



REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII

17-18 NİSAN 2009
KAYSERİ

REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu

Değerlendirme Kurulu Üyeleri

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP- Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN
Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Prof. Dr. Ercüment ERDEM-Prof. Dr. İsmail
KAYAR- Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR-Doç. Dr. Nurkut İNAN
Doç. Dr. Ali Cem BUDAK- Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI
Dr. Mustafa ATEŞ- İsmail Hakkı KARAKELLE

Düzenleme Komitesi Üyeleri

Doç. Dr. Murat ŞEN- Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN
Hakan SABUNCU- Yaşar TEKDEMİR

17-18 Nisan 2009
KAYSERİ

ISBN 978-975-8936-81-6

YAYIN NO

237

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR	3
Erciyes Üniversitesi Dekanı	
Prof. Dr. İbrahim UZMAY	5
Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı	
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI	7
Rekabet Kurumu Başkan Vekili	

I. OTURUM

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY (Oturum Başkanı)	
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi	
Dr. Mustafa ATEŞ	
Rekabet Kurulu Üyesi	
FİKRİ MÜLKİYET KORUMASI VE REKABET HUKUKU	17
Doç. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi	
TÜRKİYE İÇİN NASIL BİR REKABET MEVZUATI VE UYGULAMASI? REKABET KURUMU İÇİN YENİ AÇILIMLAR	71
Prof. Dr. Richard WHISH	
King's College, University of London Temsilcisi	
REKABET OTORİTELERİNİN FAALİYETLERİ KAPSAMINDA KARTEL UYGULAMALARINA VERİLECEK GÖRELİ AĞIRLIK.....	107
SORU ve CEVAPLAR	115

II. OTURUM

Fevzi ÖZKAN (Oturum Başkanı)

Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı

Av. Sinan NAİPOĞLU, Stj. Av. Deniz Ulaş GÖÇEN

İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Bölümü

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

KAMU İHALELERİNDE KAMU VE ÖZEL KESİM YÖNÜNDE

REKABET DENETİMİNE İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR..... 127

Av. Gönenç GÜRKAYNAK, Av. Bora İKİLER,

Stj. Av. Arın Gül YENİARAS

İstanbul ve Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi

Yüksek Lisans Öğrencisi

YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNDE TAAHHÜT ve

KOŞULLU İZİN YAKLAŞIMLARI..... 171

M. Haluk ARI, Esin AYGÜN, H. Gökşin KEKEVİ

Rekabet Uzmanı

REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA 229

SORU ve CEVAPLAR..... 295

III. OTURUM

Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR (Oturum Başkanı)

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Ali DEMİRÖZ

Rekabet Uzmanı

SÖZLEŞME YAPMAYI REDDETME BAĞLAMINDA

HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN

YÜKÜMLÜLÜKLERİN SINIRLARI..... 317

Akın ÜNAL

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

REKABET HUKUKUNUN SÖZLEŞME İÇERİĞİNİ

BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALESİ..... 395

SORU ve CEVAPLAR..... 417

IV. OTURUM

Mehmet Akif ERSİN (Oturum Başkanı)

Rekabet Kurulu Üyesi

Doç. Dr. Yusuf BÜYÜKAY, Doç. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMELERİNDEKİ

İNTİFA HAKKI KURULMASI ŞARTININ

REKABET HUKUKU AÇISINDAN

DEĞERLENDİRİLMESİ..... 449

Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

KARAR İNCELEMESİ: MUAFİYET SİSTEMİ VE

HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI,

REKABET KURULU KARARLARININ

ZARAR GÖRENLERE ETKİSİ,

REKABET KURULU'NUN YETKİLERİ..... 481

SORU ve CEVAPLAR..... 513

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII**

*17-18 Nisan 2009
KAYSERİ*

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Erciyes Üniversitesi Dekanı

Sayın Rekabet Kurumu Başkanı, Sayın Rektör Vekilim, Sayın Rekabet Kurulu üyeleri, sayın dekanlar, Oda Başkanım, değerli konuklar, basın mensupları, sevgili öğrenciler; “Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu”nun 7’ncisine hepiniz hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bu sempozyumların ikincisini bu salonda düzenledikten birkaç ay sonra Hukuk Fakültemiz, 2004-2005 öğretim yılında ilk öğrencilerini alarak eğitim-öğretime başlamıştı. Geçtiğimiz öğretim yılında, Fakültemize ilk kayıt yaptıran 31 öğrencinin, finaller, bütünlemeler, tek ders sınavları sonunda 16’sını mezun ettik. İlk mezunlarımızın 6 tanesi avukatlık yapmaya karar verdi, 10 tanesi de hâkimlik sınavlarına girdiler. Bu giren 10 tanenin 6’sı yazılı sınavda, 4 tanesi de mülakat sınavında başarılı olarak hâkim-savcı adayı olarak göreve başladılar. Sayı az ama, bu oran Türkiye ortalamasında çok iyi bir orandır.

Yine 2008 yılında Fakültemiz mezunları, ÖSYM tarafından yapılan KPDS hukuk grubu sınavında, ÖSYM’nin yaptığı sıralamada net sorular itibarıyla Türkiye birincisi oldular.

Fakültemizde doğrudan sınavlara yönelik bir eğitim verilmemekte; az sayıda öğrenciye aktif hukuk eğitimi verilmekte. Öğrencilerimizin özverili çalışmaları ve genç, dinamik öğretim kadromuzun gayretli çalışmaları sayesinde öğrencilerimizin daha da başarılı olmasını umuyoruz. Böyle mezunumuz az olunca kimin ne yaptığını sayabiliyoruz.

Fakültemiz tarafından düzenlenecek olan bir diğer sempozyumun bilgisini sizinle paylaşmak istiyorum. Bu yıldan başlayarak, Ekim ayında, tıpkı Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunda olduğu gibi, “Ticaret Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu” adı altında bir sempozyum yapmaya karar verdik. Ticaret hukuku alanında özellikle bir konunun detaylı tartışılacağı bu sempozyumun bu yılki konusu “çek hukuku” olarak belirlendi. Malum, çek hukukunun; hukuku, cezayı, bankacılığı, ekonomiyi ilgilendiren yönleri var. Bu sempozyumda bu konuyu tartışacağız.

Ticaret Kanunu Tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olması, -bir kısmı görüşüldü, geçti, bir kısmına devam edilecek- Çek Kanunu Tasarısının tartışılıyor olması, kriz paketleri içerisinde, çekte ödeme yasağını düzenleyen 711/3’ün kaldırılması, vadeli çekin 2009 sonuna kadar yasaklanması gibi uygulamalar çek hukukunu çok popüler ve muhakkak konuşulması,

tartışılması gereken konu olarak önplana çıkardı. Bu bakımdan, konuya ilgi duyan öğretim üyelerini, avukatları, bankacıları ve iktisatçı meslektaşlarımızı bu sempozyumda tebliğ sunmaya ve sempozyuma katılmaya davet ediyorum.

Açılışını yapmakta olduğumuz Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu iki gün sürmekte ve dört oturum hâlinde yürütülmektedir. Bu oturumlarda hem rekabet hukuku alanında temayüz etmiş bilim adamları ve uygulamacılar tebliğ sunmaktalar, hem de, Değerlendirme Kurulu üyelerinin, isimlerini bilmeden tebliğ sahiplerine yaptıkları puanlamalar sonunda seçilen en iyi tebliğler sunulmaktadır. Rekabet hukuku alanında otorite sayılan hocalarımız ile Rekabet Kurulu üyeleri ve yöneticilerinin oturum başkanı olarak görev aldıkları bu sempozyumlardaki dinleyicilerin tamamına yakını, rekabet hukuku alanında ciddi bilimsel çalışmaları olan ve rekabet hukuku ve politikası alanını profesyonel meslek ve iş olarak seçmiş arkadaşlarımızdır; bu da sempozyumun kalitesini bir kat daha arttırmaktadır. Yine belirttiğim sebeple, sempozyumda sunulan tebliğlerin ve yapılan tartışmaların da üst düzeyde olacağı aşikârdır.

Tebliğ sunmak üzere aramızda bulunan Londra Üniversitesinden Profesör Doktor Richard Whish'e geldiği için özellikle teşekkür ediyorum. Kendisi, antitröstün en vahimi veya serbest piyasa ekonomisinin kanseri olarak nitelendirilen, kartellerle mücadelenin dozu ve yaşanan ağır ekonomik krizlerde bu kartellerle mücadelede bir yumuşatmaya gidilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir tebliğ sunacaklar.

Sunulan tebliğlerin daha kolay takip edilmesi açısından tebliğ metinleri bir kitap hâlinde dağıtıldı; bunlar daha sonra Rekabet Kurumu tarafından kitap olarak bastırılmakta ve dağıtılmaktadır.

Sempozyum ortağımız Rekabet Kurumunun değerli Başkanı Profesör Doktor Nurettin Kaldırmacı Hocamın şahsında tüm yetkililerine, sempozyuma oturum başkanı olarak katılan hocalarımıza ve Rekabet Kurulu üyelerine, ciddi emek mahsulü tebliğleriyle katılan konuşmacılara, tebliğ özetlerini okuyup değerlendiren Sayın Değerlendirme Kurulu üyelerine, Sempozyum Düzenleme Komitesinde görev yapan Rekabet Kurumundan Hakan Sabuncu, Yaşar Tekdemir'e ve Fakültemizden Doçent Doktor Murat Şen'e, Doçent Doktor Ayşe Boztosun'a ve Ebru Özkan'a özellikle teşekkür etmek istiyorum. Ayrıca, emeği geçen tüm kişi ve kuruluşlara da huzurlarınızda teşekkürü borç biliyorum.

Prof. Dr. İbrahim UZMAY

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Sayın Rekabet Kurumu Başkanı ve değerli üyeleri, değerli protokol mensupları, yurtiçinden ve yurtdışından katkı sağlayan değerli katılımcılar, sayın konuklar; Üniversitemiz ile Rekabet Kurumunun ortaklaşa düzenlediği ve geleneksel hâle gelmiş olan Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler konulu konferansa hoş geldiniz der, başarılı geçmesini dilerim.

“Rekabet” duygusu yaradılışımızdan gelen bir olgu. Seçilebilmek, seçkin olabilmek, tercih edilebilmek günlük yaşantımızın da bir parçası hâline gelmiş durumdadır; dolayısıyla, bunu kişisel ve kurumsal olarak değerlendirmek mümkündür. Tabii, bu konuda burada önemli sunumlar olacak ve şüphesiz çok değerli katkılarda bulunulacak ama, müsaadenizle kendi bakış açımı sunmak istiyorum.

Rekabet kavramı, sunulan üründe, sunulan hizmette belirli bir kaliteyi, seçkinliği ortaya koyan önemli bir faktördür. Meseleyi, bu faktörün ortaya koyduğu bir çalışma programı tarzında ele alırsak, kalite gibi bir nitelik kavramı ortaya çıkarken, bunu etkileyen çok yan faktörler de devreye girmektedir. Bu denli önemli olan kalite kavramı sonuçta bir rekabeti ortaya koymakta. Bu rekabetin de, kurumlar arasındaki, kişiler arasındaki hukuku da dikkate alarak geliştirilmesi ve gerçekleştirilmesi de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

İnsanoğlunun ihtiyaçları sürekli olarak değişmekte ve standartlar gelişmekte. Tabii bunları; teknolojik gelişmeler, bilimsel gelişmeler, refah düzeyi gibi birçok faktör de etkilemektedir. Yani dinamik bir yapı söz konusudur. Bu dinamik yapının doğal olarak ortaya getirdiği rekabet hukukunda da güncelleştirmeler veya güncel yenilikler önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve bunları izleyebilmek, buna uygun düzenlemeleri ortaya koyabilmek de önemli hâle gelmektedir. Dolayısıyla, bugünkü sempozyumun bu konuda güncel gelişmeleri ortaya koyması bakımından oldukça önemli bir katkı sağlayacağını ümit etmekteyim.

Bu sempozyumun gerçekleştirilmesinde katkıda bulunan Rekabet Kurumuna, Üniversitemizin Hukuk Fakültesi yönetimine teşekkürlerimi sunuyorum ve başarılı geçmesini diliyorum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Rekabet Kurumu Başkan Vekili

Sayın Rektör Yardımcım, çok değerli konuklar; 7'ncisini bu yıl düzenlediğimiz ve bugüne gelmesinden derin bir sevinç duyduğumuz, uzun yıllar devam etmesini istediğimiz Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunun böyle bir toplulukla, böyle bir katılımı ile icra edilmesi gerçekten heyecan verici, gurur verici.

Sözlerime, bu sempozyuma dünden bugüne emeği geçen herkese teşekkür ederek başlamak istiyorum. Tabii ilk planda, Erciyes Üniversitesinin Rektörü ile arkadaşları ve başlangıç yıllarında İktisadi ve İdari Bilimler Fakültenizin Dekanları ve diğer yöneticileri aklıma geliyor. Ben de o Fakültenin bir mensubu idim ve Ankara'ya gittiğim 2003 yılında böyle bir programın Üniversitemizde başlamış olmasından dolayı çok sevinmiştim. Son yıllarda inisiyatifi Hukuk Fakülteniz ele almış gözüküyor; onlara da başarılar diliyorum.

Ayrıca, çok özel teşekkürlerim ve tebriklerim Sayın Doçent Doktor Ayşe Odman Boztosun için; bir kişinin neler yapabileceğine dair zannederim anlamlı, iyi bir örnek. Kendisinin şahsi gayreti olmasaydı bilmem ki bu organizasyon bugünlere gelebilir miydi?

Rekabet Kurumunun dünden bugüne, yönetiminde görev almış herkese teşekkür etmek istiyorum. Kurul üyelerimiz, uzman arkadaşlarımız, yönetici arkadaşlarımız konuyu benimsediler, önemsediler ve programın bugünlere gelmesinde ciddi katkıları oldu.

