazarlarda pazar gücü elde etmesi daha zordur. Patent olmasa bile know-how'a sahip olunması ve yedek parçanın bizzat üretilmesi ile beraber alternatif üreticilerin ölçek sorunu yaşamaması pazar gücü getirebilir. Yedek parçaların OEM olarak üretilmesi durumunda pazar gücünün söz konusu olabilmesi için, OEM'in dayanıklı tüketim malı üreticisi dışına satış yapmasının yasaklanması veya koşula bağlanması gerekir. Yedek parçanın diğer teşebbüslerin ürünlerinde kullanılıp kullanılmadığı, o teşebbüse özgü komponent üretiminin OEM'in toplam üretimi içindeki yeri (teşebbüsün alıcı gücü) ve yedek parça üzerinde OEM'in fikri mülkiyet hakkı veya know-how'ının olup olmadığı, OEM'in rekabet yasağını kabul edip etmeyeceğini belirleyecektir.

OEM'in yedek parça üzerinde patent veya know-how'a sahip olması ise, dayanıklı tüketim malı üreticisinin pazar gücüne erişmesini engeller. Ayrıca, kullanılmış yedek parçalar ve paralel ticaretin boyutu, dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış sonrası pazarlarda alacağı kararlardaki etkisini belirler.

Yukarıda anlatılanlar, dayanıklı tüketim malı üreticilerinin satış sonrası pazarlarda hakim duruma gelme ihtimalinin düşük olacağını akla getirmemelidir. Birincil piyasalardaki ürünler arasında herhangi bir fark yoksa veya ürünler tamamen homojen ise, tamamlayıcı ürünlerin olduğu piyasalarda pazar gücü oluşması zordur. Fakat, gerçek hayatta dayanıklı tüketim mallarının alınıp satıldığı birincil, yani satış piyasaları, genellikle farklılaştırılmış ürünlerin söz konusu olduğu oligopolistik bir yapı sergiler³⁰. Bir başka ifade ile, satış sonrası pazarlar genellikle sınırlı ikamenin ve giriş engellerin olduğu piyasalardır.

Satış sonrası mal ve hizmetlerin yedek parçadan sonra en önemli kısmını bakım ve onarım hizmetleri oluşturur. Bakım ve onarım hizmetlerinde pazar gücüne sahip olmak yedek parçadan daha zordur. Çünkü bu piyasaya giriş ve

³⁰ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 393.

birden fazla markaya hitap edebilmek kolaydır. Üreticiler bakım ve onarım hizmetlerinde pazar gücü elde edebilmek için, teknik bilgi sağlamama, diagnostik cihazların temin edilmesini engelleme gibi girişimlerde bulunabilirler. Fakat bu girişimler bile bakım ve onarım hizmetlerine girişin önünü çoğu zaman kesemez. Bu nedenle üreticilerin yedek parçadaki pazar gücünü bakım ve onarıma taşımak için kullanması söz konusu olabilir.

Tüm yukarıda analiz edilen koşullar oluşsa bile, gerek yedek parça ve gerekse bakım ve onarım hizmetlerinde ilgili teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına asıl belirleyicisi, satış ile satış sonrası pazarlar arasındaki bağlantıdır. Dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış sonrası pazarlardaki eylemleri ne olursa olsun, satış pazarındaki performansı etkilenmiyorsa, o teşebbüs satış sonrası pazarda hakim durumda kabul edilecektir. Çalışmamızın 3. bölümü bu tespitin yapılmasında yararlanılabilecek metodolojiyi ortaya koymaktadır.

3. Satış Sonrasında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Gerek mehz AB Rekabet Hukuku uygulamasında ve gerekse ülkemizde Rekabet Kurulu'nun uygulamalarında hakim durumda olmak bir rekabet ihlali olarak kabul edilmemektedir. Bu görüş birliği satış sonrası pazarlar için de geçerlidir. Örneğin yedek parça konusunda hakim durumda olan bir teşebbüs sömürücü veya dışlayıcı bir davranış içine girmedikçe herhangi bir hukuki sorumluluğu doğmayacaktır.

AB Komisyonu da, satış sonrası pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün rakiplerini dışlayarak satış sonrası pazarı kendisine ayırmasını, hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirmektedir. Komisyona göre böyle bir dışlama, bağlama veya mal vermeyi reddetme eylemleri ile hayata geçirilebilir³¹.

AB'nin isabetli bir şekilde satış sonrası pazarlarda aşırı fiyatlandırmayı bir ihlal olarak görmediği anlaşılmaktadır. Dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış sonrası pazarlarda örneğin yedek parça için ve/veya bakım ve onarım için aşırı fiyatlandırma yapmasının rekabet hukuku kapsamında düzeltici yaptırımını (*remedy*) mümkün olamayacağından ihlal olarak görülmemelidir³². Çünkü rekabet otoritelerinin bir düzenleyici kurum gibi fiyat regülasyonu yapmaları yapılarına uygun değildir³³. Satış sonrası pazarlarda aşırı fiyatlandırma, piyasaya

³¹ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 72.

³² Borenstein, S. ve diğerleri, "Antitrust Policy in Aftermarkets", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 457; Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 502.

³³ Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S. Ct. 872.

yeni girişleri tetikler ve pazar gücüne sahip olan teşebbüste bu girişleri engelleme veya zorlaştırma motivasyonu yaratır³⁴. Bu yüzden satış sonrası pazarlarda etkinliğin sağlanması için dışlayıcı (*exclusionary*) eylemlere yoğunlaşılmalıdır. Bu şekilde rakiplerin girişlerini engelleyen, onların faaliyetlerini zorlaştıran eylemlerin *ex-post* (ardıl) müdahale ile ortadan kaldırılması, düzeltici yaptırım olarak uygulanması kolaydır. Ayrıca, bu tür yaptırımlar aşırı fiyatlandırma gibi sömürücü (*exploitive*) eylemlerin oluşmasını da dolaylı olarak engeller.

Sömürücü davranışları bu şekilde kapsamımız dışında tuttuktan sonra, olası iki dışlayıcı davranış; mal vermeyi kesme ile bağlama anlaşmalarını sırasıyla inceleyelim.

Satış sonrası pazarlarda mal vermeyi reddetme eylemi; satış sonrası mal ve hizmet sunmak için gereken bilginin sağlanmaması, fikri mülkiyet hakkının lisans yoluyla kullanıma açılmaması ve servis hizmeti vermek için gereken yedek parçanın sağlanmaması şeklinde olabilir³⁵.

Yukarıda dile getirildiği üzere, piyasaya girerek dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış sonrası pazarlarda aşırı fiyat uygulamasını engelleyen bağımsız tamircilerin faaliyeti bazı kritik bilgilere bağlı olabilir. Hizmet kaliteleri ve maliyet yapıları itibarıyla üreticinin bakım ve onarım hizmetine eşdeğer ve hatta ondan daha üstün olabilen bu tamircilerin gerekli bilgileri edinmemeleri bir rekabet ihlali olarak değerlendirilir. Burada kritik olan, söz konusu bilginin sağlanmasının bedavacılık (*free-riding*) teşkil etmemesidir. Bilginin yanı sıra, gittikçe gömülü (*embedded*) yazılımlar ile üretilmeye başlanan dayanıklı tüketim malları³⁶, tamir bakım için bazı özel ekipmanlar ve diagnostik cihazlar da gerektirmektedir. Üreticinin bu cihazların bağımsız tamircilere satılmasını engellemesi de bir kötüye kullanma olarak kabul edilir.

Uygulaması sınırlı olmakla birlikte, satış sonrası pazarda fikri mülkiyetin lisans yoluyla kullanıma açılmaması da bir rekabet ihlali olarak kabul edilebilir.

Bir diğer kötüye kullanma şekli ise, bakım ve onarım ile yedek parça arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu ilişki kapsamında, bakım ve onarım hizmeti sunmakta olan bağımsız tamircilere üretici tarafından yedek parça sağlanmaması bir ihlaldir. Tabii bu ihlalin oluşması için üreticinin yedek parçada

³⁴ Borenstein, S. ve diğerleri, “Antitrust Policy in Aftermarkets”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994-1995, s. 459.

³⁵ EU Commission, “Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Aralık 2005, s. 72.

³⁶ DPT, 9. Kalkınma Planı Telekomünikasyon Alt Komisyonu Raporu, Ankara, 2006, s. 104.

hakim durumda olması yani bağımsız tamircinin alternatif temin kaynağının bulunmaması bir önkoşuldur.

Yedek parça ile bakım ve onarım arasındaki ilişkiye dayanan diğer bir ihlal şekli, bakım ve onarımın yedek parçaya bağlanmasıdır (tying). Bağlama, bir satıcının A ürününü (bağlayan) almak isteyen bir alıcıyı B ürününü (bağlanan) de satın almaya zorlamasıdır. ABD Yüksek Mahkemesi bağlama şeklindeki rekabet ihlalinin tanımını *Northern Pacific* kararında şu şekilde yapmıştır³⁷: “Bağlama anlaşması, anlaşmadaki satıcının bir ürünü alıcının bir başka ürünü de satın alması veya o ürünü bir başka satıcıdan satın almaması koşuluyla satmasıdır.”

Dolayısıyla bağlama anlaşmalarında, müşteri asıl almayı arzu ettiği A ürünü ile beraber istemediği B ürünü satın almak zorunda kalmaktadır. ABD’de bağlama konusunda geçerli içtihadı oluşturan *Jefferson Parish* kararına göre, bağlama şeklindeki bir ihlalin oluşabilmesi için şu üç koşulun varlığına bakılmalıdır³⁸:

- İki farklı ürün veya hizmet arasında bir bağlamanın bulunması.
- Bağlanan ürün ile ilgili kısıtlama getirecek düzeyde bağlayan üründe pazar gücüne sahip olunması.
- Bağlanan üründeki rekabet koşullarına hissedilir düzeyde etki edilmesi.

Rekabet Kurulu ise, bağlamanın olup olmadığını 4 farklı koşula bakarak değerlendirmektedir³⁹: (i) İki ayrı ürünün varlığı, (ii) ürünlerin bağlanması, (iii) yeterli ekonomik güç, (iv) anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etki doğurması⁴⁰. Bu koşullar ABD’dekilerin aynısıdır.

Bağlama anlaşmaları hem dinamik hem de statik etkinliğe zarar verebilir. Ayrıca zenginliğin alıcıdan satıcıya transferine neden olabilir. Dağılımda etkinlik olarak da adlandırılan statik etkinlik tam rekabet koşullarının bir sonucudur. Gerçek piyasa koşullarının tam rekabet piyasalarından farklı olması, bu tür bağlama anlaşmalarının rekabet kuralları tarafından yasaklanıp yasaklanmayacağını tartışılır hale getirmiştir. Bu çalışmamız kapsamında ise, bağlamanın dinamik etkinlik ile ilgili sonuçları bizi ilgilendirmektedir. Bağlama

³⁷ Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5-6 (1958).

³⁸ Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 US 2, 80 L. Ed. 2d 2, 104 S. Ct. 1551 (1984).

³⁹ Aslan, İ. Y., *Rekabet Hukuku: Teori - Uygulama - Mevzuat*, 4. Bası, Ekin Kitabevi, 2007, s. 496.

⁴⁰ Rekabet Kurulu’nun 23.1.2003 tarih ve 03-06/59-21 sayılı Coca-Cola Su Kararı.

anlaşmasının bağlanan ürünün pazarını önemli ölçüde kapatması halinde, rakip teşebbüsler artan maliyetler ile karşı karşıya kalır ve piyasa dışına itilir⁴¹.

Satış sonrası pazarlarda da, dayanıklı tüketim malı üreticisinin yedek parça (bağlayan) satışını bakım ve onarım hizmetinin (bağlanan) de kendisinden alınması koşuluna tabi tuttıkları görülmektedir. Satış sonrası pazarlarda rekabet incelemeleri daha çok bakım ve onarım hizmetlerinden kaynaklanmaktadır. Teşebbüsler bakım ve onarım hizmetlerinde pazar gücü elde etmeyi genellikle satış sonrası pazar stratejilerinin başına yerleştirmektedir. Çünkü, kullanılacak yedek parçaya ve sayısına, bakım ve onarım aşamasında karar verilmektedir. Bakım ve onarım aşamasını kontrol edebilmek veya pazar gücü elde edebilmek, pazar gücüne sahip olunan yedek parçadan beklenen geliri alabilmek için önemlidir. Bakım ve onarım kontrol edilemeyip yedek parçanın kontrol edildiği bir senaryoda, kullanıcıların yüksek yedek parça fiyatları karşısında daha iyi ve sık bakım ile bir ikame yaratabilme olanakları doğabilir.

Yedek parça satın almak isteyenlere bakım ve onarım hizmetinin de satılması, bağımsız tamircileri pazar dışına itecektir. Çünkü bağımsız tamircilerin yedek parça talebi, zaten dayanıklı tüketim malı üreticisinden bakım ve onarım hizmeti almak istemeyenlere bakım ve onarım hizmeti sunmak istemelerinden kaynaklanmaktadır. Bu tür bağlamanın bir başka şekli, son kullanıcıya yönelik (evde amatör tamir faaliyetleri) herhangi bir zorunluluk getirilmezken, bakım ve onarım hizmetlerini ticari olarak yürütenlere aynı imkanın sağlanmaması, bir bakıma ayrımcı uygulama yapılmasıdır.

Satış sonrası pazarlarda ilgili pazar tanımı, hakim durum analizi ve olası kötüye kullanma eylemleri teorik olarak tanıtıldıktan sonra ABD, AB ve Türkiye’de uygulamanın nasıl şekillendiğine bakalım.

2.3. ABD’de Satış Sonrası Pazarları Konu Eden Davalar

ABD’de son dönemde aralarında Kodak, Prime Computer, Data General, Northern Telecom, Picker, Unisys, Xerox, Rolm, Hewlett-Packard, EDS, General Electric ve Siemens’in bulunduğu birçok şirket hakkında rekabet incelemesi yapılmıştır. Bu şirketlerin ortak özelliği, her birinin karmaşık dayanıklı tüketim malları üretmeleri ve müşterilerin satıştan yıllar sonra bile yedek parça, bakım ve onarım, uyarlama taleplerinin devam etmesidir. Davaların çoğunun hikayesi aynıdır. Firmalar rekabetçi sayılabilecek bir pazarda kendi markaları ile dayanıklı tüketim malları satarlar. Aynı firmalar satış sonrası pazarlarda da kullanıcılara ürün satışı gerçekleştirirler. Bu ürünler arasında, yedek parça, sarf malzemeleri, servis, donanım bakım sözleşmeleri ve

⁴¹ Grimes, W. S., “Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 268.

yazılım uyarlamaları bulunmaktadır. Patent hakları veya diğer pazar koşulları nedeniyle üreticiler yedek parça ya da yazılım uyarlama gibi bir satış sonrası pazarlarda hakim satıcı konumundadırlar. Davacılar, üreticilerin hakim satıcı olduğu ürünün satışında davacının sunmak istediği ürünün (genellikle bakım ve onarım hizmeti) de kendilerinden alınmasını koşul olarak öne sürdüğünü ve böylece pazar gücünü bakım ve onarım hizmetleri piyasasında kaldıraç (*leverage*) olarak kullandığını iddia ederler⁴².

1. **Kodak Kararı**

Bu davalar arasında Kodak davası, ABD Yüksek Mahkemesi'nin "satış sonrası pazar" (*aftermarket*) terimini açıkça ilk kez kullandığı davadır⁴³. Gerçekten bu karardan önceki dönemde, bazı alt derece mahkemeleri "*her üretici satışını ve dağıtımını yaptığı kendi ürünü üzerinde 'doğal' tekele sahiptir*"⁴⁴ görüşüne rağmen, satış sonrası hizmetlerde pazar gücünün pek mümkün olamayacağı yönünde kararlar vermişlerdir. Buna karşın diğer bazı mahkemeler ile beraber Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission*) ise, satış sonrasında pazar gücü yargısına ulaşmanın hukuki bakımdan anlamlı olabileceğini dile getirmiştir⁴⁵. Yüksek Mahkeme, Kodak Kararı ile beraber ikinci gruba dahil olmuştur⁴⁶.

Bu nedenle ABD'de satış sonrası pazarlara yönelik halen geçerli olan içtihadı Kodak kararı oluşturmaktadır. Bu karar ayrıca, satış sonrası pazarlara yönelik rekabet ihlali incelemelerine yönelik yukarıda değinilen analiz ile ilgili en detaylı tartışmaların yapıldığı karardır. Kodak kararı ile beraber tutsak müşteri, bilgi asimetrisi, geçiş maliyetleri ve ticari hayatta geçen ve stratejik

⁴² Borenstein, S. ve diğerleri, "Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets", *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 9, No. 2, Summer 2000, s. 158-159.

⁴³ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", *Antitrust Bulletin*, Spring 1994, s. 2.

⁴⁴ *Spectrofuse Corp. v. Beckman Instr., Inc.*, 575 F.2d 256, 282 (5th Cir. 1978), *cert. denied*, 440 U.S. 939 (1979). Bkz.: *International Logistics Group, Ltd. v. Chrysler Corp.*, 884 F.2d 904, 908 (6th Cir. 1989) ("bir üretici geliştirdiği ve ürettiği ürünler üzerindeki tekelin yararlarını kullanma hakkına sahiptir"), *cert. denied*, 494 U.S. 1066 (1990); *General Business Systems v. North American Phillips Corp.*, 699 F.2d 965, 975 (9th Cir. 1983) ("tek bir markadan oluşan bir pazar ekonomik açıdan anlamlı değildir").

⁴⁵ *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984) (bilgisayar sistemleri satış sonrası pazarı), *cert. denied*, 473 U.S. 908 (1985); *Heattransfer Corp. v. Volkswagenwerk, A.G.*, 553 F.2d 964 (5th Cir. 1977) (otomobil klimaları satış sonrası pazarı), *cert. denied*, 434 U.S. 1087 (1978); *General Motors Corp.*, 99 F.T.C. 464 (1982) (otomobil kaza parçaları satış sonrası pazarı).

⁴⁶ Kattan, J., "Market Power in the Presence of an Installed Base", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 4.

öneme sahip diğer konular rekabet iktisadının konusu haline gelmiştir⁴⁷. Karara ithaf edilen “*Post-Chicago Okulu’nun başlangıcı olma niteliği*” doğal olarak birçok akademisyeni bu kararı isabetli bulan veya eleştiren çalışmalar kaleme almaya yöneltmiştir⁴⁸. Bu nitelikleri itibarıyla Kodak, çalışmamız içinde hakkında detaylı bilgi verilmesini hak eden bir karardır.

Kodak yüksek kapasiteli fotokopi makineleri üretmeye ve satmaya 1970’li yılların ortasında başlamıştır. Kütle olarak büyük olan ve 500-600 kilo ağırlıklara varan bu makinelerin satış fiyatları da azımsanmayacak düzeydedir. Yüksek kapasite nitelemesi bu tür fotokopi makinelerinin aylık 60.000 ile bir milyon kopya arasında baskı yapabilmelerinden kaynaklanmaktadır.

1980’lerin başında Kodak fotokopi makinelerine bakım ve onarım hizmeti sağlayan birçok küçük ölçekli bağımsız servis organizasyonunu (ISOs - *Independent Service Organisations*) görürüz. Bu firmalar Kodak’ın bakım fiyatının yaklaşık %15-20 altında hizmet sağlamakta ve bazılarının hizmet kalitesi Kodak’ınkilerden daha iyi iken bazılarının ise, daha kötü olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan bazıları bakım hizmetlerinde Kodak’a kıyasla daha müşteriye özgü çözümler sunmaktadır. Bu firmalardan Image Technical Services (ITS) Kodak makinesi kullanan Computer Service Corporation (CSC) ile önemli bir bakım onarım sözleşmesine imza atar. Sözleşme öncesinde Kodak aynı şirkete yıllık 200.000\$’a ortalama 4 saati geçmeyen bir geri dönüş garantisi ile hizmet sunmaktadır. ITS önce aynı geri dönüş oranına sahip bir hizmeti 150.000\$’a sunmayı teklif eder. Kodak 135.000\$’lık bir karşı teklif getirir. ITS teklifini 100.000\$’a çeker ve ayrıca bir teknisyenini sürekli olarak müşterinin hizmetine sunmayı taahhüt eder. Bu yarıştan hemen sonra daha önce dileyen herkese yedek parça satışı yapan ve hatta küçük ölçekli ISO’ları destekleyen Kodak, ISO’lara yedek parça satmama şeklinde bir politikayı hayata geçirir. Zaman içinde bu politikanın uygulanıp uygulanmadığını çok sıkı bir şekilde takip etmeye başlar. Hatta kendisinden yedek parça isteyen müşterilerin taleplerini, Kodak markalı makineye sahip olduklarını kanıtlamaları ve Kodak tarafından eğitilmiş teknisyene sahip olmaları halinde kabul etmeye başlar. Kodak ayrıca bu tür müşterilerden satın aldıkları yedek parçayı yeniden

⁴⁷ Peritz, R. J.R., “Doctrinal Cross-dressing in Derivative Aftermarkets: Kodak, Xerox and Copycat Game”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No.1/Spring 2006, s. 219.

⁴⁸ Doğal olarak satış sonrası pazarlara yönelik rekabet davalarında davacılar veya davalılara vekillik yapan hukukçular veya uzman bilirkişi olarak çalışan iktisatçıların çalışmaları ön plana çıkmıştır.

satmayacaklarına dair taahhütname alır⁴⁹. Kodak daha sonra, bakım ve onarım fiyatlarını artırır⁵⁰.

1987 yılının Nisan ayında, aralarında ITS'in de yer aldığı birçok ISO, Kodak'a karşı California'da ilgili federal ilk derece mahkemesinde rekabet davası açarlar. İddiaları, Kodak'ın yedek parça ve komponentlerdeki pazar gücünü kullanarak bakım ve onarım hizmetlerini tekelleştirdiği, kendisine parça sağlayan OEM'ler ile rekabete aykırı birliktelik içinde, ISO'ların yedek parçaya erişimlerini engellediği ve yedek parça satışını bakım ve onarım hizmetinin de kendisinden satın alınmasına bağladığı yönündedir. Bu iddialar hukuken Sherman Yasası'nın 1. ve 2. bölümlerinin ihlal edildiğine yöneliktir.

Kodak ilk itirazlarında, faaliyet gösterdiği satış pazarının rekabetçi olduğunu, tüketicilerin bu pazarda birçok alternatifinin bulunduğunu ve kararlarını ilgili dayanıklı tüketim malını satın alıp kullanmanın toplam maliyetini dikkate alarak verdiklerini belirtir. Federal İlk Derece Mahkemesi bu itirazları dikkate alarak esas yargılamaya geçmeksizin (*summary judgment*) davayı reddeder. Davacı ISO'lar, Kodak'ın itirazlarının tamamen teorik olduğunu, birçok piyasa aksaklığının satış sonrası pazardaki yüksek fiyatlandırmanın satış pazarındaki satışların düşmesine yol açması şeklindeki bağlantıyı zayıflatabileceğini ileri sürerek kararı, 9. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi'nde temyiz ederler⁵¹. Temyiz Mahkemesi ISO'ları haklı bulur ve dosyanın yargılamasının yapılması için Federal İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verir⁵². Kodak bu kararı ABD Yüksek Mahkeme'sinde temyize götürür. Fakat sonuç yine aynıdır. Yüksek Mahkeme dosyayı yargılamının yapılması için Federal İlk Derece Mahkemesi'ne gönderme kararı verir⁵³.

Burada Yüksek Mahkeme'nin Kodak'ın rekabeti ihlal ettiği sonucuna varmadığı fakat Kodak'ın ilk itirazları kapsamında sunduğu delillerin yargılama yapılmadan karar verilmesini gerektirecek düzeyde olmadığı hükmüne vardığı

⁴⁹ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution* 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 388-389.

⁵⁰ Fox, E. M., "Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc. - Information Failure as Soul or Hook?", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 761.

⁵¹ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution* 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 390.

⁵² *Image Technical Services, Inc., et al v. Eastman Kodak Company*, 903 F.2d 612 (9th Cir. 1990).

⁵³ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al*, 112 S. Ct. 2072 (1992).

belirtilmelidir. Bir başka ifade ile Yüksek Mahkeme, iktisat teorisine göre Kodak'ın suçlu olmasının imkansız olduğu görüşünü ikna edici bulmamış, ISO'ların iktisadi gerekçelerinin dikkate alınarak Kodak'ın rekabeti ihlal edip etmediğinin ancak piyasa gerçeklerinin araştırılacağı bir yargılama sonucunda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir⁵⁴. Yüksek Mahkeme kararında, bir dayanıklı tüketim malı üreticisinin satış pazarında pazar gücü olmasa bile, koşulların varlığı halinde satış sonrası pazarlarda rekabeti kısıtlayabileceğini ifade etmektedir. Satış pazarı rekabetçi olsa bile, satış sonrası pazar ilgili pazar olarak kabul edilebilir⁵⁵. Kodak satış sonrası pazarda uyguladığı yüksek yedek parça fiyatları nedeniyle satış pazarında bir kısım müşterisini kaybetse bile, kayıpları tutsak müşterilerin sömürülmesinden elde edilen kazançtan daha düşük ise bu uygulanabilir bir stratejidir⁵⁶. Mahkemeye göre, müşterilerin dayanıklı tüketim malının kullanım ömrü boyunca katlanılacak maliyetleri değerlendirmelerini engelleyen bilgi asimetrisi problemleri ile beraber Kodak makineleri kullanan tutsak kullanıcı kitlesinin varlığı böyle bir stratejiyi avantajlı hale getirmektedir. Mahkemenin ifadesiyle tüketiciler açısından satış sonrası pazarlardaki fiyat ve uygulamaların, satış pazarındaki makine talebini etkilemesi için gerekli olan makinelerin ömrü boyunca ortaya çıkacak maliyetler hakkındaki bilgi, pazar koşulları nedeniyle gizli kalabilir⁵⁷. Ayrıca tutsak kullanıcılar *“makinelerini değiştirmeden önce bir kısım yedek parça - bakım onarım fiyat artışını tolere edeceklerdir.”*⁵⁸

Yerel mahkemede yargılama jürinin katılımı ile 19 Haziran 1995'de başlar. 63 tanığın dinlendiği 27 gün süren duruşmalar yapılır ve 13 gün süren jüri toplantılarının sonunda Kodak suçlu bulunur. Kodak'ın ihlalleri neticesinde 24 milyon \$'lık zarar olduğu ortaya çıkar ve davacılar lehine zararın üç katı olan 72 milyon \$'lık bir tazminata hükmedilir. Mahkeme ayrıca Kodak'ın 10 yıl boyunca ISO'lara ayrımcı olmayan fiyatlardan yedek parça satmasına karar verir⁵⁹.

Kodak bu kararı da üç gerekçeye dayalı olarak temyiz eder: (i) Kodak, patent koruması altındaki parçaları, telif hakkı olan yazılım ve el kitaplarını satmaya zorlanabilir mi? (ii) Bütün Kodak parçaları bunların birbirini ikame

⁵⁴ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 390.

⁵⁵ Shapiro, C., “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak”, Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 483.

⁵⁶ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2084 (1992).

⁵⁷ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2085 (1992).

⁵⁸ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2087 (1992).

⁵⁹ Image Technical Service, Inc, et al. v. Eastman Kodak Co., C 87-1686 (January 18, 1996).

imkanı bulunmasa bile bir ilgili pazar olarak kabul edilebilir mi? (iii) Bir teşebbüs, tekelci sistem (satış+satış sonrası) fiyatı uyguladığı tespiti yapılmadan satış sonrası pazarları tekelleştirdiği iddiasına muhatap olabilir mi? Temyiz talebini inceleyen 9. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi kararını 26 Ağustos 1997 tarihinde verir ve Federal İlk Derece Mahkemesi'nin mahkumiyet kararını onaylar⁶⁰.

Kodak Kararı'nın bu derece önemli olmasının sebebi, Yüksek Mahkeme'nin kararında son 15 yılda gelişen iktisadi düşüncelere, daha önce hiç rastlanmamış bir yoğunlukta yer vermesidir⁶¹.

2. Kodak Sonrası Dönemde ABD'deki Gelişmeler

Yüksek Mahkeme'nin Kodak kararından sonra Federal Bölge İstinaf Mahkemeleri satış sonrası pazarlarla ilgili 7 karar vermiş olup, MacKie-Mason ve Metzler'e göre bunlardan üçü⁶² Kodak Kararı'nın ruhuna aykırıdır⁶³. Bu üç kararda da Mahkemeler "*mevcut müşteri tabanına yönelik fırsatçılık Kodak kararının temel noktası mıdır?*" sorusu üzerine yoğunlaşmışlardır. Buna dayalı olarak, satış pazarı rekabetçi olmasına rağmen satış sonrasında ayrı bir pazar tanımlanabilmesi ve bu pazarın tekelleştirilebilmesi için ilgili firmanın politikalarında sürpriz bir değişiklik yapmış olması gerektiği belirtilmiştir. Oysa Yüksek Mahkeme, mevcut müşteri tabanına yönelik fırsatçılığın, satış sonrasında pazar gücünün tek nedeni olduğunu söylememiştir⁶⁴:

"Satış pazarının satış sonrası pazardaki fiyatlar üzerinde bir kısıtlama getirmesi o pazarlarda piyasa gücünün varlığını otomatikman kaldırmaz. Böylece, Kodak'ın iddialarının aksine, satış pazarında rekabet söz konusu iken satış sonrası piyasada

⁶⁰ Image Technical Service, Inc, et al. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195, cert. denied (1998).

⁶¹ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 484-485.

⁶² Hatalı olduğu düşünülen kararlar: Lee v. Life Ins. Co. of North America, 23 F.3d 14 (1st Cir.), cert. denied, 513 U.S. 964 (1994); PSI v. Honeywell, 104 F.3d 14 (1st Cir.), cert. denied (1997); ve Digital Equipment Corp. v. Uniq Digital Tech., Inc., 73 F.3d 756 (7th Cir. 1996). Diğer kararlar: United Farmers Agents v. Farmers Ins. Exchange, 89 F.3d 233 (5th Cir. 1996); Allen-Myland v. IBM, 33 F.3d 194 (3rd Cir. 1994); and Virtual Maintenance v. Prime Computer, 11 F.3d 660 (6th Cir. 1993) ve Image Technical Service, Inc, et al. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195, cert. denied (1998).

⁶³ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 406.

⁶⁴ Kodak, 504 U.S. at 471.

pazar gücünün olamayacağı yönünde aksi ispat edilemez bir kural veya iktisadi gerçek söz konusu değildir.”

Yüksek Mahkeme, bilgi asimetrisi ve geçiş maliyetlerinden kaynaklanan tutsak kalma durumu gibi piyasa gerçekleri ve aksaklıklarının “yedek parça ve bakım onarım hizmetleri ile dayanıklı tüketim malı satışı arasındaki bağlantıyı daha duyarsız hale getirebileceğini”⁶⁵ vurgulamıştır⁶⁶.

Virtual Maintenance v. Prime Computer davasında, Federal İlk Derece Mahkemesi Prime Computer’ın rekabeti ihlal ettiği sonucuna ulaşmış⁶⁷, temyiz incelemesini yapan 6. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi ise Kodak ile ilgili Yüksek Mahkeme’nin henüz kararı vermemiş olduğu bir dönemde yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁶⁸. Virtual bu kararı Yüksek Mahkemeye taşımıştır, Mahkeme de davayı, Kodak kararı ışığında tekrar değerlendirilmesi için geri göndermiştir⁶⁹.

Prime mimarisini kendisinin tasarladığı Series 50 adı verilen özel tasarım bilgisayarların üreticisidir. Prime ayrıca hem bu bilgisayarlarda kullanılan destek yazılımları ile güncellemelerini sağlamakta, hem de bakım ve onarım hizmetleri vermektedir. Virtual Maintenance ise, Series 50 bilgisayarlarına bakım ve onarım hizmeti konusunda rekabet etmek isteyen bir firmadır. Faaliyet bölgesi ve kurulmuş müşteri ilişkileri nedeniyle Virtual, PDGS adlı tasarım yazılımını Prime’in Series 50 modeli bilgisayarlarında kullanan müşterilere bakım ve onarım hizmeti vermek istemektedir. PDGS sadece Prime’in bilgisayarlarında çalışan Ford’a ait bir tasarım yazılımıdır. Ford bu yazılımın satışı ve güncellemeleri konusunda Prime’ı münhasır dağıtıcı olarak atamıştır. Ford her yıl PDGS’i bir veya iki kez güncellemekte ve bağımsız tasarımcıların güncellenmiş yazılımı kullanmalarını talep etmektedir. Prime kendisinden bakım ve onarım hizmeti alınması halinde güncellemeyi 12.000\$’a yapmakta, sadece güncelleme talep edilmesi halinde ise fiyat 100.000\$’a yükselmektedir⁷⁰.

6. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi konuya ilişkin ikinci kararında, Ford için dizayn yapan firmaların bilgisayarlarında kullandığı yazılımları

⁶⁵ Kodak, 504 U.S. at 473.

⁶⁶ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution* 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 407.

⁶⁷ No. 89-CV-71762-DT (E.D. Mich. 1990).

⁶⁸ *Virtual Maintenance v. Prime Computer*, 957 F.2d 1318 (6th Cir. 1993).

⁶⁹ *Virtual Maintenance v. Prime Computer*, 113 S. Ct. 314 (1992).

⁷⁰ Borenstein, S. ve diğerleri, “Antitrust Policy in Aftermarkets”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994-1995, s. 475.

sağlayan Prime Computer'un, yazılım güncellemelerini bilgisayarların bakımının da kendisine yaptırılması koşuluyla sağlamasını Kodak Kararı ışığında rekabet ihlali olarak kabul etmiştir. Bu mahkemenin gördüğü dava ile Kodak arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Mahkeme iddia edilen bağlamanın satış pazarı ile satış sonrası pazar arasında değil, satış sonrası pazarlar arasında olduğunu söylemektedir. Kodak gibi, Prime da Ford ile yapmış olduğu münhasır yazılım dağıtım anlaşması aracılığıyla dizayn firmalarına sağlanan yazılım güncellemeleri konusunda pazar gücüne sahiptir. Çünkü Ford bu firmaların en güncel yazılım ile kendisine hizmet sunmasını talep etmektedir. Firmaların güncelleme almak yerine güncellenmiş yazılımın tamamını satın almaları durumunda %900 daha fazla ödeme yapmaları gerekmektedir. Bunun ötesinde, Prime'in satışını yapmadığı (satış pazarında Prime'in rakiplerinden satın alarak) bir başka yazılım sistemine geçmek için donanım, bakım ve eğitim ile ilgili birçok maliyete tekrar katılması söz konusudur. Prime'in bu geçiş olmadan bakım ücretlerini oldukça yüksek düzeylerde tutma imkanı mevcuttur⁷¹. Burada Mahkeme'nin geçiş maliyetlerini, satış sonrası pazarda pazar gücünün varlığını ortaya koymak için dikkate aldığı anlaşılmaktadır.

3. Xerox Kararı ve Fikri Mülkiyet Hakları Tartışması

Satış sonrası pazarlarla ilgili bahsetmeye değer bulduğumuz bir başka karar ise, Xerox Kararı'dır. Bu karar Xerox'un yüksek kapasiteli fotokopi makineleri ve kopyalama ekipmanlarının yedek parça ile bakım ve onarımları ile ilgilidir. Xerox belli başlı yedek parçalar için patent; kılavuzlar, işletim kitapları ve diagnostik yazılımları için ise telif korumasına sahip bir firmadır. Xerox 1984 yılında aldığı bir kararla, 10 Series adlı makinesinin yedek parçalarını son kullanıcı olmayan kişilere yani bağımsız bakım ve onarım hizmeti sunan firmalara (ISOs) satmayacağını açıklar. 1987 yılında ise bu politikasını tüm ürün gamı için geçerli hale getirir ve kendisinden alınan yedek parçaların gerçekten son kullanıcı tarafından kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek mekanizmalar devreye sokar. Bunlar neticesinde ISO'ların Xerox markalı makinelere bakım ve onarım hizmeti sunmaları imkansızlaşır⁷².

ISO'lar 1992 yılında dava açarlar⁷³. Bunun üzerine Xerox bir kısım ISO ile 1994 yılında uzlaşır. Uzlaşmaya göre Xerox yedek parçadaki sınırlamaları 6,5 yıl uygulamayacak ve telif hakkının olduğu kılavuzlar ile diagnostik yazılımları 4,5 yıl için ISO'ların kullanımına açacaktır. Fakat bazı ISO'lar

⁷¹ Virtual Maintenance v. Prime Computer, 11 F.3d 660 (6th Cir. 1993).

⁷² Herndon, J. B., "Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets", The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 311-312..

⁷³ In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 1997 WL 161940, at *1-2 (D. Kan. Mar. 12, 1997).

uzlaşma sonucu kendilerine uygulanacak yedek parça fiyatlarının son kullanıcılara uygulanandan yüksek olduğu gerekçesi ile uzlaşma içinde yer almazlar. Bu eylemin mal vermeyi reddetme olduğunu belirtirler. Bu iddialarını da patent hakkının kötüye kullanılması gerekçesi ile Federal Yerel Mahkeme önüne taşırlar. Yerel Mahkeme, Xerox'un ilk itirazlarını dikkate alır ve yargılamaya başlamadan

“Xerox'un patent koruması altındaki yedek parçaları satmayı veya lisans vermeyi reddetmesinin patent hakkının kötüye kullanılması veya rekabet hukuku anlamında hukuka aykırı dışlayıcı bir davranış olmadığı”

kararını verir. Davacı ISO'lar karara, fikri mülkiyet hakları ile ilgili federal düzeyde temyiz incelemesi yapan Federal İstinaf Mahkemesi'nde itiraz ederler. Bu mahkeme, Federal Yerel Mahkeme'nin kararını onar⁷⁴.

Xerox Kararı'nın, 9. Federal Bölge Mahkemesi'nin üçüncü kararında yer alan Kodak'ın fikri mülkiyet hakları ile itirazına yönelik hükümleri ile çelişki yarattığı iddia edilebilir⁷⁵. ISO'lar iki farklı içtihadın çözüme kavuşturulması iddiası ile, Xerox Kararı'nı Yüksek Mahkeme'ye götürürler. Fakat bu Mahkeme temyiz incelemesi yapmayı tercih etmez⁷⁶. Bu iki karar arasındaki farklılıklar ve satış sonrası pazar teorileri bakımından analizini şimdilik üçüncü bölüme bırakıyoruz.

2.4. AB ve Türkiye'de Satış Sonrası Pazarlara Yönelik Rekabet Hukuku Uygulamaları

Satış sonrası pazarlar ABD'de bu denli tartışılmasına rağmen, AB'de bu konuyla ilgili karar ve sistematik akademik çalışmalara rastlamak pek mümkün değildir. Bunun temel sebebi kanaatimizce, sanayi iktisadındaki teorik ve ampirik çalışmalar ile AB rekabet hukuku arasında yeni yeni bağlantı kurulmaya başlanmasıdır⁷⁷.

⁷⁴ In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000), *cert. denied*, 531 U.S. 1143 (2001).

⁷⁵ Herndon, J. B., “Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets”, The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 310.

⁷⁶ CSU, L.L.C. v. Xerox Corp., 531 U.S. 1143 (2001), *denying cert. to* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

⁷⁷ AB Komisyonu'nun rekabetten sorumlu Genel Müdürlüğü'ne baş ekonomist atanması, Neelie Kroes'in çabaları, global kartel ve birleşme incelemeleri sonucu ABD uygulamasının etkisi ve Journal of Competition Law and Economics gibi editörleri arasında birçok ABD'li akademisyenin bulunduğu dergilerin yayıma başlamaları bu süreci hızlandırmıştır.

1. AB’de İlk Karar: Hugin v. Liptons

Bu konunun AB’de ilk olarak gündeme geldiği karar, Hugin Kararıdır⁷⁸. AB Adalet Divanı bu kararda, bağımsız bir teşebbüsün bakım onarım hizmeti vermesinin kontrolü altındaki yedek parça uygulamaları ile engellendiğini belirtmiş ve ayrı satış sonrası pazarları kolaylıkla tanımlamıştır⁷⁹.

Hugin yazarkasa üreten bir İsveç firmasıdır. Oldukça rekabetçi olan yazarkasa piyasasında Hugin’in AB düzeyinde %12, İngiltere’de ise %13 pazar payı vardır⁸⁰. Satış anında Hugin, müşterilerini satış sonrası hizmetler konusunda aydınlatmaktadır. Bu kapsamda satıştan sonraki bir yıl ücretsiz garanti söz konusu olup, takip eden yıllara yönelik sabit bir fiyattan yedek parça ve işçilik dahil periyodik bakım sözleşmeleri önerilmektedir.

İngiltere’de ondalık sisteme geçilmesi nedeniyle kararın konu edildiği dönemde yazarkasa talebinde bir patlama olur ve Hugin, Liptons adlı firmayı Londra bölgesi için distribütör olarak atar. Liptons farklı markaya sahip yazarkasaların satış, kiralama, bakım ve onarımını yapan bir teşebbüstür. Liptons, Hugin yazarkasalarının satışının yanında bakım ve onarım hizmetlerini de gerçekleştirmekte, bunun için gerekli yedek parçaları Hugin’den sağlamaktadır. Hugin ilk olarak Liptons’a Londra bölgesinde bayilik önerir. Fakat Liptons kar marjlarının düşüklüğü nedeniyle bunu kabul etmez. Bunun üzerine Hugin başka bayiler atar ve Liptons’a yazarkasa veya yedek parça sağlamayı keser. Hugin sadece kendi dağıtım sistemine yedek parça temin eder ve diğer ülkelerdeki bağlı şirketlerinin de Liptons’a yedek parça sağlamasını yasaklar⁸¹. Liptons bir dönem ikinci el ve hurdaya ayrılmış yazarkasalardan elde edilen parçalar ile bakım ve onarıma devam eder⁸². Daha sonra, Hugin’in Roma Anlaşması’nın 86. maddesine aykırı bir şekilde hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla AB Komisyonu’na başvurur. İncelemenin ardından AB Komisyonu Hugin’in, Hugin markalı yazarkasalara yönelik satış sonrası hizmetlerdeki hakim durumunu bakım onarım hizmeti sunmak için Liptons’un ihtiyaç duyduğu yedek parçaları sağlamayarak kötüye kullandığı sonucuna

⁷⁸ Hugin Kassaregister AB v. Commission, Case 22/78, [1979] E.C.R. 1869.

⁷⁹ Fox, E. M., “Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc. - Information Failure as Soul or Hook?”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 762.

⁸⁰ Bu piyasalarda en büyük teşebbüslerin ise İngiltere’de %34 ve AB düzeyinde ise %18 payı bulunmaktadır.

⁸¹ Fox, E. M., “Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc. - Information Failure as Soul or Hook?”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 763.

⁸² AB Adalet Divanı’nın temyiz incelemesi sırasında bu yöntemin Hugin’den yedek parça temin edilmesi yöntemi ile ikame olmadığı kayıt altına alınmıştır.

ulaşır⁸³. Hugin, bu kararı AB Adalet Divanı nezdinde temyiz eder. Temyiz gerekçeleri Kodak'ınkiler ile aynıdır.

Adalet Divanı, Komisyon'un Hugin yedek parçalarının ayrı bir pazar olduğu görüşüne iştirak eder. Adalet Divanı'na göre, bağımsız firmalar yazarkasaların bakım ve onarımı konusunda uzmanlaşabilirler. Bu hizmeti sunmak için Hugin'in yedek parçaları⁸⁴ dışında herhangi bir ihtiyaçları yoktur. Hugin satış sonrası pazarı ayrı bir pazardır ve Hugin bu pazarda hakim durumdadır. Bu yüzden Hugin'in kanıtlanması gereken şey, yedek parça sağlamamasının objektif bir gerekçesi olduğu ve bu nedenle bir kötüye kullanma sayılmayacağıdır⁸⁵. Fakat dava esastan karara bağlanmaz ve Adalet Divanı kötüye kullanma eylemini değerlendirmeksizin, Hugin'in davranışlarının üye ülkeler arası ticareti engellemediği gerekçesi ile Komisyon'un kararını bozar⁸⁶.

ABD'li akademisyenler arasında AB Rekabet Hukuku uygulamasını en yakından takip kişi olan Eleanor Fox'a göre; AB'de hakim durum veya tekelleşme rakiplerin dışlanması yanında tüketicilerin sömürülmesi yoluyla da kötüye kullanılabilir⁸⁷. Hakim durumdaki bir firmanın rakibini piyasanın önemli bölümünden dışlaması durumunda, ispat yükü hakim durumdaki firmaya geçer ve davranışının objektif gerekçesini göstermesi gerekir⁸⁸. Hugin kararı'nda da gerek Komisyon ve gerekse Adalet Divanı bu yaklaşımı, detaylı iktisadi analize girmeksizin benimsemiştir. Oysa ABD uygulaması tekeli etkisizlik neticesi oluşan sömürücü davranışlara (*welfare-triangle-type exploitation*) odaklanmıştır. Hatta bazı yazarlar, satış sonrası kısıtlamaların sadece üretici artığının tekrar dağıtılmasına yol açması ve tüketici refahına herhangi bir etkisinin olmaması halinde,

⁸³ Decision of Commission of 8 December 1977, OJ No L 22, 25 January 1978, p.23.

⁸⁴ Bir yazarkasa 2000 değişik parçadan oluşmakta iken, bir markanın farklı modellerine bakım onarım hizmeti sunabilmek için gerek duyulacak parça sayısı 5.000'e ulaşabilmektedir.

⁸⁵ [1979] E.C.R. at 1896-97, para. 7-10.

⁸⁶ Adalet Divanı'nın temyiz taleplerinin tamamını değerlendirmeden kararını vermesi kanaatimizce uygun değildir. Nitekim ülkemizde de Danıştay, Rekabet Kurulu'nun kararlarının temyiz incelemesi sırasında ilk tespit ettiği nedene dayalı olarak iptal etmektedir. Bu yöntem diğer hukuka aykırılıkların zamanında ortaya çıkmasını önlemekte, temyiz aşamasının Rekabet Kurulu'na yön gösterme özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu yöntem nedeniyle Danıştay'ın birkaç istisna dışında Rekabet Hukuku'nun esasına yönelik içtihat niteliğinde herhangi bir kararı 10 yıldır ortaya çıkmamıştır.

⁸⁷ Fox, E. M., "Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.-Information Failure as Soul or Hook?", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 259.

⁸⁸ *United Brands Co. v. Commission*, Case 27/76, [1978] E.C.R. 207.

rekabet ihlalinin ortaya çıkmayacağını söylemektedirler⁸⁹. Bu nedenle pazar gücüne sahip bir firmanın dışlayıcı davranışının yasaklanabilmesi için, davacının bu dışlayıcı davranışın sömürücü etkiler doğurduğunu göstermesi gerekir⁹⁰. Örneğin Hugin Kararı'nda rekabet otoriteleri dışlayıcı davranışın var olup olmadığı üzerinde durmuş, bunun sömürücü davranışa yol açıp açmadığını incelememiştir. Oysa Kodak Kararı'nda, satış sonrası piyasada pazar gücü oluşmasının temel nedeni olarak, bilgi asimetrisi ve geçiş maliyetleri ön plana çıkarılarak tüketicilerin pazar içindeki durumu da tahlil edilmiştir. Eleanor Fox'a göre Kodak ve Hugin arasındaki fark, ABD mahkemelerinin bilgi asimetrisi problemini keşfetmesine rağmen AB otoritelerinin bunu yapamamasından kaynaklanmamaktadır. Asıl fark otoritelerin bakış açılarındadır. Şöyle ki⁹¹:

“ABD Mahkemeleri'nde jürinin kötüye kullanma eylemini fiyat teorisine dayalı olarak göstermesi gerekirken, AB ve daha birçok ülkede, hukukilik, erişim ve eşit koşullarda rekabet etme hakkı gibi kavramlardan hareket edilmektedir.”

Dışlayıcı davranışların iktisadi analizinde, rekabete aykırılığın ispat edilebilmesi için hem rakibe zarar verildiğinin (rakibi dışlamak veya maliyetlerini artırmak) hem de tüketicinin sömürüldüğünün gösterilmesi gerekir. Bunu Kodak'a uyarlırsak, ilk olarak dışlanan ISO'ların yedek parçaları alternatif kaynaklardan temin edip etmediğine bakılmıştır. İkincisi tüketicilerin ISO'ların hizmetlerine ikame hizmetlere ulaşip ulaşmadıkları veya herhangi bir kayba uğramadan satış pazarından Kodak'ın rakiplerinden makine alıp almadıkları önemlidir⁹².

2. AB Komisyonu'nun 82. Maddenin Modernizasyonu ile İlgili Tartışma Belgesi

AB Komisyonu ve temyiz makamlarını oluşturan Bidayet Mahkemesi ile Adalet Divanı'nın, Hugin Kararı'nı takip eden yıllarda satış sonrası pazarlara yönelik içtihat niteliğinde önemli bir kararı ortaya çıkmamıştır. AB'nin Kodak benzeri analize yönelik adımları yıllar sonra gelmiştir. Bu konuyu sistematik bir şekilde inceleyerek düşüncelerini ortaya koyan AB Komisyonu, 82. maddenin

⁸⁹ Herndon, J. B., “Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets”, The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 326-327.

⁹⁰ Fox, E. M., “Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.-Information Failure as Soul or Hook?”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 259.

⁹¹ Fox, E. M., “Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.-Information Failure as Soul or Hook?”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 267.

⁹² Salop, S. C., “The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millennium”, Antitrust Law Journal, Vol. 68, 2000-2001, s. 192.

modernizasyonuna yönelik çıkardığı tartışma belgesi ile uzun süren bu sessizliği bozmuştur⁹³. Bu belgenin satış sonrası pazarlarla ilgili kısmında genel bir girişin ardından, bu piyasalarda pazar tanımının nasıl yapılacağı, hakim durum analizi, kötüye kullanma eylemleri ve davalının ileri sürebileceği objektif gerekçeler ve etkinlik savunmaları ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Benimsenen yaklaşımın Kodak Kararı ile paralel olduğu söylenebilir.

Aslında AB satış sonrası pazarlarla ilgili olarak en önemli adımını 1400/2002 sayılı Motorlu Taşıtlar Tebliği ile atmıştır. Çünkü ilgili metinlerde açıkça belirtilmese bile bu Tebliğ’de kullanılan metodolojinin ve benimsenen kuralların satış sonrası pazarlarla doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Bu konunun analizine 4. bölümde yer verilecektir.

3. Türkiye’de Satış Sonrasına İlişkin Kararlar

Türkiye’de Rekabet Hukuku uygulaması fiilen 1997 yılında Rekabet Kurulu ve Kurumu’nun göreve başlaması ile start almıştır. 10 yıllık dönemde Rekabet Kurulu, temyiz aşamasında yaşanan zorluklar dışında rekabet hukukunun ülkemizde gelişmesine büyük katkı sağlamış ve OECD, AB, UNCTAD gibi uluslar arası kuruluşlar nezdinde itibarlı bir otorite haline gelmiştir. Bu süreçte, gerek akademik çalışmalar ve gerekse Kurul’un almış olduğu kararlar yurtdışında tartışılan birçok rekabet hukuku sorunsalını ülkemize de taşımıştır.

Fakat satış sonrası pazar konusunun Kodak Kararı ölçeğinde tartışıldığı veya bu teorilerin adının geçtiği bir karar veya akademik çalışma bilginimiz dahilinde mevcut değildir. Her ne kadar satış sonrası pazar teorileri Rekabet Kurulu’nda açıkça tartışılmasa da, Hugin Kararı’nda olduğu gibi Rekabet Kurulu, bilgisayar yazıcıları piyasasında yürüttüğü iki önaraştırmada ve kısmen de Renault Mais hakkındaki soruşturmada⁹⁴ üstü kapalı bir şekilde bu teorilerden yararlanmıştı.

Rekabet Kurulu’nun HP Kararı; Yalova Valiliği, Contimed adlı bir firma ve bir şahsın şikayeti üzerine yapılan önaraştırma sonucu alınmıştır⁹⁵. Satış sonrası pazarlarla ilgili olarak şikayetçiler; HP markalı yazıcıların bakım onarım bedelinin, ürünün daha gelişmiş modelinin bile fiyatına yakın olacak düzeyde yüksek olduğunu; HP’nin yetkili servisler dışında üçüncü kişilere yedek parça satışı yapmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu iddiaların incelenmesi

⁹³ EU Commission, “Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Aralık 2005.

⁹⁴ Rekabet Kurulu’nun 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı Renault Mais Kararı.

⁹⁵ Rekabet Kurulu’nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Önaraştırma Kararı.

sonucu yukarıda izah edilen aşamalara uygun olarak ilk olarak ilgili pazar tanımı yapılmıştır⁹⁶:

“HP marka ürünlerde kullanılan yedek parçalar mevcut durumda sadece Hewlett Packard Company (HP) tarafından üretilmektedir. Ürünlerin teknolojik nitelikleri gereği çok çabuk demode olması, bu ürünün yerini alan yeni ürünün fiyatının daha düşük olmasına rağmen daha fazla performansa sahip olması, üretimde yüksek teknoloji gerektiren üretim süreçlerinin kullanılması ve bu sebeple yüksek başlangıç maliyeti gerektirmesi nedeniyle HP dışındaki teşebbüslerin HP ürünlerinde kullanılmaya uygun yedek parça üretimi yapmasını oldukça zorlaştırmakta ve bu durum HP markalı yazıcıların yedek parçaları ve servis hizmetlerinin yakın ikamesinin bulunmasını engellemektedir. Bu nedenle ilgili ürün pazarı, ‘HP markalı yazıcıların satış sonrası servis hizmetleri, HP markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri piyasası’ olarak ele alınmıştır.”

Görüldüğü gibi Rekabet Kurulu, Kodak ve Hugin Kararları’na benzer biçimde yazıcı satış pazarının rekabet düzeyini dikkate almadan, satış sonrası pazarları ayrı pazarlar olarak tanımlamıştır. Fakat hakim durum açısından Rekabet Kurulu’nun Kodak Kararı değil Hugin Kararı ışığında hareket ettiği görülmektedir. Rekabet Kurulu, İngiltere Rekabet Otoritesi OFT’nin (*Office of Fair Trading*) bir kararına atıf yaparak yazıcı piyasasında bilgi asimetrisinin az olduğunu, kullanıcıların satış sırasında sadece satış fiyatını değil, toplam kullanım ömrü boyunca katlanılacak maliyetleri dikkate aldığını belirtmiştir⁹⁷:

“...ürün fiyatı ile sarf malzemelerinin fiyatını birlikte veri olarak gören bilinçli kullanıcıların ürün satın alırken piyasadaki üreticiler arasında en uygun bileşimi seçme şeklinde bir eğilimleri bulunmaktadır. Nitekim, HP hakkında İngiltere’de yürütülen rekabet incelemesi sırasında rekabet otoritesi Office of Fair Trading tarafından yöneltilen ‘tüketicilerin satın alacakları yazıcı konusunda karar verirken satış sonrası bakım ve tamir maliyetlerini gerçekten göz önüne aldıklarını düşünüyor musunuz ?’ şeklindeki soruya HP tarafından ‘evet, şirketimiz tarafından yapılan araştırmalarda tüketicilerin yazıcı alırken tüm maliyetleri dikkate aldıkları tespit edilmiştir. Bu nedenle satış noktalarında sarf malzemeleri (kartuşlar, kağıt vb.) ve ek garanti ve destek paketlerine ilişkin yeterli bilgi sunulmaya çalışılmaktadır.’ şeklinde cevap verilmiştir.”

Kodak Kararı örnek alındığında, bu tespitin ardından HP’nin satış sonrası pazar ile satış pazarı arasındaki kuvvetli bağ nedeniyle hakim durumda

⁹⁶ Rekabet Kurulu’nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Öneri Kararı, s. 2.

⁹⁷ Rekabet Kurulu’nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Öneri Kararı, s. 4.

olmadığı sonucuna varılması gerekirken şu ifadeler ile sadece pazar payına bakılarak HP'nin hakim durumda olduğuna hükmetmiştir⁹⁸:

“HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar halihazırda, HP'nin kontrolü altında üretilmektedir. Ürünlerin teknolojik nitelikleri gereği çok çabuk demode olması, bir ürünün yerini alan yeni ürünün fiyatının daha düşük olmasına rağmen daha fazla performansa sahip olması, üretimde yüksek teknoloji gerektiren üretim proseslerin kullanılması ve bu sebeple yüksek başlangıç maliyetinin gerekmesi, HP dışındaki tşebbüslerin HP ürünlerinde kullanılmaya uygun yedek parça üretimi yapmasını genel işletmecilik ilkeleri açısından zorlaştırmaktadır. Bu sebeple HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar pazarında HP A.Ş. hakim durumdadır.”

Hugin Kararı'ndaki yaklaşım benimsendiğinden, doğal olarak hakim durumun tespitinin ardından kötüye kullanma analizine geçilmiştir. İddiaların aksine yetkili servisler dışındaki kişi ve kuruluşlara da yedek parça satışının yapıldığı anlaşılmıştır⁹⁹. Rekabet Kurulu'nun satış sonrası pazarlarla ilgili Kodak Kararı'nda ortaya çıkan teorileri tam olarak uygulamaması asıl burada sorun yaratabilirdi. Eğer HP yetkili servisler dışına yedek parça satışı yasaklamış olsaydı, Rekabet Kurulu, Hugin Kararı'nda olduğu gibi soruşturma sırasında kabul edilebilir bir etkinlik savunması gelmez ise, bunu bir kötüye kullanma olarak kabul edebilirdi.

Öte yandan, Kurul'un yedek parça fiyatlarının yüksekliği ile ilgili iddialara cevabı, bilgi asimetrisinde olduğu gibi, satış sonrası pazar teorilerini zımnı bir şekilde dikkate aldığını göstermektedir¹⁰⁰:

“Bu karşılaştırmalardan çıkarılacak sonuç, yedek parça ve özellikle sarf malzemelerinin fiyatlarının ürün fiyatına kıyasla yüksek olmasının bir rekabet ihlalinin sonucu değil, sektörün yapısının bir gereği olduğu ve kullanıcıların satın alma kararını verirken sadece ürünün fiyatını değil, ürünün ekonomik kullanım süresince oluşması muhtemel maliyetlerin büyüklüğünü de dikkate almaları gerektiğidir.”

Sonuç olarak ilk HP Kararı'nın, hakim durum analizi dışında satış sonrası pazar teorileri ile ilgili olarak Kodak paralelinde olduğu söylenebilir.

⁹⁸ Rekabet Kurulu'nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Öneri Kararı, s. 5.

⁹⁹ Rekabet Kurulu'nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Öneri Kararı, s. 7.

¹⁰⁰ Rekabet Kurulu'nun 8.5.2001 tarih ve 01-22/192-50 sayılı HP Öneri Kararı, s. 8.

Rekabet Kurulu'nun satış sonrası pazarlara ilişkin ikinci kararı ise; HP, Lexmark, Canon ve Xerox (yazıcı sağlayıcıları) hakkında yapılan önaraştırmaya ilişkindir¹⁰¹. Şikayetçi, yazıcı sağlayıcılarının orijinal olmayan sarf malzemeleri kullanılması halinde garanti haklarını kullandırtmadıklarını ileri sürmüştür. Şikayetçi, garanti hizmetleri konusunda pazar gücüne sahip yazıcı sağlayıcılarının bunu sarf malzemeleri ile bağladıklarını ileri sürmüştür. Ayrıca bu uygulamanın sağlayıcılar arasında paralellik arz ettiğini ve böylece rekabete aykırı bir anlaşma veya uyumlu eylem ihtimalini gündeme getirmiştir. Fakat Rekabet Kurulu kararında, iddiaların Rekabet Kanunu'nun hangi maddesi bakımından incelendiğini hiç belirtmemiştir. Kararın lafzından incelemenin 6. madde kapsamında yapıldığı tahmin edilmektedir. Buna rağmen sistematik adımlar yerine, doğrudan kötüye kullanma eylemi üzerine yoğunlaşmıştır. Örneğin garanti hizmetlerine yönelik pazar tanımı yapılmamış ve sadece bağlanan ürün olarak nitelendirilebilecek sarf malzemeleri için "yazıcı toner, kartuş ve şeritleri pazarı" şeklinde bir tanım verilmiştir¹⁰².

Kararda, gerek Kodak ve gerekse Hugin'de bulunan hakim durum analizi de yer almamaktadır. Bunun yerine doğrudan böyle bir bağlama yapıp yapılmadığı araştırılmış ve iddiaların aksine Garanti Kitapçıkları üzerinde yapılan inceleme sonucu ihlal olmadığı anlaşılmıştır¹⁰³:

"...HP yazıcı ürünleri için, HP ürünü olmayan bir mürekkep kartuşun veya yeniden doldurulmuş bir kartuşun kullanılması müşteriye verilen garantiyi ve müşteri ile yapılmış olabilecek HP Destek Sözleşmesini etkilemez..."

Sonuç olarak, gerek HP ve gerekse Bilgisayar Yazıcıları Kararları satış sonrası pazarlara ilişkin kararlar olup, her ikisinde de bu çalışmanın konusu olan teorilere açık olarak yer verilmemektedir. HP Kararı ilgili pazar ve piyasanın iktisadi analizi bakımından Kodak paralelinde hükümler içerirken, hakim durum analizi bakımından Hugin'i anımsatmaktadır. Bilgisayar Yazıcıları Kararı ise, sistematigi nedeniyle satış sonrası pazar teorileri bakımından analize imkan vermemektedir¹⁰⁴.

¹⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Bilgisayar Yazıcıları Kararı.

¹⁰² Rekabet Kurulu'nun 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Bilgisayar Yazıcıları Kararı, s. 6.

¹⁰³ Rekabet Kurulu'nun 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Bilgisayar Yazıcıları Kararı, s. 7.

¹⁰⁴ Bu kararda, garanti hizmetlerinin ayrı bir pazar olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı, tanımlanması durumunda yazıcı sağlayıcılarının bu pazarda pazar gücüne sahip olup olmadıklarının tartışılması daha aydınlatıcı olurdu.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, satış sonrası pazarlar rekabet uygulamasında oldukça yeni bir alanı oluşturmaktadır. Kodak Kararı ile beraber ABD’de bu alana yönelik önemli bir birikim oluşmuştur. AB ve Türkiye’de ise rekabet hukuku uygulamasında iktisadın alacağı rolle paralel olarak birçok adımın atılması gerekmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde söz konusu adımların hızlandırılmasını temin etmek için satış sonrası pazarların ele alındığı her rekabet sorunsalında kullanılacak bir metodoloji ortaya konacaktır.

3. SATIŞ SONRASI PAZAR TEORİLERİ

Çalışmamızın bu bölümünde, yukarıda yer verilen mahkeme ve rekabet otoritesi kararları ve çoğunlukla bunların değerlendirilmesini içeren akademik çalışmalar ışığında bir metodoloji geliştirilecektir. Satış sonrası pazar teorilerini birbirinden ayıran nokta pazar gücü veya hukuki terimiyle hakim durum analizidir. Satış pazarı rekabetçi olsa da satış sonrası mal ve hizmetlerin alınıp satıldığı ayrı pazar tanımlarının yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Kötüye kullanma eylemleri konusunda da, hakim durum tespiti yapıldıktan sonra bir sorun bulunmamaktadır. Dolayısıyla satış sonrası pazarlara yönelik metodoloji geliştirme iddiasında olan çalışmamızın yoğunlaşacağı konu ilgili pazarda pazar gücü analizinin nasıl yapılacağıdır. Çünkü sadece satış sonrasında değil, tüm rekabet incelemelerinde pazar gücü anahtar konsepttir¹⁰⁵.

Aşağıda önce, teorilere temel oluşturacak iktisadi bilgiler verilecektir. Daha sonra, satış sonrası piyasalar ile satış piyasaları arasındaki bağlantıya etki eden çeşitli faktörlere göre hangi teorinin geçerli olacağı tartışılacaktır. Bir başka ifade ile, pazar gücünün ortaya çıkıp çıkmayacağı üzerinde durulacaktır. Son olarak bir teşebbüsün satış sonrasında pazar gücüne sahip olup kötüye kullanma olarak değerlendirilebilecek davranışlar sergilese bile, rekabet ihlalinin oluşmasını engelleyen durumlar açıklanacaktır. Bu durumlar fikri mülkiyet hakkı varlığı ve etkinlik savunmasıdır.

3.1. Satış Sonrası Pazar Teorilerinin İktisadi Açıklaması

Alt bölümlere geçmeden önce bazı iktisadi açıklamaları faydalı görüyoruz¹⁰⁶. Sadece satış pazarında faaliyet gösteren bir firma tek bir fiyata (p^f) karar verirken, hem satış hem satış sonrasında yer alan firma iki fiyata (p^f, p^a)

¹⁰⁵ Salop, S. C., “The First Principles Approach to Antitrust, *Kodak* and Antitrust at the Millennium”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 2000-2001, s. 187.

¹⁰⁶ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: *Kodak* (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution* 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 392.

karar vermek durumundadır. Firma böylece, maliyetlerin (c^f, c^a) sabit olduğu varsayılırsa kendisi için en yüksek karı (π) getirecek bileşimi bulmaya çalışır:

$$\begin{aligned}\pi &= \pi^f + \pi^a \\ &= (p^f - c^f)q^f(p^f, p^a) + (p^a - c^a)q^a(p^f, p^a)\end{aligned}$$

Her bir ürün için talep edilen miktarın her iki fiyata da bağlı olduğunu, $q^f = q^f(p^f, p^a)$ varsayıyoruz. Bir başka deyişle, örneğin yedek parça fiyatları yükseldiğinde satış pazarında satılan ürün adedinin etkileneceğini bekliyoruz. Bu bağlantı tüm dayanıklı tüketim malları bakımından satış sonrası pazarların en önemli iktisadi konusudur. Aşağıda izah edeceğimiz sistem teorisine göre bu bağlantı kuvvetli, satış sonrası pazar teorisine göre ise zayıftır.

Şimdi hem satış hem de satış sonrası pazarların rekabetçi olduğunu varsayalım:

$p^f = c^f$ ve $p^a = c^a$ olsun. Cevap aranan soru, satış sonrasında pazar gücü elde eden bir firmanın, satış pazarı rekabetçi kaldığı sürece toplam karını artırıp artıramayacağıdır. Bir başka ifade ile, rekabetçi fiyatlandırmadan başlarsak; $\partial\pi^f/\partial p^a + \partial\pi^a/\partial p^a$ negatif mi yoksa pozitif mi olacaktır?

$\partial\pi^a/\partial p^a > 0$ olacağı konusunda fikir birliği vardır. Fakat, p^a 'nın artışı ile beraber dayanıklı tüketim malına sahip olmanın toplam maliyeti artacak ve belki de potansiyel bazı müşteriler bu malı satış pazarından almaktan vazgeçecekler ve $\partial\pi^f/\partial p^a < 0$ olacaktır. Burada tespit edilmesi gereken husus, $\partial\pi^f/\partial p^a$ satış sonrasında elde edilen ilave karı ortadan kaldıracak kadar negatif olup olmadığıdır. Yüksek Mahkeme Kodak Kararı'nda bazı durumlarda ilave karın ortadan kalkmayabileceğine işaret etmektedir. Aşağıda izah edilecek bu durumlar, ilgili teşebbüsün pazar gücüne sahip olmasına neden olurlar.

$\partial\pi^f/\partial p^a + \partial\pi^a/\partial p^a$ ifadesinin incelenen pazar bakımından negatif olduğu durumda¹⁰⁷ sistem teorisi geçerli olacak ve teşebbüsün pazar gücüne sahip olmadığı açığa çıkacaktır. Bu ifadenin pozitif olması ise, satış sonrasında pazar gücü teorisini gündeme getirecektir.

Gerçek hayatta $\partial\pi^f/\partial p^a + \partial\pi^a/\partial p^a$ hesaplayabilmek hemen hemen imkansızdır. Bunun yerine ilk olarak akla mukayese yöntemleri gelebilir. AB Komisyonu üç tür mukayesenin yapılabileceğini söylemektedir¹⁰⁸. Fakat söz konusu karşılaştırmaların yapılmasının önünde doğru örneği bulmak ve o

¹⁰⁷ Bu ifadenin sifıra eşit olması da pazar gücünün olmadığını gösterir.

¹⁰⁸ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 71, para. 259.

örnekle ilgili tüm bilgilere ulaşmak gibi temel uygulama sorunları bulunmaktadır. Bu nedenle, sorunu çözebilmek açısından en iyi yöntem, söz konusu ifadenin negatif veya pozitif olmasına yol açan pazar koşullarının değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme sırasında sistem teorisin bulgularının baskın gelmesi pazar gücünün yokluğuna, satış sonrasında pazar gücü teorisinin bulgularının baskın gelmesi ise, pazar gücünün varlığına işaret eder. Şimdi çeşitli koşullar altında hangi teorisin baskın geleceğine yönelik açıklamalarımıza geçelim.

3.2. Hangi Teorinin Uygulanacağını Belirleyen Faktörler

Davacıların iddialarına göre Kodak, uzun yıllar ISO'lara yedek parça satışı yaptıktan sonra sürpriz bir şekilde bu politikasını değiştirmiştir. Mevcut müşteri tabanı bunun üzerine ISO'lardan hizmet alamaz duruma gelmiş ve geçiş maliyetleri nedeniyle satış pazarından bir başka makine almamışlardır. Kodak satış sonrası hizmetlerde repütasyon kaybı olasılığını dikkate almamış yani potansiyel müşterilerin satış pazarındaki talebinin düşmeyeceğini düşünmüştür. Bunda müşterilerin bilgi asimetrisinin yani kullanım ömrü boyunca oluşacak maliyeti dikkate alamamaları etkili olmuştur¹⁰⁹. Satış pazarında aynı stratejiyi Kodak'ın rakiplerinin uygulayıp uygulamadığı belirsizdir.

Şimdi bu anlattıklarımız üzerinden tek tek gidip hangi durumlarda farklı sonuçların ortaya çıkabileceğini görelim.

1. Mevcut Müşteri Tabanına Yönelik Sürprizler

Bir teşebbüsün satış sonrası pazarda hakim durumunu kötüye kullandığı yönündeki iddiaların hepsi kullanıcıların karşılaştıkları bir sürpriz ile başlar. Sürpriz iki şekilde olabilir. Birincisi, satış pazarında malı satın alan müşterinin satış sonrası hizmete ihtiyaç duyduğu ilk anda bu hizmetin alternatifinin olmadığını fark etmesidir. Zaten müşterinin o teşebbüs ile rekabet eden başka bir firmaya gidebilmesi mümkünse; yani, ilgili teşebbüsün p^a 'yı artırma gücü yoksa, satış sonrası pazar rekabetçi sayılacağından herhangi bir analize de gerek duyulmayacaktır¹¹⁰. Örneğin, yedek parça OEM'e ürettirilip bu üreticinin piyasaya kendi kanalından satışına izin veriliyorsa bir rekabet ihlali oluşmaz.

İkinci sürpriz şekli ise, daha önce rekabetçi alternatif kaynaklardan satış sonrası mal ve hizmet satın alan bir müşterinin, o ürünü satış pazarında satan teşebbüsün politika değiştirmesi sonucu bu imkanından yoksun kalmasıdır.

¹⁰⁹ Salop, S. C., "The First Principles Approach to Antitrust, *Kodak* and Antitrust at the Millennium", *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 2000-2001, s. 191.

¹¹⁰ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 69.

Her iki sürprizde de, müşteri artık dayanıklı tüketim malını almış ve o teşebbüsün mevcut müşteri tabanının bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, ilgili pazarın sadece o teşebbüsün ürünlerinden oluştuğu bir pazar olduğu malumdur. Fakat teşebbüs bu şekilde yüksek pazar payına sahip olsa¹¹¹ bile, pazar gücüne sahip olduğuna sadece bu bilgiler ile karar verilemez¹¹². O teşebbüsün sadece kendi mallarında kullanılabilen yedek parçalar üreten veya ürettiren birçok dayanıklı tüketim malı üreticisi gibi kendi malı ile ilgili satış sonrası hizmetleri kontrol edebilen bir teşebbüs olduğu belki iddia edilebilir. Fakat burada geçen “kontrol” teriminden “müşterileri, sağlayıcıları ve rakiplerinden bağımsız olarak rekabetçi düzeyin üzerinde fiyat belirleyebilme gücü” yani pazar gücü anlaşılmalıdır. Bu durum satış pazarının rekabetçi yapısından bağımsız olarak ürün farklılaştırmasının¹¹³ söz konusu olduğu birçok dayanıklı tüketim malı için geçerlidir¹¹⁴.

Mevcut müşteri tabanına yönelik satış sonrası fiyatların artışının pazar gücünün bir göstergesi olup olmadığı bazı istatistikî verilerle test edilebilir. Şöyle ki, satış sonrası pazarlarda yapılan fiyat artışları ile satış fiyatlarındaki değişimler incelenerek, üreticinin sistem fiyatlandırması yapıp yapmadığı görülebilir. Kodak vakasında, böyle bir ilişkinin bulunmadığı ve müşterilerin çok farklı sistem fiyatları ödedikleri ortaya çıkmıştır¹¹⁵.

Bazı pazar koşullarında müşteriler sistem fiyatını dikkate alsa bile üreticilerin pazar gücünü kullanabilmeleri mümkündür. Shapiro ve Teece bu pazar koşullarını şöyle sıralamaktadır:

- Düşüşte olan endüstrilerde gelecekte yapılacak satışlara kıyasla mevcut müşteri tabanına yapılacak satışlar daha önemlidir.

¹¹¹ Elektrik üretimi gibi bazı piyasalarda çok düşük pazar payı bile bazı koşullar altında pazar gücünü beraberinde getirebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ardıyok, Ş. “California Energy Crisis and Critics of Turkish Electricity Deregulation Process”, International Conference on Business, Economics and Management, International Journal of Business, Management and Economics, Vol. 1, No. 2, June 2005.

¹¹² Hovenkamp, H., “Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the *Kodak* Case”, UCLA Law Review, Vol. 40, 1992-1993, s. 1454.

¹¹³ Yedek parçaların uyumsuzluğunun yani diğer mallarda kullanılamaması durumunun önemli bir nedenidir.

¹¹⁴ Hovenkamp, H., “Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the *Kodak* Case”, UCLA Law Review, Vol. 40, 1992-1993, s. 1455.

¹¹⁵ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 401.

- Satış pazarında sorunları olan üreticiler, satış sonrası pazarlardaki kazançlarına daha fazla önem verirler.
- Çeşitli nedenlerle karlı olmayan ürünlerde satış pazarındaki performans üreticiler için çok fazla anlam ifade etmeyebilir.
- Finansal zorluklar yaşayan ve acil kaynak ihtiyacı duyan üreticiler için en yakın tarihli gelir kaynağı olan satış sonrası pazarlar daha önemli hale gelir.

Fiyat teorisi açısından bakıldığında mevcut müşteri tabanının karşılaştığı sürprizlerin klasik dara kaybına yol açtığı iddia edilebilir. Şöyle ki, tekeli düzeyde fiyatlandırılan yedek parça ve bakım onarım hizmetleri nedeniyle tüketiciden üreticiye bir rant transfer edilir. Ayrıca tekeli etkisizlik yani üçgen şeklindeki dara kaybı söz konusudur. Dara kaybının burada iki bileşeni vardır. Tüketiciler olması gerekenden daha az yedek parça ve bakım onarım hizmetinden yararlanırlar ve yüksek satış sonrası fiyatları onları kullanılmış malı daha erken değiştirmeye motive eder¹¹⁶. Bu görüşü pazar gücü bakımından incelediğimizde, üreticiye devredilen rant birincil pazardaki indirimler ile geri dönüyorsa burada sistem teorisi geçerli olur ve pazar gücü söz konusu değildir. Malın erken değiştirilmesi ise, yedek parça ve bakım onarım arasında ikamenin hiç olmadığı varsayımına dayandığından, bütün dayanıklı tüketim malları için geçerli değildir. Tabi geçerli olduğu durumlarda, toplumsal refah bakımından arzu edilmeyecek bir durum oluşur ve gereksiz kaynak israfı ortaya çıkar¹¹⁷. Shapiro söz konusu refah kaybının boyutuna ilişkin bir ampirik çalışma yapmıştır¹¹⁸. Bu çalışmada tüketicilerin, kullandıkları dayanıklı tüketim malını satış sonrası fiyatlardaki gelişmelere göre değiştirdiği, üreticilerin de satış sonrasında rekabet üstü karlar elde etmek için satış fiyatlarında indirim gittikleri varsayılmıştır. Bu çalışmanın sonuçlarına göre, satış sonrası fiyatlar rekabetçi düzeyin %5 üzerinde oluştuğunda, bunun neden olacağı zarar %7,5 olarak hesaplanmıştır.

2. Geçiş Maliyetleri

Birçok pazarda, tüketicilerin bir sağlayıcıdan diğerine geçişleri oldukça kolaydır. Örneğin, bir tüketicinin A ve B kuruyemişçisine giderek kabak

¹¹⁶ Carlton, D. W. & M. Waldman, “Competition, Monopoly and Aftermarkets”, NBER Working Paper: 8086, 2001, s.31.

¹¹⁷ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 455.

¹¹⁸ Shapiro, C., “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak”, Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 505- 511.

çekirdeğinin fiyatlarını karşılaştırması ve dilediğinden satın alması mümkündür. Aynı müşteri o gün satın aldığı kabak çekirdeğini beğenmemişse, herhangi bir ek maliyete katlanmadan diğer kuruyemişçiden alışveriş yapabilir¹¹⁹. Fakat dayanıklı tüketim mallarında aynı kolaylığın bulunduğunu söylemek olası değildir.

Dayanıklı tüketim mallarında mevcut müşteri tabanına yönelik sürpriz yapıldığında, bunun sistem fiyatlandırması yapmayan bir üreticiye rekabete aykırı faydalar sağlayabilmesi için müşterilerin satış pazarında rakip mallara “geçişinin maliyetli olması” gerekir. Geçiş maliyetleri (*switching costs*), bir tüketicinin halihazırda kullanmakta olduğu bir ürünü bırakıp başka bir üreticinin ürününü kullanmaya başlaması için katlanmak zorunda olduğu ilave maliyetlerdir.

Geçiş maliyetlerinin dolaylı pazar gücü yarattığı, iktisatçılar¹²⁰ tarafından uzun yıllar önce anlaşılmıştır¹²¹. Kodak Kararı’nda da, mevcut müşteri tabanı için söz konusu olan geçiş maliyetlerinin Kodak’a pazar gücü sağladığı üzerinde durulmuştur.

Klemperer’e göre başlıca üç çeşit geçiş maliyeti vardır¹²²: (i) İşlem maliyetleri, (ii) öğrenme maliyetleri, (iii) yapay veya sözleşmeden kaynaklanan maliyetler.

İşlem maliyetleri ile kastedilen bir üründen diğerine geçiş için yapılması gereken satış, yeniden satın alma vb. hukuki ve idari işlemlerden kaynaklanan maliyetlerdir.

Öğrenme maliyetleri ise, bir ürünün kullanımı sırasında alınan eğitim veya edinilen tecrübelerin diğer ürüne taşınamamasından kaynaklanır. Aslında öğrenme maliyetlerini de içine alacak şekilde, tamamlayıcı maliyetler terimini kullanmak daha anlamlıdır. Bu tür maliyetler satış pazarında mal alındıktan sonra, maldan maksimum verimin elde edilmesi için gereken ve başka mallarda

¹¹⁹ Hofer, P. ve diğerleri, “Competition Policy Analysis in Dynamic and Complex Markets: Switching Costs, Aftermarkets, and Network Effects”, Nera Antitrust Insight, May-June 2006, s. 2.

¹²⁰ Klein, B. et al., “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, 21 Journal of Law and Economics 297, 299 (1978). Ayrıca bkz.: Klein, B., “Vertical Integration as Organizational Ownership: Fisher Body-General Motors Relationship Revisited”, 4 Journal of Law & Organization 199 (1988).

¹²¹ Kattan, J., “Market Power in the Presence of an Installed Base”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 10.

¹²² Klemperer, P., “Markets with Consumer Switching Costs”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 102, No. 2, (May, 1987), s. 375.

kullanılmayan¹²³ tüm batık maliyetlerdir¹²⁴. Tamamlayıcı maliyetler, ürün farklılaştırmasının (teknoloji, kullanım şekli, dış görünüş vb.) olduğu dayanıklı tüketim mallarında yüksektir.

Yapay maliyetler, üreticilerin kendi inisiyatifleri ile geliştirdikleri, havayollarında uygulanan “mil promosyonları”, marketlerde uygulanan üyelik kartları gibi belirli kullanım limitine ulaşıldığında ek avantaj sağlayan uygulamalardan kaynaklanır. Bu tür maliyetler sözleşmeler yoluyla da, örneğin belirli bir süre dolmadan bırakıp gidenin sadık kalana kıyasla cezalandırılması gibi yöntemlerle sağlanabilir¹²⁵. Bu tür maliyetler yaratılarak rasyonel tüketicilerin, fonksiyonel açıdan tamamen birbiri ile aynı ürünlerin varlığına rağmen markaya bağımlı kılınması amaçlanır. Böylece satış pazarında *ex-ante* (öncül) birbiri ile aynı fonksiyonlara sahip hatta homojen olan ürünler, satış sonrası pazarda *ex-post* (ardıl) heterojen ürünler haline gelirler¹²⁶.

Geçiş maliyetlerinin satış pazarında gelir kaybetmeden satış sonrası pazarda rekabete aykırı eylemlere imkan tanıyabilmesi için çeşitli koşulların varlığı gerekir. İlk olarak geçiş maliyetleri ile satış sonrasındaki fiyat artışlarının mutlak büyüklükleri önemlidir. Geçiş maliyetlerinin mevcut müşteri tabanının gelecekte satış pazarında yapacakları satın almalara etkisi, birincil pazar ile ikincil pazarın görece büyüklükleri, mevcut müşteri tabanının yani tutsak müşterilerin satış pazarındaki yeni müşterilere oranı gibi faktörler de geçiş maliyetlerinin mutlak değeri ne olursa olsun pazar gücü yaratıp yaratmadığı bakımından önemlidir.

Geçiş maliyetleri, üreticinin satış sonrasında pazar gücünün üst limitini belirler. Bu limitin üzerinde tutsak müşterinin sömürülmesi halinde müşterinin başka bir markaya geçişi kaçınılmazdır¹²⁷. Dolayısıyla geçiş maliyetleri

¹²³ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 393.

¹²⁴ Sadece tek bir işletim sisteminde çalışan özel bir yazılım geliştirilmesi, eğitimler, verilerin ve arşivlerin formatlarının değiştirilmesi, kullanıcı tanımları (custom configurations), uzmanlar, bakım ve onarımcılar ile ilişkiler kurulması vb.

¹²⁵ GSM hizmetleri piyasasında ücretsiz veya sübvansiyonlu verilen telefon karşılığında tüketicilerin belirli bir süre o işletmecinin hattını kullanması taahhüt altına alınabilir. Tüketicinin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde muhtemelen elde ettiği avantajdan daha yüksek bir bedel kendisinden talep edilir.

¹²⁶ Klemperer, P., “Markets with Consumer Switching Costs”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 102, No. 2, (May, 1987), s. 376.

¹²⁷ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 394.

konusunda dikkat edilecek ölçü, geçiş maliyetlerinin satış sonrası mal veya hizmet için talep edilen fiyat ile rekabetçi fiyat arasındaki farka oranıdır. Bu marja kıyasla yüksek geçiş maliyetleri, yani oranın büyüklüğü diğer koşullar sabit varsayıldığında esnek olmayan bir talebin varlığına işaretler. Böyle bir talep eğrisi karşısında üreticinin satış sonrası için yüksek fiyatlar belirleyebilmesi mümkün olur¹²⁸. Ürün farklılaştırmasının söz konusu olduğu bir piyasada, düşük talep esnekliği nedeniyle üreticilerin artan pazar gücü, tüketiciler açısından farklı ürünler neticesinde artan tercihler ile hafifler. Fakat birbirine ikame olan ürünler arasında geçiş maliyetlerinin söz konusu olması veya bunun yaratılması tüketici tercihlerini kısıtlar; bu nedenle toplumsal refah açısından pek arzu edilmez¹²⁹.

Geçiş maliyetlerinin büyüklüğü ise, o dayanıklı tüketim malı için yapılan batık maliyetler (eğitim maliyetleri ile yapay maliyetler) ve bir başka üreticinin malına geçiş için gereken işlem maliyetlerine bağlıdır. Örneğin ilk malın ikinci el değerinin düşük olması en başta gelen geçiş maliyeti kalemidir. Ayrıca ikinci el pazarlar genellikle satış pazarlarına kıyasla rekabet düzeyi düşük pazarlardır¹³⁰. Etkinsizlik, tüketicinin kullanmakta olduğu malı satması halinde piyasanın bu mala gerçek ekonomik değerini vermemesidir¹³¹. Şu da unutulmamalıdır ki, ikinci el malın fiyatına etki eden faktörler ile o kullanıcının malını satın başka bir mal almaya yönelen faktörler birbirine benzerdir¹³². Örneğin yedek parça fiyatları yüksek olan bir otomobillin ikinci el değeri aynı kalitedeki başka bir otomobilden daha düşük gerçekleşir.

Bazen geçiş maliyetleri birden fazla dönem sürebilir. CD çalıcısından memnun olmayan ama sadece o marka çalıcıda işe yarayan müzik CD'leri koleksiyonu bulunan bir tüketici buna örnek olarak verilebilir. Bu tüketici CD çalıcısını değiştirmek istese ve hatta bunun kullanım ömrü sona erse bile

¹²⁸ Kattan, J., “ Market Power in the Presence of an Installed Base”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 11.

¹²⁹ Klemperer, P., “Markets with Consumer Switching Costs”, Quarterly Journal of Economics, Vol. 102, No. 2, (May, 1987), s. 377.

¹³⁰ İkinci el pazarların etkisizliğini otomobil örneğini alarak inceleyen ve yazarının Nobel iktisat ödülü almasına etki eden bir çalışma için bkz.: Akerlof, G. A., “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, No.3, August 1970, s. 488-500.

¹³¹ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), The Antitrust Revolution 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Press, s. 393.

¹³² EU Commission, “Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Aralık 2005, s. 69.

elindeki CD koleksiyonunun ekonomik değerine bağlı olarak, aynı markayı satış pazarında birkaç kez daha satın almak zorunda kalabilir¹³³.

Sonuç olarak eğer satış sonrası pazarda geçiş maliyetleri düşük ise, pazar gücünün varlığından söz edilemez, $\partial \pi / \partial p < 0$ dir ve sistem teorisi geçerlidir. Aksi durumlarda satış sonrasında pazar gücü teorisi üstün gelir.

3. Satış Pazarındaki Potansiyel Alıcılar Gözünde Repütasyon

Yukarıdaki iki başlıkta odak noktamızda mevcut müşteri tabanı bulunmaktaydı. Bu başlık altında ise, mevcut müşteri tabanını geçiş maliyetleri nedeniyle sömürebilecek imkana sahip bir teşebbüsün hangi koşullar altında satış sonrasındaki potansiyel müşteriler karşısındaki repütasyonunu dikkate alarak bu stratejiden vazgeçmek zorunda olduğu incelenecektir. Bir başka ifade ile repütasyonun satış sonrasındaki pazar gücüne etkisi izah edilecektir.

Parts and Electric Motors kararında, karşı oy kullanan Posner repütasyonun satış sonrası pazarlar bakımından önemini şu ifadeler ile belirtmektedir¹³⁴:

“Sterling, prensip olarak kullanıcılar motorlarına yedek parça takıp kullanmaya devam etmek yerine hurdaya çıkaracak düzeylere kadar yedek parça fiyatını artırabilir. Fakat, bu uygulama kulaktan kulağa yayıldıktan sonra kimse artık Sterling motorlarından almayacağı için bu kısa dönemli bir oyun olacaktır.”

Repütasyonun satış sonrası pazar gücüne etkisi bakımından satış sonrası hizmetlere hangi andan itibaren ihtiyaç duyulacağı önemlidir. Satış sonrası ürünler, yedek parça ve bakım onarım hizmetleri, satış işleminin gerçekleşmesinden belirli bir süre sonra talep edilirler. Eğer bu süre çok kısa ise, satış sonrasındaki dışlayıcı ve sömürücü davranışların o markanın satış pazarındaki repütasyonunu hemen etkileyeceği söylenebilir. MacKie-Mason ve Metzler bu durumu “etkin eşzamanlılık” (*effective simultaneity*) olarak adlandırmaktadır¹³⁵. Gerçekleşmesi halinde söz konusu üreticinin, satış sonrasında rekabet üstü kazançlarını satış pazarında geri vermesi veya satış sonrasındaki davranışlarından vazgeçmesi gerekir.

¹³³ Kattan, J., “ Market Power in the Presence of an Installed Base”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 12.

¹³⁴ *Parts and Electronic Motors Inc v. Sterling Electric Inc.*, 866 F.2d 236, 7th Cir. (1988).

¹³⁵ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution 4th Ed.* içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 395.

Repütasyonun düzeltici etkisi için bir başka olasılık, mevcut müşterilerin potansiyel müşterilere oranıdır. Örneğin, FTC'nin yaptığı bir incelemede, ele alınan dayanıklı tüketim malı üreticisinin gelirlerinin sadece %5'ini satış pazarından elde ettiği görülmüştür. Satış sonrası pazarın gelir potansiyelinin ise %75 olduğu anlaşılmıştır. Buna karşın örneğin televizyon cihazlarının satış sonrası pazarında yedek parça ile bakım onarıma çok az ihtiyaç duyulmaktadır¹³⁶.

Mevcut müşterilerin yeni müşterilere oranının yüksekliği, üreticinin repütasyon nedeniyle satış pazarında çok fazla kayba uğramadan, satış sonrası pazarda rekabet üstü kazançlar elde edebileceğini gösterir. Bu oranı etkileyen iki faktör vardır. Birincisi, dayanıklı tüketim malının ne kadar dayandığı veya ekonomik ömrü; ikincisi ise, kullanılan teknolojinin olgunlaşmış ve olgunlaşmadığıdır. Malın kullanım ömrü uzun ise satış piyasasından alım yapacak potansiyel müşteri sayısı da az olacaktır. Diğer taraftan yeni teknolojilerin ortaya çıkması ile, bazı müşteriler kullanım ömrü dolmadan o malı değiştirecektir¹³⁷.