Bu salonda bulunan insanlar, bu toplantının ne kadar önemli, anlamlı olduğunun sahici bir başka göstergesi. Gerçekten, üniversite camiası burada, meslekli faaliyetlerini rekabet hukuku hizmetleri alanında yürüten profesyoneller burada, Rekabet Kurumu büyük ölçüde burada ve diğer üst düzey düzenleyici ve denetleyici kurumların çalışanları burada, öğrencilerimiz burada, Üniversite yönetimimiz burada; doğrusu, konu, herhâlde anlamlı olsa gerek ki ilgi görüyor ve böyle bir kompozisyon ortaya çıkmış oluyor.

Konu niçin önemli?

Konunun niçin önemli olduğuna dair az önce Sayın Rektör Yardımcım kısa açıklamalar yaptı. Daha fazla açıklama yapmak istemiyorum. Konu, modern dünyanın bir paradigması, modern dünyanın ortak dili. Biz, içinde yaşadığımız dünyanın dilini öğrenmek ve bu alanda başarılı olmak için buradayız.

Rekabetin ne anlama geldiği, bugünün dünyasında nelere yol açtığı, rekabet paradigmasından, rekabet olgusundan uzak olmanın ülkeler ve toplumlar açısından nelere mal olduğu hemen herkesçe malumdur.

Değerli konuklar, ülkemizin rekabet hukuku ile tanışması, başka konulara kıyasen, var olan başka kurumlara kıyasen (Rekabet Kurumunu, kanunumuzun çıkış tarihini göz önüne alın), evet, nispeten yeni bir olgudur. Rekabet Kurumunun kurulması da bu alanda şüphesiz bir dönüm noktası oluşturmuştur.

Kurumun faaliyete geçmesinden bugüne kadarki 12 yıl içerisinde, rekabet hukuku ve uygulamaları alanında yine kendi kulvarımızda çok önemli mesafe aldığımızı ifade etmek abartma olmayacaktır. Üstelik, aldığımız bu mesafenin uluslararası teyidi de zaman zaman yapılmakta. Çeşitli platformlarda, Kurumumuzun başarılı olduğuna ilişkin tespitler, değerlendirmeler sık sık yapılmaktadır.

Özellikle bu toplantıda mesele teorik ve pratik yönleriyle tartışılıyor. Teorinin vizyon kazandırıcılığıyla, pratiğin sahiciliği, somutluğu dengelenmeye çalışılıyor ve zengin bir öğrenme ortamı oluşuyor.

7'ncisi yapılan bu çalışma, bu sempozyum bizi cesaretlendirdi. Bildiğiniz gibi, geçen yıl içinde de Denizli'de Pamukkale Üniversitesiyle "Rekabet İktisadında Güncel Gelişmeler" gibi bir sempozyumu başlattık. Eğer burası başarılı olmasaydı, bu kadar ilgi görmeseydi belki biz böyle bir projeye el atamayacaktık ya da böyle bir konuya ilgi duymayacaktık. İnşallah bir gün, "Rekabet Ekonomisinde/Rekabet İktisadında Güncel Gelişmeler" başlığı altındaki sempozyumun 7'ncisi de yapılır, 10'uncusu da yapılır ve başarılı olur.

Bu tür faaliyetlerin Ankara'da, İstanbul'da, İzmir'de değil, yani büyük metropoller dışında, Anadolu'da diğer üniversitelerimizle yapılıyor olması da anlamlı. Buraya ülkemizin her tarafından insanların gelmesi de, bu toplantının anlamlı bir başka güzel, sevindirici boyutu.

Efendim, rekabet hukukunun disiplinler arası bir yaklaşımı gerektirdiği de açık; çok geniş bir alan. Bu alanda kesinlikle farklı bilgi dallarının, bilim dallarının birlikte ele alınması icap ediyor. Toplumsal olgular, insan davranışlarıyla ortaya çıkan olgular esasen, kökeni, temelleri itibarıyla karmaşıktır. Kamu düzeni gereği bir hukuk boyutu tabii ki vardır; rekabetçi bir yapının oluşması için hukuki müeyyideye, bunu gözeten, takip eden bir iradeye tabii ihtiyaç var. İşin iyi yapılması bakımından her şeyden önce rekabetin anlaşılmasına da daha çok ihtiyaç var. Rekabetin, bu devirde nasıl anlaşılması gerektiğini sorgulamak, tartışmak lazım. Bunun için herhâlde hukuku, hukukun diğer dallarını, ekonomiyi ve başka alanları bilmek lazım. Bir sosyoloji bilgisi

olmadan nasıl rekabet savunuculuğu yapılır ben anlamam. Bir sosyal psikolojinin bile, rekabet savunuculuğu görevini yerine getirmek bakımından, ne kadar stratejik bir imkân olduğunu hep düşünürüm. Başka bilim dalları da, meselenin anlaşılması, kavranması ve başarılı olması bakımından, Kamu Otoritesi olarak Rekabet Kurumunun başarılı olması bakımından herhâlde işaret etmemiz gereken alanlar.

Bugün ve yarın burada; fikri mülkiyet haklarından kartellere, kamu ihalelerinden yoğunlaşmaların kontrolüne, sözleşme özgürlüğünden taahhüt ve uzlaşmalara kadar çok geniş bir alanda tebliğler dinleyeceğiz ve tartışmalar yapacağız. Bu kadar geniş bir spektrumda ele alınan konular hakkında çok yönlü bilgi sahibi olmak herhâlde gerekli. Üstelik, bu konularla ilgili olarak farklı fikirlerin olduğunu da biliyoruz. Rekabet hukukunu; yeni görüşlerin, yeni yönelişlerin, yeni eğilimlerin ortaya çıktığı bir alan gibi de, statik, değişmeyen, hep aynı kalan kavramlardan, konulardan, eğilimlerden, tercihlerden ziyade, gelişen, belki gittikçe farklılaşan, en azından derece itibarıyla bazı konuların öne çıktığı veya arkada kaldığı bir alan olarak da görmek lazım.

Bu sempozyumda bazı tebliğlerin bir yarışma sonucunda belirlenmesi de doğrusu çok önemli, bu toplantıyı önemli kılan faktörlerden birisi. Dolayısıyla, bu yarışmaya katılan tebliğ sahiplerine ve bu tebliğleri değerlendiren heyete de burada ayrıca teşekkür etmek istiyorum.

Bu toplantının bir başka özelliği de, nispi olarak uluslararası bir nitelik kazanması. Tipik uluslararası bir toplantı niteliğinde takdim etmek belki doğru değil ama, aramızda King's College'den Profesör Doktor Richard Whish var. Bizim dünyamızda kendisinin ismi, bu toplantıyı çok anlamlı kılacak derecede ağırlıklı ve önemli. Katkıları için, Kayseri'ye geldiği için kendisine hususen çok teşekkür ediyoruz, saygılar sunuyoruz.

Değerli konuklar, bir ülkedeki rekabet hukukunun gelişmişlik meselesi, gelişme düzeyi, o ülkenin topyekûn gelişmesiyle de ilişkilendirilebilir, ilgili görülebilir. Eğer bir ülkede iktisadi ve sosyal bakımdan belli bir standart yakalanmış ise herhâlde o ülkede, en azından diğer şartlar sabit olmak kaydıyla, büyük ölçüde "rekabet hukuku gelişmiştir" denilebilir.

Gerçekten, rekabet hukukunun, hayat kalitesinin, toplumsal gelişmenin anlamlı bir göstergesi olduğuna inanmak gerekiyor, bundan şüphe etmemek gerekiyor.

Rekabet meselesinin, rekabet hukukundaki gelişmenin, sadece Rekabet kurumlarının çabalarıyla sonuç alınacak bir iş olmadığını da bilmekte yarar

vardır. Üniversitelerimizin, sivil toplumun, diğer kamu kurumlarının ve bütün kamuoyunun meseleye herhâlde sahip çıkmasında yarar vardır.

Değerli konuklar, üniversitelerimizden önemli beklentilerimiz var. Bugün maalesef, -bendeki bilgi bu yönde- rekabet hukuku alanında akademik çalışma yapmak isteyenler, bu çalışmalarını akademik açıdan değerlendirememektedirler, en azından kariyerlerinde böyle bir sorunla karşı karşıya kalmaktadırlar.

Pek çok üniversitemizde, eğitim programlarında rekabet hukukuna yeterince yer verilmemektedir; bunu gözlüyoruz. Bu durum, bu alandaki ihtiyacın karşılanmasında bir darboğaz gibi karşımızda durmaktadır. Geçen ayın başında Eğitim Müdürlüğümüz tarafından Gaziantep'te avukatlara yönelik bir eğitim programı yapılmıştı. Bendeki bilgi, bu programa 175 avukatın katıldığı şeklinde. Fiilen zaman zaman bu rakam düşmüş ama rekabet hukukunun anlaşılmasına dönük çok büyük bir ilginin varlığı, Türkiye'de meselenin gittikçe yükselmekte olan bir değer olduğunu, en azından önümüzdeki dönemlerde üniversitelerin meseleye sahip çıkmaları gerektiğini gösteriyor. En azından seçmeli ders olarak üniversite programlarımızda zannederim yer alması icap ediyor. Erciyes Üniversitenizin bu alanda da öncülük yapacağına inanıyorum, bu konuda beklentilerimiz var.

Değerli konuklar, programın zamanında başlayabilmesi için konuşmama burada son vermek istiyorum.

Herkese, hepinize saygılar, sevgiler sunuyorum. Toplantının başarılı geçmesini diliyorum.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII**

*17-18 Nisan 2009
KAYSERİ*

I. OTURUM

*Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY*

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*)- Değerli konuklar, sevgili meslektaşlar; ilk oturumun Başkanı olarak kısa bir konuşma yapmak suretiyle oturumu açacağım.

Kural olarak oturum başkanları şekli birtakım konuşmalarla tebliğ sunanları, konuşmacıları takdim ederler ve konuya böyle girilir ama, benim bakımından bu Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu özel bir önem taşıdığı için biraz öznel nedenlerle çok kısa bir konuşma yapmak istiyorum.

İlk defa burada bulunmaktan son derece mutlu olduğumu belirtmek isterim. Bu sempozyumlarım bir tanesi hariç diğerlerinde ben hep hazır bulundum ve buraya da büyük bir heyecanla geliyorum. Heyecanla gelmemin nedeninin bazı psikolojik sebepleri var. Gençliğimde Amerika Birleşik Devletleri'nde mastır çalışmamı yaparken “Kuley Konferansları” adı verilen bir dizi konferanslar vardı ve uygulamacılar, bilim adamları, hukukla ilgili çevreler bu konferanslara büyük bir heyecanla giderlerdi. Kuley Konferans serisinde daima belirli hukuk alanlarının en yeni sorunları dile getirilirdi ve insanlar o konferanslara katıldıktan sonra hukuk kültürleri zenginleşerek dönerlerdi. Onun için, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunu ben biraz bu konferans serisine benzetiyorum. Buraya gelen arkadaşların büyük bölümünde de aynı heyecanı görüyorum. İstek ve heyecan olmazsa insanlar bu konferanslara pek gelmek istemezler.

Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler sempozyumlarının, oturmuş ve rekabet hukukuna önemli katkılarda bulunan bir toplantı olduğunu özellikle vurgulamak isterim. Benim meslek hayatım bakımından da bunun özel bir önemi olduğunu özellikle vurgulamak istiyorum.

İkinci bir nedenini daha söyleyeyim. Ben 1970’li yıllarda Mukayeseli Hukuk Kitabımı yazarken bir konuyla karşılaştım. Konu, “Hukuku Yaratanlar” konusuydu. Hukuk kimler tarafından yaratılır, çeşitli alanlardaki hukukun yaratıcıları kimlerdir?

Biz genel olarak, sıradan insanlar olarak, hukuku yasama organının yarattığını düşünürüz ve öyle zannederiz. Halbuki, sosyolojik hukuk araştırmacıları ya da Almanların “Rechtstatsachen forschung” dedikleri “hukuki olgular araştırması”nı yapanlar, hukukun her zaman yasama organı tarafından değil, aslında başka kurumlar, kuruluşlar ve bireyler tarafından yaratıldığını tespit etmişlerdir. Bu konu, özellikle, 1970’li yıllarda Almanya’dan Amerika’ya göç etmiş olan hukukçu Max Rheinstein ve sağsa zannediyorum hâlen Florida’da olan Walter Otto Weyrauch tarafından derinlemesine işlenmiştir. Bu hocaların, -biri hocam, öbürü de meslektaşım oldu- meslektaşların ortak kanısı

şudur (bunlar daha çok Amerikan, Alman örnekleri üzerinde çalışmışlar): Amerikan hukukunda ilk dönemlerde hukuku yaratanlar avukatlardır. Daha sonra, Amerika Birleşik Devletleri geliştikçe hukuk yaratıcıları avukatlardan çok Washington'daki bürokratlar olmuştur. Tabii, bu arada da hukukun çeşitli alanlarında yargıçların hukuka çok önemli katkılarda buldukları herkesin bildiği bir husustur. Biliyorsunuz, "Common law (Judge made law)" bir anlamda yargıç tarafından yaratılan hukuktur.

Amerikan hukukunda, özellikle Amerikan rekabet hukuku alanındaki gelişmelere baktığımız zaman, Amerikan rekabet hukukunun oluşturucularının tam bu çevreler olmadığını gözleyebiliriz. Şu anda Amerikan hukukunun modernizasyonu; Federal Ticaret Komisyonu üyeleri, Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı bürokratları, bazı hukuk kurumları, fakülteler, bazı enstitüler ve bunların katkılarıyla oluşturulmaktadır. Yeni "Sherman Act", "Clayton Act" vesairenden oluşan Amerikan antitrust hukukunun modernizasyonu ile ilgili çalışmalarda şimdi başka birtakım oluşumlar mevcuttur ve hukuku başkaları oluşturmaktadır.