Repütasyonun sistem teorisinin etkin olmasına yol açtığı bir başka durum, ilgili üreticinin söz konusu satış ve satış sonrası pazar dışında daha birçok pazarda aynı marka ile faaliyet göstermesidir¹³⁸. Böyle bir üreticinin satış sonrasında fırsatçılık konusunda daha itinalı olması beklenir. Çünkü ortaya çıkacak kötü repütasyon sadece ilgili ürünün satış pazarını değil, o markanın satıldığı tüm pazarları (bunlar arasında dayanıklı tüketim malları dışındaki pazarlar da olabilir) etkiler. Üretici aynı olmasına rağmen faaliyet gösterdiği pazarlarda farklı markalar kullanması veya bu pazarların kullanıcı kitlelerinin farklılığı repütasyon etkisini zayıflatır. Örneğin erkek kullanıcılara hitap eden elektrikli traş makineleri pazarı ile kadın kullanıcılara hitap eden elektrikli epilasyon cihazları pazarı arasında, aynı markalar kullanılsa bile repütasyon etkisi zayıf olacak ve diğer koşullar varsa satış sonrasında pazar gücü oluşabilecektir.

4. Bilgi Asimetrisi Problemi

Repütasyon satış sonrasında pazar gücüne etki etse bile, kullanıcıların tam bilgisi yoksa (örneğin, diğer üreticilerin uyguladıkları fiyatları bilmiyorlarsa

¹³⁶ Kattan, J., “ Market Power in the Presence of an Installed Base”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 13.

¹³⁷ Kattan, J., “ Market Power in the Presence of an Installed Base”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 14.

¹³⁸ Kattan, J., “ Market Power in the Presence of an Installed Base”, Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 15.

veya bu bilgiyi elde etmek maliyetli ise) satış sonrasında pazar gücü teorisi geçerli olur¹³⁹.

Geçiş maliyetlerinin yüksek olduğu bir kurguda, üreticilerin pazar gücüne sahip olmasını engelleyen yegane husus, satış sonrası pazardaki sömürücü davranışların satış pazarındaki performansı en az o oranda düşürmesidir. Bunun için satış pazarındaki müşterilerin kararlarını verirken sadece satış fiyatını değil satış sonrasında da dikkate alıyor olmaları gerekir. Bir başka ifade ile sistem fiyatının hesaplanmasında, ömür boyu katlanılacak maliyetleri dikkate almalıdırlar. Ancak sıradan tüketiciler, birçok rakip markaya ait satış fiyatlarının dışında, satış sonrası katlanacakları maliyetleri (yedek parça, bakım onarım, vb.) değerlendirmek için önemli miktarda bilgiye ihtiyaç duyarlar¹⁴⁰.

Dolayısıyla tam bilgi eksikliği veya bilgi asimetrisi hem mevcut müşteri tabanı ve hem de satış pazarındaki potansiyel müşteriler için söz konusu olabilir. Kodak Kararı'nda da kaydedildiği gibi, geçiş maliyetleri ile beraber satış sonrasında pazar gücü bakımından en önemli kriteri bilgi asimetrisi oluşturmaktadır.

Genel olarak bilgi asimetrisi fiyat düzeyini etkilediğinden, tüketici refahı üzerinde doğrudan etkisi olan bir durumdur. Bu yönüyle rekabet hukukunu da doğrudan ilgilendirir. Bilgi asimetrisi iki farklı grup arasında bir konu üzerinde sahip olan bilgi düzeyinin birbirinden farklı olmasını ifade eder. Rekabet hukuku bakımından bilgi asimetrisi, farklı piyasa aktörleri aralarındaki ilişkilere göre şu şekilde tasnif edilebilir: (i) Rakipler arasında bilgi asimetrisi (ii) Alıcı ile satıcı arasında bilgi asimetrisi (iii) rekabet otoritesi veya düzenleyici kurum ile piyasa aktörleri arasındaki bilgi asimetrisi. Bilgi asimetrisinin çalışmamız bakımından ele alacağımız türü, alıcı ile satıcı arasında oluşan bilgi asimetrisidir.

Alicıların değerlendirmeye tabi tutması gereken bilgiler nelerden oluşmaktadır? Dayanıklı tüketim malının kullanım ömrü boyunca katlanılacak maliyetler şu şekilde ifade edilebilir¹⁴¹:

$$R = P + \sum_{t=1}^T \frac{M_t}{(1+i)^t}$$

¹³⁹ Borenstein, S. ve diğerleri, "Antitrust Policy in Aftermarkets", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 458.

¹⁴⁰ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 4.

¹⁴¹ Herndon, J. B., "Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets", The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 327.

Formülde; **R** ömür boyu katlanılacak maliyeti, **P** satış pazarındaki fiyatı, **M**, **t** döneminde katlanılacak yedek parça, bakım onarım vb. satış sonrası mal ve hizmetlerin fiyatlarını, **i** cari faiz oranını ve **T** de dayanıklı tüketim malının ekonomik kullanım ömrünü temsil etmektedir.

Rasyonel tüketici için ömür boyu maliyet (R) önemli olduğundan, bu maliyette değişiklik olmadığı sürece formülü oluşturan her bir bileşenin değişmesinin bir anlamı yoktur. Rekabet toplam maliyet (R) üzerinden satış pazarında söz konusu olacaktır. Satış sonrası pazarda fiyatların artırılması üreticiye sistem fiyatı üzerinden ilave kar getirmeyecektir. Çünkü, tüketiciler satış pazarındaki kararlarını zaten satış sonrasındaki fiyatları bilerek almışlardır. Tüketici geçiş maliyetleri nedeniyle o mal bakımından tutsak kalmışsa, üretici rekabet üstü yedek parça ve bakım onarım fiyatı uygulayabilir. Ancak bunu uygulayabilmesi için önce satış piyasasında ürünü söz konusu tüketiciye satmış olması gerekir¹⁴². Tüketici ise kararını bilgi asimetrisi olmayan bir ortamda sistem fiyatı üzerinden verdiği piyasa bir ihale pazarı gibi çalışır. Üreticiler en düşük sistem fiyatını sunarak satış sonrasında da tüketicinin kendileri ile işlem yapması için rekabet ederler. Bir bakıma satış piyasası, kazananın her şeyi aldığı (*winner takes all*) bir piyasadır¹⁴³. Böyle bir piyasada doğal olarak sistem teorisi geçerlidir. Fakat yukarıdaki formülden de görüleceği gibi, elde edilmesi gereken bilginin boyutu ve işleme maliyeti o kadar yüksek olabilir ki, tüketicilerin sistem fiyatlarını mukayese etmesi zorlaşır.

Stigler'in öncülüğünü yaptığı bilgi ekonomisi bu noktada bize yardımcı olur. Tam rekabet piyasası varsayımlarından herhangi birinin gerçekleşmemesi, piyasa aksaklığını oluşturur. Bu varsayımlardan birisi "*Alıcı ve satıcıların tam bilgiye sahip olması*"dır. İktisadi açıdan etkin bir alım satımın gerçekleşmesi için, alıcı ve satıcının işlem hakkında gerekli bilgiye sahip olması gerekir. Bilgi, diğer mal ve hizmetler gibi alınıp satılabilen bir metadır. Bu nedenle maliyetli bir süreç olan bilgi edinmede "bedavacılık sorunu" (*free-riding problem*) önem kazanır. Tüketiciler, piyasadaki işlemlerini çoğu zaman eksik bilgi ile (satıcı lehine bilgi asimetrisi yaşayarak) gerçekleştirirler¹⁴⁴. Grimes bu duruma

¹⁴² Herndon, J. B., "Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets", The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 329.

¹⁴³ Hofer, P. ve diğerleri, "Competition Policy Analysis in Dynamic and Complex Markets: Switching Costs, Aftermarkets, and Network Effects", Nera Antitrust Insight, May-June 2006, s. 3.

¹⁴⁴ Yetersiz bilgiye sahip tüketicilerin söz konusu olduğu pazarların basit modeli hakkında bilgi için bkz.: Salop, S. C. & J. Stiglitz, "Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion", 44 Rev. Econ. Stud. 493 (1977).

“kalitesiz talep” adını vermektedir¹⁴⁵. Kalitesiz, yeterli bilgi olmadan yapılan talebin neden olacağı piyasa aksaklıklarının boyutu, bilgi bakımından söz konusu malın niteliğine bağlıdır. Bilgi bakımından mal ve hizmetler şu şekilde sınıflandırılır¹⁴⁶:

1. Arama malları (*search good*): Alıcının malın niteliğini dışarıdan bakarak kolayca ölçülebilir kriterlere göre değerlendirebileceği mallardır. Örneğin posta kartları.
2. Tecrübe malları (*experience good*): Alıcının değerlendirmesini ancak malı satın alıp kullandıktan sonra yapabileceği mallardır. Örneğin yiyecek içecek.
3. İtimada dayalı mallar (*credence good*): Alıcının başka birinin tavsiyesi veya görüşü olmadan değerlendiremeyeceği mallardır. Örneğin, ilaç, tıbbi muayene hizmeti.

Bu sınıflandırma göz önüne alındığında, kalitesiz talep, arama malları ile ucuz çok sık satın alınıp kullanılan tecrübe malları için pek sorun yaratmaz. Alıcının satın aldığı mal konusunda sorun yaşaması durumunda yaptığı yatırım düşüktür. Bu bakımdan yapılan hata, takip eden alım kararlarında düzeltilebilir. Bilgi asimetrisi asıl, otomobil, bilgisayar gibi pahalı ve karmaşık, tecrübe ve itimada dayalı mallarda sorun yaratabilir. Bir otomobilin veya bilgisayarın kalitesi veya göstereceği performans, sadece dış görünüşüne bakılarak veya satın alınmadan önce test edilerek anlaşılabilir. Yukarıda anlattığımız geçiş maliyetleri nedeniyle de yapılacak hatanın sonuçları büyük olur.

Gerçekten, özellikle dayanıklı tüketim malları piyasalarında miyopik veya eksik bilgi ile hareket eden, satış pazarında işlem yaparken satış sonrasındaki maliyetleri dikkate alamayan çok sayıda tüketici bulunmaktadır. Bu tüketiciler satış sonrasındaki fiyatların ne olacağını değerlendiremediklerinden satış pazarındaki rekabet, üreticilerin satış sonrasında rekabetçi yedek parça ve bakım onarım fiyatı uygulamaları için bir motivasyon yaratmaz. Aksine üreticiler, geçiş maliyetlerinin yüksek olduğu kurguda, satış sonrasında elde edebildikleri kadar yüksek kar elde etmeye çalışırlar. Bir başka ifade ile ürünün sistem fiyatı konusunda bilgi asimetrisi,

¹⁴⁵ Grimes, W. S., “Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 266.

¹⁴⁶ Grimes, W. S., “Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 273.

satış pazarı ile satış sonrası pazar arasındaki bağı zayıflatır ve satış sonrasında pazar gücünün oluşmasına yardımcı olur¹⁴⁷.

Diğer taraftan tüketiciler ne kadar bilgi edinme konusunda istekli olsalar da, satış sonrası pazara yönelik ortada bilgi yoksa, sistem fiyatını değil satış fiyatını dikkate almak zorunda kalırlar. Özellikle teknolojik değişimin ağır bastığı piyasalarda yeni tanıtılan her ürünün satış sonrası hizmetleri, tüketiciler açısından içinden ne çıkacağı meçhul olan bir kutudur¹⁴⁸. Bu durumda tüketicilerin, varsa markanın diğer ürünlerindeki satış sonrası pazar repütasyonuna bakmaları söz konusudur.

Shapiro, piyasalarda bilgi asimetrisine çok fazla rastlanmayacağını söylemektedir. Alıcıların, dayanıklı tüketim mallarının sistem maliyetlerini öğrenmelerinin kendileri açısından önemli maliyet avantajları vardır. Bu nedenle, bilgi asimetrisini gidermek için katlanılan maliyetler sistem fiyatını bilmenin getireceği fayda düzeyine ulaşmaya kadar, rasyonel alıcılar bilgi toplamaya ve işlemeye devam ederler¹⁴⁹. Ayrıca bilgi edinme maliyetlerini azaltan şu unsurlar da önemlidir: (i) Bilgi sağlayan danışmanlar, brokerlar, aracılar ve yayınların varlığı¹⁵⁰, (ii) alıcının bilgi maliyetlerini aldığı her birim mala paylaştırabilmesi, (iii) alıcının yaptığı tekrar alımların sayısı, (iv) alımları finanse eden kuruluşun katkıları veya getirdiği koşullar¹⁵¹, (v) devletin alım süreçlerini düzenleyen ihale mevzuatının sistem fiyatlandırmasını gerektirmesi.

Fakat nasıl bilgi asimetrisinin olmadığı varsayımı gerçek hayatta geçerli değilse, alıcıların Shapiro'nun öngördüğü şekilde hareket etmediği durumlara da rastlanabilmektedir. Nitekim bu çalışmanın ampirik bölümü söz konusu davranış şeklini ölçmeye yöneliktir. Tüketici gözünden baktığımızda en basit dayanıklı tüketim malının sistem fiyatının değerlendirilmesi için bir çok bilginin

¹⁴⁷ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 487.

¹⁴⁸ Kattan, J., "Market Power in the Presence of an Installed Base", Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 20.

¹⁴⁹ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 493.

¹⁵⁰ ABD'de şehirlerarası görüşmelerin rekabete açılmasının ardından, AT&T'nin yanısıra diğer şirketler de çeşitli görüşme paketleri ile bu hizmeti sunmaya başlamışlardır. Ancak piyasadaki hangi ürün paketinin kendisi için uygun olduğu konusunda kullanıcılara yardım etmek üzere uzman danışmanlar ortaya çıkmıştır.

¹⁵¹ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 5.

toplanması ve doğru analiz edilmesi gerekir¹⁵². Kodak Kararı'nda bu zorluklar şöyle aktarılmaktadır¹⁵³:

“Bir tüketicinin çok sayıda ham datayı temin etmesi ve bunları yetkin bir şekilde analizi söz konusudur. Gerekli bilgiler; fiyat verilerini, ortalama ömrü, dayanıklı tüketim malını kullanmak, uyarlamak ve geliştirmek için gerekebilecek ürünlerin neler olduğunu ve kalitelerini, ilaveten bakım ve onarım için işçilik ücretleri ile yedek parça fiyatlarını, periyodik bakım masraflarını, onarıma ihtiyaç olasılığını, onarım sırasında malı kullanmamanın getireceği maliyetleri içerir.”

Bu noktada kullanıcıların niteliklerine göre bir ayırım yapmak gerekir. Bireysel kullanıcılar ve kurumsal kullanıcılar şeklinde bir ayırım bilgi edinme motivasyonu bakımından uygundur. Kurumsal kullanıcıların ticaret hukukumuzdaki “basiretli tüccar” tanımına uygun olarak hareket etmeleri ve rasyonel olmaları çok daha muhtemeldir. Bireysel kullanıcılar yani tüketicilerden farklı olarak, piyasada kalabilmek için maliyetlerini düşürmek zorunda olan kurumsal kullanıcılar, dayanıklı tüketim malı sistem fiyatlarına daha fazla ihtiyaç duyarlar. Dayanıklı tüketim malının maliyet içindeki yerine bağlı olarak idari işler ile ilgili departman yerine daha uzman tedarik departmanları görevlendirilebilir veya dışardan uzman desteği alabilirler. Malı satan üreticiler de, sistem fiyatları kurgusunda rekabet etmek istiyorlarsa bu departmanlarla temasa geçmek üzere özel satış temsilcileri görevlendirebilirler¹⁵⁴. Bir kısım üreticiler ise, daha çok kullandıkları teknolojiye bağlı olarak, satış sonrası hizmetlerden rakiplerine kıyasla avantajlı oldukları bazılarını ön plana çıkarmayı bir pazarlama stratejisi olarak uyguluyorlar¹⁵⁵.

Peki kurumsal müşteriler dışındaki tüketiciler ne olacaktır? Müşteri kitlesinin bir kısmının bilgi sorunu yaşamadığı ve sistem fiyatlarını değerlendirebildiği durumlarda, üreticinin bunu başaramayan kitleye karşı satış sonrasında pazar gücüne sahip olması yine mümkündür. Bunun için (i) iki

¹⁵² Lande, R. H., “Chicago Takes it on the Chin: Imperfect Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World”, 62 Antitrust L. J. 193, 1993-1994, s. 195.

¹⁵³ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2085 (1992).

¹⁵⁴ Herndon, J. B., “Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets”, The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 334.

¹⁵⁵ Shapiro, C. & D. J. Teece, “System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak”, Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 4.

kullanıcı grubu arasında bilgi alışverişinin kısıtlı olması¹⁵⁶ ve (ii) üreticinin fiyat ayrımcılığı yapabilmesi mühimdir¹⁵⁷.

Bilgi alışverişi konusunda ABD 3. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi bir kararında¹⁵⁸, motor yağı satın alan birinin bu ürün veya fiyatı hakkında bilgi sahibi olmadığının ya da bilgi sahibi olan bir alıcıdan daha fazla fiyat ödemek zorunda kalacağını söyleyemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme “biz hepimiz bilgi sahibi alıcılar üzerinden bedavacılık yaparız” demektedir¹⁵⁹. Fakat bedavacılığın hangi boyutta olduğunu kestirmek mümkün değildir. Bilgi asimetrisini gidermiş alıcılar diğer alıcılar nezdinde olumlu dışsalılık sağlasa bile, kalan bir kısım eksik bilgi sahibi alıcıların üreticiler tarafından sömürülmeleri mümkündür¹⁶⁰.

Fiyat ayrımcılığı konusunda ise, üreticilerin bilgi sahibi alıcı kitlesi ile diğerlerini ayırt etmesi ve arbitrasyonu engellemesi gerekir. Bu konuda yapılabilecek en kolay ayırım, kurumsal kullanıcılar ile bireysel kullanıcılara uygulanan koşulların farklılaştırılmasıdır. Arbitrasyon ise çeşitli yöntemler ile engellenebilir¹⁶¹.

Kaldı ki, ABD Yüksek Mahkemesi, hızlı fotokopi makineleri gibi hemen hemen sadece kurumsal müşterilere¹⁶² hitap eden bir dayanıklı tüketim malında bile, bilgi asimetrisinin sorun olabileceğine işaret etmiştir¹⁶³.

Üreticilerin iyi niyetli, sadece ucuz ve kaliteli ürünler üreterek çok satma amacına sahip oldukları kabul edilseydi, bu gün Sherman Act, AB

¹⁵⁶ ABD 3. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi *Town Sounds and Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468 (3d Cir.) (en banc), cert. denied, 113 S.Ct. 196 (1992).

¹⁵⁷ EU Commission, “Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Aralık 2005, s. 71.

¹⁵⁸ *Town Sounds and Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 959 F.2d 468 (3d Cir.) (en banc), cert. denied, 113 S.Ct. 196 (1992).

¹⁵⁹ Bu görüşü paylaşan akademik çalışma için bkz.: Beales, H. et al, “The Efficient Regulation of Consumer Information”, 24 *Journal of Law and Economics* 491 (1981).

¹⁶⁰ Stiglitz, E. J., “Imperfect Information in the Product Market”, in 1 *Handbook of Industrial Organization* 769, 779 (Schmalensee, R. & R. D. Willig eds., 1989).

¹⁶¹ Kurumsal kullanıcıların bireysel kullanıcıya satışına yasak getirilmesi, modellerin farklılaştırılması, dağıtım ağının ikiye ayrılması, minimum alım miktarı belirlenmesi vb.

¹⁶² Kurumsal müşterilerin boyutu, söz konusu dayanıklı tüketim malının toplam maliyetler içindeki yeri, o mala aşinalığı gibi birçok faktör kurumsal müşterilerin bilgi edinme maliyetlerini etkiler. Örneğin, bir hukuk bürosu hukuk hizmeti veya sekreteryaya işlerinde uzman olabilir ama hızlı fotokopi cihazı alımında belki de bireysel tüketicilerden farksız davranacaktır.

¹⁶³ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al*, 112 S. Ct. 2085 (1992).

Anlaşmasının rekabet kuralları ve Rekabet Kanunu'na gerek olmazdı. Fakat ne yazık ki, kar elde etme güdüsü başta olmak üzere birçok diğer güdü, üreticileri rekabet kurallarını ihlal etmeye ve bunları gizlemeye itmektedir. Eğer bilgi asimetrisinin varlığı üreticilerin lehine ise, nasıl tüketiciler bilgi edinmek için çaba harcıyorlarsa üreticilerin de bilgi asimetrisinin devamı için çaba harcamaları özellikle aşağıda izah edilecek oligopolistik yapılarda beklenmelidir. Örneğin, dayanıklı tüketim malları konusunda tüketicilerin objektif olduklarına inandıkları en önemli kaynak sektörel dergilerdir¹⁶⁴. Halbuki bu dergiler gelirlerinin büyük bir kısmını üreticilerin reklamlarından karşılıyorlar. Bu nedenle dergiler, büyük üreticilerin veya üreticilerin genelinin satış ve pazarlama çıkarlarına aykırı yayınlar yapmayı pek istemezler¹⁶⁵. Bilgi asimetrisini giderecek üreticiler ile bağlantısı olmayan bağımsız kaynakların oluşması¹⁶⁶ veya bu görevin bizzat tüketici hukukunda olduğu gibi Devlet tarafından üstlenilmesi bu soruna çözüm olarak akla gelebilir.

Kodak Kararı'nda karşı oy kullanan Yüksek Yargıç Scalia, tüketici hukuku bir kenara bırakıldığında, Devletin bilgi asimetrisinin olduğu pazarlarda rekabet hukuku uygulamasına başvurmaması gerektiğini belirtmiştir. Scalia, pazar dinamiklerinin er geç bu soruna çözüm bulabileceğini düşünmektedir. Ona göre, karardaki çoğunluk Chicago Okulunun kurguladığı etkinlik odaklı bakış açısından sapmış ve bilgi asimetrisi aracılığıyla dağıtımda etkinsizliği (*allocative inefficiency*) esas almıştır. Scalia'ya göre, küçük ölçekli bilgi asimetrisi ve bilginin gecikmeyle elde edilmesi ekonomik hayatın olağan düzensizliğinin bir parçasıdır. Tüketiciler eğer bilgi kendileri için önemli ise onu elde etmenin sorumluluğunu üstlenmelidir¹⁶⁷.

Scalia, bu görüşleri ile piyasa mekanizmasına olan güvenini ve devlet müdahalesine olan güvensizliğini dile getirerek Chicago Okulu'nun önemli savunucularından olduğunu bir kez daha göstermiştir. Fakat Kodak Kararı'ndaki çoğunluğun da bilgi asimetrisine dayalı piyasa aksaklıklarının yeniden

¹⁶⁴ Kodak, dava sırasında piyasada malın kullanım ömrü boyunca katlanılacak maliyetlerin nasıl hesaplanacağı konusunda bilgi veren ve bazı markalar için bunu gerçekleştiren dergileri delil olarak göstermiştir.

¹⁶⁵ Genel olarak medyanın piyasaların işleyişine etkisi ve piyasa aksaklarına yönelik bilgi için bkz.: Ardiyok, Ş., "Regülasyon Teorisi Işığında Elektrik Endüstrisi İçin Model Önerisi", Aslan, Y. ve diğerleri, *Enerji Hukuk ve Politikası* içinde.

¹⁶⁶ Örneğin ABD'de *Consumer Report* adlı tüketici dergisi, üreticilerden herhangi bir reklam vb. destek almamakta, test edeceği malları piyasadan herhangi bir tüketicimış gibi parasını ödeyerek satın almaktadır. Bu nedenle söz konusu derginin bilgilerine genel olarak itimat edilmektedir.

¹⁶⁷ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al*, 112 S. Ct. 2092 (1992).

yargılanmasında iktisadi bulguların kullanılmasına olan vurgusu unutulmamalıdır. Yüksek Mahkeme kendisine sunulan bulgulardan hareketle, söz konusu piyasalardaki tüketicilerin ortalama düzeyinin Scalia'nın bahsettiği türden piyasa aksaklığını rasyonel davranarak giderebilecek düzeyde olmadığını ifade etmektedir. Bu yönüyle Karar'a imza atanlar ile karşı çıkanlar arasında piyasaların düzeltici etkisi bakımından farklı değerlendirme söz konusudur. Bu yüzden çoğunluğun görüşü tüketiciyi koruyucu ve sosyal demokrat gözüke de, başta ifade edildiği gibi bilgi asimetrisi, geçiş maliyetleri, repütasyon etkisi gibi iktisadi kavramlara dayandığından ekonomik gerçeklerden uzak değildir.

5. Satış Sonrasına Yönelik Sözleşmeler

Satış sonrasında pazar gücünün tespitinde bilgi asimetrisinin önemini bu şekilde ortaya koyduktan sonra, satış sonrasında uygulanacak esasları içeren koruyucu anlaşmalara değinelim. Eğer birincil pazarda işlem gerçekleştirilirken üreticiler ile tüketiciler arasında satış sonrasında olası işlemlerin tümüne yönelik bir anlaşma imzalama olanağı varsa satış sonrasında sistem teorisi geçerli olur¹⁶⁸. Bir başka ifade ile üreticinin satış sonrasında pazar gücü söz konusu olamaz. Böyle bir gücün varlığı sözleşmeye aykırılık teşkil eder.

Bu tür sözleşmeler, uzatılmış garanti, uzun dönemli bakım onarım, yedek parça ve işçilik için fiyat garantisi, rakipler arasında en düşük satış sonrası fiyat garantisi¹⁶⁹ şeklinde olabilir. Dayanıklı tüketim malının satın alınması yerine, çalışır vaziyette olma koşulu ile kiralanması da aynı amaca hizmet eder¹⁷⁰.

Satış sonrasına yönelik sözleşmelerin satış pazarındaki teşebbüslerin çoğunluğu tarafından uygulanması halinde bilgi asimetrisi problemi de ortadan kalkar. Bu şekilde, tüketiciler her bir rakip üreticinin sözleşme koşullarına bakarak sistem fiyatlarını değerlendirebilirler. Tüketiciler franchise alan bir bayi gibidir. Franchise süresince kendilerine uygulanacak koşullar bellidir ve bunlara hem franchise alan hem de veren uymak durumundadır¹⁷¹. Franchise'ın verildiği pazar rekabetçi olduğu sürece herhangi bir piyasa aksaklığının ortaya çıkması söz konusu olmaz. Sözleşmeler ayrıca, üreticinin satış sonrası politikalarında sürpriz değişikliğe gitmelerini de önler.

¹⁶⁸ Klein, B., "Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak", 3 Sup.Ct. Econ. Rev. 43 (1993).

¹⁶⁹ Klein, B., "Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak", 3 Sup.Ct. Econ. Rev. 51 (1993).

¹⁷⁰ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 4.

¹⁷¹ Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc., 124 F.3d 430 (3d Cir. 1997), cert. denied, 118 S.Ct. 1385 (1998).

Fakat yukarıda bahsettiğimiz gibi çoğu zaman üreticiler, bilgi asimetrisinin varlığını ve kendi lehlerine sürpriz değişiklik imkanının devam etmesini isterler. Bu nedenle üreticiler ile tüketiciler arasında sözleşmenin eksiksiz olması konusunda çıkar çatışması yaşanır. Genellikle ortaya çıkan sözleşme toplumsal refah açısından olması gerekenin altında bir sözleşmedir. Sözleşmenin taraflarının pazarlık gücü nedeniyle optimal sözleşme için tüketicilerin alım gücü önem kazanır. Özellikle büyük kurumsal tüketiciler, örneğin yapacağı rekabetçi ihalelere katılım koşulu olarak tekliflerin eksiksiz satış sonrası sözleşmeler ile beraber verilmesini isteyebilirler. Sayı olarak büyük, organizasyon olarak zayıf olan tüketici kitlesinin ise böyle bir pazarlık şansı yoktur.

Bir şekilde bahsedilen nitelikte bir sözleşme imzalanırsa bile, üreticilerin satış sonrası pazarlarda ilave kar elde etmek için başvuracakları birçok yöntem¹⁷² bulunmaktadır¹⁷³.

Üreticiler arasındaki oligopolistik karşılıklı bağımlılığın olmadığı varsayımı altında, tüketicilere daha uygun anlaşma koşulları sunmak konusunda rekabet eden üreticilerin, en etkin sözleşmenin oluşmasını sağlayacağı iddia edilebilir¹⁷⁴. Fakat satış sonrası pazarlara ilişkin detaylı sözleşmelerin yapılabilmesi için geleceğe yönelik tutarlı bilgi gereksinimi söz konusudur. Kodak Kararı'nda belirtildiği gibi, dayanıklı tüketim malları gibi uzun ekonomik ömrün ve satış sonrası pazarların söz konusu olduğu karmaşık vakalarda bu bilgileri elde etmek oldukça maliyetli, elde edilenlerin doğruluğu ise şüphelidir¹⁷⁵. Bu nedenle, teorik olarak satış sonrasına yönelik sözleşmelerin birçok piyasa aksaklığını ortadan kaldırdığı ve tüketici ile beraber üreticilerin de bunu arzu ettiği kabul edilse bile, bu çözümün pratik uygulaması pek olası değildir.

Yapılan bazı iktisadi çalışmalarda, tüketici için önemli konuları esasa bağlamayan uzun dönemli satış sonrası pazar anlaşmalarının tüketici refahını

¹⁷² Örneğin üretici, sözleşme konusu dayanıklı tüketim malları ile görevli teknisyenlerin eğitim düzeyi ve kalitesini düşürebilir, malın bir üst modele uyarlanması için gerekli parça ve işçilik ücretlerini artırabilir, düşük kaliteli yedek parça kullanabilir, önleyici periyodik bakımların sayısını azaltabilir ve malın kullanım ömrünün daha erken dolmasına yönelik sözleşme dışı diğer girişimlerde bulunabilir.

¹⁷³ Borenstein, S. ve diğerleri, "Antitrust Policy in Aftermarket", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 473.

¹⁷⁴ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 496.

¹⁷⁵ Borenstein, S. ve diğerleri, "Antitrust Policy in Aftermarket", Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995, s. 457.

daha da azalttığı görülmüştür¹⁷⁶. İlâveten, gelecekte üreticinin kendisi ile ilgili tahminlerinin doğru çıkıp çıkmayacağı birçok faktöre bağlıdır. Rakiplerin durumları, endüstriye özgü kurallar ve hatta makroekonomik dalgalanmalar bu sözleşmeleri üreticiler veya tüketiciler açısından çekilmez hale getirebilir.

Uzun dönemli sözleşmelerin bir diğer açmazı, yine gelecekle ilgili belirsizlikle bağlantılıdır. Çoğu uzun dönemli sözleşmenin erken fesih edilmesi üreticinin uzun dönemli planlarını etkileyeceği için tercih edilmez. Bu nedenle ya bu imkan kısıtlanır ya da bir cezai şart konur. Bu durum rekabetçi satış sonrası pazarlara kıyasla geçiş maliyetlerini yapay bir şekilde artırır. Satış pazarında karar verilirken dikkate alınan kriterlere malın kullanım ömrü boyunca (sözleşme süresince) tutsak kalınması, kullanıcının sonradan ortaya çıkan avantajlardan faydalanmasını engeller. Bu avantajlar örneğin daha iyi ve ucuz dayanıklı tüketim malları veya daha uygun satış sonrası hizmetler olabilir.

Toparlanacak olursa, satış sonrasına yönelik uzun dönemli sözleşmeler her ne kadar satış sonrasında pazar gücünü engellese bile uygulamaları sınırlıdır.

6. Satış Pazarının Oligopolistik Yapısı

Tüketicilerin satış sonrası pazar koşullarını değerlendirebilmeleri için gereken bilgiyi sağlayabilecekleri kaynaklar arasında, o üreticinin rakipleri de yer alır. Çünkü üreticiler pazar içindeki konumlarını bilip, buna göre strateji geliştirmek için rakiplerinin satış ve satış sonrası pazardaki faaliyetlerini yakından izlerler. Ancak bu bilgileri potansiyel müşterilerle paylaşmaları satış pazarındaki oligopolistik karşılıklı bağımlılık uyarınca düşük bir olasılıktır. Kodak Kararı'nda Mahkeme, söz konusu bilgi yığınının tüketicinin kendi tecrübeleri sonucu oluşamayacağını ve "*Kodak'ın rakiplerine de bu konuda güvenilmemesi gerektiğini*" ifade etmiştir¹⁷⁷.

Peritz'e göre, Kodak'ın ardından alınan birçok kararda, üreticilerin satış sonrası pazarlardaki "paralel" davranışlarının mahkemeler tarafından dikkate alınmadığından Kodak Kararı'nın etkisi sınırlı olmuştur¹⁷⁸. Gerçekten, Kodak Kararı'nda yüksek mahkeme birincil pazarın sınırlı sayıda aktörün faaliyetinin söz konusu olduğu oligopolistik bir yapı sergilediğini görmüştür. Pazardaki aktörler; Kodak, Xerox ve IBM hemen hemen toplamda %100 pazar payına sahiptiler. Böylesine bir pazarda, tüketiciler kullanım ömrü boyunca

¹⁷⁶ Farrell, J. & C. Shapiro, "Optimal Contracts with Lock-in", 79 American Economic Review 51 (1989).

¹⁷⁷ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2086 (1992).

¹⁷⁸ Peritz, R. J.R., "Doctrinal Cross-dressing in Derivative Aftermarkets: Kodak, Xerox and Copycat Game", The Antitrust Bulletin, Vol. 51, No.1/Spring 2006, s. 219.

katlanılacak maliyetleri bilseler bile, satış sonrası pazar konusunda paralel davranışlar ile karşılaşacaklardır. Örneğin Kodak makinesi satın almış bir tüketici, Kodak'ın servis hizmetlerinden memnun olmayıp Xerox satın aldığı anda büyük ihtimalle Kodak'ın servis kalite ve fiyatına yakın bir hizmet alıyor olacaktır¹⁷⁹. Kodak Kararı'ndan yapılan aşağıdaki alıntı fikir vericidir:

“Kodak'ın davranışları konusunda tüketicileri bilinçlendirmek için, rakip şirketin gelecekte uygulayabileceği Kodak benzeri davranışların olası getirilerinden vazgeçmiş olması gerekir...Bu nedenle az sayıda satıcının söz konusu olduğu satış pazarında, rakiplerin müşterileri bilinçlendirmek yerine satış yedek parça ve bakım onarımında Kodak'ın politikalarını benimsemesi daha avantajlıdır... Çok sayıda satıcının olduğu bir piyasada bile, herhangi bir rakibin müşteriyi uygulanan satış sonrası politikalar bakımından bilgilendirmesi yönünde yeterli motivasyon söz konusu değildir.”¹⁸⁰

Kodak'ın dava konusu yapılan bağımsız tamircilere yedek parça verilmemesi şeklindeki sürpriz politika değişikliği, aslında Xerox ve IBM'in daha önce uygulamaya koyduğu yöntemle gecikmeyle de olsa paralellik sağlanmasından ibarettir. Satış sonrasında pazar gücü söz konusu olmasa bile, az sayıda üreticinin varlığına dayanan toplamı sıfır bir oyun modeli kurulabilir¹⁸¹. Böylece, satış sonrasında pazar gücünün söz konusu olduğu piyasalar gibi düşük performans ortaya çıkar.

Rekabet Kurulu'nun yukarıda özeti verilen Bilgisayar Yazıcıları Kararı'nda; HP, Lexmark, Canon ve Xerox'un satış sonrası pazarlardaki davranışları incelenmiştir. İddialardan birisi de; “...yazıcılarında kendi lisansları altında üretilen kartuş, toner veya şeritlerin kullanılmasına yol açacak şekilde iki ayrı ürünü bağlayarak rekabeti engelledikleri”dir¹⁸². Bu iddiaya dair somut belge ve bulgulara ulaşılamadığından rekabet hukuku anlamından herhangi bir değerlendirme de yapılmamıştır. Ancak kararın lafzından, delil bulunmuş

¹⁷⁹ Peritz, R. J.R., “Doctrinal Cross-dressing in Derivative Aftermarkets: Kodak, Xerox and Copycat Game”, The Antitrust Bulletin, Vol. 51, No.1/Spring 2006, s. 220.

¹⁸⁰ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2086 (1992).

¹⁸¹ Peritz, R. J.R., “Doctrinal Cross-dressing in Derivative Aftermarkets: Kodak, Xerox and Copycat Game”, The Antitrust Bulletin, Vol. 51, No.1/Spring 2006, s. 223.

¹⁸² Rekabet Kurulu'nun 17.6.2004 tarih ve 04-42/490-118 sayılı Bilgisayar Yazıcıları Kararı, s. 2.

olsaydı¹⁸³ bunun bir rekabet ihlali kabul edileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda satış sonrasında pazar gücü analizinin nasıl yapılacağı merak konusu olurdu.

Satış sonrasındaki paralel davranışlar repütasyon etkisini de ortadan kaldırılabılır. Pazar gücü analizi yapılırken, satış sonrasında sürpriz eyleme girişen üreticinin yarattığı olumsuz repütasyon sonrasında, satış pazarındaki rakiplerin tercih edilebilecek daha avantajlı koşullara sahip olup olmadığı incelenmelidir. Eğer rakipler de aynı koşulları uyguluyorlarsa repütasyon etkisi oluşmayacaktır¹⁸⁴.

Satış ve satış sonrası pazarlarda paralel davranış söz konusu olup satış sonrası pazarda bağımsız bakım onarımcılar faaliyet yürütemiyorsa, dinamik etkinlik de zarar görür. Şöyle ki, satış veya satış sonrası pazara girmek isteyen bir teşebbüs iki pazara birden girmek zorunda kalır¹⁸⁵. Bu da bu iki pazardan sadece birine girmek isteyen veya girebilecek finansal gücü olan firmaları caydırır.

AB Komisyonu, satış piyasasındaki rekabet düzeyinin satış sonrasında hakim durum analizine etkisi olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle, satış sonrası pazarda pazar gücünün değerlendirilmesi için hem satış hem de satış sonrası pazardaki rekabet koşullarına bakmak gerekir¹⁸⁶.

3.3. Fikri Mülkiyet Hakları ve Etkinlik Savunmaları

Yukarıdaki bölümde, satış sonrası pazarlarda yapılacak bir rekabet incelemesinde, hakim durum analizinde dikkate alınacak konular altı başlık altında anlatıldı. Bu bölümde ise, hakim durumda olduğu bu şekilde tespit edilen ilgili üreticinin kötüye kullanma eylemlerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran faktörler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, ilk olarak pazar gücüne sahip üreticinin bağımsız tamircilere sağlamak istemediği yedek parçalar üzerinde fikri mülkiyet hakkının söz konusu olması tartışılacaktır. Daha sonra da, üreticinin getirebileceği etkinlik savunmalarından kalite kontrolü ve marka imajının korunması ile fiyat ayrımcılığı üzerinde durulacaktır.

¹⁸³ Kast edilen delil, 4. madde kapsamında bu teşebbüslerin aralarında bağlama anlaşması yapmak üzere anlaşmalarına değil, her birinin yedek parça ile servisi bağlamalarına yönelik delildir.

¹⁸⁴ Borenstein, S. ve diğerleri, "Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets", *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 9, No. 2, Summer 2000, s. 163.

¹⁸⁵ Grimes, W. S., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 300.

¹⁸⁶ EU Commission, "Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", Aralık 2005, s. 70.

1. Satış Sonrası Piyasalarda Fikri Mülkiyet Hakları

Bir dayanıklı tüketim malı üreticisinin, bu mallar üzerinde patent hakkına sahip olması ve patent hakkının bu malın bazı parçalarında ve alt bileşenlerinde de söz konusu olması doğaldır. Buna ilaveten, parçaların bir araya getiriliş şeklinde ve dizaynında da kendine özgü teknikler kullanılabilir. Bu tekniklerin endüstriyel tasarım veya ticari sır olarak korunması da olasıdır. Telif haklarına konu el kitapları ise bakım onarım için vazgeçilmezdir. Dahası, birçok dayanıklı tüketim malı gelişmiş elektronik devreler içermektedir. Bunların tamirinin yapılması için cihaz içine gömülü olan ve muhtemelen telif hakkına konu diagnostik yazılımları gerekir. Dolayısıyla dayanıklı tüketim mallarının satış sonrası pazarlarında fikri mülkiyet hakkına konu ürünler ile karşılaşılması kaçınılmazdır¹⁸⁷. Bu tür hakların mutlak korunması halinde rekabet hukuku bakımından yukarıda dile getirdiğimiz etkinsizlikler ortaya çıkar. Bu hakların tamamen göz ardı edilmesi halinde ise bu kez dinamik etkinlik zayıflar, yeni buluşlar ortaya çıkmaz. Bu nedenle ikisinin tüketici refahını maksimize eden bir yerde uzlaştırılmaları gerekir.

Bir dayanıklı tüketim malı üreticisinin üzerinde fikri mülkiyet hakkının söz konusu olduğu yedek parçaları ISO'lara satmamasının bir rekabet ihlali oluşturup oluşturmadığı sorusuna, ABD'de 9. Federal Bölge İstinaf Mahkemesi olumlu, Federal İstinaf Mahkemesi ise olumsuz cevap vermiştir. İkinci Mahkeme üstelik birinci Mahkemenin kararını açıkça reddetmiştir. Bu uyuşmazlığı inceleyen Yüksek Mahkeme, Başsavcının mütalaasını dikkate alarak, uyuşmazlığın tüm boyutlarıyla istinaf mahkemelerinde filtreden geçirildikten sonra ele alınabileceğinden hareketle inceleme yapmayı reddetmiştir.

Kodak hakkındaki son kararı veren 9. Bölge İstinaf Mahkemesi'nin dayanağı, Yüksek Mahkeme'nin Kodak Kararı'ndaki şu hükmüdür¹⁸⁸:

“Bazı doğal nedenlerle veya bir patent, telif hakkı gibi yasal ya da iş hayatında başarı sonucu kazanılan güç yani pazardaki hakim konum bir diğer pazara imparatorluk kurmak şeklinde kullanılırsa rekabet ihlali ortaya çıkabilir”

Bu hükmün yorumu iki mahkeme arasındaki görüş ayrılığını oluşturmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı ve düzenleyici kurumların kararlarının temyiz incelemesini yapan Federal İstinaf Mahkemesi rekabet hukuku ile ilgili

¹⁸⁷ Shapiro, C. & D. J. Teece, “System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak”, Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 7.

¹⁸⁸ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc., et al, 112 S. Ct. 2089 (1992).

davalara bakmaz. Bu Mahkeme'nin Kodak Kararı ile ilgili yorumu şu şekildedir¹⁸⁹:

“Temelde, Kodak ilk olarak Yüksek Mahkeme'nin önüne geldiğinde bir bağlama davası idi, ve Kodak hakkındaki iddialarla ilgili savunmada patent hakları hiç gündeme gelmemiştir. Buna karşın, bu davada da Xerox'un patent hakkının olduğu parçaları bu hakkın olmadığı ürünlere yasa dışı yollardan bağladığı yönünde bir iddiada da bulunulmamıştır. Patent sahibi patentin kapsamının ötesindeki bir piyasada pazar gücü kazanmak için bu yasal hakkına dayalı olarak patent konusu parçaları satmayı reddedemez.”

Her ne kadar, bu Mahkeme'nin belirttiği gibi Kodak'taki iddialar bağlama, Xerox'takiler ise patent yoluyla tekel yaratma olsa da, bu şekli bir ayırım olup iktisadi bir anlamı yoktur. Her iki vakada da, iddia üreticilerin yedek parça üzerinde pazar gücüne sahip oldukları ve bunu bakım onarım hizmetlerinde pazar gücü elde etmek için kullandıklarıdır. Yine her ikisinde de yedek parça üzerindeki kontrol, söz konusu parçaların sadece ilgili markada kullanılabilir olmasıdır¹⁹⁰.

Her iki mahkemenin görüşleri bir kenara bırakıldığında, asıl önemli olanın tüketici refahının sağlanması için fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukuku kurallarının dengelenmesidir¹⁹¹. Aslında her ikisi de, tüketici refahının artışı sağlamaya yöneliktir. Fikri mülkiyet hakları yeni fikirler ve buluşların önünü açarak dinamik etkinlik yoluyla, rekabet hukuku ise etkinsizlikleri önleyerek (üretim ve dağıtımda etkinliği sağlayarak) bunu gerçekleştirirler. Fakat bazen karşı karşıya gelmeleri de söz konusu olur.

Kodak Mahkemesi bu denge arayışında rekabet kurallarına ağırlık vermişken, Xerox Mahkemesi tam tersini yapmıştır. Kodak Mahkemesi'ne göre, patent hakkı, rekabeti geliştirici ve bu yönüyle lisans vermeyi veya mal vermeyi reddetme eylemleri için haklı gerekçe oluşturabilecek bir yasal korumadır. Fakat bu haklı gerekçeye sahip olma durumu tüketici refahı bakımından aksi iddia edilemez bir durum değildir. Nitekim Kodak vakasında davacılar yaklaşık 10.000 parçadan sadece 65'inin patent koruması altında olduğunu göstererek bunu kanıtlamışlardır. Ayrıca Kodak'ın yedek parçalarla ilgili politikasını

¹⁸⁹ CSU, L.L.C. v. Xerox Corp., 531 U.S. 1143 (2001), denying cert. to 203 F.3d 1327 (Fed. Cir. 2000).

¹⁹⁰ Herndon, J. B., “Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets”, The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002, s. 323.

¹⁹¹ Bu konuya ilişkin detaylı için bkz.: Yüksel, K., *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

kaleme alan kişi, ifadesinde, bu politikanın oluşturulması sırasında fikri mülkiyet haklarının korunmasının hiç akıllarına gelmediğini kaydetmiřtir¹⁹².

Yukarıda, yedek parça fiyatlarının artması durumunda belli orana kadar daha fazla periyodik bakım ve bozulan parçanın onarılması ile ikamenin mümkün olabileceğini belirtmiştik. Aslında Xerox Mahkemesi yedek parça üzerinde patent hakkı sahibinin bu hakkın kendisine sağladığı faydaları görebilmesi için bakım ve onarım hizmetlerini kontrol altına alması gerektiğinden bahsetmektedir¹⁹³.

Bu nedenle, fikri mülkiyet hakları da mülkiyet hakkı gibi serbest piyasa ekonomisinin, sözleşme hürriyeti ile beraber temeli kabul edilmeli ancak kötüye kullanılmasına izin verilmemelidir. Bu konuda bize yol gösterecek araçlar yine iktisadi araçlar olup, her piyasanın kendi koşulu önem kazanacaktır¹⁹⁴.

2. Kalite Kontrolü ve Marka İmajının Korunması

Etkinlik savunmaları rekabet hukukunda birleşme devralmaların yoğunlaşma yaratması halinde tarafların getirebileceği savunmalardır¹⁹⁵. Bu şekilde, birleşmenin sonucu yoğunlaşma yaratmasına rağmen getireceği çeşitli etkinliklerin yoğunlaşmanın neden olacağı toplumsal refah kaybının ötesinde faydalarının olacağı ileri sürülür. Benzer savunma ve incelemeler ABD’de *rule-of-reason* anlayışının uygulandığı vakalarda da kullanılır. Kanaatimizce satış sonrası pazar teorilerine ilişkin incelemelerde etkinlik ile ilgili üretici teşebbüsün savunmaları kötüye kullanma eylemlerinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır.

Çünkü bazen üreticinin getirdiği kısıtlamanın amacı, satış sonrasındaki pazar gücü ile tekелci karlar elde etmek değil, özellikle tüketicinin malı

¹⁹² MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution* 4th Ed. içinde, 2002, Cambridge University Pres, s. 450.

¹⁹³ Herndon, J. B., “Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets”, *The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002*, s. 342.

¹⁹⁴ Rekabet Hukuku ile Fikri Mülkiyet Hakları konusunda ABD rekabet otoritelerinin düşünceleri hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: US Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, April 2007.

¹⁹⁵ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, April 1992, s. 30.

kullanmadan kalitesini anlayamadığı (tecrübe) mallarda kullanıcıya yüksek kalite sinyali vermektir¹⁹⁶.

Hakim durumda olduğu ve yedek parça sağlamama yoluyla bunu kötüye kullandığı tespit edilen bir teşebbüsün getirebileceği ilk etkinlik savunması, satış sonrası hizmetlerin kendi kontrolü altında yapılması halinde marka imajı ve kalitesinin korunabileceğidir.

Kodak Kararı öncesi dönemde görülen Mozart Davasında¹⁹⁷, bayilerinin başka kaynaklardan yedek parça sağlamasını engelleyen Mercedes-Benz of North America bu savunmayı getirmiş ve başarılı olmuştur. Mercedes, yedek parça ile bakım onarım hizmetlerini bağlamasının kalite kontrolünün sağlanması ve Mercedes'in ticari itibarının (*goodwill*) teminat altına alması için önemli olduğunu belirtmiştir. Kararı veren Mahkemeye göre, Mercedes'in karşılaştığı problem bayilerinin bedavacılık yapmalarıdır. Mercedes'e göre bir franchise yapısı içinde faaliyet gösteren bayilik ağında standart ürünlerin sunuluyor olması gerekir. Ancak bu şekilde kullanıcılar Mercedes markasına güvenebilirler. Fakat bayiler ise bir çelişki ile karşı karşıyadırlar çünkü aralarından bazıları daha kalitesiz yedek parçalar kullanarak diğerlerinin ve Mercedes'in imajından faydalanmakta ve haksız kazanç elde etmektedir. Bu olumsuzluğun uzun vadede sonucu, Mercedes ürünlerinin imajının zedelenmesi ve talebin azalarak hem Mercedes'e hem de bayilere zarar vermesidir. Her ne kadar, belirli bir bayinin taktığı yedek parçanın soruna neden olması halinde o bayi sorumlu olacaksa da, çoğu durumda müşterinin sorumluluğu sadece o bayi ile sınırlaması olası değildir¹⁹⁸.

Tüm etkinlik savunmalarında, aynı amaca ulaşmak için rekabeti daha az kısıtlayan bir yöntemin olup olmadığına bakılır. Mozart Mahkemesi, diğer kaynakların bayilere yedek parça sağlaması halinde söz konusu her bir yedek parçanın Mercedes kalite standartlarına uygun olup olmadığının denetlenmesinin zor olacağını belirtmiştir¹⁹⁹. Mercedes-Benz of North America yedek parçalarının %80'ini Mercedes Almanya'dan tedarik etmektedir. Mercedes Almanya ise, bunların yarısını kendi üretmekte kalanını ise OEM'lerden satın almaktadır. OEM'ler parçaları Mercedes'in kalite standartlarına göre üretmek durumundadır. Daha önce birincil kalite denetiminden geçmiş bir gönderiden seçilen bir grup parça, Mercedes tarafından tekrar kontrol edilmektedir. Eğer parçalardan herhangi birinde hata varsa tüm

¹⁹⁶ Schwartz, M. & G. J. Werden, "A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket Tying", 64 Antitrust Law Journal 387 (1996).

¹⁹⁷ The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North America, 833 F.2d 1342 (1987).

¹⁹⁸ The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North America, 833 F.2d 1342, 1349 (1987).

¹⁹⁹ The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North America, 833 F.2d 1342, 1349 (1987).

gönderi iade edilmektedir. Mercedes-Benz of North America'nın kalan %20'lik yedek parça ihtiyacı ise, Mercedes Almanya'nın OEM'lerinden gelmektedir. Görüleceği gibi Mercedes'in yedek parçadaki kalite denetimi oldukça detaylı ve sıkı bir süreçtir²⁰⁰. Mahkeme bu süreci dikkate alarak, dileyen her sağlayıcının yedek parçasını bayilere satması halinde ortaya çıkacak denetim yükünü dikkate alarak Mercedes'in etkinlik savunmasını kabul etmiştir.

Mozart Kararı'daki durumdan farklı olarak, üreticinin kalite ve marka imajına dayalı olarak ISO'lara parça sağlamayı reddetmesi söz konusu olabilir. Böylece bakım onarım hizmetlerini kendi kontrolü altında tutarak kalite kontrolü gerçekleştirilir. Çünkü ISO'ların yapacakları bakım-onarım neticesinde dayanıklı tüketim malı sorun yaratırsa bundan üretici de etkilenir. Bu yöntemin bir etkinlik savunması olarak kabul edilmesi için, yukarıdakine benzer şekilde pazar koşullarının analizi zorunludur. Bu savunmanın geçerliliği, üretici teşebbüs, tüketiciler ya da rekabet otoriteleri tarafından dayanıklı tüketim malında yaşanan sorunun gerçek nedeninin kolayca tespit edilip edilemeyeceğine bağlıdır²⁰¹.

Uygulamada bu etkinlik savunmasının kötüye kullanılabileceği ifade edilmektedir²⁰². Örneğin Kodak, yedek parça ile bakım-onarımı bağlamasının kalite seviyesinin düşmemesi için şart olduğunu ileri sürmüştür²⁰³. Fakat ISO'ların hizmet kalitesinin Kodak'a eşit veya daha üstün olduğunu gösteren kuvvetli deliller aksini göstermiştir. Ayrıca Kodak'ın bu iddiası, kalite düzeyi bir kenara bırakılırsa, müşterilerin kendi talep ettikleri kalite düzeyinin ne olduğu konusunda karar veremeyecekleri varsayımına dayanmaktadır²⁰⁴. Bu yüzden, üreticinin bakım-onarım standartlarını belirleyip bunu denetleyebildiği durumlarda rekabetin kısıtlanmasına izin verilmez. Fakat üreticinin piyasaya yeni girdiği ve satış sonrasında da bir öğrenme sürecini yaşadığı durumlarda, satış sonrasında tamamen kontrol altına alması daha rekabetçi olmasına imkan tanıyabilir²⁰⁵.

²⁰⁰ The Mozart Company v. Mercedes-Benz of North America, 833 F.2d 1342, 1351 (1987).

²⁰¹ Borenstein, S. ve diğerleri, "Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets", *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 9, No. 2, Summer 2000, s. 185.

²⁰² Grimes, W. S., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 285.

²⁰³ Benzer bir savunma Hugin tarafından da ileri sürülmüştür.

²⁰⁴ Klein, B., "Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak", 3 *Sup.Ct. Econ. Rev.* 43, 63 (1993).

²⁰⁵ ABD'de United States v. Jerold Elecs. Corp., 187 F.Supp. 454 (E.D. Pa. 1960), *aff'd per curiam*, 365 U.S. 567 (1961) kararında bu savunma kabul edilmiştir.

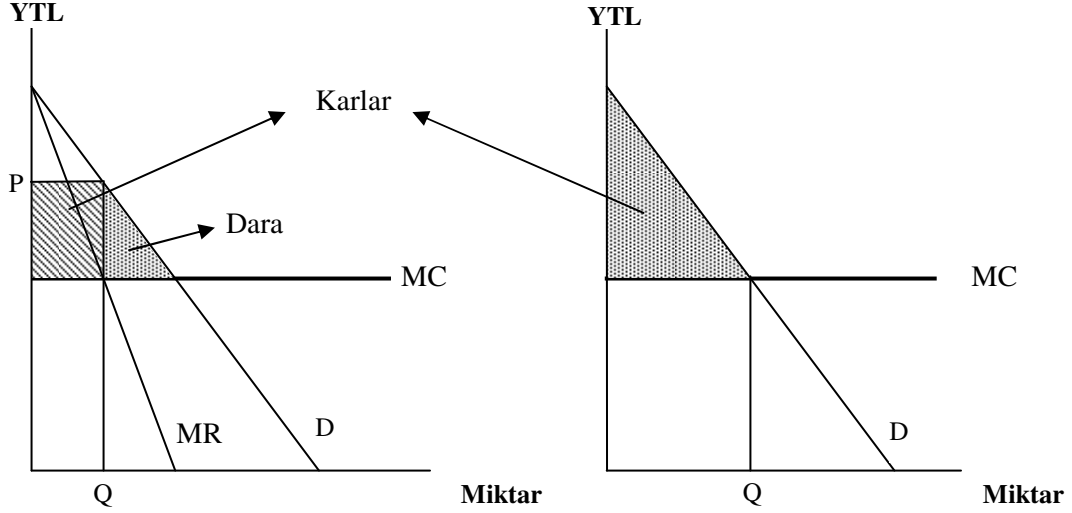
3. Satış Sonrasında Bağlama Yoluyla Fiyat Ayrımcılığı

Hakkında inceleme yürütülen üreticilerden çok iktisatçıların dile getirdiği bir diğer etkinlik savunması, bağlama anlaşmaları yoluyla yapılacak fiyat ayrımcılığının toplumsal refah artışı sağlayacağıdır. Fiyat ayrımcılığı, bir piyasadaki müşterilere aynı mal veya hizmet için maliyetten kaynaklanmayan farklı fiyatların uygulanmasıdır. Fiyat ayrımcılığını uygulayabilmek için, o pazarda ucuz fiyattan alan müşterinin pahalı alan müşteriye satışının (arbitrasyon) engellenmesi gerekir²⁰⁶. Bu nedenle fiyat ayrımcılığını uygulamak için bağlama anlaşmalarının da içinde yer aldığı bazı yöntemler kullanılır.

Satış pazarındaki dayanıklı tüketim malları ortalama fiyattan her tüketiciye (kurumsal tüketiciler hariç) aynı fiyattan satılmaktadır. Halbuki bu tüketicilerin malı kullanma sıklıkları ve maldan alacakları fayda birbirinden farklıdır. Bir başka ifade ile, malı çok kullanan tüketiciler, ortalama fiyat söz konusu olduğundan daha az fiyat ödemekte, az kullananlar ise daha yüksek fiyat ödemektedirler. Bir bakıma, az kullananlar çok kullananları sübvansede etmektedir. Bazı iktisatçılar dayanıklı tüketim malları için bu olumsuzluğun satış sonrası pazarların kontrolünün üreticiye bırakılması halinde giderilebileceğini iddia eder. Böylece satış pazarında bütün tüketiciler az bir bedel ödeyecek, satış sonrası pazarda ise malı çok kullanan daha fazla yedek parça ve bakım-onarıma ihtiyaç duyacağından daha fazla ödeyecektir. Kullanıcıya verilen satış sonrası hizmetlerin sayısı ile onun söz konusu mala attığı değer veya elde ettiği fayda ölçülebilecektir. Tüketicilerin maldan edindikleri faydaya göre ücret ödemeleri sağlanarak, ortalama fiyatlandırmada malı satın alamayacak tüketiciler (daha az kullanacak olanlar) bu durumda malı satın alabileceklerdir. Böylece piyasadaki çıktı (**Q**) miktarı artabilecektir²⁰⁷.

²⁰⁶ Diğer iki önemli koşul, firmanın pazar gücüne sahip olması ve kullanıcıların talep yapılarının bilinmesidir.

²⁰⁷ Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Second Edition, 1999, s. 298.



Yukarıdaki şekilden görüleceği gibi, fiyat ayrımcılığının tam olarak uygulanabildiği bir pazardaki çıktı düzeyi rekabetçi çıktı miktarına eşittir. Ayrıca bu şekilde toplumsal refah kaybı olarak da tanımlanabilecek dara kaybı tamamen ortadan kaldırılır.

Tüm bunlara karşın, üreticinin karı tekeli fiyatlandırmadan daha yüksek olur. Bir başka ifade ile fiyat ayrımcılığı tüketicilere artık (malın tüketici gözündeki değeri ile ödenen fiyat arasındaki fark) bırakmaz, tüm artığı üretici alır.

Bu son özelliğin yarattığı sosyal endişeler nedeniyle fiyat ayrımcılığı hep tartışılmıştır. Chicago Okulu'nun rekabet hukuku uygulamasına pek yansımayan birkaç görüşünden biri olan, bağlama yoluyla fiyat ayrımcılığı²⁰⁸ satış sonrası pazarlarda da söz konusudur. Çünkü bu yöntemin uygulanabilmesi için üreticinin satış sonrası pazarlarda kullanıma bağlı fiyatlandırma yapabilmesi gerekir. Üreticinin sadece yedek parça fiyatını kontrol edebildiği durumda, kullanıcılar daha fazla bakım ve onarım ile kullanıma bağlı fiyatlandırmanın sağlıklı oluşmasını engelleyebilirler. Şöyle ki, dayanıklı tüketim malının uzun kullanım ömürleri, bu malların kapsamlı ve sürekli bakım ve onarımlarını gerektirmektedir. Bakım ve onarım sırasında yedek parça ve servis işçiliği ön plandadır. Malın kullanıcılarının yaptığı her bir bakım çağrısı

²⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.: Ardiyok, Ş., "Tying as a Price Discrimination in Antitrust Law", Unpublished Paper for Advanced Antitrust Course in University of Chicago The Law School, 2004.

çoğu zaman yedek parça kullanımını da gerekli kılmaktadır. Ancak bakım ve yedek parça kullanımı eşit oranlı değildir. Bu oran yedek parça ile değiştirilmesi yerine bozulan parçanın tamir edilmesi veya parça bozulma olasılığını azaltmak için daha sık bakım yapılmasına bağlı olarak azalabilmektedir²⁰⁹. Bu nedenlerle üreticinin sadece yedek parçayı kontrol etmesi yeterli değildir. Bakım onarım hizmeti sunan ISO'ları dışlaması da gerekir²¹⁰. ISO'ların dışlanması, satış ve satış sonrası pazarlarda malın etkin olmayan bir şekilde kullanımına yol açan fiyatla ilgili bozuklukları gidererek dayanıklı tüketim malı kullanıcılarının refahını dolaylı yoldan artırabilir²¹¹.

ISO'ların dışlanmasının bir diğer olumlu sonucunu Carlton dile getirmiştir. Carlton'a göre, üretici aynı zamanda, parça değiştirilmesi gereken yerlerde bunun bakım onarım ile ikame edilmesini engelleyerek bir ölçüde etkinsizliği (daha geç birincil pazara dönüşü) de önlemiş olur²¹².

Her şeye rağmen ekonomik teori, fiyat ayrımcılığının, toplam etkinliği, tüketici artığını ve toplam çıktıyı artırıp artırmadığı yönünde genel bir fikir geliştirmemiştir²¹³. Genel olarak, fiyat ayrımcılığı bir kısım tüketiciyi memnun ederken diğer bir kısmını ise mağdur edebilir. Fakat kazanan ve kaybedenlerin belirlenmesi oldukça zorlu ve gerçek verilere dayalı analiz gerektirir.

Bu nedenlerle, satış sonrası pazar gelirleri artan üreticinin bu performansının, fiyat ayrımcılığı sonucu artan etkinlikten mi yoksa sömürücü davranışlardan mı kaynaklandığını tespit etmek güçtür. Bu yapılabilsede, rekabet kurallarının amacının pozitif hukuka bakıldığında sadece iktisadi etkinliği sağlamak olmadığı ortaya çıkacaktır. Rekabet otoritelerinin uygulamalarından, (özellikle AB'de) gelir dağılımı vb. bazı sosyal endişelerin de amaç fonksiyonunu etkilediği görülmektedir. Bu yüzden fiyat ayrımcılığına yönelik iktisadi çalışmalar, 1. ve 2. derece fiyat ayrımcılığının etkinlik artışı sağladığını ortaya koysa bile bunların etkinlik savunması olarak kabul edilme olasılığı oldukça düşüktür.

²⁰⁹ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution 4th Ed.* içinde, 2002, Cambridge University Press, s. 388.

²¹⁰ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994-1995, s. 488.

²¹¹ Elzinga, K. G. & D. E. Mills, "Independent Service Organizations and Economic Efficiency", 39 *Econ. Inquiry* 549 (2001).

²¹² Bu teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Carlton, D. W. & M. Waldman, "Competition, Monopoly and Aftermarkets", NBER Working Paper: 8086, 2001.

²¹³ Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994-1995, s. 499-500.

4. MOTORLU TAŞITLARDA SATIŞ SONRASINDA PAZAR GÜCÜ

Tüm yukarıda anlatılanlardan elde edilen sonuç şu şekilde özetlenebilir: *“Rekabetçi satış piyasalarının üreticilerin satış sonrasında pazar gücü elde ederek bunu kötüye kullanmalarını engellediği teorik olarak her zaman doğru değildir. Rekabet politikası açısından doğru uygulama, ele alınan her bir davada piyasa koşullarına odaklanılması ve her bir vaka için ne ölçüde rekabet kısıdının ortaya çıktığının incelenmesidir.”*²¹⁴

Bu yargıdan hareket ederek her bir vakanın analizinin yukarıda sıraladığımız özellikle satış sonrasında pazar gücü ile ilgili unsurlar dikkate alarak yapılması gerektiği söylenebilir. Bu analizin bir örnek üzerinde kısmen de olsa nasıl yapıldığının gösterilmesi bu çalışmanın değerini artıracaktır.

Örnek olarak hayatımızın ve bütçemizin önemli bir parçasını oluşturan motorlu taşıtlar endüstrisi seçilmiştir. Bu seçimde, örneğin kolay anlaşılabilir anket aşamasında ilgi çekebilecek olması ve Rekabet Kurulu'nun çok kısa süre önce bu endüstriye yönelik satış sonrası pazar teorilerini ilgilendiren bir düzenleme yapmış olması etkilidir.

Ülkemizde 1998/3 sayılı Tebliğ'in 8 yıllık uygulamasının ardından 2006 yılı başında 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Yeni Tebliğ) yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ, bir rekabet önaraştırma veya soruşturması olmamasına rağmen, içerdiği detaylı hükümler ile Rekabet Kurulu'nun olası bir soruşturmada benimseyeceği görüşleri içermesi bakımından önemlidir. Bu Tebliğ'in örnek olarak alınmasının diğer bir nedeni, bir düzenleme yapılırken düzenlemeden yana veya onun karşısında olanların argümanlarının neler olması gerektiği konusunda iktisadi gerekçelere dayalı bir örnek oluşturmaktır. Üzülerek belirtmek isteriz ki, gerek mehz Tebliğ'in AB'de ve gerekse 2005/4 sayılı Tebliğ'in ülkemizde çıkarılması sırasında olayın özüne yönelik, yani satış sonrası pazarlara yönelik ne otorite ne de endüstri tarafında herhangi bir iktisadi tartışma yaşanmamıştır²¹⁵. Umudumuz bundan sonraki düzenleme

²¹⁴ Borenstein, S. ve diğerleri, “Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets”, Journal of Economics & Management Strategy, Vol. 9, No. 2, Summer 2000, s. 159.

²¹⁵ Düzenlemeye karşı çıkan üreticilerin getirdiği argümanlar satış sonrası pazar teorilerinden sistem teorisinin geçerli olduğuna yönelik iddiaları içermemektedir. Tüketici örgütlerinin ise sadece bu Tebliğ değil ülkemiz rekabet hukuku uygulamasına katkıları henüz görülmemiştir. Halbuki 1982 Anayasa'sının tüketicinin korunması ile ilgili maddelerinin (172 ve 137. md.) gerekçelerinde, tüketicinin en iyi rekabetin sağlandığı piyasada korunacağı hükme bağlanmıştır. Ülkemizdeki tüketici örgütleri

çalışmalarında, piyasa gerçeklerinin tartışılması, dogmalar yerine ampirik bulguların düzenlemelere yön vermesidir.

4.1. Yeni Tebliğin Satış Sonrasına Yönelik Hükümleri ve Satış Sonrası Pazar Teorileri

Öncelikle 1998/3 sayılı Tebliğ yerine neden yeni bir tebliğ çıkarıldığı üzerinde duralım. Bu konuda AB düzenlemelerini takip ettiğimiz için AB'den birkaç bilgi verilmesi yerinde olacaktır. AB, 1985 yılında uygulamaya koyduğu ve 1995 yılında yenilediği motorlu taşıtlar endüstrisine yönelik grup muafiyeti tebliğini (No. 1475/95) 2003 yılı başından itibaren değiştirmiştir. Bu değişimde, eski tebliğ ile amaçlanan hedeflere ulaşamadığı ve tüketicilerin kurulan sistemden hakkettikleri payı alamadıkları neden olarak kaydedilmiştir²¹⁶.

Mehaz AB düzenlemesi özellikle satış sonrasındaki etkinsizliği gidermeyi amaçlamaktadır. Halen AB'de yaklaşık 178 milyon otomobil ve hafif ticari araç dolaşımındadır. Goldman Sachs ve *autoPOLIS*'in yaptığı araştırmaya göre, sağlayıcıların yeni araç satışları, gelirleri içinde %60 yer tutarken kar içindeki payı %20'dir. Satış sonrası hizmetlerin ise gelir içindeki payı %20, kar içindeki payı ise %50'dir²¹⁷. Karlılık oranlarının satışa göre 3 kat ile 6 kat arasında değiştiği belirtilmektedir²¹⁸. İngiltere Rekabet Otoritesi OFT ise, yetkili servislerden alınan hizmetlerin bağımsız tamircilerden alınanlardan ortalama %71 pahalı olduğunu söylemektedir²¹⁹. Eurostat'ın verilerine göre motorlu taşıtlarda satış sonrası fiyat artışları enflasyonun üzerinde seyretmiştir²²⁰:

piyasa aksaklıklarının çözümünü hala etkin rekabet hukuku uygulamasında değil, devlet işletmeciliğinde aramaktadır.

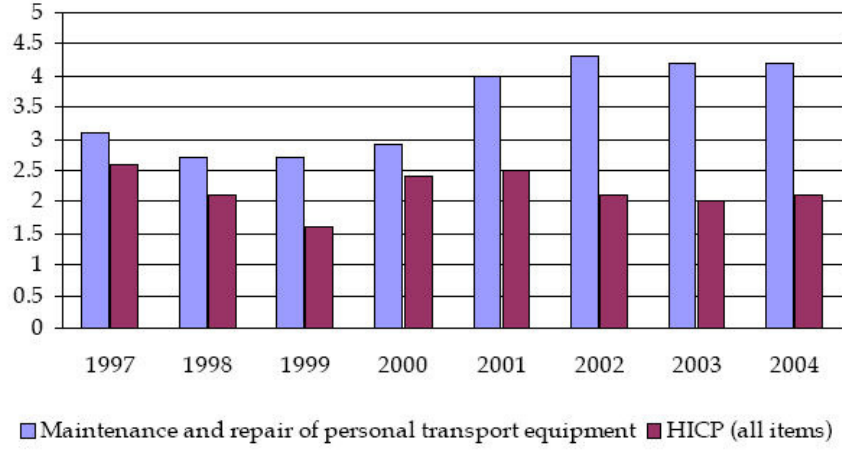
²¹⁶ EU Commission Press Release, "Commission Adopts Comprehensive Reform of Competition Rules for Car Sales and Servicing", 17.7.2002, s.2.

²¹⁷ PricewaterhouseCoopers, *Block Exemption Regulation*", January 2006, s. 35.

²¹⁸ Andersen, "Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned", 2001, s. 50.

²¹⁹ PricewaterhouseCoopers, *Block Exemption Regulation*", January 2006, s. 36.

²²⁰ London Economics, *Developments in car retailing and after-sales markets under Regulation No 1400/2002*, Vol. I, June 2006, s. 177.



Aşağıda AB’de satış sonrası pazarların toplam içindeki büyüklükleri ve oranları verilmektedir²²¹:

2000	Toplam İçindeki Pay	Toplam Ciro (Milyar €)
Kaza parçaları ve onarımı	%37,3	46,0
Yedek parça ve aksesuarlar	%35,7	44,4
Servisler	%21,7	27,1
Lastik	%5,3	6,7
Toplam	%100	124,2

Türkiye’de Yeni Tebliğ’in giriş kısmında Tebliğ’in 5 yılı aşkın uygulamasından elde edilen deneyimlerin, Tebliğ’in bazı düzenlemelerinin rekabetçi bir piyasa hedefine ulaşmakta yetersiz kaldığını, bazılarının ise uygulama açısından sakıncalar doğurduğunu gösterdiği söylenmektedir. Bu tespitler ışığında;

1. Sağlayıcılara dağıtım ve servis ağını oluşturmada esneklik sağlayan,
2. Yetkili satıcı ve servislerin sağlayıcı karşısındaki konumunu güçlendiren,
3. Yedek parça üreticilerinin rekabete dahil olmalarını sağlayan,

²²¹ Andersen, “Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned”, 2001, s. 51.

4. Bağımsız tamircilerin bakım-onarım hizmetlerine ilişkin teknik bilgi, teçhizat ve teşhis cihazlarına erişiminin kolaylaştırılması yoluyla tüketicilere alternatif oluşturmalarının önünü açan

yeni bir tebliğ oluşturulmuştur. Buradaki amaçların her biri satış sonrası pazarlarla ilgilidir. AB ile aynı rekabet kurallarını uyguladığımızı düşündüğümüzde, motorlu taşıtlar satış sonrasında ekonomik etkinliğin sağlanmasının hacim olarak ne denli önemli olduğu ortaya çıkacaktır. Bunun bir ölçüde sağlanması halinde, motorlu taşıtlara ve akaryakıtta yönelik ağır vergi yükü de hafifletilebilecektir²²².

Bu önemli bilgilerden sonra, Rekabet Kurulu'nun satış sonrası pazarlarda hangi teoriyi kabul ettiğini Yeni Tebliğ hükümleri çerçevesinde inceleyelim.

1. Yeni Tebliğin Satış Sonrasına İlişkin Hükümleri

İlgili pazara bakacak olursak, Kurul'un Kodak, Hugin ve HP kararlarında olduğu gibi satış sonrası pazarları ayrı pazarlar olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Yeni Tebliğin **Pazar Payının Hesaplanması** başlıklı 8. maddesinin (b) ve (c) bentleri şu şekildedir:

“Bu Tebliğ’de geçen pazar payı,

...

b) Yedek parçaların dağıtımında, anlaşma konusu mallarla birlikte alıcı tarafından ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir olarak görülen ve yine sağlayıcı tarafından satılan diğer malların değeri üzerinden,

c) Bakım ve onarım hizmetlerinin sunumunda, sağlayıcının dağıtım ağına mensup olan teşebbüslerin sattığı anlaşma konusu hizmetler ve alıcı tarafından ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir olarak görülen ve yine ağı mensup teşebbüsler tarafından satılan diğer hizmetlerin değeri üzerinden, hesaplanır.”

²²² Bu örnek bile, rekabet politikalarının enflasyonun düşürülmesi, büyümenin sağlanması gibi makro ekonomi politikaları bakımından ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Rekabet Kurulu her iki bentte de talep ikamesini (alıcı tarafından) dikkate almaktadır. Uygulamaya ışık tutmak üzere çıkardığı Kılavuz'da²²³ ise; daha önce almış olduğu Renault Mais Kararına atıfta bulunarak, “*Yedek parçalara ilişkin olarak ise, her bir model otomobilin ayrı ayrı her bir parçasının farklı bir ilgili ürün pazarı oluşturabileceği söylenebilir*” ifadesini kullanmaktadır²²⁴. Bu bize, her bir üretici veya sağlayıcının satış pazarındaki ürününe özgü ayrı bir pazarın tanımlanacağını göstermektedir²²⁵.

Pazar gücünün belirlenmesinde hangi teorinin ağır bastığı ise Yeni Tebliğ'in muafiyet tanımayacağı davranışlardan anlaşılabilir. Bu kapsamda ilk olarak 3. maddenin (b) fıkrasında şu hüküm yer almaktadır:

“...alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %30'undan fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın almasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir.”

Bu şekilde bayinin yedek parçaları üretici dışındaki sağlayıcılardan alabilmesinin önü açılmaktadır. Tebliğ böylece yedek parçada satış sonrasında pazar gücünü kabul etmiştir. Aşağıda 5. maddede yer alan hükümler de hem yedek parça hem de bakım onarımında Tebliğin sistem teorisini reddettiği ve satış sonrasında pazar gücünü bu endüstri için geçerli kabul ettiğini göstermektedir:

“h) Seçici dağıtım sistemi üyelerinin, motorlu taşıtların yedek parçalarını, bu parçaları motorlu araçların bakım onarımında kullanacak olan özel servislere satma serbestisinin kısıtlanması.
i) Orijinal yedek parça, eşdeğer kalitede yedek parça, tamir ekipmanı, teşhis cihazı ya da diğer tip ekipmanların sağlayıcısıyla bir motorlu taşıt üreticisi arasında yapılan anlaşmayla, sağlayıcının söz konusu mal ve hizmetleri yetkili veya bağımsız dağıtıcılar, ya da bağımsız teşebbüsler ve son kullanıcılardan herhangi birine satma imkanına kısıtlama getirilmesi.

²²³ 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz.

²²⁴ Rekabet Kurulu'nun 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı Renault Mais Kararı.

²²⁵ Hovenkamp, motorlu taşıt yedek parçalarının ayrı bir pazar olarak tanımlanamayacağını ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Hovenkamp, H., “Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the *Kodak Case*”, UCLA Law Review, Vol. 40, 1992-1993, s. 1451-1452.

j) Bir dağıtıcı veya yetkili servisin orijinal yedek parçaları veya eşdeğer kalitedeki yedek parçaları kendi tercih ettiği üçüncü bir teşebbüsten satın almasının ve bunları motorlu araçların bakım ve onarımı için kullanmasının engellenmesi. Ancak garanti kapsamında yapılan tamir, ücretsiz bakım ve araç geri çağırma işlerinde, motorlu taşıt sağlayıcısı kendisinin sağladığı orijinal parçaların kullanımını zorunlu kılabilir.

k) Bir motorlu taşıt üreticisi ile ürettiği motorlu araçlarda kullandığı yedek parçaların sağlayıcısı arasında yapılan anlaşmayla, yedek parça sağlayıcısının marka ve logosunu, sağlanan parçalar üzerine etkili ve kolayca görülebilir bir biçimde koymasını engelleyici nitelikte kısıtlamalar getirilmesi. Bu Tebliğ'in öngördüğü muafiyet, motorlu araç üreticisinin, motorlu araçların bakım ve onarımının yapılması ya da çevre koruma ölçütlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan herhangi bir teknik bilgiye, teşhis cihazı ve diğer ekipmana, gerekli yazılıma ya da eğitime, bağımsız teşebbüslerin erişimini engellemesi durumunda uygulanmaz.

Bu erişim özellikle bir motorlu aracın elektronik kontrol ve teşhis cihazlarının kısıtlanmadan kullanımını, bu cihazların sağlayıcının standart prosedürlerine uygun bir biçimde programlanmasını, tamir ve bakım talimatlarını ve teşhis ve servis araç ve ekipmanlarını kullanmak için gerekli olan bilgiyi içermelidir.

Bağımsız teşebbüslerin erişimi, ayrımcılık yapılmadan, tam ve uygun bir şekilde sağlanmalı ve bilgi kullanılabilir bir şekilde verilmelidir. Eğer söz konusu unsur bir fikri hak kapsamındaysa veya bir know-how oluşturuyorsa, erişim kötüye kullanma yoluyla engellenmemelidir.”

(h) bendi üreticinin yedek parça ile bakım onarım hizmetlerini bağlamasını yasaklamaktadır. (i) bendi bu yasağın arkasından dolanılması, yani üreticilerin tedarikçileri ile yapacağı anlaşmalar aracılığıyla satış sonrası pazarın kontrol altına alınmasına muafiyet tanınmayacağını göstermektedir. (j) bendi ise, üreticinin kendi servis ağına diğer kaynaklardan gelen yedek parçaların kullanılmasının önünü açmakta ve böylece yedek parça fiyatları üzerinde rekabetçi baskı yaratılmasını hedeflemektedir. (k) bendi, (j) bendinde sağlanan olanağın tamamlayıcısıdır.

Takip eden iki fıkra, bağımsız tamircilerin yani ISO'ların pazara girişini daha da kolaylaştırmak için konulmuştur. Son fıkra ise, önceki bölümlerde bahsettiğimiz vakalara kıyasla çok daha kısıtlayıcı hükümler öngören Yeni

Tebliğ'in fikri mülkiyet hakları ile ilgili kısmıdır. Buradaki kısıtlama diğer hükümlerin aksine daha hafiftir. Erişim hakkının kötüye kullanılması söz konusu olmadıkça üreticilerin fikri mülkiyet haklarının sağladığı korumadan yararlanabileceği anlaşılmaktadır.

Bu hükümler satış sonrası pazarlardaki davranışlara yönelik doğrudan hükümler iken, yeni Tebliğin satış sonrasını o sağlayıcının kontrolünden çıkaracak ve rekabete açacak daha birçok hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla net bir şekilde, Rekabet Kurulu'nun motorlu taşıtlarda satış sonrasında pazar gücü teorisini benimsediğini görmekteyiz. Bu nedenle, sağlayıcıların her biri en azından Yeni Tebliğ'in ilk yıllarında²²⁶ satış sonrasında pazar gücüne sahip olarak kabul edilmektedir.

2. Yeni Tebliğin Satış Sonrası Pazar Teorileri Bakımından Değerlendirilmesi

Çalışmamızın bu bölümünde, Rekabet Kurulu'nun AB'ye paralel şekilde kabul ettiği "satış sonrasında pazar gücününün olduğu" varsayımı ile yaptığı normatif tercihleri kısaca inceleyeceğiz.

Mevcut müşteri tabanına yönelik sürprizler bakımından motorlu taşıtları değerlendirdiğimizde, satış sonrasında kullanıcının sürpriz ile karşılaşması için yaklaşık 1 ila 2 yıllık bir süre söz konusudur. Çünkü araçlar satın alındıktan sonra genellikle ilk kontrolleri 1500-2000 km.'de ücretsiz yapılmaktadır. Gelişen teknoloji ile beraber ilk periyodik bakım 15.000 km. civarında yapılmaktadır. Bu miktarda km. ise genellikle 1 yıllık bir sürede alınabilmektedir. Asıl yıpranan parçaların değiştiği ana bakımlar ise 2. veya 3. yıllarda gelmektedir. Dolayısıyla, kullanıcıların satış piyasasındaki işlemde sonra, varsa satış sonrası yüksek yedek parça ve bakım onarım bedelleri ile karşılaşmaları için uzun bir dönem geçmektedir. Bu dönem mevcut müşteri tabanına yönelik sürprizler için uygundur.

Öte yandan, ülkemizde motorlu taşıt sağlayıcıları en az iki yıllık garanti vermek zorundadırlar. Garanti süresi içinde aracın yetkili servis dışında bakım onarımının yapılması halinde garanti ile ilgili talepler konusunda zorluklarla karşılaşılacağı yönünde bir inanç söz konusudur²²⁷. Bu nedenle, kullanıcıların yaklaşık %80'i garanti süresi içinde araçlarını yetkili servislere getirmektedir.

²²⁶ Pazar tanımından görüleceği üzere, zamanla sağlayıcıların gerek yedek parçada ve gerekse bakım onarım da pazar güçlerinin düşmesi beklenmektedir.

²²⁷ Grimes, W. S., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections", Antitrust Law Journal, Vol. 62, 1993-1994, s. 315.

Garantinin sona ermesinden sonra bu oran özellikle ticari araçlarda hızla düşmektedir²²⁸.

2005/4 sayılı Tebliğ'e kadar ki dönemde, satış sonrasında uygulanacak fiyatlar konusunda sağlayıcıların kontrolü söz konusu idi. Çünkü servislerin, sağlayıcı dışındaki kaynaklardan yedek parça temin etmeleri zordu. Her ne kadar yeniden satış fiyatını belirlemek yasak olsa da, sağlayıcıların servislere uyguladıkları fiyatlar son kullanıcılara uygulanacak fiyatlar için bir taban oluşturuyordu. Ayrıca sağlayıcılar, kendilerine yedek parça temin eden OEM ve diğer üreticilerin kendisi dışındakilere yedek parça sağlamasını yasaklıyorlardı. Böylece, yetkili servis dışındaki tamircilerin bir kısım kritik parçalara²²⁹ ulaşmaları zorlaşıyordu. Ayrıca bağımsız tamirciler teknik bilgi ve diagnostik cihazlar konusunda da sıkıntı yaşıyorlardı. Böylece sağlayıcının özellikle garanti döneminde kendi yetkili servisleri aracılığıyla da olsa bir satış sonrası pazar gücü söz konusu idi.

Mevcut müşteri tabanının büyüklüğü de satış sonrası pazarlarda sürprizin karlı bir strateji olması bakımından önemlidir. Bu açıdan bakıldığında Türkiye'de rakiplerine kıyasla daha önceden satışa başlamış ve bu nedenle ikinci el araç parkı büyüklüğü diğerlerinden daha fazla olan markaların, sürpriz uygulamalara girişmeleri daha kolaydır. Diğer taraftan motorlu taşıtlar endüstrisi düşüşte olan bir endüstri olarak nitelendirilemez.

Geçiş maliyetleri açısından, motorlu taşıtlarda özellikle işlem maliyetlerinin etkisi söz konusudur. Çok yüksek vergi oranları, noter, plaka vb. idari maliyetler ikinci el ticaretini kısıtlamaktadır. Motorlu taşıtı, yüksek satış sonrası giderleri nedeniyle elinden çıkarmak isteyen kullanıcının karşılaşacağı fiyatlar o araç hakkında repütasyonun varlığı halinde daha da düşük olacaktır. İkinci el değerini düşüren bir başka etmen, alıcıların aracın kusursuzluğu ile ilgili şüpheleridir. Trafik kazaları bakımından rekorlar kırmamıza rağmen ülkemizde araç bazında tutulan ve halka açık bir kaza sicili bulunmamaktadır. Kurumsal ikinci el satışçılarının kontrolleri bu olumsuzluğu bir ölçüye kadar gidermektedir.

Geçiş maliyetleriyle ilgili bir başka olumsuzluk, endüstride norm haline gelen hızlı model değişimidir. Kullanıcının yüksek satış sonrası giderlerle karşılaştığı 2. ve 3. yılda, genellikle satın aldığı araç ya makyaj geçirmiş ya da

²²⁸ London Economics, *Developments in car retailing and after-sales markets under Regulation No 1400/2002*, Vol. I, June 2006, s. 122, 132.

²²⁹ GM Kararında, FTC bu parçaları "GM servis kaza parçaları" adı altında, başka kaynaklardan temin edilemeyen ve sadece GM'in ürettiği parçalar olarak tanımlamıştır (General Motors Corp., 99 F.T.C. 464, 510 (1976)).

tamamen aracın yeni jenerasyonu çıkmış olur. Bu da aracın değerini düşüren diğer bir faktördür. Öğrenme maliyetlerinin ise çok yüksek olduğu söylenemez. Yapay maliyetler bakımından, sağlayıcıların kendi markalarının ikinci el araçlarına yönelik kampanyaları söz konusu olabilmektedir.

Sonuç olarak geçiş maliyetleri ve özellikle birinci el araç ile ikinci el araç arasındaki fiyat farkları bu endüstride satış sonrasında pazar gücü teorisinin geçerli olmasının önemli gerekçelerindedir.

Repütasyon ele alınması gereken bir başka kriterdir. Satış sonrası hizmetlere uzun bir süre geçtikten sonra yoğun olarak ihtiyaç duyulacağından repütasyonun pazar gücünü giderici etkisi zayıflamaktadır. Motorlu taşıtlarda mevcut müşterilerin potansiyel müşterilere oranı ise markalar arasında büyük değişiklik göstermektedir. Bu oranın yüksekliği repütasyonun satış sonrası pazar davranışlarını disipline eden etkisini zayıflatır. Ayrıca motorlu taşıtların kullanım ömrü özellikle ülkemizde uzundur. Bu nedenle satış sonrasında kaynaklanan nakit akışları bazı markalar için ön plana çıkabilir. Otomobil sağlayıcılarının genelini diğer pazarlarda faaliyeti söz konusu olmayıp repütasyon korkuları bu açıdan sınırlıdır.

Motorlu taşıtlarda özellikle tüketicilerin satış sonrasına yönelik sözleşme uygulamaları hemen hemen yoktur. Ancak kurumsal kullanıcıların son dönemde satış sonrasında sürpriz ile karşılaşmamak ve sistem fiyatlandırması yapabilmek için bu uygulamaya gittiği görülmektedir²³⁰. Çünkü kurumsal kullanıcıların kat ettikleri mesafenin bireysel kullanıcıların çok üzerinde olması ve bu nedenle daha fazla satış sonrası hizmete gerek duymaları söz konusudur²³¹. Kurumsal araç kiralama anlaşmaları bu tür anlaşmaların en güzel örneğidir. Ayrıca sağlayıcıların filo satışları ile beraber servis anlaşmaları da yapmaları söz konusudur. Bu uygulamalar vergi avantajı da sağlamaktadır. Sağlayıcılar bireysel kullanıcılar ile kurumsal kullanıcılar arasındaki arbitrajı, tacir sıfatına sahip olmak, asgari alım limitleri vb. yöntemler ile önleyebilirler. Bu hizmetler konusunda hem hizmet sunan hem de danışmanlık yapan araç kiralama kuruluşları, ülkemizde en azından kurumsal kullanıcıların sistem fiyatlandırması yapabilmesine imkan tanımaktadır. Fakat satış sonrasına yönelik kusursuz sözleşme hazırlığının yapısal sorunları, bu olanağın satış sonrasında pazar gücünü tamamen ortadan kaldırmasını engeller.

²³⁰ Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 4.

²³¹ Carlton, D. W. & M. Waldman, "Competition, Monopoly and Aftermarkets", NBER Working Paper: 8086, 2001, s.32.

Yeni Tebliğ satış ve satış sonrasında oligopolistik paralelliğin ortaya çıkması halinde, tedbirler alınacağını 7. maddenin son fıkrasında şu ifadelerle belirtmektedir:

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

Fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak Yeni Tebliğ, telif hakkının söz konusu olabileceği alanda Kodak benzeri bir şekilde rekabet kuralı uygulamasına ağırlık vermektedir²³². Bağımsız tamircilere yönelik eğitim yükümlülüğü, teknik bilgi verme ve diagnostik cihazlarda kolaylık sağlama gibi yükümlülükler bunun göstergesidir. Patent konusunda ise, bunun kötüye kullanılmasının yasak olduğu belirtilerek Xerox yaklaşımı tercih edilmiştir. Ayrıca, Kodak vakasında olduğu gibi patenti olan yedek parçaların oranı da düşüktür. Fakat, patente konu olmayan yedek parçaların fason anlaşmaları ile yaptırılması ve know-how’ın kapsamı belirsizlik yaratmaktadır. Kanaatimizce Rekabet Kurulu, büyük otomotiv üreticileri arasında sayılan ülkemizdeki OEM ve diğer üreticilerin hacmini ve yapılarını dikkate alarak bu konuda AB uygulamasından ayrılabilirdi²³³.

Kötüye kullanma eylemlerine getirilebilecek savunmalardan fiyat ayrımcılığı diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de teorik düzeyde kalmaktadır. Motorlu taşıtlarda yedek parça ve servis değişken oranda kullanılabilir. Yedek parçaları kaza parçaları²³⁴ ve bakım parçaları²³⁵ olarak ikiye ayırırsak, özellikle kaza parçalarında değiştirme yerine tamir ihtimali söz konusudur²³⁶. Bakım

²³² Shapiro, C. & D. J. Teece, “System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak”, Antitrust Bulletin, Spring 1994, s. 7.