Almanya modeli incelendiği zaman, Alman hukuku başlangıçta bir profesörler hukukudur; Pandekt profesörlerinin oluşturduğu bir hukukla karşı karşıya kalır. Adı da zaten "profesörler hukuku." Sonradan Federal Almanya'da ve bugünkü Almanya'da hukuku profesörlerden çok artık bürokratlar ve yasama organı oluşturmaktadır.

Amerikan hukukçusu Walter Otto Weyrauch, hukukun oluşumunu başka bir açıdan incelemekte (rekabet hukukunu da buna dahil etmekte); hukuku bir maske olarak görüp aslında pozitif hukuk kurallarının arkasında birtakım menfaat çevrelerinin bulunduğunu ve bu menfaat çevrelerinin, hukukun oluşturulmasında önemli etkenler olduğunu ileri sürmektedir. Onun için, en önemli Amerikan yasalarını (Clayton Act, Sherman Act) ve daha sonraki rekabet hukukuyla ilgili önemli yasaları irdeleyen Weyrauch, birtakım menfaat çevrelerinin Amerikan rekabet hukukunu oluşturduğunu ve dolayısıyla bunun bir maske olduğunu öne sürmektedir. "Mask as law", "maske olarak hukuk", Weyrauch'ın bazı çevreler tarafından oldukça benimsenmiş bir teorisidir.

Şimdi buradan Türkiye arenasına geldiğimiz zaman, ben, sosyolojik hukuk araştırmaları yapan bir araştırmacı değilim, hukuki olgular araştırmalarıyla da çok fazla ilgilenmiş bir uzman da değilim ama, kabataslak şunu söyleyebiliriz: Bildiğiniz gibi, medeni hukuk alanında bizim en önemli yasalarımız Atatürk devrimleriyle oluşmuştur ve o dönemde hukuku oluşturanlar aslında Atatürk devrimcileri ve yasama organıdır. Sonradan, gene yasama organının katkılarına rağmen hukuk daha çok bürokratların oluşturduğu bir düzen olarak karşımıza çıkar. Özellikle son 20 yılların hukuk oluşumlarına göz

atarsanız, önemli birtakım yasaların bazı bürokratlar tarafından kaleme alındığını, sonradan, değişiklik, değişikliğin değişikliği, değişikliğin değişikliği, böylece hukukun oluşturulduğu görülmektedir.

Burada, Türkiye'deki durumla ilgili olarak sosyolojik bir açıklama yapma durumunda değilim. Ben rekabet hukuku üzerinde duracağım.

Burada bulunmaktan şunun için memnunum: Rekabet hukuku 1995 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanunla başlıyor ama, sonradan bu hukukun oluşturulmasına ve bugünkü duruma getirilmesine aslında Kurumun bizzat kendisi, Kurumun uzmanları, bu kanunun getirdiği sorunları yakından izleyen ve bu tür toplantılar düzenlemek suretiyle rekabet hukukunun oluşumuna, başta bu Üniversite olmak üzere birtakım kurumlar, kuruluşlar, çevreler katkıda bulunuyorlar. Onun için, burada bulunmak ve bu oturumun Başkanı olmak bu bakımdan benim için önem taşıyor, çünkü burada ben, rekabet hukukunun oluşumuna katkıda bulunan genç araştırmacılarla, Kurum üyeleriyle ve genç meslektaşlarla bir aradayım. Bu vesileyle, burada ne kadar mutlu olduğumu tekrar vurgulamak istiyorum ve sözü hemen değerli meslektaşımız Doktor Mustafa Ateş'e bırakıyorum. Bildiğiniz gibi Doktor Mustafa Ateş'in konusu "Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku."

FİKRİ MÜLKİYET KORUMASI VE REKABET HUKUKU

Dr. Mustafa ATEŞ^(*)

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET VE HUKUKİ MAHİYETİ

I. FİKRİ MÜLKİYETİN TANIMI

1. Genel Olarak “Mülkiyet” Kavramı
2. Fikrî Mülkiyet Kavramı

II. FİKRİ MÜLKİYETİN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. İnsan Zekâsının Ürünü Olması
2. Gayri Maddî Nitelik Taşınması
3. Somutlaştığı Eşyadan Bağımsız Koruma Konusu Oluşturması
4. Tüketimden Dışlanamıyor Olması (Non-Excludable Goods)
5. Rakip Mal Olmaması (Non-rival Goods)
6. Kamusal Mal (Public Goods) Niteliğinde Olması
7. Tedavül Kabiliyetin Yüksek Olması

III. FİKRİ MÜLKİYETİN KORUMA KONULARI

1. Fikir ve Sanat Eserleri
2. Buluşlar ve Faydalı Modeller (Patentler)
3. Endüstriyel Tasarımlar
4. Entegre Devre Topografyaları
5. Yeni Bitki Çeşitlerine İlişkin İslahçı Hakları
6. Biyoteknolojik Yeni Ürünler ve Açıklanmamış Bilgiler
7. Ayırtedici Ad ve İşaretler

IV. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Mutlak Haklardan Olmaları

(*) Rekabet Kurulu Üyesi. Bu tebliğde ileri sürülen görüşler Rekabet Kurulu ve Kurumunu ilzam etmez; sorumluluğu yazarına aittir.

2. Hak Sahiplerine “Hukukî Tekel” Konumu Sağlamaları
3. Hukukî Korumanın “Geçici – Süreli” Olması
 - a) Korumanın süreli olması
 - b) Tükenme ilkesi
4. Kamusal ve Kişisel Menfaat Mülahazalarıyla Sınırlandırılmış Olması
 - a) Zorunlu lisanslar
 - b) Kamu düzeni ve yararının gerektirdiği istisnalar
 - c) Ticari amaç dışında kişisel kullanım istisnaları
5. Kanun Uygulamasının Ülkesel-Hak Korumasının Evrensel Olması

V. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ ÖNEMİ

1. Sanat, Edebiyat, Buluş ve Yeniliğin Teşviki
2. Tekniğin, Yeniliğin, Sanatın ve Edebiyatın Yaygınlaşması
3. Ekonomik Büyüme ve Gelişme için Dinamik Bir Unsur Olması

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYETE UYGULANMASI

I. REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI

1. Rekabet Hukuku ve Politikası Kavramı
2. Rekabet Hukuku ve Politikası Amaç ve İşlevleri

II. REKABET HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Ekonominin Hukukudur
2. Kamusal Nitelikli Bir Hukuktur
3. Ulusal Nitelikli Hukuktur

III. REKABET HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI

1. Rekabeti Bozucu İşbirliklerinin Yasaklanması
2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması
3. Yoğunlaşmaların Denetimi

IV. REKABET HUKUKU - FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLİŞKİSİ

1. Ayrışıkları Yönler
2. Örtüştükleri Yönler

V. REKABET HUKUKUNUN FİKRİ MÜLKİYETE UYGULANMASI

1. Konunun Yabancı Hukukta Ele Alınışı

- a) İsviçre örneği
- b) Kanada örneği
- c) ABD Örneği

2. Türk Hukukundaki Durum

Fikri Mülkiyetin Rekabet Hukukunun Uygulaması Bakımından Özellik Arzeden Yönleri

- a) Fikrî mülkiyete konu ürünün özellikleri
- b) Fikrî mülkiyet hakkının nitelikleri
- c) Pazarın yapısı

SONUÇ

GİRİŞ

Fikrî mülkiyet, yaratıcı insan düşüncesinin mahsulü niteliğindeki hukukî varlık ve değerlerden oluşur. Hukuk düzeni maddî mülkiyetin konusu olan eşyayı koruduğu gibi, mahiyeti itibarıyla gayri maddî varlıklar arasında yer alan fikrî mülkiyet ürünlerini de korumaktadır. Fikrî mülkiyetin korunmasının temelinde yatan düşünce sanatta, edebiyatta, bilimde yeniliklerin ve teknolojik gelişmenin kesintisiz sürdürülebilmesini sağlamaktır. Birey ve toplumların sosyal, ekonomik ve kültürel bakımdan daha ileri seviyelere ulaşabilmesinin tek yolu yenilik ve teknolojik gelişmenin aksamadan sürdürülebilmesine bağlıdır.

Rekabet hukuku ve politikasının nihai amacı ise, pazarda gerekli şartları tesis ederek iktisadî aktörler için dürüst ve adil bir şekilde yarışabilecekleri ortam oluşturmaktır. Rekabetçi bir piyasada teşebbüsler hukuk kurallarına uygun olarak yarışma imkânına kavuşacakları için en iyi neticeyi alma gayretleri içinde olacaklardır. Sanatta, edebiyatta, bilimde, teknolojiye ve her alandaki yenilikte ilerleme sağlanabilmesi için en uygun ortam, tam rekabetin sağlanabildiği ortamlardır. Rekabet kurallarının varlık sebebi de budur.

Fikrî mülkiyetin gelişebilmesi için etkin bir rekabet politikası ve hukuku sistemine ihtiyaç bulunduğu gibi, rekabetçi bir piyasa düzeninin oluşturulabilmesi için de fikrî mülkiyet sahiplerinin haklarının tatmin edici ölçüde ve etkin bir şekilde korunmasını sağlayan fikrî mülkiyet politikası ve hukuku sistemine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, fikrî mülkiyetin ve rekabetin korunması politikaları arasında hassas bir denge mevcuttur. Sözkonusu denge, bileşik kaplar misalinde olduğu gibi, yapılacak düzenlemeler ve alınacak kararlarla iki politika alanından biri lehine veya aleyhine bozulduğunda, toplumların kültürel, sosyal ve ekonomik düzenleri bundan menfî yönde etkilenecektir. Bu sebeple politika yapımcılarının, uygulayıcılarının ve karar vericilerinin son derece dikkatli olmaları gerekmektedir.

Biz bu tebliğde politika yapımcılarına, uygulayıcılarına ve karar vericilerine fikrî mülkiyet korumasının tabii, hukukî ve iktisadî özellikleri hakkında çeşitli bilgiler vermeyi amaçladık. Fikrî mülkiyet-rekabet dengesi açısından son derece önemli olduğu için konuyu rekabet hukuku bağlamında ele aldık.

Bu çerçevede fikrî mülkiyetin korunması ve rekabet hukuku ilişkisi, bu iki hukuk alanının amaçları ve özellikleri, ayrışma ve örtüşme noktaları, rekabet hukuku kurallarının fikrî mülkiyet haklarına uygulanmasındaki sınırlayıcı rolü irdelenmektedir. İki bölümden oluşan tebliğde ilk önce, fikrî mülkiyetin tabii, hukukî ve iktisadî özellikleri, fikrî mülkiyet hukukunun koruma konuları ve korumanın hukukî mahiyeti açıklanmaktadır. İkinci bölümde ise öne rekabet

hukukunun amaç ve işlevleriyle özellikleri, fikrî mülkiyet koruması ile ayrışma ve örtüşürme noktalarına değinilmekte, akabinde de rekabet hukuku kurallarının fikrî mülkiyet haklarına uygulanması meselesine temas olunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET VE HUKUKİ MAHİYETİ

I. FİKRİ MÜLKİYETİN TANIMI

1. Genel Olarak “Mülkiyet” Kavramı

Kelime olarak “mülkiyet”; iyeliği, aidiyeti, sahip olmayı ve malik olmayı ifade eder. Genel anlamda mülkiyet ise, bir mal üzerindeki hâkimiyeti, egemenliği, kontrolü ifade için kullanılır. Mülkiyet hukukun temel kavramlarından biridir. Kişiye eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan yetkilere “mülkiyet hakkı” denilir. Maddî varlıklar üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan mutlak haklara ise “aynî haklar” denilmektedir.

Maddî mallar üzerindeki mutlak haklar, sahibine, eşya üzerinde, kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) şeklinde *pozitif* yetkiler (MK 683) bahşeder. Negatif yetkiler ise mülkiyetin konusunu oluşturan eşyaya üçüncü kişilerin müdahalesini yasaklama, önleme, son verme, tabir yerinde ise üçüncü kişileri “eşyadan uzak tutma” iktidarını temsil eder.

2. Fikrî Mülkiyet Kavramı

“Fikrî mülkiyet”, fikrî mülkiyet hakkı ve fikrî mülkiyet hukuku terimlerindeki “fikrî” sözcüğü konuyu değil mülkiyetin türünü ifade eder.¹ Mülkiyetin bilgiye dayandığını, “aynî” nitelik taşımadığını, yani eşya ile ilgili olmadığını anlatır. Dolayısıyla fikrî mülkiyet kavramındaki “fikrî” sözcüğü mülkiyetin niteliğine işaret ederken, “mülkiyet” sözcüğü de “aidiyeti” yani “sahipliği” ifade eder.

Netice olarak “fikrî mülkiyet” kavramıyla “*bir düşünce faaliyeti gösteren kişinin yarattığı sonuç üzerindeki hak sahipliği*” ifade edilmiş olur.² Mülkiyetin konusunu oluşturan hukukî varlık ve değerler maddî nitelik taşımadığı ve eşya olmadığı için, mülkiyetin bu türüne “gayri maddî mallar üzerinde mülkiyet”, bu mülkiyeti tanzim eden hukuk kaidelerinin bütüne de “fikrî mülkiyet hukuku” denilmektedir.

II. FİKRİ MÜLKİYETİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Tabiî, hukukî ve iktisadî noktayı nazardan bakıldığında fikrî mülkiyet ile fiziki mülkiyet arasında çok önemli farklılıkların bulunduğu görülür. Bu farklılıklarından dolayı mülkiyetin bu iki türüne aynı kuralların uygulanması

¹ Tekinalp, Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2005, sh. 2.

² Kılıçoğlu, Ahmet M., *Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar*, Ankara 2007, sh. 2-3.

mümkün değildir. Bu bölümde fikrî mülkiyetin tabîî, hukukî ve iktisadî yönlen fiziki mülkiyete göre farklılık gösteren özelliklerine işaret olunmaktadır.

1. İnsan Zekâsının Ürünü Olmaları

Fikrî mülkiyetin konusunu fikrî ürünler oluşturur. *Fikrî ürün* ise insan düşüncesinin yaratıcı faaliyetinden doğan ve hukuken değer ifade eden sonuçlardır.³ Fikir ve sanat eserleri, buluşlar, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, yarı iletken çipler ve yeni bitki çeşitleri mahiyetleri itibarıyla fikrî ürünlerdir. Bunlar insanın zekâsının yaratıcı fikrî mesaisinin mahsulleridir. Dolayısıyla da bunlar fikrî mülkiyetin konusunu oluşturan varlık ve değerler arasında yer alır. Bununla beraber, günümüzde fikrî mülkiyet kavramı, konu itibarıyla fikrî ürün niteliğini taşımayan bazı hukukî varlık ve değerleri de kapsayacak şekilde, geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu çerçevede *marka, ticaret unvanı, işletme adı, coğrafi ad ve işaretler, alan adları gibi tanıtıcı ad ve işaretler* fikrî mahsul niteliği taşımadıkları halde, geniş anlamda fikrî mülkiyetin koruma konuları dahilinde mütalaa edilmektedir. Hatta yabancı hukukların bazılarında, açıklanmamış sır sayılan bilgiler ile *know-how* gibi koruma konuları da fikrî mülkiyet kapsamında mütalaa olunmaktadır.⁴

Yaratıcı insan zekâsının ürünü olmayan koruma konularını fikrî mülkiyete dahil unsurlar arasında mütalaa etmek uygun değildir. Bu gibi unsurlar bir teşebbüsün veya ticarî faaliyetin yürütülmesinde sahip oldukları işlevler ve ekonomik değerleri sebebiyle hukuken korunmaya değer görülmüşlerdir. Bunların fikrî mülkiyetle ortak yönü, bir hak konusu olarak *gayri maddî* nitelik taşımlarıdır. Diğer bir deyimle bunlar ticarî işletmenin patrimuanında *gayri maddî mal* olarak yer alan değerlerdendir. Gayri maddî mal olma nitelikleriyle fikrî mülkiyete dahil unsurlara benzemekteyseler de, bunları yaratıcı insan düşüncesinin ürünü olarak kabul temek mümkün değildir.

2. Gayri Maddî Nitelik Taşımları

Fikir ve düşünce ürünleri elle tutulmayan fakat duyularla idrak edilebilen hukukî varlık ve değerlerdir.⁵ Maddî varlıklar fikrî mülkiyetin konusunu oluşturmazlar. Ancak, fikrî mülkiyetin maddî bir vasıta üzerinde tecessüm etmesi (somutlaşması) mümkündür. Mesela bir edebiyat eserinin kitap halinde, bir müzik eserinin nota halinde, bir resmin tuvalde, kimyasal bir formülün ilaç halinde, bir tasarım fikrinin otomobilde fiziki bütünlüğe veya

³ Ateş, Mustafa, *Fikrî Hukukta Eser*, Turhan, Ankara 2007, sh. 9.

⁴ Mesela İngiliz için bkz. Cornish, William R., *Intellectual Property*, 3.ed., Sweet & Maxwell, London 1999.

⁵ Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003, sh. 100-101.

maddî şekle bürünmesi, fikrin maddî vasıtada tecessüm etmesidir. Ancak, fikrî ürünün maddî bir vasıtada somutlaşması, o nesneyi fikrî mülkiyetin konusu haline getirmez. Diğer bir ifadeyle fikrin maddî bir vasıtada somutlaşması, fikrî ürünü gayri maddî nitelikten çıkararak fiziki mülkiyete dönüştürmediği gibi, fikrin somutlaştığı nesneyi de fikrî ürüne dönüştürmez.

Bu sebeple fikrî faaliyetin sonuçları şiir veya hikâye, sesler veya melodiler, bir çizgi, şekil veya renk kompozisyonu yahut bir formül ya da fizik veya kimya kuralı olarak karşımıza çıkar. Verilen örneklerde ne kitap, ne müzik notası, ne tuval, ne ilaç, ne de otomobil fikrî üründür. Fikrî ürün bunları şekillendiren yaratıcı düşüncedir, tasarım fikridir.⁶ Yaratıcı insan düşüncesinin ürünü sayılmamakla birlikte markalar, işletme adları, bitki çeşitleri, coğrafi adlar ve işaretler ile *know-how* ve açıklanmamış bilgiler, nitelikleri gereği ticarî işlemin malvarlığında gayri maddî varlıklar olarak mütalaa edilmektedir. Bu yönleri ile fikrî ürünlerle aynı özelliğe sahip oldukları söylenebilirse de, bunlar yaratıcı düşünce ürünü olmadıkları için fikrî mülkiyet ürünü sayılmazlar.

3. Somutlaştığı Eşyadan Bağımsız Koruma Konusu Oluşturmaları

Fikrî mülkiyetin soyutluğu ilkesi, fikrî ürünün somutlaştığı eşyadan bağımsız olarak korunması gereğini ortaya çıkarmıştır. Bu sebeple tasarım fikrî ile bu fikre göre tasarlanmış otomobil, bir şiir ile şiirin yayımlandığı kitap, bir bilgisayar programı ile bu programın tespit edildiği CD, bir ilaç formülü ile bu formülden elde edilen tablet, bir buluş ile bu buluştan yapılan makine aynı hukuk kurallarına göre korunmaz. Tasarım fikri, şiir, bilgisayar programı, ilaç formülü ve buluş, fikrî mülkiyet hukuku prensiplerine göre korunurken; otomobil, kitap, program CD'si, tabletler ve makine ise eşya hukuku kurallarına göre korunur.

Bu sebeple fikrî mülkiyetin “sahibi” vardır ve fakat “maliki” yoktur. Zira fikrî mülkiyet somutlaştığı nesneden bağımsız bir hukukî varlık ve değer olarak himaye konusu teşkil ettiğinden, eşya hukukundaki “malik” ve “zilyetlik” gibi mefhumlar fikrî mülkiyet hukukuna yabancıdır. Malik ve zilyet kavramları maddî varlıklar (eşya) üzerinde kurulabilen haklar bakımından söz konudur. Bu itibarla fikrî hukukta hak kime aitse, o kişi hakkın “maliki” değil “sahibi” olarak adlandırılır. Bu hukuk alanında zilyetliğin yerini de “kullanma” tabiri almıştır.⁷

⁶ Tekinalp, 5.

⁷ Tekinalp, 6.

4. Tüketimden Dışlanamayan Mal Olmaları (*Non-Excludable Goods*)

Eşyanın yani maddî mülkiyetin konusu olan hukukî varlık ve değer in temel özelliği, atomların terki binden oluşması ve herhangi bir an için uzayda muayyen bir yer zapt ve işgal etmesidir. Eşyanın uzayda bir yer zaptetmesi onun doğasının gereğidir. Bunun sonucu olarak fiziki varlık üzerinde fiili bir hâkimiyet tesis edildiğinde, yani bu nesne bir kimse tarafından sahiplenildiğinde, artık başka bir kimsenin onun üzerinde fiili egemenlik kurması mümkün olmaz. Diğer bir deyimle, bir kimsenin eşya üzerindeki fiili hâkimiyeti, o şeye aynı anda ikinci bir kişinin fiilen hâkimiyetine engel olur. Buna eşyanın *inhisariliği* (*exclusivity*) denilmektedir.⁸ Bir ekmek, elma, otomobil, televizyon veya bir arazi parçası gibi varlıklar üzerinde tesis olunan fiili hâkimiyet, diğer bir kimsenin aynı anda bu şeyler üzerinde fiili hâkimiyet kurmasına izin vermez. Bu itibarla bu tür mallara iktisat ilminde “*excludable goods*” adını verilmektedirler.⁹ İktisat ilminde bu kavram “tüketimden dışlanabilen mallar” olarak da ifade edilmektedir.

Buradaki fiili hâkimiyet hukukî anlamda *zilyetliği* ifade eder. Zilyetlik, kural olarak, eşyayı daimi veya belli bir süre için sahiplenme iradesi ile fiili egemenliği altında bulundurmaktır. Bu eşya zilyedin yedinde bulunduğu sürece fiilen başka bir kimse o eşya üzerinde belirleyici etki doğuracak bir güce sahip olamaz. Esasen bir eşya bir kimsenin zilyetliğinde olduğu sürece, varsayımlara dayanan zilyetlik durumları hariç, o eşya üzerinde diğer bir kimsenin zilyetlik kazanması mümkün olmaz. Zilyetliğin kazanılması için kural olarak eşyanın fiili hâkimiyetinin kazanılması gerekir. Bu da eşyanın teslimi ile olur. Zilyetliğin hukuken teslimsiz iktisap edilebildiği haller söz konusu ise de, bu keyfiyet maddî mülkiyete konu varlıkların doğasından kaynaklanan “inhisarilik” vasfını ortadan kaldırmaz. Bu sebeple maddî mallar üzerindeki aidiyeti ifade etmek üzere kullanılan “aynî hak” kavramı, üçüncü kişileri, menkul veya gayrimenkul bir eşyayı malikin rızası olmaksızın kullanmaktan, yararlanmaktan ve tasarrufta bulunmaktan uzak tutar.

Maddî malların doğasından kaynaklanan *inhisarilik* özelliği, fikrî mülkiyete konu varlıklarda yoktur. Diğer bir ifadeyle fikrî ürünler tabiatı gereği inhisari değildir, İngilizce deyimiyile *non-excludability* varlık ve değerlerden oluşurlar. Zira fikrî ürünler esas itibarıyla atomların terki binden oluşan elle tutulabilir nesnelere değildir. Bu yüzden de uzayda muayyen bir yer işgal etmezler. Bu özelliği nedeniyle fikrî ürünler fiziken sınırlandırılmadığı gibi,

⁸ Hovenkamp, Herbert / Janis, Mark D., / Lemley, Mark A., *Intellectual Property and Antitrust*, Vol. 1, ASPEN Publishers, New York 2005, § 1.1, p. 1-3

⁹ Hovenkamp/Janis/Lemley, 1-3.

fiili hâkimiyet altına alınamazlar. Fiili hâkimiyet altına alınamaması fikrî ürünün zilyetliğe konu olamayacağını ifade eder. Fiziki mülkiyet bakımından söz konusu olan “zilyetlik” kavramının yerini fikrî mülkiyette “kullanma” kavramının almış olmasının sebebi de budur.

Fikrî ürün üzerinde fiili münhasırlık tesis edilemez. Onun doğası fiili münhasırlığa aykırıdır. Bunun sonucu olarak fikrî ürün, vücuda getiren kişi tarafından bir kez kamuya açıklandığında, onun kamu alanından geri alınarak fiziki bariyerlerle kontrol altına alınması ve bu suretle üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunması mümkün değildir. Bir şiir bir kez umumi mahalde okunduğunda, patent hakkının konusu olan bir buluş kamuya açıklandığında, bir tasarım bir ürünün görünümü niteliğini kazandığında, artık bu ürünler üzerindeki hâkimiyet üçüncü kişilerle paylaşılır hale gelir. Dolayısıyla alenileşmiş bir fikrî ürün üzerinde üçüncü kişiler de fiili tasarruflarda bulunabilme imkânına kavuşur.

Bu sebeple fikri mülkiyetin konusunu oluşturan varlıklar iktisadî terminoloji ile “tüketimden dışlanamayan mallar” (*non-excludable goods*) olarak nitelendirilmektedir. “Tüketimden dışlanamamak” demek bir mal ve hizmetin, nitelik ve değerinde azalmaya olmaksızın aynı zamanda birden çok kişinin tüketimi ve kullanımına etkin bir şekilde mani olunamaması demektir. Gerçekten de alenileşmiş bir fikrî ürünü, çit yapmak, duvar örmek, kasaya kilitlemek gibi önlemler alarak üçüncü kişilerin müdahalesinden korumak mümkün değildir. Bunun yegâne yolu, hukukî tedbirler alınmasıdır. Diğer bir deyimle, üçüncü kişileri, kamuya sunulmuş bir fikrî ürünü sahibinin izni olmaksızın kullanmaktan, yararlanmaktan ve onunla ilgi çeşitli tasarruflarda bulunmaktan alıkoyabilecek tek araç normatif tedbirler ve hukukî yaptırımlardır. İşte fikrî mülkiyet hukukundaki münhasırlık prensibinin temel gerekçesi de budur. Bu sebeple diyoruz ki; fikrî mülkiyetteki münhasırlık, maddî mülkiyette malın niteliğinden kaynaklandığı gibi tabii değil, hukuk kurallarıyla oluşturulduğu için normatiftir, sun’idir, yapaydır.

5. Rakip Olmayan Mallardan (*Non-rival goods*) Olmaları

İktisat ilminde mallar “*rival goods*” ve “*non-rival goods*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. *Rival goods*, bir kişinin tüketimine veya kullanımına konu iken aynı anda ikinci bir kişi tarafından fiilen tüketilip kullanılamayan mallardır. Genel olarak maddî niteliğe sahip dayanıklı veya dayanıksız tüketim malları bu tür mallardan sayılır. Sözelimi ekmek, elma, ütü, otomobil gibi şeyler bu tip mallardandır.