²³³ Otomobil üreticileri üretimde kullandıkları parçaların yaklaşık %20’sinin kendileri üretmekte, kalan %80’ini ise tedarikçilerden (OEM) dikey sözleşmeler yoluyla temin etmektedir (PricewaterhouseCoopers, *Block Exemption Regulation*”, January 2006, s. 5).

²³⁴ Ön ve arka çamurluklar, camlar, kapılar, tampon ve motor kaputu ve bunların bağlantı elemanları gibi aracın gövdesini koruyan ve kazalarda ençok hasar gören parçalardır (General Motors Corp., 99 F.T.C. 464, 465-466 (1976)).

²³⁵ Belirli bir süre veya kilometre kullanımının ardından faydalı ömrü sona eren değiştirilmesi gereken yağ filtresi, hava filtresi, fren balatası gibi parçalardır.

²³⁶ GM tarafından 1974 yılında Indiana’da yapılan araştırmada, kazalar sonucu bozulan parçaların yaklaşık %50’sinin değiştirilmeden tamir edilerek takıldığı anlaşılmıştır. Fakat bu oran motorlu araç tasarımlarında ortaya çıkan değişiklikler, kullanıcıların yeni parça takılmasını istemesi, bu tamirleri gerçekleştirecek kalifiye insan gücü maliyetinin yeni

parçalarında da daha iyi bakım yapılması parçanın ekonomik ömrünü uzatmaktadır. Değişken oran söz konusu olduğundan, satış sonrası hizmetler aracılığıyla fiyat ayrımcılığı gerçekleştirmek isteyen sağlayıcının, hem yedek parça hem de servis hizmetlerini kendi kontrolü altında tutması zorunludur.

Teorik kalan fiyat ayrımcılığına kıyasla, kalite kontrolü ve marka imajının korunması ciddi bir savunma olarak düşünülmelidir. Yeni Tebliğ'de eşdeğer parçaların kullanılmasını kolaylaştıran kurallar vaaz edilmesine rağmen bunların akreditasyonunu sağlayacak bağımsız güvenilir kuruluşlar ortaya çıkmamıştır. Türkiye'de sanayi sitesi esnafı gerçeğinin ortaya koyduğu küçük ölçekli ve çoğunlukla kayıt dışı yapı, serviste niteliksel sistemin getireceği çok sayıda yetkili servis, sağlayıcıları endişeye sevk etmektedir. Sağlayıcıların, satış sonrası hizmetlerde kalitenin tutturulması ve marka imajının korunması için denetim faaliyetlerine eskisine kıyasla çok daha fazla para ayırmaları gerekecektir. Ayrıca, bir parçanın fonksiyonunu gerektiği gibi yerine getirmemesi sonucu oluşan kazalarda sorumluluğun belirlenmesi sağlayıcının kontrolü dışında gelen orijinal ve eşdeğer parçaların kullanımı nedeniyle zorlaşacaktır²³⁷.

Satış sonrası pazar teorilerinde belirttiğimiz hususlar bilgi asimetrisi dışında kısaca bu şekilde değerlendirilebilir²³⁸. Ama bu konuda kesin yargılara ancak aşağıda bilgi asimetrisi için gerçekleştirdiğimiz türden ampirik çalışmalar yapılarak ulaşılabileceğini belirtelim. Bu anlamda belki de yapılabilecek en etkin çalışma, 2005/4 sayılı Tebliğ öncesi dönemin gerçekleşen panel verilerini alarak satış sonrası pazarda yedek parça fiyatlarında yapılan artışların satış pazarında satılan motorlu taşıt sayısını nasıl etkilediğine bakmaktır²³⁹. Ancak bu tür bir çalışma, bizim yaptığımız ve örnek olduğunu vurguladığımız çalışmanın çok daha ötesinde zaman, maliyet ve olanak gerektirmektedir.

4.2. Bilgi Asimetrisi ile İlgili Varsayma Yönelik Ampirik Çalışma

Diğer endüstrilerde olduğu gibi, motorlu taşıtlar endüstrisinde de bilgi asimetrisi satış sonrası piyasalarda pazar gücünün belirlenmesinde en önemli

parça maliyetini aşması, sigorta şirketlerinin denetim zorlukları gibi çeşitli nedenler sonucu günden güne azalmaktadır (General Motors Corp., 99 F.T.C. 464, 510 (1976)).

²³⁷ Grimes, W. S., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994, s. 286.

²³⁸ Bu değerlendirmelerde, motorlu taşıtlar konusundaki pratik uygulamalarımız ve Aslan, İ. Y. ve diğerleri, *Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları*, Ekin Kitabevi, 2006 adlı eserden faydalanılmıştır.

²³⁹ Hofer, P. ve diğerleri, "Competition Policy Analysis in Dynamic and Complex Markets: Switching Costs, Aftermarkets, and Network Effects", *Nera Antitrust Insight*, May-June 2006, s. 6.

faktörü oluşturmaktadır. Motorlu taşıtı almış olan kullanıcının (mevcut müşteri tabanının) sağlayıcının satış sonrası fiyatları ile ilk kez karşılaşması veya daha önce bunlara vakıf olan kullanıcıyı da etkileyecek şekilde sağlayıcının sürpriz bir şekilde politika değiştirmesi halinde geçiş maliyetleri ve repütasyon devreye girer. Geçiş maliyetlerinin kullanıcının kararına etki etmediği bir kurguda repütasyonun etkili olabilmesi için kullanıcının rakiplerin satış sonrası politikalarını da bilmesi gerekir. Geçiş maliyetlerinin olduğu kurguda ise maliyetler ile başka bir sağlayıcıya geçişin ortaya çıkaracağı avantajın mukayesesi için yine rakiplerin satış sonrası politikası hakkında bilgiye ihtiyaç vardır.

Potansiyel motorlu taşıt müşterileri için ise sistem fiyatlandırması yapılabilmesine yönelik olarak bu müşterilerin her bir markanın satış sonrası hizmet fiyatlandırması konusunda yeterli bilgi sahibi olması şarttır. Fakat üreticilerin bu bilgilerin sağlanması yönünde satış faaliyetlerine kıyasla çok çok az katkısı mevcuttur.

Yaptığımız ankete dayılı ampirik çalışma, satış sonrasına yönelik sözleşme yapma olasılıkları da olmayan tüketicilerin, satış sonrası pazarlardaki gerçekleşen fiyatlara yönelik tahminlerini ele alarak bilgi asimetrisi probleminin var olup olmadığını incelemektedir.

1. Ankete Dayalı Ampirik Çalışmanın Kurgusu

Anket formunda, en çok satışın gerçekleştirildiği C segmentinde 6 değişik markanın (Renault, Toyota, Ford, Volkswagen, Honda ve Nissan) sedan modellerine²⁴⁰ ilişkin sorulara yer verilmiştir. Bu seçim yapılırken, değişik ülke menşei üreticilerin (1 Fransız, 3 Japon, 1 ABD, 1 Alman), yerli üretim ve ithal araçlarının (3 yerli, 3 ithal) ankette yer alması amaçlanmıştır. Fiyat tutarlılığı bakımından anket Kasım 2006'da toplam 314 denek üzerinde yapılmıştır²⁴¹. Anketin kolay yapılması ve deneğin konsantrasyonunu kaybetmemesi için her bir deneğe önce genel daha sonra 6 markadan rasgele iki tanesine ait sorular sorulmuştur.

Genel sorular; yaş, cinsiyet, kaç yıldır ehliyet sahibi bulunduğu, öğrenim durumu, aylık ortalama gelir, motorlu taşıt sahibi olup olmadığı, varsa aracının markası ve modeli, bir yılda yapılan tahmini kilometre, aracın kaskolu

²⁴⁰ Avrupa'nın aksine ülkemizde sedan arabalar yüksek bagaj hacmi vs. gibi özellikleri nedeniyle daha fazla tutulmaktadır.

²⁴¹ AB Komisyonu adına Dr. Lademann & Partner tarafından 2001 yılında yapılan "Customer Preferences for Existing and Potential Sales and Servicing Alternatives in Automotive Distribution" adlı çalışmanın dayandığı anket 5 ayrı ülkede toplam 500 kişi üzerinde yapılmıştır.

olup olmadığı, tamir için yetkili servis veya bağımsız tamirciden hangisinin seçildiği, yedek parça kullanım tercihi (orijinal veya yan sanayi) daha önce kullanılan araçların marka ve modelleri ve ne sıklıkla otomobil dergisi okunduğundan müteşekkildir.

Belirlenen araçlara ilişkin bölümde ise, ilk olarak deneğin o aracın baz modelinin satış fiyatını tahmin etmesi istenmiştir. Daha sonraki soruların tamamı ise deneğin o aracın satış sonrası yedek parça ve bakım ve onarım fiyatlarını ne ölçüde bildiğine yöneliktir. Bu kapsamda 5 adet kaza parçasının (ön çamurluk, arka stop lambası, arka sol kapı ve ön cam) ve 3 adet bakım parçasının (yağ filtresi, hava filtresi ve ön fren balata takımı) orijinal yedek parça fiyatlarını tahmin etmesi istenmiştir. Son olarak bakım ve onarım hizmetinin tahmini saatlik ücreti sorulmuştur.

2. Elde Edilen Sonuçların Değerlendirilmesi

Ankete katılanların %65'i İstanbul, %10'u Ankara, %8'i Bilecik ve %6'sı İzmir'de ikamet etmektedir. Kalan %10'luk grup ise 8 ile dağılmaktadır. Yanıt verenlerin %27'si kadın, % 71'i ise erkeklerden oluşmaktadır. Yanıtlayanların %22'si 25 yaşın altında, %51'i 25 ile 35 yaş, %20'si 35 ile 45, %7'si de 45 ile 55 yaş arasında olup ortalama olarak 10 yıllık ehliyete sahiptirler. Yanıt verenlerin %5'i ortaokul ve altı, %14'ü lise, %54'ü lisans, %26'sı ise yüksek lisans diplomasına sahiptir. Sahip olunan araçların %92'si 1995'den, %51'i de 2002'den daha yeni modellerden oluşmaktadır. Bu araçların %75'i 25 bin km'den az kullanılmış olup %50'sinin garantisi dolmuş bulunmaktadır. Araçların %76'sına kasko sigortası yaptırılmıştır. Katılımcıların %86'sı en az bir binek aracın sahibidir.

Satış pazarının rekabet düzeyi bakımından; belirtilen araç markalarının 31 ayrı markada toplanmış olması ve hiçbir markanın payının %13'ü aşmaması önemli bir işarettir.

Araçların %70'i tamir ve bakım için yetkili servise götürülmektedir²⁴². %9'luk bir kesim ise işverenin aracını kullanmaktadır. Deneklerin %73'ü orijinal, %3'ü yan sanayi parçaları tercih ettiğini ifade etmektedir.

Bilgi asimetrisini gideren etkenlerden sektörel dergilerle ilgili soruya yanıt verenlerin %31'i hiç, %55'i nadiren, %9'u her hafta bir otomobil dergisi okuduğunu belirtmiştir.

²⁴² AB'de bu rakam yetkili servisler için %59 ve bağımsız tamirciler için %23 çıkmıştır (Dr. Lademann & Partner, "Customer Preferences for Existing and Potential Sales and Servicing Alternatives in Automotive Distribution", 2001, s. 66).

Anket üzerinde yapılan analiz iki grupta tasarlanmıştır. Önce verilen genel bilgiler arasında anlamlı bir ilişkinin olup olmadığı, daha sonra da bilgi asimetrisi üzerinde durulmuştur.

Yetkili Servis Tercihini Etkileyen Faktörler:

Anket sonucunda cinsiyetin yetkili servis tercihinin belirgin bir şekilde etkilediği görülmektedir. Kadınların %89'u yetkili servise gitmeyi tercih ederken, bu oranın erkeklerde %74 olarak gerçekleştiğini görmekteyiz.

AB'deki araştırmalara ve genel kabule uygun olarak aracın garantisinin olup olmaması, kişilerin yetkili servise gitme kararları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Anket sonuçlarına göre, aracının garantisi devam eden kullanıcılar, %95 oranında yetkili servise gitmeyi tercih ederken, bu oran garantisiz araç kullanıcıları açısından %66 olarak gerçekleşmektedir.

İlginç bir şekilde, aracın kaskosunun bulunması incelediklerimiz içinde yetkili servise gitme tercihinin en çok etkileyen neden olarak gözükmektedir. Kaskosu olanların %85'i yetkili servisi tercih ederken, kaskosuz araçlarda bu oran %25'e kadar düşmektedir. Kaskonun bulunmaması, sürücülerin yetkili servis ile tamirci arasında farksız kalmaya da itmektedir.

Yedek Parça Kullanım Tercihini Etkileyen Faktörler:

Yedek parça kullanımı anlamında cinsiyetin rolü, yetkili servise gitme konusunda yarattığı motivasyon farklılığından az olmakla beraber, yine de anlamlı bir farklılığa sahiptir. Buna göre, kadın kullanıcıların %89'u orijinal yedek parça kullanımını tercih etmekteyken, erkek kullanıcılar arasında orijinal yedek parçayı tercih edenlerin oranı %79 olarak gözükmektedir.

Kaskonun olup olmaması, yedek parça kullanım kararında da önemli role sahiptir. Kaskosu olan tüketiciler, çok yüksek oranda orijinal yedek parçayı tercih ederken, kaskosu olmayan tüketiciler açısından orijinal veya yan sanayi yedek parça kullanımı anlamında önemli bir fark bulunmamaktadır. Anket sonuçlarına göre, kaskosu olan tüketicilerin %88'i orijinal yedek parça kullanırken, kaskosu olmayanlar için bu rakam %35 olarak karşımıza çıkmaktadır.

Aracın garanti süresinin dolup dolmadığına göre tüketicilerin yedek parça tercihleri incelendiğinde, yetkili servise gitme kararındaki kadar belirleyici olmamakla beraber, yine de önemli sonuçlar çıkmaktadır. Bu sonuçlara göre, garantisini devam eden her 100 tüketici içinde 92 tanesi orijinal yedek parça tercih etmiştir. Bu rakam garantisini olmayan tüketiciler için ise 75'tir.

Ankette yer alan yaş, ehliyet sahipliği, öğrenim durumu, aylık gelir, aracın olup olmaması, yapılan kilometre gibi değişkenlerle satış sonrası

pazarların yapısını ortaya koyan yedek parça kullanım tercihi ve bakım-onarım için aracın nereye götürüldüğü arasında anlamlı bir bağlantı tespit edilememiştir.

Motorlu Taşıtlarda Bilgi Asimetrisi:

Anketin en önemli bölümünü bilgi asimetrisinin ölçüldüğü kısım oluşturmaktadır. Burada, 6 ayrı marka aracın fiyatı ve bu araçlara ait orijinal yedek parça fiyatları ile işçilik ücretleri hakkındaki tahminler sorulmuştur. Böylece, deneklerin satış sonrası fiyatlar hakkında, araç satış fiyatları hakkında sahip oldukları kadar bilgi sahibi olmadıkları hipotezi test edilmiştir.

Bu kapsamda deneklerin araç fiyatlarını tahminlerinin aritmetik ortalaması, medyanı ve standart sapması hesaplanmıştır. Tahmin ortalamasının gerçek değer kaç katı olduğu, tahminlerin başarısının bir ölçüsü olarak değerlendirilmektedir. Tahminlerin standart sapmasının ortalamasına oranı olan çeşitlilik katsayısı (*coefficient of variation*), tahminlerin çeşitliliği hakkında birimsiz bir gösterge olarak kullanılmakta ve bu özelliği sayesinde farklı ürünlerin tahminlerinin dağılımlılığını karşılaştırmaya yaramaktadır. Tahminlerin çeşitlilik katsayısının büyümesi, bilgi asimetrisinin artmasına kanıt olarak görülmektedir. Özet tablo **Ek**'de verilmiştir.

Motorlu Taşıtların Fiyatları:

Honda Civic, Renault Megane, Volkswagen Jetta, Ford Focus, Toyota Corolla ve Nissan Primera'nın sedan versiyonlarının 1600 cc motor ve düz vites seçeneklerinin fiyatları hakkındaki tahminler incelendiğinde, tahmin ortalamasının gerçek değerlerin 0,9029²⁴³ ile 1,0899²⁴⁴ katı arasında değiştiği görülmektedir. Başka bir deyişle denekler %10 eksik, %8 fazla bir yanılma payı ile araç fiyatları hakkında doğruluk payı görece yüksek tahminlerde bulunabilmektedir. Değişiklik katsayılarına bakıldığında 0,16 ile 0,24 arasında değiştikleri görülecektir.

Kaza Yedek Parçaları ve Saatlik Bakım Ücretleri:

Yukarıda sayılan markaların orijinal ön sol çamurluk, arka stop lambası, arka sol kapı, arka tampon ve ön cam parçalarının fiyatları hakkındaki tahminlerin ortalamasının, bu parçaların gerçek değerlerinden 1,35 ile 2,35 kat daha fazla olduğunu görmekteyiz. Yani denekler altı ayrı marka aracın kaza yedek parçalarını temsil eden 5 parçasının değerini ortalama %35 ile %135 daha fazla olarak tahmin etmektedir. Saatlik tamir bakım ücreti hakkındaki tahminlerin gerçek değerlere oranı ise 0,88 ile 2,21 arasında değişmektedir.

²⁴³ Ford Focus Sedan 1.6 lt. benzinli baz model.

²⁴⁴ Toyota Corolla Sedan 1.6 lt. benzinli baz model.

Honda Civic arka sol kapı en düşük çeşitlilik katsayısına sahipken (0,76) aynı aracın arka stop lambası (1,5) en yüksek katsayıya sahip olarak yanıtlanmıştır.

Bakım Yedek Parçaları:

Yağ filtresi, hava filtresi ve ön fren balatasından oluşan bakım yedek parça grubunun fiyatları, ürünlerin gerçek fiyatlarının ucuz olmasından da kaynaklanarak, bilgi asimetrisinin en yüksek olduğu ürünler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu malzemelerin denekler tarafından farklı marka araçlara göre ortalamada 5,17 ile 9,26 kat daha pahalı olarak tahmin edildiği görülmektedir. Tahminlerin çeşitliliğini yansıtan çeşitlilik katsayısı ise Honda Civic'in hava filtresi için 4,45'e çıkmaktadır. Volkswagen Jetta'nın yağ filtresi ise en düşük çeşitlilik katsayısına sahip olmasına rağmen (0,88) aynı aracın satış fiyatının çeşitlilik katsayısı ile karşılaştırıldığında (0,16) bu rakam bile oldukça yüksek kalmaktadır.

Deneklerin çoğunluğunun kasko yaptırmış olmasına rağmen kaza parçalarını tahmin doğrulukları bakım parçalarından daha yüksektir. Bakım parçalarının daha çok yetkili servislerde kullanılıyor olması ve deneklerin çoğunluğunun yetkili servisleri tercih etmeleri, işçilik ücretleri tahminleri ile beraber değerlendirildiğinde “yetkili servislerde yüksek fiyat” varsayımının söz konusu olduğunu göstermektedir.

Ayrıca, dergi okuduğunu belirten deneklerin diğer deneklerden daha iyi tahmin yaptığına yönelik bir sonuç ortaya çıkmamıştır. Bu durum, sektörel dergilerin satış sonrası yönelik bilgi asimetrisini gidermede etkin rolünün olmadığını Kodak Kararı'na benzer şekilde²⁴⁵ göstermektedir. Bunun bir nedeni, ülkemizde bağımsız “Consumer Report” benzeri yaygın bir bağımsız tüketici dergisinin bulunmamasıdır.

Bilgi asimetrisi bakımından, anketin sonuçlarının genel değerlendirmesi, ankete katılanların satış fiyatı tahminleri ile satış sonrası fiyat tahminleri arasında büyük bir olumsuz fark olduğu ve açık bir bilgi asimetrisinin bulunduğu şeklindedir. Katılan denekler, gerek mevcut müşteri tabanı olarak ve gerekse satış pazarı potansiyel müşterisi olarak sistem fiyatlandırması yapabilecek bilgidен yoksundurlar. Bu da göstermektedir ki, en azından bu anketin toplam tüketiciyi temsil ettiği oranda, tüketicilerin motorlu taşıtların satış sonrası pazarlarına yönelik bilgi asimetrisi, sağlayıcıların pazar gücüne sahip olmasına uygun bir ortam yaratmaktadır. Bir başka ifade ile, satış sonrası

²⁴⁵ MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, “Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)”, Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution 4th Ed.* içinde, 2002, Cambridge University Press, s. 403.

hizmetlere yönelik kalitesiz talep ve ikinci el değeri nedeniyle oluşan geçiş maliyetleri ülkemizin en önemli sorunu olarak gözükmektedir.

5. SONUÇ

Makro ekonomik açıdan enflasyonla mücadelede belirli ölçüde başarıyı yakalamış olan ülkemizin, enflasyonu %10'un ve hatta %5'in altına kalıcı olarak çekebilmesi için, odağını piyasalardaki etkinsizliklere çevirmesi gerekmektedir. Kısa süre önce Merkez Bankası Başkanı'nın yaptığı ve bir piyasa aktörünün gerçekleştirdiği zammın enflasyon üzerindeki etkisine yönelik eleştirileri bu ihtiyacın bir göstergesidir. Piyasadaki etkinsizliklerin ortadan kaldırılması rekabet politikalarının bir amacı olduğuna göre, makro ekonomik etkiye sahip rekabet kuralı uygulamaları artık gündemimizi çok daha fazla meşgul edecektir. Bu uygulamaların doğru sonuçlar vermesi ise, devletin Anayasa'nın 167. maddesinden kaynaklanan müdahale gücünü gerektiği yerde etkin bir biçimde kullanmasına bağlıdır. Bu gücü elinde tutanların başarısı da piyasaların etkinlik düzeyi ile ölçülmektedir.

Dayanıklı tüketim malı harcamaları GSMH içinde büyük yer tutmaktadır. Dolayısıyla bu harcama kalemlerine yönelik rekabet hukuku uygulamasının makro ekonomik performansa katkısı da büyük olacaktır. Motorlu taşıtlar hem bu harcamalar içinde büyük yer tutmakta hem de endüstri performansı olarak ihracat rakamları bakımından ilk sırada yer almaktadır. Dolayısıyla bu endüstriye yönelik rekabet politikaları hem tüketici refahı hem de ihracat performansının devam ettirilmesi bakımından önemlidir.

Rekabet hukukuna temel teşkil eden sanayi iktisadında *Post-Chicago* dönemi ile beraber birçok yeni kavram ve uygulama gün ışığına çıkmıştır. Bu dönemin başlangıcı sayılan ve dayanıklı tüketim mallarını konu alan Kodak Kararı; geçiş maliyetleri, bilgi asimetrisi gibi kavramları rekabet hukuku uygulamasına kazandırmış ve uygulamanın piyasa gerçeklerine yönelik olması gerektiğini söylemiştir.

Diğer dayanıklı tüketim mallarında olduğu gibi motorlu taşıtlar endüstrisinde satış pazarlarının yanı sıra satış sonrası pazarlarda bulunmaktadır. Kodak Kararı ile beraber satış sonrası pazarların rekabet hukuku analizi önemli bir değişim göstermiştir. Satış sonrasında yedek parçada pazar gücüne sahip olan bir teşebbüsün, bakım ve onarım hizmetlerini yedek parçanın satışına bağlayarak rakiplerini dışlayabileceği ve tüketici refahını olumsuz etkileyebileceği görülmüştür. İlgili teşebbüse satış sonrasında bu gücü veren geçiş maliyetleri, bilgi asimetrisi, yetersiz repütasyon vs. gibi piyasa aksaklıklarıdır.

ABD’de başlayan değişim, iktisadi yaklaşımlara çok daha fazla önem vermeye başlayan AB’ni de etkilemiştir. Ülkemizde çıkarılan 2005/4 sayılı Yeni Motorlu Taşıtlar Tebliği de bu değişimin bir parçası olarak kabul edilebilir.

Değişimin ülkemizde doğru yönetilip yönetilmediği, bu endüstriye yönelik ampirik çalışmaların yapılması ile sorgulanabilir. Ampirik çalışmalar ise kolay takip edilebilir teorik temellere sahip olmalıdır. Çalışmamızda, Kodak ile başlayıp gelişen ve AB ile Rekabet Kurulu uygulamasına da kısmen yansıyan satış sonrası pazar teorilerinin incelemesi yapılmıştır. Bu incelemeye dayalı olarak herhangi bir dayanıklı tüketim malının satış sonrası pazarlarını konu alan bir rekabet incelemesi veya normatif tartışmada, analizin nasıl yapılacağı adım adım anlatılmıştır.

Bu anlamda, incelemenin ilgili pazarın tespiti, hakim durum analizi ve kötüye kullanma aşamalarından oluşması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve hakim durum analizinin en kritik aşamayı oluşturduğu belirlenmiştir. Satış sonrasında hakim durumun tespiti için 6 kritere bakılması gerektiği ve bunların incelenen pazar koşullarına göre aldıkları şeklin sistem teorisi veya satış sonrasında pazar gücü teorisini ön plana çıkaracağı anlaşılmıştır. Hakim durumun kötüye kullanılmasında ise, ilgili teşebbüsün fikri mülkiyet hakkını bir def-i olarak ileri sürebileceği, ayrıca kalitenin korunması ve teorik olarak kalsa da fiyat ayrımcılığını etkinlik savunması olarak dile getirebileceği görülmüştür. Bu teorik bulgulara dayalı olarak motorlu taşıtlar endüstrisinde satış sonrasında pazar gücünü kabul ettiği anlaşılan Rekabet Kurulu’nun bu tercihi bilgi asimetrisi özelinde ampirik bir çalışmada test edilmiştir. Çalışmanın bulguları tüketicilerin satış sonrası fiyatları hakkında bilgilerinin kısıtlı olduğu ve sistem fiyatlandırması yapamayacakları yönündedir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu’nun tercihinin doğru olduğu anlaşılmıştır.

Motorlu taşıtlar özelinde, satış sonrasında pazar gücü varsayımına dayanan sıkı rejimin sona erip piyasaların kendi kendine dengeye gelebilmesi için, sistem teorisinin geçerli olmasını sağlayacak adımlar atılmalıdır. Bu kapsamda geçiş maliyetlerinin azaltılması, teşebbüslerin bilgi asimetrisini giderecek adımlar atması, tüketiciler ile satış sonrasına yönelik anlaşmalara ağırlık verilmesi gereklidir. Tabi ki bu adımların sonuçları yapılacak ampirik çalışmalar ile ölçümlenmelidir.

KAYNAKÇA

Andersen, “Study on the impact of possible future legislative scenarios for motor vehicle distribution on all parties concerned”, 2001.

Ardıyok, Ş. “California Energy Crisis and Critics of Turkish Electricity Deregulation Process”, International Conference on Business, Economics and Management, International Journal of Business, Management and Economics, Vol. 1, No. 2, June 2005.

Ardıyok, Ş., “Mikro İktisadi Müdahalelerde Kavram ve Yetki Karmaşasının Analizi ve Çözüm Önerileri”, Erciyes Üniversitesi, Odman Boztosun (ed.), N. A., Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III içinde, Seçkin Kitapevi, s. 155-199, 2005.

Aslan, İ. Y., “Periyodik Bakım Zorunluluğunun Hukuki Mahiyeti ve TKHK Karşısında Durumu”, Sabuncuoğlu, Z. (ed.), *İşletmelerde Çağdaş Yaklaşımlar* içinde, Bursa, 2002, s. 243 - 262.

Aslan, İ. Y. ve Diğerleri, Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları, Ekin Kitabevi, 2006.

Aslan, İ. Y., Rekabet Hukuku: Teori - Uygulama - Mevzuat, 4. Bası, Ekin Kitabevi, 2007.

Borenstein, S. ve Diğerleri, “Antitrust Policy in Aftermarkets”, Antitrust Law Journal, Vol. 63, 1994-1995.

Borenstein, S. ve Diğerleri, “Exercising Market Power in Proprietary Aftermarkets”, Journal of Economics & Management Strategy, Vol. 9, No. 2, Summer 2000, s. 157-188.

Carlton, D. W. & M. Waldman, “Competition, Monopoly and Aftermarkets”, NBER Working Paper: 8086, 2001

Dr. Lademann & Partner, “Customer Preferences for Existing and Potential Sales and Servicing Alternatives in Automotive Distribution”, 2001.

Elzinga, K. G. & D. E. Mills, “Independent Service Organizations and Economic Efficiency”, 39 Econ. Inquiry 549 (2001).

EU Commission, “Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law”, OJ C 372, 9/12/1997.

EU Commission, “Discussion Paper on Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, Aralık 2005.

- Farrell, J. & P. Klemperer, "Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects", May 2006, www.paulklemperer.org.
- Fox, E. M., "Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc. - Information Failure as Soul or Hook?", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994.
- Grimes, W. S., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994.
- Herndon, J. B., "Intellectual Property, Antitrust, and the Economics of Aftermarkets", *The Antitrust Bulletin/Summer-Fall 2002*.
- Hofer, P. ve Diğerleri, "Competition Policy Analysis in Dynamic and Complex Markets: Switching Costs, Aftermarkets, and Network Effects", *Nera Antitrust Insight*, May-June 2006.
- Hovenkamp, H., "Market Power in Aftermarkets: Antitrust Policy and the Kodak Case", *UCLA Law Review*, Vol. 40, 1992-1993, s. 1447-1459.
- Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Second Edition, 1999.
- Kattan, J., "Market Power in the Presence of an Installed Base", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, 1993-1994.
- Klein, B., "Market Power in Antitrust: Economic Analysis After Kodak", 3 *Sup.Ct. Econ. Rev.* 43 (1993).
- Klemperer, P., "Markets with Consumer Switching Costs", *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 102, No. 2, (May, 1987), s. 375-394.
- Lande, R. H., "Chicago Takes it on the Chin: Imperfect Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World", 62 *Antitrust L. J.* 193, 1993-1994.
- Larson, A. C., "Antitrust Tie-in Analysis After Kodak: A Comment", 63 *Antitrust Law Journal* 239, 1994-1995.
- London Economics, *Developments in car retailing and after-sales markets under Regulation No 1400/2002*, Vol. I, June 2006.
- MacKie-Mason, J. K. & J. Metzler, "Links Between Vertically Related Markets: Kodak (1992)", Kwoka, J. & L. White (ed.), *The Antitrust Revolution 4th Ed.* içinde, 2002, Cambridge University Press.
- Peritz, R. J.R., "Doctrinal Cross-dressing in Derivative Aftermarkets: Kodak, Xerox and Copycat Game", *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, No.1/Spring 2006.

PricewaterhouseCoopers, *Block Exemption Regulation*, January 2006.

Salop, S. C., "The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millennium", *Antitrust Law Journal*, Vol. 68, 2000-2001.

Shapiro, C. & D. J. Teece, "System Competition and Aftermarkets: An Economic Analysis of Kodak", *Antitrust Bulletin*, Spring 1994.

Shapiro, C., "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak", *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1994-1995.

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, April 1992.

	Araş Fiyatı	Oran eol gamuruluk	Arka etop lambası	Arka tampon	Arka eol kapaı	Oran eam	Yağ filtresi	Hava filtresi	Oran fren balatası	Saatlik tamirbakım (ortal)
Renault Megane Sedan 1.8										
N	109	107	108	109	107	108	107	109	107	109
Varsı	31256,00	469,08	155,09	590,93	935,36	616,59	86,02	79,46	327,74	97,66
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,17	0,94	0,84	0,91	0,82	0,91	1,70	1,38	2,00	0,91
Oran eol lambası	1,0127	2,3811	2,4278	2,0792	2,4615	1,9504	17,6037	3,6130	3,2932	1,1467
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Toyota Corolla Sedan 1.8										
N	97	95	96	96	94	95	95	96	95	95
Varsı	31765,58753	495,0636364	167	587,1636364	560,6786991	652,5363634	96,23353111	85,2	389,4036697	72,37614679
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,19	0,89	0,76	0,77	0,84	0,87	1,17	1,35	1,73	0,98
Oran eol lambası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Volkswagen Jetta 1.8										
N	97	95	96	96	94	95	95	96	95	95
Varsı	35810,34453	641,5473694	261,7473694	913,1769474	1271,326767	852,369474	110,6210528	98,16666667	500,2105282	79,74736942
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,16	0,84	1,30	0,82	0,84	0,82	0,88	1,02	1,41	1,16
Oran eol lambası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Honda Civic Sedan 1.8										
N	99	94	94	95	94	95	95	95	95	94
Varsı	32391,66667	480,0531915	247	636,1053632	1087,5191449	872,9363632	169,8732609	257,483671	529,7391304	82,55319149
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,22	0,96	1,50	0,87	0,76	0,86	2,05	4,45	2,09	1,09
Oran eol lambası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Nissan Primera Sedan 1.8										
N	95	95	96	96	94	95	95	95	95	94
Varsı	33505,81398	498,0947368	228,6210528	914,2842106	1062,523277	847,947368	128,3696662	113,8824773	631,3613043	93,86170213
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,24	0,90	1,50	0,78	0,79	0,80	2,34	1,14	2,34	1,66
Oran eol lambası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Ford Focus Sedan 1.8										
N	99	95	96	96	94	95	95	95	95	95
Varsı	31602,27273	491,0631679	194,7052632	627,673662	1129,148336	660,648336	101,5833333	79,03061656	376,2105282	62,52631679
Missing	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Mean	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Median	31000,00	300,00	125,00	437,50	750,00	450,00	140,00	50,00	200,00	50,00
Oran eol gamuruluk	0,19	0,89	0,76	0,77	0,84	0,87	1,17	1,35	1,73	0,98
Oran eol lambası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eol kapaı	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran eam	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Yağ filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Hava filtresi	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Oran fren balatası	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267
Saatlik tamirbakım (ortal)	1,0899	1,7555	0,9524	2,4163	1,7638	1,2820	7,5665	2,1850	3,8940	1,2267

**ROMA ANLAŞMASININ 82. MADDESİNDE ÖNGÖRÜLEN REVİZYON
HAKKINDA DEĞERLENDİRME ve
TÜRK REKABET HUKUKU BAKIMINDAN ETKİLERİ**
Av. Hande HANÇER, Özge İÇÖZ,

“Hakim durumdaki teşebbüslerin de etkin bir şekilde rekabet etmelerine izin verilmesi gerekir.”

Neeli Kroes

GİRİŞ

Avrupa Komisyonu’nun (Komisyon) Neelie Kroes başkanlığındaki Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlüğü (DG Competition), Avrupa Birliği (AB) rekabet hukukunda son dönemde Roma Anlaşması’nın 81. maddesi ve birleşme ve devralmaların kontrolü konularında gerçekleştirilen reformlara paralel olarak; hakim durumu kötüye kullanma hallerini düzenleyen 82. maddenin de bu reformlara uyum sağlaması ve anılan madde uygulaması bakımından da *ekonomik/etki-temelli* bir yaklaşım içeren bir Tartışma Metnini (Discussion Paper) Aralık 2005 tarihinde ilgililerin görüşlerine açmıştır.

Bu süreçte Komisyon söz konusu Metin üzerinde kapsamlı tartışmalar yürütmüştür. Reform çalışması üzerinde önce üye ülke temsilcileri ile görüşmeler yapılmış, ardından Metin 31 Mart 2006 tarihine kadar Komisyon’un web sayfasında kamuoyunun görüşlerine açılmıştır. Metne çok sayıda kişi, kurum ve kuruluş görüş vermiştir.

Reformun gerekçesiyle ilgili yapılan açıklamalara göre Komisyon, artık tüketiciye en çok zarar veren rekabeti bozucu davranışlar üzerinde yoğunlaşmak istemektedir. Bu nedenle son dönemde, kartellerle mücadeleye ağırlık vermiştir. Benzer şekilde, 82. maddeye yönelik reform çalışmasında da tüketiciye en çok zarar veren hakim durum ihlalleri üzerinde durulmuştur¹.

Neelie Kroes 82. madde reformu ile ilgili yaptığı bir konuşmada, reformun ve kamuoyuna sunulan Tartışma Metninin hazırlanmasının amacının

¹ 19 Aralık 2005 tarihli Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlük Bilgi Notu <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

82. madde uygulamasını değiştirmek ya da uygulamayı yumuşatmak olmadığını, Komisyon'un asıl amacının 82. madde ile ilgili uygulamalarda en çok karşılaşılan kötüye kullanma davranışları için sağlam zarar teorileri geliştirmek olduğunu ifade etmektedir².

Teşebbüsler açısından bakıldığında ise, rekabet kurallarının uygulanmasında teşebbüslerin her zaman hukuki belirlilik talepleri bulunduğu bir gerçektir. Bu açıdan, 81. madde ve yoğunlaşmaların kontrolünde halihazırda yürürlükte bulunan kılavuzlar, teşebbüsler için ciddi belirlilik sağlamaktadır. Ancak 82. madde için bugüne kadar uygulamada teşebbüslere yol gösterecek bir kılavuz hazırlanmamıştır. Bu çalışmanın sonucunda bu yönde kılavuzların ortaya çıkması teşebbüsler beklentilerinin başında gelmektedir.

Nellie Kroes Fordham Enstitüsü'ndeki konuşmasında, ABD uygulamasına da atıfta bulunarak³, “*bozulmamışsa, tamir etme*” yaklaşımını benimsediklerini belirtmiştir. Bu yaklaşıma göre, pazarda rekabetin bozulduğuna dair kesin deliller ve göstergeler olmadan pazara müdahale edilmemelidir. Kroes'in ifadesine göre; Komisyon açısından da bu yeni yaklaşım sayesinde, hem kendi kaynaklarını hem de ye ülke rekabet otoritelerinin sınırlı insan ve mali kaynaklarını gerçekten tüketicisi zararını ortadan kaldıracak uygulamalara daha etkin bir şekilde yönlendirmek amaçlanmaktadır.

Bu erevede, Tartışma Metninde esas olarak, Komisyon ve Topluluk yargı mercilerinin 82. madde uygulamaları bakımından *şekilci* (formalist) bir yaklaşım içerisinde oldukları yönündeki temel eleştirileri dikkate alınarak; 82. maddenin uygulanmasında *etki-temelli* bir yaklaşım getirilmesini öngörülmekte ve buna ilişkin olarak genel ve özel prensipler ortaya konulmaktadır.

Metin, 82. madde uygulaması için Komisyon'un son dönemlerde almış olduğu kararlarda kullanılan ekonomik analizler üzerine kurulan bir ereve önermektedir. Metinde aynı zamanda en çok rastlanan *yıkıcı fiyat* (predatory pricing), *bağlama* (tying), *iskonto* ve *indirimler* (rebates and discounts) gibi kötüye kullanma hallerinin değerlendirilmesi için olası bir yöntemler belirlenmektedir. Diğer kötüye kullanma hallerinden olan ayrımcı ve sömürücü davranışların, Komisyon'un 2006 yılında yapacağı başka bir çalışmanın konusu olacağı, yine Komisyon'un web sayfasında açıklanmaktadır.

² Nellie Kroes'in 23 Aralık 2005 tarihinde Fordham Corporate Law Institute, New York'ta yaptığı konuşma

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

³ Bkz. Dipnot 2.

Bizim bu reform üzerinde bir çalışma yapmaktaki amacımız ise; esasen Avrupa Komisyonu'nun 82. madde uygulamasında bugün gelmiş olduğu noktanın Türkiye için hem AB adaylığı çerçevesindeki müktesebata uyum yükümlülükleri, hem de bu yükümlülükler dışında da rekabet kurallarının daha etkin bir şekilde uygulanması hedefinin bulunmasıdır. Bilindiği üzere, ABD rekabet kurallarının uygulanmasında ihlallerin tüketici refahına etkilerini ölçmek amacıyla ekonomik analiz tekniklerini uzun yıllardır yaygın olarak kullanmaktadır. ABD'den daha kısa bir geçmişi olan AB, rekabet kuralları uygulamalarında 82. madde sayılan ihlal örnekleri üzerinden şekilci bir yaklaşıma sahip olması nedeniyle uzun yıllardır bu yönde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Hem 81. Madde ve Yoğunlaşmaların kontrolünde yapılan reformları hem de 82. madde ile ilgili olarak yapılan bu reform çalışmasını bu yöndeki değişim ve gelişme çabaları olarak görmek gerekmektedir.

Türkiye'de de rekabet uygulamalarının yaklaşık 10 yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırıldığında 10 yıl kısa bir süre gibi görünse de, Türkiye'nin bu konuda azımsanmayacak ölçüde tecrübe birikimi oluşmuştur. Uygulamada AB'de karşılaşılan sorunların Türkiye'de de yaşanması son derece doğaldır. Bunun birkaç sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerin başında, Türk Rekabet Kanunu'nun temel maddeleri olan 4. ve 5. maddenin AB rekabet kuralları olan Roma Anlaşması'nın 81. ve 82. maddenin neredeyse doğrudan çevirisi olması gelmektedir. Kanunun lafzındaki bu paralellik, ikinci sebep olan uygulamada paralelliği de beraberinde getirmektedir. Yapılan incelemelerde, yürütülen soruşturmalarda Rekabet Kurumu özellikle ilk yıllarda büyük ölçüde AB içtihatlarından yararlanmışır. Dolayısıyla zaman içerisinde ortaya çıkan bilgi ve tecrübe birikimi de temel prensipler açısından AB içtihatlarına paralellik göstermektedir. Bu nedenle, AB'de gündemde olan tartışmaların Türkiye'de de takip edilmesini kaçınılmaz olarak görmekteyiz.

Son olarak, bizce de rekabet kurallarının odak noktasını tüketici refahı oluşturmalıdır. Bu nedenle, hakim durum ihlallerinin de tüketiciye etkileri açısından ele alınmasının sağlayacağı faydalar, Türkiye açısından bütün diğer sebeplerden daha geçerli bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çerçevede, Tebliğimizde söz konusu reform çalışması ana hatlarıyla ele alınacaktır. İlk bölümde reformun gerekçeleri ve öngördüğü yeni yaklaşım kısaca ortaya konulacaktır. Ancak Tartışma Metninin oldukça kapsamlı olması ve Metne getirilen eleştirilerin de aynı şekilde çok sayıda ve kapsamda olması nedeniyle, burada ihlal türlerinin detayına girilmeyecek, genel olarak öngörülen çerçeveden bahsedilecektir. Ardından bu yaklaşıma getirilen önemli eleştirilere yer verilecektir. Son olarak Türk Rekabet Kurumu'nun hakim durum

analizlerinden örnekler verilecek, ve 82. madde reformunun Türkiye için olası etkilerinden bahsedilecektir.

2. 82. MADDE UYGULAMALARI ve REFORM İHTİYACI

Hakim durumun söz konusu olduğu pazarlardaki temel önkabul, pazardaki rekabetin zaten az olmasıdır. Bu nedenle, rekabet kurallarının hakim durum uygulamaları açısından temel amacı, hakim durumdaki teşebbüsün pazardaki rekabeti daha da azaltmaya yönelik davranışlarının, dolayısıyla tüketiciye kısa, orta veya uzun vadede zarar verecek durumların önüne geçmektir⁴.

Tartışma Metninde ele alındığı şekliyle kötüye kullanma halleri; genellikle dışlayıcı kötüye kullanma ve sömürücü kötüye kullanma olarak ikiye ayrılmaktadır. Dışlayıcı kötüye kullanma rakipleri pazar dışına iterken, sömürücü kötüye kullanma davranışı ile hakim durumdaki teşebbüs, örneğin uyguladığı aşırı fiyatlar yoluyla pazar gücünü sömürmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Tartışma Metni sadece dışlayıcı kötüye kullanma davranışları ile ilgilenmektedir. Rakibin pazar dışına itilmesi, daha sonra tüketicilerin ve müşterilerin sömürülmesine temel oluşturduğundan, Tartışma Metninde özellikle dışlayıcı kötüye kullanma hallerine öncelik vermektedir.

Tartışma Metninin hazırlanması öncesinde; *ekonomik temelli* (economics-based) veya *etki-temelli* (effects-based) bir yaklaşım ve bunun gereksinimleri ile ilgili olarak, Rekabet Politikası Ekonomik Danışma Grubu (Economic Advisory Group on Competition Policy-EAGCP) tarafından, Tartışma Metnine dayanak olması amacıyla kapsamlı bir rapor hazırlanmıştır.

Ekonomik temelli bir yaklaşımı tüm yönleriyle ele alan bu Raporda; rekabet hukuku ile getirilen yasakların temel amacının *tüketici refahını korumak* olduğu ve bu sebeple de bir davranışın 82. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespiti için *davranışın her olay bazında, ortaya çıktığı şekil itibariyle değil, fakat bu davranışın, tüketici nezdinde ortaya çıkardığı zararın incelenmesi* gerektiği ortaya konulmaktadır. Bu doğrultuda Raporda, 82. madde uygulaması bakımından temel olarak; teşebbüslerin davranışlarının incelenmesinden önce *rekabetçi zarar* kavramı ve *bir davranışın ne ölçüde etkinlik sağlayarak olumsuz etkileri engelleyebileceği* kavramlarının

⁴ 19.12.2005 tarihli Komisyon Duyurusu http://europa.eu/rapid/press_Releases_Action.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en

belirlenmesi gerekliliğini vurgulanmakta ve *etki-temelli* bir yaklaşımın aslında *rule of reason* yaklaşımını ortaya çıkardığı belirtilmektedir.

Tartışma Metni de, esas olarak Komisyon'un 82. madde uygulamasındaki tecrübesi ve Avrupa Birliği mahkemeleri tarafından oluşturulan içtihatlarla dayanılarak hazırlanmış bir belge olup, 82. maddenin *dışlayıcı kötüye kullanma* hallerine uygulanmasında göz önüne alınması gereken genel ve özel prensipleri ortaya koyan bir kılavuz niteliğindedir. Tartışma Metni Komisyon'a analitik bir yaklaşımın çerçevesini çizmekte, fakat bu yaklaşımın her uygulanması bakımından gerekli detayları vermemektedir. Bu Metinde açıklanan yaklaşım, Komisyon tarafından uygulandığı takdirde her olaya özgü koşullar ve durumların değerlendirilmesi sonucunda uygulanacaktır.

Avrupa Birliği Rekabet Genel Müdürlüğü, Tartışma Metninin amacının, *tüketici refahının sağlanması ve kaynakların etkin kullanılmasının garantiye alınması anlamında pazardaki rekabet korunması* olarak belirtmek⁵ suretiyle temel odağın *tüketici refahı* üzerinde olduğunu vurgulamakta ve Metnin pek çok yerinde de bu hususu pekiştirmek amacıyla, 82. madde uygulamasının, davranışın *şeklinden* ziyade, *tüketici üzerindeki etkilerini* esas alan *etki-temelli yaklaşıma* doğru ilerlemekte olduğu prensibini ortaya koymaktadır.

Metin kapsamında yalnızca, *dışlayıcı kötüye kullanma halleri* ele alınmış olup, diğer kötüye kullanma hallerinin hazırlanacak ek kılavuzlarla ele alınacağı belirtilmektedir. *Dışlayıcı kötüye kullanma halleri*, Metinde *hakim durumda olan bir teşebbüsün; varolan veya olası rakiplerinin bir pazara girişlerinin tamamen veya kısmen kapatılması veya bu pazarda genişlemelerinin tamamen veya kısmen engellenmesi olarak nitelendirilebilecek, pazarı kapama etkileri doğurabilecek davranışlar* olarak tanımlanmaktadır⁶.

Tartışma Metni ile 82. madde uygulaması bakımından getirilen *etki-temelli* yaklaşım ilgili çevrelerde genel olarak büyük bir takdirle karşılanmakla birlikte; Metne karşı yapılan eleştirilerin büyük çoğunluğu, Metinde yer alan bazı prensiplerin esasen bu yeni yaklaşım ile bağdaşmadığı ve bazı noktaların eksik kaldığı noktasında toplanmakta ve çıkarılacak ek kılavuzlarla eksik ve belirsiz kalan noktaların açığa kavuşturulması istenilmektedir. Tartışma Metnine genel anlamda getirilen eleştirilerin şu başlıklar altında toplanması mümkündür;

- Metinde pek çok yerde *etki-temelli yaklaşım* uyarınca getirilen ilkeler dışında hareket edilmekte olduğu belirtilmekte ve bu durum

⁵ European Commission, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels, December 2005. (§ 4) <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

⁶ Discussion Paper (§ 4)

eleştirilmektedir. Örneğin, Tartışma Metninde pek çok *şekilci test* öngörülmekte ve testlerde davranışın tüketici üzerindeki olası veya var olan etkileri dikkate alınmamaktadır⁷. Gerek dışlayıcı kötüye kullanma hallerine ilişkin genel prensipler ve gerekse bazı özel kötüye kullanma halleri için benimsenen prensipler bakımından geliştirilmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Özellikle, hakim durumun tespiti bakımından öngörülen pazar paylarının çok düşük olması ve bazı davranışların değerlendirilmesinde esnek standartlar getirmesi, Komisyon'un geçmişte ve halihazırda sıkça eleştirilen *şekilci yaklaşımını* tekrar benimsemesine yol açabilecek niteliktedir⁸.

- Etkinlik savunmasında *ispat yükü* haksız olarak teşebbüsler üzerinde bırakılmıştır⁹. Tartışma Metninde, *etki-temelli* bir yaklaşım ile bağdaşmayacak şekilde pek çok karine öngörülmüş ve bu durumlarda ispat yükü teşebbüslerin üzerine bırakılmıştır. Oysa 82. madde uygulamasında genel prensip; ispat yükünün *Rekabet Otoritesine veya şikayetçiye ait olduğu* doğrultusundadır. Bu nedenle Tartışma Metninde getirilen bu yaklaşım, teşebbüslere, hukuken bir dayanağı olmaksızın ispat külfeti yüklemekte ve *etki-temelli* yaklaşım prensipleri ile bağdaşmamaktadır¹⁰. Rekabete aykırı zarar doğurabilecek belirli bir davranışın ortaya çıkabileceği hallerin ayrıntılı teorik açıklamalarının yapılması, teşebbüslerin davranışlarının 82. maddeyi ihlal edip etmediğinin belirlenmesi için ayrıntılı pazar analizi uygulamalarına girişmelerine neden olarak, üzerlerine ağır bir yük getirecektir¹¹.
- Tartışma Metni, özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)'nın önceki kararlarına çok bağlı kalmıştır. Ancak bu kararlar somut olay şartları içerisinde verilmiş kararlardır. Bu

⁷ Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the United Kingdom ("JWP") Response to DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses s.1-2

⁸ GIANNI, ORIGONI, GRIPPO&PARTNERS Comments on the European Commission's DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses

⁹ JWP s.1-2

¹⁰ Simmons&Simmons "DG Competitiondiscussion paper on the application of Article 82 to exclusionary abuses; JWP; Akman, Pınar "The EC Discussion Paper on the Application of Article 82"

¹¹ AMCHAM EU *Comments on the DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* s. 2, paragraf 5

nedenle, bu kararlardan genel prensipler çıkarılması doğru bir yaklaşım olmamaktadır. Söz konusu Metinde, Komisyon'un hâlihazırda eleştirilmekte olan kararlarına atıflar yapılmış olması büyük bir çelişki yaratmaktadır.

- Metinde yalnızca dışlayıcı kötüye kullanma halleri ele alınmaktadır. Ancak dışlayıcı kötüye kullanma davranışları ile diğer davranışlar birbirlerinden tamamen ayrı kategoriler değildirlir. Bu sebeple, çeşitli davranışların en azından etkileri bakımından, bir bütün halinde ve tutarlı analizlerin yapılması gerekmektedir¹².
- Tartışma Metni ile *ekonomik* bir yaklaşımın benimsenmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte, teşebbüslerin hukuki belirlilik gereksinimleri de karşılanmalı ve bu noktada çıkarılacak kılavuzlarla *öngörülebilirlik* ve *belirlilik* konularında bir denge sağlanmalıdır¹³. Teşebbüslere *güvenli limanların* (safe harbour) ve ticari belirlilik ve öngörülebilme konularında yardımcı olacak bir takım örneklerin de yer aldığı kılavuzların çıkarılması gereklidir¹⁴.

İlerleyen bölümlerde ilgili başlıklar altında metinde öngörüle yeni yaklaşımlara ve bu yaklaşımlara getirilen eleştirilere daha detaylı olarak yer verilecektir.

3. 82. MADDE'NİN DİĞER DÜZENLEMELERLE İLİŞKİSİ

Tartışma Metninde, Roma Anlaşmasının 81. ve 82. maddelerinin her ikisinin de, dışlayıcı kötüye kullanma halleri bakımından pazardaki etkin rekabetin devamlılığının sağlanması amacıyla hizmet etmekte oldukları ve ATAD'ın *Compagnie Maritime Belge*¹⁵ gibi kararlarında ortaya çıkan yerleşik içtihadı uyarınca aynı anda uygulanmalarının mümkün olduğunu belirtilmektedir.

Tartışma Metninde, 81(3). maddede sayılan muafiyet koşullarının hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açacak sınırlayıcı anlaşmalara da uygulanması gerekliliğinin belirtilmesinin yanı sıra, "*hakim durumda bulunan*

¹² MEDEF Observations on the draft guidelines proposed by the European Commission on the application of Article 82 of the Treaty-DAJ-01.03.2006

¹³ MEDEF, CROWELL&MORING "*Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses*" s.6

¹⁴ Simmons&Simmons "*DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses*"

¹⁵ *Compagnie Maritime Belge Transports SA C-395/96 P* ve *Compagnie Maritime Belge SA ve Dafra Lines A/S C-396/96 P* (birleşmiş davalar)

bir teşebbüs de, 81(3). maddede aranan koşulların mevcut olması halinde bu madde ile sağlanan muafiyetten yararlanmalıdır” ifadesiyle daha sonra inceleyeceğimiz üzere, etkinlik savunmasının hakim durumun kötüye kullanılması davranışları bakımından da söz konusu olacağını belirtmektedir. Bu çerçevede, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün davranışı etkinlik sağlıyorsa, 81(3). maddede aranan diğer koşulların da sağlanması halinde, bu davranış 82. madde anlamında bir kötüye kullanma hali olarak nitelendirilemeyecektir¹⁶.

Bu konudaki görüşlere göre, Metnin bu saptamasında benimsenen yaklaşımın *rule of reason* doktrinine yaklaşılmış olduğu görülmekle birlikte, konu hakkında açıklık sağlanması talep edilmektedir¹⁷.

4. 82. MADDE KAPSAMINDA UYGULANMASI BAKIMINDAN “PAZAR TANIMI”

Tartışma Metni, yeni yaklaşım uyarınca da *ilgili pazarın* tespitinde kullanılacak temel kaynağın, Komisyon tarafından çıkarılmış olan 09.12.1997 tarihli *İlgili Pazarın Tespiti Hakkında Komisyon Duyurusu*¹⁸ olduğunu açıkça belirtmektedir.

Bununla birlikte, Tartışma Metni ilgili pazarın tespiti konusunda, *SSNIP Testinin (Small but Significant Non-Transitory Increase in Price)* uygulanmasında doğan ve *Cellophane Fallacy*¹⁹ olarak adlandırılan problem üzerinde durarak, *SSNIP Testinin* tek başına uygulanmasından doğabilecek sorunları dile getirmekte ve ilgili pazarın tanımlanmasında dikkate alınabilecek diğer alternatif yöntemlere değinmektedir.

¹⁶ Discussion Paper (§ 8)

¹⁷ Akman, Pınar “The EC Discussion Paper on the Application of Article 82” s. 3

¹⁸ OJ C 372, 09.12.1997 “ Commisison Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law”

¹⁹ SSNIP testi, genel olarak, bir malın pazardaki geçerli fiyatını bir gösterge alarak, bu fiyatın %5 ila % 10 arasında, küçük ama etkili ve kalıcı bir şekilde yükseltilmesi halinde, o malın tüketicilerinin halihazırda pazarda bulunan diğer ikamelerine yönelip yönelmeyeceği sorusu üzerine yapılmış ve talep esnekliği/talep ikamesi esas alınarak hazırlanmış bir testtir. Ancak, SSNIP testi, hakim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanmakta olan fiyatın, zaten rekabetçi seviyenin çok üzerinde olabileceğini ve bu nedenle en küçük bir fiyat artışında dahi tüketicinin zaten ikame mallara yöneleceği noktasını dikkate almamaktadır. Bu durum da kuşkusuz, pazarın çok geniş bir şekilde tanımlanmasına yol açmaktadır. Bu problem ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde selofan üreticisi bir firma ile ilgili bir kararda ortaya çıkması nedeniyle cellophane fallacy olarak adlandırılmıştır.

Tartışma Metni, ilgili pazar tanımının özel olarak değerlendirilmesi gerektiği ve özellikle *SSNIP Testi* olmak üzere, tek bir yöntemin uygulanması ile belirlenemeyeceğini ortaya koymakta ve bu nedenle farklı yöntemler önermektedir.

Tartışma Metni, ilk olarak *SSNIP Testinin* uygulanmasında, fiyat göstergesi olarak *geçerli fiyat* (prevailing price) yerine *rekabetçi fiyatın* (competitive price) alınması gerektiğini belirtmektedir²⁰. Metinde yalancı ikamelerin bulunup bulunmadığının kontrolü için *rekabetçi bir fiyat* oluşturmak; bir başka ifade ile *rekabetçi fiyat* tahmin etmek ve bunun *SSNIP Testinde* kullanılmasının bir yöntem olduğunu; ancak *rekabetçi bir fiyatın* gerekli doğrulukta tahmin edilebilmesinin her zaman mümkün olmadığı, dolayısıyla *bu yöntemin uygulanabilirliğinin* fazla olmadığı ifade edilmektedir.

Ancak Tartışma Metni, özellikle hakim durumda bulunan teşebbüsün pazar gücünü bir pazardan diğerine genişletmesi halinde (*kaldıraç etkisi-leverage*) söz konusu olan ve hakim durum bulunmayan pazarların da 82. madde uygulanmasına dahi edilebildiği durumlarda, ikinci pazarda fiyatların rekabet seviyesinin üzerinde çıkarılmış olduğundan şüphe etmek için bir neden olmadığından, *SSNIP Testinin* ikinci pazarda uygulanmasında bir problem olmadığını belirtmektedir.

Tartışma Metninde, ilgili pazarın tespitinde ele alınabilecek diğer bir yaklaşımın, ilgili ürünün özellikleri ve özellikle amaçlanan kullanımının dikkate alınarak, esnek olmayan tüketici taleplerinin karşılanıp karşılanmadığına bakılması olduğunu ifade edilmektedir²¹. Burada önemli olan, bir ürünün özellikleri ve kullanma amacı bakımından, yeterince çok sayıda tüketicinin söz konusu teşebbüs tarafından üretilen ürünün iyi bir ikamesi olarak kabul edilip edilmediğinin saptanmasıdır. Bu durumda, bu iki ürünün aynı pazarda olduğu kabul edilmektedir²².

Son olarak Tartışma Metni, ilgili pazarın tespitinde, farklı bölge fiyatlarının karşılaştırılmasının da uygun olabileceğini belirtmektedir. Bu

²⁰ Discussion Paper(§ 15)

²¹ Discussion Paper (§18)

²² Tartışma Metni, bu konuda örnek olarak, Campagnie general maritime and others v. Commission Case T-85/95 (2002); United Brands Case 27/76 gibi kararları örnek vermektedir. Ancak, eğer, tek bir ürün sağlayıcısı, daha az esnek talepli tüketicilere daha yüksek fiyattan satmaya ve daha esnek talepli müşterilerin, daha az esnek talepli müşterilere satmasını önlemeye muvaffak olursa, bu durumda daha az esnek talepli müşterilerin ayrı bir Pazar oluşturmaları gerekmektedir.

karşılaştırma, her şeyden önce coğrafi pazarın belirlenmesine yardımcı olmakla birlikte, ilgili ürün pazarının belirlenmesine de yardımcı olacaktır²³.

Tartışma Metni hakkında görüş bildiren çok sayıda kişi ve kurum tarafından, ilgili pazarın tespitinde 1997 tarihli Duyurunun esas alınması ve *SSNIP Testinin* doğurduğu sakıncaların belirtilerek bunların ortadan kaldırılması için gerekli olan alternatif yöntemlerin varlığına değinilmesi genel olarak olumlu karşılanmıştır. Ancak yine çok sayıda görüşte Komisyon; Metinde alternatif metotların uygulanması bakımından bir açıklık sağlanmadığı ve sadece *SSNIP Testinin* sakıncalarını ortaya koymakla yetinerek, bu sorunun ortadan kaldırılması ile ilgili olarak yeterli bilgi verilmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁴.

Bunun yanı sıra bazı diğer görüşlerde, Tartışma Metninde pazar tanımında kullanılabileceği öngörülen diğer alternatif yolların her zaman uygulanması mümkün olmadığından; bu noktada daha açıklayıcı olunması ve bu yöntemlerin ne zaman kullanılacağı veya kullanılamayacağı hususunda belirlilik sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır²⁵.

Öte yandan yine bazı görüşlerde ise, Komisyon'un pazar tanımlanmasında, herhangi bir testin mekanik uygulamasından ve özellikle yalnızca ürün özelliklerine odaklanan yöntemlerden kaçınması gerektiği, zira bu yöntemlerin pazarın çok dar tanımlanmasına yol açabileceğine ilişkin yorumlar da bulunmaktadır²⁶.

²³ Tartışma Metni, bu konuyla ilgili olarak, eğer bir teşebbüs, farklı bölgelere satış yapıyorsa ve en yüksek satış yüzdesine sahip olduğu yerde daha yüksek bir satış fiyatı uyguluyorsa, bu, rekabetçi zorlamanın, farklı tüp ürünlerden değil, aynı tip ürünün diğer sağlayıcılarından gelmekte olduğunun göstergesi olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, bölgeler arası fiyat karşılaştırılmalarında, bölgeler arasında farklılık yaratan, rekabetin yoğunluğu dışında başka etkenler olup olmadığının da göz önüne alınması gerekmektedir.

²⁴ MEDEF s.5, Simmons&Simmons s.2-3; Akman, Pınar s. 4“*Tartışma metni, SSNIP testinin uygulaması bakımından ortaya çıkan sorunların ortaya konulması olumlu bir davranış olsa da sadece sorunu ortaya koymakla yetinerek uygulanması gereken alternatif metotlar tam olarak ortaya konulmamış*”

²⁵ JWP s.4, CROWELL&MORING s.4

²⁶ United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s.17

5. HAKİM DURUM

Hakim durum kavramı konusunda Tartışma Metni, bugüne kadar, ATAD'ın çeşitli içtihatları ile yerleşik hale gelmiş olan tanımı ve tanımdan çıkan unsurları tekrar etmektedir.

Tartışma Metninin bu yaklaşımından, 82. madde uygulamasında halihazırda mevcut olduğu şekilde hakim durumun kötüye kullanma hallerinden ayrı olarak ve öncelikle tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Metin, bu konuda Ekonomik Danışma Kurulu Raporundan ayrılmaktadır.

Ekonomik Danışma Kurulu Raporunda, ekonomik bir yaklaşımın, *önceden ve ayrıca* bir hakim durum tespiti yapılması gerekliliğini ortadan kaldırdığı ve bunun yerine asıl vurgunun, etkin bir rekabetçi zararın doğrulanabilir ve istikrarlı varlığının saptanması üzerinde olması gerektiği belirtilmektedir. Zira, ekonomik-temelli bir yaklaşımda asıl önemli olan bu rekabeti bozucu davranıştır ve bu da esasen hakim durumun kanıtıdır²⁷.

Ekonomik Danışma Kurulu Raporu, şekle dayalı bir yaklaşımdan ekonomik temelli bir yaklaşımına geçmenin prosedür bakımından önemli sonuçları olduğunu vurgulamaktadır. Rapora göre, "*şekle dayalı bir yaklaşımda; öncelikle 1) bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının saptanması ve 2) belirli bir davranışta bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken; ekonomik temelli bir yaklaşımda rekabetçi zararın doğrulanması yeterlidir*"²⁸. Rapor, bu konuda açıkça etki-temelli bir yaklaşımın, *de minimis* halleri dışında, hakim durumun tek başına ve ayrıca tespitini gerekli kılmadığını, *belirgin bir rekabet zararının varlığı ortaya konulduğu durumda bunun kendi başına hakim durumun kanıtı olduğunu* vurgulamaktadır.

Raporda, geleneksel hakim durum tespitlerinin yalnızca teşebbüslerin hakim durumda olup olmadıklarının göstergesi olduğunu ve eğer etki-temelli yaklaşım sonucunda, *yalnızca hakim durumda olan bir teşebbüsün yaratabileceği bir zararın varlığı ortaya konulursa, artık ayrıca hakim durumun*

²⁷ EAGCP s. 4 "*In terms of procedure, the economic approach implies that there is no need to establish a preeliminary and seperate assessment of dominance. Rather the emphasis is on the establishment of a verifiable and consistent account of significant competitive harm, since such an anti competitive effect is what really matters and is already prof of dominance.*"

²⁸ EAGCP s. 12 "*Moving from a form based to an effects based approach has importatnt implications for procedure. Whereas under a form-based approach, it is enough to verify (i) that a firmis dominant and (ii) that a certain form of behaviour is practised, an effects based approach requires the verification of competitive harm.*"

saptanmasının gerekli olmadığını belirtilmektedir²⁹. Bu yaklaşıma göre, 82. madde uygulamasında geleneksel kavramlar tamamen ortadan kalkmamakta, ancak salt rekabetsel zararın varlığını saptamaya yönelik prosedürün bir parçası haline gelmektedir.

Ekonomik Danışma Kurulu, Raporunda hakim durumun ayrıca saptanmasının rolünü azaltırken bizzat 82. maddenin metninden yola çıktığını, zira 82. maddenin tek başına hakim durum ile değil, hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, Kurul'un görüşüne göre, 82. maddenin kendisinde dahi hakim durum tanımı yapılmadığından, bu tanımın yapıldığı içtihatlar yerine maddenin kendisinin uygulanmasının daha doğru olacağını vurgulamaktadır³⁰.

Ancak Tartışma Metni, bu konuda, Kurul'un görüşünden tamamen ayrılmakta ve geleneksel usulde olduğu gibi, *kötüye kullanma davranışının saptanmasından önce, öncelikle ve ayrıca hakim durumun varlığının saptanması gerekliliğini belirtmekte* ve bu doğrultuda geleneksel yaklaşımı benimsemektedir³¹.

Metnin EACGP Raporundan bu şekilde ayrılmış olması, görüş verenler tarafından genellikle olumlu karşılanmakta ve bu sayede teşebbüslere *hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik* sağlanmış olduğu vurgulanmaktadır³².

Tartışma Metninde mevcut durum korunarak, bugüne kadar ATAD'ın *Hoffman-La Roche*³³, *United Brands*³⁴, *Continental Can BV*³⁵ gibi pek çok

²⁹ EAGCP s. 14

³⁰ EAGCP s. 14-15

³¹ Akman, Pınar s. 6

“Tartışma metni, hakim durum konusunda, EAGCP raporunda getirilen yenilikleri benimsemeyen, mevcut duruma bağlı kalmayı tercih ediyor. Bu doğrultuda hakim durumun saptanmasında halihazırda kullanılmakta olan tanım ve unsurlar metne de aynen geçirilmiştir”

³² GIANNI, ORIGONI, GRIPPO & PARTNERS Comments on the European Commission's DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses *“Tartışma metninde, EAGCP'den farklı olarak, hakim durumun tek başına ve öncelikle tespit edilmesi olumlu bir yaklaşımdır. Zira bu şekilde, sınırlı bir pazar payına sahip olan teşebbüslere, davranışlarının kötüye kullanma teşkil etmeyeceği ve 82. madde yasaklarına tabi olmayacağı hususunda hukuki bir belirlilik sağlamaktadır”* Allen&Overy Comments on the DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s. 2 *“tartışma metninin, EAGCP raporunda belirtildiği üzere, ayrıca bir hakim durum saptaması yapmak gerekli olmayabilir şeklindeki görüşü takip etmemesi olumludur. Zira, hakim durum olmadan, kötüye kullanma halini cezalandırmak, 82. madde uygulamasına aykırı olacaktır”*

kararında belirtildiği üzere; hakim durum “bir teşebbüsün, rakiplerini, alıcıları ve tüketicileri dikkate almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket ederek pazardaki etkin rekabeti önleyebilmesini sağlayan ekonomik gücü” olarak ifade edilmektedir³⁶.

Hakim durumda olmanın özel bir niteliği olan *bağımsızlık* kavramının, söz konusu teşebbüsün(lerin), maruz kaldıkları *rekabetçi baskının seviyesi* ile ilgili olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre; hakim durumun söz konusu olabilmesi için ilgili teşebbüsün (lerin) etkin bir rekabetçi baskıya maruz kalmıyor olmaları, diğer bir deyişle bu teşebbüsün esaslı bir pazar gücünün bulunuyor olması gereklidir³⁷.

Tartışma Metninde, rakipler, müşteriler ve tüketicilerden takdir edilebilir derecede bağımsız hareket edebilme kabiliyetinin önemli pazar payına sahip olma anlamına geldiğini ve rakiplerinin fiyatlarını indirme baskısı ile karşı karşıya kalan teşebbüslerin hakim durumda olmadığı tekrarlanmaktadır³⁸. Ayrıca *normalden yüksek kar elde etmenin* de, teşebbüsün hiç bir rekabetçi baskıya maruz kalmadığının göstergesi olarak kabul edilebilecektir³⁹.

Ancak Tartışma Metninde yer alan *normalden yüksek kar* kavramının açıklanması gerektiği yönündeki görüşlerin⁴⁰ yanı sıra, paragrafın tamamen çikartılması gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴¹.

³³ Hoffman-La Roche, &Co. AG c/ Commission (Affaire 85-76) ve United Brands Continental BV de la Commission no. 27/76, Continental BV de la Commission no.27/76

³⁴ Bkz. Dipnot 33.

³⁵ Bkz. Dipnot 33.

³⁶ Discussion Paper § 21 *This definition of dominance consist of three elements, two of which are closely linked: (a) there must be a position of economic strenght on a market which (b) enables the undertaking(s) in question to prevent effective competition being maintained on the market by (c) affording it the power to behave independantly to an appreciable extent.*

³⁷ Tartışma Metni, pazar gücünü; “Pazar fiyatları, çıktı,(output) yenilik, mal ve hizmetlerin çeşitliliği veya kalitesi veya pazardaki diğer ekonomik parametleri, belirgin bir süre boyunca etkileyebilme gücü” olarak tanımlamaktadır. (§ 24)

³⁸AMCHAM EU (s. 3, paragraf 9)

³⁹Discussion Paper (§ 26) Bununla birlikte, metin, bir teşebbüsün pazar gücünün, kısa dönemli karlar hakim durum ile bağdaşmıyor olsa bile, her hangi bir zaman dilimindeki karlılık oranı ile ölçülemeyeceğini belirtmektedir.

⁴⁰ CROWELL&MORING s. 4 “*normalden yüksek karın ne anlama geldiği ve bunun ne şekilde hesaplanması gerektiği de açıklanmalı*”

⁴¹ AMCHAM EU “*Tartışma metni gerçekte ekonomik koşullarda karların ne zaman normal ya da normalin üstünde olduğunun belirlenmesinin zorluğunu ve yüksek karların*

Hakim durum kavramı ile ilgili olarak Tartışma Metni, hakim durumun tespiti için mutlaka *pazardaki rekabetin tamamen ortadan kalkmasının gerekmediğini* ve bunun 82. madde uygulaması için bir koşul olmadığını da vurgulamaktadır⁴². (§ 27)

Yukarıda yer verilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Tartışma Metni, esas olarak hakim durum kavramının saptanmasında bugüne kadar olan içtihatları bir araya getirerek, bunlardan genel prensipler ortaya çıkarmaya çalışmaktadır.

Ancak Metne getirilen birçok eleştiride, bu konuyla ilgili olarak daha geniş bir açıklama yapılması ve özellikle uygulamaya yönelik örnekler vermesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir⁴³. Öte yandan, Komisyon'un halihazırda eleştirilmekte olan kararlarına atıflar yapılmış olmasının büyük bir çelişki olduğu da sıklıkla yinelenmektedir.

a. Tek Başına Hakim Durum

Tartışma Metni, yukarıda da ifade edildiği üzere hakim durumun tespiti konusunda esasen halihazırda mevcut olan uygulamadan farklı bir yaklaşım öngörmemekte ve yalnızca mevcut uygulamayı, bu konudaki yerleşik içtihatlarla atıf yapmak suretiyle bir araya getirmektedir.

Gerçekten de Metinde, ilgili pazarın tespitinin ardından bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının belirlenebilmesi için, *her biri tek başına belirleyici olamayan pek çok faktörün olabileceği* ve bu doğrultuda; a)teşebbüsün pazardaki konumu ve rakiplerinin konumu b) pazara giriş veya pazarda genişleme engellerinin varlığı ve c) alıcıların pazardaki konumu gibi faktörlerin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁴.

i. Hakim Durumda Bulunduğu İddia Edilen Teşebbüsün ve Rakiplerinin Pazar Konumu

Hakim durumun varlığının saptanmasında, yerleşik içtihatlar ve uygulamalar çerçevesinde kabul edildiği üzere, Tartışma Metni de, *pazar paylarının* yapılacak bir hakim durum analizinde başlangıç noktası olduğunu

neden çoğu zaman rekabetçi pazarla uyumlu olduğunu açıklayamamakta. Bu nedenle 26. paragraf çıkarılmalı." (s. 4, paragraf 10)

⁴² Discussion Paper § 27; Case 27/76 United Brands

⁴³ CROWELL&MORING

⁴⁴ Discussion Paper (§ 28)

vurgulamaktadır⁴⁵. Bugüne kadar ATAD'ın *United Brands* ve *Hoffman-La Roche* gibi pek çok kararında da vurgulandığı üzere; *bir teşebbüs belli bir süreden beri rakiplerine nazaran yüksek bir pazar payına sahipse, bu durum hakim durumun bir göstergesi olarak kabul edilir.*

Tartışma Metninde, hakim durumun saptanmasında kullanılacak pazar payı oranlarına da yer verilmektedir. Örneğin, bir teşebbüsün %50 veya daha fazla pazar payına sahip olduğu durumda, rakiplerin çok daha düşük pazar paylarına sahip olması halinde bu teşebbüsün hakim durumda olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, ATAD çeşitli kararlarında %40–45 ve % 32-36 arasındaki payların da, rakiplerin durumu göz önüne alındığında hakim durumun göstergesi olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, %25 veya daha az pazar payına sahip teşebbüslerin, hakim durumda olmalarının *çok olası* olmadığı düşünülmektedir.

Tartışma Metninde pazar payları dışında başka faktörlerin de dikkate alınması gerektiği, örneğin hakim durumda olan bir teşebbüsün ürünleri ile rakiplerin ürünlerinin ikame derecesine de bakılması gerektiği belirtilmektedir.

Metne göre pazar paylarının yalnızca bir başlangıç noktası olmakla beraber; Metin içerisinde gene de pazar paylarına büyük önem atfedilerek ve bazı oranlar üzerinde olan pazar paylarının hakim duruma karine teşkil ettiği kabul edilmektedir.

Ancak bu yaklaşımın Tartışma Metni ile yerleştirilmek istenilen *etki-temelli* yaklaşım ile bağdaşmadığı getirilen eleştiriler arasındadır⁴⁶. Bu eleştirilere göre, pazar payı oranlarına dayanan karinelere kaçınmak ve pazar paylarına ilişkin tüm oranların kaldırılması gerekmektedir⁴⁷. Yine, %50 üzerindeki pazar payının, rakiplerin daha düşük paylara sahip olması şartıyla hakim durum teşkil ettiğine dair karine, ekonomik temelli yaklaşımı zayıflatmakta ve rekabet otoritelerinin gereksiz müdahalelerini teşvik etmektedir⁴⁸. Pazar paylarının tek başına pazar gücünün göstergesi olmadığı açıkça doğrulanmalıdır⁴⁹. %50'nin üzerindeki payların dahi otomatik olarak

⁴⁵ Discussion Paper (§ 29) “*Bu noktada, güncel Pazar paylarının yanı sıra, pazar paylarının zaman içerisindeki değişimi de dikkate alınmaktadır. Pazarın dinamik yapısı ve benzeri yapısal özellikler pazar paylarının analizinde dikkate alınır.*”

⁴⁶ Akman, Pınar s.6 “*Pazar payları konusunda da bugüne kadar getirilen eleştiriler ve halihazırda EAGCP raporunda belirtilen dikkate alınmamış*”

⁴⁷ MEDEF

⁴⁸ EVERSHEDES LLP

⁴⁹ AMCHAM EU(s. 3, paragraf 8)

hakim durumun göstergesi sayılmamalı ve pazarın yapısı içerisinde analiz edilmelidir⁵⁰.

Pazar payının hakim durumun varlığına karine olarak gösterilmesinden ziyade; *hakim durumun olmadığına ilişkin eşiklerin saptanması* hususunda yardımcı olması gerektiği⁵¹ ve teşebbüsler için güvenli limanlar yaratılması gerektiği yine getirilen öneriler arasındadır⁵². Tartışma Metni, ayrıca, %25'in altında azar payına sahip olan teşebbüslerin, hakim durumda olmalarının zor olduğunu belirtirken, zımnen bu oranlara sahip teşebbüslerin dahi nadir de olsa hakim durumda olabileceği belirtilmektedir. Metne ilişkin görüşlerde ise bu oranın hem ABD hem de AB uygulamasına göre oldukça düşük bir pay olduğu, zira AB'de %30 ve %40 pazar paylarına sahip teşebbüslerin hakim durumda olduğuna ilişkin kararlar oldukça istisnai olduğu belirtilmektedir. Bu görüşlere göre, Komisyon'un hakim durumun saptanması hususunda %40'ın üzerinde pazar payı oranları öngörmesi ve bu oranın altında payların, istisnalar hariç, hakim durumda olunamayacağına göstergesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵³.

ii. Pazara Giriş ve Pazarda Genişleme Engelleri

Tartışma Metninde geleneksel uygulamanın yansıması olarak yerleşik içtihatlarda belirtildiği ve hâlihazırda da kabul edildiği üzere; *bir pazarda pazara giriş veya pazarda genişleme engellerinin bulunmaması veya düşük olması halinde, yüksek pazar payları, hakim durumun göstergesi olamayabilirler* prensibine yer vermekte⁵⁴ ve belli başlı pazara giriş engelleri olarak; yasal engeller, atıl kapasite, ölçek ekonomisi, sağlayıcılara öncelikli ulaşım, mutlak maliyet avantajları, gelişmiş dağıtım ağları vb. unsurları göstermektedir⁵⁵.

Buna göre, yeterli kapsam ve ağırlıkta olmayan pazara giriş veya pazarda genişleme engelleri, ilgili teşebbüsler üzerinde etkin bir baskı

⁵⁰ GIANNI,ORIGONI,GRIPPO&Partners

⁵¹ JWP s. 5

⁵² Simmons&Simmons s.3; CROWELL&MORING s. 4; AMCHAM EU s. 5, paragraf 15 “*Tartışma metni, çeşitli teşebbüslerin rekabetçi önemleri bakımından Pazar paylarına fazla ağırlık vermekte. (s. 4, paragraf 13) Hoffman – La Roche kararında, neden geniş Pazar paylarının hakim durumun varlığının kanıtı olduğu açıklanamamaktadır.*”

⁵³ United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s.12

⁵⁴ Discussion Paper § 34

⁵⁵ Discussion Paper § 40

oluşturamayacaktır⁵⁶. Bu doğrultuda Tartışma Metninde, pazara giriş veya genişleme engelleri arasında boyutları bakımından bir farklılık öngörmektedir. Dolayısıyla sadece bir pazara giriş veya pazarda genişleme engelinin bulunması yeterli olmamakta, ayrıca bu engellerin belirli bir kapsam ve boyuta da ulaşmış olmaları aranmaktadır.

Bu noktada, Tartışma Metninin keyfi bir yaklaşım benimsemiş olduğu iddiası ile eleştirilmekte, zira hangi giriş engelinin “yeterli kapsam ve boyutta” olduğu ve hangilerinin olmadığı belirlenmesi gerektiği ancak bunun yapılmadığı söylenmektedir⁵⁷.

iii. Alıcıların Pazar Konumu

Tartışma Metni, pazarda güçlü alıcıların bulunması halinin de, hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün zorlanmasına yol açabileceği ölçüde hakim durumun bir göstergesi olacağını belirtmektedir.

Şayet pazardaki güçlü alıcılar, fiyat artışı karşısında, kendilerini korumanın yanı sıra, pazarı da korumaktaysa (yeni girenlere yönelmek veya diğer sağlayıcıların fiyat artışı ile mücadele edebilmek için üretimi arttırmalarını sağlamak gibi) bu durumda hakim durum bulunmadığının göstergesi olacaktır⁵⁸.

Ancak bu konudaki eleştirilerde, ayrı pazarların hangi koşullar altında tanımlandığı açıklığa kavuşturulması istenmekte, aksi halde yasal belirsizlik ve güvensizlik ortaya çıkacağı ifade edilmektedir⁵⁹.

b. Birlikte Hakim Durum

Tartışma Metni, ATAD’ın çeşitli kararlarında ortaya konulan birlikte hakim durum kavramını da ele almaktadır. ATAD’ın yerleşik içtihatlarından yola çıkan metin; birlikte hakim durum kavramında, *Campagne Maritime Belge Transport Kararında*⁶⁰ tanımlandığı üzere; “82. madde anlamında, birlikte hakim durumun var olması için, iki veya daha fazla teşebbüsün, ilgili pazarda, ekonomik açıdan, birlikte hareket etmeleri veya kendilerini müşterek varlık olarak tanıtmaları gerektiğini” belirtmektedir. İlgili teşebbüslerin mutlaka her açıdan eş davranışlar sergilemeleri gerekmemektedir⁶¹. Önemli olan, bu teşebbüslerin, ortak bir politika belirleyerek, ilgili pazarda, rakiplerinden,

⁵⁶ Discussion Paper § 38

⁵⁷ Akman, Pınar s. 10

⁵⁸ Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission (1999)

⁵⁹ ANTITRUST ALLIANCE

⁶⁰ Compagnie Maritime Belge Transports SA C-395/96 P ve Compagnie Maritime belge SA ve Dafra Lines A/S C-396/96 P (birleşmiş davalar)

⁶¹ Case T-228/97, Irish Sugar Plc v Commission (1999)

müşterilerden ve tüketicilerden belirli ölçüde bağımsız davranabilme yetilerinin bulunmasıdır⁶².

İlgili pazarda, *müşterek bir organizasyonun (collective entity)* tespiti için, söz konusu teşebbüsler arasında bir bağa yol açan çeşitli faktörlerin göz önüne alınması gerekmektedir. Bu faktörler, taraflar arasında yapılmış olan bir anlaşmanın niteliği ve şartlarından veya uygulanma şekline ortaya çıkabilir⁶³.

Ancak, birlikte hakim durumun tespiti için, mutlaka teşebbüsler arasında bir anlaşmanın veya diğer hukuki bağların bulunması gerekmektedir. Birlikte hakim durum, diğer birleştirici faktörlerden ve özellikle pazarın ekonomik yapısından kaynaklanabilir⁶⁴. Bu doğrultuda, pazarın yapısı ve teşebbüslerin bu pazardaki etkileşimleri, birlikte hakim durumun varlığını ortaya koyabilmektedir⁶⁵. Örneğin oligopolistik pazarlarda, teşebbüsler, açık bir anlaşmaya veya uyumlu eyleme başvurmaksızın, fiyatları rekabet seviyesinden önemli ölçüde yükseltebilirler. Ekonomik koşulların basit ve sabit olduğu pazarlarda, pazardaki teşebbüsler birbirlerinin davranışlarını izleyerek ve tepki vererek hareketlerini uyumlu hale getirebildikleri için, teşebbüslerin de ortak bir anlayışa ulaşması daha kolay olmaktadır.

Pazarda belli bir koordinasyonun varlığının saptanması, her olay bazında pazarın şeffaflık seviyesi, sürdürebilir bir ortak davranış, pazardaki rekabetçi baskının eksikliği gibi, ortak bir bazı faktörlerin tam olarak ortaya konulabilmesine bağlıdır. (§ 47-48-49-50)

Metin birlikte hakim durum kavramı ile ilgili bölümünde bir takım belirsizlikler olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır. Bu eleştirilere göre Metnin lafzından çıkan sonuç; teşebbüslerin aralarında hiç bir anlaşma ve/veya işbirliği bulunmaksızın, sadece pazarın oligopolistik yapısı dolayısıyla birlikte hakim durumda oldukları sonucuna varılabileceğidir. Böyle bir yorum, şüphesiz, teşebbüslerin, hiç bir şeyin farkında olmaksızın, kendilerini katlanılamaz bir belirsizlik içerisinde bulmalarına yol açacaktır. Bu nedenle, metinde birlikte hakim durumun varlığını ortaya koyacak, ortak bir stratejinin varlığını ortaya koyan yapısal/ ekonomik/ anlaşmasal bağların daha net bir şekilde açıklanması

⁶² Case T-68/94 ve C- 30/95 French Republic and Societe comercial des potasses et de l'axore ve Entreprise miniere et chimique (EMC) vs. Commission (1998)

⁶³ Case C-393/92 Almelo

⁶⁴ Compagnie Maritime Belge Transports SA C-395/96 P ve Compagnie Maritime Belge SA ve Dafra Lines A/S C-396/96 P (birleşmiş davalar)

⁶⁵ Discussion Paper § 46

gerekmektedir⁶⁶. Aksi halde, yalnızca pazarın yapısına bağlı olarak bir saptama söz konusu olabilecektir⁶⁷.

Birlikte hakimlik kavramının Metinde ele alınmış biçimine getirilen bir diğer önemli eleştiri de; birlikte hakimiyet durumunun tespiti bir anlaşma ya da hukuksal bir bağa dayanmadığı durumlarda, pazarın yapısının fiyatların rekabetçi düzeyin üzerine çıkmasına neden olması halinde oligopol piyasasındaki teşebbüslerin teorik olarak hakim durumda sayılmalarıdır ki, bu yaklaşım tartışmalı ve kullanışsızdır⁶⁸.

Ayrıca oligopolistik bir pazarda, teşebbüsler kendi ticari kaygıları doğrultusunda, birbirlerine paralel fakat bağımsız davranışlar sergileyebilirler. Böyle bir durumun birlikte hakim durum kavramından ayrılması zorlaşabileceği de ifade edilmektedir⁶⁹.

6. DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMA HALLERİNE İLİŞKİN GENEL PRENSİPLER

Tartışma Metninde sadece dışlayıcı kötüye kullanma halleri ele alınmakta, diğer kötüye kullanma hallerine sadece dışlayıcı etki doğurdukları ölçüde yer verilmektedir.

Bu çerçevede öncelikle izlenmesi gereken genel çerçeve çizilmekte ve ardından aşağıdaki başlıklar ele alınmaktadır:

- 1) Yıkıcı fiyat uygulaması
- 2) Tek marka
- 3) İndirimler ve iskontolar
- 4) Bağlama uygulamaları (tying and bundling) ve
- 5) Ürün sağlamayı reddetme

a. Temel Amaç ve Pazar Kapamanın Kanıtı

Tartışma Metni, 82. maddenin dışlayıcı kötüye kullanma hallerini düzenlemekteki temel amacının tüketici refahını sağlamak olduğunu

⁶⁶ ANTITRUST ALLIANCE(s. 7, paragraf 44)

⁶⁷ MEDEF, CROWELL&MORING s. 5

⁶⁸ AMCHAM EU s. 8, paragraf 19

⁶⁹ United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s.17-19

belirtmektedir. Temel kaygının, hakim durumda olan bir teşebbüsün, pazara yeni gelenlerin girişlerini önlemek de dahil olmak üzere, pazarda halen mevcut olan rekabetçi baskıyı sınırlayabilecek dışlayıcı davranışlarını önleyerek, tüketicinin zarar görmesinin bertaraf etmek olduğu vurgulanırken *korunanın rakipler değil rekabet olduğunun* altı çizilmektedir. (§ 54)

Metin, 82. maddenin amacının rakipleri, hakim durumda bulunan teşebbüsün, yüksek kalite, daha iyi performans gibi sonuçlar doğuran gerçek rekabetinden (*competition on the merits-vasıflarda rekabet*) korumak olmadığını ve fakat bu teşebbüslerin de pazara girmeleri veya pazarda genişlemelerine ya da diğer bir ifade ile *vasıflarda rekabet etmelerine* imkan vermek olduğunun ve 82. madde'nin asıl olarak, tüketicilere doğrudan veya dolaylı olarak zarar verebilecek, güncel veya olası rekabeti bozucu etkileri olan dışlayıcı davranışları yasaklamakta olduğunun altını çizmektedir.

Ancak *vasıflarda rekabet* kavramına getirilen en önemli eleştiri, bu kavramın muğlak bir kavram olması ve kötüye kullanma halinin varlığının bu kavrama dayanılarak kabul edilmesi da incelemenin şekilci bir yaklaşıma indirgenmesine yol açmasıdır⁷⁰.

Tartışma Metninde *ara alıcılara verilen zararın, genellikle nihai tüketicilerin zararına da yol açacağı* şeklinde bir karine kabul edilmektedir. (§ 55) Ancak getirilen eleştirilere göre bu karine, *etki-temelli* bir yaklaşım ile bağdaşmamaktadır. Zira etki-temelli yaklaşım uyarınca temel alınan *tüketici refahı* her somut olay bakımından ele alınması gerekmekte, bir davranışın kötüye kullanma teşkil etmesi için *tüketici nezdinde güncel veya olası bir zararın* mutlaka saptanması gerekmektedir. Bu nedenle, sadece bir karineye dayanarak kötüye kullanma olduğu hususunun kabulü mümkün değildir⁷¹.

Ayrıca etki-temelli yaklaşım uyarınca yalnızca kısa vadedeki zarar değil, orta ve uzun dönemdeki zararların da dikkate alınması gerekmektedir. Ancak *uzun dönemli zararların* belirlenmesinin zor olması nedeniyle, bu hususun kılavuzlarla ayrıntılı olarak belirtilmesi ve bu noktada yüksek bir delil standardı belirlenmesi gerektiği yine Metne getirilen eleştiriler arasındadır⁷².