Non-rival goods ise, bir kişi tarafından kullanılırken veya tüketilirken aynı anda başka kimseler tarafından da kullanılabilen veya tüketilebilen

mallardır. *Non-rival goods* tabiatı icabı elle tutulamayan yani gayri maddî nitelik taşıyan mallardan oluşur. Mesela şiir, hikâye, müzik, sinema filmi ve televizyon yayınları bu tip mallardan sayılır. zira, televizyon yayını herhangi bir evdeki televizyon ekranından izlemek, aynı yayının başka bir ekrandan da izlenebilmesine mani değildir. Bir güzel sanat eseri, bir şiir ve roman, bir sinema eseri için de aynı şeyler söylenebilir. Galeride sergilenen bir tabloya aynı zamanda pek çok kişi bakarak estetik duygusunu tatmin edebilir. Bir şiir veya roman aynı anda birden çok kişi tarafından okunabilir, bir müzik eseri aynı zamanda birden çok kişi tarafından dinlenebilir, bir sinema filmi aynı anda birden çok kişi tarafından izlenebilir. Keza, bir buluş veya tasarım aynı anda birden çok yerde sanayiye uygulanarak aynı nitelikte ürünler üretilebilir. Bir marka aynı anda farklı kullanıcılar tarafından farklı ürünler için kullanılabilir. Bu mallardan aynı anda birden çok kişinin yarar sağlıyor olması, malın nitelik ve değerinde bir eksilme ve bozulmaya neden olmaz.

6. Kamusal Mal (*Public Goods*) Niteliğinde Olması

Bura kullanılan “kamusal mal” kavramıyla kastedilen mülkiyeti devlete veya kamusal nitelik taşıyan kuruma ait olan mal değildir. Bu anlamda kamusal mal, genel halk, umum yani toplum tarafından kullanılmaya, tüketilmeye yararlanılmaya elverişli mallardır.¹⁰ bu anlamda kamusal mallar İngilizce deyimle *collective consumption goods*, Türkçe ifadesiyle *toplum tüketim mallarıdır*.¹¹ Tıpkı hava gibi, tıpkı güneş ışığı gibi *umumun yararlandığı* her türlü mal kamu malı olarak nitelendirilmektedir. Güvenlik ve adalet hizmetleri de bu anlamda kamusal maldır. Umumi kullanımdan kasıt malın eşanlı olarak birden çok kişi tarafından kullanılabilmesidir.¹²

¹⁰ Kamusal malın (*public good*) bu anlamdaki karşıtı özel maldır (*private goods*). Özel mallar, doğası gereği umumi kullanıma ve yararlanılmaya konu olmayan, yalnızca bireysel olarak kullanılabilen ve tüketilebilen mallardır. Kamusal mallar toplumun ortak ihtiyaçlarını, özel mallarsa bireysel ihtiyaçları tatmin etme niteliğine sahip mallardır. Toplu tüketime elverişli olmaları sebebiyle, hava, günışığı, güvenlik hizmeti, fikrî ürünler kamusal mal niteliğine sahipken, toplu tüketime elverişli olmayıp ancak bireysel olarak tüketilebilen veya kullanılabilen yiyecekler, içecekler, otomobil, mobilya gibi mallar da özel mallardır.

¹¹ **Samuelson, Paul A.**, “The Pure Theory of Public Expenditure” *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4, (November, 1954), pp. 387-389.

¹² Genel özellikleri itibarıyla kamusal mallar; (i) aynı zamanda birden fazla kişinin istifade edebildiği, (ii) bir kişinin yararlanmasının diğerinin o maldan aynı zamanda yararlanmasına engel teşkil etmediği, (iii) herhangi bir kimsenin fiili inhisarında olmadığı için herkesin serbestçe yararlanabildiği, (iv) herhangi bir kişinin o maldan fiilen yararlanmasının etkin bir şekilde engellenemediği mallardır.

Ancak fikrî ürünler, güneş ışığı, hava, deniz suyu, güvenlik ve adalet hizmetleri gibi, kullanılması ve yararlanılması karşılığında herhangi bir bedel ödenmeyen mal anlamında kamusal mal değildir. Genel olarak bu tür mallardan yararlanılması karşılığında bir bedel ödenmesi söz konusu olmaz. O nedenle bu tip kamu malları bir anlamda “sahipsiz” mal sayılabilir. Buna mukabil fikrî ürünler, gün ışığı, hava ve deniz suyu gibi sahipsiz ve serbest mallardan değildir. Onların bir sahibi vardır. Fikrî ürünlerin sahipleri tarafından kamuya sunulmuş olması, isteyen herkesin hiçbir bedel ödenmeden bunlardan yararlanacağı anlamına gelmez. Onların kamusal mal sayılmasının sebebi “*non-rival*” niteliklerinden dolayıdır. Yani aynı anda biri diğerini dışlamaksızın birden çok kimsenin kullanımına-tüketimine konu olabileceği, yani *umûmen* yararlanılabilen mal niteliği taşıdığı için fikrî ürünler kamusal maldır. Bu onların doğasından kaynaklanan bir özelliktir.

7. Tedavül Kabiliyetinin Çok Yüksek Olması

Fikrî mülkiyetin konusunu bilgi (*knowledge*) temeline dayanan ürünler oluşturur. Bundan dolayı da fikrî mülkiyete tabi mallar maddî mülkiyete tabi mallara nazaran çok yüksek bir tedavül kabiliyetine sahiptir. Fikrî ürünler çok az sayıda kişiden oluşan bir topluluğa açıklanmış olsalar bile bunların yayılmasını engellemek ve kontrol altında tutmak çok zordur. Keza, fikrî ürünlerin yayılma ve dağıtılma masrafları fiziki mallara göre son derece düşüktür. Bu özellikleri nedeniyle fikrî mülkiyet ürünleri için ülke sınırları fiili ve fiziki bir engel oluşturmaz. Dünyanın her yerine ve çok süratli şekilde ulaşmaları mümkündür. Bu özelliği nedeniyle fikrî mülkiyete konu ürünlerinin “küresel kamusal mal” (*global public good*) yani *küresel tüketime tabi mal* olarak nitelendirilmesi yanlış değildir.

Fikrî ürünün bu özelliği, toplumsal yararın temini için büyük bir avantaj oluşturmakla birlikte, hak sahibinin menfaatleri bakımından büyük bir risk teşkil etmektedir. Seyyaliyet seviyesinin yüksek olması, hak sahibinin fikrî mülkiyet ürününü koruması ve ondan beklediği ekonomik yararları sağlamasını zora sokar. Fikrî mülkiyete dahil malların yüksek tedavül kabiliyeti, bu malların aynı zamanda sonsuz sayıda kişilerce sahiplenilebilmesine imkân sağlar. Bu durum piyasa ekonomisinde “*bedavacılık*” sorununu gündeme getirmiştir. Bu yüzden denilebilir ki, fikrî mülkiyet hukukunun amacı, esas itibarıyla fikrî ürünü meydana getirene ait hakları tespit etmek, onların nelerden ibaret olduğunu belirlemek değildir; bu hukuk dalının asıl amacı sahiplerinin haklarını üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı etkin bir şekilde korumaktır.¹³

¹³ Nitekim bir Amerikan Mahkemesi kararında bir patent davasıyla ilgili olarak bu hususta şu ifadeler yer verilmektedir: “*Patent, üretme, kullanma ve satış yetkilerini*

III. FİKRİ MÜLKİYETİN KORUMA KONULARI

Günümüzde fikrî mülkiyet kavramı, konu itibarıyla fikrî ürün niteliğini taşımayan bazı hukukî varlık ve değerleri de kapsayacak kadar geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu çerçevede marka, ticaret unvanı, işletme adı, coğrafi ad ve işaretler, alan adları gibi tanıtıcı ad ve işaretler fikrî mahsul niteliği taşımadıkları halde, geniş anlamda fikrî mülkiyetin koruma konuları dahilinde mütalaa edilmektedir. Hatta yabancı hukukların bazılarında ticarî sır, meslek sırrı ve *know-how* gibi açıklanmamış bilgiler de fikrî mülkiyet kapsamında mütalaa olunmaktadır. Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı (*WIPO*) gibi kurumlar folklor, biyo-çeşitlilik, nano-teknoloji, geleneksel bilgi ve kültürün korunması gibi konuları da fikrî mülkiyetin koruma konuları arasında değerlendirilmeye başlamıştır.

Bizim hukuk sistemimizde “fikrî mülkiyet hukuku” tabiri, “fikrî haklar” ve “sınaî haklar” şeklindeki ikili ayırımın üst kavramı olarak kullanılmaktadır. Bazı yabancı hukuklarda da koruma konuları bu klasik usule göre tasnif edilmekte, genellikle *fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar* için “fikrî haklar” tabiri, *patentler, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar* için de “sınaî haklar” tabiri kullanılmaktadır. Ancak ülkemizde son zamandaki eğilim, Avrupa Topluluğu Hukuku ve TRIPS gibi uluslararası sözleşmelerin de etkisiyle “fikrî mülkiyet hukuku” kavramının geniş anlamda kullanılması yönündedir. Bu tebliğde de “fikrî mülkiyetin koruma konuları” deyimi, eserleri, buluş ve faydalı modelleri, endüstriyel tasarımları, entegre devre tasarımları, yeni bitki çeşitleri ve biyoteknoloji ürünlerini de ihtiva edecek şekilde *geniş anlamda* kullanılmaktadır.

Teoride ve uygulamada markalar, coğrafi işaretler, ticaret unvanı ve işletme adları, alan adlarıyla *know-how* ve ticarî sırlar fikrî mülkiyet kapsamında değerlendirilmekte iseler de, kanaatimizce bu tür hukukî varlık ve değerler mahiyetleri gereği fikrî mülkiyet ürünü sayılmazlar. Çünkü bunlar yaratıcı insan düşüncesinin ürünü değildir. Bunların fikrî mülkiyet ürünleri ile tek ortak yönleri gayri maddî nitelik taşıyan hukukî varlık ve değerlerden olmalarıdır. O nedenle denilebilir ki, *her fikrî mülkiyet ürünü gayri maddî niteliğe sahiptir, ancak gayri maddî niteliği olan her varlık fikrî mülkiyet ürünü değildir.* Buna rağmen, ticaret unvanı ve işletme adlarıyla alan adları bir yana bırakılacak olursa, bilhassa markaların ve coğrafi işaretlerin pek çok yabancı ülkede olduğu gibi memleketimizde de fikrî mülkiyetin koruma konuları arasında

bahsetmediği gibi bu hakları doğrudan veya dolaylı olarak ima da etmez; (esas itibarıyla) patent sahibine, bu yetkilerin üçüncü kişilerce kullanmasını men etme hakkı verir.” [Herman v. Youngstown Car Mfg. Co., 191 F. 579, 584-85, 112 CCA 185 (6th Cir. 1911)].

değerlendirildiği müşahede olunmaktadır. Hatta bunlara bir de know-how ilave edilebilir.

Biz yalnızca (i) fikir ve sanat eserlerini, (ii) buluş ve faydalı modelleri, (iii) endüstriyel tasarımları, (iv) entegre devre tasarımlarını, (v) yeni bitki çeşitlerini ve (vi) bazı yeni biyoteknoloji ürünlerini “fıkrî mülkiyetin koruma konuları” kapsamında görmemize rağmen, mal ve hizmetleri tefrik için kullanılan ad ve işretleri bu tebliğin amacı doğrultusunda yer yer aynı kapsamda mütalaa ettik.

1. Fikir ve Sanat Eserleri

Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eseri olarak bu kanunda sayılmış olan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir. *Eserin sahibi* ise onu vücuda getiren kişidir.

Fikir ve sanat eserleri; (i) ilim ve edebiyat, (ii) müzik, (iii) güzel sanat ve (iv) sinema eserleri olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. İlim ve edebiyat eserleri, ister yazılı ister sözlü ifade edilmiş olsun her türlü bilim ve edebiyat eserleri, sözlü veya sözsüz sahne eserleri, bilgisayar programları, veri tabanları, estetik niteliği olmayan harita, resim, fotoğraf, kroki, maket, plan, proje ve tasarımlardan oluşmaktadır. Sözlü veya sözsüz her türlü besteler müzik eserini oluştururken, estetik değeri bulunan resim, fotoğraf, her türlü kalem ve fırça ürünleri, çizimler, süslemeler, tasarımlar, heykeller, mimari yapılar güzel sanat eserleridir. Sinema eseri ise, niteliğine bakılmaksızın herhangi bir vasıta ile gösterilebilen sesli veya sessiz görüntülerden oluşan sinema veya başka amaçlarla yapılmış filmlerden oluşur.

Bir fikir ürününün eser sayılabilmesi için onu meydana getirenin hususiyetini taşıması gerekir. Başka bir deyimle mevcut bir esere göre bağımsız fıkrî mesai mahsulü olmayan ürün eser sayılmaz. Eser sayılmanın bu ikinci şartına orijinallik, özgünlük veya “*sübjektif unsur*” denilmektedir. Fikir ve sanat eserleri bizim hukukumuzda 1951 yılında kabul edilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda (FSEK) düzenlenmiştir. Kanunda eser sahibinin eser üzerindeki yetkileri “manevî” ve “malî” haklar şeklinde iki grupta ve sınırlı sayma esasına göre düzenlenmiştir.

Manevî haklar eseri umuma arz etme, eser sahibi olarak adının anılmasını isteme ve eserin bütünlüğüne zarar verilmesini engelleme şeklinde sıralanmıştır. Manevî haklar, eser ile eseri var eden arasındaki kişisel ilişkiyi tesis ettiğinden şahsi nitelik taşır. Bu sebeple hukukumuzda manevî hakların devir ve intikaline cevaz verilmemiştir, bununla birlikte bunların kullanılması yetkisinin devrine engel yoktur. *Malî haklar* ise eser sahibinin eserden iktisadî ve ticarî amaçlarla yararlanabilme konusundaki münhasır yetkilerini içerir.

Bunlar eseri işleme, çoğaltma, yayma, temsil, elektronik ortamda kamuya iletmek suretiyle ekonomik yararlar elde etme yetkilerinden oluşur.

Eserin yorumu, icrası, icra ve sesler ile görüntülerin ses ve görüntü tespitine yarayan ortamlara aktarılması ve radyo televizyon yayıncılığı da fikir ve sanat hukukunun koruma konuları arasında sayılmıştır (FSEK 80). Bu tür haklara *bağlantılı haklar* denilmektedir. Bağlantılı hak sahipleri, icracı sanatçılar, plak yapımcıları, radyo televizyon yayın kuruluşları ve film tespitini gerçekleştiren yapımcılardan oluşur. Bunlar eser sahibinin haklarıyla sınırlı olarak bağlantılı hak konusu üzerinde eser sahibinin hakları gibi korunan malî nitelikli münhasır yetkilerle donatılmışlardır. Bunların hakları da eser sahibi hakları gibi FSEK kapsamında korunur.¹⁴

2. Buluşlar ve Faydalı Modeller (Patentler)

Buluşlar ve faydalı modellerin korunmasına fikrî mülkiyet hukukunda “patent koruması” denilmektedir. Buluş “*bir kuramın (fikrin-doktrinin-kuralın) ortaya koyduğu veya meydana getirdiği, yeniliği hâiz olup teknik alanda ilerleme sağlayan bir sonuç halinde kendisini gösteren bir çözüm*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Bu çözüm soyut bir fikrî üründür. Ancak kimi zaman da buluş, tekniğin bilinen durumunu aşan ve yeni bir çözümün ortaya çıkardığı bir nesne veya bir yöntem/süreç (*process*) niteliğini de taşıyabilir. Patent ise, buluş üzerindeki mutlak hakların tespiti ve ispatına yarayan, kısaca hakkın varlığını açıklayan bir belgedir. Patent hakkının korunması bizim hukukumuzda 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede düzenlenmiştir.

Buluş, bir makine, bir ilaç, bir mikro-organizma ya da bir süreç şeklindeki faaliyete konu olduğu zaman somut hale gelir. Buluşun patent hakkının konusu olabilmesi için buluşun ürüne dönüşerek ticarileşmesi gerekir. Bu sebeple, uygulanması mümkün olmayan soyut bir düşünce veya sadece teorik bir zihinsel çalışma niteliğindeki öğretiler, formüller ve kurallar buluş olarak patent hakkının konusunu oluşturmaz. Bu çerçevede, patent verilebilirlik şartları şunlardır: (i) *Yenilik*. Buluşun başvuru anında dünyanın herhangi bir yerinde toplumca erişilebilir, herhangi bir yazılı veya sözlü tanıtım, kullanım veya başka bir yolla açıklanmamış olması anlamına gelir. (ii) *Tekniğin bilinen*

¹⁴ Fikir ve sanat hukuku bkz. **Ateş, Mustafa**, *Fikrî Hukukta Eser*, Ankara 2007; **Ateş, Mustafa**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003; **Tekinalp**, 79-335; **Ayiter, Nuşin**, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981; **Hirsch, Ernst E.**, *Fikrî ve Sınai Haklar*, Ankara 1948; **Erel, Şafak N.**, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 2008; **Öztan, Fırat**, *Fikir ve sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008; **Kılıçoğlu, Ahmet**, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar*, Ankara 2006.

¹⁵ **Tekinalp**, 494 ve 13.

durumunun aşılması: Buluşun tekniğin şimdiki durumuna göre objektif bir ileri düzeyi temsil etmesidir. (iii) *Sanayide uygulanabilirlik*: Buluşun sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir ve ürüne dönüştürülebilir olmasıdır.

Patent hakkı sahibi buluş üzerinde *ayni hak benzeri* inhisari yetkilere sahiptir. Patent sahibi buluşunu kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini haizdir. Bunları yapabilmesi için kural olarak başka bir kişinin izin veya onayını almasına gerek yoktur. Ancak bunun için buluşun resmi makamlarca *tescil edilmesi* ve buluş sahibine bir patent belgesi verilmiş olması gerekir. Üçüncü kişilerin patentli buluşu patent sahibinden izinsiz üretmeleri, ticarete konu etmeleri, kullanmaları, ithal etmeleri ve şahsi ihtiyaçtan başka bir amaçla ellerinde bulundurmalarına cevaz yoktur. Bu yasaklar usul patentleri için de geçerlidir. Patent sahibi buluşu üzerinde manevî haklara da sahiptir. Bunlar, buluşu yapanın adının patente verilmesini istemek (PKHK 15) ve buluşun kamuya açıklanma zamanına karar vermektir. Buluş üzerindeki hak kişisel nitelik taşıdığından ihlali halinde MK hükümlerine göre (md. 24) patent sahibi kişiliği koruyucu davaları açabilir.

Faydalı model koruması, buluş basamak düzeyi düşük olan, daha çok küçük ve orta ölçekli işletmelere uygun, bir öğreti veya kurama dayanmaktan ziyade pratik çözümlere yönelen, teknolojik artı değerler yerine ufak faydalar ve kolaylıklar sağlayan küçük çaplı buluşlara tanınmaktadır. Hukukumuzda faydalı model koruması patent mevzuatı kapsamında düzenlenmiştir (PKHK 154–170). Bir küçük buluşun faydalı model olarak korunabilmesi için yeni olması, sanayiye ve üç boyutlu bir ürüne uygulanabilir olması gerekmektedir. Kural olarak patentlere uygulanan hükümler, bu konuda özel bir hüküm bulunmaması ve niteliği ile bağdaşması kaydıyla, faydalı modellere de uygulanır.¹⁶

3. Endüstriyel Tasarımlar

Ürünün görünümüne tasarım denir. 554 sayılı ETKHK tasarımı, *bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur*

¹⁶ Patent hukuku konusunda ayrıntı için bkz. **Tekinalp**, 485-600; **Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel**, *Fikrî Mülkiyet Hukukun Esasları*, Ankara 2007, sh. 161-205; **Saraç, Tahir**, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Ankara 2003; **Şehirli, Feyzan H.**, *Patent Hakkının Korunması*, Ankara 1998; **Erdem, Bahadır**, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmeler*, B. 2, İstanbul 2002; **Hirsch, E.**, *Hukûkî Bakımdan Fikrî Say, C. I, Nazari Esaslar, Sınâî Haklar (İhtira Beratları ve Sınâî Modeller)*, Çevr. V. Çernis, İstanbul 1942; **Ayiter, Nuşin**, *İhtira Hukuku*, İstanbul 1968; **Ortan, A. Necip**, *Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 1979; **Ortan, A. Necip**, *İşçi Buluşları Hukuku*, İzmir 1987; **Ortan, A. Necip**, *Avrupa Patent Sistemi*, C. 1 Ankara 1991, C. 2, Ankara 1992.

veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü olarak tanımlanmaktadır (md. 3-a). Bu tanıma göre tasarımdan söz edilebilmesi için biri ürün diğeri de insan duyuları ile algılanabilir bir görünüm olmak üzere iki unsur gereklidir

Tasarımların korunabilmesi için yeni ve ayırtedici özelliğe sahip olması gerekir. Yenilik mutlak olup, daha evvel dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuş bir tasarımdan küçük çaplı farklılıklar gösteren bir tasarım yeni sayılmaz (ETKHK 6/1). Tasarımın ayırtediciği ise, yeni tasarımın, daha evvel pazara çıkarılmış ve tescil edilmiş olup koruma süresi henüz dolmamış bir tasarımla kıyaslandığında, bilgilenmiş bir kullanıcı üzerinde belirgin bir farklılık izlenimi uyandırmasıdır. Endüstriyel tasarımların korunabilmesi için tescil edilmiş olması gerekir. Bununla beraber tescilsiz tasarımların bütünüyle korumasız olduğu söylenemez. Çünkü bu tasarımları genel hükümler kapsamında korumak mümkündür.

Tasarımlar iki boyutlu veya üç boyutlu olabilmektedir. İki boyutlu tasarımlar çizim şeklindedir ve yüzey (*musattah*) bir madde üzerinde tecessüm eder. Tasarımlar çeşitli özelliklerine göre sınıflandırılabilir. Bu ürünler öncelikle *estetik* ve *işlevsel* tasarımlar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Estetik tasarımlar insanın güzellik duygusuna hitap eden tasarımlardır. Bu nitelikteki tasarımlar daha çok görme duygusuna hitap ederler. Estetik tasarımlar iki veya üç boyutlu olabilir. Kumaş ve halı desenleri, duvar süslemeleri, logo ve çeşitli grafikler iki boyutlu estetik tasarımın, bir elbise, koltuk, sandalye ve vazo ya da bir cep telefonu dış görünümü gibi tasarımlar da estetik niteliklere sahipse üç boyutlu estetik tasarım örnekleridir. İşlevsel tasarımlarsa herhangi bir ihtiyacı karşılanmaya yönelik tasarımlardır. “İşlevsellik” bir ürünün kullanılması düşünülen amaç için gereken özellikleri ifade eder.

Tasarım üzerindeki hak, tasarımcıya mutlak nitelikte inhisarî yetkiler bahşeder. Hak sahibi tasarımını kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerine sahiptir. İzni olmaksızın Üçüncü kişiler, hak sahibinin izni olmadan, tasarımın aynısı veya benzerini yapamazlar, üretmezler, satamazlar, kullanamazlar, ithal edemezler, depolayamazlar, ellerinde bulunduramazlar ve verilmiş lisansın kapsamını genişletemezler (ETKHK 18). Tasarım hakkı sahibinin tasarım mevzuatından kaynaklanan yegâne manevî hakkı ise, hakkını devretmiş olsa bile, adının tasarımcı olarak gösterilmesini isteme yetkisidir (ETKHK 19). Bunun dışında hak sahibi tasarımın değiştirilmesi gibi kişilik hakkının ihlali mahiyetindeki saldırılara karşı MK'nun kişiliğin korunmasına dair hükümlerinden (md. 23-26) istifade edebilir. Manevî haklar, tasarım süresi dolmuş olsa bile dermeyan edilebilir.

Tasarım hakkı sadece tasarım mevzuatıyla korunmaz, koruma çok yönlüdür. Tasarım hakkının niteliği, bu hakkın fikir ve sanat eserleri hukuku

(FSEK 2/3 ve 4/son) ve marka hukuku kapsamında (MKHK 5) da korunmasına imkân vermektedir.¹⁷

4. Entegre Devre Topografyaları

Yarı iletken çip veya silikon çip gibi adlarla anılan ve günümüzün bilgi ve iletişim teknolojisinin temel yapı taşı olan entegre devreler ülkemizde ilk kez 2004 yılında yürürlüğe giren 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun (EDTK) ile korunmaya başlanmıştır. Kanunun 2 nci maddesinde entegre devre “*Elektronik bir işlevi veya bunun gibi diğer işlevleri yerine getirmek üzere tasarlanmış, en az bir aktif elemanı olan ve ara bağlantılarından bir kısmının ya da tümünün bir parça malzeme içerisinde ve/veya üzerinde bir araya getirilmiş ara veya son formdaki bir ürün*” olarak tarif edilmektedir. Kanun entegre devre topografyasını da “*Entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren, üretim amacıyla hazırlanmış ve herhangi bir formatta sabitlenmiş görüntüler dizisi olup, her görüntü entegre devrenin üretiminin herhangi bir aşamasındaki yüzeyinin tamamının veya bir kısmının görünümü*” şeklinde tanımlamaktadır.

Kanun entegre devre topografyalarının korunabilmesi için *orijinallik* şartı getirmiştir (EDTK 4). Bu ürünler işlevseldir; buluş özellikleri yoktur. Bu sebeple fikir ve sanat hukuku, patent hukuku ve tasarım hukuku kapsamında korunmaları mümkün görülmediğinden, bunlar için *sui generis* bir koruma öngörülmüştür. Bunların korunmaları için *tescil* gerekmektedir.¹⁸

5. Yeni Bitki Çeşitlerine İlişkin İslahçı Hakları

Ülkemizde yeni bitki çeşitlerine ilişkin *ıslahçı hakları* 2004 yılında yürürlüğe giren 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun (BÇK) kapsamında korunmaktadır. Tüm bitki çeşitlerini kapsayan Kanunun amacı bitki çeşitlerinin geliştirilmesini özendirerek, yeni çeşitlerin ve ıslahçı haklarının korunmasını sağlamaktır.

Kanun “ıslahçı”yı “*yeni bir bitki çeşidini ıslah eden veya bulan ve geliştiren kişi*” olarak; “çeşit” kavramını ise “*ıslahçı hakkının verilmesi için gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığına bakılmaksızın, bir veya birden*

¹⁷ Tasarımla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, age; **Suluk, Cahit / Orhan, Ali**, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku-Tasarımlar*, C. III, Ankara 2008; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal** 215-246; **Suluk, Cahit**, *Tasarım Hukuku*, Ankara 2003, **Tekil, Müge**, “554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları” [*İHFM*, C. LV, 1997/4, 233-251]; **Küçükerman, Önder**, *Endüstri Tasarımı-Endüstri İçin Ürün Tasarımı*, İstanbul 1996; **Suthersanen, Uma**, *Design Law in Europe*, London 2000.

¹⁸ Ayrıntı için bkz. **Tekinalp**, 717-736; **Karahan / Suluk / Saraç / Nal**, 272 - 280.

fazla genotipin ortaya çıkardığı bazı özelliklerin kendisini göstermesiyle tanımlanan ve aynı tür içindeki diğer genotiplerden en az bir tipik özelliği ile ayrılan ve değişmeksizin çoğaltmaya uygunluğu bakımından bir birim olarak kabul edilen en küçük taksonomik kısım içerisinde yer alan bitki grubu” şeklinde tarif etmektedir (md. 2).