82. maddenin, dışlayıcı davranışları düzenlemesindeki temel vurgu; rekabeti engelleyen ve böylelikle tüketiciye zarar verecek olan *pazarı kapama (foreclosure)* davranışı üzerindedir. Bu doğrultuda, Metin daha detaylı

⁷⁰ Akman, Pınar s.11

⁷¹ JWP s.9

⁷² CROWELL&MORING s. 5, United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s.12

prensipler ve bazı haller için de olaya özgü hazırlanmış testler öngörmektedir. Bununla birlikte, yeterli veri elde edilemediğinden, söz konusu testlerin veya detaylı ilkelerin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, Komisyon, inceleme konusu olayı, bu temel kaygı doğrultusunda genel prensipler ışığında inceleyecektir. (§ 56).

Ancak Metinde yer alan bu düzenleme, Komisyon'a geniş bir takdir yetkisi verdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Buna göre, Komisyon'un zorlayıcı bilgi sağlama yetkisinin varlığına rağmen, yeterli delil elde edemediği durumlarda kötüye kullanma olmadığı sonucuna varılması gerekmektedir⁷³. Diğer bir ifade ile Komisyon yeterli veri olmadığı için, kötüye kullanma halinin varlığını varsayamaz, mutlaka⁷⁴ somut olay koşullarında davranışın kötüye kullanma teşkil ettiğinin yeterli ve sağlam delillerle ortaya konulması gerekmektedir⁷⁵.

Tartışma Metni, ATAD'ın *Hoffman-La Roche* kararında yer alan *kötüye kullanma* tanımından⁷⁶ yola çıkarak, *dışlayıcı kötüye kullanma* davranışının saptanmasında kullanılacak belli başlı faktörleri ortaya koymaktadır. Ancak, *etki-temelli* bir yaklaşımın benimsenerek tüketici refahının ön plana alınmış olduğunu vurgulanırken diğer yandan da tüketici zararını hiç dikkate almayan *Hoffman-La Roche* kararının tanımının esas alınmasının bir çelişki yarattığı yönünde görüşler bulunmaktadır⁷⁷.

Bu görüşlere göre bazı davranışlar açısından, örneğin *tek marka yükümlülüğü* (*single branding*) gibi davranışlardan bu nitelik kolaylıkla anlaşılabilirken, bazıları açısından bu niteliğin bulunup bulunmadığının ortaya konulması daha detaylı bir analiz gerektirmektedir. Özellikle fiyat temelli kötüye kullanma halleri bakımından, *yıkıcı fiyat uygulaması* ile *rekabeti artırıcı fiyatlandırma* (*pro-competitive pricing*) arasında ayırım yapmak zorlaşabilir. Bu noktada, Tartışma Metni, fiyat temelli kötüye kullanma davranışlarının analizi

⁷³ Simmons&Simmons s.4

⁷⁴ Akman, Pınar s. 9

⁷⁵ JWP s.11

⁷⁶ Case 85/76 Hoffman-La Roche “An objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on a basis of transaction of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”

⁷⁷ Akman, Pınar s. 9

için *etkin rakip (as efficient competitor)* testi öngörmektedir. Bu test ile ilgili detaylı açıklamaya aşağıdaki kısımlarda yer verilecektir.

Bir davranışın, rekabeti sınırlayıcı niteliğinin bulunduğu saptanmasının ardından, ikinci olarak söz konusu davranışın ilgili pazarda güncel veya olası pazarı kapama etkilerinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir.

Pazarı kapama terimi güncel veya olası rakipleri pazara karlı bir erişimden kısmen veya tamamen mahrum eden ve nihai olarak tüketiciye zarar veren davranışları ifade etmek için kullanılmaktadır. Dolayısıyla, pazarın kapanmış olduğu sonucuna varmak için mutlaka rakiplerin pazar dışına çıkmaya zorlanmaları gerekmemektedir. Rakiplerin pazarda dezavantajlı bir hale gelmeleri ve *daha az saldırgan bir şekilde* rekabet etme zorunda bırakılmaları da yeterlidir. (§ 58)

Ancak bu yaklaşıma getirilen eleştirilere göre Komisyon, sürekli olarak rakiplerin değil rekabetin korunması gerektiğini söylerken, pazarın kapanması için rakiplerin dezavantajlı konuma gelmesinin yeterli görülmesi çelişkili olarak nitelendirilmektedir⁷⁸. Zira rakiplerin dezavantajlı hale gelmiş olmaları, bir davranışın kötüye kullanma teşkil etmesi için yeterli değildir, çünkü bu durum, güçlü veya daha etkin bir teşebbüsün esaslı rekabet etmesi halinde de söz konusu olabilecektir. Burada mutlaka, davranışın tüketici nezdinde doğurduğu veya doğurabileceği zararların saptanması gerekmektedir⁷⁹.

Öte yandan metinde, hakim durumda bulunan teşebbüsün, rakiplerin ürünlerine olan talebi azaltması halinde de pazar kapama halinin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Ancak bu saptama, başlı başına vasıflarda rekabetin cezalandırılması sonucunu doğurabilecektir⁸⁰.

Metinde ayrıca pazarı kapama davranışının pazarda halen mevcut olan rekabeti veya rekabetin artmasını engellediği, bu şekilde fiyatların yükselmesine veya rekabetçi seviyenin çok üstünde bir seviyede kalmasına yol açtığı durumlarda, bu davranışın pazarı bozucu etkisi olduğu kabul edilmektedir. (§ 59) Ancak davranışın bu şekilde pazarı bozucu bir etkisinin olup olmadığının saptanması için, davranışın sadece mahiyeti ve şekline bakılması yetmeyeceği, *ayrıca davranışın pazardaki yansımalarına da bakılması gerektiği* ifade edilmektedir. Buna göre, davranışın pazarı ne ölçüde kapsadığının dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, şebeke etkisi, ölçek veya kapsam

⁷⁸ AMCHAM EU s. 8, paragraf 22

⁷⁹ JWP s.9

⁸⁰ CROWELL&MORING s.5,

ekonomisi gibi pazar özellikleri de, pazarı kapama etkisinin saptanmasında dikkate alınmalıdır.

Öte yandan, Tartışma Metninde, ATAD'ın *Compagnie Maritime Belge Transport* ve *Irish Sugar* kararlarında ortaya konulduğu üzere; hakim durumun derecesinin de göz önüne alınması gereken bir faktör olduğunu belirtilmektedir.

Tartışma Metni son olarak, teşebbüslere söz konusu davranışın belli bir etkinlik sağladığı ve bunun da davranışın rekabete olan olumsuz etkinin üzerinde olduğunun kanıtlanması koşuluyla, bu davranışın yasaklanmasının önüne geçebilme imkanını sağlamaktadır. Tartışma Metnine göre; rekabeti sınırlayıcı etkileri olduğu saptanan bir davranışın, objektif bir gereklilik olduğu veya rekabeti karşılama amacıyla yapıldığı veya davranışın sağlayacağı etkinliğin rekabeti bozucu etkiyi bertaraf etmekte olduğu kanıtlandığı takdirde, bu davranış bir kötüye kullanma hali teşkil etmeyecektir. Ancak, burada ispat yükü, teşebbüslere düşmektedir.

Ancak bu husus, teşebbüslere haksız bir ispat külfeti yüklendiği gerekçesiyle oldukça eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre, Tartışma Metni, *etki-temelli* bir yaklaşım ile bağdaşmayacak şekilde bazı karineler öngörümü ve ispat yükünü haksız bir biçimde teşebbüsler aleyhine değiştirmekte, ancak 1/2003 sayılı Tebliğ'in 2. maddesinde de belirtildiği üzere, bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğini ispat yükü iddia edene düşmektedir. Dolayısıyla, Tartışma Metninde yer alan bu düzenlemenin hukuki dayanağı bulunmadığı ifade edilmektedir⁸¹.

Tartışma Metni, yukarıda bahsedildiği üzere, pek çok karine öngörmekte ve bu da *şekilci yaklaşımın* terk edilmesinin önüne geçebilmektedir. Bu nedenle, verilen görüşlerde Metinde bu karineler yerine, daha çok *güvenli alanların* belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸².

Bu konudaki önemli bir eleştiri de Tartışma Metninde, *tüketicinin gördüğü zarar ile rekabete aykırı etki* kavramları ayrı kavramlar olarak değerlendirilmesidir. Ancak EAGCP Raporunda, bir davranışın rekabete aykırı sonuçlar doğurması ancak tüketicinin zarar görmesi halinde söz konusu olacağı belirtilmiştir⁸³.

⁸¹ JWP s.9., Simmons&Simmons s.4

⁸² JWP s.10

⁸³ Akman, Pınar s. 10

b. Fiyat Temelli ve Fiyat Temelli Olmayan Dışlayıcı Kötüye Kullanma Halleri

Tartışma Metninde dışlayıcı kötüye kullanma davranışlar; *fiyat temelli olanlar* ve *olmayanlar* olarak ayrılmakta ve davranışın bu niteliğine göre etkinin farklı şekillerde olacağı belirtilmektedir.

Metinde, fiyat temelli davranışların doğuracağı etkinin, rakibin etkinliğine bağlı olduğundan hareketle, bu tarz davranışların, rekabeti bozma niteliklerinin ve etkilerinin saptanması için *etkin rakip testini* önerilmektedir. Buna göre, hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen fiyat temelli dışlayıcı bir davranışın, kötüye kullanma teşkil edip etmediği, “*yalnızca, en az hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin rakip bir teşebbüsü saf dışı bırakan fiyat temelli davranış, kötüye kullanma teşkil eder*” önermesinden yola çıkılarak tespit edilecektir.

Burada bahsedilen *etkin rakip*, hakim durumda bulunan teşebbüsle aynı maliyet yapısına sahip olan teorik bir rakiptir. (§ 63)

Tartışma Metni ile önerilen bu test, temel olarak şu soruyu sormaktadır: Hakim durumda bulunan teşebbüsün kendisi, böyle bir davranışa (fiyat indirimi, fiyat tarifeleri gibi) hedef olduğunda, bu tür davranışlara karşı koyabilecek midir?

Bu temel soru, elbette kötüye kullanma davranışının yapısına göre farklı formüllerle ortaya çıkacaktır. Hakim durumdaki teşebbüsün kendisi de bu koşullarda rekabet edebildiğinde, bu durum söz konusu davranışın rekabeti bozma yetkinliğinin bulunmadığını ortaya koyacak ve teşebbüsler için *güvenli bir liman* yaratılmış olacaktır. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüs dahi bu koşullarda rekabet edemiyorsa, bu durumda Komisyon, bu fiyat davranışının rakiplere pazarı kapama yetkinliğinin olduğu sonucuna vararak, davranışın pazardaki olası etkilerini inceleyecektir.

Söz konusu testin uygulanabilmesi için, *fiyat-maliyet* analizinin uygulanması gerekmektedir.

Bu konudaki en temel eleştiri, Metinde tüm fiyat temel kötüye kullanma halleri aynı grupta toplandığı halde; her bir hal için farklı maliyet göstergeleri belirlenmiş olmasıdır. *Etki-temelli* bir yaklaşım içerisinde, fiyat temelli davranışların, kötüye kullanma teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesinde, farklı maliyet göstergelerinin kullanılmasının tutarlı bir davranış olmadığı ifade

edilmekte, daha tutarlı bir yaklaşım için, tüm bu hallerde tek bir maliyet göstergesinin kullanılmasının uygun olacağı söylenmektedir⁸⁴.

Tartışma Metninde, *etkin rakip* testinin uygulanması için Komisyon'un, öncelikle hakim durumda bulunan teşebbüsün fiyat davranışı ve maliyeti ile ilgili güvenilir bilgilere ihtiyacı olacağı belirtilmekte; ancak bunların yeterli olmayacağı vurgulanarak ek verilerin elde edilebileceği kaynaklar gösterilmektedir.

İlk olarak, hakim durumda bulunan teşebbüsün ciro ve maliyetlerine daha geniş bir çerçevede bakılması gerekliliği belirtilmiştir. İlgili ürün bakımından, tek başına, fiyat ve cironun maliyeti kapsayıp kapsamadığına bakılması yeterli olmayabilecektir. Bu durumda, örneğin, hakim durumda bulunan teşebbüsün davranışları, bir başka pazarda veya bir başka ürünler ilgili olarak, cirosunu olumsuz olarak etkilediği hallerde, ilave gelirlerine (*incremental revenues*) de bakılması gerekmektedir. Bunun gibi, çift taraflı pazarlarda (*two sided markets*) her iki ürünün de gelir ve maliyetlerine aynı anda bakılması gerekli olabilecektir.

İkinci olarak, hakim durumda bulunan teşebbüsün maliyetlerine ilişkin güvenilir bilgilere ulaşılamaması halinde, *etkin rakip* testinin, etkin rakiplerin verilerine dayanılarak uygulanması gerekli olabilir. (§ 67)

Üçüncü olarak, maliyet verilerine ilişkin bilgilere hiç bir şekilde ulaşılmadığı, fakat Komisyon'un diğer bazı gerekçelerle kayda değer bir kötüye kullanma halinin varlığını ortaya koymasının mümkün olduğu hallerde, hakim durumda bulunan teşebbüsün fiyatlarının uygun fiyat göstergelerinin altında olduğunu göstermesi mümkündür.

Dördüncü olarak, bazı hallerde tüketicinin menfaati göz önüne alındığında, yalnızca *hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin olmayan rakiplerin* de korunması gerekebilir. Bu hallerde, inceleme, yalnızca hakim durumda bulunan teşebbüsün maliyet ve fiyatlarının karşılaştırılmasını değil, fakat *etkin rakip* testinin, olaya özgü pazar koşulları içerisinde uygulanması gerekmektedir.

Ancak yine bu noktada Komisyon, kendisine tanınan geniş takdir yetkisi ve belirsizlik nedeniyle eleştirilmektedir. Zira bu eleştirilere göre Metnin lafzından çıkan sonuç, Komisyon'un hakim durumda bulunan teşebbüs kadar

⁸⁴ Simmons&Simmons s. 1-2, JWP s. 12.

etkin rakibin saptanması hususunda da geniş bir taktir yetkisine sahip olduğudur⁸⁵.

Ayrıca Tartışma Metninin, etkin olmayan rakiplerin de korunması gerekebileceğini öne sürerken, rekabetin korunmasının bazen rakiplerin korunması ile iç içe geçmiş olabileceğini kabul ettiği bazı görüşlerde ifade edilmektedir⁸⁶. Ayrıca, *etkin rakip* testinin uygulanabilmesi için her şeyden önce, gerekli bilginin toplanması aşamasında pratik açıdan pek çok güçlüğün ortaya çıkacağı da düşünülmektedir⁸⁷. Zira Komisyon'un ve teşebbüslerin, testin uygulanması için gerekli bilgiyi elde etme konusunda çoğu zaman yetersiz kalacakları ve bu nedenle söz konusu testin çok fazla açık kapı bırakacağı iddia edilmektedir⁸⁸.

Etkin rakip testi ile ilgili olarak yapılan bir diğer eleştiriye göre, 82. madde ile asıl amaçlananın *tüketici refahı* olduğunu ve bu nedenle asıl odak noktasının davranışını tüketicinin zararına olup olmadığının saptanması gerektiğini açıkça vurgulamakla birlikte; bu test, belli bir davranışın, etkin bir rakibi saf dışı bırakıp bırakmadığını saptamaya yönelik olup davranışın tüketici üzerindeki etkisini dikkate almamaktadır. Çünkü test, *tüketici nezdinde ortaya çıkan veya olası zarara* ilişkin olarak herhangi bir husus öngörmemekte ve daha çok rakipler üzerinde odaklanmaktadır⁸⁹.

Öte yandan, *etkin rakip* kavramının da sınırlarının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹⁰. Bu çerçevede, *etkin rakip* kavramının olgunlaştırılması ve benzer maliyetler hususunun da açıklığa kavuşturulması talep edilmektedir. Çünkü bazı eleştirilere göre; örneğin yetkin olmayan bir rakibin dışlanmasının bile tüketicilere zarar verebileceği, zira böyle bir firma bile düşük fiyatlara yön verebileceği belirtilmektedir⁹¹. Ayrıca, en az hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin bir rakibe dayanmak bazı hallerde gerçekçi de olmayabilecektir, bu durumda en azından hakim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin rakip gibi kriterlere dayanmak da mümkün olabilmelidir⁹².

⁸⁵ JWP s.12

⁸⁶ Akman, Pınar s.12

⁸⁷ MEDEF s. 6

⁸⁸ Allen&Overy s.3

⁸⁹ Akman, Pınar s. 10

⁹⁰ GIANNI,ORIGONI,GRIPPO&Partners s.6

⁹¹ ANTITRUST ALLIANCE (s. 8, paragraf 60)

⁹² Akman, Pınar s.12

c. Dikey ve Yatay Pazar Kapama

Tartışma Metninde, pazar kapama davranışının analizinde, hakim durumda bulunan teşebbüsün bu eyleminin, üst pazardaki rakipleri mi yoksa alt pazarlarda bulunan rakipleri mi hedeflediğinin de belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu durumda üst pazarda bulunan rakiplere pazarı kapama (*upstream foreclosure*) ve alt pazarda bulunan rakiplere pazarı kapama olarak nitelendirilebilecek (*downstream foreclosure*) iki farklı grup ortaya çıkmaktadır⁹³.

İlk grupta yer alan davranışlara örnek olarak, *yıkıcı fiyat*, *tek marka ve indirimler*, *bağlama* ve *paketleme* örnek verilmektedir. Bu grupta yer alan kötüye kullanma davranışları, hakim durumda bulunan teşebbüsün kendi seviyesinde bulunan rakiplerinin tüketiciye ulaşmalarının önüne geçerek, onları pazardan atmaya veya pazarda etkin rekabet etme yetilerinin ortadan kaldırmaya çalışmasından kaynaklanmaktadır.

İkinci grupta yer alan davranışlara örnek olarak ise, *fiyat sıkıştırması* hallerini de kapsayacak şekilde *mal vermeyi reddetme* örnek olarak verilmektedir. İlk grupta yer alan davranışlarda, hakim durumda bulunan teşebbüs, kendi seviyesinde bulunan bir rakibi pazar dışına itmeye çalışırken, bu grupta yer alan davranışlarda, hakim durumda bulunan teşebbüs, alt pazarda halihazırda var olan veya pazara girmekte olan teşebbüsleri pazar dışına itmeye çalışmaktadır.

d. Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Tartışma Metninde, birlikte hakim durumda bulunan teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarının saptanmasının, bu teşebbüslerin, zımnen veya açıkça, en azından kötüye kullanma teşkil eden davranış bakımından ortak bir politika izleyip izlemediklerinin saptanmasına bağlı olduğu ifade edilmektedir. Tartışma Metni, bu noktada, ATAD içtihatlarının, bugüne kadar birlikte hakim durumun dışlayıcı davranışlarla kötüye kullanması halleri ile ilgili olarak, birlikte hakim durum oluşturan

⁹³ “Üst Pazar” ve “Alt Pazar” terimleri, genellikle, teşebbüsler ile nihai tüketiciler arasında bulunan iki farklı seviyeyi ayırt etmek için kullanılmaktadır. Buna göre, bir teşebbüs, nihai tüketiciye ne kadar yakınsa, o kadar alt gruptadır. Bununla birlikte, bazı hallerde, iki pazarın da tüketiciye eşit yakınlıkta olabileceği hallerde, bu terimlerin kullanılması doğru olmayabilir. Fakat bu hallerde, rekabetsel bir fayda için, bir pazardan başka bir pazara girdi sağlanması hallerinde, sağlayan pazar “*üst pazar*” ve sağlanan pazar “*alt pazar*” olarak tanımlanmaktadır.

teşebbüsler arasında güçlü yapısal bağların bulunduğu pek çok olayla karşılaşmış olduğunu belirtmektedir⁹⁴.

Buna göre örneğin, birlikte hakim durumda bulunan teşebbüsler, potansiyel rakiplerin pazar altyapısına ulaşmaktan mahrum etmek konusunda veya tüketicilere ölçsüz fiyatlar yansıtmak konusunda ortak bir politika belirlemiş olabilirler. Ancak, kötüye kullanma davranışının mutlaka bu teşebbüslerin tamamı tarafından gerçekleştirilmesi gerekli olmayıp bu davranışın birlikte hakim durum olmanın göstergelerinden biri ile özdeşleşmiş olması yeterlidir⁹⁵. Bu durum, örneğin, birlikte hakim durumda bulunan teşebbüslerin, farklı görevler üstlenmiş olması hallerinde söz konusu olabilmektedir.

Ancak bu başlığa ilişkin yapılan eleştirilerde, bu bölümde birlikte hakimiyetin tesisi bakımından aranan ispat derecesine ilişkin yeterli miktarda bilgi verilmediği söylenmektedir. Bu noktada, 82. maddenin uygulanıp, 81. maddenin uygulanmayacağı hallerin bulunup bulunmadığı konusunda daha fazla açıklayıcı bilgi verilmesi istenmektedir⁹⁶.

e. Savunma İmkanları: Objektif Gerekçeler ve Etkinlik Savunması

Etkinlik savunması, Tartışma Metninin 82. madde uygulamasına getirdiği en önemli yeniliklerden birisi olarak gösterilmektedir. Buna göre, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından, dışlayıcı davranışı için *objektif bir gerekçesi olduğunu* göstermesi veya *söz konusu davranışın, rekabete olan olumsuz etkilerinin üstüne geçecek bazı sonuçlar sağlayacağı* hususlarını ispatlanması halinde, 82. maddenin yasaklamalarına tabi olmayacağı ifade edilmektedir.

Bu savunma imkanları; *objektif gerekçeler* ve *etkinlik savunması* (efficiencies) olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. *Etkinlik savunması* olarak adlandırılan ikinci savunma imkanı, yeni bir kavram olup esas olarak, hakim durumdaki teşebbüslere sağlanan, kötüye kullanma davranışının 81(3). maddede sayılan muafiyet şartlarını taşımakta olduğunu kanıtlama olanağı üzerine kurulmuştur. Halihazırda, ATAD'ın bazı kararlarında bu savunma kullanılmış bulunmaktadır⁹⁷.

⁹⁴ Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission (1999) Compagnie maritime belge transports SA C-395/96 P ve Compagnie maritime belge SA ve Dafra Lines A/S C-396/96 P (birleşmiş davalar)

⁹⁵ Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission (1999)

⁹⁶ ANTITRUST ALLIANCE (s. 8, paragraf 60), JWP s.15

⁹⁷ Case 40/70 Sirena S.r.l.v. Eda S.r.l. and others [1971], Case 78/70 Deutsche Gramophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG [1971], Case

Ancak yeni yaklaşıma göre bu kez ispat yükü teşebbüslere ait olacaktır. Başka bir ifade ile teşebbüs, Komisyon veya diğer otoriteler tarafından kötüye kullanma davranışının varlığını tespit edilmesi halinde, *bu savunmaların uygulanması gerekli şartların oluştuğu konusunda aranılan yasal ispat yükümlülüğünü üstlenmektedir.*

Doğal olarak bu konuda Metne getirilen eleştiriler, en çok ispat yükünün teşebbüslere bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Eleştirilere göre teşebbüsler, davranışlarının etkinlik doğurucu etkilerini ortaya koymalı, buna ilişkin doküman ve sair delil sağlamakla yükümlü olmalıdırlar. Ancak koşulların varlığının hukuki olarak saptanması görevi teşebbüslere değil Komisyon'un ve/veya Rekabet Otoritelerine ait olmalıdır⁹⁸.

Teşebbüsler üzerindeki ispat yükümlülüğü hukuki dayanaktan yoksun olmakla da eleştirilmektedir. Şöyle ki; Komisyon'un 1/2003 sayılı Tebliği'nin 2. maddesinde, 81(3) madde koşullarının varlığını ispat yükümlülüğü teşebbüslere bırakılmaktadır. Ancak 82. madde açısından böyle bir ispat yükü öngörülmemektedir. Üstelik, 82. maddenin yazıldığı dönemde objektif gerekçeler kavramı da mevcut olduğu halde, teşebbüslere böyle bir ispat külfeti yüklenmemiştir. Bu durumda ispat yükünün teşebbüslere bırakılmamış olmasının hukuki bir dayanağı da bulunmadığı ifade edilmektedir⁹⁹.

Ayrıca Metinde yer alan savunma imkanları genel olarak olumlu karşılanmakla birlikte, bu savunma sebeplerinin hangi somut koşullarda mevcut olacağı konusunda daha geniş açıklama yapılması gerektiği ve teşebbüslerce ileri sürülebilecek olan sebeplerin hangi şartlar altında geçerli kabul edilebileceğinin daha da açık olması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁰

f. Objektif Gereklilik Savunması

Komisyon tarafından Tartışma Metninde yer verilen objektif gerekçeler savunması, *objektif gereklilik* savunması ve *rekabeti karşılama* savunması olarak ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda bu hususlar olarak incelenecektir.

Objektif gereklilik savunmasında, teşebbüsün davranışının taraflar dışında gelişen objektif faktörlerin gereği olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca bu objektif faktörler, pazardaki *tüm teşebbüsler bakımından* geçerli

27/76 United Brands, Case 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v. Commission [1978], Case T-83/91 Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II), Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission (1999)

⁹⁸ Simmons&Simmons s.5-7, ANTITRUST ALLIANCE (s. 8, paragraf 60).

⁹⁹ Simmons&Simmons s.5-7

¹⁰⁰ MEDEF

olmalı ve teşebbüs bu objektif faktörler nedeniyle söz konusu davranış olmaksızın pazarda üretim veya dağıtım yapamayacağını kanıtlamalıdır. Burada *zorunluluk (indispensability)* şartı çok katı bir şekilde uygulanmaktadır¹⁰¹.

Tartışma Metninde objektif faktör olarak tanımlanan hallere örnek olarak ürünün tehlikeli yapısı nedeniyle doğabilecek olan güvenlik veya sağlık nedenleri gösterilmektedir.

Bu objektif gereklilik testi, tüm teşebbüsler için gerekli faktörleri göz önüne alması bakımından çok katı bir kapsama sahip olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰².

Ayrıca Metnin lafzından hakim durumdaki teşebbüsün bu savunmayı yapmasının neredeyse imkansız olduğu iddia edilmektedir. Bu nedenle, Komisyon'un bu tür bir savunmayı hangi koşullarda kabul edebileceği daha fazla örnekle ortaya koyması ve teşebbüsler açısından belirlilik sağlanması talep edilmektedir¹⁰³.

g. Rekabeti Karşılama Savunması

Tartışma Metni, hakim durumdaki teşebbüs tarafından *rekabeti karşılama savunması* olarak gerçekleştirilecek savunma davranışında, teşebbüsün, bazı rakiplerin saldırgan davranışları karşısında, kendi ticari ve ekonomik menfaatlerini korumakta olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmektedir. ATAD ve Topluluk İlk Derece Mahkemesi pek çok kararda *teşebbüsün kendi ticari ve ekonomik menfaatlerinin korunması amacıyla, kötüye kullanma davranışını yaratan meşru bir amaç olduğunu* belirtmişlerdir¹⁰⁴. Diğer bir ifade ile, teşebbüsün rakiplerden gelen rekabete karşı kısa vadeli kayıplarını en aza indirmek amacıyla meşru bir amaç olarak ifade edilmektedir. Ancak Metinde bu savunmanın, yalnızca *fiyat temelli kötüye kullanma* halleri için uygulanabileceği belirtilmektedir. Öte yandan, bu savunma toplu davranışlara değil yalnızca bireysel davranışlara uygulanabilme olanağı bulmaktadır.

Tartışma Metni, bu savunmanın uygulanabilmesi için, bir orantılılık testi öngörmektedir. Buna göre; hakim durumda bulunan bu teşebbüsün, davranışın; 1) uygun 2) zorunlu ve 3) orantılı olduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

¹⁰¹ Case T-30/89 Hilti, Case T-83/91 Tetra Pak II

¹⁰² Allen&Overy s.3

¹⁰³ ANTITRUST ALLIANCE (s. 10); JWP s.16

¹⁰⁴ Case 27/76 United Brands, Case T-228/97, Irish Sugar plc v Commission (1999)

Teşebbüsün, ilk olarak, seçilen davranışın, meşru bir amaç elde etmek için *uygun* olduğunu göstermesi gerekmektedir. Bu noktada, seçilen davranış, örneğin ekstra yatırım yapılmasını gerektiriyorsa ve bu şekilde rakiplerin davranışlarından doğan zararları en aza indirmek gibi bir amaç saptanamıyorsa, davranışın uygunluğundan bahsedilemeyecektir. Davranışın uygun olduğunun saptanması ardından, bu davranışın *zorunlu* olduğunun, bir başka ifade ile, teşebbüsün meşru amacının başka bir davranışla hiç veya yeterli ölçüde gerçekleştirilmeyecek olması gerekmektedir. Burada hakim durumda bulunan teşebbüsün, içerisinde bulunduğu pazar koşulları ve ticari gerçekler karşısında zararlarının en aza indirgeyebilmek için, rekabeti daha az bozabilecek bir davranış alternatifinin bulunmadığını kanıtlayabilmesi gerekmektedir. Son olarak, hakim durumda bulunan teşebbüsün bu davranışın *orantılı* olduğunu göstermesi gerekmektedir. *Bu husus, tüketici menfaatinin korunması açısından her olayda, hakim durumda bulunan teşebbüsün zararlarını en aza indirmesindeki yarar ile rakiplerin pazara girmeleri veya pazarda genişlemelerindeki yarar arasındaki dengenin ölçülmesini gerektirmektedir.*

Hakim durumdaki teşebbüsler de rakipleri ile rekabet edebilmek ve müşterilerini kaybetmemek için karşılaştıkları rekabetçi davranışlara cevap verme ihtiyacı duymaktadırlar. Bu da etkin rekabetin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla etkin rekabetin gereksinimleri ile diğer gereksinimlerin dengelenmesi hususunda, hakim durumdaki teşebbüslerin yapabilecekleri *rekabeti karşılama* savunması konusunda genel olarak ek kılavuzlar çıkarılması gerektiği görüşü oldukça yaygın olarak dile getirilmiştir¹⁰⁵. Aksi takdirde bu teşebbüsler, rekabeti karşılama olarak düşündükleri davranışların kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi riski ile karşı karşıya kalacaklardır¹⁰⁶.

Ayrıca bu savunmanın teşebbüs tarafından uygulanabileceği alanların gereksiz bir biçimde dar tutulması,¹⁰⁷ hakim durumda bulunan teşebbüsün sadece rakiplerin fiyat indirimlerine karşı reaksiyon göstermesine izin verilmesi¹⁰⁸ de eleştirilmektedir.

Bunun yanı sıra, bu savunmaya ilişkin koşulların karşılanmasının da zor olduğu iddia edilmektedir. Örneğin orantılılık testinde, hakim teşebbüsün davranışının, karşı karşıya kaldığı rekabete orantılı bir cevap oluşturup

¹⁰⁵ CROWELL&MORING s. 6

¹⁰⁶ Allen&Overy s.4

¹⁰⁷ EVERSHEDES LLP

¹⁰⁸ Akman, Pınar s.13

oluşturmadığı hususu oldukça muğlak olarak değerlendirilmekte,¹⁰⁹ ayrıca katı bir uygulama riski oluşturabileceği de ifade edilmektedir¹¹⁰.

h. Etkinlik Savunması

Etkinlik savunması, diğer savunma hallerinden farklı olarak objektif faktörlere değil, kötüye kullanma teşkil eden davranışın olumlu ve olumsuz yönlerinin tartılmasına dayanmakta ve olumlu yönlerinin daha ağır basması halinde hukuka aykırılığın ortadan kalkması, diğer bir ifade ile söz konusu davranışın 82. madde yasağında muaf tutulması sağlanmaktadır. Böylelikle, tüketici refahını esas alan *etki-temelli* yaklaşımın davranışın güncel veya olası etkileri üzerinde odaklanması sayesinde; 82. maddedeki rekabet kurallarının katılığı ile tüketici refahı arasında uyum sağlanarak, adil ve ekonomik açıdan daha yararlı olacak sonuçlar elde edilmesi amacı ortaya çıkmaktadır.

Tartışma Metninde *ekonomik etkinlik* savunmasının ileri sürülebilmesi için, teşebbüslerin dört şartın birlikte gerçekleştiğinin kanıtlamaları gerektiğini belirtilmektedir. Aşağıda açıklanacak olan bu şartlar, Tartışma Metninde açıkça belirtilmemekle birlikte, 81(3) madde kapsamında *muafiyet* için aranan şartlar ile son derece benzemektedir.

Teşebbüsün somut olayda;

1. Davranışının güncel veya potansiyel bir etkinlik sağlayacağını,
2. Söz konusu faydanın sağlanması için, bu davranışın kaçınılmaz olduğunu,
3. Ortaya çıkacak olan faydanın tüketici yararına olduğunu,
4. Davranış sonucunda, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığını kanıtlaması gerekmektedir.

Bu dört şartın birlikte gerçekleşmiş olduğunun kanıtlanması halinde, söz konusu davranışın sonucu rekabetçi sürecin esaslı olarak artması söz konusu olacaktır.

Bu çerçevede, hakim durumda olan teşebbüsün, ilk olarak davranışının *ürünlerin üretim veya dağıtımında gelişme, teknik ve/veya ekonomik sürecin, kalitenin artması veya maliyet düşüşleri gibi sonuçlarla geliştirilmesi ve diğer herhangi bir faydanın sağlanmasını* taahhüt ettiğini, bu sonuca odaklandığını göstermesi gerekmektedir.

¹⁰⁹ ANTITRUST ALLIANCE (s . 10)

¹¹⁰ JWP s.16

İkinci olarak, teşebbüsün, söz konusu davranışın, gerçekleşeceği iddia edilen faydalar için *kaçınılmaz, zorunlu* olması gerekmektedir. Burada, içinde bulunulan pazar koşulları ve ticari gerçekler karşısında, iddia edilen faydaların sağlanması için, ekonomik açıdan daha pratik ve daha az sınırlayıcı başka bir davranış alternatifinin bulunmadığını ispatlamak yükümlülüğü teşebbüse aittir. Ancak, teşebbüsten teorik alternatifler göstermesi de beklenmemektedir. Komisyon, teşebbüsün bu savunmasına yalnızca gerçek ve ulaşılabilir alternatiflerin varlığının makul ölçüde açık olduğu hallerde itiraz edebilecektir. Bu halde de, teşebbüsün, gerçekçi gözükken ve daha az sınırlayıcı olan davranışların, neden açıkça daha az etkin olacağını açıklaması ve göstermesi gerekmektedir.

Üçüncü olarak teşebbüsün, davranışın doğuracağı faydaların, söz konusu davranışın rekabete ve tüketiciye verebileceği *olumsuz etkilere karşı daha ağır bastığını kanıtlaması* gerekmektedir.

Tartışma Metni, rekabet kurallarının amacının tüketici refahını ve kaynakları etkin dağılımın sağlanması odaklı rekabeti korumak olduğundan hareketle, söz konusu davranışın doğuracağı olumlu sonuçların tüketiciye yansımalarının, en az, tüketicinin bu davranıştan gördüğü veya görebilecek olduğu zararı telafi edecek ölçüde olması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada, tüketicilerin gelecekte elde edecekleri faydanın, güncel olarak elde edecekleri fayda ile aynı olmadığına belirtilmesi gerekmektedir. Genellikle, davranıştan doğacak faydaların ne kadar geç gerçekleşmesi bekleniyorsa, *Komisyon'un* onları dikkate alma olasılığı da daha az olacaktır. Dolayısıyla, davranıştan doğacak faydanın da gerçekleşme zamanının gerçekçi olması gerekmektedir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs davranışının doğuracağı faydanın tüketiciye yansımaları, genellikle, pazarda var olan veya pazara yeni girecek teşebbüslerden kaynaklanan rekabetçi baskının varlığı ile ilgilidir. (§ 90) Davranışın, rekabet üzerindeki güncel veya olası olumsuz etkileri ne kadar düşükse, Komisyon'un, iddia edilen faydaların önemli olduğu ve tüketiciye de yeterli ölçüde yansıtacağı hususundaki kanaati de o ölçüde güçlenecektir. Bu çerçevede, örneğin, tekele yakın bir pazar gücüne sahip olan teşebbüsün davranışının doğuracağı faydanın, bu davranışın olumsuz etkilerine karşı ağır basacağını ve böylelikle tüketiciye yarar sağlayacağını söylebilmesi zordur.

Dördüncü ve son olarak, teşebbüsün davranışının, ilgili pazarda, *rekabetin önemli bir bölümünü ortadan kaldırmayacak olduğunun* kanıtlanması gerekmektedir. Bu şartın temelinde, rakipler arasındaki etkin rekabetin ekonomik etkinliğin temel itici gücü olduğu varsayımı yer almaktadır. Bu doğrultuda, yukarıda ele alındığı üzere teşebbüsün pazar gücünün ölçüsü dikkate alınmalıdır. Zira pazar gücü büyüdükçe, pazardaki davranışın etkisi de artacaktır

ve bu noktada rekabetin önemli bir kısmının ortadan kalkmayacağına söylenebilmesi zordur. Bu çerçevede, bir teşebbüsün %75'i aşan bir pazar gücüne sahip olması halinde, tekel gücüne yaklaşmış olduğu kabul edilmektedir ve bu halde pazarda bulunan diğer rakipler nezdinde nerdeyse hiç rekabet bulunmadığını söyleyebilmek mümkündür¹¹¹.

Tartışma Metninde yer alan *etkinlik savunması* öncelikle, 81(3) madde koşullarının uygulanmasının öngörülmüş olması nedeniyle eleştirilmektedir. 82. madde. uygulaması konusunda muafiyet şartlarının uygulanması konusunda temel bir ilke bulunmadığı ve Tartışma Metninde belirtilenin aksine, ATAD'ın konuya ilişkin içtihatlarında da bu konuda temel bir ilke getirmediğini belirtilmektedir. Öte yandan, 82. madde uygulamasında *iki aşamalı* bir test de bulunmadığı, yalnızca, kötüye kullanma halinin tespiti yapıldığından, davranışın etkinlik sağlayıp sağlamayacağı da bu analiz içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca 81. madde için öngörülmüş olan iki aşamalı testin burada da uygulanması, 82. madde bakımından kuralcı ve gereksiz yere müdahaleci bir yaklaşım olacağı söylenmektedir¹¹².

Bir diğer eleştiriye göre *etkinlik savunmasının* kötüye kullanma analizinde kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bir davranışın kötüye kullanma teşkil etmediği saptanırken, öncelikle kötüye kullanma hali olduğu saptanıp ardından etkinlik savunmasına ilişkin şartların mevcudiyeti araştırılmamalı, aksine; bu şartların varlığı da kötüye kullanma hali olup olmadığı analizinde göz önüne alınmalıdır¹¹³. Ayrıca bu yapılırken sadece ispat yükü teşebbüslere ait olan bir savunma sebebi olarak sınırlandırılmamalıdır¹¹⁴. Teşebbüsler, bazı istisnai hallerde delil sağlama yükümlülüğü altında bırakılmalı, ancak bunun dışında etkinlik halleri bizzat Komisyon tarafından ele alınmalıdır.

Ayrıca yine bazı görüşlerde *etkinlik savunmasında* 81(3). maddede öngörülen kriterlerin uygulanması hatalı olabileceği, tüketicilerin neden etkin olmayan rakiplerin korunması için çeşitli faydalardan mahrum kalması gerektiği sorgulanabileceği ifade edilmiştir¹¹⁵.

Tartışma Metnine göre hakim durumdaki teşebbüs, davranışının gerekliliğini savunurken, iddia edilen yararların elde edilebilmesi için daha az rekabet karşıtı ve ekonomik olarak uygulanabilir alternatiflerin olmadığını

¹¹¹ Irish Sugar plc v Commission (1999), C 85/76 Hoffman-La Roche

¹¹² Simmons&Simmons s.5-6

¹¹³ GIANNI,ORIGONI,GRIPPO&Partners

¹¹⁴ JWP s.13

¹¹⁵ Allen&Overy s.4

kanıtlamak durumundadır. Ancak bu gereklilik, ticari gerçekleri göz ardı ettiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Buna göre, teşebbüslerden ilk aşamada rakiplerine daha az etki eden alternatiflerinin olup olmadığını değerlendirmeleri beklenemez, zira bu uygulama teşebbüslerin verimliliği artırıcı uygulamalardan vazgeçmesine neden olabilir¹¹⁶.

Bir başka görüşe göre, bir davranışın bazı etkinlikleri de beraberinde getirdiği hususunda ispat külfetinin teşebbüslere bırakılması, firmaların bu tarz davranışlardan kaçınmasına yol açabilecektir. Bu nedenle, davranışın olumsuz sonuçları kadar olumlu sonuçlarının da Komisyon veya Rekabet Otoriteleri tarafından saptanması ve ancak bundan sonra teşebbüslerden delil göstermeleri istenmesi daha doğru olacaktır¹¹⁷.

Ayrıca *etkinlik savunmasında* zorunluluk şartı oldukça yüksek bir standart olarak değerlendirilmektedir. Bu yöndeki eleştirilere göre, bir teşebbüs birden fazla davranış izleyebilme imkanına sahip olduğunda, bu teşebbüsten kaynaklarını hangi davranışın rakipler üzerinde daha az etkisi olacağını saptamak yönünde kullanmasını beklemenin gerçekçi olmadığı ifade edilmektedir. Sonuçta, bu hususun rakipleri koruma amacını, etkinlik yaratma sonucundan üstün tutmakta olduğunun göstergesi olduğu da iddia edilmektedir.

Tartışma Metninin, tekele yakın teşebbüsleri, etkinlik savunması kapsamı dışında bırakmaya yönelik önerisi, metnin temel amacı ile bağdaştırılamaması nedeniyle oldukça fazla eleştirilmektedir. Eleştirilere göre, pazar payı %75'i geçen teşebbüslerin etkinlik savunmasını kullanamayacak olmaları, *etki-temelli* değil *şekilci* yaklaşımı göstermektedir¹¹⁸. Buna göre, %75 pazar payına sahip olmak da tek başına tekel halinin varlığını ortaya koymak için yeterli olmamalı, bu oran yalnızca bir başlangıç noktası olarak kabul edilmeli ve teşebbüs davranışı her somut olay bazında ele alınmalıdır¹¹⁹. Hatta bazı görüşler, bu oranın en az %90 olması gerektiğini belirtmektedir¹²⁰. Bu durumda hakim durumda bulunan teşebbüsler açısından, etkinlik iddialarının, etkinlik savunması olarak mı yoksa daha az etkin teşebbüsler ile hakim durumda

¹¹⁶ AMCHAM EU

¹¹⁷ United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses s.17–19

¹¹⁸ AMCHAM EU, Akman, Pınar s.15.

¹¹⁹ JWP s.6

¹²⁰ Simmons&Simmons s.3

bulunan teşebbüs arasındaki aralığı daha fazla açan bir faktör olarak mı algılanacağı hususunun tespit edilmesinin zor olduğu ifade edilmektedir¹²¹.

Bu aşamada, Tartışma Metni spesifik ihlal uygulamalarına yönelik yaklaşımlarını açıklamaya geçmektedir. Ancak bu Tebliğ'in amacı açısından genel değerlendirmeleri vermek yeterli görülmüştür. Bundan sonraki bölümde Türk Rekabet Kanunu'nun 6. madde uygulamaları kısaca gözden geçirilecek ve 82. madde reformunun Türkiye'deki olası yansımaları kısaca ele alınacaktır.

7. 4054 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE TÜRKİYE'DE HAKİM DURUM UYGULAMALARI

Bilindiği üzere, Rekabet Kurulu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6. maddesinin uygulamasında, Kanun'un mehzazının AB rekabet kuralları olması nedeniyle Avrupa Komisyon'un geleneksel yaklaşımını takip etmektedir.

a. Pazar Tanımı

Rekabet Kurulu, AB'deki geleneksel yaklaşımda olduğu gibi, 6. madde ile ilgili değerlendirmelerine öncelikle ilgili ürün pazarının tespiti ile başlamaktadır. Kurul tespitinde ikame edilebilirlik kriterini temel almaktadır. Buna göre ilgili ürün pazarı; özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri kapsamaktadır.

İlgili ürün pazarının tespitinde iktisadi tekniklerin kullanıldığı önemli bir karar Coca Cola Kararıdır¹²². Bu Kararında Rekabet Kurulu; "*ilgili ürün pazarının tanımı çerçevesinde, anılan ürün gruplarından hangilerinin aynı ürün pazarında değerlendirilebileceğini tespit edebilmek için, öncelikle söz konusu ürünlerin kullanım amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir.*" demiştir. Buna göre soruşturma konusunu oluşturan ürünler, öncelikle nitelikleri gereği, alkolsüz ticari içecekler ürün grubu içinde değerlendirilmiştir. Bu ürün grubu genel olarak; gazlı içecekler, meyve suyu ve meyve aromalı içecekler, kaynak suyu, sodalı içecekler, sıcak içecekler, buzlu çay ve kahveler ve süttten oluştuğu ifade edilmiş, ardından bu genel grubun ikame edilebilirlik açısından daha alt gruplara bölünmesinin mümkün olup olmadığını tespit edebilmek amacıyla; çoklu regresyon tahlili ve Granger Nedensellik Testi olmak üzere iki adet iktisadi analiz yöntemi kullanılmıştır. Uygulanan bu ampirik yöntemler, gazlı içecek grubu içindeki ürünlerin tüketiciler nezdinde birbiri ile ikame edilebilir

¹²¹ CROWELL&MORING s. 6

¹²² Rekabet Kurulu 23.01.2004 tarihli ve 04-07/ 75-18 sayılı karar

nitelikte ürünler olduğu yönünde bulgular sağlamış, bu nedenle kolanın diğer gazlı içeceklerden farklı bir ürün pazarı teşkil etmediğini ortaya koymuştur. Bu bilgilerin ışığında ilgili ürün pazarı, gazlı alkolsüz içecekler pazarı olarak tanımlanmıştır.

b. Hakim Durum

İlgili ürün pazarının tespitinin ardından teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı tespit edilmektedir. Rekabet Kurulu 6. madde ile ilgili kararlarında 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesindeki *hakim durum* tanımına atıf yaparak şu ifadeye yer vermektedir: *“Buna göre hakim durum; belirli piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim, dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade edebilmektedir.”*

Turkcell¹²³ kararında da bir şirketin ilgili pazardaki hakim durumunu saptamak için yüksek pazar payı kriterinin tek başına yeterli olmayacağı, ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajlarının da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir: *“Turkcell'in sadece yüksek pazar payı nedeniyle değil, ona pazarda belli bir davranış serbestisi sağlayan giriş engelleri, dikey bütünlük avantajları ve büyüklük ve yaygınlık avantajları nedenleriyle de piyasadaki konumunu uzunca bir süre muhafaza edebildiği ve GSM hizmetleri pazarında altı yıllık süre içindeki pazar davranışlarında, rekabetçi koşullarda gerçekleşmeyecek bir serbestiye sahip olduğu, tüm bu göstergeler ışığında, Turkcell'in, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer verilen hakim durum tanımına uygun olarak, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek GSM hizmetleri piyasasında talep üzerinde belirleyici rol oynayan değişkenleri (sübvansiyon miktarları, hat arz miktarı vb) büyük ölçüde kendi stratejileri doğrultusunda belirleme gücüne sahip olduğu, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun çerçevesinde hakim durumda bulunduğu tespit edilmiştir.”*

Pazar payı açısından yapılan değerlendirmelerde, Kurul TürkŞeker A.Ş.'nin %80 pazar payı ile¹²⁴, Tüpraş'ın rafinaj kapasitesinin %86'sına sahip olması, ürün satışlarının da %78 oranına sahip olması ile hakim durumda olduklarına karar vermiştir¹²⁵.

Ancak Kurul Coca Cola ile ilgili yukarıda bahsedilen kararında Coca Cola'nın sahip olduğu pazar payı karşısında, pazarda Pepsi'nin rekabetçi baskı

¹²³ Rekabet Kurulu, 20.07.2001 tarih 01-35/347-95 sayılı karar

¹²⁴ Rekabet Kurulu, 13.08.1998 tarih ve 98-78/603-113 sayılı karar

¹²⁵ Rekabet Kurulu, 16.04.2002 tarih ve 02-24/243-98 sayılı karar

yaratması nedeniyle hakim oluşturmadığına karar verirken, sonraki bir kararında Coca Cola'nın pazardaki diğer rakiplerinin varlığına rağmen hakim durum oluşturduğuna karar vermiştir¹²⁶.

c. Birlikte Hakimiyet

Başka teşebbüslerin piyasaya girmelerine engel olmak veya piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin rekabet gücünü azaltmak gibi amaçlar, teşebbüsleri bazı durumlarda bir anlaşmanın mevcudiyeti aranmaksızın bir araya getirebilmektedir. Birlikte hakimiyetin geçerli olabilmesi için, pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine ederek, tek bir teşebbüs gibi davranma yeteneğine sahip olmaları şartı aranmaktadır.

Rekabet Kurulu birlikte hakim durumu iki tür yaklaşımla tanımlamıştır. Birinci yaklaşım uyarınca, çoğunlukla tek başına hakim durum kriterlerinden yola çıkmakta ve tek başlarına hakim durumda olamayan teşebbüslerin birbirleriyle kurdukları bağlantılar sonucunda sahip oldukları pazar paylarını ve diğer nitel ölçütleri değerlendirmektedir. Esasen bu yaklaşımı ATAD'ın yaklaşımı doğrultusundadır. Bu konuya örnek olarak Kurul'un BİMAŞ Kararı¹²⁷ verilebilir. Kurul burada DTV ve SATEL'in kurdukları BİMAŞ aracılığı ile birlikte hakim durumda olup olmadıklarının tespiti için öncelikle ayrı ayrı ya da birlikte hakim durumda olup olmadıklarının araştırılması gerektiğini belirtmiş ve bu doğrultuda öncelikle adı geçen teşebbüslerin ayrı ayrı pazar paylarını saptamış ve daha sonra bunların toplamı olan pazar payına bakmış ve bunun hakim durum teşkil etmeyeceği kararına varmıştır. Kurul'un Hürriyet, Sabah, Bursa Gazetecilik, Olay Basın¹²⁸ ve BBD, BİRYAY& YAYSAT¹²⁹ kararları da aynı doğrultudadır.

Kurul'un ikinci yaklaşımı ise, birlikte hakim durum saptamasının çoğunlukla oligopolistik pazar kavramından yola çıkılarak yapılmasıdır. Kurul ilgili teşebbüslerin oligopolistik pazarda bulunmaları halinde doğrudan bu yapı üzerinden hareketle karara varmaktadır. Bu konuda Rekabet Kurulu'nun Emlak Bankası¹³⁰ ve Koçbank Kararları¹³¹ temel örneklerdir.

Emlak Bankası Kararında Kurul; "*oligopolistik pazarlarda teşebbüsler aralarında anlaşma olmasa bile pazar yapısının bir gereği olarak birlikte hakim durumda bulunabilirler. İlgili ürün pazarında birlikte hakim durumda olma*

¹²⁶ Rekabet Kurulu, 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı karar

¹²⁷ Rekabet Kurulu 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı kararı

¹²⁸ Rekabet Kurulu 05.09.2000 tarihli ve 00-33/356-200 sayılı kararı

¹²⁹ Rekabet Kurulu 17.7.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı kararı

¹³⁰ Rekabet Kurulu 20.05.1999 tarih ve 99-24/211-124 sayılı kararı

¹³¹ Rekabet Kurulu 19.03.2002 tarih ve 02-15/165-69 sayılı karar ı

ihtimalini destekleyecek pazar yapısının bulunup bulunmadığı araştırıldığında, pazarda faaliyet gösteren 74 adet teşebbüs bulunduğu ve bunların birbirlerine karşı nisbi büyüklükleri göz önüne alınarak, bu pazarın birlikte hakim durum oluşturulması için elverişli bir dar oligopolistik pazar olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı görülmektedir” şeklinde bir karar varmıştır. Karardan anlaşılan Kurul’un birlikte hakim durumun varlığı için dar anlamda bir oligopolistik yapı aradığıdır. Kurul’un, Koçbank A.Ş kararı da bu doğrultudadır.

Ulusal Dolaşım Kararında¹³² Kurul, ilgili pazarı oluşturan GSM altyapı hizmetleri pazarında %90’ın üzerinde kapsama alanına ulaşmış Turkcell ve Telsim’in birlikte hakim durumda olduklarını tespit etmiştir. Lisans alarak GSM hizmetleri piyasasına yeni giren iki teşebbüsün (İŞ-TİM ve Aycell) Türkiye’nin tamamını kapsayan bir şebekeleri olmadığı için, iktisadi açıdan GSM altyapı hizmetleri piyasasına giremediklerine karar vermiştir.

Özellikle telekomünikasyon gibi kendine özgü nitelikleri (üretim ve tüketimde ölçek ekonomileri, evrensel hizmet yükümlülüğü vb.) ön plana çıkan sektörlerde söz konusu analizin sui generis niteliği ağır basmaktadır. Bu nedenle Kurul, bahse konu teşebbüsler arasında ilgili piyasada (GSM altyapı hizmetleri) etkin rekabetin olmaması ve bu teşebbüslerin ilgili piyasada düzenli ortak bir davranış modeli veya ortak bir politika benimsemiş olmalarının birlikte hakim durumun tespiti için aranan unsurlar olduğunu belirtmiştir.

d. Dışlayıcı Kötüye Kullanma Halleri

i. Yıkıcı Fiyat

Kurul’un fiyat-maliyet konusundaki yaklaşımını ayrıntılı olarak açıkladığı, değişken ve sabit maliyet kalemlerini incelediği kararlardan biri Coca Cola Kararıdır¹³³. Diğer bir karar olan Frito-Lay Kararında¹³⁴, yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirmesinde, niyet unsuruna ağırlık verilmiştir. Ayrıca

¹³² Rekabet Kurulu 9.6.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı kararı

¹³³ 23.01.2004 T., 04-07/75-18 s. Coca Cola Kararında; yıkıcı fiyat iddiasından kurtulmak amacıyla, maliyet tablosundaki değişken giderlerin muvazaalı olarak sabit değer kaleminde gösterilerek, ortalama değişken maliyet değerinin muvazaalı olarak düşük gösterilebileceği belirtilmektedir. Kararda maliyet kalemleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Sabit kalemler içinde gösterilmiş bulunan ancak bazı hallerde değişken gider niteliği bulunabilecek olan, mazot veya finansman (kısa-uzun vadeli banka kredileri) giderleri, olayın özellikleri bakımından sabit gider olarak değerlendirilmiş, muvazaalı gösterim bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

¹³⁴ Rekabet Kurulu 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı kararı

ISS soruşturmasının temel konusu çapraz sübvansiyon destekli yıkıcı fiyat uygulamasıdır¹³⁵.

Frito-Lay Kararında yıkıcı fiyatın değerlendirilmesine ilişkin yer alan, “*yıkıcı fiyata ilişkin fiyat maliyet analizi yapılırken hareket noktasını ortalama değişken maliyet kavramı oluşturmaktadır. Fiyatın ortalama değişken maliyetten küçük olması yıkıcı fiyatın varlığı şüphesini doğurmaktadır. Eğer bu şüphe firmanın rakiplerini piyasa dışına itme veya faaliyetlerini zorlaştırma niyeti ile desteklenirse, bu durum mehz mevzuat uygulamalarında da yıkıcı fiyatın varlığına bükmektedir... Maliyetin altında satışın yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesinin iki istisnası promosyon faaliyetleri ve rakibi izleme olarak ifade edilebilir. Geçici bir dönem için ve belirli bir promosyon faaliyeti çerçevesinde yürütülen fiyatlandırma politikasında satış fiyatının ortalama değişken maliyetin altında olması kabul edilebilmektedir.*” şeklindeki ifadeler ile Kurul niyet unsurunu ön plana almıştır.

Yıkıcı fiyat ile ilgili ASKİ¹³⁶ ve ISS kararlarında Kurul; “*rakipleri piyasa dışına atmak gayesi ile maliyetlerin altında fiyat belirlemenin yıkıcı fiyat olduğunu*” ve ilgili teşebbüslerin yıkıcı fiyat uygulamak suretiyle Rekabet Kanunu’nun 6. maddesini ihlal etikleri sonucuna ulaşmıştır.

ii. Bağlama

Turkcell¹³⁷ kararında ise Kurul, Turkcell’in, GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması veya bunları kendisine bağımlı konuma getirmesi suretiyle, bu distribütörlerin rakip operatörlerle benzer kampanyalar yapmasını ve sonuç olarak bu distribütörlere ait cihazların rakip operatör hattı ile satılmasını kısıtlayarak; aktivasyon merkezleri ile münhasır çalışmak suretiyle, aktivasyon merkezlerinin aynı zamanda distribütörlerin bayileri olmaları ve bu distribütörlerin tamamına yakınının yukarıda açıklanan münhasır ve bağımlı distribütörler olmalarının birlikte sonucu olarak rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırarak; Turkcell’in GSM hizmetleri piyasadaki hakim durumuna dayalı olarak, cep telefonu piyasasında faaliyet gösteren distribütörler arasında gerçekleştirdiği ayrımcı uygulamalar sonucunda kendisi ile münhasır çalışan distribütörler karşısında, münhasır çalışmayan distribütörlerin rekabette dezavantajlı konuma gelmesine neden olarak, GSM operatörleri piyasadaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.’nin (KVK) cep telefonu piyasadaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve cep telefonu piyasasında KVK’nın

¹³⁵ Rekabet Kurulu 02.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı kararı

¹³⁶ Rekabet Kurulu 08.08.2002 T., 02-47/587-240 sayılı kararı

¹³⁷ Rekabet Kurulu 20.07.2001 tarih 01-35/347-95 sayılı kararı

rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak, Turkcell'in buraya kadar belirtilen uygulamalar sonucu, tüketicinin istediği marka cep telefonunu istediği şebeke hattı ile kullanmasını engelleyerek, 4054 Sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ihlale yol açtığına karar verilmiştir.

Liman sözleşmesinde Densay A.Ş.'nin acente olarak belirlenmesi¹³⁸, rekabet hukukunda bağlama olarak tanımlanan ve bir mal veya hizmet ile birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması anlamına gelen ihlale bir örnektir. Ekonominin farklı düzeylerindeki teşebbüsler olan liman ile yük sahibi arasında, girdi/çıkı ilişkisinin varlığına işaret eden dikey bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkiyi kuran liman sözleşmesi de rekabet hukukunda dikey anlaşma olarak sınıflandırılan anlaşmalara bir örnek oluşturmaktadır. Liman A.Ş. yük sahiplerine liman hizmeti olarak adlandırılabilir hizmetleri sunarken, bunu acentenin Densay A.Ş. olacağı şartına bağlamaktadır. Limanın yük sahibiyle imzaladığı anlaşmada güçlü taraf olması, sözleşme hükümlerini tek taraflı olarak belirleyebilmesine neden olmaktadır.

iii. Mal Vermeyi Reddetme

Rekabet Kurulu Tüpraş¹³⁹ ile ilgili kararında “*hakim durumda olan alıcının düzenli olarak mal aldığı müşterisinden mal almayı haklı bir sebep olmaksızın kesmesi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırması, ya da alt ve üst piyasalarda rekabeti bozma amaçlı olması halinde, 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil eder*” demiştir.

Mal vermeyi kesme davranışının rekabeti kısıtlayıcı amacı üzerinde duran kararlardan bir diğeri de TKİ kararıdır¹⁴⁰. Bu Kararda; “*mal vermeyi kesme yoluyla pazarda rekabeti sınırlandırmak veya ortadan kaldırmak amacını ve/veya etkisini taşıyıp taşımadığının tespitinde, hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerinin pazarında faaliyet gösterip göstermediği hususu dikkate alınmalıdır. Bu durumun varlığı halinde, rakip alıcılara mal verme ve hizmet sunma imkanına sahip hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerine mal vermeyi kesmesinin, nihai ürün ve hizmet piyasasındaki rekabeti kısıtlama amacına yönelik olduğu söylenebilecektir.*” denilmektedir.

e. Türkiye Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Yukarıda kısaca yer verilen kararlar incelendiğinde, Rekabet Kurumu'nun genel olarak Komisyon'un geleneksel analiz yöntemlerini benimsediği ve uyguladığı görülmektedir. Hakim durum ihlallerinin tespitinde

¹³⁸ Rekabet Kurulu 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı karar

¹³⁹ Rekabet Kurulu 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı karar

¹⁴⁰ Rekabet Kurulu 19.10.2004 tarih ve 04-66/949-227 sayılı karar

çok fazla ekonomik analize verildiğini veya tüketici refahı üzerindeki etkilerin tespitine yönelik inceleme yapıldığını söylemek çok fazla mümkün değildir. Bu açıdan rekabet uygulamalarının Türkiye’de de benzer eleştirilere maruz kaldığını veya kalacağını kabul etmek yanlış olmayacaktır.

Bu tespitten yola çıkarak Türkiye’de bundan sonra ne yapılması gerekir sorusunun cevabını şu şekilde vermek mümkündür. Öncelikle 10 yıllık uygulamanın bir muhasebesinin yapılması ile başlanması bizce en uygun başlangıç olacaktır. Bu muhasebe çerçevesinde, 6. madde ile ilgili soruşturma yürütülen pazarlarda soruşturma dönemi ve sonrasına yönelik izleme ve tespit yapılması faydalı olacaktır. Bu şekilde, hakim durumdaki teşebbüsün davranışlarının pazardaki rekabet seviyesine ve tüketici refahına etkisi ortaya konulabilecektir.

Bu noktada bir örnek vermek faydalı olabilir. Örneğin ISS soruşturması sırasında (ve öncesinde) pazarda yaklaşık 80 adet Internet Servis Sağlayıcı bulunmaktayken, Türk Telekom’un yıkıcı fiyat ve diğer dışlayıcı davranışları nedeniyle bugün pazarda bir elin parmaklarını geçmeyecek sayıda teşebbüs kalmıştır. Dahası bu pazardaki rekabete aykırı davranışları nedeniyle eleştirilen Türk Telekom’un internet servis sağlayıcısı olan TTNNet bugün pazarda en büyük paya sahiptir. Fiyatlar açısından yapılacak bir analiz ise bazı ilginç sonuçlar ortaya koyacaktır. Bugün TTNNet’in fiyatı hala oldukça düşük düzeydedir. Bu nedenle tüketicinin hala kısa dönemdeki bu düşüşten yararlandığı söylenebilir. Ancak pazarın büyüme hızına bakıldığında, pazarın büyümesinin sadece TTNNet (ya da Türk Telekom) tarafından yapılan yatırımlara bağlı kaldığı, pazarın büyüme konusunda rekabetçi baskıdan uzak olduğu, zira rakiplerin önlerinde TTNNet’le rekabet etmek için hem teknik hem de ekonomik olarak pazarın yapısından ziyade TTNNet’ten davranışlarından kaynaklanan çok ciddi engellerin bulunduğu görülecektir. Özellikle ADSL hizmetinin hem kalitesi, hem hızı hem de kapsama alanı talebin çok altındadır¹⁴¹. Bu da sadece düşük fiyata dayalı rekabetin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak, bu konuda Türkiye hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerin çok gerisinde kalmıştır. Bu sonucun da tüketici refahı üzerindeki etkisi tartışma götürmeyecek kadar ortadadır.

8. SONUÇ

82. madde reformu ile ilgili olarak Komisyon’un hazırlanmış olan Tartışma Metninde öngörülen *etki-temelli* yaklaşım ilgili çevrelerde genel olarak

¹⁴¹ Rekabet Kurulu 29.01.2004 tarih ve 04-09/82-22 sayılı ve 02.09.2004 tarih ve 04-57/796-199 sayılı kararları

büyük bir takdirle karşılanmıştır. Bu süreçte çok sayıda akademisyen ve meslek odaları, şirket, enstitü, barolar gibi her türlü kuruluş konuya ilişkin görüşlerini sunmuştur. Metne karşı sunulan eleştirilerin büyük çoğunluğu, Metinde yer alan bazı prensiplerin esasen bu yeni yaklaşım ile bağdaşmadığı, Metnin halen birçok şekilci test içerdiği ve teşebbüslere ağır ispat yükümlülükleri yüklediği noktalarında toplanmaktadır. Bu çerçevede, çıkarılacak ek kılavuzlarla eksik ve belirsiz kalan noktaların açığa kavuşturulması istenilmektedir.

Yukarıda yer verilen eleştiriler, hiç kuşkusuz Komisyon'a yol gösterici niteliktedir ve Komisyon'un uygulamaya geçirme niyetinde olduğu yeni yaklaşımın başarısı bu eleştirilerin ne kadar dikkate alınacağına bağlı olacaktır.

Bu noktada, Türkiye'de bu çalışmadan ne tür dersler çıkarılması gerektiği sorusunun da kendimize sormamız faydalı olacaktır. ABD'nin öncülüğünde AB de rekabet kurallarını uygularken tüketici refahını temel aldığına dile getirmekte, rekabet politikasını bu çerçevede revizyona tabi tutmaktadır.

Türkiye'nin rekabet kuralları uygulamasının henüz 10 yıllık bir geçmişi olduğunu söylemiştik. Değişen koşullar çerçevesinde Türkiye'de de rekabet politikası için bir yol haritasına her zaman ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle, öncelikle Rekabet Kanunu'nun etkin bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının tespiti için Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar 6. madde çerçevesine almış olduğu kararların etki analizinin yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir. Bu tür bir çalışma yapıldığında Türk rekabet hukuku uygulamasının da nerelerde aksadığı net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Bu analizden sonra yapılması gereken, Rekabet Kurumu'nun çıkan sonuçlar çerçevesinde, kamuoyunun da görüşlerini alarak daha etkin bir rekabet politikası için gerekli düzenlemeleri en kısa sürede hayata geçirmesidir. Rekabet Kurumu'nun teşebbüsler ve tüketiciler nezdinde itibarı, daha da önemlisi rekabet düzeninin korunması yoluyla tüketici refahının artırılması temel hedefi açısından söz konusu çalışma hayati öneme sahip olacaktır.

KAYNAKÇA

1. DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>)
2. Report by the EAGCP “An Economic Approach to Article 82” (http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf)
3. 19 Aralık 2005 tarihli Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlük Bilgi Notu (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)
5. Nellie Kroes’in 23 Aralık 2005 tarihinde Fordham Corporate Law Institute, New York’ta yaptığı konuşma. (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)
6. 19.12.2005 tarihli Komisyon Duyurusu (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)
7. Allen&Overy “Comments on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
8. Akman, Pınar “The EC Discussion Paper on the Application of Article 82” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
9. AMCHAM EU American Chamber of Commerce To the European Union “Comments on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
10. ANTITRUST ALLIANCE “DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)
11. CROWELL&MORING “Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary

Abuses”

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

12. EVERSHEDES LLP “Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

13. GIANNI, ORIGONI, GRIPPO&PARTNERS “Comments On The Dg Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

14. Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the United Kingdom (“JWP”) “Response to DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

15. MEDEF “Observations on the draft guidelines proposed by the European Commission on the Application of Article 82 of the Treaty” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

16. Simmons&Simmons “DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 to Exclusionary Abuses” (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

17. United States Council For International Business Submission to the Directorate-General for Competition on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses (<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/contributions.html>)

Rekabet Kurulu Kararları

- Rekabet Kurulu, 20.07.2001 tarih 01-35/347-95 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 13.08.1998 tarih ve 98-78/603-113 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 16.04.2002 tarih ve 02-24/243-98 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 26.05.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 29.02.2000 tarih ve 00-9/89-44 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 02.10.2002 tarih ve 02-60/755-305 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 08.08.2002 tarih ve 02-47/587-240 sayılı kararı

- Rekabet Kurulu, 20.07.2001 tarih ve 01-35/347-95 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 16.5.2002 tarih ve 02-29/339-139 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 16.04.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 19.10.2004 tarih ve 04-66/949-227 sayılı karar
- Rekabet Kurulu, 29.01.2004 tarih ve 04-09/82-22 sayılı kararı
- Rekabet Kurulu, 02.09.2004 tarih ve 04-57/796-199 sayılı kararı

Metne Görüş Veren Kişi ve Kurumların Listesi

1. P. Akman, Norwich Law School, UK
2. M. Aguayo, ES
3. Assonime, Italian Association of Limited Liability Companies, IT
4. AEDC, Asociación Española para la Defensa de la Competencia, ES
5. AFEC, Association Française d'Etude de la Concurrence, FR
6. AFEP, Association Française des Entreprises Privées, FR
7. American Antitrust Institute, Washington, US
8. Allen & Overy LLP, BE
9. ACT, Association for Competitive Technology, BE
10. AmCham, American Chamber of Commerce to the EU, BE
11. Antitrust Alliance
12. Ashurst, BE
13. Bayer Material Science AG, Leverkusen, DE
14. BAK Bundesarbeitskammer, AT
15. Burges Salmon LLP, UK
16. British Institute of International and Comparative Law, UK
17. Baker & McKenzie LLP, UK
18. BDI, Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., DE
19. BEUC, The European Consumers Organisation, BE

20. Bouygues Telecom, FR
21. Cercle de l'Industrie, FR
22. CENTRICA, UK
23. M. Cedo, Barcelona, ES
24. Confederation of Finnish Industries EK, FI
25. CBI, UK
26. Celesio AG, DE
27. CMS, Competition Practice Group, BE
28. CCIC, Computer & Communications Industry Association, US
29. CompTIA, Computing, Technology Industry Association, BE
30. CLA Competition Law Association, UK
31. CRECEDI, Centre de Recherches sur le commerce et l'Economie Digitaux, FR
32. Crowell & Moring, BE
33. D. Geradin, C. Ahlborn, V. Denicolo, J. Padilla
34. Deutsche Telekom AG, DE
35. Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., DE
36. DIHK Deutscher Industrie- und Handelskammertag, DE
37. E. Fox, New York University, US
38. European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market, DE
39. ECSA, European Community Shipowners' Association, BE
40. European Broadcasting Union, CH
41. European Economic & Marketing Consultants GmbH, BE
42. ENEL, BE
43. EAEP-European Association of Euro-Pharmaceutical Companies, BE
44. EFPIA, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations, BE

45. EIM, European Rail Infrastructure Managers,
46. ERFA, European Rail Freight Association,
47. ERFCP, European Rail Freight Customers Platform
48. E. Elhauge, Harvard Law School, US
49. Eversheds LLP, UK
50. ECTA, European Competitive Telecommunications Association, BE
51. FIGIEFA, International Federation of Automotive Aftermarket Distributers, BE
52. E. Fox, New York University, US
53. France Telecom, FR
54. Finland-Central Chamber of Commerce, FI
55. Freshfields Bruckhaus Deringer, DE
56. GIRP, Groupement International de la Répartition Pharmaceutique, BE
57. GEBTA, BE
58. Grimaldi E Associati, IT
59. Gianni, Origoni, Grippo & Partners, IT
60. Gide Loyrette Nouel, BE
61. Herbert Smith, Gleiss Lutz Stibbe, BE
62. HDE, Hauptverband des Deutschen Einzelhandels, DE
63. IDEI, Université de Toulouse I, FR
64. Institut Economique Molinary, BE
65. IUI, The Research Institute of Industrial Economics, UK
66. IRG, Independent Regulators Group, UK
67. International Intellectual Property Institute, US
68. IBA, International Bar Association, BE
69. ICC, International Chamber of Commerce, FR
70. JWP, Joint Working Party of the Bars and Law Societies of the UK, BE
71. JT International SA, CH

72. Linklaters, UK
73. Maclay Murray Spens
74. MEDEF, Mouvement des Entreprises de France, FR
75. MAQS Law Firm, DK
76. Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, DE
77. McDermott Will & Emery Stanbrook llp, BE
78. G. Monti, London School of Economics, UK
79. Norton Rose, UK
80. M. Osorio, Facultad de Derecho Mercantil de la Universidad Autonoma de Madrid, ES
81. Post Danmark A/S, DK
82. PhRMA, Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, US
83. RBB Economics, BE
84. Severn Trent Water, UK
85. Simmons & Simmons, UK
86. Shapiro & Hayes, CRA International, US
87. Studio Economico, IT
88. Swedish National Institute of Public Health, SE
89. Telecom Italia, BE
90. TILEC, Tilburg Law and Economics Center, NL
91. Taylor Wessing, UK
92. UGAL Union of Groups of independent Retailers of Europe A.I.S.B.L., BE
93. United States Council for International Business, US
94. UNICE, Union of Industrial and Employer's Confederation of Europe, BE
95. Van Bael & Bellis, BE
96. M. Vatiéro, IT
97. VSUD, Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland, DE

98. VATM, Association of the Providers of Telecommunications and Value-Added Services, DE
99. Vodafone Group Services Limited, UK
100. Virgin Atlantic, UK
101. Vinge Advocatfirman, SE
102. WIND Telecomunicazioni S.p.A., IT
103. White & Case LLP, BE
104. C. D. Weller, US
105. WKO, Wirtschaftskammer Österreich, AT
106. ZGV Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen E.V., DE

DANIŞTAY TARAFINDAN İPTAL EDİLEN REKABET KURULU KARARLARININ YENİDEN ALINMASI*

Av. Zeynep İNCE** -Av. Çağdaş Evrim ERGÜN***

GİRİŞ

Rekabet Kurulu (“Rekabet Kurulu”/“Kurul”) tarafından yürütülen soruşturmalarda, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin karar toplantısına katılıp oy kullanması suretiyle alınan Kurul kararlarının Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine, söz konusu iptal kararlarının uygulanması amacıyla izlenmesi gereken usulün ne olduğu hukuken tartışmalı bir konudur.

Bilindiği üzere, rekabet soruşturmalarını yürüten Kurul üyelerinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmaları, Danıştay tarafından “tarafsızlık” ilkesine aykırı bulunmuş ve süresi içinde hakkında dava açılan Rekabet Kurulu kararlarının tamamı bu gerekçe ile iptal edilmiştir. Danıştay’ın bu yöndeki görüşünü ve dava konusu olmuş Rekabet Kurulu kararlarının ardı ardına iptal edilmesini takiben, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (“Rekabet Kanunu”/“Kanun”) ilgili maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Bununla birlikte, Rekabet Kurulu, iptal edilen Danıştay kararlarını -aynı dosya ve aynı soruşturma raporu üzerinden; fakat soruşturma heyeti başkanlığı yapmış olan Kurul üyesi karar toplantısına katılmaksızın- yeniden tesis etme yoluna gitmiştir.

Rekabet Kurulu’nun izlediği bu yöntemin hukuka uygunluğunun, ilgili Danıştay kararının özü ve idare hukuku ilkeleri bakımından incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Belirtmek isteriz ki, bu tebliğin amacı neyin doğru neyin yanlış olduğunu belirlemekten çok; rekabet hukuku uygulaması açısından son derece önemli olduğu düşünülen bu konunun tartışmaya açılmasını sağlamaktır. Bu çerçevede özellikle, Danıştay’ın iptal kararlarının ardından söz

* Yazarlar, bu tebliğin konusuyla ilgili çok değerli fikirlerini çeşitli vesilelerle kendileri ile paylaşan ve bu anlamda çalışmalarına ışık tutan saygıdeğer hocaları Prof. Dr. Metin Günday ve Yrd. Doç. Dr. Gamze Öz’e en içten teşekkürlerini sunarlar.

** Çakmak Avukatlık Bürosunda Avukat, Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Programı Mezunu ve Nothingam Üniversitesi Yüksek Lisans Programı Öğrencisi; e-posta: z.ince@cakmak.av.tr.

*** Çakmak Avukatlık Bürosunda Avukat, Exeter Üniversitesi Yüksek Lisans Programı Mezunu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Doktora Programı Öğrencisi; e-posta: c.ergun@cakmak.av.tr.

konusu Kurul kararlarının soruşturmacı üyenin katılmadığı bir toplantı ile yeniden alınmasının, idare hukukundaki “usuli eksikliklerin giderilerek aynı işlemin yenilenmesi” kuralı kapsamına girip girmediği tartışılacaktır.

Rekabet Kurumu’nun, kuruluşunun onuncu yılını geride bıraktığı günlere gelebilmesinin çok ciddi bir emek ve çaba gerektirdiği muhakkaktır. Diğer yandan, Türkiye’de rekabet kültürünün yerleşmesi ve rekabet hukukunun gelişmesi sadece Rekabet Kurumu/Kurulu’nun değil, hepimizin ortak dileğidir ve hiç tartışmasız -her şeyden önce- kamu yararına hizmet etmektedir. Dolayısıyla, burada amaçlanan Rekabet Kurumu uygulamalarını eleştirmekten çok; Kurum’un daha etkin çalışabilmesi, piyasalarda rekabetin en etkin şekilde tesisi için, hukuka uygunluğu tartışmalı bir konunun vakitlice gündeme getirilmesidir.

Bu kapsamda, konu, rekabet ve idare hukuku olmak üzere iki ayrı açıdan ele alınmaya ve ortak bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

I. REKABET KURULU KARARLARININ OLUŞUM SÜRECİ ve YARGI YOLU

Konunun incelenebilmesi için, öncelikle, Kurul kararlarının oluşum sürecine ilişkin genel bir bilgi verilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

A. Rekabet Kurulu Kararlarının Oluşum Süreci

Rekabet Kurulu’nun inceleme ve araştırmalarında izlemesi gereken usul, Rekabet Kanunu’nun dördüncü kısmında düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul’un rekabeti ihlal eder nitelikte bir davranış olduğunu tespit edebilmesi ve ilgili taraflar aleyhine idari para cezasına hükmedebilmesi için; öncelikle bir önaraştırma yapması, bu araştırmanın sonucuna bağlı olarak taraflar hakkında soruşturma başlatması (kimi zaman soruşturmanın, önaraştırma yapılmaksızın başlatılması da mümkündür), taraflara Kanun’dan kaynaklanan savunma hakkının gereği gibi tanınması ve haklarında ileri sürülen iddialara (ilki haklarında soruşturma açıldığını bildirir yazıyı tebliğ aldıklarında, diğeri ise soruşturma safhası sonunda hazırlanan soruşturma raporuna cevaben olmak üzere) iki ayrı cevap verme şansı tanınması gerekir. Tarafların ikinci yazılı savunmalarını sunmalarının ardından, ek yazılı görüş ve ek yazılı görüşe cevap safhası gelir. Ek görüşe cevaptan sonra ise, çoğunlukla tarafların talebine bağlı olarak, sözlü savunma toplantısı düzenlenir ve taraflara kendilerini Kurul üyeleri önünde savunma hakkı verilir. Rekabet Kurulu, nihai kararını, ancak bu aşamalar usulüne uygun bir şekilde tamamlandıktan sonra verebilir.

Söz konusu usulü, Kanun'da yer alan ifadelerle bağı kalarak tanımlayacak olursak; Kurul öncelikle "...resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına -ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına- karar verir. ... Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul, ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörleri belirler..." Hemen bu noktada belirtmek gerekir ki, Kurul'un soruşturmaya başlamasına ilişkin 43. maddesinin, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun¹ ile değiştirilmeden önceki hali "Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirler." şeklindedir. Danıştay'ın bu tebliğe konu olan iptal kararları akabinde, ileride daha detaylı bir şekilde ele alınacağı üzere, Kanun'un ilgili maddesi değiştirilmiş ve soruşturmaların bir Kurul üyesi tarafından yürütülmesi uygulamasına son verilmiştir.

Soruşturmaya başlanmasından sonraki usul ise, yine, Kanun'un 43, 44 ve 45. maddelerinde düzenlenmiştir: "Soruşturma en geç 6 ay içinde tamamlanır ... Kurul, başlattığı soruşturmaları, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister. Taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurul'un bu bildirim yazısı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir... Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz. ... Soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapor, tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ olunur. Bu Kanun'u ihlal ettiği belirlenenlere, yazılı savunmalarını 30 gün içinde Kurul'a göndermeleri tebliğ edilir. Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı soruşturmayı yürütmekle görevlendirilenler 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir ve bu da tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara bildirilir. Taraflar 30 gün içinde bu görüşe cevap verebilirler..."

Tüm bu aşamaların tamamlanmasını takiben -tarafların cevap dilekçesi ya da savunma dilekçelerinde sözlü savunma hakkını kullanmak istediklerini bildirmeleri veya Kurul'un kendiliğinden sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar vermesi halinde- sözlü savunma toplantısı düzenlenir. Sözlü savunma toplantısı yapıldıktan sonra aynı gün, bu mümkün olmaz ise 15 gün içinde, gerekçesi ile birlikte karar verilir. Bununla birlikte, "...Sözlü savunma toplantısı yapılmasının taraflarca talep edilmediği ve Kurulun da kendiliğinden sözlü savunma yapılmasına karar vermediği hallerde, nihaî karar dosya üzerinde

¹ 13.07.2005 tarihli 25874 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yapılacak incelemeye göre, soruşturma safhasının bitiminden sonra 30 gün içinde verilir....”

Bu noktada, Kanun’da düzenlenmiş olan usul kurallarının önemine dikkat çekebilmek adına, çeşitli Rekabet Kurulu kararlarında yer alan bir farklı oy gerekçesine atıfta bulunmak yerinde olacaktır: “...Usul kuralları idari işlemin hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için, geçirmesi gereken aşamalarla ilgili kurallardır. İdari işlemin, hukuka uygun şekilde doğabilmesi için bu kurallara uyulması zorunludur. Türk İdari Hukuk Sisteminde henüz tüm idari işlemler için geçerli usul kurallarını düzenleyen genel bir İdari Usül Yasası mevcut değildir. Kimi hizmet alanları için geçerli usul kurallarını düzenleyen usul yasaları, kimi de maddi yasalarla düzenlenmiş usul kuralları vardır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 43. ve 44. maddesi, usul kurallarını öngören, bu anlamda maddi bir yasadır...”² Önceden yasa ile tespit edilmiş usul ve şekil kurallarına uyulmasının önemi ve hatta bu durumun kişilere teminat sağlama amaç ve özelliği, Danıştay tarafından da - Rekabet Kurulu kararlarına ilişkin ilk kararlarda³ dahi- önemle vurgulanmış bir husustur.

B. Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu

Kurul kararlarına karşı yargı yolu, Kanun’un 55. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kurulun nihaî kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren 60 gün içinde Danıştay’a başvurulabilir.

Rekabet Kurulu kararları aleyhine açılan davalar, ihtisas dairesi niteliğinde olan 13. Daire’nin faaliyete başladığı 2005 yılına kadar Danıştay 10. Dairesi tarafından görülmekteydi. 13. Daire’nin kurulması ile birlikte tüm dosyalar bu daireye devredildi. Danıştay 13. Dairesi’nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bu davalar kapsamında verilen kararlara karşı itiraz/temyiz merci ise Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu’dur.

² Kurul üyesi Sn. Sıraç Aslan’ın Rekabet Kurulu’nun 02.10.2006 tarih ve 06-68/926-265 sayılı; 02.10.2006 tarih ve 06-68/927-266 sayılı; 03.10.2006 tarih ve 06-69/930-267 sayılı; 03.10.2006 tarih ve 06-69/931-268 sayılı; 07.12.2006 tarih ve 06-88/1136-333 sayılı; 07.12.2006 tarih ve 06-88/1137-334 sayılı kararlarında yer alan Farklı Oy Gerekçesi.

³ Danıştay 10.Dairesi’nin 2000/1392 E. ve 2001/57 K. sayılı ve 15.01.2001 tarihli Kararı.

II. SORUŞTURMA HEYETİ BAŞKANININ KARAR TOPLANTISINA KATILMASI

Belirtildiği üzere, Rekabet Kanunu, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun değişikliği öncesinde “...Soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, Kurul, görevli raportör veya raportörler ile birlikte soruşturmayı yürütecek Kurul üyesi veya üyelerini de belirler...” hükmünü içermektedir. Uygulamada da, her bir soruşturmayı yürütmek için bir Kurul üyesi belirlenmekte ve bu üye “soruşturma heyeti başkanı” sıfatıyla, soruşturma raporu ve ek görüşün hazırlanması aşamalarına dahil olmaktadır.

A. Danıştay’ın İptal Kararı

2005 yılının ilk yarısında, önce Danıştay İdari Dava Daireleri nezdinde, sonrasında ise Danıştay 13. Dairesi’nde Rekabet Kanunu’nda yer alan söz konusu düzenlemenin tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu yönünde bir karar alınmış ve bu şekilde tesis edilen Rekabet Kurulu kararları (süresi içinde kanun yoluna başvurulmuş olması kaydıyla) birbiri ardına iptal edilmiştir.

İlgili Rekabet Kurulu kararlarını iptal eden Danıştay kararları şu gerekçeye dayanmaktaydı: “...soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, soruşturma raporunun ve bu rapora karşı verilen savunma ile ilgili olarak hazırlanan ek yazılı görüşün oluşturulması aşamasında bulunmak, raporu ve ek görüşü imzalamak suretiyle görüşünü önceden oluşturulduğu ve açıkladığı dikkate alındığında, aynı üyenin soruşturma raporunun ve savunmanın objektif bir biçimde tartışılıp değerlendirilmesinin gerekli olduğu nihai kararın verileceği toplantıya katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğundan soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır...”⁴

⁴ [Danıştay 13. Dairesi'nin 11.10.2006 tarih, 2005/135 E. 2006/3902 K. sayılı; 28.3.2006 tarih, 2005/5043 E. 2006/1538 K. sayılı; Danıştay 13. Dairesi'nin 23.5.2006 tarih, 2005/7504 E. 2006/2230 sayılı; Danıştay 13. Dairesi'nin 9.5.2006 tarih 2005/7507 E. 2006/2138 K. sayılı; Danıştay 13. Dairesi'nin 9.5.2006 tarih, 2005/7386 E. 2006/2136 K. sayılı; 27.3.2006 tarih, 2005/5763 E. 2006/1515 K sayılı; Danıştay 13. Dairesi'nin 27.6.2006 tarih, 2005/7426 E. 2006/2750 sayılı; Danıştay 13. Dairesi'nin 23.5.2006 tarih, 2005/6608 E. 2006/2228 sayılı; 29.6.2005 tarih, 2005/5534 E. 2005/3339 K sayılı kararları.](#)

B. Rekabet Kurumu'nun Konuya Yaklaşımı

Danıştay'ın bu konudaki yaklaşımının netleşmesi ve hakkında iptal davası açılan Rekabet Kurulu kararlarının tamamının aynı gerekçe ile iptal edilmeye başlanması üzerine; Rekabet Kurumu, öncelikle, halihazırda devam etmekte olan soruşturmalar bakımından da benzer bir sıkıntıyla karşılaşmamak için “soruşturma heyeti başkanı” sıfatıyla görev yapan Rekabet Kurulu üyelerinin, ilgili karar toplantılarına katılmaması yöntemini belirlemiş; hemen ardından da çok daha uzun vadeli ve etkin bir çözüm olan Kanun'un ilgili maddelerinin değiştirilmesi yoluna gitmiştir. Gerçekten de, 02.07.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun ile soruşturmaların bir Kurul üyesi başkanlığında yürütülmesine ilişkin düzenlemede değişiklik yapılmış ve soruşturmaların belirlenecek raportörler tarafından ve fakat bu defa “ilgili daire başkanı” gözetiminde yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

Dolayısıyla, Danıştay'ın iptal kararları sonrasında alınan Rekabet Kurulu kararları -tebliğ konusu iptal kararları ve ilgili gerekçe bakımından- değerlendirilecek olduğu takdirde, ilgili yargı kararının gerekleri yerine getirilerek alınmış oldukları söylenebilir. Bununla birlikte, Danıştay tarafından iptal edilmiş olan kararlar açısından durum tamamen farklıdır.

Bahsi geçen iptal kararları üzerine, Rekabet Kurulu, iptal edilen kurul kararlarına dayanak teşkil eden soruşturmaya (ve soruşturmayı yürütmüş olan Kurul üyesi başkanlığında hazırlanan rapora) dayanarak, ancak bu kez ilgili Kurul üyesinin katılmadığı bir karar toplantısı düzenleyerek, adeta yeni bir soruşturma yürütülmüş gibi, iptal edilmiş olan kararları, noktasına ve virgülüne dahi dokunmadan, “yeniden” almıştır. Bu noktada irdelenmesi gereken, esas soruşturma raporunu hazırlayan ve nihai karara katılan Kurul üyesinin, bu kez sadece nihai karar toplantısına katılmamış olmasının iptaline karar verilen Kurul kararlarını hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği hususudur.

Danıştay'ın iptal kararının gerekçesi ve iptal edilen işlemin yenilenebilirliği, aşağıda daha detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Bununla birlikte, konuya ilişkin değerlendirmelerimize geçmeden önce dikkat çekmek istediğimiz bir başka husus bulunmaktadır. Rekabet Kurulu'nun Danıştay tarafında iptal edilen kararları, sadece bu kez farklı raportörlere imzalatmak ve karar toplantısını, soruşturma heyeti başkanı olan Kurul üyesinin yokluğunda yapmak suretiyle “yeniden” tesis etmek yoluna gittiği az önce belirtilmiştir.

Bu bağlamda, Kurul'un iptal edilen kararların alındığı dönemdeki yapısı ve ilgili kararların “yeniden tesisi” yoluna gittiği dönemdeki yapısı arasındaki fark önemsiz bir ayrıntı gibi gözükmeyle birlikte; söz konusu tarihler arasında Kurul'un yapısında ciddi anlamda değişiklik olmuştur.

Gerçekten de, yeniden alınan kararlarda imzası bulunan üyelerden bazıları önceki kurul kararına konu olan soruşturma safahatında hiç bulunmamış ve sadece önceki Kurul kararına esas soruşturma dosyası içeriği üzerinden karar almak durumunda kalmışlardır. Oysa, Kanun'un, Kurul'un taraflara savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamayacağına ilişkin 44. maddesi emredici bir usul hükmüdür. Soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin, bu yeni üyeler karşısında kendilerini gereği gibi savunmalarına imkan verilmediği gibi; Kanun'da yer alan usule uygun ve nihai karara esas olacak şekilde bir soruşturma da yürütülmemiştir. Bu doğrultuda, kanaatimizce, taraflara gereği gibi yeniden savunma hakkı verilmiş olsa idi, Kurul'un yeni yapısında farklı bir kararın ortaya çıkması da pekala mümkün olabilirdi. Ayrıca, yeni üyelerin katılımı ile alınan kararlarda daha önceki nihai karar toplantılarına katılan ve karşı oy kullanan birtakım üyelerin de görev sürelerinin dolması, emekliye ayrılmaları; daha önce oy çokluğu ile alınmış bir kararın bu defa oy birliği ile alınması sonucunu doğurabilmekte; söz konusu durum soruşturmaya olan teşebbüsler açısından hakkaniyete aykırı bir durum yaratabilmektedir.

Diğer yandan; iptal edilen Rekabet Kurulu kararlarının alınmasına katılmış olan üyelerden bir kısmı “yeniden tesis edilen” Rekabet Kurulu kararlarının alınmasına da katılmıştır. Bu durumda da, Danıştay'ın iptal kararında yer alan gerekçesi bakımından sıkıntılı bir uygulamanın ortaya çıktığı düşünülmektedir. Danıştay'ın aynı gerekçeyle iptal ettiği çok sayıda kararında “...*Rekabet Kurulu'nun tarafsızlık ilkesine göre faaliyette bulunmasının Kanun'un ve hukukun genel ilkeleri gereği...*” olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, iptale konu kararların alınması sürecinde oy kullanmış üyelerin, Danıştay'ın tarafsızlık ilkesine aykırılık nedeniyle iptal etmiş olduğu bu kararların “yeniden” alınması sürecinde ne ölçüde tarafsız davranabileceği önemli bir tartışma konusudur. İlgili kararların alınmasına daha önce katılmış bulunan üyeler, önceki soruşturma heyeti başkanı (Kurul üyesi) tarafından hazırlanan rapor ve ek görüş doğrultusunda ve bu rapor ve ek görüşten (hatta soruşturmayı bizzat yürütmüş olan Kurul üyesinin dile getirdiği görüşlerden de) etkilenerek soruşturmaya taraf olan teşebbüslerin cezalandırılması yönünde oy kullanmışlarsa, aynı kararın yeniden alınması sürecinde ne kadar tarafsız davranabileceklerdir? Bu üyelerin tamamen objektif davranmaları gerçekten beklenebilir mi?

* * *

Kanımızca, burada söz konusu olan basit bir usul eksikliği olmanın ötesindedir. Dolayısıyla, soruşturma heyetine başkanlık yapan üyenin sonradan tesis edilen kararın alındığı Kurul'a dahil edilmemesi suretiyle iptal kararının gereklerinin yerine getirilmesi mümkün gözükmemektedir.

C. İptal Kararlarının Uygulanma Yöntemine İlişkin Görüşler

İdari yargı yerlerince verilen iptal kararları geriye yürür ve iptal edilen işlemi tesis edildiği tarihten itibaren hükümsüz hale getirirler. Bir iptal kararı üzerine Rekabet Kurulu'nun yapması beklenecek işlem, her bir somut olayda iptal kararının gerekçesine ve idari işlemin hangi unsurunun sakat olduğuna göre farklılık göstermektedir. Kimi durumlarda, idarenin iptal kararı üzerine yeni bir işlem tesis etmesi, ileride inceleneceği üzere, zorunlu olabilir. Bu durumda da karşımıza, idari yargı kararı üzerine iptal edilen işlemin, kararda belirtilen eksiklik giderilerek yeniden yapıp yapılamayacağı sorusu çıkmaktadır. Söz konusu değerlendirme, idare hukukuna ilişkin diğer değerlendirmeler ile birlikte yapılacak olduğu halde bir kez daha ve özellikle altını çizmek gerekir ki; bu sorunun cevabı açısından belirleyici olan iptal kararının salt usuli bir eksikliğe mi, yoksa esasa etkili bir sakatlığa mı işaret ettiği hususudur. Kanımızca, tarafsızlık ilkesinin ihlali gerekçesi ile iptal edilen bir kararda, sadece usule ilişkin bir sakatlık olduğunu iddia etmek mümkün olmamak gerekir. Nitekim, "tarafsızlık ilkesi" en temel hukuk ilkelerinden biridir ve bu ilkenin ihlali halinde, ilgili işlemin "en baştan" ve bu sefer "tarafsızlık ilkesi"ne uygun bir şekilde tesisi kaçınılmaz gözükmektedir.

Bu bağlamda, Rekabet Kurulu'nun bir idari yaptırım kararı almadan önce izleyeceği idari usullerin ne olduğu –tebliğimizin başında da belirtildiği üzere- Kanun'da ayrıntılı bir biçimde ve açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulu'nun sözü edilen iptal kararlarının gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla alacağı ikinci kararlarında da, Kanun'da öngörülen bu idari usulü izlemesi gerektiği düşünülmektedir.

Nitekim bir Danıştay kararında da açıkça vurgulandığı üzere, "*Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usuller ayrıntılı olarak saptanarak bir çeşit idari usul öngörülmüştür. Buna göre Rekabet Kurulunun, soruşturma açmaya Karar verilmesi halinde tarafları bu durumda haberdar edeceği, böylece yazılı iddia ve savunmaların ileri sürülmesi aşamasına gelineceği, taraflarca talep edilmesi halinde ya da Kurulca re'sen sözlü savunma toplantısı yapılmasından sonra nihai karar aşamasına ulaşılacağı Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. RKHK'da rekabet ilkelerinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlaliyle ilgili bir karar alırken, konuyu kanunda öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır.*"⁵

⁵ Danıştay 13. Dairesi 19.04.2005 tarih ve 2005/161E., 2005/2120K. sayılı kararından Tetkik Hakimi A. Eğerci'nin görüşünden. (www.danistay.gov.tr Erişim tarihi: 16.03.2006)

Yine aynı Danıştay kararında “*Doktrinde idari usul, idarenin kamu gücü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korunmalarını sağlayan kurallar bütünü olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda RKHK’da rekabet ihlalinin saptanabilmesi amacıyla bir idari usul öngörüldüğünden, Rekabet Kurulu’nun rekabet ihlaline ilişkin bir karar alırken konuyu, kanunda öngörülen biçimde incelemek ve araştırmak zorunluluğu bulunmaktadır.*”⁶ denmiştir.

İzlenecek en başta gelen idari usul kuralı ise, Kanun’un 43. maddesi uyarınca soruşturma yapılmasına karar verilmesi ve hemen akabinde, aynı maddenin 1. fıkrasına uygun bir soruşturmacı ya da soruşturma heyetinin oluşturulmasıdır. Kanun’un 5388 sayılı Kanun ile değişik 43. maddesinin 1. fıkrasına göre, soruşturma yapılmasına karar verildiği takdirde, ilgili daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör veya raportörlerin belirlenmesi gerekir. Oysa Rekabet Kurulu yeniden tesis ettiği kararlarda bu usul kuralına hiç uymamış; ne soruşturma yapılması yönünde bir karar almış, ne soruşturmayı yürütmek üzere yasaya uygun bir biçimde soruşturmacı belirlemiştir. Sadece eski soruşturma raporları ve dosyalara dayanılarak, iptal edilen kurul kararlarındaki değerlendirmelere katılmış ve söz konusu karar “aynen” yeniden alınmıştır. Oysa, tebliğimizin başında da belirtildiği üzere, Kanun’da soruşturma sürecine ilişkin olarak soruşturmaya muhatap olan teşebbüslere, iki yazılı cevap, (eğer soruşturma Heyeti gerek görüp göndermişse) ek görüşe cevap ve sözlü savunma olmak üzere farklı içerik ve şekillerde ayrıntılı olarak savunma hakkı verilmesi zorunludur. Nitekim Kanununun 44. maddesi de bu usule uyulmuş olmasını teminen “*Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip görevlendirilen (Mülga ibare:02.07.2005-5388/5.Md) (...) raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanununun 14 üncü maddesinde düzenlenen bilgi isteme ve 15 inci maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilir. Kurulun soruşturma safhasında, bu Kanunu ihlal ettiği iddia edilen kişi veya kişiler, kararı etkileyebilecek her türlü bilgi ve delili her zaman Kurula sunabilirler.*

Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini isteyebilir.

⁶ Danıştay 13. Dairesi 19.04.2005 tarih ve 2005/161E., 2005/2120K. sayılı kararı. (www.danistay.gov.tr erişim tarihi: 16.03.2006)

Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz” hükmünü içermektedir.

Tüm bu açıklamaları takiben, belirtmek gerekir ki Rekabet Kanunu’nda mevcut dosya üzerinden karar alınmasına yönelik herhangi bir düzenleme yoktur. Kanun’da bu konuda herhangi bir düzenleme yer almadığı halde ve Danıştay’ın iptal kararları ve özellikle de iptal gerekçeleri dikkate alındığında, Rekabet Kurulu’nun daha önceden hazırlanmış bir dosyayı (buna ilişkin Kurul kararı da iptal edilmişken) bu kez başka raportörlere imzalatmak suretiyle yeni bir karara konu etmesi hukuka aykırıdır. Kanımızca, Danıştay’ın iptal kararı üzerine, Rekabet Kurulu’nun yapması gereken Kanun’da belirtilen soruşturma usulüne ilişkin kuralları en başından itibaren uygulamak suretiyle yeni bir soruşturma açması, taraflara yazılı ve sözlü savunma hakkı vermesi ve bu safhaları tamamladıktan sonra bir karar alması olmak gerekirdi.

Nitekim, Danıştay’ın ilgili kararları incelendiğinde de, iptal kararının sadece basit bir şekil ve usul sakatlığı nedeniyle verilmediği, tam tersine böyle bir şekil ve usul noksanlığı sonucunda tarafsızlık ilkesi ihlal edilmek suretiyle işlemin konu unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verildiği sonucuna varılmaktadır. Zira iptal edilen işlemdeki şekil ve usul noksanlığının, bu şekil ve usul sakatlığı nedeniyle tarafsızlığı ortadan kalkan karar merciinin (Kurul’un) aldığı kararın doğuracağı hukuki etki ve sonuçları da etkilediği düşünülmektedir. Nitekim yukarıda da belirtildiği üzere, bu şekilde bir usul ve şekil sakatlığı olmasaydı, farklı bir kararın ortaya çıkması da mümkün olabilirdi. Söz konusu saptama dahi, bizatihi, iptale konu edilen Rekabet Kurulu kararlarda esasa etkili bir sakatlık olduğunu göstermektedir.

Bu değerlendirme, Rekabet Kurumu’nu yapısı, Kanun’un ilgili hükümleri ve Rekabet Kurumu’nun bugüne kadarki uygulamaları ile sınırlı tutulmaya çalışılmış; konunun idari işlem teorisi perspektifinden değerlendirilmesinin ayrı bir başlık altında yapılmasının daha uygun olacağı düşünülmüştür.

III. İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRME

A. Yargı Kararlarının Uygulanması Zorunluluğu

Yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Anayasa madde 125, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...” hükmüne yer vermektedir. İdari yargının verdiği iptal

kararlarına idare tarafından uyulmaması halinde, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine açık olmasının da bir anlamı olmayacaktır.

Anayasa madde 138, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” hükmüne yer vermektedir. Dolayısıyla, idare, idari yargının verdiği iptal kararlarını tam olarak ve zamanında yerine getirmelidir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 28 uyarınca da “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.*”

İptal kararları, bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen ve işlemin geriye yürür biçimde hukuk düzeninden kalkmasını sağlayan yargı kararlarıdır. Yukarıda belirtilen kurallardan anlaşıldığı üzere, idare, idari yargı yerlerinin iptal kararlarına uymak zorundadır. İdarenin iptal kararlarına uyma zorunluluğu yargı kararlarında da kabul edilmektedir.⁷

B. İptal Kararının Uygulanma Sekli

İptal kararlarının yerine getirilmesi, her karar açısından farklı şekillerde gerçekleşebilir. Bazı durumlarda iptal kararları kendiliklerinden sonuç doğurmaktadırlar. Bu tür iptal kararlarını uygulamak için idarenin herhangi bir işlem yapmasına gerek kalmayabilir. Örneğin, bir yönetmeliğin iptal edilmesi halinde idarenin iptal edilen yönetmeliği yürürlükten kaldırmak için yeni bir yönetmelik çıkarmasına gerek yoktur.

Bazı iptal kararları ise, idarenin iptal edilen işlemin tersine işlem yapmasını gerektirebilir. Özellikle olumsuz idari kararların iptal edilmesi üzerine idarenin tersine bir işlem yapması gerekebilir.

İdari bir işlemin iptal edilmesi üzerine idarenin iptal kararı ile ilgili kişilerin hukuksal durumlarında değişiklik yapması gerekebileceği gibi bazı durumlarda uygulanması imkansız iptal kararlarıyla da karşılaşılabilir.

Nihayet, bazı durumlarda iptal kararı üzerine aynı işlemin idare tarafından yenilenmesi mümkün olabilir. Bu durumlarda idare, iptal kararını uygulama zorunluluğunu, aynı işlemi sadece idarenin sakat olduğunu tespit ettiği hususu düzeltip yeniden yaparak yerine getirmektedir. İptal kararlarının

⁷ Örneğin bkz. Danıştay 2. Daire, E. 1998/692, K. 1999/2774, T. 3.12.1999; Danıştay 10. Daire, E. 2002/3686, K. 2003/5292, T. 23.12.2003; Danıştay 2. Daire, E. 1996/1529, K. 1998/877, T. 12.3.1998 (Kazancı İçtihat Programı, “<http://www.kazanci.com.tr>”).

tam olarak uygulanma şekillerinden bu çalışma bakımından üzerinde durulması gereken de bu “idari işlemin yenilenmesi” yöntemidir.

İdarenin bir iptal kararını nasıl uygulaması gerektiği konusunda tereddüde düşmesi durumunda Başbakanlık aracılığı ile Danıştay’dan istişari görüş istemesi mümkündür.⁸

1. Kural: İptal Edilen İşlem Yenilenemez

İdari yargı tarafından verilen iptal kararı, kesin hüküm niteliğini taşır ve taraflar ve üçüncü kişiler için bağlayıcıdır. İptal kararlarının geçmişe etkili olmaları dolayısıyla, iptal edilen işlem, yapıldığı andan itibaren ortadan kalkar.

İptal edilen bir idari işlem, iptal kararının kesin hüküm etkisini ortadan kaldıracak şekilde, aynen veya işlem çeşidi değiştirilerek yeniden yapılamaz. İptal edilen işlemin kural olarak yenilenememesi, kesin hükme uyulması gereğinin bir sonucudur.⁹ Örneğin, Danıştay bir kararında, bir birel işlem iptal edildikten sonra düzenleyici işlem olarak yenilenemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁰ İptal edilen bir idari işlemin benzeri bir işlemin idare tarafından tesisi, genellikle iptal kararının uygulanmasından kaçınmak olarak değerlendirilmektedir.¹¹

Danıştay’ın bir Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan bir davada belirttiği üzere, “İptal kararları üzerine idarenin yeni bir işlem tesisini gerektiren durumlarda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde işlem yapılamaz. Bazı durumlarda, iptal edilen işlemin yenilenmesi mümkündür. İdari işlemin yetki, şekil, sebep yönünden veya yeterli araştırmanın yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmesinde, işlemin hukuka aykırılığının giderilerek yenilenmesi hukuka aykırı sayılmayabilir. Ancak, bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibarıyla hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır.”¹²

⁸ Bu tür bir Danıştay istişari görüşü için bkz. Danıştay 1. Daire, E.984/221, K.984/218, Tarih: 5.10.1984, Danıştay Dergisi, sayı: 58-59, s. 77; atıf yapan yer: Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt 2, Ankara 2003, s. 588.

⁹ Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 158.

¹⁰ Danıştay DDUH, E.56/27, K.58/253, T.6.5.1958, DKD. 79-80, s. 37; atıf yapan yer: Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 158.

¹¹ Altay, E., *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara 2004, s. 64.

¹² Danıştay 10. Daire, E. 2002/3686, K. 2003/5292, T. 23.12.2003; (Kazancı İçtihat Programı, “<http://www.kazanci.com.tr>”).

İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının yerine getirilmesine yönelmiş ve kararın maksadına uygun olmalıdır.¹³ Dolayısıyla, iptal kararının gerekçesi de idarenin söz konusu kararı nasıl uygulaması gerektiğini tespit etmek açısından son derece önemlidir.

Bir idari işlemin hangi unsurundaki sakatlık dolayısıyla iptal edildiği, o yargı kararının uygulanması zorunluluğu açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır. Başka bir ifadeyle, bir idari işlemin usule ilişkin yönlerden veya esasa ilişkin sebeplerle iptal edilmiş olması da o yargı kararının uygulanması zorunluluğu açısından fark yaratmaz. Buna karşın, bir idari işlemin hangi unsurundaki sakatlık dolayısıyla iptal edilmiş olduğu, o kararın idare tarafından uygulanma yöntemini tespit etmek açısından önemlidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, idari işlemin hangi unsurunda sakatlık olduğu ve iptal kararının gerekçesi, idarenin söz konusu işlemi nasıl uygulaması gerektiğini tespit etmek açısından son derece önemlidirler.

2. İstisna: İptal Edilen İşlem Bazı Durumlarda Yenilenebilir

İptal edilen bir idari işlemin benzerinin idare tarafından tesis edilmesi bazı durumlarda mümkün ve hatta zorunlu olabilir. Buna göre, idari bir işlemin yetki, biçim, sebep yönünden veya yeterince araştırma yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi halinde işlemin yenilenmesi hukuka aykırı sayılmayabilir.¹⁴ Bu durumda, idari yargının iptal kararı üzerine iptal edilen işlemin iptal kararında belirtilen eksiklik giderilerek yeniden yapılabilmesi mümkündür.

Örneğin, Gözübüyük-Tan'a göre,

“Kimi durumlarda iptal kararı üzerine, idare aynı sonucu sağlayan yeni bir karar alabilir. Eğer idari işlem, yetki, biçim gibi noktalardan iptal edilmiş ise, idare bu gibi hukuka aykırılık durumlarını gidererek, aynı sonucu doğuran yeni bir karar alabilir (CE, 11 octobre 1961, Clément, Rec. 560; CE, 5 Janvier 1973, Dame Gueydan, Rec. 9.) ... İdare, yargı yerinin iptal kararında söz konusu ettiği durumlara uygun hareket etmekle, mahkeme kararını yerine getirmiş olur.”¹⁵

¹³ Altay, E., *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara 2004, s. 17.

¹⁴ Zabunoğlu, Y. K., *İdari Yargı Hukuku Dersleri*, Ankara 1980-1981, s. 208; Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt 2, Ankara 2003, s. 566. Aynı yönde bkz. Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 172-178.

¹⁵ Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt 2, Ankara 2003, s. 566. Aynı yönde bkz. Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 172-178.

Bu yeni idari işlem, alındığı tarihten itibaren geçerli olur. Başka bir ifadeyle, iptal edilmiş eski kararın alındığı tarihe kadar geriye yürümez.¹⁶

Danıştay'ın 1998 yılında verdiği bir kararında, bir kamu görevlisinin görevden alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açılmış ve yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine yeniden göreve iade edilmiştir. Buna karşın, göreve başladığı gün idare yeni bir işlem ile söz konusu kişiyi yeniden görevden almıştır. Bu ikinci görevden alma kararına karşı ilgilinin açtığı iptal davasında Danıştay, her ne kadar ikinci işlem ilk davada verilen yürütmenin durdurulması kararına aykırı ise de, yürütmenin durdurulması kararı şekil sakatlığı gerekçesine dayandığı için ve idarece ikinci göreve alma işleminde bu şekil sakatlığı giderildiği için ikinci göreve alma işlemini hukuka uygun bulmuştur.¹⁷

Öğretide, savunma alınmadan verilen disiplin cezasının, usulüne uygun teşkil edilmeyen disiplin kurulunun verdiği kararın, Danıştay incelemesinden geçirilmediği için iptal edilen bir tüzüğün ve çoğunluk sağlanmadan alınan encümen kararının, söz konusu usuli eksiklik giderildikten sonra yenilenebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.¹⁸

Hatta bazı esasa etkili olmayan usuli hataların işlemi sakatlamayacağı kabul edilmektedir.¹⁹ Fransız idare hukukunda da usule ilişkin her türlü sakatlık iptal sebebi olarak kabul edilmemiştir. Fransız Danıştayı, esasa etkili olan ve olmayan usul sakatlıkları şeklinde bir ayırım yaparak, sadece esasa etkili usul sakatlıkları dolayısıyla idari işlemi iptal etmektedir. Fransız Danıştayına göre, örneğin sadece idarenin menfaati için getirilmiş olan usul kurallarının ihlal edilmesi halinde veya usul kurallarına uyulmamış olmasının kararda hiçbir etki yapmadığı durumlarda, idari işlem hukuka aykırı hale gelmemektedir.²⁰

Danıştay, karşı oy yazıları karar ile birlikte tebliğ edilmeyen bir Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan bir davada, Rekabet Kurulu kararlarının

¹⁶ Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt 2, Ankara 2003, s. 566.

¹⁷ Danıştay 5. Daire, E.1997/2128, K.1998/2257, T.7.10.1998; atf yapan yer: Altay, E., *İdari Yargı Kararlarının Uygulanmasından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara 2004, s. 64.

¹⁸ Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 163.

¹⁹ Bkz. Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Ankara 1998, s. 238. Danıştay da, doçentlik sınavının kollokyum aşamasında jüri üyelerinin akademik giysilerini giymemiş olmaları ve sınavın fazla sürdüğü yönündeki savları esasa etkili olmadıkları gerekçesiyle iptal sebebi olarak kabul etmemiştir. Danıştay 8. Daire, E.1984/74, K.1984/1345, T.5.11.1984.

²⁰ Fransız Danıştayı, 24 Ekim 1919, *Bonvoisin*, 776; Fransız Danıştayı, 17 Şubat 1932, *Bécard*, 191; atf yapan yer: Laubadère-Venezia-Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Paris 1984, s. 578-579.

“birden fazla kişisel iradenin bulunmasını ve konunun müzakere edilmesini gerektiren bir kollektif işlem” olduğunu belirttikten sonra, “esas kurul kararının tebliği tarihinde karşı oy yazılarının tebliğ edilmemesinin esası etkileyen bir sakatlık” olduğu gerekçesiyle söz konusu Kurul kararını iptal etmiştir. Bunun üzerine, iptal edilen Kurul kararı karşı oy yazıları da eklenerek Rekabet Kurulu Başkanı tarafından imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmiş ve Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Ancak, Danıştay, bu şekilde Kurul kararının geçerli hale gelmeyeceğine, işlemin yenilenmesi gerektiğine aşağıdaki ifadelerle karar vermiştir:

“... verildiği tarih itibariyle yürürlüğe girecek yeni bir karar verilmek suretiyle işlem tesis edilmesi gerekirken, karşı oy yazılarının sonradan tebliğ edildiği bilindiği halde işlemin "kollektif işlem" olması gözönüne alınarak verilen iptal kararı gerekçesi ve iptal edilen kararın ortadan kalktığı dikkate alınmadan, iptal edilen kararın karşı oy gerekçelerinin eklenerek Kurul Başkanınca imzalanan bir üst yazıyla yeniden tebliğ edilmesi suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir.”²¹

Dolayısıyla, Danıştay, esasa etkili olan bir sakatlık olduğu durumda dahi bu esasa etkili sakatlığın giderilmesi şartıyla iptal edilen işlemin yenilenebileceğine hükmetmiştir. Ancak, bu tebliğ bakımından incelenmesi gereken husus, soruşturmacı üyenin nihai karar toplantısına katılması ve oy kullanması dolayısıyla iptal edilen Rekabet Kurulu Kararlarının, soruşturmacı üyenin katılmadığı bir toplantıda yeniden oylanması ve alınması durumunda esasa etkili sakatlığın giderilmiş olup olmayacağıdır. Başka bir ifadeyle, yukarıdaki Danıştay kararını her durumda iptal edilen işlemin yenilenmesine izin veren bir karar olarak nitelendirmemek gerekir. Gerçekten de, söz konusu kararda salt usuli bir eksiklik söz konusu iken, soruşturmacı üyenin nihai karar toplantısına katılması ve oy kullanması dolayısıyla iptal edilen Rekabet Kurulu kararlarında, aşağıda inceleneceği üzere, sadece usul değil konu unsurunda da sakatlık bulunmaktadır.

C. Rekabet Kurulu Kararları Açısından İnceleme

Rekabet Kurulu’nun soruşturmacı üyenin oy kullanması dolayısıyla iptal edilen kararlarının idari işlemin hangi unsurlarındaki sakatlık dolayısıyla iptal edildiğinin incelenmesi önem arz etmektedir.

Öncelikle, soruşturma ve karar alma usulüne aykırılık dolayısıyla Rekabet Kurulu kararlarının usul unsurunun sakat olduğu söylenebilir. Usul

²¹ Danıştay 10. Daire, E. 2002/3686, K. 2003/5292, T. 23.12.2003; (Kazancı İçtihat Programı, “<http://www.kazanci.com.tr>”).

kurallarının hepsi aynı olmadığı için, esaslı ve tali usul kuralları şeklinde bir ayırım yapılmakta ve idari işlemin geçerliliğine etkileri bu çerçevede değerlendirilmektedir. Örneğin, kurul üyesi olmayan kişinin toplantıya katılması fakat alınan kararda etkisi olmamasının söz konusu toplantıda alınan kararın iptali için tek başına yeterli olmadığı ileri sürülmektedir.²² Yukarıda belirtildiği üzere, Fransız Danıştay'ı da alınan karara hiçbir etkisi olmayan usul sakatlıklarının idari işlemin geçerliliğini etkilemeyeceği görüşündedir.²³

Buna karşın, Rekabet Kurulu'nun nihai karar toplantılarına soruşturmayı yürüten üyenin de katılıp oy kullanmasının, alınan kararı etkileyen esaslı bir usul sakatlığı olduğu kanısındayız.

Danıştay da, soruşturmacı üyenin kurul toplantısına katılıp oy kullanmasının, söz konusu oy, toplantı veya karar nisabı açısından veya kararın alınıp alınmaması açısından önemli olmasa bile, diğer kurul üyelerini etkileyebileceği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay'ın 1992 yılında verdiği söz konusu kararda, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğine dayanılarak öğrenci olan davacıya verilen disiplin cezasının, soruşturmayı yapan kişinin disiplin kuruluna katılarak oy kullanmış olması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Söz konusu kararda, her ne kadar Danıştay 8. Dairesi "*soruşturmacının kurula katılmaması halinde dahi disiplin kurulunun toplanma ve karar verme yeter sayısının bulunduğu, soruşturmacının kullandığı oyun sonucu etkileyecek durumda olmadığı*" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ise de, idare mahkemesinin ısrar kararı üzerine davaya bakan Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, aşağıdaki gerekçeyle soruşturmacının kurula katılmasının diğer üyelerin de objektifliğini etkilediğine karar vermiştir:

*"Disiplin Kurulu Kararlarının sağlıklı, objektif olması, kararı veren kurul üyelerinin olayı objektif değerlendirebilmeleriyle mümkündür. Bu itibarla, disiplin soruşturmasıyla görevlendirilen kişinin delilleri toplayıp, ilgilinin savunmasını alıp, kendi kanaatini de belirtir şekilde hazırladığı soruşturma raporunun, disiplin kuruluna intikalinden sonra, kurula katılarak oy kullanması disiplin hukukunda kabul edilmemektedir."*²⁴

Bir usuli sakatlık olmasının yanı sıra, söz konusu Kurul kararlarında esasa ilişkin bir sakatlık olan tarafsızlık ilkesinin ihlali de söz konusudur.

²² Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdare Hukuku*, Cilt 1, Ankara 1998, s. 353.

²³ Örn. Fransız Danıştay'ı, 17 Şubat 1932, *Bécard*, 191; atf yapan yer: Laubadère-Venezia-Gaudemet, *Traité de Droit Administratif*, Paris 1984, s. 578-579.

²⁴ Danıştay İDDGK, E.1992/316, K.1992/164, T.23.10.1992; Danıştay Dergisi Sayı 87, s. 102.

Dolayısıyla, söz konusu Kurul kararları sadece idari işlemin biçim unsuru dolayısıyla değil konu unsuru dolayısıyla da hukuka aykırı olduğu kanısındayız. Gerçekten de, Danıştay'ın soruşturmacı üyenin katılımıyla alınan Rekabet Kurulu kararlarını iptal ettiği kararlarında da belirtildiği üzere, hem rekabet ihlali olup olmadığını belirleyen hem de bu belirlemeye göre önemli cezalar uygulayabilen Rekabet Kurulunun tarafsız olması, Rekabet Kanunu ve hukukun genel ilkelerinin bir gereğidir. Her ne kadar Danıştay'ın söz konusu kararlarında idari işlemin hangi unsurundaki sakatlık dolayısıyla Kurul kararlarının iptal edildiği açıkça belirtilmese de, "hukukun genel ilkelerine" aykırı olduğu Danıştay tarafından tespit edilen bu sakatlığın basit bir usulî eksiklik olarak değil, aynı zamanda konu unsurundaki bir sakatlık olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bir kararında, "*kendisini şikayet eden astı hakkında sicil düzenleyen ikinci sicil amirinin not takdirinde tarafsız kalacağına ve adaletli davranacağına tereddütle bakmak gerekir*" dedikten sonra "... *davacı hakkında 1994 yılında birinci ve ikinci sicil amirlerince verilen sicil notları ve kanaatlerin ve bu sicile istinaden tesis edilen kademe ilerlemesi yaptırılmaması işleminin sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırılıkları nedeniyle işlemin iptaline*"²⁵ karar verilmiştir.

Bir idari işlemin konu unsurundaki sakatlık dolayısıyla iptal edilmesi durumunda idarenin söz konusu iptal kararını uygulamak için o işlemi yeniden yapamayacağı; başka bir ifadeyle yukarıda incelenen idari işlemin yenilenmesinin konu unsurundaki sakatlıklarda mümkün olmadığı öğretide de kabul edilmektedir.²⁶

Bu itibarla, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin katılmadığı yeni bir toplantıda yeniden karar alınması suretiyle Danıştay kararının gereğini yerine getirilmiş olamayacağı görüşündeyiz. Danıştay'ın yukarıda belirtilen kararında da ifade edildiği üzere, soruşturmacının Kurula katılması diğer üyelerin de objektifliğini etkileyebileceği için, idari işlemin bu kez soruşturmacı üyenin katılmadığı bir toplantıda yenilenmesi ile söz konusu Kurul kararındaki esaslı sakatlık giderilememektedir.

²⁵ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Daire Kararı, E.1995/274, K.1995/472, T. 11.4.1995, AYİM Dergisi Sayı: 10, Ankara 1996.

²⁶ Örneğin, Çağlayan'a göre, "*idari bir işlemin amaç ve konu yönünden iptal edilmesi halinde, maddi olayların değişmesi halinde yeni bir işlem yapılabilir. Bunun yenileme ile ilgisi yoktur, tamamen ayrı bir işlemdir.*" Çağlayan, R., *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, Ankara 2000, s. 170. Gözübüyük-Tan'a göre de, işlemin sadece yetki veya biçim gibi noktalardan iptali halinde yenilenmesi mümkündür. Gözübüyük, S.-Tan, T., *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt 2, Ankara 2003, s. 566.

SONUÇ YERİNE

Tebliğimizin başında da belirtildiği üzere, burada amaçlanan “kesin yargı” içeren sonuçlara varmaktan çok, konuyu tartışmaya açmak ve üzerinde düşünülmesini sağlamaktır. Bununla birlikte, her araştırma/çalışma gibi bu tebliğin de vardığı bir sonuç; geldiği bir “son nokta” bulunmaktadır.

Bu bağlamda belirtmek isteriz ki, Danıştay tarafından iptal edilen Rekabet Kurulu kararlarının yeniden alınması konusunda kanaatimizce en önemli ve belirleyici olan husus, söz konusu iptal nedeni/gerekçesinin niteliğidir. Danıştay’ın tebliğe konu olan kararları incelendiğinde, iptal kararının, sadece basit bir usul sakatlığı nedeniyle değil ve fakat usul noksanlığı sonucunda tarafsızlık ilkesi ihlal edilmek suretiyle işlemin konu unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verildiği düşünölmektedir. Söz konusu Kurul kararlarının “**hukukun genel ilkelerine**” aykırı olduğunun Danıştay tarafından tespit edilmiş olması da bu görüşü desteklemektedir.

İptal kararları üzerine idarenin tesis edeceği işlem, iptal kararının maksadına uygun olmalıdır. Dolayısıyla, iptal kararının gerekçesi ve işlemin hangi unsurundaki sakatlık dolayısıyla iptal edildiği, idarenin söz konusu kararı nasıl uygulaması gerektiğini tespit etmek açısından son derece önemlidir. Görebildiğimiz kadarıyla Rekabet Kurulu, Danıştay’ın iptal gerekçesini, ilgili Kurul kararlarında “sadece” şekil/usul yönünden bir eksiklik olduğu ve dolayısıyla söz konusu usul sakatlığının giderilmesi halinde, aynı kararların başkaca bir idari işleme gerek olmaksızın “aynen” alınabileceği şeklinde yorumlamıştır. Yukarıda detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, bu şekilde bir yoruma katılmamaktayız. Ayrıca belirtmek isteriz ki, bağımsız idari otorite olarak yargısal faaliyet benzeri yetkiler de dahil olmak üzere geniş yetkilerle donatılmış olan Rekabet Kurulu’nun, her türlü işlemlerinde hukuka uygun davranması ve yargı kararlarını tam ve doğru olarak yerine getirmesi, anayasal bir zorunluluk olmanın yanısıra, hem hukuk devleti olmanın bir gereğidir hem de kamu yararı bunu gerektirmektedir. O nedenle Rekabet Kurulu, gerek kendi aldığı kararlar ve bu kapsamda takip edilmesi gereken usul ile ilgili olarak, gerekse yüksek Mahkeme’nin vermiş olduğu yargı kararlarının yorumlanması ve uygulanması ile ilgili olarak azami derecede özen ve ihtimam göstermesi gereken bir kurumdur. Bu gereklilik, Kurum tarafından yürütölen soruşturmalara taraf olan teşebbüsler kadar (ve hatta onlardan da önce) rekabet hukuku uygulamalarının gelişebilmesi ve bugün bir anabilim dalı olma yolunda ilerleyen bu hukuk dalının hak ettiği yeri bulması bakımından da son derece önemlidir.

REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-V

6-7 Nisan 2007
KAYSERİ

PANEL OTURUMU

Panel Oturumu Başkanı
Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN

İDARİ YARGI BAĞLAMINDA SINIF DAVALARI ve REKABET HUKUKU AÇISINDAN OLASI AÇILIMLAR

Yrd.Doç.Dr. Hayrettin EREN*

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Dava, bir başkası (davalı) tarafından subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacı), mahkemeden hukuki koruma (himaye) istemesidir. Bir davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır. Davanın tarafları dava dilekçesine göre belirlenir. Dava dilekçesinde, davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler, şeklen o davanın taraflarıdır¹. Mahkemenin dava konusu hakkın esası hakkında karar verebilmesi için, bu kişilerin gerçekten davacı ve davalı sıfatına sahip olmaları gerekir. Dolayısıyla davada taraf ile sıfat farklı kavramlardır².

Bir kimsenin davacı ve davalı sıfatına sahip olup olmadığı, dava konusu subjektif hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Sıfat, dava konusu subjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir. Dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen kişiler şekli taraf kuramına göre o davanın tarafları iseler de, bu her zaman o kişilerin taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmez³. Çünkü davacı olarak taraf sıfatına sahip olabilmek için dava konusu hakkın sahibi olmak gerekir. İstisnaen çeşitli sebeplerle ve özellikle kamu yararı sebebiyle, bazı hallerde taraf sıfatı olmadığı halde (subjektif bir hakkı olmamasına rağmen) savcıya, derneğe, sendikalara, tüzel kişilere vb. menfaat gruplarına dava açabilme imkânı tanınabilmektedir⁴.

Dava hakkı, kural olarak, o hakkın sahibine aittir. Fakat bazı hallerde dava açma hakkı başka kişilere de tanınmıştır ki, sınıf davaları bu grubun

* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

¹ Şekli taraf kavramı bu yüzyılın başında maddi taraf kavramının yerine kabul edilmiştir. Çünkü maddi taraf kavramı başkasına ait bir hakkı kendi adına talep eden kişilerin durumunu açıklayamamaktadır. TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 1998, s.58-63; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2005, s.167.

² Hak ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler taraf ehliyetine sahiptir.

³ ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya, 1997, s.9-17.

⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.171, 172.

içerisine giren davalardır. İşte sınıf davaları taraf sıfatının kapsamıyla, kapsamının geniş tutulup tutulmamasıyla ilgili bir noktadır. Bu bağlamda rekabet hukuku alanında ortaya çıkan ihlallerle ilgili davayı sadece ihlalin muhatabı mı açacaktır? Yoksa başka kişiler de dava açıp usul işlemlerinde bulunma yetkisine sahip midirler? Biz bu çalışmamızda, sınıf davalarının rekabet hukuku açısından uygulanabilirliğini inceleyeceğiz.

I. SINIF DAVASI

Sınıf davaları Amerikalıların eski Romalılarından aldıkları, Anglo-Sakson hukukuna ait bir dava türüdür. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin uygulandığı ülkelerde bu isim altında düzenlenmiş bir dava türü olmamasına karşın, kamusal çıkarların korunabilmesi amacıyla medeni yargılama hukuku alanında, değişik dava modelleri önerilmekte ve bu modeller tartışılmaktadır⁵. Bu tarz davalar temelde benzer felsefi düşüncelere dayandırılmakla birlikte uygulandığı yere, zamana ve ülkeye göre farklı isim ve sınıflandırmalara konu olabilmektedir⁶. Sınıf davaları için Amerikan hukukunda Class Action, Alman hukukunda, Sammelklage, Popularklage (ihtira beratı iptali davası), Eine Isolierte Prozessführungbefugnis (sınıflandırılmış dava takip yetkisi), Verbandsklage (birlik-dernek davaları)⁷ kavramları kullanılmaktadır⁸.

⁵ WALLER, Spencer Weber, "Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri, 2006, s.59, 68.

⁶ Özellikle rekabet hukuku bağlamındaki gelişmeler için bkz.; GÜZEL, Oğuzkan, "Türk Rekabet Hukuku, Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri, 2006, s.188-196.

⁷ Birden fazla kişiye verilmiş kitlesel zararlar söz konusu olduğunda, kişiler bunları tek başlarına dava edebilecekleri gibi zarar gören adına ilgili birimler de dava açabilmektedir. Bu tür davalar ayrı ayrı açıldıklarında şartları varsa davaların birleştirilmesi yoluna gidilebilir. Ancak davaların aynı mahkemede görülebilmesi mümkün değilse davaların birleştirilmesi yoluna gidilemez. İşte kitlesel zarar doğan hallerde her bir zarar gören adına bir iradi temsilci adına yetkilendirme olmaksızın topluluk adına (grup adına), Amerikan hukukunda olduğu üzere dava açılabilmesi Alman hukukunda geçerli değildir. Alman hukukunda yasal düzenleme sadece birlik davaları (Verbandsklage) için bulunmaktadır (ROSENBEG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, München, 2004, s.286; URBANCZYK, Reinhard, Zum Verbandsklage im Zivilprozess, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, s.2). Bu davaların çeşitli görünüşleri ve özellikleri bulunmaktadır:

1. Müdahalenin menı davası talebi (Unterlassungsklage): Bu dava genellikle tüketici hukukunda genel işlem şartlarına karşı tüketicilerin korunması amacıyla öngörülmüştür. Aynı şekilde ve aynı amaçla 18.05.1998 tarihli Avrupa Birliği Tüzüğü ile de, genel işlem şartlarına karşı tüketicilerin korunması için birlik davaları öngörülmüştür. Tüzükle tüm

Sınıf davaları, kitlelerin toplu halde dava açma biçimidir. Bu davalar, benzer durumda olan bütün kişilerin çıkarlarını korumak üzere açılan davalardır. Sınıf davası, kanundışı davranıştan benzer şekilde etkilenen tüm kişiler adına açılan davadır. Küçük bireysel mağduriyetlerin takip edilmeme ihtimalini gidermek üzere, mağdurların bir araya gelip bir grup oluşturarak, ortak hareket ederek mağduriyetlerini giderme yoludur⁹. Sınıf davası, davanın kazanılması halinde davacı sınıfın bütün üyelerinin karardan faydalandığı davadır¹⁰. Sınıf davası, birden fazla kişiye verilmiş kitlesel zararlar söz konusu olduğunda, zarar görenler adına açılabilen davadır.

Sınıf davalarında taraf sıfatı ve hukuki yarar kavramı daha geniş algılanmakta ve kollektif bir nitelik taşımaktadır. Bu özelliği itibariyle sınıf davaları objektif davalar grubunda yer alır. Dava da taraf sıfatı için gerekli olan subjektif bağ çeşitli sebeplerle genişlemektedir.

Ülkemiz yargılama hukuku kurallarında, sınıf davaları ismi altında genel geçer ilkeleri belirlenmiş bir düzenleme bulunmamaktadır. Ülkemiz yargılama

Avrupa Birliğine üye ülkelerde bu tür davaların açılabilirliği noktasında bir uyumlaştırma amaçlanmaktadır. Bu davanın açılabilmesi için tüketicilerin korunması çerçevesinde kollektif bir çıkarın bulunması ve hâlihazırda bu çıkarın kaçırılmamış olması gerekmektedir.

2. Birlik davalarında, birlik ya da üyeler adına zarar talep edilememektedir.

3. Birlik adına dava açma yetkisinin ya da dava açan Birliğin, sıfat ehliyetine mi yoksa dava takip yetkisine mi sahip olduğu tartışmalı olsa da (Bkz.; URBANCZYK, s.1,2); sosyal koruma gibi amaçlarla birlik adına yasal bir dava takip yetkisinin tanındığı kabul edilmektedir. Yargı kararlarında ve doktrinin bir kısmında birlik davalarının hem maddi hukuka hem de usul hukukuna yönelik özellikleri bünyesinde barındıran “çifte nitelikli (Doppelnatur)” bir özelliğe sahip olduğu ileri sürülse de, bu tür davalarda dava açan birliğin, maddi hukuk bakımından subjektif hakkının bulunmadığı, sadece genel çıkarlar için kanun koyucu tarafından taraf sayıldığı kabul görmektedir.

4. Üyeleri adına çıkarları korumak amacıyla dava açabilecek olan birlikler, Alman Federal Devleti tarafından liste halinde belirtilmiş birlikler ya da tüketicilerin korunmasına yönelik Avrupa Birliği Tüzüğü'nde Avrupa Birliği komisyonunca belirtilmiş olan birlikler ya da hak ehliyetine sahip meslek çıkarlarını koruyan birlikler, hatta sanayi ve ticaret veya esnaf odalarıdır. ROSENBEG/ SCHWAB/ GOTTWALD, s.283–285.

⁸ ROSENBEG/ SCHWAB/ GOTTWALD, s.282.

⁹ Amerika'da fiyat tespiti ve anti tröst ihlalleriyle ilgili hukuk davalarının çoğunluğu sınıf davaları olarak açılmaktadır. Gerçek kişilerin anti tröst ihlallerinin doğrudan mağduru oldukları durumlarda Eyalet Başsavcılarını vatandaşlar adına dava açabilmektedir. WALLER, s.54.

¹⁰ WALLER, s.57.

hukuku kurallarında, sınıf davaları ismi altında genel geçer ilkeleri belirlenmiş bir düzenleme bulunmamaktadır. Sınıf davası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarısında, grup davası ismiyle dernekler ile diğer tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde üyelerini veya mensuplarını yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak amacı ile ilgililerin, haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesini yahut gelecekte haklarının ihlal edilmesini önlenmesini sağlamak amacıyla açılan davalar şeklinde tanımlanmış. Tasarı halindeki bu düzenlemenin ötesinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin bölümünde ve özellikle idari yargı alanında, dava sıfatı açısından sınıf davalarındaki davacı ile ilgili tanıma uyan ve sonuç itibarıyla sınıf davası uygulamasıdır diyebileceğimiz dava türleri bulunmaktadır.

II. İDARİ YARGI BAĞLAMINDA SINIF DAVALARI

İdari yargılama hukukunda iptal ve tam yargı davası olmak üzere iki dava türü vardır. Bu iki dava çeşidi dışında idari yargılama hukukumuzda da sınıf, grup davaları ismi altında bir dava çeşidi yoktur. Fakat özellikle iptal davaları, dava sıfatı açısından menfaat kümelerinin sınıf davalarındaki gibi davacı olabildiği ve sonuç itibarıyla sınıf davası niteliğinde olan davalardır.

İptal davaları, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalardır. İptal davası, hukuka aykırı bir idari işlemin alındığı tarihten itibaren, geçmişe etkili olarak bütün hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına yönelik, idari yargı yerlerinde açılan bir dava türüdür.

İptal davası objektif dava niteliğinde bir dava çeşididir. İptal davası tamamen idari yargıya özgü, kolay işleyen, karmaşık olmayan bir dava türüdür¹¹.

İptal davasında da bir kişinin davacı olabilmesi için davada taraf olma yeteneğine ve dava açabilme yeteneğine sahip olması gerekir. Yani kişinin hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fakat "hukuksal varlık"¹²

¹¹ SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, 2000, s.20.

¹² Bu konuda Bkz.; ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002, s.132-137. Black's Law Dictionary'de Legal Entity (Hukuksal Varlık) şöyle tanımlanmıştır; "Hukuksal mevcudiyeti gerçek kişiden ayrı, hukuksal düşüncede kendisinin hukuksal bakımdan işleyebileceğine ilişkin yeterli mevcudiyeti bulunan, davacı ve davalı olabilen ve tıpkı şirketlerdeki gibi görevlileri aracılığıyla kararlar alabilen varlıktır." ÖZAY, s.134'den alınmıştır.

diyebileceğimiz, tüzelkişiliğe sahip olmayan oluşumların¹³, birliklerin, kuruluşların da davacı niteliği kabul edilmektedir¹⁴.

Genel olarak yargı yerlerinde bir dava açabilmek için, bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Fakat iptal davasında dava açabilmek için kişisel, meşru ve güncel bir menfaat ihlali yeterli görülmüştür. İptal davası için hak ihlalinin istenmemiş olması, iptal davasının açılmasını kolaylaştırmış, dava açma olanağını genişletmiştir. Bu genişlik, herkesin dava açabileceği kadar bir genişlik değildir. Bu genişlik Danıştay'a göre, iptali istenen karar ile davacı arasındaki ufak bir ilişkiden hak ihlaline kadar uzanan bir alandır. Ülkemizde iptal davası açabilme olanağı ne herkese, ne de yalnız hakkı ihlal edilenlere tanınmıştır. Bu konuda ortalama bir yol tutularak iptali istenen karar ile bir ilişkinin bulunması yeterli sayılmıştır¹⁵.

10.06.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanun ile İYUK md.2'de yapılan değişiklikle¹⁶, iptal davası açabilmek için kişisel hak ihlali ölçütü getirilmiş, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda ise ne kişisel hak ihlali ne de menfaat ihlali ölçütü aranmıştır. Danıştay bu dönemde Türk Mühendis ve Mimarlar Birliği Mimarlar Odası tarafından açılan bir davada, ilk derece mahkemesinin ehliyetten reddettiği kararını; **sübjektif ehliyetin**, kişisel hak ihlalinin **mahkemece takdir edilecek bir konu olduğu**, ülkede yaşayan herkesin menfaati gereği, toplumun ve dolayısıyla bireyin menfaatini zedeleyen, hukuk devleti esaslarına aykırı, kamu yararını ihlal eden işlemlerin hukuk aleminden silinmesini sağlamak için bu işlemlere karşı **bireylerin dava açma hakkını geniş yorumlamak** gerektiği, **Birliğin kamu yararını koruma görev ve yükümlülüğünün** bir kamu kurumu olmasının doğal sonucu olarak tanındığı gerekçeleriyle bozmuştur ve **Birliğin** dava açma ehliyetine sahip olduğuna karar vermiştir¹⁷.

Salt vatandaşlık sıfatı genel olarak davacı olabilmek için yeterli değildir. Fakat Danıştay özelleştirme ile ilgili olarak milletvekili sıfatıyla açılan bir davada milletvekilinin “yurttaş olmak sıfatıyla” dava açabileceğine karar

¹³ Dan.İBK., E.1971/1, K.1979/1, RG., 06.02.1980, S.16892.

¹⁴ ÖZAY, s.136.

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, TAN, Turgut, İdari Hukuku, C.2, İdare Yargılama Hukuku, Ankara, 2003, s.338.

¹⁶ Bu değişiklik Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. AYM., 21.09.1995, E.1995/27, K.1995/47, RG., 10.04.1996, S.22607.

¹⁷ D.10.D., 29.9.1994, E.1993/4733, 1994/4393 GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.346.

vermiştir¹⁸. Danıştay NATO'dan askeri kuvvet istenilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nın iptali ile ilgili davada “yabancı silahlı kuvvetlerin yurda çağrılması olayını, savaşı doğurucu, kışkırtıcı bir unsur olarak gören **her Türk vatandaşının**” davacı olabileceğine karar vermiştir¹⁹. İstanbul İdare Mahkemesi de SAVARONA kararında “Devlete ait olan, kamuya mal edilmiş tarihi değeri bulunan yatla ilgili her türlü işlemin T.C. tabiiyetinde bulunan **her kişiyi** ilgilendirmesi tabii olup” diyerek dava açabilmek için vatandaşlığı yeterli saymıştır²⁰.

İptal davası özellikle dava açma hakkı yönünden genişleme eğilimi gösteren bir dava çeşididir. İdari yargı organları önceleri menfaat ihlali kavramını dar yorumlayarak sendika²¹, dernek²², meslek kuruluşları²³ gibi menfaat kümelerinin üyeleri ile ilgili konularda dava açabilmeleri için konunun tüm üyeleri ilgilendirir nitelikte olmasını ve dava açabileceklerine ilişkin kanuni bir düzenlemenin varlığını aramıştır. Fakat idari yargı organları daha sonraları menfaat kavramını geniş yorumlayarak, iptali istenen karar ile bir ilişkinin bulunmasını yeterli saymışlardır. Danıştay ve idari yargı organları aşağıdaki örnek kararlarda da görüldüğü gibi, sendika, dernek, meslek kuruluşları, oda, birlik vb. menfaat kümelerinin davacı olabileceklerine karar vermektedir.

Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Veteriner Hekimliği Uzmanlık Yönetmeliği ile ilgili açılan davada Veteriner Hekimler **Derneğinin**, “üyelerinin hukukunu korumak amacıyla” davacı olabileceğine karar vermiştir²⁴.

Konak Belediyesi-Türkiye Ekmek Sanayi İşverenler Sendikası davasında; ekmek fırınına çalışma izni verilmemesi işleminin **bir subjektif işlem** olmasına rağmen, iptal davasının, subjektif nedenlerle değil, işlemin kurallara aykırılığı nedeniyle yani **objektif nedenlerle** açıldığı gerekçesiyle Türkiye Ekmek Sanayi İşverenler **Sendikasının** üyesi adına dava açabileceğine karar vermiştir²⁵.

¹⁸ D.10.D., 25.11.1991, E.1990/2308, K.1991/3355.

¹⁹ D.10.D., 13.10.1992, E.1990/4944, K.1992/3569, Danıştay Dergisi, S.87, s.478 vd.

²⁰ İstanbul, 5.İdare Mahkemesi, 26.01.1990, E.1989/503, GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.368'den alınmıştır.

²¹ D.12.D., 01.06.1970, E.1969/205, K.1970/117, Danıştay Dergisi, S.2, s.911.

²² D.8.D., 17.04.1969, E.1967/2297, K.1969/1547; D.12.D., 24.02.1970, E.1969/2703, K.1970/328, GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.370'den alınmıştır.

²³ DDK., 21.03.1969, E.1968/619, K.1969/322, Danıştay Kararlar Dergisi, S.131-134, s.153 vd.;

DDK., 25.12.1970, E.1968/197, K.1970/730, Danıştay Dergisi, S.3, s.173.

²⁴ D.5.D., 27.11.1996, E.1996/2, K.1996/3674, Danıştay Dergisi, S.93, s.249 vd.

²⁵ DİDDGK., 22.04.1994/, E.1992/668, K.1994/217, Danıştay Dergisi, S.90, s.193 vd.

Danıştay, idareye ait bir yem fabrikasının satışının iptali davasında, **sendikanın** çalışma hayatıyla ilgili konularda üyeleri adına dava açabileceğine karar vermiştir²⁶.

Diyarbakır Belediyesi-TMMOB **İnşaat Mühendisleri Odası** Diyarbakır Şubesi Başkanlığı davasında, **Şubenin**, tüzel kişiliğe sahip olmadığını dikkate almaksızın, kamu yararını koruma görev ve yükümlülüğüne sahip olduğu gerekçesiyle, Diyarbakır imar planı değişikliğiyle ilgili meclis kararının iptaline yönelik davada davacı olabileceğine karar vermiştir²⁷.

Bakanlar Kurulu-Türk Tabipler Birliği davasında, **Türk Tabipler Birliğinin**, kendi görev alanı ve yetkileriyle ilgili konularda dava açabileceği gerekçesiyle, Bakanlar Kurulunca çıkarılan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık İşletmelerinin Yönetimi İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin iptaline yönelik davada, davacı olabileceğine karar vermiştir²⁸. Yargıçlar ve Savcılar Birliğinin son dönemde açtığı davalarda da **Birliğin** davacı niteliği kabul edilmiştir²⁹.

Danıştay **Baroların** açtıkları davalarda da menfaat ihlali kriterini geniş yorumlamaktadır. Ankara Barosu-İçişleri Bakanlığı davasında, İçkili Yer Bölgesi Tespitine İlişkin Genelgenin iptaline yönelik olarak, Baronun davacı niteliğini kabul etmiştir³⁰.

Tam yargı davası açabilmek için bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Dava açabilmek için aranan hak (ihlal edilen), adli yargıda görülmekte olan davalarda aranan hak gibidir. Tam yargı davaları açısından hak ihlali kriterinin dar bir şekilde yorumlanarak uygulandığını söyleyebiliriz. Adliye mahkemelerinde olduğu gibi, idari yargı yerlerinde de hakkının ihlal edildiğini, parayla ölçülebilir bir menfaatinin ihlal edildiğini ispatlayamayan kimsenin açtığı tam yargı davası reddedilir³¹.

İptal davası ile tam yargı davası **birlikte** açılabilen davalardır. Acaba bu durumda davacı niteliğinin belirlenmesi konusunda **hangi kriter** dikkate alınacaktır. Geniş yorumlanabilen menfaat ihlali kriteri mi? Yoksa hak ihlali kriteri mi? Danıştay iptal davaları açısından gösterdiği olumlu gelişmeyi bu konuda da sürdürmüş, sendikanın, üyelerinin bireysel haklarının ihlal edildiği konularda da dava açabileceğine karar vermiştir. Hatta bu konuda Danıştay,

²⁶ D.10.D., 21.05.1996, E.1995/4319, K.1996/2743, Danıştay Dergisi, S.92, s.767 vd.

²⁷ D.6.D., 13.05.1991, E.1989/2264, K.1991/1101, Danıştay Dergisi, S.84-85, s.422 vd.

²⁸ DİDDGK., 08.03.1996/, E.1995/913, K.1996/143 Danıştay Dergisi, S.92, s.143 vd.

²⁹ Yarsav tarafından açılan davalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; www.yarsav.org.tr

³⁰ D.8.D., E.2005/6261, Ankara Barosu web sayfası.

³¹ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.647.

daireler arası içtihat farklılıklarını İçtihadı Birleştirme Kararı olarak sona erdirmiştir: “...kamu görevlileri **sendika ve üst kuruluşlarının**, sendika üyesi olan kamu görevlisinin isteği üzerine, statüsü ve bu statüsünden kaynaklanan hak, yükümlülük, görev ve sorumlulukları ile atama, nakil, disiplin ve personel hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere dayalı olarak, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla **dava açabilecekleri** ve bu nedenle açılan **davalarda taraf olabilecekleri** sonucuna ulaşılmaktadır...”³².

İptal davalarında davacı niteliğinin belirlenmesi konusunda menfaat ihlali kriterinin geniş yorumlanarak sendika, dernek, meslek kuruluşları, odalar ve birlikler gibi menfaat kümelerinin üyelerinin genel olarak ortak menfaatini, zaman zaman da subjektif haklarını korumak adına dava açabilmeleri bir sınıf davası uygulamasıdır, örneğidir. Bu açıdan iptal davası, sınıf davasından beklenen bir takım sonuçları ortaya çıkarabilen davalardır. Yukarıdaki örneklerde gördüğümüz gibi, davalar maddi hakkın sahibi dışında kişilerce de açılabilir.

III. REKABET HUKUKU AÇISINDAN OLASI AÇILIMLAR

1. Genel Olarak

Rekabet hukuku ülkemiz için olduğu kadar, dünyanın birçok ülkesi için de yeni bir hukuk dalıdır. Rekabet hukuku ile ilgili düzenlemeler genelde Ticaret Kanununda yer alırken, 1980’li yıllarda ortaya çıkan küreselleşme, rekabet ile ilgili ayrı kanun çıkarılması sonucunu doğurmuştur. Ülkemizde de mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunması amacıyla, 1994 yılında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uygulamaya konmuştur.

Rekabet hukuku ile ilgili dava konusu olabilecek uyuşmazlıklar cezai ve hukuki uyuşmazlıklardır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kara Avrupası sistemini kabul ederek, cezai uyuşmazlıklar konusunda yaptırım olarak, idari para cezası öngörmüş, hapis cezası verilmesini düzenlemiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nde rekabeti sınırlayıcı uygulamalar, özellikle fiyat tespiti, hileli fiyat teklifi, pazarın bölünmesi, kanundışı kartel söz konusu

³² Dan.İBK., 03.03.2006, E.2005/1, K.2006/1, RG., 18.06.2006, S.26202.

olduğunda hapis cezaları verilebilmektedir³³. Fakat Türkiye, Almanya ve Avrupa Topluluğu'nda rekabeti sınırlayıcı uygulamalara idari nitelikli para cezaları verilmektedir³⁴.

Rekabet Kurulu, RKHK'nun ihlali halinde hukuki ve cezai yaptırımlar uygulama yetkisine sahiptir. Özellikle Kanunun 4, 6, ve 7. maddelerinin ihlal edilmesi halinde ihlalin sona erdirilmesine, 16 ve 17.maddeler kapsamındaki idari para cezalarına yönelik yetkilerini ihbar, Bakanlığın talebi, resen veya menfaati bulunan gerçek ve tüzelkişilerin şikayetiyle kullanır³⁵. Bu düzenlemeler bize, Kurulun, rekabet hukukunun korunması açısından çok etkin bir konumda olduğunu ve Kurula çok önemli görev ve yetkilerin verildiğini göstermektedir. Hatta mal veya hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemlerin veya düzenlemelerin Kurumca tespit edilmesi halinde, söz konusu işlemlerin veya düzenlemelerin bir kısmının veya tamamının iptali için Rekabet Kurumuna dava açabilme hakkının açıkça düzenlenmesi gerekir³⁶. Bu yönde RKHK'nda değişikliğin bir an önce yapılması gerekir. Bu şekilde bir sınıf davası uygulaması da ortaya çıkmış olacaktır.

Rekabet Kurulu, Kanunun 16 ve 17.maddeleri çerçevesinde cezai yaptırım olarak idari para cezaları verir. İdari para cezaları nihayetinde bir idari işlem olarak ortaya çıkmaktadır³⁷. Dolayısıyla idari para cezalarıyla ilgili davalar açısından idari yargı kuralları geçerlidir³⁸.

³³ Ceza hukuku anlamındaki ihlallere yönelik cezalar oldukça sert olabilmektedir. Kişiler 10 yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir, şirketler de çok büyük miktarda para cezalarına çarptırılabilir. Örneğin, Uluslar arası vitaminler karteline ilişkin açılan davada, Hoffman-laRoche suçluluğunu kabul etmiş ve 500 milyon dolar para cezası ödemiştir. Samsung fiyat tespiti davasında 300 milyon dolar para cezası ödemiştir. WALLER, s.52.

³⁴ ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa, 2001, s.363, 364.

³⁵ Kurulun bu yetkilerini kullanırken uyacağı usul kuralları açısından bkz.; ASLAN, Zehrettin, "İdari Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemleri", İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, Ankara, s.280-285.

³⁶ Bu değişiklik her ne kadar zorunlu olmasa da, Kurumun davacı niteliği ile ilgili olası tartışmaların önünü kesmek adına yararlı olacaktır.

³⁷ RKHK kapsamında para cezaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; GÜVEN, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2003, s.432-443; ASLAN, 364-377.

³⁸ Kanun kapsamında verilen idari para cezalarıyla ilgili görevli yargı yeri konusunda tartışma için bkz., ÖZEN, Muharrem, "Rekabet ve Ceza Hukuku", 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.

Hukuki uyumsuzluklarla ilgili olarak Kanun karma bir sistem öngörmüştür. RKHK'nun idare hukuku ile ilgili sonuçları açısından idari yargı³⁹ ve özel hukuk ile ilgili sonuçları bakımından ise adli yargı yerlerinde açılacak davalar vardır. Burada adli yargı yerlerinde açılacak davalar bağlamında sınıf davaları ele alınacaktır.

2. Rekabet Hukuku Açısından Sınıf Davaları

Medeni yargılama ve rekabet hukukumuzda sınıf davaları ismi altında bir dava türü yoktur. Fakat Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında belirli açılardan sınıf davalarına benzer özellikler taşıyan davalar açılabilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda sınıf, grup davalarına ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte, HUMK Tasarısının 118.maddesinde, grup davası başlığı altında bu dava türüne yer verilmiştir; **“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için, dava açabilirler.”**

Tasarıda yer alan düzenlemede, grup davası açabilecekler dernekler ve tüzelkişilerle sınırlı tutulmuştur. Tüzelkişiler açısından özel hukuk tüzelkişileriyle kamu tüzelkişileri ayrımı yapılmamıştır. Tüzelkişiliği olmayan hukuki varlıklara, birliklere, oluşumlara dava açabilme hakkı verilmemiştir. Dernekler ve tüzelkişilerin grup davası çerçevesinde dava açabilmesi için, iptal davalarındaki gibi menfaat ihlali kriteri getirilmiştir. Her ne kadar kamu hukuku alanı olsa da, bu noktada idari yargı açısından yaşanmış süreç iyi bir birikimdir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sınıf davaları uygulaması diyebileceğimiz hükümler vardır. TKHK. m.23/IV : **“Bakanlık ve tüketici örgütleri** münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde bu kanunun ihlali nedeniyle kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla tüketici mahkemelerinde **dava açabilirler.”** TKHK. m.24/I. **“Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketiciler ve tüketici örgütleri,** ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için **dava açabilirler.”** Bu düzenlemelerle, Bakanlık ve tüketici örgütlerine, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde, Kanunun ihlali nedeniyle, Kanuna aykırı durumun ortadan kaldırılması

³⁹ Rekabet Kurulu Kararlarının Danıştay tarafından denetimi konusunda istatistiki bilgi için bkz.; GÜZEL, 220-228.

amacıyla, tüketici mahkemelerinde dava açabilme hakkının verilmesi rekabet hukukunda sınıf davası uygulamasının bir yansımasıdır. Kanunla aynı yönde Bakanlık, tüketicilere ve tüketici örgütlerine, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için dava açabilme hakkını verilmesi de bir sınıf davası açılımdır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sınıf davaları uygulaması diyebileceğimiz hüküm vardır⁴⁰. TTK m.58 kapsamındaki haksız rekabet davalarında tazminat davaları hariç diğer davaları açabilecekler, zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz bulunanlar, müşteriler, mesleki ve ekonomik birliklerdir. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler tespit, yasaklama ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarını açabilirler. Dava açma hakkının bu şekilde menfaat kümelerine de tanınmasının temelinde toplumun ekonomik menfaatlerinin korunması yatmaktadır⁴¹. Haksız rekabet açısından da tazminat davası açabilme hakkı zarar gören kişiye ve müşterilere tanınmıştır. Dolayısıyla tazminat davalarında davacı niteliği zarar görenler ve müşterilerle sınırlı tutulmuştur. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin

⁴⁰ TTK.**Madde 58-**“Haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse:

- a) Fiilin haksız olup olmadığının tesbitini;
- b) Haksız rekabetin men'ini;
- c) Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini;
- d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini;
- e) Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat verilmesini; isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hakim, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebilir.

Haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler de birinci fıkrada yazılı davaları açabilirler.

Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz oldukları takdirde (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı **davaları açabilirler.**”

⁴¹ EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, 2000, s.251.

ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birliklerin üyeleri adına tazminat davası açma hakları yoktur⁴².

TTK. m.58 kapsamında ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birliklerin dava açabilmesi, ayrıca TKHK kapsamında Bakanlık ve tüketici örgütlerinin dava açabilmeleri bir sınıf davası uygulamasıdır, örneğidir. Bu açıdan maddi hakkın sahibi dışında kişilerce de davaların açılabilmesi, sınıf davasından beklenen bir takım sonuçları ortaya çıkarabilen uygulamalardır.

Rekabet Korunması Hakkında Kanunda sınıf davası diyebileceğimiz bir dava örneği yoktur. Rekabet Korunması Hakkında Kanunu'nun özel hukuk alanındaki sonuçları adli yargı organlarınca karara bağlanır. Adliye mahkemeleri Rekabet Kanunu'nda öngörülmüş cezalara hükmedemez, bir anlaşma hakkında bireysel muafiyet kararı veremezler. Ülkemizde, RKHK kapsamında, rekabet hukuku konuları iki durumda adliye mahkemelerinde görülür. Birincisi, Kanunun 4.maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararlarının ve 6.maddesine aykırı olan hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğindeki hukuki işlemlerin **geçersizliğine** ilişkin uyuşmazlıklardır. İkincisi ise, Kanun kapsamında rekabeti bozucu bir anlaşmadan yahut bir teşebbüsün hâkim durumunu kötüye kullanmasından zarar gördüğünü düşünen üçüncü kişilerin **tazminata** ilişkin uyuşmazlıklarıdır⁴³.

Rekabet hukuku alanında tazminat davaları ile ilgili bir sınıf davası açılımı, uygulaması söz konusu değildir. Tazminat davalarının davacısı olabilmek için zarar gören olmak gerekir. Maddi ve manevi tazminat davaları, bizzat maddi hakkın sahibi tarafından açılır. Medeni yargılama hukukuyla ilgili pozitif düzenlemeler dikkate alındığında, tazminat davaları açısından bir sınıf davası uygulaması örneği oluşturabilecek bir hüküm yoktur. Tasarıdaki düzenleme de bile tazminat davaları kapsam dışında tutulmuştur.

RKHK'nda yer alan geçersizlik yaptırımı ile ilgili düzenlemede, davaların kim tarafından açılacağına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Dolayısıyla söz konusu davaların sadece hakkın sahibi tarafından açılması

⁴² EROĞLU, s.252.

⁴³ İNAN, Nurkut, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, 2004, s.56, 57; AŞÇIĞOLU, ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000, 176-1885; ŞİRAMUN, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul, 2005, 102-115; ASLAN, s.378-391; GÜVEN, s.457-466.

gerektiği, maddi hakkın sahibi dışında kişilerin, sınıf davası bağlamında dava açabilmelerinin söz konusu olmadığı söylenebilir. Fakat TTK ile RKHK arasında genel-özel kanun ilişkisi kurulabilirse ki bence böyle bir bağlantı vardır. Bunun sonucu olarak, geçersizlikle ilgili davaların, maddi hakkın sahibinin yanında, TTK m.58’de ifade edilen zarar görme tehlikesine maruz bulunanlar, müşteriler, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar, diğer mesleki ve ekonomik birlikler tarafından da açılabileceğini söyleyebiliriz. Hatta böyle bir sonuca ulaşmak amaca da daha uygundur. Çünkü Rekabet Kanunu, Ticaret Kanununa göre oldukça fazla kamu hukuku özellikleri taşıyan bir kanundur. Özellikle rekabet konusunda, kamu yararını, ortak yararı hedeflemektedir. Kaldı ki bazı küçük ihlaller, mağduriyetler durumunda kişiler hakkını aramayabilmektedir. Dolayısıyla bu kişiler adına onların ortak menfaatini koruma, takip etme görevi üstlenen ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar, diğer mesleki ve ekonomik birlikler tarafından, tazminat davaları dışında, örneğin tespit, men, sonuçların ortadan kaldırılması gibi davaların açılabilmesi daha sağlıklı bir rekabet ortamını oluşturacaktır.

Medeni yargılama hukukumuz açısından sınıf davalarına yönelik HUMK Tasarısı’nda yer alan grup davası düzenlemesine paralel değişiklik RKHK açısından da yapılmalıdır: **“Dernekler ve diğer tüzel kişiler, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve üyelerinin ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birlikler statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için, dava açabilirler.”** şekliyle rekabet hukuku alanında yer alan menfaat kümelerini de kapsayacak şekilde yapılabilir.

SONUÇ

Rekabet hukuku ilkeleri aslında özü itibarıyla kamu yararını gerçekleştirmeye yöneliktir. Rekabet hukuku ne kadar etkin uygulanırsa, hem üreticiler hem de tüketiciler açısından kamu yararı o derece sağlanmış olur⁴⁴.

Rekabet hukukunun gelişimi hak arama konusuyla çok ilgilidir. Rekabet kültürünün oluşması, gelişmesi, desteklenmesi ve hatta korunması adına tüketici birlikleri oluşturulmalı, bu birlikler desteklenmeli ve Birliklere rekabet hukukuyla ilgili çeşitli davalar açabilme yetkisi verilmelidir. Sınıf davaları

⁴⁴ GIFFORD, Daniel J., The Jurisprudence Of Antitrust, SMU Law Review, July-August, 1995. GÜZEL, s.187.

uygulamaları günümüz de çağdaş, demokratik ve örgütlü bir toplum olmanın da göstergesi sayılır.

Davacı niteliğinin belirlenmesi büyük oranda içtihadi bir alandır. İdari yargıda davacı niteliğinin belirlenmesinde var olan yasal kriter menfaat ihlali ve hak ihlali kriteridir. Hatta 1994 ile 1996 tarihleri arasında uygulanan kişisel hak ihlali kriterinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra 1996 ile 2000 tarihleri arasında iptal davaları açısından hiç bir kriter olmamasına rağmen, yargı organları içtihatlarıyla davacı niteliğini belirlemişlerdir. Davacı olabilmek için, konunun kamuyu ilgilendirmesi, kamu yararına yönelik olması, hukuk devleti ilkesi gereği gibi nedenlerle tüzelkişilik bile aranmayabilmektedir. İdari yargıda görülen gelişme bir örnektir, modeldir. Adli yargı organları da içtihatlarıyla bu yönde bir yaklaşım göstermelidir. Özellikle kamunun ortak menfaati söz konusu olduğunda, kamu yararının gerektirdiği durumlarda, tüketicilerin korunması gereken durumlarda, rekabet hukukunun nihai amacı olan kamu yararı perspektifinden bakarak uyuşmazlıkları çözmeye çalışmalıdır⁴⁵.

Medeni yargılama hukukumuz açısından sınıf davalarına yönelik değişikliğin HUMK ve RKHK'nda bir an önce yapılması gerekir. Tasarıda yer alan grup davası düzenlemesi bu alandaki ihtiyacın bir göstergesidir.

Burada unutulmaması gereken nokta şudur: Sınıf davalarıyla dava açabilme hakkının hak sahibinden başka kişilere, kuruluşlara ve menfaat kümelerine tanınmış olması, davanın kazanılması anlamına gelmez, sadece yargı organının konuyu esastan inceleme zeminini oluşturur. Bu noktanın gözden kaçırılmaması gerekir.

⁴⁵ Fakat Yargıtay, RKHK kapsamında açılan tazminat davalarında Rekabet Kurulu kararını bekleme zorunluluğu olmamasına rağmen ön mesele yaparak, maalesef bu perspektiften bakamamış ve tazminat yaptırımının gerçekleşmesine katkıda bulunamamıştır. Yargıtay 19.H.D., 01.11.1999, E.1999/3350, K.1999/6364, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, C.1, S.2, s.208, 209.

KAYNAKÇA

- ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa, 2001. (Aslan)
- ASLAN, Zehretin, “İdari Usul Yasasına Örnek Olarak Rekabet Kurulunun Çalışma Yöntemleri”, İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslar arası Sempozyumu, 17-18 Ocak 1998, Ankara.
- AŞÇIĞOLU, ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000.
- EROĞLU, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, 2000.
- GIFFORD, Daniel J., The Jurisprudence Of Antitrust, SMU Law Review, July-August, 1995.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, TAN, Turgut, İdari Hukuku, C.2, İdare Yargılama Hukuku, Ankara, 2003.
- GÜVEN, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2003.
- GÜZEL, Oğuzkan, “Türk Rekabet Hukuku, Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri, 2006.
- İNAN, Nurkut, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, 2004.
- ROSENBEG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, München, 2004.
- SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, 2000.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2002.
- ÖZEN, Muharrem, “Rekabet ve Ceza Hukuku”, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2006.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet , Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2005.

ŞİRAMUN, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul, 2005.

TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara, 1998.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Konya, 1997.

URBANCZYK, Reinhard, Zum Verbandsklage im Zivilprozess, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

WALLER, Spencer Weber, "Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Kayseri, 2006.

REKABET HUKUKUNA DAYALI TAZMİNAT DAVALARININ MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Rekabet hukuku klasik kamu hukuku-özel hukuk ayırımı dışında, karma hukuk başlığı altında yer alan bir hukuk dalıdır. Ekonomik kamu hukuku ya da ekonomi hukuku başlığı altında değerlendirildiği gibi¹ sosyal hukukun bir dalı olarak da değerlendirilmektedir². Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, *rekabet kamu hukuku ya da rekabet özel hukuku* şeklinde ikili bir ayırımdan bahsetmek mümkündür³.

Türk hukukunda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)⁴; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamalar ile piyasada hakim durumda olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla 1994 yılında kabul edilmiştir. Kanun, hem özel hukuka ilişkin hem de kamu hukukuna ilişkin hükümler getirmektedir.

Türk hukukunda rekabetin sınırlanmasının kamu hukuku alanındaki sonuçları ile ilgili olarak Rekabet Kurulu'nun çok sayıda kararı bulunduğu gibi, Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulması sonucunda çok sayıda Danıştay kararı da bulunmaktadır⁵.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Turgut Tan, **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 210, Ankara 1984, s. 1 vd.

² İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, 2007, s. 22.

³ Ergun Özsunay, "*Tahkime Elverişlilik*" Kavramına İlişkin Yeni Gelişmelerin Işığında *Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkim ve Türk Hukukunun Durumu*", **Milletlerarası Tahkim Semineri**, 4 Ekim 2005, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi, s. 86.

⁴ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kabul Tarihi: 7 Aralık 1994 Resmi Gazete Tarihi: 13 Aralık 1994 Resmi Gazete Sayısı: 22140.

⁵ Kararlar için bkz. www.rekabet.gov.tr

Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları RKHK'nın *Beşinci Kısmında* düzenlenmiştir. Bu kısımda, 56 ilâ 59 uncu maddeler arasında Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği, sebepsiz zenginleşme, tazminat hakkı, zararın tazmini ve ispat yükü konusu düzenlenmiştir. Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk açısından sonuçları ile ilgili olarak adli yargıya başvurulması gerekmektedir. Uygulamada, rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları açısından adli yargıda açılan tazminat davalarının sayısının çok fazla olmadığı görülmektedir.

Adli yargıda açılan tazminat davaları RKHK'nın rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarıyla ilgili maddelerinin nasıl uygulandığını göstermesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle Tebliğ'de, mahkemelerde açılan tazminat davaları konusu ele alınmış ve rekabet hukukuna dayalı tazminat davaları mahkeme kararları ışığında değerlendirilmiştir.

1- Genel Bilgi

Rekabet ihlâli nedeniyle uğranılan zararın tazmini konusu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK) ayrı bir hükümlerle düzenlenmiştir. Rekabet ihlâli sonuçta bir haksız fiildir. Genel olarak haksız fiil konusu Borçlar Kanunu'nun (BK)⁶ 41 inci ve devamı olan maddelerde düzenlenmekle birlikte, RKHK, BK'ya göre özel bir düzenleme getirdiğinden öncelikle uygulanacaktır.

RKHK'da yer alan hükümler emredici nitelikte olduğundan ve hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğinden, mahkeme karşısına gelen olaylarda -özellikle sözleşmeler açısından- sadece BK'daki hükümler kapsamında değil RKHK ve ilgili muafiyet tebliğleri ya da bireysel muafiyet kararı varsa, bu karar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Rekabet ihlâli nedeniyle uğranılan zararın tazmini konusu RKHK'nın "*Beşinci Kısmında*", "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*" başlığı altında yer almıştır. Tazminat konusunu düzenleyen 57 nci maddeye göre;

"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

⁶ 818 Sayılı Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 22 Nisan 1926, Resmi Gazete Tarihi: 8 Mayıs 1926, Resmi Gazete Sayısı: 366.

davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur”

RKHK'nın 57 inci maddesi uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için:

- RKHK'ya aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ya da hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde bir davranışın olması gerekmekte ve bu şekilde hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir⁷.

- rekabete aykırı davranış sonucu bir zararın ortaya çıkması,
- uygun illiyet bağının bulunması ve nihayet,
- kusurun olması gerekmektedir⁸.

Bu kapsamda RKHK'nın 4, 6 ve 7 inci maddelerine aykırılıktan doğan zararın tazmini için tazminat davası açılabilir.

RKHK'nın 4 üncü maddesine göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır. Maddede rekabeti ihlâl eden durumlar örnek olarak sayılmıştır. Buna göre:

“a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

⁷ İsmet Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 30.

⁸ Kerem Cem Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I**, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0137, s. 224-226.

e) *Münhasır bayilik hariç olmak üzere eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,*

f) *Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi.. ”*

gibi durumlardır. Dolayısıyla teşebbüslerarası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarıyla rekabetin ihlâl edilmesi durumunda, diğer şartlar da varsa, tazminat talep edilebilecektir.

Benzer şekilde, hakim durumunda olan bir teşebbüsün bu konumunu kötüye kullanması nedeniyle bir rekabet ihlalinin oluşması (RKHK m. 6) ve bundan bir zarar doğması halinde bu zararın tazmini istenebilecektir. Hakim durumun hangi şekillerde kötüye kullanılabilceği örnek olarak ilgili maddede sayılmıştır. Buna göre:

“a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,

e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”

gibi hallerle hakim durum kötüye kullanılabilir.

Nihayet konsantrasyonlar yoluyla rekabet ihlâli gerçekleştirilebilecektir. RKHK'nın 57 nci maddesinde herhangi bir ayırım yapılmadığından, konsantrasyonlar yoluyla hakim durum yaratılması veya hakim bir durumunun güçlendirilmesi ve bunun sonucunda, ülkenin bütünü yahut bir kısmında

herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunun doğması halinde, rekabet ihlâl edilmiş olacağından (RKHK m. 7), bundan doğan zararların tazmini istenebilecektir⁹.

RKHK'nın 57 inci maddesinde, dava açabilecek kişilerle ilgili *bundan zarar görenler* ifadesi kullanılarak, herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, rekabet ihlâlinden zarar görenler kapsamında, rakipler, müşteriler ve tüketiciler dava açabilecekler¹⁰. Kartel üyelerinin ise birbirlerine karşı tazminat davası açamayacakları ifade edilmektedir¹¹.

Burada özellik taşıyan bir durumdan bahsetmek gerekmektedir. Bu da anlaşmanın karşı tarafının rekabet ihlâli nedeniyle tazminat davası açıp açamayacağı konusudur. Taraflar arasında bir anlaşmanın söz konusu olması durumunda, anlaşmanın taraflarından birisinin hakim durumda olması ve karşı tarafa anlaşmayı empoze etmesi halinde, karşı taraf rekabet ihlâli nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir¹². Bu kapsamda, dağıtım

⁹ Sayhan “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 41-42; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 784. Aksi görüşte bkz. Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 232.

¹⁰ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 784; Gürzumar, “*Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*”, s. 164.

¹¹ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 687; Ergun Özsunay, “*Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.145; Osman Berat Gürzumar, “*Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*”, **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak**, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar-Panel (7-8 Ekim 2005), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 164. Doktrinde, RKHK'nın 1 inci maddesinde rakip teşebbüslerin korunmasının amaçlandığı, bu nedenle rakip teşebbüsler dışındaki üçüncü kişilerin rekabet ihlâlinden dolayı zarar görseler bile, normun koruma amacı dışında kaldıklarından tazminat talep edemeyecekleri, ancak rekabet ihlâli nedeniyle bu kişilerin mutlak hakları veya bir hukuk normu ile korunan menfaatleri ihlâl edilmişse bu normlara dayanarak tazminat davası açabilecekleri şekilde farklı bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 59.

¹² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar, “*Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*”, s. 164-165; Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 58-61; Pelin Güven, “*Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Tazmini Konusunun Motorlu Taşıtlar Sektörü ve Bu Sektörle İlgili Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, **Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, 2007, s. 654 vd.

sözleşmelerinde de -genelde bir tarafın hakim durumda olması ve sözleşmeyi karşı tarafa empoze etmesi söz konusu olduğundan- sözleşmenin karşı tarafı rekabet ihlâlinden doğan zararın tazmini için dava açabilecektir. Örneğin, otomotiv sektöründeki (Peugeot, Hyundai, Tofaş gibi) ve beyaz eşya sektöründeki (Bosch, AEG, Ariston, Vestel gibi) çeşitli şirketlerin, ürünlerinin dağıtımını ile ilgili olarak hazırladıkları dağıtım ya da servis sözleşmeleri karşı tarafça sadece imzalanmaktadır. Diğer bir ifade ile, sözleşmelerin bir tarafça hazırlanarak karşı tarafa empoze edilmesi söz konusudur. Burada tazminat davası açılabilir.

Hakim durum söz konusu olsa bile, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün yaptığı dağıtım sözleşmeleri, RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında değil, teşebbüslerarası anlaşmalarla ilgili 4 üncü madde kapsamında değerlendirilmektedir¹³.

Mahkemelerde açılan tazminat davalarının genelde RKHK'nın 4 üncü maddesinde yer alan rekabet ihlâlüne dayanılarak açıldığı görülmektedir. Bu nedenle kısaca tazminat davaları açısından muafiyet konusunun öneminden bahsetmek gerekmektedir.

Türk hukuk sisteminde tebliğler yazılı hukuk kaynakları arasında bulunmakta ve yönetmelik benzeri düzenleyici işlemler arasında yer almaktadırlar¹⁴. Rekabet Kurulu'nun yayınlamış olduğu çeşitli tebliğler vardır¹⁵. Kurul'un yayınladığı muafiyetle ilgili tebliğler, ilgili mevzuat kapsamında, rekabet ihlâlî nedeniyle açılan tazminat davalarında dikkate alınacaktır.

Muafiyet konusu RKHK'nın 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Kurul, maddede yer alan şartların bulunması halinde¹⁶, teşebbüslerarası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin

¹³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002-1-27 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 05-65-928-250, Karar Tarihi: 6.10.2005; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2004-3-145 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 05-38/487-116, Karar Tarihi: 2.6.2005. Kararlar için bkz. www.rekabet.gov.tr

¹⁴ Abdullah Dinçkol, **Temel Hukuk Bilgisi**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 63-64.

¹⁵ Rekabet Kurulu'nun yayınlamış olduğu Tebliğler için bkz. www.rekabet.gov.tr

¹⁶ Kanunun 5 inci maddesinde yer alan şartlar:

"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..." dır.

uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir. 4 üncü madde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğunu düzenlemektedir.

Dolayısıyla, RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında yer alan teşebbüslerarası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları ile meydana gelen bir rekabet ihlâli söz konusu ise, konuya ilişkin bireysel muafiyet kararının bulunması ya da konunun grup muafiyeti tebliği kapsamında yer alması durumunda, teşebbüslerarası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükmünün uygulanmasından muaf tutulacaklardır.

Muafiyetle ilgili Rekabet Kurulu Tebliği ve yine Kurul tarafından verilmiş olan bireysel muafiyet kararlarının RKHK'ya dayalı açılan tazminat davalarındaki önemine baktığımızda; muafiyetin bulunması durumunda rekabet ihlâli nedeniyle oluşan zararın tazmini istenemeyecektir. Diğer bir ifade ile, rekabeti ihlâl eden durum grup muafiyeti tebliği kapsamında yer alıyorsa ya da Kurul tarafından verilmiş bir bireysel muafiyet kararı bulunuyorsa, bu durum bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilecektir¹⁷ ve RKHK'ya aykırılıktan dolayı tazminat talep edilemeyecektir¹⁸.

Rekabet Kurulu tarafından muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet bir şarta bağlanmışsa şartın yerine getirildiği tarihten itibaren muafiyet geçerli olacağından, şart yerine getirilmedikçe muafiyet söz konusu olmayacaktır (RKHK m. 5). Nitekim RKHK'nın 13 üncü maddesinde de karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda muafiyet kararının geri alınabileceği ya da tarafların belirli davranışlarının yasaklanacağı

¹⁷ Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 46; Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 232. Doktrinde, marka ve patent hakkının kullanılması gibi, özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması ya da kamusal bir yetkinin kullanılması şeklindeki genel hukuka uygunluk sebeplerinin rekabet hukukunda da uygulanacağı ve bu durumların da bir hukuka uygunluk sebebi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 46; Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 43-46.

¹⁸ Doktrinde hakkın kötüye kullanılması durumunda tazminatın söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 47.

hükme bağlanmıştır. Bu nedenle hakim karşısına gelen olayda taraflar, eğer Kurul tarafından şartlı muafiyet kararı verilmişse, bu şartın gerçekleştiğini ispatlamalıdır. Aksi halde muafiyet söz konusu olmayacak ve hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmeyecektir.

Muafiyetin bulunmadığı bir durumda RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı hükümsüz olacaktır¹⁹. Hükümsüzlükle ilgili olarak, BK'nın 20 nci maddesinde yer alan kısmi butlana ilişkin hüküm, rekabet ihlâli ile ilgili durumlar için de kabul edilmelidir. Buna göre, rekabeti ihlâl eden hüküm geçersiz sayılmalı, eğer bu hüküm ya da hükümler olmasaydı anlaşmanın yapılmaması söz konusu ise bu durumda anlaşmanın tümü geçersiz olarak kabul edilmelidir²⁰.

Somut olay kapsamında sözleşmenin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanımını oluşturduğu durumlarda, Medeni Kanun'un (MK)²¹ 2 nci maddesinde²² yer alan "dürüstlük kuralı" kapsamında, hükümsüzlüğü ileri süren kimse hukuken korunmayacağından²³, hakim RKHK'nın 56 ncı maddesinde yer alan hükümsüzlüğe ilişkin hükmü uygulamayabilecektir²⁴. Doktrinde, normalde hükümsüzlüğün, sözleşmenin başından itibaren hükümsüz olması sonucunu doğurmasına karşın, sürekli borç

¹⁹ Hükümsüzlükle ilgili olarak bkz. Gürzumar "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", s. 3-76; Kerem Cem Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000, s. 389 vd; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 770 vd; Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 579 vd.

²⁰ Gürzumar "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", s. 57; Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 433; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 773.

²¹ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22 Kasım 2001, Resmi Gazete Tarihi: 8 Aralık 2001, Resmi Gazete Sayısı: 24607.

²² Medeni Kanun'un 2 nci maddesine göre:

"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"

²³ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 13. Bası, 2006, s. 164.

²⁴ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 436.

ilişkisi doğuran, icrasına başlanmış sözleşmelerde, sözleşmenin baştan itibaren hükümsüz olmasının çeşitli güçlükler ortaya çıkartacağını, bu nedenle sözleşmelerin RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırılığı nedeniyle geçersizliği durumunda, bu geçersizliğin kural olarak ileriye etkili olduğunu kabul etmek gerektiği söylenmektedir²⁵.

Rekabet ihlâli nedeniyle hükümsüz olan bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemeyecektir. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde ise, tarafların iade borcu BK'nın 63 ve 64 üncü maddelerinde yer alan sebepsiz zenginleşme ile ilgili hükümlere dayanacaktır. BK'nın 65 inci maddesi hükmü²⁶ bu kanundan doğan ihtilaflara uygulanmayacaktır (RKHK m. 56).

Rekabet ihlâlinin bulunması durumunda RKHK'da, zararın tazmini ile ilgili ayrı bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre, rekabet ihlâli sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı (fazla ödeme nedeniyle uğranılan zarar) talep edebileceklerdir. 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 (davacının normal durumda kazandığı miktar ile rekabet ihlâli olmasaydı kazanabileceği miktar), geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır. Yine ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa²⁷, 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 (RKHK m. 58).

²⁵ Sanlı, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, s. 438-439. Benzer görüşte Gürzumar, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", s. 70.

²⁶ Borçlar Kanunu 65 inci maddesine göre:

"Haksız yahut ahlâka (âdaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur"

²⁷ Yeni hazırlanan, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin'de, RKHK'nın 58 inci maddesinde yer alan, "tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa" ifadesi yerine "tarafların kastı veya ağır ihmalden kaynaklanmaktaysa" ifadesinin getirilmesi şeklinde bir değişiklik yapılmıştır. Taslak için bkz. www.rekabet.gov.tr

Zararın hesaplanmasında farklı yöntemler kullanılmaktadır. Konuyla ilgili yapılan bir çalışmada, Amerikan rekabet hukukunda; rekabet ihlâlinden önce, ihlâl esnasında ve ihlâlden sonra, ihlâl nedeniyle davacının kazancındaki değişikliklerin dikkate alındığı “*önce ve sonra yöntemi*”, rekabet ihlâlinin olduğu piyasa ile rekabet ihlâlinin olmadığı benzer bir piyasanın karşılaştırılarak hesabın yapıldığı “*yarda ölçüsü yöntemi*” ve özellikle verimdeki mutlak azalmayı ölçmek için başvurulan “*kayıp pazar payı yöntemi*” olmak üzere üç ayrı yöntemin kullanıldığı ifade edilmektedir²⁸.

Yine, rekabet ihlâlinden kaynaklanan zararın tespit edilmesinin zor olduğu, ancak BK'nın 42 nci maddesinin²⁹ burada uygulanabileceği, buna göre zararın kesin miktarının hesaplanmadığı durumlarda hakimin halin durumunu ve mağdurun aldığı tedbirleri dikkate alarak zararın miktarını takdir edebileceği belirtilmektedir³⁰.

Zarar kapsamında maddi zararların yanı sıra manevi zararlar da talep edilebilir³¹. Rekabet ihlâli nedeniyle ortaya çıkan zararın doğrudan olmadığı, örneğin sadece ilk alıcının değil, ondan ürünü satın alan ya da ilişkide bulunan diğer kişilerin de zarar görmesi durumunda, yani yansıma yoluyla oluşan zararlarda, bu zararın talep edilip edilemeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır³². Bize göre de yansıma yoluyla oluşan zararların tazmini mümkün olmamalıdır.