İslahçı haklarının korunabilmesi için bitki çeşidinin; (i) yeni olması, (ii) başvuru tarihinde bilinen bitki çeşitlerinden *açıkça farklı olması*, (iii) ilgili özellikler bakımından *yeknesak* olması ve (iv) *durulmuş* olması yani çeşidin ilgili özelliklerinin birbirini izleyen çoğaltımlar sonrasında değişmemesi gerekir. Yeni bitki çeşitlerinin tamamı, kanunda belirtilen diğer şartların da yerine getirilmesi kaydıyla, ıslahçı hakkı verilerek korunur. Ancak bunu için Tarım ve Köyüşleri Bakanlığına müracaat edilmesi, geliştirilen yeni bitki çeşidinin Bakanlıkça tutulan *kütüğe kaydının yapılması* ve keyfiyetin Bitki Çeşitleri Bülteninde *ilan* edilmesi gerekmektedir.¹⁹

6. Biyoteknolojik Yeni Ürünler ve Açıklanmamış Bilgiler

Eeserler, buluşlar, faydalı modeller, endüstriyle tasarımlar, entegre devre tasarımları ve yeni bitkiler gibi fikrî ürünlere ilave olarak bazı biyoteknolojik yeni ürünlerle açıklanmamış bilgiler de fikrî mülkiyetin yeni koruma konuları olarak değerlendirilmektedir. Ancak ülkemizde biyoteknolojik yeni ürünler ile açıklanmamış bilgilerin korunmasını özel olarak düzenleyen bir kanun yoktur.

Biyoteknoloji kavramı, bitki, hayvan ve mikroorganizmalar veya bunlardan elde edilen biyolojik araç, sistem ve yöntemler kullanılarak endüstriyel ürün elde etme amacı taşıyan uygulamaları ifade eder. Hukukumuzda biyoteknolojik buluşlara ilişkin özel bir yasa bulunmadığı için uygulamada patentin koruma şartlarını taşıyan biyoteknolojik buluşlara patent verilerek koruma sağlanmaktadır. Ancak genetik gibi hassas konuların biyoteknolojinin ilgi alanına girmesi nedeniyle, ülkemiz için, 1998 tarih ve 44 sayılı AT Direktifi de dikkate alınarak özel bir düzenleme yapılma ihtiyacı bulunmaktadır.

Açıklanmamış bilgilere gelince; yabancı hukuklardan bazılarında ve TRIPS gibi uluslararası hukuk düzenlemelerinde fikrî mülkiyetin koruma kapsamında değerlendirilen açıklanmamış bilgileri, *know-how* ve *patent koruması elde edememiş teknik bilgiler* şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Hukukumuzda bunların korunması ile ilgili özel bir düzenleme yoktur. Ancak bu bilgilerin Borçlar Kanununun genel hükümleri ve Türk Ticaret Kanunu (TTK)

¹⁹ **Odman -Boztosun, Ayşe, N.,** *İslahçı Hakkı*, Ankara 2006; **Tekinalp,** 699 - 700; **Karahan / Suluk / Saraç / Nal,** 257-272.

haksız rekabetin önlenmesine ilişkin hükümleri (md. 56 vd) kapsamında korunabileceği savunulmaktadır.

7. Ayırtedici Ad ve İşaretler

Ayırtedici ad ve işaretler, sanayi ve ticarete bir işletmeyi diğer işletmeden, bir işletmenin sahibini diğer işletmelerin sahiplerinden, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin aynı veya benzer mal ve hizmetlerinden ayırmak için kullanılan adlar ve işaretlerdir. *Ticaret unvanı* ve işletme adı taciri ve işletmesini diğer işletmeci (tacir) ve işletmelerden tefrik ve teşhise yarayan adlardır. *Markalar ve coğrafi ad ve işaretler* ise bir mal veya hizmeti ya da ürünü aynı veya benzer nitelikteki, mal, hizmet veya ürünlerden ayırt etmeye yarayan işaretlerden oluşur.

Ayırt edici ad ve işaretler fikrî ürün niteliğini taşımazlar. Bu sebeple bu unsurlar teorik olarak “fikrî mülkiyet” üst başlığı altında ele alınıyorsa da, esas itibarıyla bunlar üzerindeki hakları “fikrî hak” olarak nitelendirmek mümkün değildir. Keza, ayırt edici ad ve işaretleri geleneksel anlamda “sinaî” olarak nitelendirilen haklar kapsamında değerlendirmek de mümkün olmaz. Çünkü sinaî hak konusu olarak kabul edilen patent, faydalı model ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki haklara konu fikrî ürünler için ortak bir koruma şartı olan yenilik unsuru, ayırt edici ad ve işaretler bakımından aranmaz. Bunlar daha çok, ticarî hayatın süjeleri ve konularını, bunların aynı nitelikte olanlarından veya benzerlerinden ayırt etmeye, tanıtmaya ve teşhise yarayan işlevlere sahiptir. Hukuken korunmalarının nedeni de bu nitelikleridir. Bunlar; *soyut olmaları*, *eşya sayılmamaları*, somutlaştıkları *eşyadan bağımsızlıkları* ve ayrı hukuk kurallarına tâbi olmaları gibi yönlerden fikrî ürünlere benzemektedirler.

Markalar, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine göre;²⁰ coğrafi ad ve işaretler 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine göre;²¹ ticaret unvanı ve işletme adları Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin göre korunur. Alan adlarıyla ilgili özel bir kanun yoktur.²² Alan

²⁰Markalar konusunda ayrıntılı için bkz **Tekinalp**, § 22, 343-486; **Yasaman, Hamdi ve diğerleri**, *Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi*, C. I ve II, İstanbul 2004; **Arkan, Sabih**, *Markalar Hukuku*, C.I, Ankara 1997 ve C. II Ankara 1998; **Karahan, Sami**, *Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat*, Konya 19897; **Meran, Necati**, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara 2004; **Noyan, Erdal**, *Marka Hukuku*, Ankara 2003.

²¹ Coğrafi işaretler için bkz. **Tekinalp**, 22-23; **Karahan / Suluk / Saraç / Nal**, 247-255; **Arı, Zekeriya**, “Coğrafi İşaretlerin Korunması” *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003.

²² Alan adı konusunda ayrıntı için bkz. **Tekinalp**, 24-28; **Nomer, Füsün**, “İnternet Alan Adının (*Domain Name*) Hukûkî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırtedici Ad

adlarına markaların, ticaret unvanlarının, kişiliğin korunması ve haksız rekabet hukukuna dair kuralların uygulanması suretiyle koruma sağlanabilmektedir.

IV. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ GENEL ÖZELLİKLERİ

Fikrî mülkiyet hukuku, yukarıda görüldüğü üzere, koruma konusunun niteliğine göre farklı alt dallara ayrılmaktadır. Eserler için “fikir ve sanat hukuku”, buluş ve faydalı modeller için “patent hukuku”, endüstriyel tasarımlar için “tasarım hukuku”, mal ve hizmetleri ayırt edici ad ve işaretler için “marka hukuku” gibi nitelendirmeler yapılmaktadır. Bu hukukların hiç şüphesiz diğerlerine nazaran kendilerine has bazı özellikleri vardır.

Biz bu başlık altında fikrî mülkiyet hukukunun her bir alt dalına has özelliklerine değinmeyeceğiz. Bu bölümde hemen tüm fikrî mülkiyet hukuk dalları için geçerli olabilecek özelliklere temas olunacaktır. Bu özelliklerin başlıcalarını; (i) sahibine mutlak nitelikli yetkiler bahşedici olmaları, (ii) tekелci olmaları, (iii) geçici koruma sağlamaları, (iv) hakların toplum yararı için sınırlandırılabilir olması, şeklinde sıralamak mümkündür.

1. Mutlak Haklardan Olmaları

Mutlak hakların şahıslar, eşyalar ve gayri maddî mallar olmak üzere üç çeşit konusu vardır.²³ Eşya hukukunun konusu maddî mallar üzerindeki mutlak hakları iken, fikrî mülkiyet hukukunun konusunu gayri maddî mallar üzerindeki mutlak haklar oluşturur.

Sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haklara mutlak haklar denir. Hak konusu üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamak demek, hak sahibinin hiç kimsenin izin ve onayını almadan hak konusu üzerinde belirleyici etkide bulunabilmesi demektir. Dolayısıyla fikrî mülkiyet hakkı sahibi, hak konusu üzerinde hiç kimseden izin ve onay almadan hukukun tayin ettiği sınırlar dahilinde tasarrufta bulunabilir.

Fikrî mülkiyet hukuku, eşya hukukundan farklı olarak, hak sahibine fikrî ürün üzerinde sadece ekonomik nitelikli hak ve yetkiler bahşetmez. Zira fikrî mülkiyet üzerindeki mutlak haklar, aynı haklardan farklı olarak, biri malî diğeri manevî nitelikte olmak üzere çift karakterlidir. Malî haklar sahibine fikrî

ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukûkî Sorunlar” Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, 395-418; **Memiş, Tekin**, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukûkî Sorunlar” [AÜHFD, C. IV, 2000/1-2, 463 vd].

²³ **Ertaş, Şeref**, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Seçkin, Ankara 2005, sh. 52.

üründen iktisaden yararlanabilme yetkilerini verirken, manevî haklar fikrî ürün ile onu meydana getiren arasındaki kişisel bağı tesis eder.

Manevî haklar, tıpkı kişilik hakları gibi, üçüncü kişilere *devredilemez* ve *miras yoluyla intikal edemezler*. Bu hakların sadece kullanılması yetkisi devir ve intikale elverişlidir. Manevî haklar fikrî mülkiyet hukukunun tüm alt dallarında hem sayı bakımından hem de kuvvet bakımından aynı değildir. Manevî hakların en güçlü olduğu ve korunduğu alan fikir ve sanat eserleri hukukudur. Buna mukabil patent hukukunda fikir ve sanat eserlerine göre daha zayıf, tasarımlara ve ıslahçı haklarına göre daha güçlü sayılabilecek bir manevî hak koruması öngörülmüştür. Eser, patent, tasarım ve ıslahçı hakları dışında kalan ve fikrî mülkiyet korumasına tabi oldukları kabul edilen yarı iletken topografyalar, markalar, coğrafi ad ve işaretler, ticaret unvanı ve işletme adları ve açıklanmamış bilgilerin korunması bakımından fikrî mülkiyet hukukuna özgü herhangi bir manevî hak tanınmamıştır.

2. Hak Sahiplerine “Hukukî Tekel” Konumu Sağlamaları

Fikrî mülkiyet ürünlerinin doğasında tekeli ve dışlayıcılık bir özellik bulunmaz. Bu ürünlere ilişkin yetkilere tekel niteliğini veren hukuk düzenidir. Dolayısıyla fikrî mülkiyet hakları, tekeli karakterini hukuk kurallarından aldığı için, sahiplerine doğal değil “yapay” nitelikte bir inhisari konum bahşeder. Fikrî mülkiyet hukukunun rekabetçilere dönük “çirkin yüzünü” bu suni tekeli karakteri oluşturur. Çünkü hakkın tekeli nitelik taşıması demek, hakkın konusunu oluşturan fikrî ürüne ilişkin tüm yetkilerin münhasıran hak sahibine ait olması, onun izin ve onayı dışında hiç kimsenin bu yetkileri kullanamaması, dolayısıyla da rekabeti engelleme gücü demektir. Bununla beraber, fikrî mülkiyete tabi ürüne ilişkin hakların, sahibine hukukî tekel sağlama özelliğinin bulunduğu söylenebilir de, pazarda ürün ikamelerinin bulunması nedeniyle bu gücün fiilen bir doğal tekel gücü gibi kullanılması mümkün olmayabilir. O nedenle fikrî mülkiyet haklarının sahipleri için rekabetçi açıdan hâkim bir konum yaratmasından söz edilebilirse de, bazı durumlarda tekel konumunun mevcudiyetinden söz edilemez. Uygulayıcıların bu ihtimalî göz ardı etmemesi gerekir.

Fikrî mülkiyet hukukunun sahibine inhisari yetkiler bahşetmesi kınanacak bir durum değildir. Çünkü daha evvel de ifade edildiği gibi, fikrî mülkiyet ürünlerinin doğasında dışlayıcılık (*excludability*) yoktur. Bu yüzden onların *toplu tüketimine* etkili bir şekilde fiilen engel olunamaz. Diğer bir ifadeyle fikrî ürünler, gayri maddî mal niteliğinde oldukları için, değerinde herhangi eksilme ve niteliğinde de herhangi bir bozulma olmadan sınırlandırılmayacak sayıda kişinin aynı anda istifadesine ve tüketimine konu olabilmektedir.

Bunun neticesi olarak, tabiatı gereği fiili tedbirlerle korunması imkânsız veya son derece zor olan fikrî ürünler, belirtilen zaruretlerden dolayı hukuk kurallarıyla “zecri olarak” korunmaya çalışılmaktadır. Fikir ve sanat eseri üzerinde eser sahibine, buluş ve faydalı model üzerinde patent sahibine, sınaî tasarımlarda tasarımcıya, yarı iletken topografyalar üzerinde onları tasarlayana, yeni bitkilerde ıslahçıya, marka vb tanıtıcı ad ve işaretler üzerinde bunların sahiplerine tekel niteliğinde haklar tanınmıştır. Fikrî mülkiyet hakkı sahipleri, üçüncü kişilerin hukuka aykırı saldırılarına karşı haklarının korunması için tanınmış hukukî yollara başvurabilirler. Bu çerçevede kanun koyucular fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin malî ve manevî haklarının korunması için, tecavüzün önlenmesi, son verilmesi, maddî ve manevî **tazminat davaları** ile cezai yaptırımların uygulanmasına ilişkin **ceza davası** açılabilmesine de **imkân** tanımışlardır.