²⁸ Özsunay, “*Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, s. 126-129.

²⁹ Borçlar Kanunu'nun 42 nci maddesine göre:

“*Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakikî miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tâyin eder*”

³⁰ Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 265;

³¹ Özsunay, *Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, s.144; Gürzumar “*Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*”, s. 165; Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 788; Pelin Güven, **Rekabet Hukuku**, Ankara 2005, Yetkin Yayınları, s. 599; Ahmet Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 12, Ankara 2005, s. 253. Aksi görüş için bkz. Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 236.

³² Yansıma yoluyla oluşan zararın talep edilebileceği konusunda bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 792; Yansıma yoluyla oluşan zararın talep edilemeyeceği konusunda ise bkz. Gürzumar, “*Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun*”, s. 146-147; Sayhan, “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, s. 61; Ateş Akıncı, **Rekabetin Yatay**

Tazminat talep edenin bir ticaret şirketi olması durumunda, ticaret şirketleri de Borçlar Kanunu'nun 49 uncu maddesinde yer alan şartlar varsa³³, maddi tazminatın yanı sıra manevi tazminat da talep edebileceklerdir³⁴.

Nihayet ispat yükü açısından da RKHK'da ayrı bir hüküm yer almaktadır. Buna göre, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.

Delil konusu genel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK)³⁵ düzenlenmiştir. Deliller, kesin delil ve takdiri delil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller; ikrar (m. 236), senet (m. 287), yemin (m. 337) ve kesin hüküm (m. 237) iken, takdiri deliller ise; tanık (m. 245), bilirkişi (m. 275), keşif (m. 363) ve özel hüküm sebeplerinden oluşmaktadır (m. 367)³⁶.

RKHK'nın 47 nci maddesinde, sözlü savunma toplantısının esaslarına ilişkin hükümler yer almıştır. Maddeye göre, "...sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler..." Sözlü savunma toplantılarında -bu hükme göre- HUMK'da düzenlenen bütün delillere dayanılıp dayanılamayacağı, doktrinde yapılan bir çalışmada ayrıntılı olarak incelenmiştir. Yazara göre, HUMK'nın yemin edecek kişi için cezayı gerektirecek konularda yemin teklif edilemeyeceğine ilişkin hükmü (HUMK m. 352) ve yeminin sadece hakim tarafından icra ettirileceğine ilişkin hükümler,

Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001, s. 380; Sanlı, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", s. 239-240.

³³ Borçlar Kanunu 49 uncu maddesine göre manevi tazminat talep edebilmek için:

- hukuka aykırı bir fiil olması,
- kişilik hakkının ihlâl edilmiş olması,
- ihlâl yüzünden manevi bir zararın doğmuş olması,
- zararlar fiil arasında uygun illiyet bağının olması ve nihayet,
- kusur olması gerekmektedir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku**, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.Aralık 2006, s.757 vd.

³⁴ Bazı durumlarda ticaret şirketlerinin manevi tazminat talep edebilmesi mümkün kılınmıştır. Örneğin TTK'nın 56 ncı maddesinde düzenlenen haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse, diğer taleplerin yanı sıra, manevi tazminata karar verilmesini de talep edebilir (TTK m. 58/e).

³⁵ 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 18 Haziran 1927, Resmi Gazete Tarihi: 2, 3 ve 4 Temmuz 1927, Resmi Gazete Sayısı: 622, 623 ve 624.

³⁶ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 429-430.

her türlü delil içerisinde yemin delilinin kabulüne engeldir³⁷. Yine, senetle ispat konusunun da rekabet soruşturmalarının mahiyeti ile bağdaşmadığı, Rekabet Kurulu'nun iddia makamı içerisinde yer alması, rekabeti sınırlayan hukuki işlemlerde taraf olmaması nedeniyle senetle ispatın da uygulanamayacağı belirtilmektedir³⁸. Görüldüğü gibi HUMK'da yer alan deliller rekabet ihlallerinde uygun olduğu ölçüde uygulanmaktadır.

Bu kapsamda tazminat davalarıyla ilgili olarak da, RKHK'nın 59 uncu maddesine göre rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabileceğinden, HUMK'da düzenlenen delille ispatın burada da uygun olduğu ölçüde uygulanması gerektiği söylenmelidir.

RKHK'da uyumlu eylemin ispatı ile ilgili olarak ise ayrı bir hüküm bulunmaktadır. Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer (RKHK m. 59)³⁹.

RKHK'ya aykırılıktan dolayı açılan tazminat davasında yetkili mahkeme ile ilgili olarak HUMK'daki hükümler uygulanacaktır. Özel yetkili mahkeme, haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesidir (HUMK m. 21). Kural olarak özel yetki genel yetkiyi kaldırmadığından, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yanı sıra, genel yetkili mahkeme olarak davalının ikametgahı mahkemesi de açılacak tazminat davalarında yetkili olacaktır (HUMK m. 9)⁴⁰.

Nihayet rekabet ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi konusunda RKHK'da ayrı bir hüküm öngörülmediğinden, BK'da düzenlenen haksız fiillerle ilgili hükümler kapsamında 60 ıncı maddeye göre⁴¹ zamanaşımı süresi belirlenecektir. Buna göre zarara uğrayanın, zararını

³⁷ Rekabet ihlalinin ispatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Cem Budak, “*Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I**, 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayın No: 0137, s. 51.

³⁸ Budak, “*Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat*”, s. 51.

³⁹ Rekabet ihlalinin ispatı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, “*Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat*”, s. 58-60; Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 254-255.

⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, s. 162, 178.

⁴¹ Borçlar Kanunu 60 ıncı maddesine göre:

“Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namiyle nakdi bir meblâğ tediyesine müteallik dâva, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittilat tarihinden itibaren bir sene ve her

ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her halükarda zarara neden olan fiilin vuku bulduğu tarihten itibaren zamanaşımı süresi 10 yıl olacaktır.

2- Rekabet İhlalinden Doğan Tazminat Davaları

Rekabet ihlâlinden doğan tazminat davaları ile ilgili olarak verilen genel bilgilerden sonra mahkemeler karşısına gelen tazminat davalarını incelersek:

2.1. Rekabet ihlâli nedeniyle tazminat talebinin söz konusu olduğu ilk olayda⁴² davacı Bor Sanayi Dış Tic. Ltd. Şti, davalı ise Etibank Genel Müdürlüğü'dür. Davacı vekili, müvekkilinin tinkal maddesinden boraks üreten bir şirket olduğunu, davalının tinkal pazarında hakim durumda bulunduğunu, taraflar arasında -davalı tarafından hazırlanan ve davacının herhangi bir müzakere ve pazarlık imkânının olmadığı- birer yıllık süreli sözleşmelerin bulunduğu, davalının bu sözleşmelerde istediği fiyatı belirlediğini iddia etmiştir. Olayda davacı, davalının kendi kurumuna bağlı olan işletmelere, hammadde olan tinkalin tonunu 42 dolara verirken, kendisine son olarak fiyatı 230 dolara çıkarttığını ve bu şekilde RKHK'nın 6 ncı maddesine göre hakim durumunu kötüye kullandığını belirterek, RKHK'nın 58 inci maddesi gereğince rekabet ihlâli nedeniyle uğranılan zararın üç katı oranında tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davalının hakim durumda olduğunu ancak, davalının daha ucuz fiyata hammadde sattığı teşebbüslerin kendi işletmeleri olması nedeniyle aynı ekonomik çatı altında yer aldığını, bu nedenle bu işletmelere sembolik bir fiyata hammadde satılmasının kârlılık ve verimlilik ilkesine aykırı düşmediğini, yurt içindeki diğer alıcılara ise aynı fiyatın uygulandığını, olayda farklı fiyat uygulanan işletmelerin eşit konumda olmadığını ve nihayet bu kapsamda hakim durumun kötüye kullanılmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Mahkeme davada, rekabet ihlâlinin olup olmadığı ve bundan bir zarar doğup doğmadığı konusunda görüş almak üzere bilirkişiler atamış ve bu bilirkişilerin hazırladığı raporu dikkate alarak karar vermiştir.

halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürrurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki zarar ve ziyan dâvası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun mürruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsî dâvaya da o mürruru zaman tatbik olunur.

Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevlit etmiş olursa, mutazarrır kendisinin tazminat talebi mürruru zaman ile sâküt olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir”

⁴² Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 1997/99, Karar No: 1998/732, Karar Tarihi: 17.9.1998.

Doktrinde, adli yargı karşısına gelen olaylarda farklı sonuçlara ulaşılmasına engel olabilmek amacıyla bilirkişi olarak Rekabet Kurumu'na başvurulmasının yararlı bir çözüm olacağı, Kurul'a resmi bilirkişi olarak başvurulmasının Kurul kararları ile adli yargı kararları arasındaki uyumsuzlukları ortadan kaldıracığı ifade edilmektedir⁴³. Yine, Kurul'un kamu tüzel kişisi olması nedeniyle adli yargıda bilirkişi olarak başvurulabilmesi için açık bir kanun hükmüyle görevlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁴.

Bilirkişilik konusu HUMK'nın 275 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi atanacaktır (HUMK m. 275). Resmi olarak kurulmuş bilirkişi kurumlarının bulunması durumunda (örneğin Adli Tıp Kurumu), bilirkişi olarak bu kurumlara başvurulması gerekirken (HUMK m. 276/II), zorunlu bilirkişiliğin bulunmadığı durumlarda bilirkişi, iki tarafın anlaşamaması halinde hakim tarafından belirlenecektir (HUMK m. 276)⁴⁵.

Rekabet Kurumu'na zorunlu olarak bilirkişilik için başvurulabileceği konusunda ayrı bir hüküm yoktur. Böyle bir hükmün bulunmaması nedeniyle de mahkemeler genelde biri hukukçu, biri mali müşavir, diğeri de teknik bilirkişi olmak üzere üç kişilik bilirkişi kurulu seçmektedirler. Kuşkusuz Rekabet Kurumu'nun zorunlu bilirkişi olarak kabul edilmesi adli yargıdaki olaylarda farklı sonuçlara ulaşılmasını engellemesi açısından yararlı olacaktır.

Yerel mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine konu Yargıtay önüne gelmiştir⁴⁶. Yargıtay, olayda tazminata karar verilebilmesi için, öncelikle Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerektiğini, bu kapsamda davacının Rekabet Kurumu'na başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması ve eğer Kuruma başvuru yapılmamışsa,

⁴³ Budak, "*Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat*", s. 60.

⁴⁴ Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 301-302. Yazar haklı olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31 inci maddesinde HUMK hükümlerine atıfta bulunulması nedeniyle, Danıştay karşısına gelen olaylarda esasın inceleme sırasında bilirkişilere başvurulabileceğini, ancak Danıştay'ın Rekabet Kurulu kararlarının denetimini yapması nedeniyle, Kurul'dan bilirkişi olarak yararlanmasının mümkün olmadığını, teknik bir bilgiyi gerektiren konularda dışardan kişilerden, örneğin hukuk fakülteleri ya da iktisadi ve idari bilimler fakültelerindeki rekabet hukuku alanında uzman öğretim üyelerinden bilirkişi olarak yararlanılarak uyumsuzluğun çözümlenebileceğini belirtmektedir. Bkz. s. 301.

⁴⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5 inci Bası, Ankara 2006, s. 462.

⁴⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 1999/3350, Karar No: 1999/6364, Karar Tarihi: 01.11.1999. Karar için bkz. www.kazanci.com

yapılacak başvurunun ön mesele olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi gerektiğini, bu konu düşünülmeden verilen yerel mahkeme kararının isabetli olmadığını belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay kararına karşı tashihi karar talebinde bulunulmuştur. Ancak bu talep reddedilmiştir⁴⁷. Yerel mahkeme Yargıtay kararına uymuş, ancak davanın takip edilmeyip, süresinde yenilenmemesi nedeniyle, HUMK'nın 409 uncu maddesi gereğince açılmamış sayılmasına karar vermiştir⁴⁸.

Olayda tazminat davası, hammadde alıcısı olan şirket tarafından, hammadde üreticisi olan ve hakim durumda bulunan şirkete karşı açılmıştır. Taraflar arasında bir sözleşme bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa karşı açmış olduğu bir dava söz konusudur. Yukarıda belirtildiği gibi, sözleşmenin taraflarından birinin hakim durumda olması ve karşı tarafa sözleşmeyi empoze etmesi söz konusu ise sözleşmenin bir tarafı, diğer tarafa karşı rekabet ihlâli nedeniyle uğradığı zararın tazmini için dava açabilecektir. Tazminat davasının davacısı ile ilgili olarak gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay kararında herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Öncelikle yerel mahkemenin, aynı ekonomik çatı altında yer alan teşebbüslerin diğer teşebbüslerle eşit konumda olmadıklarına ilişkin kararının isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Rekabet hukukunda aynı ekonomik grup içerisinde yer alan teşebbüsler ayrı bir teşebbüs olarak değil, bağlı teşebbüs olarak kabul edildiğinden, ana teşebbüsle bir bütün olarak değerlendirilirler. Bu nedenle de diğer teşebbüslerle eşit statüde bulunamazlar⁴⁹.

Yargıtay kararında, rekabet ihlâlinin tespiti konusunda, mahkemelerin Rekabet Kurumu'na başvurusu gerektiği ve Rekabet Kurulu'na bir başvuru varsa bunun ön sorun sayılması gerektiği belirtilmiştir. Bunun üzerinde doktrinde de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde, adli yargıda açılan bir davada karar verilmeden önce, Rekabet Kurulu kararının bekletici sorun olarak ele alınmasının mümkün olması gerektiği söylendiği gibi⁵⁰, Kurul kararının yanısıra, bu karara karşı Danıştay

⁴⁷ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 2000/2925, Karar No: 2000/3369, Karar Tarihi: 1.5.2000. (Karar yayınlanmamıştır)

⁴⁸ Ankara Asliye 7. Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2000/532, Karar No: 2004/605, Karar Tarihi: 8.10.2004.

⁴⁹ Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 74 vd.

⁵⁰ Gürzumar, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", **Rekabet Dergisi**, Sayı: 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 57-58; Odman, **Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, s. 300-301.

yoluna başvurulmuşsa Danıştay kararının beklenmesinin yerinde olacağı şeklinde farklı bir görüş de bulunmaktadır⁵¹. “Ön sorun”, bir davada karar verilebilmesi için daha önce çözülmesi gereken bir konudur ve geniş anlamda bekletici sorunu da kapsamaktadır⁵². İhtiyari bekletici sorun kapsamında hukuk mahkemesi, idari yargıda görülen bir davanın sonucunun beklenmesine karar verebileceği gibi⁵³, Rekabet Kurulu kararını da bekletici sorun yapabilir.

Adli yargıya başvurulduğu zaman zaten konuya ilişkin mevcut bir Rekabet Kurulu kararı varsa, Kurul kararı bir mahkeme kararı olmadığından ve bu kapsamda da kesin delil oluşturmadığından, mahkeme tarafından ancak takdiri delil olarak dikkate alınabilecektir⁵⁴.

Adli yargıya başvurulduğu zaman Danıştay incelemesinden geçerek kesinleşmiş bir Kurul kararı bulunması durumunda ise -Danıştay kararının bir mahkeme kararı olması nedeniyle- HUMK’ya göre kesinleşmiş mahkeme kararı kesin delil olarak kabul edildiğinden (HUMK m. 237, 295)⁵⁵ karar bu kapsamda dikkate alınacaktır. Diğer bir ifade ile, Danıştay kararı adli yargı önüne gelen bir tazminat davasında kesin delil olarak değerlendirilecektir.

Kesin hükme bağlanmış olan bir konu bir başka mahkeme önündeki davada ön sorun olarak ortaya çıkarsa, ön sorunu inceleyen mahkeme farklı bir karar veremeyeceğinden⁵⁶, bu kapsamda adli yargı karşısına gelen bir olayda kesinleşmiş bir Danıştay kararı varsa, mahkeme artık, rekabet ihlâlinin olup olmadığı konusundaki Danıştay kararı ile bağlı olacaktır.

⁵¹ Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 263.

⁵² Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, Cilt: III, 2001, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti. Yayın No: 4, s. 3207; Kuru/Arslan/Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, s. 556-557.

⁵³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, s. 568.

⁵⁴ Eğerci, **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, s. 259; Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 261. Doktrinde, rekabetin ihlâl edildiğine ilişkin kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararının bulunması durumunda mahkemenin, olaya konu olan işlemlerin RKHK’ya aykırılığını tekrar gözden geçiremeyeceği, Kurul tarafından verilmiş bir menfi tespit ya da muafiyet kararı varsa, tarafların RKHK’ya aykırılık iddiasını reddetmesi gerektiği ve yine Kurul’un muafiyet verilmeyeceğine ilişkin bir kararı varsa mahkemenin bu kapsamda RKHK’nın 56 ncı maddesini uygulaması gerektiği ifade edilmektedir. N. Ayşe Odman, **Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 300.

⁵⁵ Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 262.

⁵⁶ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5 inci Bası, Ankara 2006, s. 515.

Adli yargıya başvurulduğu sırada sonuçlanmış olan bir Rekabet Kurulu kararı yoksa ya da Rekabet Kurulu'na hiç başvuru yapılmamışsa bu durumda mahkeme ihtiyari olarak Kurul kararını ve yine Danıştay'a bir başvuru yapılmışsa bunun sonucunu bekletici sorun yapabilecektir⁵⁷.

Nitekim Rekabet Kurulu kararlarının bekletici sorun olarak sayılması konusu ile ilgili olarak, RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin Taslak'ta⁵⁸, “*Bu Kanun'a aykırılık iddiasını içeren uyuşmazlıklara ilişkin olarak Kurul'un kararını vermesine kadar dava bekletilir*” şeklinde bir hüküm öngörülmüştür.

Ancak haklı olarak doktrinde, gerek Rekabet Kurulu aşamasındaki sürecin gerekse Danıştay aşamasındaki sürecin çok uzun olması nedeniyle adli yargıda konunun bekletici sorun olarak kabul edilmesi durumunun, usul ekonomisine aykırı olacağı ifade edilmektedir⁵⁹. Sadece Rekabet Kurulu kararının beklenmesi yeterli olmamaktadır. Kurul kararına karşı iptal istemiyle Danıştay'a başvurulmuşsa, Danıştay kararının beklenmesi de büyük önem taşımaktadır. Bu da yıllar alabilen bir süreç demek olacaktır. Nitekim Danıştay'ın esastan bozduğu çok sayıda Kurul kararı da bulunmaktadır. Bu nedenle bekletici sorundan ziyade zorunlu bilirkişilikle ilgili bir hükmün getirilmesi belki daha yararlı olabilecektir.

2.2. Yerel mahkeme önüne gelen ikinci olay⁶⁰, otomotiv sektöründe yapılan bir yetkili satıcılık sözleşmesi ile ilgilidir. Davacı N. Şahsuvaroğlu (bayi), davalı ise Ford Otomotiv San. A.Ş. (sağlayıcı) dir. Davacı vekili, davacı ile davalı şirket arasında yetkili satıcılık sözleşmesinin bulunduğunu, davacının yaptığı yüksek satışlar sonucu davalının en büyük dört yetkili satıcısı arasına girdiğini, bu nedenle davalının iyi niyetine güvenerek 3,5 milyon doları aşan bir yatırım yaparak 36.000 metre kare kapalı alana sahip bir plaza inşa ettiğini belirtmiştir. Olayda davalının, 1998 yılı boyunca ve 1999'un ilk on beş günü ürün kısıtlaması yaptığı, davacının ticaretini engellediği, arz boykotu nedeniyle

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, **Rekabet Hukuku**, s. 610 vd. Bekletici sorunla ilgili HUMK'da genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde, mahkemenin görevi dışındaki bir konuyu bekletici sorun yapabileceği ve ön sorunla ilgili karar ara karar niteliğinde olduğundan, sürecin çok uzaması halinde ise bu karardan her zaman dönebileceği ifade edilmektedir. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 84; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 342-343.

⁵⁸ 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁵⁹ Sanlı, “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, s. 258.

⁶⁰ Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas No: 1999/466, Karar No: 2002/49, Karar Tarihi: 31.01.2002.

zarar ettirildiği ve davacının korkutularak fesih protokolleri imzalamaya zorlandığı iddia edilmiştir. Korkutmak suretiyle fesih protokollerinin imzalatılması nedeniyle kanuna karşı hile yoluna gidildiği ve RKHK ile motorlu taşıtlar sektörüne yönelik çıkartılan 1998/3 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği⁶¹ hükümleri uyarınca öngörülen 2 yıllık feshi ihbar süresinden kaçınıldığı, bu nedenle iki yıllık müspet kârın, satış tesisinin boş kalması nedeniyle 2 yıllık kira kaybının, ellerinde kalan yedek parçaların piyasa fiyatının altında satılması nedeniyle oluşan aradaki bedel farkının, mahrum kalınan 2 yıllık araç satış kârının, servis işçilik kârının ve işten çıkartılmak zorunda kalınan işçilere ödenen tazminat tutarının, sözleşme içi rekabet ihlalleri nedeniyle 1998 yılı gelirlerinin yüzde 10'u oranındaki kâr mahrumiyetinin tazmini talep edilmiştir. Bu kapsamda, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak şartıyla, toplam 10.000.000.000 TL maddi, 50.000.000.000 TL manevi tazminata karar verilmesi istenmiştir. Daha sonra verilen bir dilekçe ile 10.000.000.000 TL olan müddeabih artırılmıştır.

Mahkeme tarafından, taraflar arasında sözlü olarak bayilik ve yetkili satış sözleşmesi yapıldığı ve fiilen uygulandığı belirtilerek, sözleşmenin feshi konusunda imzalanan protokollerin öncelikle iddia edildiği gibi ikrah sonucunda imzalanmış olup olmadığı değerlendirilmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki fesih protokolüne göre yetkili satıcılık sözleşmesinin geçmişe etkili olarak sona erdirildiğini, tecrübeli bir tacir olan davacının yüksek miktarda yatırım yapmış olduğu ve 2 yıldan beri devam eden bayilik ilişkisini, protokol hükümlerine göre, elindeki yedek parçaları ve araçları bir yıl önce aldığı fiyattan geri vererek bayilik ilişkisini sonlandırmasının -kendisini dezavantajlı konuma koyan, tecrübesiz ve kendi çıkarlarını düşünmeyen bir tacir gibi- bu şekilde aleyhine olan şartları kabul etmesinin hayatın olağan akışına ters düştüğünü belirtmiştir.

Mahkeme, sunulan delil ve belgeler kapsamında davalının, bayilik veren şirket olarak gücünü kötüye kullanıp davacıya fesih protokolü imzalattığını, davalının kanuna karşı hile amaçlı davranışı sonucunda imzalatılan fesih protokollerinin geçersiz olduğunu ve yine gabin açısından yaptığı değerlendirmede de fesihle ilgili protokollerin gabin açısından da geçersiz olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, RKHK ve 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında yaptığı değerlendirmede ise, RKHK'nın, BK karşısında özel kanun niteliğinde

⁶¹ 1998/3 Sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 1.4.1998, Resmi Gazete Sayısı: 23304. Bu Tebliğ 2005/4 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tebliğle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İ.Yılmaz Aslan/Erol Katırcıoğlu/Fevzi Toksoy/Alı İlicak/Şahin Ardıyok/Fırat Bilgel, **Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları**, Ekin Kitabevi, 2006.

olduğunu ve tazminat açısından RKHK'nın ilgili hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağını belirtmiştir. Yine, RKHK ve ilgili Tebliğ hükümlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlığa da uygulanması gerektiği, Tebliğ'de belirtilen 2 yıllık feshi ihbar süresine uyulması gerektiği, iki ayrı bilirkişi kurulu tarafından hazırlanan raporlarda davalının RKHK ve 1998/3 sayılı Tebliğ hükümlerine aykırı hareket ettiğinin kabul edildiği ifade edilmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, davayı kısmen kabul edip tazminata hükmederken, olayda ortaya çıkan zararın tarafların anlaşması, kararı ve davalının ağır ihmalden kaynaklandığını, bu nedenle tarafların konumuna, ekonomik durumlarına, mevcut deliller, hak ve nefaset kurallarına göre, kâr kaybindan doğan zararlar için tazminatın takdiren bir misli artırılmasına karar vermiştir. Sonuç olarak, davanın kısmen kabulü ile toplanan delillere göre, 2.048.026.469.000 TL olarak belirlenen tazminatın RKHK'nın 58/2 maddesi uyarınca takdiren bir kat artırılarak 4.096.052.938.000 TL şeklinde uygulanmasına, işçilere ödenen tazminattan doğan zarar olarak ise 14.695.200.000 TL'ye hükmedilmesine, yani toplam 4.110.748.138.000 TL nin tazminine karar verilmiştir.

Manevi tazminat istemiyle ilgili olarak ise, davalının ikrah ve gabin suretiyle imzalatmış olduğu fesih protokolleri nedeniyle davacının zararına neden olduğu ve 20.000.000.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Mahkeme, maddi ve manevi tazminatın, dava tarihi olan 24.05.1999 tarihinden itibaren 29.12.1999 tarihine kadar yıllık %80, 30.12.1999 tarihinden sonra ise %70 oranı ile hesaplanacak banka reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar vermiştir.

Yerel mahkeme kararına karşı Yargıtay'a temyiz yoluna başvurulmuştur. Yargıtay⁶², davacıya karşı ikrah kullanıldığı şeklindeki bilirkişi düşüncelerinin hukuksal değerlendirme olduğundan kesinlikle hükme temel alınamayacağını, tacirlerin yargıya ihbar ve şikayet edileceği tehdidi ile sözleşmeye razı edildiği durumlarda ikrahın söz konusu olamayacağını, ihbar ve şikayetin gerçeği yansıtıyorsa anayasal bir hakkın kullanılması olduğunu, gerçeği yansıtmıyorsa bunu yapanın sonuçlarına katlanması gerektiğini, tacirler arasındaki sözleşmelerde edimden kaçınanın da aynı sonuçlarla karşılanacağını, bu durumun gabinin unsurlarından muzayaka (darda olmasından faydalanma) sayılamayacağını, tacirin gerekli tedbirleri almak zorunda olduğunu, olayda hakim durumun kötüye kullanılmasının şartlarının da oluşmadığını belirtmiştir. Yargıtay'a göre, 1998/3 sayılı Tebliğ'de yer alan feshi ihbar süresi taraflardan

⁶² Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 2002/2827, Karar No: 2002/7580, Karar Tarihi: 29.11.2002. Karar için bkz. www.kazanci.com

birinin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi durumunda uygulanacaktır. Oysa olayda tarafların karşılıklı iradeleri sonucu sözleşmenin feshedilmesi söz konusudur. Yargıtay Rekabet Kurulu kararına⁶³ atıfta bulunarak, Kurul kararı ile davalının RKHK'ya aykırı bir hareketinin bulunmadığının belirlendiğini ve RKHK hükümleri uyarınca tazminata hükmedilmesi koşullarının bulunmadığını, yine olayda ikrah bulunmamasından dolayı RKHK'ya aykırılık nedeniyle açılan idari davanın sonucunun beklenmesine yer olmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesini isabetli görmeyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay'ın bozma kararı üzerine mahkeme bozma kararına uymuş ancak, davacı vekili tarafından davadan feragat edilmesi üzerine, feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir⁶⁴.

Yargıtay kararındaki karşı oy yazısında, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından ihlâl olduğunun tespit edilmesi gerektiği, Kurul'un usulen kesinleşmiş bir kararının olması durumunda mahkeme tarafından uğranılan zararın tespit edilerek karar verilmesi gerektiği, RKHK'nın rekabet ihlâlinin tespiti konusunda Rekabet Kurulu'nu yetkili kıldığı

⁶³ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: D4/1/M.H.A.-99/1 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 99-58/624-398, Karar Tarihi: 21.12.1999. Olayda Kurul'a yapılan şikayette, Ford'un, yetkili satıcıların yeniden satış fiyatını ve indirim oranlarını belirlemek, filo satışları sırasında yetkili satıcılar arasında farklı destek primi uygulamak, araçlarının tüm Türkiye'de dağıtım masraflarını üstlenmek suretiyle nakliye sübvansiyonu uygulamak, rakip ve muadil yedek parça satışında kısıtlamalar getirmek, eşit edimdeki bayilere farklı davranmak, araç satış miktarlarını tek taraflı olarak belirlemek, yetkili satıcının anlaşma bölgesini değiştirmek, arz boykotu uygulamak ve 1998/3 sayılı Tebliğ'de öngörülen fesih sürelerine uymaksızın anlaşmayı feshetmek suretiyle RKHK'yı ihlâl ettiği iddia edilmiştir. Kurul, taraflar arasında yazılı olmayan bayilik anlaşmasının hem motorlu yeni taşıt araçlarını hem yedek parça ve servisini kapsamı nedeniyle 1998/3 sayılı Tebliğ hükümlerini de dikkate alarak konuyu incelemiştir. Kuru kararında, ilgili ürün pazarı binek otomobil ve ticari araçlar üretim ve dağıtım pazarı olarak belirlenmiş, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.'nin ilgili pazarlarda hakim durumda olmaması nedeniyle bu teşebbüse ilişkin şikayetlerin RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında incelenemeyeceğine, 4 üncü madde kapsamında ise şikayet konusu iddiaların gerçeği yansıtmadığına ve bu nedenle Kanun'un 41 inci maddesi gereğince soruşturma açılmasına gerek olmadığına oybirliği ile karar verilmiştir. Kurul, 1998/3 sayılı Tebliğ'de yer alan fesih sürelerine uyulmamasına ilişkin iddia ile ilgili olarak ise, bu sürelerin anlaşmanın tek taraflı feshi ile ilgili olduğunu, olayda ise bayilik anlaşmasının, önce ön protokol, daha sonra ise bir fesih protokolü imzalanarak karşılıklı olarak feshedildiğini, bu nedenle ilgili Tebliğ hükmünün ihlâl edilmediğini belirtmiştir. Karar için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁶⁴ Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2003/876, Karar No: 2003/803, Karar Tarihi: 08.09.2003.

ve çelişik kararların ortaya çikmaması için adli mahkemelerin Rekabet Kurulu'nun vereceği kararı beklemesi gerektiği, Yargıtay'ın (Tebliğ'deki ilk olayda bahsedilen 3350/6864 sayılı kararında) bu görüşü benimsediği, konunun ön sorun olarak kabul edildiği, bu nedenle Rekabet Kurulu kararına karşı idari yargı yoluna başvurulması nedeniyle idari davanın ön mesele olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi, buna göre bir karar verilmesi, yerel mahkeme kararının bu gerekçeyle bozulması gerektiği belirtilmiştir. Ancak çoğunluk bu görüşe katılmamıştır.

Kararı incelediğimizde olayda rekabet hukuku açısından dikey bir sözleşme bulunduğundan öncelikle BK açısından değil, RKHK kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmeliyiz. Çünkü rekabet ihlali içeren sözleşmeler hükümsüz olacağından (RKHK m. 56) , hükümsüz bir sözleşmenin feshi de söz konusu olmayacaktır.

Dolayısıyla öncelikle RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında sözleşmenin rekabet ihlali içerep içermediği, daha sonra grup muafiyeti tebliği kapsamına girip girmediği ya da bireysel muafiyet kararının bulunup bulunmadığı açısından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Sözleşme eğer muafiyet kapsamında yer alıyorsa zaten bu bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağından, ihlalden bahsedilerek doğan zararın tazmini istenemeyecektir. Bu aşamada 1998/3 sayılı Tebliğ'de yer alan fesih süresine uyulup uyulmadığı ve süreye uyulmamasının sonuçları açısından bir inceleme yapılacaktır -ki süreye uyulmaması sözleşmenin, aşağıdaki kararda daha ayrıntılı olarak incelendiği gibi, Tebliğ kapsamında değerlendirilmemesine neden olacaktır. Eğer sözleşme rekabeti ihlâl ediyorsa ve muafiyetten de yararlanmıyorsa bu durumda ihlâl nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığı incelenebilecektir.

Dolayısıyla BK açısından feshin ikrah nedeniyle yapılmış olduğu iddiası, ancak RKHK açısından yapılacak değerlendirmeden sonra gündeme gelebilecektir. Çünkü, yukarıda da belirtildiği gibi, eğer taraflar arasındaki sözleşme rekabet ihlali nedeniyle hükümsüz olursa fesih söz konusu olmayacaktır.

Olayda Yargıtay kararında yapılan tespit doğrudur. Yargıtay, 1998/3 sayılı Tebliğ'de yer alan feshi ihbar süresinin taraflardan birinin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesi durumunda uygulanacağını belirtmiştir. Olayda, tarafların karşılıklı iradeleri sonucu sözleşme feshedilmiştir. Olayın meydana geldiği zaman yürürlükte olan 1998/3 sayılı Tebliğ'in 6 ncı maddesinin başlığı *Muafiyet Verilmesi İçin Uyulması Zorunlu Haller* dir. Bu başlık altında, belirsiz süreli anlaşmalarda yer alacak feshi ihbar süresinin, her iki taraf için en az iki yıl olması; ancak sağlayıcının anlaşmaya son vermesi halinde kanundan veya anlaşmadan dolayı uygun bir tazminat ödemek zorunda olduğu veya satıcının

dağıtım sistemine ilk kez girdiği ve anlaşma süresinin veya anlaşmanın, olağan feshi ihbar süresinin bu satıcı tarafından ilk kez kabul edildiği hallerde bu sürenin asgari bir yıl olması öngörülmüştür. Belirli süreli anlaşmalarda ise, anlaşma süresinin en az beş yıl olması ve anlaşmada yer alacak yenilememe isteğini anlaşmanın sona ermesinden asgari altı ay önce bildirmeyi her iki tarafın da kabul etmesi gerekmektedir. Maddede bu muafiyet koşullarının, diğer tarafın ana yükümlülüklerinden birisini yerine getirmemesi nedeniyle tarafların anlaşmaya son verme hakkını etkilemeyeceği yer almıştır. Görüldüğü gibi, maddede tek taraflı fesih halinde uyulması gereken şartlar düzenlenmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme olması halinde, tek taraflı olarak feshedilmesi durumunda, sözleşmede fesih konusunda bu hüküm ile uyumlu bir düzenleme olması ve feshin buna göre yapılması gerekmektedir. Aksi halde fesihle ilgili hüküm, muafiyet verilmesi için uyulması zorunlu olan haller içerisinde yer aldığından, taraflar arasındaki sözleşme Tebliğ hükümlerine aykırılık nedeniyle muafiyetten yararlanamayacaktır. Olayda ise, tarafların karşılıklı olarak aralarındaki sözleşmeyi feshetmeleri söz konusudur. Bu nedenle de 1998/3 sayılı Tebliğ hükmüne dayanılması söz konusu olmayacaktır.

Yargıtay, olayda Rekabet Kurulu kararını dikkate almış ve Kurul kararında rekabet ihlali olmadığı belirtilmesi nedeniyle de RKHK hükümleri uyarınca tazminata hükmedilmesi koşullarının bulunmadığına karar vermiştir. Bu nedenle yerel mahkemenin davayı reddetmesi gerektiğini belirtmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu kararının iptal edilmesi istemiyle Danıştay'a başvurulduğundan Danıştay, yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı, ileri sürülen iddiaların eksik inceleme ve araştırma yapılması sonucunda ciddi bulunmayarak soruşturma açılmadığı gerekçesiyle Kurul kararını iptal etmiştir⁶⁵. Rekabet Kurulu, Danıştay'ın iptal kararı üzerine soruşturma açarak yeni bir karar vermiştir. Bu kararda, rekabet ihlalinin olmaması nedeniyle RKHK çerçevesinde bir yaptırım uygulanmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir⁶⁶. Sonuçta bu

⁶⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, Esas No: 2002/4519, Karar No: 2003/3811, Karar Tarihi: 7.10.2003. (Yayınlanmamış Danıştay kararı)

⁶⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: D4/1/M.H.A.-99/1 (Soruşturma), Karar Sayısı: 04-60/856-200, Karar Tarihi: 20.9.2004. Karara göre:

“29.1.2004 tarih, 04-09/90-M sayılı Kurul kararı uyarınca Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. hakkında yürütülen soruşturma ile ilgili olarak toplanan delillere ve incelenen dosya kapsamına göre:

- 1- Ford Otomotiv Sanayi A.Ş.'nin yetkili satıcıların yeniden satış fiyatlarını belirleme yönünde bir baskı veya zorlama içerisinde olmadığı, yetkili satıcıların farklı fiyatlardan araç ve yedek parça satabildikleri,*

olay açısından, mahkemenin dayandığı Rekabet Kurulu kararının iptalinden sonraki aşamada yapılan yeni değerlendirme sonucunda da ihlâlin bulunmadığının tespit edilmesi nedeniyle farklı bir sonuç ortaya çıkmamakla birlikte, Kurul tarafından farklı bir sonuca ulaşılması durumunda bir sıkıntı ortaya çıkabilecekti. Çünkü mahkemenin dayandığı Rekabet Kurulu kararında yer alan gerekçe ortadan kalkmış olacaktı. Görülmektedir ki sadece Rekabet Kurulu kararının bulunması yeterli olmamakta, bu kararın Danıştay aşamasından geçerek kesinleşmiş olması da büyük önem taşımaktadır.

RKHK'da yapılması öngörülen değişikliklere ilişkin Taslak'ta, RKHK'ya aykırılık iddiası içeren uyuşmazlıklara ilişkin olarak Kurul'un kararını vermesine kadar davanın bekletileceğine ilişkin bir hüküm öngörülmüşse de, bu olayda görüldüğü gibi Rekabet Kurulu kararının iptal edilmesi durumunda bu çözüm de yeterli olmamaktadır.

Kararda dikkat çeken bir diğer konu, davacı tarafından üç kat tazminat talep edilmesine karşın, mahkeme tarafından tazminatın takdiren bir kat artırılarak uygulanmasına karar verilmiş olmasıdır. Yargıtay kararında ise bu konuya hiç değinilmediği görülmektedir.

RKHK'nın 58 inci maddesi uyarınca üç kat tazminata hükmedilmesi gerektiği ile ilgili hükmün uygulanması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Şartlar oluşmuşsa hakim üç kat tazminata hükmetmesi gerektiği belirtildiği gibi, üç kata kadar tazminata hükmedilebileceği de ifade edilmektedir⁶⁷. Maddede üç kat tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

2- *Yetkili satıcıların rakip ve muadil yedek parça kullanabildikleri, bu konuda herhangi bir baskı olmadığı, yetkili satıcılara gönderilen uyarı yazılarının "Ford" markasının izinsiz kullanımını engellemek amacıyla taşıdığı, dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı bir uygulama olmadığı anlaşıldığından, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun çerçevesinde bir yaptırım uygulanmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile; Danıştay yolu açık olmak üzere 20.9.2004 tarihinde karar verilmiştir"*

⁶⁷ Üç kat tazminata karar verilmesi konusundaki görüşler için bkz. Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 793; M. Nazlı Aksoy, **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığı Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 52, Ankara 2004, s. 54; üç katına kadar tazminata hükmedilmesi konusunda bkz. Sanlı, *"Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu"*, s. 271.

Hükmün örnek alındığı Amerikan uygulamasına bakıldığında da rekabet ihlallerinin gerçekleştirilmesinde caydırıcı olması amacıyla üç kat tazminata karar verilmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir⁶⁸. Bu nedenle maddede yer alan hükmün Kanun'un açık ifadesi karşısında –her ne kadar BK'da düzenlenen tazminat sistemi ile uyuşmasa da, bir değişiklik yapıncaya kadar- üç kat tazminata hükmedilmesi şeklinde uygulanması gerekmektedir. RKHK'da değişiklik getiren Taslak'ta madde ile ilgili bir değişiklik öngörülmüş ve üç katına kadar tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir. RKHK'da böyle bir değişiklik yapılmadığı sürece, hakim eğer şartlar oluşmuşsa üç kat tazminata hükmetmesi gerekmektedir. Bundan dolayı da yerel mahkemenin bir kat tazminata hükmetmesi ile ilgili kararı yerinde değildir.

Manevi tazminat talep edilmesi konusuna baktığımızda, yukarıda belirtildiği gibi, RKHK'ya aykırılıktan doğan tazminat kapsamına manevi tazminat da girmektedir. Yerel mahkemenin de manevi tazminatı rekabet ihlâlinden doğan zarar kapsamı içerisinde değerlendirdiği görülmektedir.

2.3. Yerel mahkeme önüne gelen bir başka olayda⁶⁹, davacı Maestro Otomotiv San. ve Tic.Ltd. Şti, davalı ise Peugeot Otomotiv Pazarlama A.Ş. dir. Burada yine bir bayilik sözleşmesi söz konusudur. Davacı ise sözleşmenin taraflarından birisidir.

Olayda otomotiv piyasası ile ilgili bir yetkili satıcılık sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmenin feshi ihbar süresine uyulmadan, davalının ağır kusuru ve kasdi davranışları sonucunda tek taraflı olarak feshedildiği iddiasıyla, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, RKHK'nın 58 inci maddesi kapsamında mahrum kalınan; 2 yıllık araç satış kârı olarak 1.000.000.000.000 TL'nin, servis işçilik kârı olarak 3.700.000.000.000.TL nin, iki yıllık yedek parça brüt gelir kaybı olarak 1.560.000.000.000 TL'nin tazmini istenmiştir. Yine haksız ve kanuna aykırı olarak bölgede başka bir satış ve servis istasyonu kurulmuş olması nedeniyle oluşan zararın, sözleşme içi rekabet ihlâli nedeniyle uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Davacı ayrıca, oluşan tüm zararın, RKHK'nın 58 inci maddesi gereğince 3 katı tazminine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, RKHK'da yer alan tazminata ilişkin hükümler ile Borçlar Kanunu dışında tazminata ilişkin özel düzenlemeler getirildiğini,

⁶⁸ Akıncı, **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, s. 386 vd.

⁶⁹ Kadıköy Asliye 1. Ticaret Mahkemesi , Esas No: 2002/540, Karar No: 2004/328, Karar Tarihi: 13.04.2004.

tazminat konusunun maddi ve manevi zararları kapsadığını, buna göre öncelikle kanuna aykırı bir davranışın bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Daha sonra ise, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki olduğu belirtilerek, öncelikle olayda RKHK hükümlerinin mi yoksa BK'da yer alan hükümlerin mi uygulanacağı konusunun tartışılması gerektiğini ifade etmiştir.

Mahkemeye göre, taraflar arasındaki sözleşmenin başlığında *Yetkili Satıcılık Sözleşmesi* yazılı olmakla birlikte davacı tek satıcı değil acente konumundadır. Mahkeme buna dayanak olarak, tek satıcının acenteden farklı olarak işletme sahibi tarafından imal edilen malları kendi nam ve hesabına satın alarak, kendisine tanınan tekel bölgesi içerisinde kendi nam ve hesabına sattığını ve tek satıcının yapımcıyı temsil etme hak ve yetkisi olmadığını belirtmiştir. Buna göre de taraflar arasındaki sözleşmede, davacının tali yetkili satıcılık veremeyeceği, yetkili satıcının kendi adına hareket edebileceği, hiç bir suretle distribütör nam ve hesabına hareket edemeyeceği, tasarrufta bulunamayacağı, taahhütlere giremeyeceği şeklindeki hükümlerin yer aldığını ve bu nedenle davacının tek satıcı değil acente konumunda olduğunu belirtmiştir.

Sözleşmenin acente sözleşmesi olarak nitelendirilmesine göre de mahkeme tarafından, taraflar arasında süresi belli olmayan acentelik sözleşmesi olduğu, sözleşmenin haksız olarak ve tek yanlı feshedildiği, haksız fesih halinde herhangi bir istemde bulunulmayacağına ilişkin hükümlerin BK'nın 19 ve 20 nci maddeleri kapsamında ahlâka ve adaba aykırı olduğundan geçersiz olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, haksız fesih nedeniyle uygulanması gereken yasa hükümleri değerlendirildiğinde, davalının RKHK'da yer alan hakim durumda bulunan bir şirket olsa bile somut olayda hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olmadığından, RKHK hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Ancak, RKHK hükümlerinin uygulanmamasının davacının tazminat hakkı bulunmadığı anlamına gelmediği, BK'nın genel hükümleri uyarınca mevcut bir sözleşmenin haksız feshinin, feshedeni tazminat sorumluluğu altına sokacağı, olayda iki ayrı bilirkişi kurulu tarafından hazırlanan raporlarda, uygulanacak kanun hükümleri konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte feshin haksız olduğu konusunda ortak bir sonuca varıldığı ve bu kapsamda uğranılan zararın hesaplandığı belirtilmiştir. Mahkeme, olaya uygulanacak kanun hükmüyle ilgili olarak ikinci bilirkişi raporunda yer alan, ihtilafın müeyyidesinin RKHK hükümleri ile ilgili olmadığı, BK ve genel hükümlere göre çözülmesi gerektiği görüşünü benimsemiş ve hükme esas almıştır.

Mahkeme buna göre, davalının sözleşmeyi yazılı olarak feshetmesinin ve sözleşmenin kendisine yüklediği edimleri ifa etmemesinin haklı bir sebebe

dayanmadığını, davacının BK'nın 106 ncı maddesindeki⁷⁰ seçimlik imkanlardan birisini kullanmasının mümkün olduğunu, bu madde kapsamında hak sahibi olduğunu, buna göre borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın tazmini talep edildiğinden, davacının olumlu zararının tazmini gerektiğini belirtmiştir. Kararda, zararın hesabında Rekabet Kurulu'nun 1998/3 sayılı Tebliği'ndeki iki yıllık feshi ihbar süresinin kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Buna göre de, davacının sözleşmenin feshi nedeniyle faaliyette bulunamadığı 18.8.2001 ve 18.5.2003 tarihleri arasında uğradığı kâr kaybının, oto satışlarında, servis işçilik faaliyetlerinde, yedek parça satışında olmak üzere toplam 3.218.684.321.722 TL olduğunun kabulü gerektiğine karar verilmiştir.

Sonuç itibarıyla Mahkeme, davanın kısmen kabulü ile 3.218.684.321.722 TL maddi tazminatın, hesaplanacak faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, manevi tazminata ilişkin talebin ise reddine karar vermiştir. Mahkeme, Ticaret Kanunu'nda şirketlerin manevi zarara uğramış olmalarının sınırlı hallerde kabul edilmiş olması, davacı şirketin manevi zarara uğradığını ispat edememiş olması ve BK'da yer alan manevi tazminata ilişkin şartların oluşmaması nedenleriyle manevi tazminat talebini reddetmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay'a gitmiş ancak temyiz aşamasında davacı vekilinin davadan feragat etmesi üzerine, feragat nedeniyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına, bozma nedenine göre de davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar verilmiştir⁷¹. Yerel mahkeme, Yargıtay'ın feragat nedeniyle bozma kararına uymuştur⁷².

Olayda, yerel mahkeme kararında kavramların birbirine karıştığı görülmektedir. Öncelikle taraflar arasındaki sözleşme acentelik sözleşmesi olarak değerlendirilmiş, sonra olayda RKHK açısından hakim durumun bulunmadığı belirtilmiş, bundan sonra da RKHK yerine BK'daki hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

⁷⁰ Borçlar Kanunu'nun 106 ncı maddesine göre:

"Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehlin tayinini hakimden isteyebilir.

Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve teahhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vaz geçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyayı talep veya akdi fesh edebilir"

⁷¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2004/10981, Karar No: 2004/13171, Karar Tarihi: 27.12.2004 (Karar yayınlanmamıştır)

⁷² Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2005/122, Karar Tarihi: 17.02.2005.

Burada ilk önce taraflar arasındaki ilişkinin bir acentelik ilişkisi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. TTK'ya göre acente, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye denir (TTK m. 116). Acentenin tekel hakkı bulunmasına karşın bu hak anlaşma ile kaldırılabilirdiğinden (TTK m. 118), acentelik için zorunlu bir unsur değildir.

Tek satıcı ise, tacirin ürettiği malları kendi nam ve hesabına satın alarak, sözleşme ile kendisine tanınan tekel bölgesinde yeniden satmaktadır. Bu kapsamda da faaliyetle ilgili bütün rizikolara kendisi katlanmaktadır⁷³. Burada tekel hakkı tek satıcılık sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Acentelik ile tek satıcı arasındaki en büyük fark, acente kendi adı ve hesabına işlem yapmayıp, ya aracılık ya da tacir adına sözleşme yaparken, tek satıcı ise malları tacirden alarak müşterilerine kendi ad ve hesabına satmaktadır⁷⁴.

Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin tek satıcılık sözleşmesi mi yoksa acentelik sözleşmesi mi olduğu konusunda, her iki sözleşme tipine ait özellikleri ayrıca incelemesine ve aralarındaki farkın, tek satıcının acenteden farklı olarak işletme sahibi tarafından imal edilen malları kendi nam ve hesabına satın alarak, kendisine tanınan tekel bölgesi içerisinde kendi nam ve hesabına satması olduğunu belirtmesine karşın -olayda taraflar arasındaki sözleşmede yetkili satıcının kendi adına hareket edebileceği, hiç bir suretle distribütör nam ve hesabına hareket edemeyeceği, tasarrufta bulunamayacağı, taahhütlere giremeyeceği şeklindeki hükümlere rağmen- davacının tek satıcı değil, acente konumunda olduğunu belirtmiştir. Oysa taraflar arasındaki sözleşmede, davacının kendi adına hareket edebileceği, hiç bir şekilde distribütör nam ve hesabına hareket etmeyeceği açıkça yer almaktadır. Bu kapsamda burada bir acentelik sözleşmesinin değil, tek satıcılık sözleşmesinin bulunmasından söz edilebilir.

Rekabet hukukunda acentelik sözleşmesi, acente ile müvekkil arasındaki temsil ilişkisinin varlığı, acentenin kendi nam ve hesabına işlem yapmaması ve bu nedenle ticari ve mali bir risk almaması nedenleriyle, RKHK'nın 4 üncü

⁷³ Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 196.

⁷⁴ Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş Ekim 2006, İstanbul, s. 146.

maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir⁷⁵. Nitekim 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin⁷⁶ Açıklanmasına Dair Kılavuz'da⁷⁷, acentelikle ilgili teşebbüsler arasındaki ilişkinin RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda ayrı bir açıklama bulunmaktadır. Buna göre, acentenin müvekkili tarafından atandığı faaliyetlerle ilgili olarak ticari veya mali bir risk alıp almadığı konusunun belirleyici faktör olduğu, ticari veya mali riskin alınmamış olması durumunda bu anlaşmanın RKHK 4 üncü maddesi kapsamında yer almazken, aksi halde yani acente tarafından ticari veya mali riskin alınmış olması durumunda anlaşmanın RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Doktrinde de müvekkil adına girilen aracılık faaliyetleri ya da yapılan sözleşmelerle ilgili olarak risk üstlenen acentenin RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir⁷⁸.

Olayda taraflar arasındaki sözleşmede, davacının tali yetkili satıcılık veremeyeceği, yetkili satıcının kendi adına hareket edebileceği, hiç bir suretle distribütör nam ve hesabına hareket edemeyeceği, tasarrufta bulunamayacağı, taahhütlere giremeyeceği hükümleri yer almaktadır. Sözleşmede, ticari ve mali riskin yüklenilmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle olayda -mahkemenin acentelik ilişkisinin bulunduğunu kabul etmesi halinde dahi- RKHK'nın RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme bulunmaktadır. Dolayısıyla öncelikle sözleşmede RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında rekabeti ihlâl eden hükümlerin olup olmadığı, eğer rekabet ihlâli varsa muafiyet koşullarının oluşup oluşmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Muafiyetin olabilmesi için ya bireysel muafiyet kararının alınmış olması ya da taraflar arasındaki sözleşmenin grup muafiyeti tebliği kapsamında yer alması gerekmektedir. Olay otomotiv sektörüne yönelik olduğu için sözleşmenin, öncelikle bu sektöre ilişkin 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında yer alıp almadığı, bu Tebliğ kapsamına girmiyorsa diğer bir grup muafiyeti tebliği kapsamında yer alıp almadığı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Tebliğ hükümlerine uygunluk sağlandığı takdirde muafiyet söz konusu olacaktır. Muafiyet varsa taraflar arasındaki anlaşma, RKHK'nın 4 üncü maddesinde

⁷⁵ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 285. Rekabet hukuku açısından acentelik sözleşmelerinin değerlendirildiği ayrıntılı bir çalışma için bkz. Metin Topçuoğlu, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti. 2006.

⁷⁶ 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 14 Temmuz 2002, Resmi Gazete Sayısı: 24815.

⁷⁷ Kılavuz metni için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁷⁸ Aslan, **Rekabet Hukuku**, s. 285; Topçuoğlu, **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, s. 146.

öngörülen yaptırıma tabi olmayacaktır. Muafiyetin bulunmaması durumunda ise, taraflar arasındaki sözleşmenin rekabet ihlâli içermesi halinde artık bu ihlâlden dolayı bir zararın oluşup oluşmadığı incelenebilecektir.

Dolayısıyla yerel mahkeme kararı bu bakımlardan yerinde değildir.

2.4. Yerel mahkeme önüne gelen yeni tarihli bir olayda⁷⁹, davacı Aydoğanlar Otomotiv Servis San ve Tic. A.Ş., davalılar ise Koç Holding A.Ş. ve Günoto A.Ş. dir. Olayda yine taraflar arasında motorlu taşıtlar sektöründe yapılmış yetkili satıcılık sözleşmesi bulunmaktadır. Bayi tarafından, taraflar arasındaki yetkili satıcılık sözleşmesi ve yetkili servis sözleşmelerinin sona erdirilmesi nedeniyle, RKHK'ya ve motorlu taşıtlarla ilgili 1998/3 sayılı Tebliğ hükümlerine aykırılık nedeniyle uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Bu kapsamda fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, 50.000.000.000 TL maddi tazminata, ticari itibarın zedelenmiş olması nedeniyle de 50.000.000.000 TL manevi tazminata karar verilmesi talep edilmiştir. Ayrıca 3 kat tazminata hükmedilmesi de istenmiştir.

Olayda davacı tarafından, bayilik ilişkisinin 6 yıldır devam ettiği, davalının iyiniyetine güvenilerek 1.000.000 ABD doları yatırım yapıldığı, sözleşmenin feshi nedeniyle zarara uğranıldığı, sözleşmelerin geçerli olduğu dönemde fiyat ve indirim oranlarının davalı tarafından belirlendiği, yakın şehirlerdeki diğer yetkili satıcıların nakliye ücreti ödemelerine engel olunarak daha yüksek maliyete neden olduğu, 3 aylık siparişlerin sürekli noksan teslim edilmesi nedeniyle kârın düştüğü, yedek parça kullanımının kısıtlanıp, rakip firma ürünlerinin kullanımının yasaklanması nedeniyle rekabet ihlâlinin gerçekleştirildiği ve Tebliğ'de yer alan 2 yıllık feshi ihbar süresine uyulmadığı iddia edilmiştir.

Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmenin dikey sözleşme kapsamına girdiğini belirterek RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında bir inceleme yapmıştır. Buna göre, yetkili satıcılık sözleşmesinde yer alan, münhasır bölge sınırlaması, fiyat sınırlaması, yedek parçaya ilişkin şartlar, bölge ve marka sınırlamasının RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırı olduğu belirtmiştir.

Rekabete aykırı hükümler içerdiği belirlenen sözleşme daha sonra 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamına girip girmemesi açısından incelenmiştir. Olayda, taraflar arasında yetkili satıcılık ve yetkili servis konusunda farklı tarihlerde yapılmış iki ayrı sözleşme bulunmakta ve her iki sözleşmenin birlikte uygulanacağına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. 1998/3 sayılı

⁷⁹ Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi , Esas No: 2002/739, Karar No: 2006/266, Karar Tarihi: 04.04.2006.

Tebliğ'e göre, yetkili satıcılık ve yetkili servise ilişkin tek bir sözleşmenin bulunduğu durumlarda bu Tebliğ hükümleri uygulanacaktır. Rekabet Kurulu'nun yayınlamış olduğu "1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Değerlendirilmesi" başlıklı çalışmada da bu konu vurgulanmıştır⁸⁰.

Mahkeme, bu nedenle taraflar arasında sözleşmelerin o tarihte yürürlükte olan 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek sözleşmeler olmadığını, zaten 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilebilecek bir sözleşme olması durumunda bile, sözleşmelerde yer alan sabit fiyat uygulaması nedeniyle muafiyet hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmelerin diğer grup muafiyeti tebliği kapsamına girip girmemesi açısından da bir değerlendirme yapmış ve sonuç itibarıyla herhangi bir muafiyet tebliği kapsamına girmemesi ve bireysel muafiyetin de söz konusu olmaması nedeniyle sözleşmelerin RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, davacının RKHK'nın 57 ve 58 inci maddeleri kapsamında rekabet ihlâli nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilirse de, sabit fiyat uygulaması, satış valörlerinde, araç sevkiyatında ve nakliye ücretlerinde eşit edime farklı uygulama yapılması, maliyetin yükseltilip, kârlılığın azaltılması, rakip ve muadil parça satışının önlenerek pazarın kısıtlanıp, yüksek fiyat uygulanması sonucu kârlılığın azaltılmasına neden olunması gibi rekabet ihlâlleri nedeniyle zararının oluştuğunu, somut delillere dayanarak kanıtlayamamasından dolayı davanın reddine karar vermiştir.

Bu olayda mahkeme tarafından isabetli bir şekilde, RKHK'nın 4 üncü maddesi, 1998/3 sayılı Tebliğ hükümleri, diğer grup muafiyeti tebliğleri ve bireysel muafiyet kararının olup olmaması açısından ayrıntılı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir.

Olayda öncelikle rekabet ihlâlinin olup olmadığı açısından sözleşme hükümleri incelenmiş ve ihlâl olduğu sonucuna varılmış, daha sonra ise sözleşmenin muafiyet kapsamında yer alıp almadığı değerlendirilmiştir. Bu

⁸⁰ Bu çalışma için bkz. www.rekabet.gov.tr Bu çalışmada, 1998/3 sayılı Tebliğin motorlu taşıtlar sektörüne yönelik bir düzenleme olmakla birlikte yalnızca, sektörde yapılan belirli türdeki anlaşmaları kapsadığı, buna göre motorlu taşıtların, yedek parçaların ve servis hizmetlerinin bir arada dağıtımı konusunda imzalanan anlaşmaların Tebliğin sağladığı muafiyetten yararlanabildiği, bu nedenle yalnızca motorlu taşıtların dağıtımı ya da yalnızca servis hizmetlerine ilişkin olarak imzalanan anlaşmaların Tebliğ kapsamında olmadığı belirtilmiştir.

değerlendirme sonucunda da muafiyetin bulunmadığı kanısına varılarak rekabet ihlâli nedeniyle bir zararın oluşup oluşmadığı konusu ele alınmıştır.

Rekabet ihlâli nedeniyle zararın oluştuğunun ispat edilememesi nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Olayda görüldüğü gibi ihlâl nedeniyle oluşan zararın ispatı konusu büyük önem taşımaktadır. Sadece ihlâlin varlığını tespit yetmemektedir.

Sözleşmenin haksız olarak feshedildiği iddiasını değerlendirirsek, mahkeme kararında da belirtildiği gibi olayda taraflar arasındaki sözleşme, çeşitli hükümleri nedeniyle rekabete aykırı olan sözleşmedir. Sözleşme içerdiği hükümler nedeniyle grup muafiyeti tebliği kapsamına da girmemektedir. Eğer grup muafiyeti tebliği kapsamına girseydi, o zaman 1998/3 sayılı Tebliğ'in 6 ncı maddesinde yer alan feshi ihbar sürelerinin taraflar arasındaki sözleşmede uygulanması gerekirdi. Çünkü Tebliğ'de yer alan bu hüküm, sözleşmeye muafiyet verilebilmesi için uyulması zorunlu olan haller arasında bulunmaktadır. Sürelerle ilgili hüküm, bu iş için önemli miktarlarda yatırım yapan dağıtıcıları ve yetkili servisleri, sağlayıcı karşısında güçlendirmek, yaptıkları yatırımın karşılığını alabilecekleri ve bu şekilde sağlayıcı karşısında ekonomik bağımsızlıklarını koruyabilecekleri bir yapının oluşturulabilmesi amacıyla öngörülmüştür⁸¹. Nitekim 1998/3 sayılı Tebliğ'i yürürlükten kaldıran ve şu an yürürlükte olan *2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*'nde de⁸² muafiyetin genel şartlarını düzenleyen 4 üncü maddesinde, sağlayıcı ile dağıtıcı veya yetkili servis arasında yapılan anlaşmanın en az beş yıl süreli olması ve anlaşmada yer alacak olan yenileme isteğini, anlaşmanın sona ermesinden asgari altı ay önce bildirmeyi her iki tarafın da kabul etmesi veya anlaşmanın belirsiz bir süre için yapılması halinde feshi ihbar süresinin her iki taraf için de en az iki yıl olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu sürenin; sağlayıcının anlaşmaya son vermesi durumunda kanundan veya anlaşmadan dolayı uygun bir tazminat ödemek zorunda olduğu veya dağıtım sisteminin önemli bir kısmını ya da tamamını yeniden düzenlemesinin zorunlu olması nedeniyle sağlayıcının anlaşmayı sona erdirmesi hallerinde en az bir yıla indirilmesi, şartlarıyla uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu durum, taraflardan birinin ana yükümlülüklerinden birini yerine getirmemesi nedeniyle diğer tarafın anlaşmaya son verme hakkını etkilemeyecektir.

⁸¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2004-4-93, Karar Sayısı: 04-49/660-164, Karar Tarihi: 29.7.2004. Karar için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁸² 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 12 Kasım 2005, Resmi Gazete Sayısı: 25991.

2005/4 Sayılı bu Tebliğ'de yer alan hüküm, işin niteliği gereği büyük yatırımlar yapan yetkili satıcı ve servislerin ekonomik bağımsızlığını garanti altına almak amacıyla getirilmiştir. Bu kapsamda *2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz*'da⁸³, RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında yer alan bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için bu maddedeki tüm koşulları taşımasının gerekli olup olmadığı sorusuna verilen cevapta, sözleşmelere ve tebligat sürelerine ilişkin asgari sürelerin sadece yeni motorlu taşıt sağlayıcıları ile bunların dağıtıcıları ya da yetkili servisleri arasındaki anlaşmalar için geçerli olup, diğer anlaşma türleri için uyulması zorunlu olan bir şart olmadığı vurgulanmıştır. Bu kapsamda bu sürelerin uyulmaması halinde taraflar arasındaki sözleşme muafiyet kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Olayda taraflar arasındaki sözleşme 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamına girmediğinden, muafiyetle ilgili hükümlere aykırılıktan bahsedilemeyecektir. Diğer bir ifade ile, taraflar arasındaki sözleşmelerin rekabete aykırılık nedeniyle hükümsüz olmasından dolayı, hükümsüz bir sözleşmenin haksız feshi söz konusu olamayacağından, haksız fesih söz edilemeyecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli olması durumunda bu sözleşmenin haksız olarak feshedildiği ileri sürülebilir. Geçerli bir sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi durumunda BK'nın 96 ncı maddesine göre, alacaklının hakkını kısmen veya tamamen elde edemediği durumlarda, borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmine mecbur olacaktır, haksız fesih nedeniyle sözleşmenin ihlâlinden doğan zararının tazminini isteyebilecektir. Bu kapsamda maddi zararların yanı sıra manevi zarar da talep edilebilecektir⁸⁴. Rekabet hukukunda da kısmi butlan kabul edildiğinden, somut olayda eğer sadece rekabeti ihlâl eden hükmün geçersiz sayılması söz konusu ise, sözleşmenin rekabeti ihlâl etmeyen geri kalan kısmı geçerli olarak kabul edileceğinden, bu durumda ancak geçerli bir sözleşmeye dayanılarak haksız fesih iddiasında bulunulabilecektir.

Rekabeti ihlâl eden hüküm ya da hükümlerin olmaması durumunda sözleşmenin yapılmaması söz konusu ise, bu durumda sözleşmenin tümü geçersiz olarak kabul edilecektir. Dağıtım sözleşmelerinde de genelde rekabeti ihlâl eden hükümler sözleşmenin temel hükümleri arasında yer almaktadır. Zaten bu nedenle, sözleşmelerin niteliği gereği rekabeti ihlâl eden hükümler

⁸³ Kılavuz metni için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁸⁴Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1011.

içermesi dolayısıyla, muafiyete ilişkin hükümler kapsamında da bir değerlendirme yapılmaktadır.

Somut olayda, rekabete aykırı olan ve muafiyet kapsamına girmeyen bir sözleşme bulunmaktadır. Muafiyetin söz konusu olmadığı bir durumda RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı hükümsüz olduğundan, bu kapsamda taraflar arasındaki sözleşme de RKHK'nın 56 ncı maddesine göre hükümsüzdür.

Yargıtay önüne gelen bir olayda, davacı, davalının verdiği tahhütnameye göre sadece işlettiği fırını kapsatması gerekirken, makineleri de söktüğünü ileri sürerek sözleşmenin feshini istemiştir. Yerel mahkemeyi davayı reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin RKHK'nın 4 üncü maddesini ihlâl ettiğini, BK'nın 19 uncu maddesine göre, bir sözleşmenin konusunun kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe belirlenebileceğini, bu kapsamda rekabet ihlâli içeren sözleşmenin RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırılık nedeniyle mutlak butlanla batıl olduğunu belirterek, yerel mahkeme tarafından bu kapsamda dava konusu sözleşmenin iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bularak kararı bozmuştur⁸⁵.

RKHK'ya göre, hükümsüz olan sözleşmeden doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde ise, tarafların iade borcu BK'nın 63⁸⁶ ve 64 üncü⁸⁷ maddelerine tabidir; yani sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak istenebilir (RKHK m. 56). Yine BK'nın 65 inci maddesi hükmü RKHK'dan doğan

⁸⁵ Yargıtay 13 . Hukuk Dairesi, Esas No: 2002/12626, Karar No: 2002/14028, Karar Tarihi: 25.12.2002. Karar için bkz. www.kazanci.com

⁸⁶ Borçlar Kanunu 63 üncü maddesine göre:

"Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse, onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nispetinde red ve iade ile mükellef değildir.

Şu kadar ki kabız, o şeyi suiniyet ile elden çıkarmış yahut onu elden çıkarır iken bilahare red ve iadeye mecbur olacağına vakıf bulunmuş olursa red ve iadeye mecburdur"

⁸⁷ Borçlar Kanunu'nun 64 üncü maddesine göre:

"Müddeialeihin, yaptığı zaruri yahut faideli masrafları istirdada salahiyeti vardır. Müddeialeih, o şeyi kabzettiği zaman suiniyet ile hareket etmiş ise yaptığı faideli masraflardan iade zamanında halen mevcut olan fazlalık nisbetindeki miktarı kendisine tediye olunur. Diğer masraflardan dolayı müddeialeihin, bir gûna tazminat talebine hakkı yoktur. Fakat iadededen evvel kabzolunan şey ile birleştirilmiş olan ziyadeyi, o şeye zarar vermeksizin tefrik kabil olduğu ve müddeide masrafların bedelini teklif etmediği takdirde ilâve olunan ziyadeyi ref edebilir"

ihtilaflara uygulanmaz. Olayda taraflar ancak bu kapsamda yerine getirmiş oldukları edimler varsa bu edimleri sebepsiz zenginleşmeye dayanarak isteyebileceklerdir.

Burada rekabete aykırılıktan dolayı hükümsüz bir sözleşme bulunmakta, ancak diğer yandan da davacının, bayilik ilişkisinin 6 yıldır devam ettiği ve yine bayilik ilişkisinin devam edeceğine olan güven nedeniyle, davalının iyiniyetine güvenerek yapmış olduğu büyük miktarda yatırım bulunmaktadır. Bu aşamada, davacının sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle yapmış olduğu yatırımlardan dolayı uğradığı zararın tazmininin söz konusu olup olamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁸.

Diğer bir ifade ile, RKHK'da rekabet ihlâli nedeniyle oluşan zararın -örneğin mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi gibi rekabete aykırı bir durumdan doğan zararın- tazmini istenebileceğinden, bunun dışında sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilerek yapılmış olan masrafların BK'da yer alan hükümler kapsamında istenip istenmeyeceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Konunun sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo)⁸⁹ kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. BK'da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla ilgili genel bir kural olmamakla birlikte, doktrinde, BK'nın 20 nci maddesine göre, başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin butlanla sakat olması durumunda –sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında- uğranılan zararın tazmininin istenebileceği belirtilmektedir⁹⁰. Buna göre:

"...taraflardan biri sözleşmenin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa sözleşme bâtil olsa bile, bu davranışı bir sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo)

⁸⁸ Rekabet Kurulu karşısına gelen bir olayda, Rekabet Kurulu'na şikayet edilen ve hakim durumda olan teşebbüsün teşviki ile yatırım yapıldığı ve bir yıl sonra şirket yönetiminin değişmesi sonucu verilen sözlerin tutulmaması sonucu zarara uğranıldığı belirtilmiştir. Kurul bu konuyla ilgili yaptığı değerlendirmede, konunun şikayet edilen şirket ile şikayetçi arasındaki ticari ilişkilerle ilgili borç, alacak, hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir konu olduğunu ve bu konudaki ihtilafların rekabet kurallarıyla ilgili olmadığına karar vermiştir. Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2002-1-27 (Önaraştırma), Karar Sayısı: 05-65-/928-250, Karar Tarihi: 6.10.2005. Karar için bkz. www.rekabet.gov.tr

⁸⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluklu ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1088 vd.

⁹⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1089; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, Ondokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Darıtım A.Ş.İstanbul 2006, s. 300.

oluşturduğundan, karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır. Zira bu kişi kusurlu davranışıyla sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur. Burada tazmin edilecek zarar karşı tarafın sözleşmenin butlanı nedeniyle uğramış olduğu menfi zarardır. Aynı çözüm tarzı borçlanılan kısmi edimlerin imkânsızlığı haline de (BK m. 20/II) uygulanabilir. Buna karşılık, borçlandığı edimin sözleşmenin kurulduğu anda imkansız olduğunu bilmeyen veya bilmek durumunda olmayan kimse, kusursuz olduğu için sorumlu değildir.”⁹¹

Dolayısıyla, genel olarak sözleşmenin rekabet ihlâli nedeniyle hükümsüz olmasından dolayı, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenilerek yapılmış olan masraflar menfi zarar kapsamında talep edilebilecektir. Menfi zararlar ilgili BK'nın 108 inci maddesine göre, borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse, alacaklı sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini talep edebilir. Yargıtay'a göre⁹², başlangıçtaki objektif imkansızlık yüzünden sözleşmenin batıl olduğu hallerde taraflar sadece menfi zararlarının⁹³ tazminini talep edebilirler, müspet zararlarının⁹⁴ tazminini isteyemezler⁹⁵.

⁹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1089.

⁹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 1988/9411, Karar No: 1990/1087, Karar Tarihi: 20.2.1990. Karar için bkz. www.kazanci.com

⁹³ Sözleşmenin kurulmamasında veya geçersiz olarak kurulmasından doğan zarar menfi zarardır. Borçlar Kanunu 108 inci maddesine göre borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini talep edebilir. Menfi zararlar ilgili bilgi için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1014.

⁹⁴ Doktrinde, müspet zararın, edim, borçlu tarafından tam olarak ve gereği gibi yerime getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığında oluşacak durum ile halihazırda gösterdiği durum arasındaki farktan oluştuğu, müspet zararın fiili zarar ile yoksun kalınan kârı kapsadığı ifade edilmektedir. Fiili zarar, ifa etmeme nedeniyle alacaklının malvarlığının aktif kısmının azalması veya malvarlığının pasif kısmının çoğalması iken, yoksun kalınan kâr ise borca aykırı davranış olmasaydı alacaklının malvarlığında meydana gelecek artıştır. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1013-1014.

⁹⁵ Konuyla ilgili çok Yargıtay'ın sayıda kararı bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Esas No: 1993/2905, Karar No: 1993/4544, Karar Tarihi: 25.5.1993; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, Esas No: 1996/5425, Karar No: 1996/6930, Karar Tarihi: 25.12.1996; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, Esas No: 2005/2929, Karar No: 2006/2493, Karar Tarihi: 27.4.2006; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas No: 1993/7910, Karar No: 1994/550, Karar Tarihi: 27.1.1994; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas No: 1989/13-392, Karar No: 1990/1, Karar Tarihi: 17.1.1990. Kararlar için bkz. www.kazanci.com

Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda⁹⁶ davacı, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yaptığı harcamaların tazminini talep etmiştir. Yargıtay, bayilik görüşmelerinin başlamasıyla hukuki ilişkinin kurulmuş sayılacağını, bu ilişkinin dürüstlük kuralına dayanması nedeniyle, görüşmeler sırasında akdin içeriği ve şartları ile ilgili olarak tarafların birbirlerine bilgi vermesi, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre, taraflar bu yükümlülüklerine aykırı davranarak aralarındaki güven ilişkisini ihlâl ettikleri takdirde doğan zarardan sorumlu olurlar. Bu nedenle Yargıtay, mahkeme tarafından davacının sözleşmenin kurulacağına olan inanç ve güven duygusuyla yaptığı harcamalar nedeniyle zararı olup olmadığını araştırılması ve bu sonuca göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. .

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi⁹⁷ sözleşmenin geçerli ya da batıl olmasının sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk açısından bir farkı bulunmamaktadır⁹⁸. Bu nedenle batıl olan bir sözleşmeden doğan zararların

⁹⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2005/2865, Karar No: 2005/11959, Karar Tarihi:1.12.2005. Karar için bkz. www.kazanci.com

⁹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1086.

⁹⁸ Ancak Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı bir kararı bulunmaktadır. Yargıtay, sözleşme öncesi sorumluluğun ancak geçerli sözleşmeler için söz konusu olabileceğini, sözleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılacağını ve bu sözleşmeye dayanılarak sözleşme öncesi sorumluluğun ileri sürülüp hak talep edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay, davacının tacir olduğunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 20 nci maddesine göre basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olduğunu bilmesi gerektiğini ve nihayet davacının batıl sözleşmeye dayanarak talep ettiği giderlere ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini belirterek, mahkemenin kabule ilişkin kararını bozmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Esas No: 2003/176, Karar No: 2003/5376, Karar Tarihi:30.4.2003. Karar için bkz. www.kazanci.com Karara göre:

"...2-Dava konusu taşınmazın içinde eski eser niteliğinde çeşme bulunması nedeniyle Anıtlar Yüksek Kurulunca ruhsat verilmediği ve bu nedenle taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren geçersiz olduğu mahkemenin de kabulündedir. Davacı ihaleye girmesinden sonra bir takım hazırlık çalışmaları yaptığını ileri sürerek iyiniyetle yapmış olduğu bu giderlerin sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak davalıdan tahsilini istemiştir. Modern Hukukda "Culpa in Contrahendo" olarak nitelendirilen akit öncesi sorumluluk ancak geçerli sözleşmelerde söz konusu olur. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi sözleşme yapıldığı andan itibaren mutlak butlan ile batıl ise yok hükmünde sayılır. Bu sözleşmeye dayanılarak akit öncesi sorumluluk ileri sürülüp hak talep edilemez. Davacı tacir olup TTK. 20/3 maddesi gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. Davacı sözleşmeye konu olan yerin içinde bulunan çeşmenin eski eser niteliği taşıyıp taşımadığını araştırması ve

tazmini de istenebilmelidir. Ancak tacirlerin söz konusu olduğu olaylarda TTK'nın 20 inci maddesinde yer alan⁹⁹ basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü¹⁰⁰ açısından ayrı bir değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından birisi de tacirin basiretli bir iş adamı gibi davranma zorunluluğudur¹⁰¹. Tarafların tacir olduğu bir durumda, tacirin yüksek miktarlarda yatırım yapmadan önce sözleşmenin geçerli olup olmadığı, sözleşmenin devam edip etmeyeceği ya da ne kadar süre ile devam edeceği konusunda gerekli inceleme ve araştırmaları yapması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, yaptığı yatırımın geri dönüşümünü sağlayacak şekilde, kendisini garanti altına aldıktan sonra yatırım yapması gerekmektedir. Bu kapsamda da büyük miktarda yatırım yapan tacirin, özellikle sözleşmenin geçerli olup olmadığı konusunda basiretli bir tacir gibi gereken dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Aksi halde bunun riskine katlanmak zorundadır. Özellikle Türkiye şartlarında gereken dikkat ve özen gösterilmeden büyük yatırımlar yapılmasının risk oluşturduğu çok açıktır. Bu nedenle bir tacirin sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle uğramış olduğu menfi zararı talep etmesi, basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü nedeniyle, somut olaya göre, istisnaen mümkün olup, bu hallerde de BK'nın 44 üncü maddesinde¹⁰² yer

yer teslim edilmediğine göre teslim edilmeyen yerle ilgili yapacağı çalışmalardan dolayı hak isteyemeyeceğini bilmesi gerekmektedir. Mahkemece davacının batıl sözleşmeye dayanarak talep ettiği giderlere ilişkin talebinin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

SONUÇ : Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerden dolayı davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent gereği temyiz edilen hükmün davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 30.4.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi”

⁹⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 20 nci maddesine göre:

"... Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lâzımdır... ”

¹⁰⁰ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 9. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:423, s. 133; Poroy/Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 141.

¹⁰¹ Yargıtay, sözleşmenin taraflarının tacir olduğu bir durumda, tacirlerin tüm işlemlerinde basiretli bir tacir gibi davranmasının esas olduğunu ve bu ilkenin sözleşmenin imzası, ifası ve feshi aşamalarının hepsinde gözetilmesi gereken ilke olduğunu belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Esas No: 2003/13367, Karar No: 2004/9841, Karar Tarihi: 14.10.2004. Karar için bkz. www.kazanci.com

¹⁰² Borçlar Kanunu'nun 44 üncü maddesi tazminatın indirilmesi konusunu düzenlemektedir. Maddeye göre:

"Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini

alan birlikte kusur ile ilgili hükmün dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2.5. Yine benzer bir olayda¹⁰³, davacılar Aydoğanlar Otomotiv Sanayi ve Tic. A.Ş. ve Aydoğanlar Otomotiv Mamülleri Sanayi Servis ve Tic. A.Ş. iken, davalılar ise Koç Holding A.Ş. ve İstanbul Oto A.Ş. dir. Olayda davacılar vekili, yetkili satıcılık ve yetkili servis sözleşmesinin, 16 yıllık başarılı bir çalışma süresi bulunması ve davalının iyiniyetine güvenilerek yeni yatırımlar yapılmasına karşın, davalı tarafından hiç bir sebep gösterilmeksizin feshedildiğini belirtmiştir. Davacı vekili tarafından davalının, gerek sözleşme süresi gerekse fesih işlemi ile RKHK'ya ve motorlu taşıtlarla ilgili 1998/3 sayılı Tebliğ hükümlerine aykırı davranması sonucu davacının zarara uğratıldığı, sözleşmelerin geçerli olduğu dönemde fiyat ve indirim oranlarının davalı tarafından belirlendiği, davalının kendi grup şirketlerinin nakliye ücreti ödemelerine engel olarak, uygun valörler sağlayarak, daha yüksek maliyete neden olduğu, 3 aylık siparişlerin sürekli noksan teslim edilmesi nedeniyle kârın düştüğü, yedek parça kullanımının kısıtlanıp, rakip firma ürünlerinin kullanımının yasaklanması nedeniyle ve Tebliğ'de yer alan 2 yıllık feshi ihbar süresine uyulmaması nedeniyle rekabet ihlâlinin gerçekleştirildiği iddia edilmiştir. Bu kapsamda, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere, rekabet ihlâli nedeniyle 50.000.000.000 TL maddi tazminata hükmedilmesini, ağır kusur bulunması nedeniyle bunun 3 kat olarak uygulanmasını ve ayrıca 5.000.000.000 TL'de manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme, bir üstteki davada yer alan gerekçelere benzer gerekçelerle davanın reddine karar vermiştir.

Bu olay, yukarıdaki bahsedilen olayla çok benzer olduğundan orada yapılan açıklamalar bu dava için de geçerlidir. Bu nedenle aynı açıklamalar bu dava için de söz konusudur.

2.6. Nihayet motorlu taşıtlar sektörü ile ilgili son olayda¹⁰⁴, davacı Koruma Motorlu Araçlar San. Tic. AŞ, davalı ise Hyundai Assan Otom. San ve Tic. AŞ dir. Olayda davacı ile davalı arasında bayilik ilişkisi bulunmaktadır.

ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfi kan zarar ve ziyanı tenkis edebilir”

¹⁰³ Kadıköy Asliye 3. Ticaret Mahkemesi , Esas No: 2002/624, Karar No: 2006/267, Karar Tarihi: 04.04.2006.

¹⁰⁴ Kadıköy Asliye 4. Ticaret Mahkemesi , Esas No: 2005/25, Karar No: 2005/854, Karar Tarihi: 06.12.2005

Davacı (bayi) vekili; müvekkili ile davalı arasında 1.10.1996 tarihli bayilik sözleşmesi nedeniyle 1996 yılından beri devam eden bir bayilik ilişkisi olduğunu, müvekkilinin davalının İzmit bölgesindeki yetkili satış ve servis bayisi olduğunu, davalının bayilik sözleşmesini 28.04.2004 tarihinde noterden çektiği ihtarname ile, 31.12.2004 tarihinden itibaren feshettiğini bildirdiğini¹⁰⁵, davalı şirketin bayilik ilişkisi devam ederken davacı ile aynı/eşdeğer başka bayilere daha fazla avantajlar sağladığını, daha farklı ve fazla primler ödediğini, bu nedenle davacı ile aynı ayardaki diğer teşebbüslere nazaran davacının zarar görmesine neden olduğunu belirterek, RKHK ve ilgili mevzuata aykırı olan fesih sebebiyle, yine bayilik ilişkisi devam ederken yapılan haksız ve farklı uygulamalar nedeniyle 40.000.000.000 TL maddi zarara karar verilerek, RKHK'nın 58 inci maddesi gereğince tazminatın üç kat artırılmasını ve 100.000.000.000 TL' de manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel mahkeme, davanın bayilik sözleşmesinin feshinden kaynaklanan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkin olduğunu belirterek; bayilik sözleşmesinin 5 yıl süreli olduğunu ve sürenin sona ermesinden 6 ay önce feshi ihbarda bulunulmadığı takdirde sözleşmenin 1 yıl süre ile uzayacağını kararlaştırıldığını, davalı tarafından 8 ay önce feshi ihbarda bulunularak sözleşmenin 31.12.2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere feshedildiğini, davanın bu tarihten önce sözleşme geçerliiyken açıldığını, bu nedenle davacının sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğramış olduğu bir zarardan söz edilemeyeceğini, sözleşmenin usule uygun olarak feshedildiğini, haksız feshin söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme, rekabet ihlâlinden dolayı uğranılan zararın tazmini ile ilgili olarak ise, davalının diğer bayilere daha farklı ve avantajlı bir uygulama yapması nedeniyle gelir kaybına uğradığı iddiasının kanıtlanamadığını, diğer bir ifade ile, RKHK'ya aykırılığın kanıtlanamadığını ifade ederek maddi ve manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve davalı tarafından çıkarılan ihtar içeriğine göre, dava tarihinde henüz feshin gerçekleşmemiş olduğu gözetilerek, yerel mahkeme tarafından verilen hükmün usul ve kanuna uygun bulunduğunu belirterek onanmasına karar vermiştir¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Dava 04.06.2004 tarihinde açılmıştır. Dolayısıyla dava açıldığı tarihte bayilik ilişkisi henüz sona ermemiştir.

¹⁰⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 2006/3877, Karar No: 2006/11286, Karar Tarihi: 28.11.2006 (karar yayınlanmamıştır).

Olayda mahkemenin, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede yer alan fesih süresiyle ilgili olarak bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Daha sonra ise RKHK açısından bir değerlendirme yapılmış ve RKHK'ya aykırılığın kanıtlanamaması nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmiştir. Oysa yukarıda da bahsedildiği gibi, öncelikle RKHK ve ilgili tebliğler kapsamında bir değerlendirme yapılmalı ve sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenmelidir. Daha sonra tazminat konusunda bir karar verilmelidir. Fesih konusuyla ilgili olarak ise yukarıdaki açıklamalar burada da geçerlidir.

2.7. Motorlu taşıtlar sektörü dışında su sektörü ile ilgili iki ayrı olay daha mahkeme karşısına gelmiştir. Bunlardan ilkinde¹⁰⁷, üretici olan davacı (Görkem su) ile davalı bayii N. İlhan arasında Yamanlar kaynak suyunun satılması konusunda 3 yıllık bayilik anlaşması imzalanmıştır. Davacı vekili, davalının sözleşmeyi tek taraflı feshettiğini, feshin haksız olduğunu, davalıya noterden ihtarname gönderilerek tazminat haklarının doğacağını bildirildiğini, davalının başka marka su sattığını tespit edildiğini, işyerinde bu suya ait damacanelerin bulunduğunu ve işyeri camında bu suyun adının yazdığını, bu nedenle sözleşmeye göre fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak üzere 8.000 ABD Doları tazminatın, dava tarihinde Merkez Bankası efektif satış kuru karşılığı olan 12.000.000.000 TL'nin dava tarihinden itibaren ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Sözleşmenin 10 uncu maddesinde, bayinin üretici firmanın ürettiği 19 litrelik polikarbon damacana markaya ait su dışında başka marka suyu alıp satamayacağı, alınıp satılmasına aracılık yapamayacağı, aksi halde 8.000 ABD Doları tazminat ödeyeceği yer almıştır. Sözleşmenin 15 inci maddesinde ise bayinin (davalının) ürünü en iyi şekilde tanıtacağı, pazarlamasını en iyi şekilde yapacağı, o ilde satılan 19 litrelik polikarbon damacana suların ortalama fiyatından çok daha yüksek veya çok düşük fiyatla satışını yapmayacağına ilişkin bir hüküm yer almıştır.

Davalı vekili, müvekkilinin sözleşme gereği davacının ürettiği suyun dağıtımını ve satımını üstlendiğini, ancak suyun pazar payının düşük olması, suyun bulanık olması, içinden yabancı maddeler çıkması nedeniyle müvekkilinin zarara uğradığı ve bu nedenle sözleşmenin 22/a maddesi uyarınca sözleşmeyi feshettiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Olayda rekabet ihlali nedeniyle tazminat talep edilmemiş, sözleşmeye aykırılık nedeniyle cezai şart ve tazminat talep edilmiştir.

Mahkeme, bilirkişi kurulu tarafından verilen raporu dikkate alırken, Rekabet Kurumu'ndan da görüş sormuştur. Kuruma, kaynak sularıyla ilgili

¹⁰⁷ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2003/307, Karar No: 336, Karar Tarihi: 03.04.2003.

konularda tek satıcılık sözleşmelerinin nasıl yapıldığı konusunda genel bilgi sorulmuştur. Kurum tarafından mahkemeye gönderilen yazıda ise Dikey Anlaşmalar Tebliği ve Tebliğ'in açıklanmasına dair Kılavuz kapsamında genel bilgi verilmiş ve bu bilgiye ek olarak Tebliğ ve Kılavuz'un bir nüshası gönderilmiştir. Görüldüğü gibi, Kuruma somut olayla ilgili olarak bir başvurunun yapıp yapılmadığı ya da olayla ilgili rekabet ihlâlinin olup olmadığı konusunu sorulmamış, sadece genel bilgi istenmiştir.

Mahkeme, Rekabet Kurulu görüşü ile ekindeki Dikey Anlaşmalar Tebliği'ne göre taraflar arasındaki sözleşmenin 15 inci maddesinin RKHK'nın 4 üncü maddesine aykırı olduğunu ve Tebliğ kapsamında muafiyetten de yararlanmadığını, bu nedenle Kanun'un 56 ncı maddesine göre geçersiz olduğunu, geçersiz olan anlaşmaya dayanılarak dava açma ve açılan davada tazminat isteme hakkının bulunmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, RKHK'nın 4 üncü maddesine göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğunu, Kanun'un 5 inci maddesine göre muafiyet tanınabileceği ve bu konuda 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği bulunduğunu belirterek bu kapsamda bir değerlendirme yapmıştır. Yargıtay'a göre, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/a maddesinde sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesinin mümkün olduğunun kabul edildiğini, taraflar arasındaki sözleşmenin 15 inci maddesinde yer alan bayinin (davalının) ürünü en iyi şekilde tanıtacağı, pazarlamasını en iyi şekilde yapacağı, o ilde satılan 19 litrelik polikarbon damacana suların ortalama fiyatından çok daha yüksek veya çok düşük fiyatla satışını yapmayacağına ilişkin hükmün fiyat konusunda tavsiye niteliğini aşmış, üretici tarafından distribütöre baskı niteliği taşımadığından sözleşme hükmünün geçerli olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, bu yönler gözetilmeden verilen mahkeme kararını bozmuştur¹⁰⁸. Yargıtay kararına karşı, karar düzeltme talebinde bulunulmuş ancak talep reddedilmiştir.

Yargıtay'ın bozma kararı üzerine yerel mahkeme yeniden yaptığı yargılamada bozma ilamına uyarak, taraflar arasındaki sözleşmenin 10 uncu maddesinde yer alan, başka marka su satılması nedeniyle 8.000 ABD Dolar

¹⁰⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2004/9634, Karar No: 2005/4463, Karar Tarihi: 21.4.2005. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

tazminat ödeneceğine ilişkin hükmün geçerli olduğunu, bu nedenle talebin kabulüne karar vermiştir¹⁰⁹.

Olayda öncelikle belirtmek gerekir ki yerel mahkemede açılan davada RKHK'dan hiç bahsedilmeyerek, bayilik sözleşmesindeki hükmün ihlâli nedeniyle tazminat talep edilmiştir. Birlikçi kurulu RKHK ve muafiyet açısından bir değerlendirme yapmış, mahkeme karar verirken hem birlikçi raporunu hem de Rekabet Kurumu'nun 22.04.2004 tarihli 1450 sayılı görüşünü dikkate alarak öncelikle Rekabet Hukuku açısından bir değerlendirme yapmıştır.

Kararda, bayilik sözleşmesinin iki maddesi dışında sözleşmede yer alan diğer maddeler hakkında herhangi bir bilgi yer almadığından, bu iki madde kapsamında bir inceleme yapmak gerekmektedir. Sözleşmenin 15 inci maddesinde sabit bir fiyat belirlenmemiş, ancak suların ortalama fiyatından çok daha yüksek veya çok düşük fiyatla satışını yapmayacağına ilişkin bir hüküm öngörülmüştür. RKHK'nın 4 üncü maddesine göre, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi hukuka aykırı ve yasaktır. Ancak 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4/a maddesine göre, taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür. Olayda, üreticinin baskısı ya da teşvik etmesi sonucu 15 inci maddeye dayanılarak sabit ya da asgari bir satış fiyatı belirlendiğine ilişkin herhangi bir durumun ispatı söz konusu değildir. Bu nedenle Yargıtay'ın, haklı olarak belirttiği gibi, hüküm fiyat konusunda tavsiye niteliğini aşır, üretici tarafından distribütöre baskı niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle de muafiyetten yararlanmaktadır. Muafiyet kapsamındaki bir sözleşme ise RKHK'nın 4 üncü maddesindeki yaptırımından muaf olacağından taraflar arasındaki sözleşme geçerli bir sözleşme olarak hüküm ifade edecektir. Bu nedenle bu sözleşmede yer alan, başka marka su satılmayacağına ilişkin maddenin ihlâli nedeniyle cezai şart talep edilebilecektir.

2.8. Su sektörü ile ilgili ikinci davada yine bir bayilik ilişkisi söz konusudur¹¹⁰. Burada da dava yine üretici tarafından bayiye karşı açılmıştır. Davacı (Doğa su) vekili, davalı ile müvekkili arasındaki bayilik sözleşmesine göre davalının, müvekkilinin kaynak sularının pazarlanması ve satışı konusunda baş bayiliğini yaptığını, davalının dükkanının üzerindeki davacının bayisi

¹⁰⁹ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2005/700, Karar No: 2006/100, Karar Tarihi: 23.03.2006.

¹¹⁰ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2003/596, Karar No: 2004/183, Karar Tarihi: 26.03.2004.

olduğuna ilişkin tabelayı söktüğünün noter kanalıyla tespit edildiğini, işyerinde başka marka su bulundurarak bunun satışını yaptığını, noterden ihtarname gönderilerek sözleşmeye uygun davranılmasını aksi takdirde maddi manevi tazminat davası açılacağına ihtar edildiğini, verilen süreye rağmen sözleşmeye aykırılığın devam ettiğini, bu nedenle fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla yoksun kalınan kâr olarak 4.000.000.000, müşteri portföyünün iade edilmemesi ve bayilik telefonunun devredilmemesi nedeniyle de uğranılan zarar olan 4.000.000.000 TL'nin, yani toplam 8.000.000.000 TL'nin tazminine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, diğer cevaplarının yanı sıra, davacının damacanaları yenilemediğini, aynı bölgede başka kişilere de satış yetkisi verdiğini, damacanelerin eski ve kirli olması nedeniyle diğer firmalarla rekabetin zorlaştığını, kâr marjının düştüğünü belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkeme, davanın bayilik sözleşmesine aykırılık nedeniyle yoksun kalınan kâr ve uğranılan zararın tazminine ilişkin alacak davası olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bilirkişi raporunu da dikkate alarak, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bayilik sözleşmesinden kaynaklandığını, sözleşmenin Borçlar Kanunu hükümlerinin yanı sıra Rekabet Hukukuna göre de değerlendirilmesi gerektiğini, RKHK'nın 4 ve 56 ncı maddelerine göre sözleşmenin rekabeti sınırladığı için hukuka aykırı sayılması gerekeceği, yine sözleşmenin 5/a maddesinde, bayinin suyu tüketiciye davacı şirketçe belirlenen satış bedeli ile satacağının kararlaştırıldığı bunun ise 2002/2 sayılı Tebliğin 4 üncü maddesine aykırı olduğu, anlaşmanın geçersiz sayılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, ayrıca su gibi temel bir ihtiyaç maddesinin tek satıcılık sözleşmesine konu yapılmasının mümkün olmadığını belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, öncelikle su satışı yönünden bayilik sözleşmesi yapılmayacağına ilişkin yerel mahkeme gerekçesinin doğru olmadığını belirtirken, uyuşmazlığın sözleşmenin 5/a maddesindeki satış bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümden değil, 5/d'ye aykırılıktan kaynaklandığını, hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise uyuşmazlık konusu olmayan 5/a maddesi kapsamında bir inceleme yapıldığı ve bu hükmün 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4 üncü maddesine aykırı olması nedeniyle sözleşmenin geçersiz sayıldığı, ancak somut olaya uygun düşmeyen bilirkişi görüşüne dayanılarak hüküm kurulmasının doğru olmadığı, uyuşmazlığın bayilik sözleşmesi kapsamında değerlendirilip gerekli araştırma ve inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme neticesinde karar verilmesi isabetli görülmeyerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur¹¹¹.

¹¹¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2004/7518, Karar No: 2005/378, Karar Tarihi: 28.1.2005 (Karar yayımlanmamıştır).

Yerel mahkeme tarafından, Yargıtay'ın bozma kararı üzerine yapılan yargılamada bilirkişilerden üç tane ek rapor alınmış ve yine Yargıtay'ın bozma ilamından sonra yürürlüğe giren Rekabet Kurulu'nun bir kararına atıfta bulunularak, kararın uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğu belirtilerek konu yeniden değerlendirilmiştir¹¹². Mahkeme Rekabet Kurulu kararına göre, bu kararın yürürlük tarihinden itibaren bayilerin sözleşmelerinde, satıcının ürettiği ürün dışında başka marka ürün satmama yönündeki hükümlerin geçersiz olacağını, olayda uyuşmazlığın kaynaklandığı bayilik sözleşmesinin 5/d maddesinde yer alan, "*bayi su satış istasyonunda başka hiç bir ürün satamaz, teşhir edemez, tanıtamaz, bedelsiz veremez, dağıtamaz ve benzeri suretlerde bulunduramaz ve kullanamaz*" şeklindeki hükmün Rekabet Kurulu kararı ile birlikte değerlendirilmesi sonucu, Rekabet Kurulu kararından sonra bayilik sözleşmelerinde tek satıcılık hükmünün öngörülemeyeceği, sözleşmelerde bayiye kendi ürünü dışında başka bir marka ürünü satmayacağını öngören düzenlemelerin geçersiz olacağı, bu nedenle somut olayda Rekabet Kurulu kararına göre taraflar arasındaki sözleşmenin 5/d maddesinin geçersiz olduğu, dolayısıyla geçersiz olan bu hükme dayanarak sözleşmeye aykırılıktan dolayı tazminat istenemeyeceği, davanın açıklanan Rekabet Kurulu kararı gereğince reddedilmesi gerektiği belirtilerek dava reddedilmiştir.

Öncelikle Yargıtay kararının değerlendirirsek, Yargıtay uyuşmazlığın bayilik sözleşmesinin 5/a maddesindeki satış bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümden değil, 5/d maddesine aykırılıktan kaynaklandığını ve bilirkişi raporunda 5/a maddesi kapsamında bir inceleme yapıldığı belirterek, somut olaya uygun düşmeyen bilirkişi görüşüne dayanılarak hüküm kurulmasının doğru olmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur. RKHK'da yer alan rekabet ihlâli ile ilgili hükümler emredici niteliktedir ve bunlara aykırılığın yaptırımını hükümsüzlüktür. Her ne kadar hükümsüzlükle ilgili farklı görüşler olsa da (örneğin askıda hükümsüzlük ya da butlan gibi) buradaki hükümsüzlük hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir hükümsüzlük olduğundan, sözleşmenin bütün hükümleri açısından geçerli olup olmadığı konusunda hakim tarafından bir inceleme yapılması gerekmektedir. Zira BK'nın 19 uncu maddesinde de kanunun emredici hükümlerine aykırılık butlan sebebi olarak kabul edilmiştir. Butlan durumunda ise hiç kimse butlanı ileri sürmese dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir¹¹³. Rekabet ihlâli içeren bir sözleşme hakim karşısına geldiğinde sözleşmenin bütün hükümleri açısından rekabet ihlâlinin olup olmadığı ve muafiyetin söz konusu olup olmadığı

¹¹² İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2005/231, Karar No: 2006/634, Karar Tarihi: 07.12.2006.

¹¹³ Oğuzman/Barlas, **Medeni Hukuk**, s. 164.

değerlendirilmelidir. Dolayısıyla sadece taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan madde kapsamında değil, sözleşmenin bütün hükümleri kapsamında, taraflar ileri sürmeseler bile bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çünkü bu değerlendirme sonucu sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenecektir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda taraflar ileri sürmemesine karşın Yargıtay, RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında bir değerlendirme yapmıştır¹¹⁴. Bu nedenle somut olayla ilgili Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz.

Yargıtay'ın bozma kararından sonra yerel mahkeme tarafından verilen yeni kararda mahkeme, Rekabet Kurulu'nun bir başka sektörle ilgili olan kararına dayanarak, Kurul tarafından artık münhasırlığın kabul edilmediğini, bayilik sözleşmelerinde tek satıcılık hükmünün öngörülemediğini, sözleşmelerde bayiye kendi ürünü dışında başka bir marka ürünü satmayacağını öngören düzenlemelerin geçersiz olacağını kabul edildiğini belirterek, taraflar arasındaki sözleşmede münhasırlıkla ilgili hükmün yer alması nedeniyle rekabete aykırı olduğunu ve bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğunu söylemiştir. Oysa Kurul'un ilgili kararı spesifik olarak o sektöre özgü alınmış, muafiyetin geri alınmasına yönelik bir karardır. O olaya özgü olarak münhasırlığın kararlaştırılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Rekabet Kurulu somut olaya göre, muafiyetin söz konusu olup olmadığını, münhasırlığın söz konusu olup olamayacağını, sektörün özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir. 2002/2 sayılı Tebliğ'de münhasırlıkla ilgili hükmün öngörülebileceği ve bu durumda muafiyetten yararlanılabileceği açıkça kararlaştırılmıştır. Tebliğ'in 4 üncü maddesinde alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması ile ilgili bir hükmün anlaşmada yer alabileceği ve bu durumda da muafiyetin söz konusu olacağı açıkça yer almaktadır¹¹⁵. Rekabet Kurulu bu genel hükmün dışında belirli olaylarda sadece o sektöre yönelik özel bir durumun olması nedeniyle istisnai olarak münhasırlıkla ilgili şartının konulamayacağına karar verebilmektedir. Bu istisnai bir durumdur. Genel durum ise Tebliğ hükümlerinin uygulanmasıdır. Dolayısıyla Kurul kararının genel bir hüküm gibi bir başka olayda emsal olarak kullanılması doğru değildir. Mahkemenin RKHK'nın 4 üncü maddesi 2002/2

¹¹⁴ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Esas No: 2002/12626, Karar No: 2002/14028, Karar Tarihi: 25.12.2002. Karar için bkz. www.kazanci.com

¹¹⁵ 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Rekabet Kurulu Kararında, konuya ilişkin ayrıntılı bir açıklama bulunmaktadır. Karar Sayısı: 03-46/540-M, Karar Tarihi: 30.06.2003, Resmi Gazete Tarihi: 25194, Resmi Gazete Sayısı: 9.8.2003.

sayılı Tebliğ hükümleri kapsamında bir inceleme yaparak sözleşmenin geçerli olup olmadığını değerlendirmesi ve ona göre karar vermesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda incelenen mahkeme kararlarında görüldüğü gibi, davaların çoğu sözleşmenin taraflarından birisinin karşı tarafa açmış olduğu davalardan oluşmaktadır.

Mahkemeler tarafından verilen kararlarda, RKHK ve Grup Muafiyeti Tebliği'nde yer alan hükümler ile BK'da yer alan hükümlerin ne zaman ve nasıl uygulanacağı konusunda bir kavram kargaşası yaşandığı görülmektedir. Rekabet ihlâli nedeniyle açılan tazminat davalarında, taraflar arasında bir sözleşme bulunsa bile öncelikle BK açısından değil, RKHK açısından bir değerlendirme yapılması, grup muafiyeti tebliği ve bireysel muafiyet kararı bulunup bulunmadığı dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Çünkü Rekabet Hukuku açısından yapılan değerlendirme sonucunda sözleşmenin geçerli olup olmadığı belirlenecek ve bu aşamadan sonra ancak Borçlar Hukuku açısından sözleşmelerle ilgili bir sonuca ulaşılması sağlanabilecektir. RKHK'da yer alan rekabet ihlâli ile ilgili hükümlerin emredici nitelikte olması ve rekabete aykırılığın yaptırımının hükümsüzlük olması nedeniyle taraflar ileri sürmese dahi hakim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir.

Tazminat davalarında rekabet ihlâlinin tespiti kadar, bu ihlâl sonucu bir zararın ortaya çıkıp çıkmadığı konusunun ispatı da büyük önem taşımaktadır. Mahkemelerin ihlâl varlığını tespit ettiği olaylarda, ihlâl nedeniyle bir zararın oluştuğunun ispat edilememesi nedeniyle tazminat taleplerini reddettiği görülmektedir.

Bekletici sorun konusunda ise mahkemelerin, rekabet ihlâli nedeniyle Rekabet Kurulu'na bir başvuru olup olmadığı konusunu bekletici sorun olarak değerlendirmedeği gibi, Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında da konuya ilişkin istikrarlı bir uygulamanın bulunmadığı görülmektedir.

Tebliğ kapsamında incelenen kararlar sonucunda, mahkeme ve Yargıtay kararlarının çoğunun birbirinden farklı olduğunu ve rekabet ihlâlinden doğan tazminat davalarıyla ilgili olarak istikrarlı bir uygulamanın bulunmadığını söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

AKINCI Ateş: **Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 5, Ankara 2001.

AKSOY M. Nazlı: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığı Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 52, Ankara 2004.

ALANGOYA H. Yavuz/YILDIRIM M. Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 6. Bası, Alkim Yayınevi, İstanbul 2006.

ARKAN Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, 9. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:423.

ASLAN İ. Yılmaz: **Rekabet Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, 2007.

ASLAN İ.Yılmaz/KATIRCIOĞLU Erol/TOKSOY Fevzi/ILICAK Ali/ARDIYOK Şahin/BİLGEL Fırat: **Otomotiv Sektöründe Rekabet Hukuku ve Politikaları**, Ekin Kitabevi, 2006.

BAHTİYAR Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş Ekim 2006, İstanbul.

BUDAK Ali Cem: *“Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”*, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I**, 4 Nisan 2003 Kayseri, Rekabet Kurumu Yayın No: 0137, s. 45-62.

DİNÇKOL Abdullah: **Temel Hukuk Bilgisi**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005.

EĞERCİ Ahmet: **Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 12, Ankara 2005.

EREN Fikret: **Borçlar Hukuku**, 9. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.Aralık 2006.

GÜRZUMAR Osman Berat: *“4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi”*, **Rekabet Dergisi**, Sayı: 12, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s. 3-76.

GÜRZUMAR, Osman Berat: *“Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”*, **4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun’da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak**, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar-Panel (7-8 Ekim 2005), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 117-184.

- GÜVEN Pelin: **Rekabet Hukuku**, Ankara 2005, Yetkin Yayınları.
- GÜVEN Pelin: “*Rekabet İhlalinden Doğan Zararların Tazmini Konusunun Motorlu Taşıtlar Sektörü ve Bu Sektörle İlgili Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, 2007, s. 648-669.
- KURU Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, Cilt: III, 2001, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti. Yayın No: 4.
- KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- ODMAN N. Ayşe: **Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami: **Medeni Hukuk**, 13. Bası, 2006, s. 164.
- ÖZSUNAY Ergun: *Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.117-153.
- ÖZSUNAY Ergun: “*Tahkime Elverişlilik*” Kavramına İlişkin Yeni Gelişmelerin Işığında Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Tahkim ve Türk Hukukunun Durumu”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, 4 Ekim 2005, Ankara, ICC Türkiye Milli Komitesi, s. s. 82-112.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 5 inci Bası, Ankara 2006.
- POROY/YASAMAN: **Ticari İşletme Hukuku**, 11. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- REİSOĞLU Safa: **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, Ondokuzuncu Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.İstanbul 2006.
- SANLI Kerem Cem: **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3, Ankara 2000.
- SANLI Kerem Cem: “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I**, 4 Nisan 2003, Rekabet Kurumu Yayın No: 0137, s. 211-276.

SAYHAN, İsmet: “*Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı*”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl: 5, Cilt: 5, Sayı: 3, s. 29-61.

TAN Turgut: **Ekonomik Kamu Hukuku**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 210, Ankara 1984.

TOPÇUOĞLU Metin: **Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti. 2006.

SORU ve CEVAPLAR

6 Nisan 2007

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN (*Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mensubu*)- Özge hanım Tebliğinde, “rekabetçi zarar” diye bir kavram kullandı, -ben ilk defa duyuyorum- bunun ne olduğunu biraz açarsa memnun olurum. Sayın Konuralp’ada bir sorum var. Kendisi, rekabet hukukunun biraz dışında bir camiadan geliyor ve çok önemli bir tebliğ sundular; o yüzden cevabını çok önemsiyorum.

Şikâyetçinin taraf olmadığını söylediniz. Buradaki “taraf” kelimesinin, kesin olarak hukuk usulüyle hiçbir ilgisi olmadığı konusundaki görüşlerinize aynen katılıyorum. Her maddede “taraf” başka bir anlamda kullanılmıştır; bunu tespit eden bir makaleyi de 8 sene önce yayınlamıştım. Şimdi size şunu sormak istiyorum. Şikâyetçi şikâyetini yapıyor. “Soruşturma açtık, ciddi bulduk” diye bir yazı geliyor. Sonra, Rekabet Kurulu soruşturma raporunu göndermiyor ve hiçbir belge, bilgi göndermiyor; ama sözlü savunmaya davet ediyor. Sözlü savunmaya giden şikâyetçi acaba ne diyecek? Yoksa şöyle mi olmalı; Rekabet Kurulu, yaptığı çalışmaları şikâyetçiye de bildirmeli, raporları vesaireleri “bu konuda diyeceğin bir şey var mı, ekleyeceğin bir şey var mı, bize yardımcı olabileceğin bir şey var mı?” Burada sonuçta, çıkacak karardan kamu yararı var çünkü. Dolayısıyla, -fotokopi masrafından mı kaçılıyordur bilmiyorum- bunları göndermiyorlar. Siz acaba, şikâyetçinin böyle bir pozisyonu olması gerektiğini düşünür müsünüz? Bu açıdan bakıldığında bu acaba bir sorun mudur, acaba Rekabet Kurulu bir olanağı kullanmamakta mı direniyor gibi birtakım şeyler geliyor benim aklıma. Bu konudaki fikrinizi duymayı çok isterim. Gerçekten biz biraz konunun fazla içinde olduğumuz için belki doğruları göremiyor da olabiliriz. Dolayısıyla, sizin daha dışarıdan çok güzel bakabildiğinizi fark ettim; konuları da okumuşsunuz, incelemiştiniz, hâkimsiniz. Gerçekten merak ediyorum. “Rule of reason” meselesiyle ilgili olarak ben teşekkür etmek istiyorum Aydan konuğumuza. Çok teşekkür ederiz. 1973 senesinde ilk kez Avrupa Birliği’yle ilgili olarak ortaya atılan bu tezin, bir hafta önce çıkan bir karara yansıdığını bize burada söyledi. İlk defa bu kararı duyduk. Çok önemli bir gelişme. Teşekkür ediyorum.

Son olarak bir şey daha söylemek istiyorum. Ben, bunu söyleyecek kadar yaşlandığımı düşünüyorum. 1981 senesinde Ankara Hukuk Fakültesinde mastere başladım. İlk dersimize Yaşar Karayalçın Hoca geldi. Kendisini seviye anıyorum buradan. Bize, bir bilimsel tebliğ nasıl hazırlanır’ı, atf nasıl yapılır’ı

öğretti; ısrarla, kaynakları tüketmemizi söyledi, ısrarla bunun üzerinde durdu, haftalarca. Biz de, oradan aldığımız terbiyeyle bir şeyler öğrendik. Bilimsel tebliğde mutlaka, o konuda daha önce yazılmış neler var neler yok, onları arayıp bulup, onlara atfı yapmayı, biz kendimiz düşünmüş bile olsak, bizden önce birileri bunları söylemişse, “o da bunu söylemiştir” demek için dahi olsa bunu yapmak gerektiğini düşünüyorum. Bunu genç arkadaşlara söylüyorum; çünkü genç arkadaşlarımız tecrübesiz. Daha ileride önlerinde çok uzun zaman var. Bunu yapmalarını rica ediyorum. Çok teşekkür ediyoruz; çok cazip bir konuda çalışma yapmışlar. Bütün internette herkese yayılan Rekabet Forum dergisinde mesela bu konuda, Zeynep Hanımların yaptığı konuda en az dört tane makale yayınlandı, benim kitabımda aynı bu şekilde bunlar yayınlandı. Bunlara en azından bir atfı yapmak lazım, kendinden önce yapılmış çalışmalara, “bu böyle demiştir” demek lazım. Bu doğru bir şeydir, bu geliştirici bir şeydir, teşvik edici bir şeydir ve kendi çalışmalarımızın kapsamını da, başkalarını eleştirerek daha ileri götürme olanağı verir ve sizin de böylece eleştirilmeyi hak etmenizi sağlar. O yüzden, bu yöntem konusuna çok dikkat etmek gerekir. Burada ben kendimizi de eleştirmek gerektiğini düşünüyorum beni, İsmail Karakelle’yi, Cem’i, Hocamızı belki de. Bizler Seçici Kuruldayız. Belki Seçici Kurul olarak bir toplanıp, bu yöntemle ilgili bir kararlar almalıyız ki, buraya gelecek genç arkadaşlarımız onları bilsinler, öğrensinler ve çalışmalarını ona göre yapsınlar. Daha iyi olmaları için, biz belki de, bildiğimiz bu bilgileri, katkı verebileceğimiz şeyleri esirgiyor da olabiliriz. O yüzden, bizler belki de bir toplantı yapıp bunu saptamalıyız; yani, “bilimsel bir tebliğde şunlar olmalıdır, genç arkadaşlar, bunlara dikkat edin demeliyiz.” Böylece onlara da yardımcı olmuş oluruz diye düşünüyorum.

Özge İÇÖZ (Stajyer Avukat)- Metinde “Competition harm” olarak geçtiği için, biz de “rekabetçi zarar” olarak çevirdik; ama birçok yerde, “tüketici refahına olan zarar”, “tüketici nezdinde ortaya çıkan zarar” şeklinde ifade ediliyor. Tabii sonuçta, aslında hepimizin bahsettiği şey, “tüketicinin refah kaybı.”

Doç. Dr. Halûk KONURALP (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mensubu)- 55’inci madde, “Kurul Kararlarına Karşı Yargı Yolu” başlığını taşıyor. Arkadan da, “Kurulun nihai kararlarına karşı tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay başvurulabilir” deniyor. Burada, kanunun kaleme alınmış tarzıyla ilgili genel bir şey ortaya çıkıyor aslında. Bu hüküm sanki, Rekabet Kurulu bir mahkemeymiş gibi kaleme alınmış; yani üstünü kapayıp okusak, bu sanki, bir ilk derece mahkemesi kararının ya da bir istinaf derecesindeki mahkemenin kararı gibi kaleme alınmış. Mesela “nihai karar” deniyor. “Nihai karar”, aslında yargısal faaliyete ilişkin bir kavramdır. Usul kanunlarına

bakalım, hep, işte, temyiz edilebilirlik vesaire için oradan hareket eder. Tabii ki, bu hükmün bu şekilde kaleme alınması Rekabet Kurulunu bir mahkeme hâline getirmez; ama böyle bir bakış açısında kanunun genelinde var zaten. “Taraf” kavramı da biraz oradan gelmiş. Burada da çünkü deniyor; “kararın taraflara tebliğinden itibaren başlar” diyor. Belki, dediğiniz gibi, şikâyetçi de varsa, varsa ama, o zaman, farklı iki “cenah” a diyeyim, ben o “taraf” sözcüğünü yine kullanmadan söyleyeyim, iki cenaha da bu karar tabii ki tebliğ edilecektir. Ama, Rekabet Kurulunun, kanunla kendine verilen görevi yerine getirmesi ve bir karar vermesi için şikâyetçinin varlığına gerek olmadığı da ortadadır.

Şikâyetçiyle, hakkında soruşturma yapılan teşebbüs ve Rekabet Kurulu arasındaki ilişki nedir? Burada üçgen biçiminde bir ilişki var; yani iki taraf bir yapı, diğeri Rekabet Kurulu şeklinde değil. Rekabet Kuruluyula şikâyetçi arasında bir ilişki var; bir de, Rekabet Kuruluyula hakkında soruşturma yapılan, müeyyide uygulanan veya uygulanmayan teşebbüs arasında bir ilişki var. Şikâyetçiye bu kararın tebliğ edilmesinin nedeni aslında, Rekabet Kurulunun kendi şikâyetini, başvurusunu kanuna uygun bir şekilde denetleyip denetlemediği konusundadır. Diğer taraf, hakkında yapılan işlem bakımından hesap sorma değildir; kendi başvurusunun usulüne uygun olarak değerlendirilip değerlendirilmediği konusundadır. Aksi hâlde şöyle bir durum çıkacaktır ortaya: Dediğiniz doğru, sözlü yargılamaya çağırılıyor, dinlemesi gerekiyor ve dinlerken burada edindiği bilgi de yine aynı amaca yönelik, kendi başvurusu yeterince değerlendirilmiş mi? Dikkat edelim; onu oraya çağırma yetkisi olduğu hâlde, orada karşılıklı bir iddia ve savunma ilişkisi yok; iddia, itham var burada bir anlamda, benzetecek olursak, itham var. Ben şunu söyledim başta: Bu hukuk usulüne yapılan atf külliye çıkarılmalıdır dedim. Buna inanıyorum. Hiçbir atfa da gerek yok, her türlü delil de olabilir diyorum; ona da inanıyorum. İlla bir atf yapılacaksa, hani, içim pek elvermiyor ama Ceza Muhakemesine atf yapılması daha doğru gibi geliyor bana, hiç değilse bakış açısını doğru koymak bakımından. Ceza Muhakemesindeki husus bir ithamdır; orada biri bir şeyle itham ediliyor. Nitekim Sayın Günday da eleştirilerinde öyle bir benzetme yaptı. Dolayısıyla, burada, şikâyetçinin veya ihbarda bulunan, -aslında şikâyet ve ihbar arasında da burada bir farklılık var ister istemez- ihbarda bulunan, herhangi bir şekilde bireysel menfaati zedelenmediği hâlde, kanunu bilen veya hakkında bir fikir sahibi olduğu bir kimsenin vatandaşlık, hatta vatandaş olmaya da lüzum yok, vatandaş da değil, Türkiye’de yaşayan biri bunu yapabilir de. O ihbar, onu tamamen dışında bırakıyoruz. Şikâyette bulunan, daha sonra aslında taraf olabileceği özel hukuk temelli bir tazminat davasında hazırlık olmak üzere Rekabet Kurulundan bir karar istihsal edilmesini bekleyen bir şeydir. O orada, ben de şimdi “taraf”ı başka bir anlamda kullanacağım, öbür tarafla hesaplaşmamaktadır. İleride hesaplaşmak amacıyla, yani özel hukuk anlamında

bir tazminat talebiyle ortaya çıkacağı zaman, diğerinin fiillerinin rekabet mevzuatını ihlal eder nitelikte olduğunu hukuk mahkemesi önüne getirebilmek için delillendirme arayışı içindedir. Yani delil, özel hukukta, daha sonra burada ortaya çıkacak kararın muhtevası olacaktır.

Sonuç itibarıyla, evet, dediğiniz doğru. Özellikle sözlü yargılamada bulunma ve soru sordurma hakkının, orada bir hak verilmiş olması, ister istemez “taraf” kavramına biraz yaklaşıyor. Teknik olarak yine de “taraf” olmadığını düşünüyorum. “Taraf”, eşit koşulda bulunan kişiler demektir. Muhakeme hukuku açısından “taraf” dediğimiz zaman, mutlaka eşit koşullarda bulunması gerekli demektir. O zaman şunu yapmak lazım: Sözlü savunma aşamasında onlar eğer tarafsız, söylediklerinin birbirlerine tebliğ edilmesi ve birbirlerinin cevaplarının da tekrar diğerlerine gönderilmesi gerekir. O bakımdan, ben, müsaadenizle, yine de bunların “taraf” olmadığı kanısındayım. Ama tekrar söylüyorum; burada, metinde de, yani yazdığım metinde de benzer bir şey var, “taraf” sözcüğünün kullanılması o kadar da kötü bir şeydir. Sıkıntı şurada olabilir: Buradakilere gerçekten “taraf” anlamı verilmeye kalkılırsa, o zaman sorun olabilir.

Şunu söyleyeyim: Benim de bütün izleyicilere aynı şekilde bir maruzatını ortaya koymuş olacağım; hazırladığım metinde atıf yok. Zatiâlinizin kitaplarını da daha sonra, basıldığı zaman koyacağım. Hatta bazı şeyler tırnak içindedir; onu da söyleyeyim. O bilerek yapılmış bir şeydir.

Oturum Başkanı- Buyurun efendim isminizi de söyleyiniz.

Bülent ÇAMLICA- Teşekkür ederim Başkanım. Uygulamacıyım; hukukçu değilim. Hoca da değilim; kürsü hâkimiyetim de yok. Ben; boş koltuklarla ilgili konuşmak istiyorum. Kayseri’de bu organizasyonun “müşteri bulamamış” olmasıyla ilgili konuşmak istiyorum. Müşteri kavramının, etkinlik tespiti için temel faktör olduğunun bilincinde birisi olarak konuşmak istiyorum. Bunu, iki hususu dile getirerek, sonra buna bağlamak amacıyla söyledim.

Salonda bir milletvekili, Sanayi Odasından, Ticaret Odasından bir kişi göremiyorum. Kayseri’den belki uygulamacı avukatlar var, içerideki çok kişiyi tanıyorum; ama belki tanımadıklarımın içerisinde mevcut olabilirler. Bu önemli bir gösterge, önemli bir konu. Bu önemli konuya önemin atfedilmediğini çok net olarak görüyorum. Şimdi buradan geliyorum rekabet hukukuna. “Rekabet hukukuyla”, “usule ilişkin hükümlerin tartışılma rekabeti” kavramları arasında bir ayırım yapmak gerektiğini; ikincisinin, rekabet hukukunun esasını tartışma hususunu gölgede bırakmasından endişe duyduğumu ifade etmek istiyorum.

Usul tartışmalarının benim algılayamayacağım seviyedeki tartışmalar ya da başka amaçlara yönelik tartışmalar olma ihtimalini değerlendiriyorum; ama

bunun dışında da bir şey göremiyorum. Muhakkak çok önemli hususlar bu usul hukukuna ilişkin tartışmalar. Ama bir de şunu düşünün: Adıyaman Tilmen Oteli'nde 1996 senesinde, Haziran ayında, özel kesimden gelen teşebbüs temsilcileri bir araya geliyorlar, bir anlaşma yapıyorlar. Rekabet Kurumunun oluşturulmadığı, Kurul üyelerinin henüz bulunmadığı dönemde yapılan bu anlaşmaya ceza veriliyor. Ancak Danıştay üyeleri sanki dünyada değil marsta yaşıyorlarmışçasına; idare hukukunu tartışacak kişiler birbirlerini sanki bulamayacaklarmışçasına; rekabet kurallarının uygulanmasını belirleyen usul kurallarındaki anlaşmazlığı cezalandırabilecek hiçbir merci yok. Dolayısıyla bu etkinliği bu bakımdan da tanımlamak ve tartışmak lazım geldiğini düşünüyorum.

Rekabet Kurumunun bunca yıldır aldığı kararlar defalarca, birçoğu benzer sebeplerle, ama kesinlikle genel ve gerekli uzlaşma temin edilememiş olduğu için bozulmuş olduğu bu kadar ortada olduğu hâlde, buradaki sunumlarda ayrı ayrı değerlendirdiğimiz esasa yönelik, -Özge arkadaşımıza da, Şahin arkadaşımıza da, esasa yönelik girdikleri konulardan ötürü teşekkür ediyorum, bunun ne kadar önemli olduğunu görüyorum- fakat Rekabet Kurumunun, iktisadi analizlere dayalı savunmaları gündeme alıp, savunmaları değerlendirip, buna ilişkin cevap vermiyor olması, Rekabet Kurulu kararlarında bunlara bakılmıyor olması, Erol Hocamızın söylediği, bu ikili piyasalarda kayıt dışı ekonomideki teşebbüslerin kayıt içindeki ekonomik faaliyeti gösteren teşebbüslerle ciroları bazında aynı seviyelerde cezalandırılıyor olması, buralardaki iktisadi değerlendirmelerin değerlendirmeye alınmadan bu kararların veriliyor olmasını tartışamadığımız hâlde, -bu Güncel Gelişmeler Sempozyumu- bugünkü sabah oturumunda iki sefer uyumlu eylem karinesini tartıştık. "Uyumlu eylem karinesi" rekabet hukukunun çıpasıdır; hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen maddeden dahi önemlidir. Uyumlu eylemi düzenleyen madde, burada, teşebbüsler arasında açık anlaşmalar gibi, teşebbüs birliği kararları gibi ve bunlardan daha önemli etki doğurmuştur Türk rekabet hukukunun algılanması sürecinde. Teşebbüsler, bir anlaşmanın açıkça ispat edilememesi durumunda, bunun, Rekabet Kanununun 4'üncü maddesinden muafiyet kazanması gibi bir sonuca götürecektir olan, Sayın Metin Hocamızın değerlendirilmesi yönünde hareket edilirse, zaten Rekabet Kanununu uygulama gerekçesi ortadan kalkmış olacaktır. Bunların bu şekilde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Dolu koltuklar için teşekkürler beraber, boş koltukların da boşluğunu, bu tartışmaların hep taçtaki, taç çizgisinin dışındaki konuları tartışmak alışkanlığının, içerisindekileri gölgelemesinden de kaynaklandığı yönünde değerlendirmelerim var.

Abdulgani GÜNGÖRDÜ (Rekabet Kurumu Uzmanı)- İki sorum olacaktı: Uyumlu eylem konusuyla ilgili olarak ilk sorum Sayın Hocalarımız Metin Günday ve Sayın Konuralp Hocamıza olacak.

10 yıllık Rekabet Kurumunun uygulamalarına baktığımızda, uyumlu eylem karinesiyle ilgili olarak, hiçbir zaman teşebbüslere, “sizler uyumlu eylem karinesi içindediniz, olduğunuzu düşünüyorum, uyumlu eylem olmadığını ispatlayın” şeklinde bir yaklaşım içinde olmadığını görmekteyiz. Bilakis, uygulamalarda, teşebbüsler arası bazı iktisadi hareketlerle, “iktisadi delil” diyebileceğimiz şeylerle birlikte, örneğin fiyat paralelliği, bunun teşebbüsler arasındaki koordinasyonu da hukuki delillerle, maddi delillerle bir araya getirerek, destekleyip, uyumlu eylem karinesini ileri sürdüğünü görmekteyiz. Sayın hocalarımıza sorum şu: Sizce, bütün bunlar, bu deliller uyumlu eylem karinesini iddia edebilmek için yeterli değil midir, eğer yeterli değilse, ilave olarak Rekabet Kurumunun hangi tespitlerde bulunması gerekmektedir?

İkinci sorum da Erol Katırcıoğlu Hocama olacak. Sayın Hocamız da çok haklı olarak, Türkiye'nin kanayan bir yarası olan kayıt dışılığa işaret ettiler. Sayın Hocama sorum şöyle olacak: Eğer yanlış anlamadıysam, -eğer yanlış anlamadıysam, düzeltirse sevinirim- Bazı piyasalardaki kayıt dışılık oranı yüksek olduğu için, Rekabet Kurumunun bu tür piyasalardaki teşebbüsleri cezalandırmasında, yanlış anlamadıysam, “daha toleranslı davranması gerektiği” şeklinde bir yorumda bulunup ya da en azından diğerleri kadar ceza almaması gerektiği” şeklinde, yada bu anlamda gelecek bir ifadeniz olduğunu...

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU- Kurulun yaklaşımının öyle olduğu kanaatinde olduğumu söylemek istedim.

Abdulgani GÜNGÖRDÜ- Ayrıca, Kurumun da böyle yapması gerektiğini de söylüyorsunuz. Sorum; Eğer bu konuda siz de, ilave olarak, böyle düşünüyorsanız, bunun limiti ne olmalıdır, bu toleransın limiti sizce ne olmalıdır? Bunun, Rekabet Kanununun uygulanması dışında, diğer kanunlar açısından da geçerli olup olmayacağı, örneğin Vergi Kanunu açısından da böyle bir toleransa ihtiyaç var mıdır, kayıt dışılık oranının yüksek olduğu durumlarda; bu konudaki düşüncelerinizi öğrenmek istiyorum Hocam.

Oturum Başkanı- Sayın Metin Günday, cevaplara sizden başlayalım; daha sonra Konuralp, daha sonra da Katırcıoğlu.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY- Sayın meslektaşımız, uyumlu eylem karinesiyle ilgili olarak ve bunun Anayasayla bağdaştırılmasının güç olduğu yönündeki görüşümü belki biraz daha açıklamamı istiyor.

4054 Sayılı Kanununun 4'üncü maddesi, hukuk aykırı ve yasak eylemleri sayıyor. Bunlardan bir tanesi de uyumlu eylemler, işte, teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler; öyle diyor kanun. Demek ki, uyumlu eylem, rekabeti ihlal eden ve yasaklanmış olan bir eylem. Bu eylem karşısında da, 16'ncı maddede öngörülmüş idari para cezası uygulanacak. Bu maddenin altında da, bu yasaklanmış olan, hukuka aykırı ve yasak olan eylemlere örnekler gösteriliyor. Bunları da anlıyoruz ki bunlar da tahdidi değil, zaten o şekilde de algılanıyor. "F" maddesinin son cümlesi, "şu, şu, şu olursa, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder" diyor. Uyumlu eylem yasaklanmış; hukuka aykırı bulunmuş. böyle bir durum var ise "ispatlanmadığı hâllerde, piyasalardaki fiyat değişikliklerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi", kanıt yok, ama böyle bir benzerlik söz konusu ise, "teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder." Karine teşkil eder; yani uyumlu eylem var. Yasa koyucu bunu var sayıyor, adına "karine" diyelim demeyelim. Neyse. Uyumlu eylem var sayıldığına göre, yasaya göre, ne yapılacak? 16'ncı maddedeki ceza tertip edilecek? Uygulamada da bunun çok örneklerine rastlıyoruz. Keşke birkaç tane dava dosyası getirseydik de gösterseydim ben burada. Şimdi yanımda yok. Değerli dostumuza isterlerse gösteririm; yani "Rekabet Kurulu böyle yapmıyor" diyor da. Çok yapıyor, çok yapıyor bunu. Var sayılıyor yasal olarak uyumlu eylem. Bunun karşılığı ceza. Peki, bu cezadan kurtulmak için teşebbüs ne yapacak? Sayın Konuralp, "efendim, bu karine değil, olsa olsa tespittir." Tespit ama bu belki, o ispatlanmadığı durumlarda.

Doç. Dr. Halûk KONURALP- Var sayılır.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY- Var sayılır. Öyle bir var sayım veya adına ne dersek diyelim, öyle bir şey ki, bunun üzerine de, karşı taraf, -"karşı taraf" dediğim, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs- bunun tersini kanıtlayacak. Nasıl kanıtlayacak? "Hayır, vallahi billahi ben uyumlu eylem içinde değilim" mi diyecek; yemin mi teklif edilecek kendisine? Ben sahtekâr değilim; nasıl kanıtlayacağım? Aynı. Şimdi bu işin bir tarafı. Yaptırım hukukunda, ister cezai yaptırım olsun, ister idari ceza hukukunda olsun, tek bir karine vardır; masumiyet karinesi. Başka bir şey olamaz, başka hiçbir karine olamaz, bir hukuk devletinin, ceza hukukunda, idare ceza hukukunda başka hiçbir karine olamaz. Tek bir karine, "masumiyet karinesi". Buyurun, uyumlu eylem kanıtlayın, cezayı verin; niye ispat yükü karşı tarafa yükleniyor? Bunu Anayasanın 38'inci maddesiyle bağdaştırmak bu nedenle olanaksızdır düşüncesindeyim. Anayasaya aykırılık iddiaları çok sürülmüştür, sürülmektedir. Belki bir gün yüksek Danıştay, -bazen yüksek Danıştay'a ilham sonradan gelir- belki bir gün derler ki, "hakikaten, bu şey Anayasaya aykırıdır, bir Anayasa

Mahkemesinin huzuruna götürelim” derler. Belki o zaman bu iş çözülür veya inşallah, yeni yasal değişiklik yapılması için çalışmalar yapılıyor, belki o değişikliklerde bu garabet ortadan kaldırılabilir. Böyle düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Buyurun Haluk Bey.

Doç. Dr. Halûk KONURALP- Önce, Zatiâlinizin, ilk konuşmacının tereddüt ettiği bir konuya değinmek istiyorum. Taç çizgisinin dışındaki alanlardan söz ettiniz; onun için benim bir şey söylemem lazım, ona karşılık. Buradaki mesele şu aslında, o kadar dışında değil bu alan. Mesela koca bir aile hukuku alanı var, Medeni Kanunda bir yığın madde var; ama sağlıklı işleyen, ailelerle, çocuklarla, karı-kocalarla ne hukuk ilgilendir, ne o kanun ilgilendir. İlgilendiği alan, yürümeyenlerdir, sorunu olanlardır. Hukukun bütün alanları için hepsi böyledir. Aile hukuku herkese hitap eden bir alan olduğu için, mesele ortadadır.

Önce şunu teslim ve tespit etmek lazım. Rekabet mevzuatı son derece yeni bir alan olmasına rağmen, aslında işliyor. İşlediği de şuradan belli: Bilhassa rekabetin maddi hukukuna ilişkin karar bulmakta güçlük çektiğimi söyleyeyim. Bulamadım, yani yok. Sayın Günday doğrulayacaktır. Bu, öbür yönünün büyük ölçüde işlediğini gösteriyor. Herkes de rekabet mevzuatını ihlal ederek iktisadi faaliyetlerini sürdürmüyor. Demek ki, gerçi sabah isabetli bir biçimde belirtildi, tabii ki, bu kayıtlı ekonomi içindeki alan için. Zaten kayıt dışı alanın tamamı bu alanın dışında kalıyor; orada rekabetten söz etmeye zaten gerek yok. Kayıtlı, hukuki alanda demek ki bu sistem işliyor. Sayılar bize burada fikir veriyor. Türkiye’deki iktisadi hareketliliğin boyutu o kadar da dar ve küçük değil aslında. Peki, mesele nerede, yani neden taç çizgisi dışında olmadığını söylemeye çalışıyorum? Bilhassa Danıştay kararlarına baktığımız zaman hemen hemen tamamının usule ilişkin nedenlerle iptale gittiğini görüyoruz. Zaten sizin uyguladığımız şu kriter rekabetin maddi, iktisadi yönü bakımından hiç de rekabete aykırılık teşkil etmez ya da tersine bir karar yok ortada. Kararların bugünkü rekabet alanındaki uyumsuzlukların, idari yargıya intikal eden, benim tespit edebildiğim çok büyük bir kısmı zaten usulün, rekabet usulünün uygulanmasından kaynaklanıyor. Evet, belki bazı dinleyicilerimiz bakımından pek hoş olmayan, bizim alanımız biraz kuru bir alandır, can sıkıcı bir alandır, oralara değinmek zorunda kaldık; ama problemler o alanda ortaya çıkıyor.

Şunu da unutmamak lazım: İşin esası sonuçta, ne yazık ki, o usulü kurallarla kesinleşiyor. Pekâlâ işin esasında haklı olabilirsiniz; ama usulen eğer bu hakkınızı ortaya koyamazsanız, ondan sonra, işin esası bakımından da haksız sayılırsınız. Kısaca bir de uyumlu eylemle ilgili bir şey söyleyeceğim.

Biraz burada Sayın Günday'dan ayrılma gereğini duyuyorum. Zaten o da fark etti; biraz önce bana o şekilde bakarak hitap etti. Bu hükmün, yani “ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraf ispatlasın” şeklinde kaleme alınan hükmün amacı, aslında bunu gaye, amaca uygun yorumlarsak, Rekabet Kuruluna, karar verirken bir ölçüt ortaya koyabilmektir. Amaç burada, benim anladığım bundan, -diğer tarafa- kendi masumiyetini ispat etmek değil. Kesin bir şekilde ispatlanamasa da, çünkü karşı karşıya gelmeyecekler, yani Rekabet Kurulu, “uyumlu eylem vardır” diye düşündüğü zaman karşısındakine bir şey demeyecek. Bu kanaate varıyorsa, kararını verebilir anlamında yetki veren bir hükümdür bu; yoksa diğer tarafa, -böyle anlamamak lazım- ispat yükü yükleyen bir hüküm olarak anlamamak lazım. Bu, kanunun amacını da aşan bir şey olur. Bu Kurula, takdir yetkisini kullanırken uyacağı bir ölçütü belirliyor. Bütün mesele budur, benim anladığım.

Prof. Dr. Erol KATIRCIOĞLU- Benim burada kayıt dışılığı gündeme getirmemin önemli sebebi, iktisatçı perspektifinden baktığımızda, rekabet kuralları, kuralların uygulanacağı ekonominin özelliklerine göre biçimlenmesi gerektiğinden kaynaklanan bir nedenle önemlidir düşüncesindeyim.

Şunu kastediyorum; gelişmiş bir ülkenin ekonomisinin üzerinden oluşmuş olan bir hukuk sistemi, hukuk anlayışı ve uygulamasıyla, gelişmekte olan bir ülkenin hukuk uygulamalarında farklılık olması gerektiğini söylemeye çalışıyorum. Bu farklılığı da, doğrusunu isterseniz, benim ilgilenebildiğim kadarıyla, Rekabet Kurulunun verdiği kararlarda çok fazla görmüyorum; fakat bunun da çok önemli olduğunu düşünüyorum; birkaç nedenle öyle. Küreselleşen dünyada bu kayıt dışılık özel olarak önemli bir fenomen hâline geldi. Rekabetin artmasıyla birlikte, çeşitli sektörlerde firmaların kayıt dışılığa kayması kaçınılmaz hâle geldi bir bakıma. Demin konuşmamda da ifade ettiğim gibi, -bu bir tahmindir- Türkiye’de, gayri safi milli hasılanın yüzde 35’i kadar bir alanında kayıt dışılık olduğu gözüküyor. Dolayısıyla da, bunun, rekabet kurallarının uygulanmasıyla ilgili olarak üç sebeple dikkat edilmesi gereken bir olay olduğu kanaatindeyim: Bir tanesi, ilgili ürün pazarının tanımlanmasıyla ilgiliydi. Gerçekten de, öyle pazarlar var ki, o pazarlarda eğer siz klasik Batı ülkelerinde üretilmiş bir pazar tanımıyla yaklaştığınızda gerçekten pazarı tanımlamış olmayacaksınız. “Fast-food” piyasasını eğer analiz etmeniz gerekiyorsa, örneğin lahmacuncuları koymak zorundasınız veya sandviççileri koymak zorundasınız veya dönercileri koymak zorundasınız. Bunlar, Batı’daki belki üretilmiş olan kalıplar içinde yer almayabilir; ama bizde olması gereken, en azından pazar tanımının genişlemesi etkisi yaratacak olan ve dolayısıyla da hâkim durum analizinde önemli olabilecek olan bir açılım olabilir demek istedim.

İkincisi, doğrusu, haksız rekabet ilişkisi doğurması meselesi. Bu konuda Rekabet Kurumunda bir çalışma var; isimlerini yanlış hatırlamıyorsam Burak Büyükkuşoğlu'yla Murat Çetinkaya'nın yanılmıyorsam 2005 yılında bir uluslararası sempozyumda sundukları bir tebliğ var. O tebliğde, -doğrusu, o tebliğ hakikaten çok hoş bir tebliğ bir tarafıyla- arkadaş 15 kararı alıyor, bu kararları inceliyorlar, haksız rekabet ilişkisi ve kayıt dışılık bağlamında. Buradan vardıkları sonuç idi benim aslında tekrarladığım. Onlar diyorlar ki, “Kurum, kararlarında, kayıt dışılığın varlığını gördüğünde, bunun, cezanın indirilmesi bağlamında kullanmayı tercih etmiştir” diyorlar; yani mealen böyle bir tespitleri var. Ben hukukçu değilim doğrusu, ama bu yaklaşımı benimsemiyorum. En azından, eğer kayıt dışılık var ise, burada, kayıt dışılığın varlığının da, cezanın düşürülmesi bağlamında kullanılmasının doğru olacağını düşünüyorum.

Benim öne çıkarmak istediğim, bu çalışmada da konu olmayan ve benim görebildiğim kadarıyla şimdiye kadar benzer bir görüş de görmediğim, fakat ilgilendiğim alandan baktığımda daha önemli olabilecek olan bir konuyu gündeme getirmektir, o da 4'üncü maddenin muğlaklaşması meselesi dedim. Gerçekten de, söylemeye çalıştığım gibi, küreselleşmeyle birlikte artan rekabet aslında bir yandan kayıt dışılığı yaratırken, bir yandan da, sektörlerde, kayıt içindeki firmaların işbirlikleri arayışlarını da gündeme getiriyor. Dolayısıyla da, işbirlikleri arayışlarının da varlığını dikkate alarak en azından 4'üncü maddeyi tekrar düşünmek gerektiğini söylemeye çalışıyorum. Şu hâliyle ve bugüne kadarki yaklaşımla öyle “Case”ler var ki, bu Case’lerde gerçekten olayın ne olduğunu iktisadi olarak anlamak kolay değil. Bir çerçeveden baktığımızda, “evet, bu insanlar oturmuşlar, konuşmuşlar, şunlar da tespit edilmiş ki bunlar bir kartelin varlığına işaret eder” sonucuna varmak için çok acele edilmemesi gerektiği kanaatindeyim. Gerçekten de Türkiye ekonomisinin şu anda almaya çalıştığı biçimde, şirketler arasında bazı dayanışmacı yaklaşımlar da olacaktır ve bunların varlığı doğrudan doğruya rekabeti engelleyen bir anlamda yorumlanmamalıdır.

Son olarak bir şeyi daha söylemek istiyorum. Bunu da, doğrusu, sabahki oturumda Rekabet Kurulu Üyesi arkadaşımızın da belirttiği bir şeyi tekrar etmek için vesile olarak kullanayım. Rekabet yasaları esas itibarıyla toplumsal refahı artırmak için uygulanan yasalardır. Ama unutmayın ki, toplumsal refah, özellikle kalkınmakta olan ülkelerde bu yasaların da ötesinde yapılabilecek bazı alanların, bazı müdahale edilmesi gereken alanların varlığıyla da ilgilidir. Dolayısıyla da, Rekabet yasaları bence, rekabet politikaları içinden görülerek uygulanması gerekir. Öyle alanlar vardır ki, bu alanlarda refah artışı, rekabet kurallarını tam olarak uygulamakla değil, belki orada istisnai tedbirler önermekle de gerçekleşmiş olabilir. Dolayısıyla da, bu tabii ki biliyorum,

farkındayım, bu farklı iki paradigmanın ortaya çıkış durumu anladığım kadarıyla, ama Türkiye için özellikle altını çizerek söylüyorum, Türkiye, özelliği itibarıyla kalkınmakta olan bir ülkedir. Kalkınmakta olan bir ülke olması da aslında şu anlama gelir: Sadece piyasa mekânizmasının önünü açan reformlarla Türkiye ekonomisinde refah artmaz, daha doğrusu bu artışın bir sınırı vardır. Türkiye'nin çok daha ileri bir ülke hâline gelebilmesinin koşulları da, Türkiye ekonomisinin kalkınma sorunlarının çözülmesidir. Kalkınma sorunlarının çözülmesi de, bir anlamda, Rekabet yasalarının uygulanmasının yanı sıra, belli sanayi politikalarının, teknoloji politikalarının uygulanmasını gerektirir. Dolayısıyla da, Rekabet yasalarının uygulanması perspektifini bir de bu politikalar cinsinden bakar değerlendirmek gerekir ki, sanırım böylelikle ülkeye daha büyük yararımız olur diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Müsaade ederseniz sonra bende söz almak istiyorum ve sıraya giriyorum. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNER (Pamukkale Üniversitesi Mensubu)- Metin Günday Hocamın ifadesine bir cevap arz edecektim; ama Sayın Konuralp Hocam kısmen de olsa cevapladı. Burada, uyumlu eylem karinesinin Anayasaya aykırılığı sorunu eleştirilebilir; ama konun koyucu burada, “ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayabilir” şeklinde ifadesini bulan şey aslında bizim sabahki oturumda tartışılan “haklı sebep” doktrini. Örneğin iki tane “GSM” operatörü altyapısını yenilediğinde, fiyatlarını aynı anda yükseltse, ama tüketiciler bundan haberdar olmasa veya Kurum haberdar olmasa, bir soruşturma açsa, bunlar altyapılarını yeniledikleri için, örneğin 2 banttan 3 banda geçip daha iyi bir hizmet verdiklerini söylemiş olsalar, ekonomik ve rasyonel bir gerekçe olduğu için artık ispat sorunu kalmayacaktır diye düşünüyorum. Ben bunu ilave etmek istemişim

Oturum Başkanı- 4'üncü maddede yer alan karine hakkında ben de bir noktaya işaret etmek istiyorum. Bildiğiniz gibi, bu hüküm, bizim meihazımız olan Avrupa rekabet hukukunda mevcut değildir. Bu hüküm, Avrupa Topluluğu Mahkemesinin verdiği bazı kararlardan çıkarılmıştır ve buraya monte edilmiştir. Bu yapılabilir. Burada önemli olan mesele, koparıp aldığımız kararlarla bağlantının buraya ne kadar aktarıldığı ve Rekabet Kurulu kararlarında bu bağlantının ne kadar dikkate alındığıdır. Rekabet Kurulu maalesef son zamanlarda bütün bağlantıyı koparmış ve Sayın Günday'a hak verecek bir noktaya götürmüştür. Nasıl koparmıştır; size onu söylemek istiyorum. Burada esasında, Rekabet Kurulu sadece, “sen uyumlu eylem yap” demeyecek; “sen uyumlu eylem yap ve ispat yükü bana geçmiş” değil. Onun da bir ispat etmek mecburiyetinde olduğu bir husus var; Rekabet Kurulu bunu yapmıyor. Bakın ne

diyor? “Eğer anlaşmayı ortaya koyacak ispat vasıtaları yok ise, rekabetin engellendiği, bozulduğu ve kısıtlandığı piyasadakine benzerlik gösteren piyasayı gösterecek.” Bir benzetme yapayım diyeyim. Rekabetin bozulduğu piyasalar sarı renkli mi; “bakın, bu piyasa sarı renkli” diye ispat edecek, bu bir. İkincisi; bu sarı renk ne konjonktürden doğdu, ne iktisadi sebeplerden doğdu, sizden doğdu, ama ispat edemiyorum” diyecek. Orada bir ispat var. Rekabet Kurulu ilk kararlarında bu ispatı yapıyordu; şimdi bu ispattan vazgeçti. Sadece, çıplak bir şekilde, parmağını uzatıyor, “sende uyumlu eylem var” diyor ve çekiliyor. Ondan sonra, “sen, 5’inci fıkradaki ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla, herkes bu kararı alırdı, ben bu kararı aldım, bu kararı müstakil olarak aldım, ekonomik gereklilikler bunu gerektiriyordu”, ispat etmek mecburiyetinde kalacak. Bana öyle geliyor ki, Rekabet Kurulu eski tatbikatına yönelse, sizin endişeniz daha az haklı olabilir; ama gittikçe koparmaya başladı. Bu, son 2 yılın ortaya çıkardığı bir gelişme. Bu gelişme... Bakın, beşinci defadır iktisatçılar tenkit ediyor. İzak Atıyas geldi, “bu tamamıyla çıplak bir hâle geldi” dedi. Gürkaynak geldi tenkit etti, hep bu noktalardan. Neşriyat bu noktada derinleşiyor, bu karine dolayısıyla derinleşiyor.

Benim kanaatime göre, karinenin içinde Rekabet Kuruluna yüklenilmiş bir ispat yükümü var; o da, bozuk piyasayı ispat etmek. O da bizi, sizin biraz evvel söylediğiniz, meseleyi ekonomik açığa götürüyor. Bizde ekonomik açığı kaybolmaya başladı. Eskiden yapıyorlardı; şimdi kaybolmaya başladı. Benim arzım bu. Buyurun sayın Aslan.

Fatma ASLAN- Benim sorum Metin Hocamıza olacak, kendisi uygun olursa tabii. Kabahatler Kanunuyla ilgili olarak bahsettiğimizde, “kanun yoluna başvurulmadığı hâlde yaptırımların kesinleşemeyeceği belirtilmiştir” denmişti. Bu durumun, idari işlemlerin yapıldığı anda kesin ve icrai olduğu ilkesiyle çelişip çelişmediği hakkında kendisinin ne düşündüğünü öğrenmek istedim. “İdari işlemin ilgilisi, işlem neticesinde menfaati zedelenen kişidir” diye bir ilkemiz vardı, eğer ben yanlış hatırlamıyorsam idare hukukunda. Bunu, Rekabet Kanununun, rekabetin ihlal edilmediğinin tespitine ilişkin kararlarına uyarladığımızda, baktığımızda, şikâyetçinin menfaatinin zedelenmediği söylenebilir mi, eğer zedelenmediği söylenebiliyorsa, o zaman, “şikâyetçi, işlemin ilgilisi değildir” denebilir, ama eğer “zedeleniyor” diyorsak, şikâyetçi, işlemin ilgilisi ve dolayısıyla tarafı olmaz mı? Kendisine bunları sormak istiyordum.

Oturum başkanı- Teşekkür ederim. Bir hususu açıklayayım. Tartışmada soru sormak iseyenlere söz vereceğim fakat son 15 - 20 dakika sayın Karakelleğe aittir. O, bütün soruları tabii ki cevaplamak hakkına haizdir. Onu da bu başlangıçta size bildireyim. Buyurun.

Av. Hikmet KOYUNCUOĞLU (İstanbul Barosu Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Merkezi Temsilcisi)- Üç konu hukuk-iktisat ilişkisi. Şimdi değerli hocalarımın yanında çok enine boyuna teşbihlere girmek istemiyorum; ama “teşbihte hata olmaz” söylemiyle hareket edeceğim. İktisat biliminden yararlanılarak bu rekabet hukuku, rekabet sorunlarının analiz edildiği kesin, bu bilimin duayenlerinin çok büyük katkıda buldukları kesin; fakat ben, bu iki bilim dalının niye üst üste ve karşı karşıya getirilmeye çalışıldığını bir türlü anlamıyorum. Delil tespitinde, karinelerde, maddi vakaların tespitinde, bilirkişilik kurumu açısından bile bu bilim dalından sonsuz yararlanacağız. Açıkçası, endişen ve korkum: Vergi hukuku-mali müşavirler ilişkisinin, kimsenin öyle bir düşüncesi olduğunu düşünmeyerek, bu alanda da yaratılmak istenip istenmediğinin, özellikle bir Baro temsilcisi olarak, bağlı bulunduğum meslek Birliği açısından önemini arz etmek istedim. Benim aklıma gelen, bir fabrika çatısının hasarında inşaat mühendislerinden bilirkişi raporu alınıyor diye, bir hasarda, bu alandaki çatışmalarda mühendislik biliminin esas alınacağı gibi bir fikir geliyor benim aklıma, ki böyle bir münazara gördüm, ne böyle bir iddia gördüm herhangi bir mühendis tarafından. Niye özellikle hukuk dalında bu tür konular ortaya konuluyor; onu özellikle Sayın Katırcıoğlu’na olmak üzere ortaya koymak istedim.

Avukatlık Kanunu madde 35’te, Rekabet Kurulu soruşturmalarında, bırakın herhangi bir soruşturmayı, yapılan yazılı savunma hizmetinin birer avukatlık mesleğinin görev tanımının içerisinde olduğu ve münhasıran avukatlara ait olduğu belirtilmiş durumda. Rekabet hukuku adı altında, çoğumuzun uzman, akademisyen, hukukçu, diğerlerinin de uygulamacı olduğu bir ortamda bu konunun gündeme getirilmemesine şaşıyorum.

En azından baro disiplininin geçmiş ve bu konuda bütün hukukçuların, bütün avukatların dilekçelerine ilk bakış açısı olan savunma hakkı, hatta en basitinden, sonlarına eklediği savunma hakkının engellenmesi, taraf iddiaları, usuli konularda bu avukatların belli bir şekilde bu sürece dahil edilerek, en azından Rekabet Kurulunu, Rekabet Kurulu üyelerini, uzmanlarını antrene etmesi düşünülemez mi? En sonunda, Danıştay’dan dönen kararlardan dolayı veryansın ediyoruz, feveran ediyoruz. Bizim dilekçelerimizin hepsinin altında, “savunma hakkı” yazar, “taraf iddiaları” yazar. Bizim bu soruşturmalarda, münhasıran avukatlara verilerek iktisat biliminden yararlanılır. Bu tartışmayı bu kadar ileri götürmeyi de düşünmüyorum. Hatta en önemli unsur, en önemli katkı oradan da gelir. Usulü bu kadar götürmekle görevlendirilmiş meslektaşların bu hataların hiçbir tanesini yapmayacağını ve en azından değerli Kurul üyelerinin, hukuk kökenli olmayanlara da, bu bakış açısını ve nosyonunu verebileceği bir ortamda niye bu tartışma? Evet, Avrupa’da böyle değil; ama Avrupa’daki

hukukçu kimliğiyle Türkiye'dekini lütfen karşılaştırmayalım. Özellikle Metin Günday Hocanın bu konudaki fikriyle Erol Beye sözü bırakıyorum.

Bir Katılımcı- Hukukçularından birisi olarak, iktisatçı arkadaşlarım ya da diğer bilimlerden yetişen arkadaşlarımın da usul kurallarına çok dikkat ettiğini söylemem lazım; çok hassaslardır bu konuda. Ben Halûk Hocama teşekkür ediyorum. Benim uzmanlık tezim “delil” üzerineydi. Siz dediniz ki, “hiç gerek yok, kapatalım, delil, her türlü delil olabilir, onun kadar atfa gerek yok.” Ben de ona katılıyorum tabii ki. Ama o zaman ben tezimi de atayım falan diye düşündüm, söz öyle dediğinizde. Ben size katılıyorum. Şikâyetçiyi, evet, taraf olarak kabul etmiyoruz. O yönde de sizin görüşünüze katılıyorum.

“Sözlü savunmaya neden katılıyor” sorusunda belki şöyle düşünmüş olabiliriz diye size bir açıklama getirmek istedim: Sözlü savunma toplantısına, soruşturulan taraflar, hakkında soruşturma yürütülen taraflarla ve teşebbüslerle, doğrudan ya da dolaylı menfaati olduğunu oturumdan önce ispatlayan ya da onların temsilcileri katılabiliyor; şikâyetçiyi bu bağlamda düşünebiliriz. Şikâyetçi, dediğiniz gibi, bizim için, bizim resen bulmamız gereken rekabet ihlallerini bize bildiren bir mekanizma ve ondan sonra bağımız kopuyor. Bazen, şikâyetçi şikâyetini bizden geri de almış olabiliyor; ama biz yolumuza devam ediyoruz ya da artı ihlaller bulabiliyoruz ya da olmadığını da söyleyebiliyoruz.

Bir de burada şeyi hatırlatmak isterim. “Dosyaya erişim hakkı” denen bir mevzuat var Avrupa'da; bunu da göz önünde bulunduruyoruz. Orada, şikâyetçiye istisnaidir dosyaya erişim hakkı Hocam ve reddedilmesi hâlinde dosyaya girebiliyorlar.

Av. Oya ŞEHİRLİOĞLU- Bir önerim, bir de sorum olacak. Önerim; 4 yıldır buraya devam eden birisi olarak, bu tebliğlerin süreleriyle ilgili. Tebliğleri seçen kurulun, önlerine gelen tebliğlerin içerik olarak birbirleriyle eşit olmadığını gördüğünü farz ederek konuşuyorum. O yüzden, farklı zenginlikteki ve içerikteki tebliğlere aynı derecede süre ayrılmasının çok hakkaniyetli bir davranış olmadığını düşünüyorum. Bugünden örnek vermek gerekirse, Şahin arkadaşımızın tebliği son derece kapsamlıydı. Onun tebliğini en azından artı 10 dakika dinlemek hepimizi fazlasıyla memnun ederdi diye düşünüyorum. Önümüzdeki sene tebliğ süreleri gözden geçirilirken bu da göz önünde bulundurulursa sevinirim.

Sorum da, Halûk Hocanın şahsında, cevap vermek isteyecek diğer hocalarıma ve son 15 dakikalık süresi içerisinde de İsmail Beye olacak. Özellikle soruşturmaya konu teşebbüslerin sayısının, -“taraf” kelimesini kullanmaktan ben de özellikle kaçındım bu sefer- birden fazla, hatta 10'larla, 20'lerle ifade edildiği çoktarafli soruşturmalarda Kurum tarafından bizden bilgi

ve belge istendiğinde, hem yasadaki kaynaklanan zorunluluğu yerine getirmek, hem de savunma hakkımızı kullanmak adına bizden istenen bilgi, belge, savunma, isim, yönetim kurulu kararı, rakam, fatura, ne isteniyorsa, biz Kuruma bunları süresi içerisinde, doğruluklarını da onaylayarak bunları Kurula tevdi ediyoruz. Bizimle aynı soruşturmada taraf olan diğer soruşturmaya konu teşebbüslerden kimileri bilinçli olarak bu bilgiyi vermekten kaçınıyor ve bunu da ifade ediyorlar, kimileri de, “kusura bakmayın, biz bunları size sağlayamıyoruz” diyorlar. Yazılı savunma ve/veya sözlü savunma aşaması da bitirildikten sonra kararı elinize aldığımızda bir de görüyorsunuz ki, bu bilgi ve belgeleri bilinçli olarak vermeyen teşebbüsler hakkında, yeterli kanaatin oluşmasına esas teşkil edecek delil toplanamadığından, bunlar hakkında, rekabeti bozucu veya ihlal edici bir davranış olup olmadığı konusunda Kurul karar vermiyor. Bu kararın ne derece hakkaniyetli olduğu konusunda bir fikir sahibi olmak istiyorum.

Dr. Kemal EROL- Bugün tabii, Rekabet Kurulunun ilk oluşumunda görev yapan sadece ben olduğum için birkaç konuda belki açıklama yapmak gereği ortaya çıktı, Nurettin Bey gerçi konuşmasını yaptı ama en azından şu anda bazı konulara açıklık getirmek bakımından.

“Taraf” konusunun gerçekten bugün masaya yatırılmış olması, -Halûk Hocamıza şükran borçluyuz- son derecede önemli. Tesadüfen soruyu yöneltten Yılmaz Aslan Hocamızın vekili olduğu bir dosya dolayısıyla Rekabet Kurulunda bu konuda bir orta yol bulduğumuzu hatırlayacaklardır. Belki bunu açıklamak gerekir. Nihayet hukuk menfaatlerinin dengelenmesi sanattır. Hocamız da hakkı teslim etti ki, Rekabet Kanunu, ilk idari usul hükümlerinin en geniş şekliyle yer aldığı bir kanun olarak, Türkiye’de olmayan idari usulü düzenleme bakımından başarılı bir kanun olarak kabul ediliyor. Burada da tabii, şikâyetçinin sadece, kanunun görevini yapmak durumunda olan, Rekabet Kuruluna yardımcı olarak görülmesi belki doğru olmayabilir. Şikâyetçinin, bu şikâyetinden sonra elde edeceği sonuç onun özel hukuk bakımından haklarını son derecede yakından ilgilendirdiği için, onun birazcık daha belki, tabii ihbarcı için söylemiyorum, ama şikâyetçi için, ona birazcık daha, taraf değilse bile, menfaatlerin dengelenmesinin gerektirdiği ölçüde haklar verilmesi gereğinden hareketle, biz, Yılmaz Hocamızın şikâyetçi vekili olarak yaptığı başvuruyu Rekabet Kuruluna getirdik. Yanlış hatırlamıyorsam, önaraştırma raporunu tebliğ ettiğimiz gibi, kendisinin dosyada bütün belgeleri, gizlilik dereceli olmayanların dışındaki bütün belgeleri incelemesine izin veren bir karar çıkarttığımızı hatırlıyorum, bu konudaki ilk karar olarak.

“Uyumlu eylem” konusunda her şey söylendiği için onlara bir şey söylemeyeceğim. Yalnız, tespit de yapıldı. Gerçekten, o tarihte uyumlu eylem

bakımından biz mümkün olduğu kadar şeyi ispatlama konusunda özen gösteriyor idik; en azından, piyasada, bozulmuş piyasadakilerine benzeyen bir durumun varlığını ispatladıktan sonra, karşı tarafa, tersini ispatlamasını yükümlülük olarak getirmenin daha doğru olacağı gerçeğinden hareketle o ilk hususu biz ispatlamaya kalkıyorduk.

Diğer bir sorum; aslında bu soru olarak yöneltilecekti ama sağ olsun, çok güzel açıklamalar yaptığı için bunları sormaktan kurtardı beni. Sayın Profesör Doktor Metin Günday'ın tebliği çok güzel. Her bakımdan ben de aynen katılıyorum görüşlerine. Gönül arzu eder ki, Danıştay'ımız bir an önce esasa ilişkin kararlarını vermeye başlasın ve içtihat hukuku olarak da gelişsin. Bu konuda da, Rekabet Kurulu kararlarının yargı yerinin Danıştay değil de, idare mahkemesi olması gerektiği konusunda maalesef çok büyük eleştiriler almıştık. Hatta, hatırlayacaksınız, 10'uncu Daire Anayasa Mahkemesine götürdü. Anayasa Mahkemesi nezdinde bunun savunmasını yapan kişi olarak, -karar da oybirliğiyle çıkmıştır, aykırılık olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı-oradaki gerekçem tamamen de, rekabet hukukunun Türkiye'de yeni olması. Bu hukukun bir an önce içtihat hâline gelebilmesinin tek koşulunun, bir tek dairede görülmesi sayesinde ancak olabileceği, idare mahkemelerinde görüldüğü takdirde bu içtihat hukukunun oluşmasının çok zor olacağı konusundaki tartışmalar bu kararın çıkmasına da yol açtı. Bu Anayasa Mahkemesinin müsamahası diyeyim veyahut da bu konudaki kararının dayanağının gerçekleşmesi benim de bir temennim.

“Kabahatler Kanunu” son derecede önemli bir gelişme oldu. O konuda hukuken bir kargaşa yaşadık. Salondakilerin çoğu bu konuda bilgi sahibi olmayabilir. Hocam onu çok güzel özetlediler. 5326 Sayılı Kanunun tanımına girdiği konusundaki tespitini tekrarladığı için, bu konuda bizim de uyanık olmamız bakımından bunu vurgulamak istiyorum bir hukukçu olarak. “Kabahat” tanımına girdiğine göre, bu, Kabahatler Kanununun genel çerçevesi içerisine de girmiştir. Hatta, iptal kararından sonra çıkmış olan kanun bunu da perçinlemiştir. Sadece yargı denetimi bakımından Danıştay denetim yetkisine döndürülmüştür, değişiklikten sonra. Maalesef, bu kanunun garipliği sebebiyle Kabahatler Kanununu Rekabet Kurulu uygulamak zorundadır benim görüşüme göre. “Hangi hükümlerini” diyeceksiniz. Tebligat hükümlerini. Özel kanun-genel kanun ilişkisi değerlendirilecek olursa, tebligatı belki de Kabahatler Kanununun kapsamına, daha sonraki, hele genel kanun kapsamına girdiği konusunda bir tespitimiz varsa, tebligatı artık bizim Rekabet Kanununa göre değil, Kabahatler Kanununa göre yapmamız gerekecek. “Zaman aşımı” hükümleri, 19'uncu madde hükümleri bence artık mülga hâle gelmiş olabilir. Bunları da iyi değerlendirmemiz lazım.

Hocam gayet güzel tespit etti; kesinleşme bakımından da, sadece yargı denetimi bakımından Danıştay'ın denetimi devam edecektir. Bu çok önemli bir gelişmedir. Ya biz rekabet hukukçusu olarak buna sahip çıkalım, Kabahatler Kanununun kapsamı dışına çıkartılması konusunda çalışma gösterelim ya da bu kanun yürürlükte olduğu sürece, hele hele değişiklikten sonra, buna uygun davranma konusunda hukukçu olarak özen göstermemiz gerektiğini düşünüyorum. Gerçekten son derecede tehlikeli bir gelişme olarak görüyorum ben bunu. Çok iyi niyetle çıkartılmış bir kanun olabilir, kabahatleri aynen cürümler gibi tek bir kanun altında toplamak iyi bir fikir gibi görünebilir; ama, sadece rekabet hukuku değil, EPDK, SPK ve diğer idari organların vermiş oldukları kabahat niteliğindeki para cezaları ve diğer yaptırımlar bakımından yeni bir kanun getirilmiş olması, diğer kanunlar bakımından da, onların o hükümlerinin geçersiz hâle gelmesi gibi bir sonuç yaratabilir.

Bir de tabii geçiş süreci var ki, o çok kompleks bir şey. O da şu: Bir süre, biliyorsunuz, idari gözden geçirme usulü bakımından da adliye mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkin kanun yürürlükte kaldı, iptal edilinceye kadar. O süreçteki hukuki tartışmayı hiç söylemek istemiyorum. Gerçi, “görev hükümleri, göreve ilişkin kanun geriye doğru yürür” denilebilir. Uyuşmazlık mahkemesinin vermiş olduğu kararlar, her ne kadar Rekabet Kanununa ilişkin olarak bir karar vermediyse de, Kabahatler Kanunu yürürlüğe girdikten sonra pek çok kanunla ilgili olarak uyuşmazlık mahkemesi kesin nitelikte kararlar verdi. Bu kararlar bakımından bizim bağlı olduğumuzu düşünüyorum. Ben de Metin Hocamızdan bu konuda çok özet olarak, ben özetledim ki, çabuk cevap verebilsin diye.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY- Sayın Başkanım, sabahki tebliğimi sunarken belki zaman bulamadığım için çok ayrıntısıyla anlatamadım bu Kabahatler Kanununu. Daha önce bir Hanımefendi arkadaşımız da zannediyorum bununla bağlantılı, “peki, idari işlemin icrailiği ne olacak” diye sordu. Doğru. Zaten idari işlemin Rekabet Kanununa göre icrailiği ertelenmiş; “3 ay içinde para ödenir” diyor. Oysa, icrai idari işlem derhâl uygulanır. Bir kere, burada icrailiğe bir istisna getirilmiş. Daha önce üstelik, idari yargı yönünden kesinleşmesine ertelenmişti. Şimdi 3 aylık. Bu bir.

İcrailik, doğru; ama, icrailekle beraber, idari yargılama usulünde, eğer siz yürütmeyi durdurma müessesesini âdeta kullanılamaz bir biçimde ve sıkı koşullara bağlarsanız olmaz. Açıkça hukuka aykırı. Bu ikisi birlikte gerçekleşir. O zaman, yürütmeyi durdurma kararı almak mümkün olmaz veya çok zor hâle gelir, velev ki, bazı şekil, usul, belirgin hatalar bulunsun. Dolayısıyla, icrailik tamam; ama, icrailik olacak ise, aynı zamanda, etkili bir yargı denetiminin, iptal davasının en önemli aracı olan yürütmeyi durdurma müessesesinin de yeniden

düzenlenmesi lazım. Bu olursa, icrailik tamam. Gidersiniz mahkemeye, Danıştay'a, "telafisi güç bir zarar ortaya çıkıyor." Sadece buna bakarak yürütmeyi durdurma kararı verebiliyorsa, tamam.

Zaten işi karmaşaya sokan bu Kabahatler Kanunu. Olumlu yanı; olumlu yanı var Kabahatler Kanununun. İdari cezalar, idari ceza hukuku; idari ceza hukuku bizde hiç bilinmeyen bir şey, idari ceza hukuku, idari yaptırımlar hukuku. Tabii, bu idari yaptırımların tabi olacağı temel ilkelerin yer aldığı bir yasa yok. Kabahatler Kanunu belki, bilinçli ya da bilinçsiz, bilmiyorum, bu şekilde bir düzenleme yapmakla olumlu. "Kabahatler Kanununun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır" diyor. "Diğer kanunlarda, karşılığında idari para cezası öngörölmüş eylemler, haksızlıklar da kabahattir" dendiikten sonra bu devam ediyor. Kabahatler Kanununun bu Genel Hükümleri nedir? Bilfarz madde 9 (Kabahatler Kanunu, Kast ve Taksir.) Bu kanun çıkmadan önce biz hiç düşündük mü? Biz idare hukukçuları da pek düşünmedik; itiraz edeyim. Acaba, bir idari yaptırım uygulandığında, idari yaptırımı uygulayacağımız kişi veya kişi topluluğunda bir kusur arayacak mıyız, yani kusuru var mı yok mu; şimdiye kadar hiç düşünülmedi.

Kabahatler Kanunu Genel Hüküm Madde 9- (Bu da uygulanacak) "Kabahatler, -hakkında- kanunda açık hüküm bulmayan hâllerde, hem kasten, hem de taksirle işlenebilir." Demek ki, asgari bir kusur arayacağız bundan böyle; bu, Kabahatler Kanununun genel hükmü. Rekabet Kanunundaki kabahatlerde de bunu arayacağız; kanun öyle diyor. Kabul edelim etmeyelim, bu böyle şimdi. Şimdi şeylerini söylüyorum.

İçtima; içtima ile ilgili Rekabet Kanununda bir hüküm var mı? Yok; öteki idari yaptırımları öngören kanunlarda da yok. İçtima olmaz mı? Olur; çok da oluyor. Ne yapacağız? Buyurun; İçtima (Kabahatler Kanunu Genel Hüküm Madde 15), İştirak, Teşebbüs. Kabahat teşkil eden eyleme teşebbüs etmek, ona katılmak; bunların hepsi Genel Hükümler. Ne diyor kanunun 3'üncü maddesi; (değişiklikten sonra daha da, sizin buyurduğunuz gibi, vurguladı yasa koyucu), "öteki kanunlarda da bu uygulanır." Ne uygulanmaz? "Kanun yollarına başvuru ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla." Gerisinin hepsi, -bu kanunu beğenelim beğenmeyelim- uygulanmak durumunda; pozitif hukuk şimdi bunu emrediyor.

Sabahki konuşmamda şunu söyledim: Bir de, bunun, idari işlemi icraiyle bağdaşır mı bağdaş mı, yerinde mi değil mi; bunu da tartışmıyorum. Kanun yollarına başvurulduktan sonra, ilgili kanundaki hükümlerine göre, -rekabet hukukunda Danıştay'a- bu başvurunun, kararın icrası üzerine etkisi nedir? "Kesinleşmesi için, süresi içinde kanun yollarına başvurulmamış olması gerekir" diyor. Süresi içinde kanun yollarına başvurursa kesinleşmez. Denebilir

ki, “efendim, 55’inci madde özel hüküm.” Doğru. Şu olmasaydı özel hükümdü. Ondan sonra yeni düzenlemede bir daha vurguladılar. Bundan sonra onun özelliğinin kaldığını zannetmiyorum. 55’inci maddede hani, “dava açılmış olması yürütmeyi durdurmaz” diyor ya, bundan sonra pek bir özelliği kaldı mı kalmadı mı; bunu zannediyorum. En azından, Kabahatler Kanununun 17’nci maddesinin 4’üncü fıkrasına baktığımızda, -bu da Genel Hüküm- ne diyor? “Genel bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idari para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar 6183’e göre tahsil edilmek üzere, Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir.” Yüksek Danıştay, yürütmeyi durdurma talebini reddetti. Şimdi belki Sayın İsmail Bey dostumuz bana söyleyecek, bilmiyorum; “Rekabet Kurumunun uygulaması ne yönde olacak?” Şu maddeye göre siz, Maliye Bakanlığına gönderebilir misiniz, kesinleşmiştir diyebilir misiniz? Açılmış olan, iptali talep edilmiş olan bir idari para cezasının tahsilini isteyemezsiniz. Vergi dairesi müdürünün bunu iade etmesi lazım. Diyecek ki, “bitti mi bu dava?” Yok.

Garip bir şey daha var, özellikle bu Anayasa Mahkemesi iptal kararından sonra. Anayasa Mahkemesinin iptal kararını da anlamak mümkün değil, bu 3’üncü maddeyle ilgili. O da zaten bir kargaşa yarattı. Anayasa Mahkemesi, idari yargı-adli yargı ayrımını esas alarak iptal kararı verseydi ve deseydi ki, “idari kurullar, idari makamlar, idari merciler tarafından uygulanacak olan idari yaptırımlara karşı adli yargıya başvurulması Anayasaya aykırıdır, Anayasa Mahkemesinin 10 yıllık içtihadı da zaten bu yöndedir”, bunu deseydi problem kalmazdı. Hayır, öyle demedi. “Efendim, bu 3’üncü madde, özel kanunlardaki kanun yollarına başvuru hükümlerini dikkate almadığı için Anayasaya aykırıdır”; gerekçeden o çıkıyor. Niye Anayasaya aykırı olsun? Ya hep Anayasaya aykırı olur veya hiç olmaz.

Sermaye Piyasası Kurulu Kanununda özel bir hüküm yok. Sermaye Piyasası Kurulu da idari para cezası veriyor. Nereye gideceksiniz? Adli yargıya, sulh ceza mahkemesine itiraz değil mi? İcra durdu mu? Durdu. Telekomünikasyon Kurulunun vereceği cezaya karşı nereye gideceksiniz? Özel düzenleme var mı, “Danıştay gidilir” diye? Yok. RTÜK; RTÜK Yasasında da öyle bir şey yok.

Bunların hepsi bağımsız kurullar, hepsi bağımsız kurullar. “Denetleyici ve düzenleyici kurullar”; adı o oldu. Evvelden, “bağımsız idari kurum”, “bağımsız idari otorite” vesaire, birtakım başka deyimler kullanılıyordu. Şimdi yasal olarak, “denetleyici ve düzenleyici kurullar” oldu bunların adı. Aşağı yukarı hepsi aynı statüye, bütçe rejimi itibarıyla da aynı statüye tabi tutuldu. Haddizatında, bundan sonra, Türkiye’de bağımsız idarimi kurum var mıdır yok mudur; bu da tartışılır. Sizin artık bütçe mali özerkliğiniz kalmadı, mali

özerkliğiniz yok. Bütçenizi Türkiye Büyük Millet Meclisi yapacak. Siz hazırlayacaksınız sadece.

Sermaye Piyasası Kurulu bağımsız Kurul; aynı statüde, her şeyiyle. Onun verdiği para cezasına karşı, efendim, adli yargıya başvurduğunuzda, itiraz kesin olarak sonuçlanıncaya kadar bu parayı ödemeyeceksiniz; RTÜK için öyle. Peki, Rekabet Kurulunun ne ayrıcalığı var, Rekabet Kurulunun verdiği para cezalarının? Değil mi; bir de böyle bir ters sonuç çıkacak.

Dolayısıyla, bu Kabahatler Kanunu, özellikle idari para cezalarının tahsil edilmesi, hangi aşamada tahsil aşamasına gelecek, hangisinde gelmeyecek, bunda bir kargaşa çıkartıyor, bir farklı uygulamalara yol açıyor; ama benim görüşüme göre, bundan böyle bu Genel Hükmün, bütün kabahatlere ilişkin verilen idari para cezaları için uygulanması gerekir.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY- Ben, “şikâyetçi-muhbir”, bunların da pek, Rekabet Kurulunun, rekabet hukukunun uygulanması bakımından bir önem taşıdığını zannetmiyorum. Kurul zaten resen, resen, hatta bazen önaraştırma dahi yapmaksızın soruşturma açmaya yetkili; herhangi bir şikâyete tabi değil zaten veya Kurulun, dışarıdan yapılacak herhangi bir başvuruyla tahrik edilmesi zaten gerekli değil, yani yasal zorunluluk yok.

Şikâyetçi, menfaati olan bir kişide bir rekabet ihlalini Kurulun önüne getirebilir; bir vatandaş da, -zannediyorum Halûk Bey de söyledi- herhangi bir vatandaş da getirebilir. Bir nevi, iptal davalarında bile biz, idari yargıda, kamu yararını ilgilendiren işlemler söz konusuysa, aşağı yukarı bütün vatandaşların veya bir beldeyse belde halkının tümünün bunları iptal davası biçiminde yargı önüne getireceğini düşünüyoruz. rekabet ihlalinde de, rekabetin ihlal edilmemesinde de kamu yararı olduğu için, -ister “şikâyetçi” deyin adına, ister “muhbir” deyin, çoğu kez galiba bunlar muhbir oluyor, hangisiyle adlandırırsanız adlandırın- neticede Kurulun önüne getiriyor. Kurul zaten bu şeyi haricen de öğrense kendiliğinden soruşturma açmaya yetkili olduğu için, burada bir menfaat ihlali o kadar, şikâyetçi var mıdır yok mudur o kadar önemli değil. Ama belki, Hocamın dediği gibi, ileride bir özel hukuk davası açacaksa, belki o açıdan, açacağı özel hukuk davası bakımından şikâyetçinin menfaatinin olması ve ileride bir hakkının ihlal edilmesi nedeniyle Rekabet Kurumunun vereceği bir ceza kararını da mesnet alarak bir tazminat davası açması daha kolay olabilir.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY- Ben bu anlamda şikâyetçinin bir taraf olacağını zannediyorum. Bu anlamda adeta, -tırnak içinde söyleyelim- bir taraf olacağını ben zannetmiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Tekrar söz alma gereği hissettim. Çok önemseydiğim bir meslek kuralıyla ilgili bir şey söylendi. İstanbul Barosunun desteği için teşekkür ediyorum. İstanbul Barosunu temsilen gelen arkadaşımız, “burada 35’inci maddeden kimse bahsetmedi” dedi. Onun için, 35’inci maddeyle ilgili bir şey söylemem lazım. Burada bunları başka da hiç kimsenin bildiğini zannetmiyorum. Kemal Bey hatırlayabilir.

35’inci maddeyle ilgili olarak Rekabet Kurulu önünde itirazlarda buldum birkaç defa. Hukukçu olmayan, yanında bir avukat da olmayan birisinin hukuki savunmalar yapması Avukatlık Kanununa aykırıdır, dolayısıyla bunu kabul etmemeniz gerekir dedim. Rekabet Kurulu dinlemedi bunu ve kararına da bununla ilgili bir şey yazmadı. Buna rağmen ben, Danıştay önünde de yine bu durumu gündeme getirip Danıştay dava dilekçeme bunu yazdım, birkaç tane olayda yazdım üstelik. Maalesef, Danıştay’a ne yazarsanız yazın ya da hiçbir şey yazmayın, bir tane cevap alıyorsunuz: “Üye katıldığı için iptaline.” Diğer yazdığınız sayfalarca konu hiçbir şekilde gündeme gelmiyor maalesef. Artık şu anda böyle bir şey olmuyor; karşılaşmıyorum. Karşılaşırsam gene aynı itirazları yapacağımdan emin olabilir bu arkadaşımız. Bu, kendine saygıdır, kendi mesleğine sahip çıkmaktır. Dolayısıyla, kanundaki temsilci, tüzel kişilerin kanuni temsilcisidir. Onun dışında bir kişiyi temsil etme yetkisi, hukuki savunma yapmak için temsil etme yetkisi Avukatlık Kanunuyla, 35’inci maddeyle avukatlara verilmiştir; dolayısıyla, hukuki savunmayı avukatların yapması gerekir. Arkadaşımızın bu konudaki merakının tatmin olduğunu zannediyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Buyurun.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Kurum Başkan Yardımcısı)- Saatin farkındayım, ama düşüncelerimi de olabildiğince özetle de olsa söylemek istiyorum. Yanlış bilmiyorsam bizi Kayseri turu ve kokteyl bekliyor. O nedenle sabrınızı zorlamak istemiyorum. Bir defa öncelikle toplantıyı düzenleyenlere çok teşekkür etmek ve kendilerini yeniden kutlamak istiyorum. Başta Ünal Hocamız, öğrencisi Ayşe Hanım ve Kurumumuz Eğitim Müdürlüğü çalışanları olmak üzere emeği geçen herkesi kutluyor, teşekkür ediyorum. Beşincisinde, yine bir aradayız ve her zaman olduğu gibi kendi adıma söyleyebilirim, çok şey öğrendim bu toplantıdan.

Bu toplantıya, -bana öyle geldi, yanılıyor muyum bilmiyorum- “taraf” tartışması damgasını vuruyor. Geçen yıl, “uyumlu eylem karinesi” damgasını vurmuştu. Bende “taraf” meselesini önemli görüyorum. O yüzden, söyleyeceklerimin en sonuna onu bırakıyorum. Diğer bazı hususların üzerinden süratle geçeceğim.

En son tebliğ sahibi Zeynep hanımlar girişte niye öyle söylediler bilmiyorum ama “biz, Rekabet Kurumunu ve Rekabet Kurulunu eleştirmek istemiyoruz” dediler, sonra da çokca eleştirdiler, ama o cümle söylenildi ve kayıtlara geçtiği için değerlendirmek istiyorum. Hayır, eleştirilecek. Gök kubbenin altında eleştirilmeyecek hiçbir şey yok; Rekabet Kurumu eleştirinin dışında değil. Kararları da eleştirilecek, yaptıkları da eleştirilecek. “Dabbar” mıydı sevdiği deriyi en fazla yere vuran? bizi en fazla eleştirenlerin bize en fazla değeri verdiğini biliyoruz. Siz de bugün öyle yaptınız. O cümleler girdiği için bunu açıklamayı gerekli gördüm. Eleştirileceğiz kuşkusuz lisan-ı münasiple; siz de öyle yaptınız zaten, bütün konuşmacılar öyle yaptı.

Diğer tebliğ sahiplerinin söyledikleri bazı noktalar üzerinde çok kısa duracağım: Birincisi, bu toplantıda da Metin Hocamız üzerinde durdu. şu meşhur 43’e 2’den ilk yazılı savunma istenirken “önaraştırma raporları”nın gönderilmemesi meselesi. Bilindiği üzere, bir İdari Usul Kanunumuz yok ve idari usul yönünden en geniş düzenlemenin, teşebbüsler bakımından en geniş savunma hakkını veren kanunun, Rekabet Kanunu olduğunda herhâlde hemfikiriz; Halûk Hoca da bugün o yönde düşüncelerini söyledi. Çok açık bir şey. Geniş savunma hakkı tanınmış ama acaba biz uygulamada, birinci yazılı savunmada bu hakkı kısıtlıyor muyuz? Hayır. Hepiniz biliyorsunuz ama 43’üncü maddenin bu birinci yazılı savunmaya ilişkin fıkrasına bakalım: “Kurul karar tarihinden itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara soruşturmaları bildirir ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermelerini ister”, devam ediyoruz, “taraflara tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için, Kurulun, bu bildirim yazısıyla birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir.” “Bilgi” diyor; “belge” demiyor. Kanun koyucu burada bilinçli bir tercihte bulunmuştur. O yüzden önaraştırma raporunu göndermiyoruz, o yüzden başka belgeleri de göndermiyoruz. Peki, hiç mi göndermiyoruz ya da hiç mi göndermeyeceğiz diyoruz? Hayır. Kanun koyucu 45’inci maddede soruşturma raporunun tebliğini söylüyor. Soruşturma raporu giderken, hepsi gidiyor. İlk safhada göndermeyi kanun koyucu uygun bulmuyor. Her seferinde bu tür tartışmalar çıktığı zaman, “mehaza dönüp bakalım” diyoruz. Mehazda da, belgeler soruşturmadan sonra gitmektedir. “State of objection” dedikleri, biz de, “soruşturma raporu”nun tebliğidir. Bizim kanunda, aslında yanlış olan, yanlış demeyelim gereksiz olan birinci yazılı savunma talebidir. Esasen, işin ruhunda o aşamada gerçek bir savunma beklenmemektedir. İlgililere, hakkında soruşturma açıldığı bildirilmektedir. Metin Hoca söyledi; bazen iki satır geliyor. Evet. O aşama için elde iki satır var; savunma da iki satır olacak. Asıl savunmayı, biz ne zaman onları “suçluyorsak” soruşturma raporunu gönderdiğimizde, o zaman yapacaklar. Neyse, bu meseleyi uzatmak istemiyorum. Yorgan gidecek kavga

bitecek. Kanun taslağını web sitemizde gördünüz. Başkalarının da yaptığı gibi, biz soruşturma raporunu tebliğ edeceğiz, ilgililer ona savunma yapacak, ardından, biz bir şey söylersek ek görüş gelecek ve nihayet sözlü savunma olacak; olması gereken, doğru olan da budur.

Yeri gelmişken, bu meseleyi bitirirken şunu söylemekte fayda var: Evet Bilgi Edinme Kurulu, bizi hatalı bulan bir değerlendirme yaptı. Yüksek Mahkeme esas itibarıyla bizi doğru buldu; Bilgi Edinme Kurulu farklı değerlendirdi. Bilgi Edinme Kurulu hata yaptı; doğru yapmadı. Bizim kanunu incelemeliydi. Bilgi Edinme Kurulu, bizim kanunu incelese, 44'üncü maddenin 2'nci fıkrasını görecekti. Neyi görecekti? Hakkında ilgililere bilgi vermemişseniz, savunma almamışsanız, bu hususlara kararınızda yer veremezsiniz hükmünü görecekti ve onu bütün kamu yönetimine yaymak için çaba sarf etmeye başlayacaktı. Benim bildiğim, 1994 tarihi itibarıyla Türkiye'de idarenin uyguladığı kanunlar içinde, "tarafa, hakkında soruşturma yaptığın, işlem yaptığın ilgililere savunma hakkı vermediğin konuyu kararına koyamazsın" diyen kanun 4054 sayılı Kanundur. O yüzden 90'lı yılların başında bu kanun taslağını tanıtırken, bunun idari usul bakımından bir devrim olduğunu söylüyorduk; hâlâ aynı kanaatteyim. 94'ten sonra, bizim kanundan esinlenerek başka kanunlara girdi mi bilmiyorum. Bilgi Edinme Kurulunun yapması gereken 4054 sayılı Kanundaki bu temel prensibi alıp bütün idareye, Maliyesinden Tapu İdaresine kadar bütün idareye uygular hâle getirmelidir; doğru olan budur. Konuralp Hocamıza ayrıca geleceğim; "taraf"la ilgili olduğu için onu son bölüme bıraktım.

Erol Hoca, Sayın Katırcıoğlu kayıt dışıyla ilgili söyledi. Ben şöyle anladım Erol Hocanın söylediğini: (Aksine anlamama imkân yok, çünkü Sayın Katırcıoğlu, bu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu hazırlayan Komisyonun tek iktisatçı üyesidir, kendisi, tevazu gereği söylemez, o kanunu hazırlayan Komisyondaki iktisatçı akademisyendir) Evet, Türkiye'de kayıt dışılık çok ciddi bir sorundur, bir defa adil yarış koşullarını bozmaktadır, siz birine 100 metre koşturuyorsunuz, öbür tarafta, sigortayı yaptırmayan ya da vergi vermeyeni 80 metre koşturuyorsunuz; esasen Hocanın söylediği budur. Bu çok ciddi bir sorundur. Bu sorunun varlığı, -ben Sayın Katırcıoğlu'ndan onu anlamadım- bizi, rekabet kurallarını uygulamamazlık sonucuna götürmemeli. Bu sorunun varlığı, ekonomik yapının bu durumu, bizim iktisadi analizlerde dikkate almamız gereken bir durumdur. İkinci konuşmasında, "kalkınmakta olan ülke" noktasına işaret etmiştir. Evet, doğru. 1999 yılında Seul'de OECD Uzmanı, İtalyan, Paula Saba'dan duyduğum bir cümleyi, bir kez daha huzurunuzda söylemek istiyorum. Sayın Saba Rekabet hukuku ve politikası için, "bir din ya da ideoloji değildir, her ülkenin kendi koşullarına göre dizayn edilmelidir"

demışti Seul'deki toplantıda. Sayın Katırcıoğlu'nun söylediğinin özeti de budur ve son derece doğru ve yerindedir.

Bu uyumlu eylem meselesine girmek istemiyordum. Çok uzun bir tartışma ve bu tartışmayı esas itibarıyla geçen yıl yaptık; Sayın Gürkaynak ve Atiyas'ın tebliği üzerine çok uzun tartışmalar oldu; geçtiğimiz yılın kitabından görülebilir.

Bir noktayı da Sayın konuğumuz Mr. Robertson'un tebliği için belirtmek istiyorum. Kendisine çok teşekkür ediyorum. Toplulukta, 1/2003'ten önceki hâliyle de muafiyet rejimindeki sorunlara naçizane dikkat çekmiş bir Türk Rekabet Kurumu alışanıym. 1/2003'n çıkışından sonra da, şimdi Mr. Robertson'dan öğreniyoruz ki, -ki aynı kanaatteyim- muafiyet rejimine ilişkin sıkıntılar yine bitmemiş, hâlâ devam ediyor. Burada sözü uzatmadan şunu söylemek istiyorum: "81'e 1'e göre değerlendirme yapmak lazım ve "Rule of reason"- haklı sebep değerlendirmesini yapmak lazım" denildi. Evet doğru olan budur. Muafiyet rejimi, gereksiz bürokrasi yaratan, rekabet hukuku uygulamaları bakımından da külfet getiren, her iki tarafa külfet getiren bir rejimdir. Rekabet hukuku kimseye ne yapması gerektiğini söyleyen bir hukuk dalı değerildir; sadece, ne yapmaması gerektiğini, yasakları söyleyen bir hukuk dalıdır, ondan öteye bir şey değerildir. İlla da birilerine ne yapması gerektiğini tavsiye olarak syleyeceksek, onu rehberler aracılığıyla yapmalıyız, maddelerin açıklaması aracılığıyla yapmalıyız.

Sayın Arđıyok'un sonuç bölümündeki cümlesi çok dikkatimi çekti. Enflasyonla mücadelede rekabet politikasının rolü ve önemi üzerine bir cümlesi vardı; çok heyecanlandırıdı beni, bir hukukçudan gelmesi önemliydi. Teşekkür ediyorum. Merkez Bankası Başkanlarımız, bundan nceki Başkan da, Sayın Serdengeçti de, şimdiki Başkan da, Sayın Yılmaz da birden çok defa bunu ifade ettiler. nemli bir konu; sizlerle paylaşmak istiyorum, en azından bilmeyenler bakımından. Merkez Bankası sayın başkanları dediler ki, "enflasyonu yüzde 70'lerden, 80'lerden yüzde 7'lere, 8'lere, 9'lara düşürmek, 7, 8, 9'lardan 3'lere, 4'lere düşürmekten daha kolaydı. 70-80'den 7'ye, 8'e getiriyorsun da, ondan sonrası zor." Bu açıklamayı yaparken, başka şeylerin yanı sıra dediler ki, "artık enflasyonla mücadelede direnen piyasalar var, fiyat katılığının olduğu piyasalar var, zorlanıyoruz." Oralara baktığımızda gördük ki, buralar, rekabetin az olduğu piyasalar. Bir, devletin olduğu piyasalar; iki, rekabetin az olduğu piyasalar. Yani bize iş çıkıyor, rekabet hukukunu uygulayan Kuruma iş çıkıyor. Ben, Sayın Arđıyok'un cümlesinden bu sonucu çıkararak burada hazır bulunanlarla paylaşmak istedim. Ampirik çalışmalara daha çok yer verilmesi gerektiğini söyledi. Tümüyle katılıyorum.

Özge'nin tebliğinden de çok yararlandım. 81'nci madde bakımından, birleşme-devralmalar bakımından bu açıktı. 82'nci madde bakımından ne zaman gündeme gelecek, zarar ve refah kaybı anlamında tartışma ne zaman gündeme gelecek diye bekleyenlerdendim. Özge'lerin isabetle sunduğu rapor yayınlandığında ben de birçok rekabetçi gibi çok heyecanlandım. Evet, 82'nci madde bakımından da şekli yaklaşım terk edilmeli, aynen katılıyorum ve zararı ortaya koyabilmeliyiz. Dolayısıyla, kararlarımızı iktisadi analizlerle desteklemeliyiz. Bugün bunu ne ölçüde yapabiliyoruz, nasıl yapabiliriz, Rekabet Kurumu bu açıdan nasıl daha kuvvetli hâle getirilebilir; uzun konular ama prensipte yapılması gereken bu.

Taraf" meselesine geçmeden önce kararlarımızın soruşturmacı üye nedeniyle bozulması konusunda Zeynep hanımların tebliğinde yer verilen hususlara değinmek istiyorum. İzninizle, geçtiğimiz yıl yine bu salonda yaptığımız sempozyumda bu konu uzunca tartışılmıştı ve o sempozyumda tarafımdan bu kürsüden söylenen ve sempozyum kitabına geçen sözlerimi süratle okumak istiyorum. Kitapta var. Bunu, bu seneki kitaba da yeniden geçsin diye söylemiyorum Hocam; sadece, geçtiğimiz toplantıda olmayanların duyması bakımından söylüyorum. Orada demişiz ki;

Oturum Başkanı- Geçsin.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı)- Yeniden geçebilirde, evet mahzuru yok;ama en azından benim talebim o yönde değil. Nasıl olsa kayıtlarda var. Orada şöyle söylemişiz "*Yüksek Mahkememizin kararları, evvela yurttaş olarak, sonra da bir kamu görevlisi olarak benim için ve her yurttaş için kuşkusuz saygındır ve uyulmak durumundadır, buna şüphe yok; ama, Yüksek Mahkeme kararları üzerine de, lisan-ı münasiple olmak kaydıyla söz söyleme hakkı da vardır herhâlde, yani tereddütsüz uymakla birlikte, katıldığımız ve katılmadığımız noktaları belirtebilmeliyiz. Temmuz 2005 değişikliğinden önce 4054 Sayılı Kanununun 43'üncü maddesi, bir soruşturma kararı alınması hâlinde Kuruldan bir ya da birden çok üyenin soruşturmayı yürütmekle görevli olacağını emretmektedir. Kanunun tümünü dikkate aldığımızda, soruşturmacı üyenin kararda bulunmaması gerektiğini söyleyen hiçbir hüküm yoktur. 43'üncü maddedeki ifade, Sözlü savunmaya katılanların muhakkak kararda olması gerektiğini söyleyen hükümle birlikte değerlendirildiğinde (sözlü savunmayla ilgili hüküm), ayrıntısına girmeyeceğim, pozitif hukuk bakımından, kanun koyucu, soruşturmacı üyenin karara katılmasını âdeta emretmektedir. Bu geçen 8 yıl içerisinde Rekabet Kurulu ne yapacaktı? Kanunun bu açık hükümlerine, bence emredici hükümlerine rağmen, günün birinde yargı bunu genel hukuk ilkelerine aykırı bulup iptal eder diye soruşturmacı üye kararda yer almayacak mıydı? Nisap sorunlarının ayrıntısına*

girmek istemiyorum (43'e 2, biliyorsunuz, tek soruşturmacı değil, gerekirse birden çok, 4-5 üyeyi soruşturmacı tayin ettiğini düşünün, 43'üncü maddenin emrine uyararak, nisabı nasıl sağlayacaktı Kurul?) Kurul, kanunun açık hükmüne uygun davranmıştır ve soruşturmacı üye kararlarda yer almıştır. Ta başından beri, soruşturmacı üyenin aynı zamanda kararda bulunmasının doğru olmadığını düşünenlerdenim, bunun böyle olduğunu Yüksek Mahkeme kararıyla öğrenenlerden değilim. Ama bu, 8 yıllık Kurul kararlarını geriye doğru iptal sebebi olmamalıydı. Ejder Hoca, bir başka konuyu açıklarken, 'olması gereken hukuk' ifadesini kullandı. Evvela bir yurttaş olarak, sonra da Rekabet Kurumu çalışanı olarak Yüksek Mahkemeden benim beklentim şuydu: Yüksek Mahkeme, genel hukuk ilkelerine aykırı olan Rekabet Kanununun bu hükümlerini Anayasa Mahkemesinin önüne götürmeliydi; doğru olanı buydu. Buradan çıkacak sonuç hukuk düzenimiz bakımından uygundu. Danıştayımız bu yolu tercih etmemiştir. Saygı duyacağız. Yapılacak bir şey yoktur. Gereğini yapıyoruz. Ama, saygı duymak, biraz önce söylediğim gibi, lisan-ı münasiple, en azından Rekabet Kurumunun bir çalışanı olarak bunu söylemekten beni alıkoymuyor" diyorum. Bunun tekraren duyulmasını istedim; bir.

İkincisi; yeni kararlar bakımından, -saygıyla dinledim ve tebliğinizden çok şey de öğrendim, elinize, beyninize sağlık- Ancak hâlâ Kurulun doğru yaptığını düşünüyorum. Bana, doğru yaptığını düşündürten ne biliyor musunuz? Tebliğ sahipleri olarak ikiniz de anlayamamışsınız.

Siz, "iptal edilen kararın yeniden alınırken", biraz da gönlünüzden geçeni söyleyerek, "hiç değilse sözlü savunma yapılmalı" dediniz; kayıtlarda. Çağdaş Evrim ne dedi? "Soruşturma yeniden yapılmalı" dedi. Belki bu konuda fikir ayrılığınız var; saygı duyuyorum. Ama gördünüz mü; nereye kadar gidebilecek? Devam edeyim izninizle, söz sırası bende.

Sözlü savunmaya çağırılım. Olmadı; Evrim Beyin düşündüğü gibi, bir de yazılı savunma alalım. Olmadı; yeniden soruşturma yapalım. Nereye kadar gidecek? Rekabet Kurulu burada doğru bir iş yapmıştır. Son sözü kuşkusuz Yüksek Mahkeme söyleyecektir. Rekabet Kurulu, eski kararı yeniden almamaktadır; bunun altını özellikle çizmek istiyorum, eski kararı yeniden almamaktadır. Eski kararda verilen cezaların aynen tekrar edilmesi veya bazı yaptırımların aynen tekrar edilmesi bu intibayı doğuruyor. Hayır. Yeni Kurul yeni karar almaktadır. Neyin üzerinden? Dosyanın üzerinden, dosyadaki belgelerin üzerinden; yani soruşturma raporundan, yani soruşturma raporuna yapılan savunmalardan, yani diğer belgelerden. Hepsini dikkate alarak dosya üzerinden karar vermektedir. Bu yeni bir karar. Nitekim o nedenle, zaman aşımını gerektiğinde dikkate almaktadır, aradan geçen süre bakımından. Bu arada, Temmuz 2005 değişikliği olmuştur, bildirim cezası kalkmıştır; onu

vermemektedir doğal olarak. Dolayısıyla, her bakımdan yeni karardır. Yeni Kurulun yeni kararıdır. Daha fazla ayrıntısına giremiyorum. Bir hocamızın, saatine baktığını ve yanındakine söylendiğini görüyorum. Muhtemelen benimle ilgili konuşuyordur. Zannediyorum “Adam oraya 5-10 dakika konuşmaya çıktı, 20 dakika oldu hala inmiyor” diyordur yanındaki değerli Hocamıza. Ama bu “taraf” meselesiyle ilgili düşüncelerimi söylemeden geçemeyeceğim.

Bir defa, 300 kilometre yoldan geldik ve yarın inşallah geri döneceğiz. Bugün bütün dinlediklerimiz, bırakın yarın dinleyeceklerimizi, bu 300 kilometrenin her kilometresine deydi; bir defa onu söyleyeyim. Halûk Hocanın tebliğini dinlerken, izninizle, -diğer tebliğ sahipleri lütfen sözümü yanlış anlamasınlar- bu kilometrelerin her birine çok daha fazla deydiğini düşündüm. Rekabet Kanununun 10’uncu yılında bir yetkin usulcü, “taraf, ispat ve karine kavramları özel hukukunun kavramlarıdır, rekabet hukukunda (tam cümleleriyle hatırlayamıyor olabilirim) yeri yoktur” sözünü yüzümüze bu kadar cesurca söylemiş, ama bunu da, “artık kanunun bu yönden değişme zamanı gelmiştir” sözüyle bağlamıştır. Bu bakımdan, Halûk Hocanın tebliğine bu yönüyle çok önem veriyorum.

“Taraflar” konusunda söylediklerine de harfiyen katılıyorum. Tabii, böyle bir tebliğden etkilenmiş de geçici olarak katılıyor gibi bir intiba doğmasın. Katıldığımızın ispatı nerede? Gene web sitemizdeki kanun taslağımızda. Kanun taslağında ne diyoruz? Artık “taraf” sözcüğünü kullanmıyoruz, usul hükümleri bakımından. 40 ve devam eden maddelerin hepsinde Hocam, -atladığımız varsa, sizin uyarınızdan sonra bir daha bakarız- “hakkında soruşturma yürütülen, diyoruz doğrusuda bu.

Şimdi “taraf” tartışmasına ilişkin düşüncelerimi söylemek istiyorum. “Taraflar” sözcüğünün, çoğul kullanılıyor olması nedeniyle, -Rekabet Kurulunda da zaman zaman tartışmışızdır- hukukçu üyelerimiz, özellikle mahkemeden, kürsüden gelen üyelerimiz başlangıçta sizler gibi düşünmüşlerdi. “Taraflar” sözcüğünü, şikâyet edilen-şikâyet eden diye anlamışlardır. “Taraflar” sözcüğü çoğulluğu, “hakkında soruşturma yürütülenler” anlamındadır. Oradaki “lar”ın “lar”ıdır. O kadar açıktır ki 44. maddede “haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar...” denilmektedir. Eğer “taraflar” sözcüğünden bir yönüyle şikâyetçiyi, bir yönüyle şikâyet edilenleri anlarsak, buradaki “taraflar” niye çoğuldur?

“45’inci madde bakımından bu kanunu ihlal ettiği belirlenenlere, yazılı savunmaları 30 gün içinde Kurula göndermeleri tebliğ edilir, tarafların göndereceği savunmalar” Şikâyetçinin ne savunması? Yani savunma değil. Burada, belli ki, hakkında soruşturma yürütülenden savunma talep edilmektedir.

O zaman, hemen işin özüne gelelim. Sayın Aslan haklı olarak sordu, “Şikâyetçiye niye Rekabet Kurulu bu soruşturma raporunu göndermekten imtina ediyor, gönderse ne olur?” Gönderse ne olur biliyor musunuz Hocam? Eğer şikâyetçiye soruşturma raporunu göndermeyi “usul”un emredici bir hükmü olarak anlarsak, 44’üncü maddenin son fıkrası, -biraz önce okudum- “Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkını vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz” diyor. Kağızman’dan iki satır yazıyla gelmiş, adresi bile bilinmeyen kişiye soruşturma raporunu tebliğ edemedim diye ve savunmasını alamadım diye iptal edilir. O nedenle “taraf” değildir. Bu nedenle Soruşturma raporunu tebliğ etmek zorunda değiliz. Peki ne yapacağız? Bir arkadaşımız söyledi. Kimdi? Önce galiba Pelin söz etti, dosyaya giriş hakkından; “sorun ‘taraf’ değildir, sorun ‘dosyaya giriş hakkı’dır.” Ardından da Kemal Bey, kendi dönemindeki uygulamadan söz etti, sizin muhatap olduğunuz.

Kişisel görüşüm şudur; Şikâyetçinin, mehzada da olduğu gibi, dosyaya giriş hakkı vardır. Soruşturma raporunu tebliğ mecburiyetimiz yoktur. Tebliğ etmedik diye de bir usuli hata yapıyor değiliz. Şikâyetçi, dosyaya giriş hakkına sahiptir. Üçüncü taraflar gibi gelecek, ilgili üçüncü taraf gibi, şikâyetçi taraf gelecek, dosyayı ilgili uzmanların nezaretinde inceleyecek ve gerekli bilgilerini alacak, kuşkusuz başkalarının ticari sırlarının ayıklanmış olması kaydıyla. Bu benim kişisel görüşüm. Buna iştirak etmeyenler de var. Buna iştirak etmeyen arkadaşlarımız hatta uzmanlarımızda var. Muhtemelen Kurulunuzda da vardır. Bu görüşe iştirak etmeyenler de diyorlar ki, “mehzada bu var, bizim kanunumuzda yok, kanunda şikâyetçiye tanınmış dosyaya giriş hakkı yoktur.” Bu tartışmaları bitirmek üzere de, taslağa, “dosyaya giriş hakkı” diye ayrı bir hüküm koyduk.

Son olarak, bu, “Rekabet Kurumunun önünde teşebbüsleri kim savunabilir” tartışmasına ilişkin, düşüncelerim. Yılmaz Hoca, benden önce konuştuğu için, “bu konuda hiç kimse bir şey söylemedi” dedi. Ben gelip söyleyecektim; şimdi söylüyorum. Bu konudaki görüşüm net. Maalesef bizim kanunda tam bir açıklık yok. Nitekim biliyorsunuz, İstanbul Barosu bir kişiyle ilgili dava açtı ve maalesef Yargıtay’da İstanbul Barosu davayı kaybetti benim bildiğim kadarıyla.

Mesele şu; Kanun bakımından bir muğlaklık var o açıdan. Doğrusu, bizim Kanun bakımından da, her kanun bakımından da, idarenin önünde teşebbüsler kendilerini; bir, kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edebilirler, Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. İkincisi, hiç tartışma yoktur ki, avukatları aracılığıyla, yani baroya kayıtlı, -dikkat edilsin lütfen hukukçu da demiyorum- avukatları aracılığıyla temsil edebilirler. Bu, hukukçu olmayanların savunmada yer alamayacağı manasına gelmiyor. Savunmayı yapan avukat, 3 saatlik bir

savunmanın 5 dakikasını kullanabilir, 2 saat 55 dakikasını da bir iktisatçıya kullandırabilir. Bu başka bir şey. Savunma işi bir meslektir, bu mesleği icra edenler de baroya kayıtlı avukatlardır; ancak o elle yapılmalıdır. Bu tartışmaları da bitirmek üzere taslağa bu yönde açık hüküm koyuyoruz. Yine, taslakten görülebilir. Öbürünün ne mahzuru vardır, üzerine uzun uzun konuşmaya lüzum yok. Çok sayıda mahzuru vardır. Savunmada yardım alınacak kişi iktisatçı da olabilir, eczacı da olabilir, 2 saat 55 dakika konuşur olacak kişi bir eczacı da olabilir; ama sözüün başında ve sonunda savunman avukat yer almalı. Görevim gereği Rekabet Kurulunda sözlü savunmaları izliyorum. O sözlü savunmalarda, hukuk mesleği dışından, avukatlık dışından gelen çok seçkin temsilcilerin, “Rekabet Kurulunun 4054 sayılı Kanununun 4’üncü maddesini ihlal etmediğimize karar vermesini arz ve talep ediyorum” ifadeleri oluyor. İnanın uygun düşmüyor. Her mesleğin bir yapılış tarzı var. O cümleler hakikaten avukatlarımıza yakışıyor. Daha fazla uzatmayalım Hocamız yeniden dönüp Haluk Hocaya uzattığımızı söylemeden... Ancak Bunların hepsini böyle özetle söylemek durumundayım. Toplantının 17.30’a kadar gelişinin sorumlusu ben değilim, sonrasının sorumlusu benim ama. Hepinize ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Herkese, katkıda bulunanlara teşekkür ediyorum. İki cümleyle kapatmak istiyorum. İki cümlelerin birincisi şudur: 4054 Sayılı Kanun, kanun olmaktan çıkıp, hukuk olma yoluna girmiştir ve bu yolda süratle ilerlemektedir. İkinci cümle şudur: Artık kendi rekabetimizin korunmasına ilişkin hukuku konuşuyoruz. Mehzamız Avrupa hukuku olmasına rağmen, artık örneklerimiz bizdendir, sorunlarımız bizdendir. Bu, yavru hukukun evden ayrılması demektir ki hukukçular olarak biz bu sürece çok büyük bir önem veriyoruz. Bunda Rekabet Kurulunun büyük rolü var, bunda uygulayıcıların büyük rolü var, -Rekabet Kurulu derken tabii, daire başkanlarını, daireleri ve uzmanları da kastediyorum, onu kesinlikle söyleyeyim- ve öğretinin de rolü var. Bu konuda mahkemelerin rolü herkesten az; benim tespitim budur, herkesten az. Onun için, Gündeş’in bugünkü konuşmasının en önemli tespiti oydu. Danıştay bu konunun içine henüz girmemiştir; sadece usul ve şekil noktasında kalmıştır. 58 ve devamı maddelerdeki tazminat davası ise, henüz hukuk değildir.

7 Nisan 2007 Panel Oturumu Tartışmaları

Bir Katılımcı- Gayet güzel iki tebliğ dinledik. Benim hem birkaç sorum var, hem birkaç belki katkım var. Aslında son sorudan, sizin sorduğunuz sorudan belki alabiliriz. İlk başta, kartel anlaşmasında kusur vesairenden bahsettiniz. Doğru, rekabet hukukunun ihlali açısından kusur gerekmiyor, özellikle idari yaptırımların uygulanması açısından; ancak para cezalarını etkileyebiliyor. Burada kartel anlaşması ve kusuru yan yana getirdiğiniz zaman, ikisi bir arada bulunamayacak şeyler. Kartelden bahsettiğiniz zaman kasttan

bahsetmeniz gerekiyor. Burada, rekabet hukukunda kusuru da bence şöyle anlamak gerekiyor: Rekabet hukukundaki kusur, zararlı sonucu bilip bilmemeye ilişkin değildir. O çok önemli bir nokta. Bu karıştırılabilir. Özellikle borçlar hukukundan hareket ederseniz, normal bir maddi zarar vesair tarzında düşünmemek lazım. Burada, teşebbüsler, rekabetin doğal gereği olarak rakiplerine zarar vermek isterler; bunda bir şüphe yok. Burada kusurun değerlendirilmesi gereken nokta, bir davranış, yani yapmaması gereken bir davranışı bilip bilmeme noktasındadır. Bu, bir kartel ilişkisi olabilir veya bir yatay ilişki olabilir, kartel olmayan ya da bir dikey ilişki olabilir. Sizin davranışınızın, anlaşmanızın rekabet hukuku normunu ihlal edip etmediğini bilme noktasında kusurunuz araştırılır. Bu çok önemli bir fark, belki normal bir zarar noktasında. Dolayısıyla, kartelle kusur bir araya, o anlamda hiç tartışmaya gerek yok, kast olur zaten. Burada ben de katılıyorum. Zaten daha önceki tebliğimde de söylemişim; bir kusur sorumluluğu olabilir, çünkü açık düzenleme yok. Mesela buna ilişkin Avrupa Birliği'nde geçen sene ya da 2005'in sonu ya da 2006'nın başında çok kapsamlı bir rapor hazırlandı, haksız fiil sorumluluğu açısından üye ülkeleri kıyaslayan. Çok geniş bir rapor. Bütün ülkelerde, sistemler nasıl, nasıl olması gerekir, problemler ne, özellikle zarar açısından; çok ciddi bir rapor var. O rapor bizim açımızdan da bayağı yol gösterici olabilir. O Avrupa Birliği Komisyonunun sitesinde var zaten. Tavsiye ederim. Enteresan bir şey.

Hukuka aykırılık açısından bir noktada belki sizinle ayrılıyor olabiliriz. Çok da tartışılmadı. Rekabet hukuku açısından haksız fiil sorumluluğunda bir başka mesele aslında, ortaya çıkan zarar, yani ben mesela burada dağıtıcıyım ya da tek satıcıyım ve zarara uğradığımı iddia ediyorum, burada özellikle davacının ispat etmesi gereken şey şu: Burada benim zararım, bir rekabet hukuku normunun da ihlal edildiğini varsayalım, benim zararımı koruyacak tarzda bir norm mudur; bunu mutlaka ortaya koyması gerekiyor. "Hukuka aykırılık bağı" dediğimiz mesele, bütün rekabet hukuku normlarının ihlali açısından özellikle önemli. Bu, şundan kaynaklanıyor: Burada tazmin edilen zarar, aslında salt ekonomik zarardır. Normalde, Türk hukuk sistemi, salt ekonomik zararları, özel bir norm olmadığı sürece tazmin etmez; bu çünkü ekonomik zararların kendi mahiyetinden kaynaklanan bir problem. Dolayısıyla, rekabet hukukunun varlığı ve bu 57'nci madde normu özellikle gerekli bir norm; o salt ekonomik zararın tazminine imkân veriyor. Ama salt ekonomik zarar açısından problem işte, zarar bir kere meydana geldiği zaman, sadece beni değil, benimle işlem yapanları da etkiliyor. Dolayısıyla, zarar problemiği esas bu. Rekabet hukukunda, tazminatta kimin davacı olacağını da belirliyor, zararın nasıl hesaplanacağını da o belirliyor. Açıkçası, tabii bu belki çok uzun tartışmaları gerektiren bir şey. Bunu bir açarsak belki kapısını hiç kapatamayız, en azından burada.

Mesela sizin biraz önce verdiğiniz o örneğe döneyim. “Kartel anlaşmalarında haksız fiil tazminatına dayalı bir talep olmaz” dediniz yanlış anlamadıysam. Tabii, aslında teorik olarak olur; bunda bir şüphe yok, çünkü kanun size bu hakkı veriyor. Bir kartel anlaşması düşünelim. Aslında iki tür anlaşma düşünebiliriz biz; 4 ve 6’ncı maddede. İki türlü zarar düşünebiliriz: Bir, benim davranışım birisini hedef alır ve o davranış sonucu onu ben piyasadan iterim ya da çok ciddi zarar veririm. Dışlayıcı uygulamaları kastediyorum. Bu, kartel şeklinde de olabilir, boykot; dolayısıyla bunun da tazminat olacağına hiç şüphe yok. Zaten çok tipik hâli. 6’ncı maddede de aynı şekilde olur. Bir de, esas zor problem olan şey: Siz gerçekten aşırı fiyatlandırma yapıyorsunuz ya da yaptığınız uygulama, rekabetin diğer parametreleri dediğimiz, kaliteyi düşürüyor falan filan, o zaman ne olacak, nasıl tazminat davası açacaksınız; işte zararda bu biraz, kartelde bu sorun ortaya çıkıyor. Prensip olarak bunlarda da dava açma imkânınız var. Tabii, çok ciddi problem var. Dava açma “Incentive”niz yok genellikle; çünkü ispat sorunları ve zararın küçüklüğü gibi problemler var. Nitekim, belki ikinci tebliğ bu açıdan önemliydi. Zarar görenin herhangi “Incentive”si yoksa ne olacak? O zaman belki “Class action” tarzı bir şeye sebebiyet verebilirdi. Bir noktada bunlar genel açıklamalardı. Şimdi biraz sorulara döneceğim. Belki biraz uzun açıklama yaptım.

Manevi tazminat meselesini, bunun nasıl olabileceğini anlamıyorum. Kişilik hakkının ihlali dışında, rekabet hukuku normunun ihlalini niye düşünüyoruz; ben onu çok anlamıyorum. Bu kişilik hakkı kapsamında olan bir subjektif menfaat tanımlıyor rekabet hukuku, yani mavi bir menfaat tanımlıyor. O menfaat eğer varsa, varlığını iddia ediyorsak, zaten kişilik hakkı kapsamında olduğunu düşünmemiz gerekir. Yani, bu bence rekabet hukukuyla ilgili bir durum değil. Bir rekabet hukuku ihlali aynı zamanda kişinin o kişilik hakkını ihlal edebilir; o zaman manevi tazminatı tartışabiliriz. Ama bu bence rekabet hukukuyla ilgili değil. Zaten hukuka aykırılık, kişilik hakkının ihlaliyle birlikte ortaya çıkacaktır, yani aynı zamanda rekabet hukukunu niye konuşuyoruz; onu çok anlamıyorum. Daha önce de tartışılmıştı o. Burada soruya döneceğim. Sizin tebliğinizden anladığım kadarıyla ortaya şöyle bir şey çıktı: İdare hukukunda, özellikle Danıştay’ın iptal davaları ve hatta evet “2006 yılındaki bir içtihadı birleştirme kararı var” dediniz, “beraber açılması imkânının yolu açıldı, daha genişledi” dediniz. Birkaç teknik soru. Burada davayı açacak olan kurum mesela bir dernek veya sendika olabilir, bir şey olabilir, yani rekabet hukuku uygulaması açısından düşünürsek. Tazminat davasını kastediyoruz. Geçersizliği de söylediniz. Geçersizlik bakımından niye dava açmak ihtiyacımız var, yani grup olarak; onu bir sorabilirim.

Tazminat davası açıyor mesela bir Class action; bunu tazmin etti diyelim. Ondan sonra ne olacak; onu merak ediyorum, yani bu olay bakımından.

Burada tam, nasıl bir dava olduğunu çok anlamadım. Zararı tazmin ettiğimiz zaman dönecek miyiz geriye, yoksa devlete mi vereceğiz, biz mi tutacağız, zarar görenlere dağıtacak mıyız? Amerika'daki uygulamanın farklı açılımları var. Onlar paylaştırabiliyorlar veya bir avukat bir temsilci olarak atanabiliyor. Dolayısıyla, bir o olabilir. Bir de, "geçersizlik", neden böyle bir şeye ihtiyacımız olduğunu sormak istedim.

Bir sorum da tazminat davalarına ilişkin olacak. Burada şeyi nasıl yorumlayabiliriz? Sizin görüşünüz, tahmin ediyorum, zorunlu bir kurum ile mahkemeler arasında belki karar ahenkliğinin sağlanması adına ve Rekabet Kurumunun daha uzman olduğu varsayımını esas alarak bir zorunlu bilirkişilik tarzı veya bekletici mesele yapılması gerekir; o konudaki görüşünüzü merak ediyorum. Hem, bundan sonra belki onu biraz tartışmış oluruz; enteresan olabilir.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Ben bir soru sorabilirmiyim?

Oturum Başkanı- Tabii.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Öncelikle, her iki tebliğ sahibine de çok teşekkür ediyorum. Kendi adıma söyleyeyim; iki tebliğde birer hukuk dersi oldu. Hiç sıkılmadan zevkle dinledik her ikinizi de. Çok teşekkür ediyorum.

Pelin Hanıma olan soruma geçmeden önce, bir hocamızı yad ederek bu Class action meselesindeki bir anımı izninizle bir-iki dakikalığına anlatmak istiyorum, Ateş Hocayı yad etmek istiyorum, Ateş Akıncı'yı. Ben, "Class action- Sınıf davası" kavramını, başkaları daha önceden öğrenmiş olabilir ama, 1991 yılında ilk kez Ateş Hocadan duymuştum. "Class action, Class action" diye Ateş Hocanın konuşmalarında çok geçiyordu. Ben de, bizim hukukumuzdaki bu müdahil olma sisteminden farkı ne, bizde de var, gider davaya müdahil olursun filan dedim. Elinde kalemi vardı, bugün gibi hatırlıyorum, bir tükenmez kalem, onu tutarak şöyle demişti: "Bak İsmail, Birleşik Devletler'de, bu kalemden dolayı çok sayıda insan, zarar görse, bir kişi ya da bir dernek, tüketici derneği gidip bunu dava konusu edebilir, diğerlerinin buna müdahil olmasına lüzum yok davanın sonuna kadar, tazminat davasını kazandığında, diğerleri sadece ilgisini ispatlayarak, onlar da aynı tazminata hak kazanabilirler, o sürece dahil olmaksızın"; Class action'u böyle anlatmıştı. Ben nakledenim. Belki yanlış hatırlıyor olabilirim. Ateş Hocayı yadedelim dedim. Class action'la ilgili ilk bilgilerimizi ondan almıştık.

Pelin Hanım, bekletici sorundan ziyade zorunlu bilirkişiliğe yakın olduğunuzu tebliğinizden anladım. Evet. Benim bildiğim, zorunlu bilirkişilikle

ilgili İsviçre Kanununda değişiklik yapıldı ve İsviçre, rekabet hukuku alanında zorunlu bilirkişiliği benimsedi. Başka yer var mı bilmiyorum. Benim de aklıma yatan model bu. Benim gibi düşünenleri meşgul eden: Bu zorunlu ya da ihtiyari bilirkişilikte Kurulun pozisyonu ne olacak, yani kim yapacak bu işi? Malumunuz, çünkü kişi adli yargı yoluna gittiği gibi, aynı zamanda Kurula da gelebilir şikâyet yoluyla. Bunun birkaç ay arayla olduğunu düşünün ve önce adli yargıya gittiğini düşünün. Adli yargı, Adli Tıp gibi, zorunlu bilirkişiyeye, Kuruma gelecek. İki-üç ay sonra bunu Kurul önünde başka bir dosya olarak görecek. Nasıl çıkılır işin içinden? Zannediyorum sorum anlaşıldı. Kerem Cem Sanlı'nın sorusuyla birleştirilerek cevap verilebilir diye araya girdim. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz. Cevaplara Hayrettin beyden başlayayım..

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN- Öncelikle Ayhan Beyin tespitiyle sözüme başlayayım. Geçen sene Ayşe Hanımla, “sınıf davaları” ile ilgili bir tartışma ortamı oluşması adına birtakım görüşmeler yapmıştık. Görünen o ki amacımıza ulaşacağız. Ayhan Beyin Alman hukukuna ilişkin tespitlerine katılıyorum. Dolayısıyla, Alman hukukunda varolan birtakım düzenlemelerden, uygulamalardan istifade edilebilir. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde sınıf davalarından beklenen birtakım sonuçları elde etmeye yönelik farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir. Bu anlamda Avrupa Birliği hukuk sistemi içerisinde muhtemel birtakım değişiklikler yapılabilir.

Cem Bey'in sorusu ile ilgili olarak şunu ifade etmek mümkün. Tazminat davaları bağlamında, zaten Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi açısından, kategorik olarak Amerika'da uygulanan kapsamda, mahiyette bir yaklaşım söz konusu değil. Halen ülkemiz açısından da geçerli olan tablo, iptal davaları bağlamında değil; az önce bahsetmiş olduğum nokta, ikisinin birlikte açılabildeği bir duruma ilişkin olarak, birlikte açılması durumunda, yeni bir yaklaşım olarak içtihadı birleştirme kararı çerçevesindeki tabloydu. Kural olarak, ayrı tam yargı davası, tazminat davası açıldığında, idari yargı açısından da bu anlamda, maddi hakkın sahibi tarafından davanın açılması şartı, sübjektif ehliyet açısından hak ihlali kriteri aranmaktadır.

Dolayısıyla, rekabet hukuku bağlamında, bir idare hukukçusu olarak bu anlamda belki çok fazla açılım yapamayabilirim. Bu konuda olası açılımlar olarak geçersizlikle ilgili örneğin bir tespit davasının açılabilme ihtimali, bir men davasının açılabilme ihtimali bir şekilde ortaya çıkarsa, o anlamda, söz konusu davaların, ilgili menfaat grupları tarafından, o menfaati zedelenen, ortak birtakım ihlale uğramış çeşitli kümelerin veyahut da çeşitli küçük ihlaller dolayısıyla takip etme düşüncesi, iradesi ortaya çıkmayacak kapsamda, mahiyette kalan kişilerin bir araya gelerek oluşturdukları o yapının, onlar adına

birtakım davaları açabilmesidir; bu anlamda böyle bir yaklaşım bir başlangıç olabilir. Yoksa, adli yargı açısından ortaya çıkması muhtemel tazminat davaları bakımından zaten, ülkemizin yer aldığı Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi kapsamında kategorik olarak böyle bir yaklaşım halen söz konusu değil. Doğal olarak paylaşım da olmayacaktır. En azından, geçersizlik kapsamında birtakım davaların açılabilme ihtimaline ilişkin "sınıf davaları uygulaması" diyebileceğimiz birtakım sonuçlar ortaya çıkarılabilir.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Öncelikle Kerem Beye açıklamaları için çok teşekkür etmek istiyorum. Hakikaten çalışmalarını çok yakından takip ediyorum ve çok da yararlanıyorum. Bilirkişilik konusunda aslında bahsedilenler bir çözüm arayışı. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenmeyen konularda, ortaya çıkan problemlerin nasıl çözümleneceği konusunda Türk hukuk sistemi içerisindeki diğer kavramlardan yararlanılmaktadır.

Usul hukukçularının, bunlar arasında Prof. Dr. Ejder Yılmaz hocanın, Doç. Dr. Ali Cem Budak hocanın adını anmak istiyorum, rekabet hukuku açısından konuyu değerlendirdikleri ayrıntılı çalışmaları bulunmaktadır. Uygulamada mahkemeler karşısına gelen rekabet hukukuyla ilgili ihtilaflar çok boyutlu bulunmaktadır. Olaylarda öncelikle rekabet ihlalinin olup olmadığı konusunda bir iktisadi analizin yapılması gerekmekte, daha sonra ise bir ihlal varsa bu ihlal sonucunda bir zararın oluşup oluşmadığının tespiti gerekmektedir. Böyle bir değerlendirmenin yapılmasında ise Rekabet Kurumu'nun hem kaynak açısından hem de yetişmiş eleman açısından geniş imkanlara sahip bulunduğu şüphesizdir. Uygulamada mahkemeler karşısına gelen olaylarda dışarıdan bilirkişiler atandığı görülmekte ve bu olaylardan bazılarında -ki benim örnek olarak gösterdiğim dosyalarda bu durum ortaya çıkmaktadır- bilirkişi hukukçu borçlar hukukçusu, bazı olaylarda bilirkişi hukukçu ticaret hukukçusu, bazı olaylarda ise tamamen farklı bir alandan seçilmektedir. Bu nedenle de seçilen bilirkişinin uzmanlık alanına göre, dava rekabet ihlali nedeniyle açılmış olan bir tazminat davası olmasına rağmen, konunun örneğin borçlar hukuku kapsamında değerlendirildiği ve olayın rekabet hukukuyla ilgili olmayıp, Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği konusunda raporlar bulunmaktadır. Yine bir başka olayda birinci bilirkişi kurulu farklı bir rapor verirken, ikinci bilirkişi kurulu farklı bir rapor vermiş ve mahkeme de olayın yarısına Borçlar Kanunu hükümlerini, yarısına ise Rekabet Kanunu hükümlerini uygulayarak olayı sonuca bağlamıştır. Bu davaların çoğunda Yargıtay aşamasında feragat edildiğinden Yargıtay'ın görüşünü de öğrenme imkanı olmamıştır.

Uygulamada ortaya çıkan problemlerden birisi budur. Rekabet hukuku konusunda uzman olan kişilerin sayısının fazla olmaması nedeniyle ortaya çıkan

bu sıkıntının nasıl aşılabileceği konusunda bir çözüm yöntemi olarak Rekabet Kurumu'na bilirkişi olarak başvurulması, uygulamada birlik sağlanması ve sağlıklı bir sonuca ulaşılması açısından etkili olabilecek bir yöntemdir.

Bu konuda uzman olan kişilerin yeterli sayıya ulaşmasına kadar konuyla ilgili donanımına sahip olan Rekabet Kurumundan zorunlu bilirkişi olarak yararlanılması-sakıncaları ve yararları kıyaslandığında- bugün için daha doğru bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sakıncaları arasında örneğin Kurumun önceden bilirkişi olarak verdiği raporda farklı bir görüş yer alırken, ihlalle ilgili olarak Kuruma başvurulduğu zaman yapılan inceleme sonucunda Kurul tarafından farklı bir kararın alınması ihtimalinin bulunması söylenebilir. Bu bir sorun olarak ortaya çıkabilir. Ancak kararlar ayrıntılı analizlere dayanılarak verildiği için böyle bir sakıncanın ortaya çıkma ihtimalinin zayıf olduğunu da belirtmek gerekir.

Rekabet Kurumuna zorunlu bilirkişi olarak başvurunun kabul edilmesi durumunda, davanın uzamaması açısından, Kurumun öncelikle bu başvuruyu sonuçlandırması gerektiği yönünde bir hükmün de öngörülmesi gerekecektir.

Konunun ön mesele olarak kabul edilmesi, İsmail Beyin de belirttiği gibi, Türkiye'deki normal dava sürecinin yıllar sürdüğü dikkate alındığında bir de Rekabet Kurulu kararının beklenmesi ve Kurul kararına karşı Danıştay'a başvurulmuşsa Danıştay sürecinin tamamlanması göz önüne alındığında normal sürecin üzerine bir kaç yıl daha eklenmesi sonucunu doğuracaktır.

Bir Katılımcı- Class action'lara ilişkin olarak tespit davası, "eda davası açılabilir hâllerde tespit davası açılmaz" hükmüyle biz bunu değerlendirirsek ne olacak? Bunun yanı sıra, hukuka aykırı durumun giderilmesi için dava açılabilirliği söylenmiş. Zaten Kurumun kendisi kararlarında, hukuka aykırılığın nasıl giderileceğini belirtiyor. Açıkçası, burada bu nedenden ötürü de dava açılabilirliğini düşünmüyorum. Gelecekteki hakların ihlal edilmesinin önüne geçilebilmesi için de dava açılabilirliğini düşünüyoruz; "kıyas yoluyla bunları kanuna ekleyebiliyoruz" diyoruz. Bunun için de bir ihlal kararının olması gerekmiyor mu? İhlal kararı olmadan, gelecekteki hakların ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için biz nasıl tutup dava açacağız? Çünkü bu, kusura dayalı bir tazminat talebi. Baştan bir ihlal kararı olmazsa bu davanın da açılabilirliğini düşünmüyorum. Siz ne düşünüyorsunuz acaba?

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN- Burada öncelikle şu ayrımı yapalım: İdari yargı açısından ortaya çıkan birtakım ihlal veyahut da durumlar saklı kalmak şartıyla, o kısmı ayırık tutmak şartıyla, özel hukuk açısından birtakım davaların açılabilmesi kapsamında sorunuza alıyorum. Öyle mi?

Bir Katılımcı- Evet.

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN- Dolayısıyla, tazminat taleplerine ilişkin kısmı da saklı tutuyoruz; çünkü bu çerçevede, Avrupa, Avrupa Birliği, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemi çerçevesinde böyle bir uygulama şu anda söz konusu değil. Dolayısıyla, bu noktada, tazminata ilişkin davaların doğrudan doğruya maddi hakkın sahibi tarafından açılması gerekir. Bu çerçevede, uygulama, sadece, evet, çeşitli durumlarda ortaya çıkabilecek birtakım ihlaller söz konusu ise, zarar şartı ve tazminat veyahut da bu zararın giderilmesi, eda davası kapsamında olmamak şartıyla, çeşitli ihlallerle ilgili, tespit davası, ihlalin durdurulması davası gibi birtakım davaların açılabilmesi kapsamında uygulamanın olabileceğini söylüyorum.

Nuran İNAN (Kurum Başhukuk Müşavir Vekili)- Pelin Hocanın biraz evvelki açıklamalarında, Rekabet Kurulu bilirkişilik yaptığı zaman, ters bir karar verirse veya bilirkişinin verdiği kararlar Kurulun kararı farklı olursa, sorun olarak önümüzde durduğunu belirtti. Uygulamada böyle bir sorun yaşanacağını ben şahsen düşünmüyorum. Uzmanlar, edinimleri ve birikimleri çerçevesinde inceleme yaparak tespitlerde bulunmaktadırlar. Kaldı ki, Kurum olarak bu konuda daha da titiz davranarak başvuruyu sektör bazında da değerlendirip ilgili dairenden olmayan bir uzman ve bir avukat görevlendiriyoruz. Bilindiği üzere bilirkişi raporu öğretide ve uygulamada hâkimi bağlamaz. Sonuçta; Kurul kararı değil, bilirkişi görüşüdür, dolayısıyla Kurumu bağlayacağını düşünmüyorum. Artı, soruşturma raporunda da uzmanların, raportörlerin görüşü vardır ve Kurulu bağlamaz. O nedenle, Kurul kararıyla ters düşerse, hukukta bir sorun olarak yaşanacağını düşünmüyorum. Ancak, hâkime en güvenilir bilginin yine bizim Kurumdan geleceğini düşünüyorum; çünkü 4054 sayılı Kanun'un uygulanması açısından araştırma, bilgi donanımı, eğitim ve uygulamanın içinde olarak en iyi yetişmiş hukukçu ve uzmanların bizim bünyemizde olduğunu düşünüyorum.

LARRY WHITE- Önce Pelin Hanıma bir soru sormak, daha sonra da bir şey söylemek istiyorum. Ben antitröst hukuku ve rekabet hukuku üzerine uzmanlaşmış bir Amerikalıyım ve üç kat tazminata ilişkin değişiklik yapılabileceği konusundaki yorumlar üzerine konuşmak istiyorum. Aslında ben üç kat tazminat verilmesi konusundaki esnekliğin korunması gerektiğini düşünüyorum. Sherman Kanunu kapsamındaki üç kat tazminatlarının otomatik olarak uygulanmasına ilişkin hükümler bu gün bu şekilde değiştiriliyor. ABD Adalet Divanı son dönemde ceza tazminatlarını kısıtladı. Pek çok durumda, ağır suç işleyen kişiler için ceza tazminatları gerçek tazminatın üç dört katı olabiliyor. Bu nedenle, rekabete ilişkin üç kat tazminatlarının otomatik olarak uygulanması oldukça mantıksız. Bu da Sherman Kanunu'nun otomatik tazminat hükümlerinin değiştirilebileceği veya büyük oranda kısıtlanabileceği anlamına

geliyor. Bu alanda yapılan bir araştırma var ve bence Türkiye'nin üç kat tazminat konusunda esnekliği koruma yaklaşımı daha iyi yaklaşım. Son olarak rekabet uzman görüşlerine ilişkin bir soru sormak istiyorum. Hakim neden yasal olarak en inandırıcı olan görüşü seçmiyor? Hakimin uzman görüşleri içinden yasal olarak en inandırıcı olanını seçmesi gerekiyor.

Oturum Başkanı- Teşekkürler Larry White.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Türk Rekabet Hukukundaki ilgili mevzuat genel olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukukundan alınmakla birlikte 3 kat tazminata ilişkin hüküm Amerikan Rekabet Hukuku örnek alınarak kanunda yer almıştır. Amerikan Rekabet Hukukunda üç kat tazminat cezai şart olarak uygulanmakta ve bu konuda bir problem de ortaya çıkmamaktadır. Türk hukukunda doktrinde ise Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan üç kat tazminata ilişkin hükmün üç kat olarak uygulanması gerektiği ileri sürüldüğü gibi üç kata kadar arttırılarak uygulanabileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Üç kat tazminat uygulaması konusunda Amerikan hukukunda herhangi bir problem yaşanmazken Türk hukukunda neden uygulamada farklılığın ortaya çıktığı konusuna baktığımızda, öncelikle Türk Hukuk sistemi içerisinde tazminatın üç kat arttırılarak uygulanmasının sık rastlanan bir uygulama olmadığını belirtmek gerekir. Bu konuda benim bildiğim fikri mülkiyet hukukunda benzer bir hüküm var. Türk hukukunda uğranılan zararın tazmini esas olduğundan, tazminatın zenginleşmeye neden olmaması gerektiği esas olduğundan, RKHK'da açıkça belirli şartların oluşması halinde tazminatın üç kat arttırılarak uygulanacağı açık olarak yazılı olmasına karşın doktrinde farklı yorumlar yapılmaktadır. Benzer şekilde Tebliğ'de incelenen mahkeme kararlarında da mahkemelerin üç kata kadar tazminatın arttırılarak uygulanmasına karar verdikleri görülmektedir. Uygulamada üç kat tazminata hükmedilmesinin talep edildiği olaylarda verilen kararların hiç birisinde tazminatın üç kat arttırılarak uygulanması hükme bağlanmamıştır. Tazminat sadece bir kat arttırılmıştır.

RKHK'daki hüküm açıkça belirli şartların bulunması durumunda tazminatın üç kat arttırılarak uygulanacağını öngördüğü gibi Amerikan hukukunda da benzer bir uygulama söz konusudur. Bu nedenle Kanunda bir değişiklik yapılmadığı sürece hükmün üç kat olarak uygulanması gerekmektedir. Aksi yönde bir düzenleme ile ilgili olarak RKHK'da değişiklik öngören Taslak metinde tazminatın üç kata kadar arttırılabileceği şeklinde bir hüküm öngörülmüştür. Böyle bir değişiklik yapılırsa ancak bir kat iki kat gibi üç kata kadar uygulama söz konusu olabilecektir. Bu nedenle mevcut düzenlemeye göre,

yerel mahkeme kararlarında yer alan tazminatın bir kat artırımına ilişkin kararın yerinde olmadığını düşünüyorum.

Av. Banu GÜLTEKİN- Benim sorum Pelin Hocama olacak. Genel olarak, bu 3 kat tazminat davalarının, esasen Borçlar Kanunundaki tazminat davasının özel bir görünümü olduğunu düşünüyoruz, kabul ediyoruz. Bu bağlamda baktığımızda, tecavüze aykırılık, haksız rekabetin önlenmesi davalarını, tazminat davalarını açtığımızda birtakım ihtiyati tedbir taleplerimiz oluyor, işte, “bu tecavüze aykırı fiilin önlenmesi, durdurulması” gibi. Bu konuda, benim okuduğum kaynaklarda pek bir fikir birliği yok. Bu ihtiyati tedbir taleplerine, 3 kat tazminat davalarında, uygulama konusunda sizin düşüncenizi öğrenmek istiyorum.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Yanlış anlamadıysam rekabet ihlali nedeniyle adli yargıda açılan tazminat taleplerinde ihtiyati tedbir istenebilir mi diye soruyorsunuz.

Av. Banu GÜLTEKİN- Tazminat davası açarken, o rekabete aykırı fiilin önlenmesinin, durdurulmasının istenmesi konusunda doktrinde, -genel hükümler uygulanır mı uygulanmaz mı? Bir fikir birliği yok benim okuduğum kaynaklarda. Sizin düşüncenizi öğrenmek istiyorum. Ben tazminat davamı açtım, aynı zamanda da, ihtiyati tedbir talebi olarak, bu rekabete aykırı fiilin durdurulması, önlenmesi, mesela bu telekomünikasyondan kaynaklanan bir durumsa, o yönetmeliğin uygulanmasının durdurulması, tazminat davası içerisinde, tarifelerin yayının durdurulması gibi, somut olay bazında bakarsak, bu konuda sizin düşünceniz?

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Öncelikle rekabet ihlali nedeniyle açılan tazminat davalarında ihtiyati tedbir istenip istenemeyeceği konusunda RKHK’da herhangi bir hükmün bulunmadığını söylememiz gerekir. Rekabet Kurulunun tedbir kararı verebileceğine ilişkin bir hüküm Kanunda yer almakla birlikte, Kanunda adli yargıya ilişkin hükümler içeren maddelerde, mahkemelere tedbir istemiyle başvurulup başvurulamayacağı konusu düzenlenmemiştir. Bazı kanunlarda konuya ilişkin ayrı bir hükmün bulunduğu görülmektedir. Örneğin Türk Ticaret Kanununun 63 üncü maddesinde, haksız rekabetle ilgili olarak, dava açma hakkına sahip olan kimsenin mevcut durumun olduğu gibi muhafaza edilmesini, haksız rekabetin men’ini, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve lüzumlu diğer tedbirlerin alınmasını talep edebileceği ve mahkemenin Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun İhtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebileceğine yer almıştır. Bunun dışında genel olarak HUMK’nın 103 üncü maddesinde, gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın

defi için hakimın gereken ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebileceği yer almıştır. RKHK’da (engelleyici) herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle HUMK’da yer alan ihtiyati tedbirle ilgili genel hükme dayanarak tedbir talep edilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Tedbir talep edilmesi ayrı bir konu, tedbir kararı verilebilmesi için gereken şartların mevcut olup olmaması ise ayrı bir konudur. Bu nedenle somut olaya göre konunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mensubu)- Ben Pelin Hanıma bir-iki soruyla başlamak istiyorum. Yanlış anladıysam lütfen düzeltin. Dediniz ki, Adliye mahkemelerinde görülen davalarda, “birtakım bilirkişiler Rekabet Kanununun uygulanması gerektiğinden bahsettiler, bir kısım ise, Borçlar Kanununun uygulanması gerektiğinden bahsettiler.” Burada, bilirkişilerin böyle bir şeyden bahsetme yetkisi öncelikle yok. Niye yok? Çünkü hukuki konularda hâkim hukuku resen uygular, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 76’ncı maddesine göre. O hâlde, hâkim hukuku resen uygulayacağına göre, böyle bir tartışma da anlamsız bir tartışma gibi geliyor. Acaba, siz bu sözünüzle, “yeni hukuki konularda da bilirkişi uygulaması başlatılsın” mı demek istiyorsunuz? Ben bunu sanmıyorum; Bu zorunlu bilirkişilik uygulaması eğer ki olursa ki Hocamız da sanırım o yönde- hem olayın mutfağında olan, hazırlama aşamasında olan bir uzman bu işi hazırlayacak ve Kurul buna göre karar verecek, hem de bu uzman, aynı zamanda, adliye mahkemelerinde bir şekilde bilirkişi olacak. Acaba hakimlerin reddi hükümlerine göre reddedilebilen bir bilirkişinin burada yansızlığını, tarafsızlığını biz nasıl sağlayacağız; bu bir tartışma. Bu tazminat konusunda İş Kanunumuzun 21’inci maddesi vardı, “haksız fesih hâlinde 4 aydan 8 aya kadar ücreti verilir” şeklinde. Yine, bizim İcra İflas Kanunumuzda, yüzde 40’a kadar icra inkâr tazminatı verilir. Dolayısıyla, sizin kanununuzda da eğer “3 katı” diyorsa, bunu maddi hukuk anlamında spesifik bir tazminat olarak değil de, maddi hukuktaki ceza olarak anlasak acaba daha doğru olmaz mı?

Son olarak da, Hayrettin Hocamın tebliğinden bir yanlış anlama mı oldu, yoksa konuyu ben mi anlayamadım; o konuyu açmasını söyleyeceğim. Hayrettin Bey hem usul tasarıdan bahsederken, hem de Rekabet Hukuku Kanunuyla Ticaret Kanununun genel-özel kanun olması ilişkisinden bahsederken hiçbir şekilde ben şunu dediğini anlamadım: Bu dernekler, maddi hukuk, maddi tazminat davalarını da açabilirler; ben bunu anlamadım. 58’inci maddenin zaten atfı “A, B, C” bentlerine. Ticaret Kanununda maddi tazminat bentlerine yönelik böyle bir atf yok. Niye yok? Önleme davası, tespit davası ve müdahalenin meni davasını açabilirler. O hâlde, bundan sonra belki tartışılabilir; “açılsa mı açılmasa mı” ya da “açılırsa, buradan gelecek gelir Hazineye irat mı kaydedilmeli, zarar dağıtılmalı mı?” Bir tartışma olabilir. Kesinlikle burada, ne

Hayrettin Beyin tebliğinden böyle bir sonuç çıkmaz. Maddi tazminat davasının açılabilmesine, sınıf davaları kapsamında, böyle davaların açılabilmesine yönelik bir sonuç çıkmaz diye düşünüyorum. Yanlış anladıysam da Hayrettin Bey düzeltirse sevinirim.

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN- Ahmet Beyin görüşlerine katılıyorum. Zaten tebliğimde de bundan farklı bir şey söylemedim. Tazminat davalarını ayrı tuttum. Dolayısıyla tazminat davaları açısından, ülkemizin de dahil olduğu sistem itibarıyla, kategorik olarak o anlamda bir uygulama şu anda söz konusu değil. Bu açıdan, tazminat davalarına ilişkin dava açılabilmesine ilişkin herhangi bir durum söz konusu değil.

İçtihadı birleştirme kararının o anlamda, idari yargı açısından iptal davasıyla tam yargı davasının bir arada açılması durumuna ilişkin kararı belki bir soru işareti oluşturmuş olabilir. Bu da idare hukukuyla ilgili bir alan. Dolayısıyla, medeni yargılama düzenlemeleri çerçevesinde şu an itibarıyla, tazminat davaları bağlamında bir sınıf davası uygulaması söz konusu değil. Tamamen, bahsettiğiniz geçersizlikle ilgili, işte, tespittir, mendir, önlemedir, o davalar kapsamında sınıf davaları söz konusu olabilir.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Öncelikle söylemek gerekir ki hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı şüphesizdir. Ancak yine çoğu kişinin bildiği gibi uygulamada bir çok olayda hukuki konularda da bilirkişiye başvurulmaktadır. Nitekim Tebliğ kapsamında incelenen bir olayda ikrah konusunda dahi bilirkişinin bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Uygulamadaki bu gerçeği tazminat davalarını değerlendirirken de gözardı etmemek gerekir.

Yeni hukuk dallarındaki gelişmeler kapsamında karmaşık sorunlar ortaya çıkmaya başladıkça hakimlerin hukuki konuları da kapsayacak şekilde bilirkişiye başvurmaları sıklıkla gündeme gelmektedir. Şüphesiz olması gereken bu değildir ama mevcut durum budur. Hakimler, bilirkişi raporu ile bağlı olmamakla birlikte, konunun karmaşık olması, çok fazla örnek olayın bulunmaması gibi çeşitli nedenlerle genelde konunun uzmanı olan bilirkişilerin raporlarına dayanarak karar vermektedirler. Kaldı ki bazı olaylarda konunun uzmanı olan iki ayrı bilirkişi heyetinin dahi daha en başta hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda ayrıntılı bir inceleme yaptıkları ve buna rağmen nihayetinde uygulanacak hükümler konusunda farklı görüşte oldukları görülmektedir. Dolayısıyla rekabet ihlali nedeniyle tazminatın söz konusu olduğu olaylar, hemen ilk bakışta şu hüküm uygulanarak konu çözümlenecek şekilde basitçe ortaya konulabilen olaylar değildir. Bu nedenle bilirkişilerin dahi zorlandığı bir konuda hakimlerden konuya hemen vakıf olmalarını beklemek güçtür. Tabi ki ‘yeni hukuki konularda bilirkişi uygulaması

başlatılsın” şeklinde, eski yeni hukuki konular arasında bir ayırım yaparak, hukuki konularda da bilirkişiye başvurulması gerektiğini söylemek mümkün değildir. Ancak spesifik konularda bilirkişilerin -hukuki konuları da kapsayacak şekilde bir bütün olarak yaptığı değerlendirmeleri-bu bütünü dikkate almadan-sırf hukuki konularla ilgili görüşleri ayırarak, hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı gerekçesiyle tamamen göz ardı etmemek gerektiği düşüncesindeyim. Olay bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.

Diğer soruyla ilgili olarak, Rekabet Kurumu uzmanının hem rekabet ihlali nedeniyle yapılan başvuruya ilişkin rapor hazırlayıp Kurulun buna göre karar verecek olmasının hem de adli yargıya bilirkişi olarak görüş bildirecek olmasının sakıncaları olabileceği, hakimlerin reddi hükümlerine göre reddedilebilen bilirkişinin burada tarafsızlığının nasıl sağlanacağı tartışma konusu olabileceği ifade edildi. Her şeyden önce her iki Kurum önüne gelen olayın tarafları farklı bulunmaktadır. Kaldı ki zaten adli yargıya başvurulmuşsa Rekabet Kurumuna da başvurma zorunluluğu ya da Rekabet kurumuna başvurulmuşsa adli yargıya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Rekabet Kurumuna başvuru yapılmış ama tazminat davası açılmamış olabilir ki çoğu olayda böyledir. Ya da tazminat davası açılıp Kuruma başvuru yapılmayabilir. Tazminat davasının tarafları kısaca zarar gören ile zarar verendir. Dolayısıyla burada üçüncü bir kişi olarak Rekabet Kurumuna başvurunun bir sakınca yaratacağını düşünmüyorum. Aynı anda tazminat davası açılmakla birlikte Kurumu başvurunun yapılmış olduğu durumlarda da, Kurumun incelemeleri asıl olarak iktisadi analizlere dayalı yapıldığından gerçekte bilirkişi olarak bildirdiği görüş ile Kurumun kendi incelemesi sonucunda vereceği karar arasında aslında kişisel olarak çok da bir farklılık olacağını düşünmüyorum. Nihayetinde hakim bilirkişi raporuyla da bağlı olmadığından kendisi karar verecektir. Tabi burada aslında, yukarıda da bahsedildiği gibi, bir çözüm arayışı içerisindeyiz. Biz bile yıllardır bu alanda çalıştığımız halde bazı spesifik olaylarda konuyu çözmekte zorlanıyoruz. Bu nedenle bunca birikimi olan bir Kurumdan yararlanılması gerektiği düşüncesindeyim.

Oturum Başkanı- Konu çok farklı bir yerde tartışılmaya başlandı. Temel konuların sınırını bir koymamız lazım. Temel konuları kaçırdık. Kaçırdığımız konular şunlar; Biz, özel hukuk alanında tazminat davasını konuşuyoruz. Özel hukuk alanında tazminat davaları, serbestlik alanı demektir. Davayı açmak isteyen kişi açıp açmamakta bir kere özgürdür; zararı üstlenebilir. “Ben açmam”; bu kadar. Açarsa, gene bu serbestlik devam eder. Bizim kanunumuzda özel hukuk hükümleriyle kamu hukuku, idare hukuku hükümleri bir aradadır. İdare hukuku hükümlerinin uygulanmasında, âdeta, ceza yargılaması gibi bir usul uygulanır; yani gerçekleri bulma zorunluluğu vardır. Rekabet Kurulu, kendisi, iddialarını kanıtlamak için gerçeği arar ve sonuna

kadar bunu aramak için araştırmalarını sürdürür. Halbuki özel hukuk davaları böyle değildir. Özel hukuk davalarında, davacı, kendi davasını kendisi ispatlar. Dolayısıyla taraflar, davayı kendilerini hazırlarlar. Hâkim araştırma yapmaz, hâkim inceleme yapmaz; hâkim, davayı tarafların hazırlaması için uygun ortamı yaratır. Burada, davasını iyi savunacağına güvenen kişi, kendisi doğrudan mahkemeye gidip davasını en iyi şekilde, en iyi dilekçelerle, en iyi avukatlarla savunur. Burada bilgili olması gereken zaten o tarafın avukatlarıdır. Doğru dilekçelerle, doğru delillerle davasını yönlendirecektir. Karşı tarafı için de aynı şey geçerli. Dolayısıyla, bir kere, bu serbestlik alanına siz mecburiyet getirmeye başlıyorsunuz. Serbestlik alanını, özgürlüğü kısıtlıyorsunuz. Serbestlik alanını kamu hukuku alanıyla karıştırıyorsunuz. Bunun çok sakıncalı olabileceğini düşünüyorum. Dolayısıyla, bunları doğru yerde tartışmalız.

Bakın, şu anda ben gene dava açmayı düşünen zarar görmüş bir kişiyim. Ben Rekabet Kuruluna gitmek istiyorsam, ona da gidebilirim. Engin, en güvenilir bilgi sahibi olan Rekabet Kurulu, benim olayıma bir el atsın dersem, zaten o yol açık. Rekabet Kuruluna başvururum, aynı anda davamı da açarım, sonra derim ki, ben başvurdum efendim, bekletici mesele yapılsın derim ve bekletirim. Bunda hiçbir sakınca yok. şu andaki sistem zaten bu. Bu sistem, kamu hukuku sistemiyle özel hukuk sisteminin hangi ölçüde birbiriyle bağdaştırılacağını, davacıya karar verme özgürlüğü veriyor. Davacı isterse bunu birleştiriyor. Taraflar diyelim; davalı da talep edebilir çünkü bunu. Bu özgürlüğü elinden kanun yoluyla almıyoruz. şu andaki bu sistem o yüzden, ister kamu hukuku, ister özel hukuk alanını ya da ikisini aynı anda çalıştırmak isteyen davacıya insiyatif vermektedir. Dolayısıyla, bunu, özel hukukun kendi içindeki dava prosedürleri içinde düşünmemiz ve kamu hukuku kısmını da kamu hukuku kuralları çerçevesinde düşünmemiz lazım. İkisini karıştıran hükümler bence problem yaratır. Tartışmalar da oralara kayıyor. Bu da problem yaratır

Söz almışken bir şey daha söylemek istiyorum. 3 kat tazminat “3 kata kadar” olmamalıdır diye düşünüyorum. “3 kat” olmalıdır ve çıkarılmamalıdır da. Bunun çok önemli bir hüküm olduğunu birkaç seneden beri daha iyi fark ediyorum. Nedenini çok açık söyleyeyim. Rekabet Kurulu bazı olayları atlayabilir, araştırmak istemeyebilir. Zarar gören birisi eğer hakikaten zarar görmüşse, 3 kat tazminat alma hevesi, -hevesten bahsediyorum- onu motive ediyor; bir özendiricisi var. Bu özendirici olmazsa, bu davaları aşmakta istekli olmayacaklar. Davaların açılmasında bu 3 kat tazminatın çok etkili olduğunu düşünüyorum. 3 kata kadar olunca bu özendirme azalacak diye düşünüyorum. Böyle bir özendirmeye de ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Sebebi de açık. Kişiler dava açtıkları zaman sadece kendi haklarını korumuş olmuyorlar bu davada. Evet, haklarını korurken bir tazminat alıyorlar, zenginleşiyorlar belki de. Bu adil gelmeyebilir. Aynı zamanda, tüm toplumsal refahı bozan, toplumsal

refah azalmasına sebep olan bir rekabet ihlaline de son vermiş oluyorlar. Kamu hukuku bakımından da çok büyük etkileri var, kamu yararı açısından. Bu nedenle, bunu teşvik etmenin bir mantıklı sebebi var. Bir caydırıcı yönü de var. Şimdi Rekabet Kurulunun cezaları çok düşük kaldığı için, bütün firmalar bize, tazminattan korktuklarını söylüyorlar; “3 kat tazminat var, aman biz bir yanlış yapmayalım, ne olur yapmamamızı sağlayın” diyorlar. Bakın, bu çok önemli bir şey. Bir caydırıcı yönü var, bir de dava açmaya teşvik edici yönü var. O yüzden, bu hükmün aynen kalmasının çok yararlı olacağını düşünüyorum.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Konuyla ilgili bir soru da ben sormak istiyorum. Acaba mahkemelerden Rekabet Kurumuna hiç görüş soruldu mu? Somut olaya ilişkin olarak rekabet ihlali var mıdır yok mudur şeklinde Kurumun görüşü talep edildi mi? Herhangi bir talep var mı?

Nuran İNAN- Var.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Nedir? Genelde hangi kapsamda talep yapılmış?

Nuran İNAN- Bilirkişi. Mahkemeler dava dilekçesini gönderiyorlar. Bu dilekçede belirtilen rekabet ihlali konusunda bilirkişilik talebinde bulunuyorlar. Bizim, “bilirkişiler listesi” diye belirlediğimiz heyet listesi yok. Biraz evvelki konuyu biraz daha açarsak; başvuru sayısı çok az, henüz çok yeni, birkaç davayla sınırlı. Dediğim gibi, sektör bazında ve dairesine de dikkat ederek, farklı dairelerden 1 veya 2 uzman ve bir avukatla birlikte hazırlatılan, bilirkişi raporu ve mahkemeye gönderili de. Takdir mahkemenindir. Bu konuda emsal alınabilir mi bilmiyorum ama idari yargıda istişari görüş alıyoruz; kurum da bizzat bu uygulamaya başvurdu. 1’inci Dairenin verdiği istişari görüş kurulu, yani dairesini bağlıyor mu? Bağlamadığına göre, bu bir istişari görüştür, görüş çerçevesinde değerlendirilir. Ne dairesini bağlar, ne istişari görüşü alan kurumu bağlar. Ama, uyup uymamak hâkimin takdirindedir. Biraz bizim durumumuzu, bilmiyorum, teşbihte hata olmasın, ama istişari görüş müessesesine benzetiyorum. Benim, uygun olmasını düşündüğüm: Uzmanların eğitimi ve doğruyu bulmaktaki çalışmalarının teknik açıdan çevredeki bilirkişilik yapacak arkadaşlara göre daha öncelikli olduğunu düşünüyorum. Salt bu konuda eğitildiler. Hukukta tam olarak doğruyu bulmak her zaman mümkün değil; ama hak aramada en yakını sanki bizden geçermiş gibi bir duygu var.

Bir Katılımcı- Bir şeyi mutlaka söylemem lazım. “3 kata kadar tazminat” konusunda sizin gerekçenize kısmen katılıyorum. Hukuk, bir haklar ve menfaatler dengesi sanatıdır.

Oturum Başkanı- Sigorta ettirecekler. Çözümü var.

Yrd. Doç. Ayhan KORTUNAY- O ayrı bir husus. Tabii, o da tartışılabilir. Yıkım gibi bir tehlikeyle karşı karşıya kalabilirler. Mesela bir firmanın rekabete aykırı davranışı sebebiyle 100 kişi, -atıyorum- 10 birim zarar görmüş olsa, bu demektir ki, firma 300 birim tazminat ödeyecektir; bu kişilerin sayısının 10 bin kişi olduğunu düşündüğünüzde, 30 bin kişi. İktisatçı Hocam, Sayın Erol Hocam orada. Belki onlar hesapları çok daha iyi yapabilir. Dolayısıyla, yıkımlar söz konusu olabilir. İki; “tazminat avcıları”, tabir caizse, türeyebilir. Bunun da düşünülmesi lazım. Haksız kazanç elde etme yolu açılabilir.

Bilirkişilik konusunda ben sistemin ters işletildiğini düşünüyorum. Önce mutlaka soruşturma açılmalı. Varsayalım ki, Rekabet Kurumuna böyle bir bilirkişilik istemi gitti, resen soruşturma başlatacak mıdır, ne olacak? Başlatmasa bir türlü, başlatsa bir türlü. O hâlde, mahkemeler bunu bekletici sorun yapıp, belki Rekabet Kurumuna ihbarda bulunup veya Rekabet Kurumu bunu bir ihbar kabul edip, sistemi doğru yerden başlatıp önce soruşturma açılmasına... Mahkeme tek başına sektör analizi yapabilir mi Hocam, -mümkün değil- Rekabet Kurumunun bile zorlandığı durumlarda?

Dolayısıyla, sistemi baştan doğru işletmek lazım. Bilirkişi kişilik konusunu dolayısıyla bu anlamda doğru bulmuyorum. Önce soruşturma mutlaka sonuçlanmalı. Daha sonra, soruşturmanın sonucuna göre mahkemenin tazminata veya aksi yönde karar vermesi lazım.

Sayın Sanlı'nın bir sorusu vardı. “Class action'larda, ben anlamıyorum, tazminat alınacaksa nasıl dağıtacak, bu ciddi bir sorundur” dedi. Tespit doğrudur. Kıta Avrupa'sında anlaşılan Class action, ABD'deki gibi değil. Sadece orada düşünülen, içtinap davası açılabilmesi. Yine, tazminat davalarını bireyler açabilir. Burada şöyle bir sorun var: Küçük tüketiciler, örneğin ben çimento aldım, -Denizli'de kartelden dolayı soruşturma açıldı, hazır karar da var elimde, mahkemeye gitsem büyük ihtimal tazminat talep edebilirim- mesela 100 torba çimento almışım; bunun için mahkemeye gitmeye değer görmeyebilir insanlar. Dolayısıyla, yapanın yanına kâr kalabilir, zarar veren firmaların yanına kâr kalabilir. O anlamda ne yapacağız peki? Dava hakkının devri gibi bir prosedür var Almanya'da. Ben dava hakkımı bir tüzel kişiye veya şirkete devrediyorum. Sırf örnek olsun diye çimento rekabetine karşı Almanya'da bu konuda bir şirket kurulmuş Hocam. Kişiler, bireyler dava açma hakkını o şirkete devretmişler. Dolayısıyla, hem usul ekonomisine uygun, hem zaman kaybını önüyor, hem mahkemelerin yüzlerce davayla uğraşmasına engel oluyor. Belki bunun düşünülmesi lazım.

Class action mutlaka olmalı. İçtinap davası önemli. Neden? Soruşturma açtık, firmayı cezalandırdık; ama devam ediyor, çünkü elde ettiği kâr daha fazla.

İçtinap davası açarsak, işte bunu ancak böyle önleyebiliriz. Bizim yasamıza mutlaka bir an önce girmesi lazım.

“Tazminat” konusu yine bireylere bırakılmalı. Belki, “dava hakkının devri” gibi bir prosedür veya bir kanun maddesi de mutlaka eklenmeli ki, ben, aldığım 100 torba çimento için bir de dava açabileyim, yani yapamın yanına kâr kalmasın. Tazminat hakkı mutlaka güvence altına alınsın diyorum.

Murat DOĞAN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)- Bir merakımı gidermek istiyorum. Pelin Hanıma yönelik bir sorum olacak. Rekabet hukukunda genel olarak haksız fiil sorumluluğu kabul ediliyor. Doğru. Baktığımız zaman da, haksız fiil sorumluluğunun kabul edilmesi tabii. Bu kanunun 4 ve 6’ncı maddeleri, haksız fiili öngören düzenlemeler içeriyor. Yalnız, acaba 4’üncü maddenin “E” ve “F” fıkraları ve 6’ncı maddenin “C” fıkrası bizde, haksız fiille sözleşmeye aykırı davranışının yarışabileceği intibamı uyandırmaz mı? “Ne önemi var” diye aklınıza gelebilir. Özellikle mesela siz şunu belirttiniz: Dediniz ki, “bu konuda kanunda özel hüküm olmadığı için Borçlar Kanununun zaman aşımına ilişkin hükümleri uygulanır, o da 1 ve 10 yıldır.” Oysa, biliyoruz ki, Borçlar Kanununun sözleşmeden doğan sorumlulukla ilgili zaman aşımı 10 yıldır. Dolayısıyla, çok daha avantajlı bir durum sağlayacaktır. Bu düşünülemez mi? Eğer merakımı giderebilerseniz teşekkür ediyorum.

Yrd. Doç. Dr. Pelin GÜVEN- Rekabet ihlalinin gerçekleştiği bazı olaylarda bu ihlal bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Örneğin taraflar aralarında yapacakları bir dikey sözleşmeye koyacakları rekabeti sınırlayan hükümlerle rekabet ihlalinin gerçekleştirilebilirler. Ama yine rekabet ihlali bir sözleşme olmadan da gerçekleştirilebilir. Örneğin bir firmanın hakim durumunu kötüye kullanarak rekabeti ihlal etmesi gibi. Bu nedenle RKHK’da bu durumlara yönelik olarak herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Burada haksız fiil ile sözleşmeye aykırı davranışın yarışabileceği bir durum söz konusu olabilir mi tartışılabilir. Ancak kanaatimce burada sorunun cevabı açıktır. Rekabeti ihlal eden sözleşmeler hükümsüzdür. Hükümsüz bir sözleşmeye aykırı davranış söz konusu olamaz. Çünkü sözleşme zaten geçersizdir. Bu nedenle hakların yarışabileceği bir durum olabilme ihtimali bulunmamaktadır. Rekabet ihlali haksız fiil olarak değerlendirileceği için de haksız fiile ilişkin zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerekmektedir.

Oturum Başkanı- Bu soruya Kerem beyin de bir ilavesi var.

Kerem Cem SANLI- Aslında tam bu soruya cevap değil, ama bunu da söyleyebilirim. Ben, biraz önceki şeye ilişkin bir şey söylemek istiyorum. “Tazminat davası açıldığı zaman hâkim piyasa analizini nasıl yapacak, hâkim

bunu nasıl yapacak” dediğimizde aslında şunu göz ardı etmememiz lazım: Burada aslında hakim tarafların ortaya süreceği deliller çerçevesinde karar verecek. Yoksa hakimin resen araştırma yapması; mesela piyasa araştırma yapması, piyasadaki aktörlere soru sorması, tüketicilerle konuşması söz konusu değil. Siz davacı olarak davalının hakim durumda olduğunu ispatlayabilirseniz ispatlayacaksınız. İspatlayamazsanız, hâkim, delil olmadığı için ikna edici bulmayacak, davayı reddedecek. Dolayısıyla, yani şöyle düşünün: Normal bir yargılamada, yani medeni usul yargılamasında, aslında sistem bilginin toplanması açısından Rekabet Kurumu tarafından yapılan soruşturmaya göre daha etkindir. Tamam, Rekabet Kurumu meseleyi daha iyi bilebilir; bu başka bir şey. Siz de, eğer iyi bilen insanlar yanınızdaysa, çok doğal olarak ne yapabilirsiniz? Size zarar veren, sizi yaralayan bir uygulama karşısında bilgiyi mahkemeye sunabilirsiniz. Karşı taraf da, bunun muhatabı olduğu için, o da sunar. Hâkim de, bilgi de önünde olduğuna göre, buna cevap verir. Burada hâkimin, ceza hâkimi gibi ya da Rekabet Kurumu gibi soruşturma yapması zaten söz konusu değil. Bence etkin bir sistemdir bu; dolayısıyla, meseleye bu yönüyle bakmak gerekir diye düşünüyorum. Şu tabii ki problem: Hâkim bilmiyor olabilir şu anda rekabet hukukunun maddi normlarını nasıl uygulanacağını. O yüzden, belki sizin sorunuz o manada birtakım problemlere sebebiyet verebilir. Bu, zaman meselesidir. Zaman içerisinde bilgi birikimi artar. Piyasanın bu yönde talebi olursa uygulama gelişir ve istenilen seviyede kararlar verilir. Siz, bu yönde bir uygulamayı keserseniz, bu bilgi birikimini baştan ortadan kaldırırsınız. 5 sene, 10 sene sonra görmek lazım. ABD’de rekabet yasası ilk çıktığında herhâlde yargıçlar doğal bir yetenek ve bilgi birikimi ile anlamlı ve doyurucu kararlar vermiyordu. Nitekim ilk yıllardaki kararlar incelendiği zaman bu açıklıkla görülebilir. Bu iş biraz zaman meselesidir. Uygulamanın serbest bırakılması gerektiğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Bu konuyla ilgili şimdi son bir cümle söyleyeceğim. Bunu tartışmaya devam edeceğiz; bitmeyecek tabii ki. Burada, mahkemeler kendiliğinden bilirkişiye gidemezler, bu talep edilir; birincisi. İkincisi; hangi konuda bilirkişiye gidileceği de talep edilecektir. Dolayısıyla, hukuki konularda, bilgiye dayalı konularda bilirkişiye gidilmeyecektir zaten; teknik bir konuda gidilecektir. “Acaba, davacı, bilirkişiye gönderilmesini talep ederken, ‘efendim, bu konuda sektör araştırması yapılması için Rekabet Kurumundan bilirkişilere gönderilmesi’ diye mi talepte bulunacak” gibi sorunlar var. İlave, siz, bu gelince bir şey öğreniyor oluyorsunuz; bir ihlal var ve resen harekete geçmek zorunda bir Kurumsunuz. “Bunu duyduğunuz, öğrendiğiniz hâlde, ihlalin varlığını, harekete geçmemeniz diye bir şey olabilir mi” gibi sorunlar var. Dolayısıyla, bunları daha tartışacağız. Kapanış konuşması için Nurettin beyi kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI (Kurul Üyesi)- Bütün katılımcılara teşekkür ediyorum. Özellikle tebliğ sunan arkadaşlarımı tebrik ediyorum. Organizasyonda görev alan; organizasyonun başında, içinde, sonunda yer alan bütün arkadaşlarımı kutluyor, kendilerine başarılar diliyorum.

Bir toplantının sonunda hatırdaki kalacak şeyler söylemek lazım; o yüzden, son sözü almak risklidir, hele buraya çıkmak, zorluğu daha da artırıyor. Ben kısa keseceğim. Hoşgörün.

Sizlerle paylaşmak istediğim bir husus var. Dün Erol Hocam, başlangıçtaki birkaç cümlemden hareketle müdahil oldu ve beni biraz rahatlattı. Şöyle başlayayım: Hakikaten, klasik dönemden beri bilimlerin tasnifinde hukukun ve politikanın üst kategoride yer aldığını biliyoruz; yani zor ve önemli ilgi alanları. Diğer bilim dallarıyla ilgili birikimleri olanlar ancak hukuk ve politikada, diyelim ki, bir bilim adamı olmaya niyetlenebilir ya da o alanlarda bir meslek icra etmeye yönelebilirler. Dünkü ve bugünkü tartışmalarda da bu gerçek ortaya çıktı. Her ne kadar politikanın aktüel imajı böyle olmasa da, gerçekte politika da en az hukuk kadar, belki daha da fazlasıyla esasen karmaşık, çok teknik tartışmaları gerektiren bir konu ve üst düzeyde bir zihinsel kapasite istiyor. Burası böyle.

“Pekâlâ, hukuk camiası içinde olmayanlar, hukukçu olmayanlar için bu tür ortamların, bu tür toplantıların, tartışmaların anlamı nedir” dersiniz, ben kendi düşüncemi kısaca sizinle paylaşayım. Zevkle dinledim. Dün öğleden sonra zorunlu olarak ayrıldım; ama bu sabahki tebliğleri zevkle dinledim, anlamaya çalıştım. Hukuk terminolojisine çok aşina değilim; hepten uzak da değilim, ama yeterince vakıf olmadığını bildiğim için bir tartışmayı başlatmak, bir yorum, bir değerlendirme yapmak gibi bir davranışı da cüret telâkki ettim ve soru sormadım. Bir temennimi tekrarlamak istiyorum. Acaba bir de, paralel olarak, - alternatif değil- “Rekabet İktisadında Güncel Gelişmeler Sempozyumu” gibi bir toplantı programı da mı olması gerekir diye düşünüyorum. Bunu düşünmememiz için bu sempozyumun, en azından bu ihtiyacı karşılayıcı özellikler taşıması lazım. Usul çok önemli. Bilim bütünüyle usule dayanır; ona çok saygı duyuyorum. Bildiğiniz şeyin değeri, onu nasıl elde edildiğine bağlı.

Beni Kurulda, -bereket hukukçu arkadaşlarımız var, Hukuk Müşavirliğimiz var, çeşitli mütalaalar alınıyor- her şeye rağmen, zorlayan, bunaltan soruyu, soruları ya da sorunu söyleyeyim, itiraf edeyim:

* Burada ihlal var mı yok mu? İhlalin derecesi nedir? Yoğunlaşmanın varlığına karar verirken, hangi gerekçe ve kriterler esas olacaktır? “Hayatın gerçekleri” mi, “hukukun kuralları” mı, hangisine ağırlık vereceğiz? Konu hangi

açından önemlidir? Ekonominin geneli içinde, rekabet açısından, rekabetin savunulması açısından bunu nereye oturtalım?

* Rekabetçi yaklaşım açısından konu nasıl ele alınmalı, nasıl tanımlanmalıdır? İhlal gibi gözükten bir tabloda, ceza verilir mi, verilmez mi, ne kadar verilmelidir?

* Dünyadaki, dünya ekonomisindeki gelişmeler, Türkiye'deki genel ekonomik ve sektörel gelişmeler, politik, kültürel eğilimler, Türk ekonomisinin kendine has özellikleri, ana parametreleri, uluslararası kuruluşların rekabetçi çabaları, çeşitli ülkelerdeki rekabet otoritelerinin yaklaşımları ve kararları. Bendenizi zorlayan sorular ya da sorunlar, öncelikle bunlar.

Tabii bunu, hukukun, hukuk yolunun ihmal edilmesi anlamında söylemiyorum. O bir zorunluluk. Kanun ortada, usul hükümleri, idare hukukunun genel prensipleri ortada, kamu yönetiminin getirdiği zorunluluklar ortada. Tamam. Belki kaba bir ifade, yanlış benzetme olabilir, ama bazen, ağaçlara takılıp ormanı görmüyor gibi bir duruma düşebilir miyiz; böyle bir kaygım var. O yüzden, acaba bu tür temalı toplantılar, bir başka açıdan zenginleştirilebilir mi, daha tatmin edici ve gerçeğe yakın duran bir sentez oluşturmak amaçlı olarak, biraz da bu özenle hazırlanabilir mi, diye düşüncelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

Hepinize başarılar diliyor, saygılar, sevgiler sunuyorum.

Oturum Başkanı- Bende Nurettin Beye Çok teşekkür ediyorum. Bu sempozyumların sürmesi gerektiğini düşünüyorum. Bizim, Seçici Kurulun tebliğlerin tamamını görmesi gerektiğini düşünüyorum. İkincisi biraz önce söylediğim şeyi tekrarlayacağım davetli konuşmacıları seçerken de bizlerle görüşme yapılması gerektiğini düşünüyorum. Üç, mademki Erciyes Üniversitesi ev sahipliği yapmaktadır. Erciyes üniversitesinden de bir davetli konuşmacı mutlaka olmalıdır. Dolayısıyla bunları beklisi de bir Danışma Kurulu toplantısıyla konuşmalıyız. Bu toplantıları daha iyiye götürmek için çalışmalıyız, üstümüze düşeni yapmaya devam etmeliyiz diye düşünüyorum. Tüm katılımcılara, ev sahibimiz Erciyes Üniversitesi Rektörlüğüne, Hukuk Fakültesine ve İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine de ayrı ayrı teşekkür ederim.