3. Hukukî Korumanın “Geçici–Sürelî” Olması

Maddî mallar üzerindeki mülkiyet hakkının korunması bakımından bir süre sınırlaması söz konusu değildir. Eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, hak konusu olan taşınır veya taşınmaz eşya hukuken ve iktisaden mal olma özelliğini kaybedinceye kadar devam eder. Oysa hukuk düzenleri fikrî mülkiyet hakkı korumasında ebedi korumayı değil sürelî (muvakkat) koruma prensibini benimsemişlerdir. Fikrî mülkiyet hakkı sahibine hak konusu üzerinde hukukî bir tekel konumu sağlamış olmakla birlikte, gerek bu ürünlerin daha önce sözü edilen doğal nitelikleri gerekse ekonomik ve sosyal bakımdan taşıdıkları önemi dikkate alan hukuk düzenleri, bu yapay tekel durumunu süre yönünden sınırlandırma lüzumu hissetmiştir. Bu suretle fikrî mülkiyetin sağladığı tekelin kapsamı toplum ve kamunun menfaati için daraltılmak istenmiştir. Bu çerçevede fikrî mülkiyet korumasının geçici olması durumunu “korumanın sürelî olması” ve “hakların tükenmesi” olmak üzere iki başlık altında mütalaa etmek mümkündür.

a) Korumanın Sürelî Olması

Fikrî mülkiyet hakkı, sahibine fikrî ürün üzerinde geçici sürelî bir münhasırlık sağlar. Bu süre dolduğu zaman fikrî ürün üzerinde tanınmış bulunan haklar sona erer. Sürenin bitimiyle birlikte fikrî mülkiyetin konusunu oluşturan fikrî ürün adeta bir “serbest mal” haline gelir. Bunun sonucu olarak herkes o üründen herhangi bir bedel ödmeden serbestçe yararlanabilir. Ancak sürelî korumaya tabi olan haklar malî haklardır; manevî haklar süresiz korunmaktadır.

Koruma süreleri standart değildir. Sürenin uzunluğu, ürünün niteliğine, meydana getirilmesinde harcanan fikrî emeğe ve finansal kaynaklara, ürünün sosyal, kültürel ve ekonomik yönden taşıdığı öneme göre hukuk düzenince

belirlenmektedir. Buna göre bizim hukuk sistemimize göre fikrî mülkiyet haklarında koruma süreleri şu şekilde belirlenmiştir:

- (i) **Fikir ve Sanat Eserlerinde:** Fikir ve sanat eserinin yayımlanması veya alenileşmesinden başlayıp eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden sonra da 70 yıldır (FSEK 26-27). Bağlantılı haklar ise, hakkın konusunu oluşturan ürünün kamuya sunulması tarihinden itibaren 70 süre ile korunur.
- (ii) **Patentlerde:** başvuru tarihinden itibaren incelemeli patentler için 20 yıl, incelemesiz patentler için 7 yıldır (PKHK 72).
- (iii) **Faydalı Modellerde:** Başvuru tarihinden itibaren 10 yıldır (PKHK 164).
- (iv) **Endüstriyel Tasarımlarda:** Başvuru tarihinden itibaren 5 yıldır. Endüstriyel tasarımlar 5'er yıllık sürelerle en çok 25 yıla kadar korunur (ETKHK 12).
- (v) **Yeni Bitki Çeşitlerinde:** İslahçı hakkının tescilinden itibaren başlamak üzere, ağaçlar, asmalar ve patates için 30 yıl, diğer bitki çeşitleri için 25 yıldır (BÇK 10).
- (vi) **Entegre Devre Tasarımlarında:** Tasarımın piyasaya sürülmesinden veya piyasaya sürülmedi ise tescil başvurusundan itibaren 10 yıldır.
- (vii) **Markalarda:** Markanın tescili için başvuru tarihinden itibaren (tescilli markada) 10 yıldır. Markalar yasa da öngörülen şartların yerine getirilmesi kaydıyla 10'ar yıllık sürelerle istenildiği kadar korunabilmektedir (MKHK 41).
- (viii) **Know-how ve Diğer Gizli Bilgilerde:** Bunların korunması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Açıklanmadıkları sürece bunlar genel hükümlere göre korunabilmektedirler. Ancak bu bilgiler bir kez bile olsa aleniyet kazandıktan sonra korunmazlar.

b) Tükenme ilkesi

Fikrî mülkiyet hakkının sağladığı inhisarı sınırlandırmayı amaçlayan diğer bir prensip de tükenme ilkesidir.²⁴ *Tükenme ilkesi*, fikrî mülkiyet hukuku kapsamında korunan bir ürünün, hak sahibi tarafından veya onun rızasına tevfi kan üçüncü kişiler tarafından piyasaya sürüldükten sonra, hak sahibinin bu

²⁴ Ayrıntı için bkz. **Aslan, Adem**, *Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, İstanbul 2004, **Arkan, Sabih**, "Marka Hakkının Tüketilmesi" *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, Ankara 1999.

ürünler üzerinde fikrî mülkiyet hakkına dayanan herhangi bir talep ileri sürememesidir.

Fikrî mülkiyet hukukunda hakkın tükenmesi ilkesine coğrafi açıdan *ülkesel*, *bölgesel* veya *küresel* sınırlamalar getirilebilmektedir. Hakkın tükenmesinin coğrafi sınırı, hakkın tükendiği düzlemi yani coğrafi alanı ifade eder. Bu düzlem sadece bir ülke ise “ülkesel tükenme”, birden fazla ülke ise “bölgesel tükenme”, tüm dünya ise “uluslar arası tükenme” ilkesinden söz edilir.

Fikrî mülkiyet hukukumuzda; (i) *eserler* bakımından FSEK’in 23 üncü maddesinde *ülkesel*, (ii) *patentler* bakımından PKHK’nin 76 ncı maddesinde *ülkesel*, (iii) *tasarımlar* bakımından TKHK’nin 24 üncü maddesinde *ülkesel*, (iv) *markalar* bakımından MKHK’nin 13 üncü maddesinde *ülkesel*, (v) *islahçı hakları* bakımından BÇK’nun 31 inci maddesinde *ülkesel*, (vi) *entegre devre topografyaları* için EDTK’nun 12(1-c) nci maddesinde evrensel tükenme ilkesi benimsenmiştir. Bununla beraber, fikrî mülkiyet mevzuatında *ülkesel* tükenme ilkesi açıkça yer aldığı halde, gerek Yargıtay gerekse Rekabet Kurulu bazı kararlarında bu kuralları yorum yoluyla fikrî mülkiyet haklarının *uluslararası* tükenmesi sonucunu doğuracak şekilde uygulama eğiliminde olduklarını göstermişlerdir.²⁵

4. Kamusal ve Kişisel Menfaat Mülahazalarıyla Sınırlandırılmış Olması

Fikrî mülkiyete tabi ürünlerin toplum ve birey bakımından önemini dikkate alan hukuk düzenleri, bu ürünlerin korunmasını kamu yararı kişisel menfaat mülahazaları ile sınırlandırma lüzumu hissetmişlerdir. Bu tür sınırlamaların anayasal temelini Anayasanın 35 inci maddesinde bulur.²⁶

Fikrî mülkiyet haklarına kamusal ve bireysel menfaat mülahazalarıyla getirilen sınırlamaları genel olarak üç ana başlık altında ele almak mümkündür: (i) *zorunlu lisanslar*, (ii) *kamu düzeni ve yararının* gerektirdiği istisnalar, (iii) *bireysel kullanım* istisnaları. Şimdi bunlara biraz daha yakından göz atalım.

a) Zorunlu Lisanslar

Fikrî mülkiyet koruması kapsamındaki ürünler üzerinde hak sahibine inhisari yetkiler tanınmasının temelinde, buluşların ve yeniliklerin teşviki, toplumun bilim, sanat, edebiyat ve kültür hayatının zenginleştirilmesi düşüncesi

²⁵ Bkz. RK: 23.11.2000 tarih ve 00-46/488-266 sayılı *Microsoft* kararı; 29.5.2000 tarih ve 01-25/238-61 sayılı *Novell-Armada* kararı.

²⁶ Anayasanın 35 inci maddesi hükmü şu şekildedir: “*Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*”

yatar. Bu suretle toplumların hem iktisadî, hem sosyal ve hem de kültürel yönden gelişeceği ve kalkınacağı umulmaktadır. Ancak, bu amaca ulaşılabilmesi için fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin bu haklarını toplumun beklentisi doğrultusunda kullanmaları, buluşlarını, tasarımlarını, eserlerini ve diğer fikrî ürünlerini toplumla paylaşmaları, bunları sanayi ve teknoloji alanında uygulamaya koymaları, bilim, kültür ve sanat alanında toplumun istifadesine sunmaları gerekir.

Fikrî ürünlerin bir şekilde kamuya sunulmaması, her şeyden önce toplumsal bir zarara yol açar. İşte zorunlu lisans müessesesi bu ihtiyaçtan doğmuştur. Zorunlu lisans, fikrî ürün sahibinin hukuk düzenince tanınmış tekel niteliğindeki yetkilerinin kamu yararına aykırı sonuç doğurabilme tehlikesini önlemeye yönelik bir mekanizmadır. Fikrî mülkiyet hakkı sahibi veya yetkili kıldığı kişilerin fikrî mülkiyet hukuku kapsamında korunabilir niteliklere sahip ve kullanılması halinde yarar sağlayacak ürünü (eseri, buluşu, tasarımı, yarı iletken topografyayı veya yeni bir bitki çeşidini), kullanmak isteyen kimseye kullandırmaya mecbur kılındıkları bir sistemdir.

Bizim hukukumuzda zorunlu lisanslar; patentler (PKHK 14/2 ve 99), endüstriyel tasarımlar (TKHK 20/2), entegre devre topografyaları (EDTK 37), yeni bitki çeşitleri (BÇK 18) yönünden *açıkça tanınmış* bulunmaktadır. Eserler bakımından FSEK'in 47 nci maddesi bu bağlamda bir zorunlu lisans hükmü sayılabilir. Markalar yönünden ise zorunlu lisans sözkonusu değildir. Mamafih, TRIPs'in 21 inci maddesinde de markaların zorunlu lisansa konu olmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Hukukumuzda zorunlu lisansların hangi hal ve şartlarda tanınacağına dair genel bir kanuni düzenleme yoktur. Bunlara her bir fikrî mülkiyet konusunu düzenleyen ilgi mevzuatta özel olarak yer verilmiş bulunmaktadır. Bu hal ve şartları ayrıntılı bir şekilde ele almak bu tebliğin amacı dışındadır.²⁷ Ancak genel olarak belirtmek gerekirse, fikrî mülkiyet hukukunda; (i) fikrî mülkiyet ürününün hak sahibi tarafından kullanılmaması, (ii) üçüncü kişilerin lisans taleplerinin hak sahibi tarafından reddedilmesi, (iii) halk sağlığı ve çevrenin korunması, beslenme, milli savunma gibi kamu yararının gerektirdiği haller (iv) fikrî mülkiyet ürünleri arasında bağımlılık bulunması, (v) devlete yetki

²⁷ Zorunlu lisanslar konusunda patentler için bkz. **Kaya, Aslan**, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi" *İHFM*, C. LV, S. 1-2, 1995-96; **Saraç**, 116-128; **Ortan, A. Necip**, *Patent Lisans Sözleşmesi*, Ankara 1979. Tasarımlar için bkz. **Suluk / Orhan**, *Tasarımlar*, 301. Entegre devreler için bkz. **Karahan / Suluk / Saraç / Nal**, 291-292. Islahçı hakları için bkz. **Omdan - Boztosun**, *Islahçı Hakkı*, 159-168.

tanınması gibi olgular, zorunlu lisansa hükmedilme şartları olarak kabul edilmektedir.²⁸

b) Kamu Düzeni ve Yararının Gerektirdiği İstisnalar

Fikrî mülkiyet ürünleri zorunlu lisans dışında çeşitli mülahazalarla kamusal kurumlar veya bireyler tarafından hak sahibinin izin veya icazetine gerek kalmadan kullanılabilir. Bu tür kullanım fikrî mülkiyet hukuku mevzuatında özel hükümlerle teminat altına alınmıştır. Bu tarz kullanım mutlak değildir, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlamalara tabidir. Bu sınırların aşılması halinde kullanılan haklar ihlal edilmiş olur. Eser, patent, tasarım ve yeni bitki çeşitleri hukuklarına, eserin, buluşun, tasarımın veya yeni bitki çeşidinin kamu düzeninin sağlanması, ürünün test edilmesi, eğitim-öğretim ve ıslah amaçlı faaliyetler kapsamında hak sahiplerinden izin alınmaksızın kullanılabilmesi bu çerçevede mütalaa olunabilir.

c) Ticarî Amaç Dışında Kişisel Kullanım İstisnaları

Fikrî mülkiyete konu ürünler üzerindeki haklar fikrî üründen bireysel olarak yararlanmak isteyenler lehine de bazı kısıtlamalara tabi kılınmıştır. Bu tür kısıtlamaların amacı, asıl hak sahibinin haklarına hanel getirilmeksizin, kişilerin bireysel yaratıcılıklarını kullanarak, eser, buluş ve tasarım gibi yenilikler ortaya çıkarmalarını teşvik etmektir. Bu suretle diğer kişilerin, bilimsel, teknolojik, kültürel ve diğer alanlardaki yeniliklere, gelişmelere ve iyileşmelere katkı sağlamaları ümit edilmektedir. Bunun için de kişilerin mevcut ve daha evvel meydana getirilmiş eserlerden, buluşlardan, tasarımlardan, bitki çeşitlerinden yarı iletken çiplerden bireysel çalışmalarını kapsamında yararlanmaları serbest kılınmıştır.

Fikrî üründen kişisel yararlanma istisnası denildiğinde, eserin, buluşun, tasarım ve diğer fikrî ürünlerin kişisel amaçlarla kullanılması anlaşılır. “Kişisel kullanım” demek, bireyin sadece “özel alanında” olmak üzere “kendi ihtiyacı için” ürünü kullanması demektir. Özel alan kişinin kamuya açık olmayan aile ve yakın dostlarıyla paylaştığı, belli ve sınırlı sayıda kişilere açık ve fakat umuma kapalı alanı ve çevresidir. Diğer yandan fikrî ürünün “ticarî ve sınaî olmayan” amaçlarla münhasıran kişinin kendi özel ihtiyacı için kullanılması gerekir. Bu gibi hallerde fikrî hak sahibinin hakkın konuyla ilgili bazı malî ve manevî menfaatlerine küçük çaplı da olsa zarar verilmektedir. Ancak bu zararın eser sahibi için katlanılabilecek düzeyde olması ve bu tür bireysel faydalanmanın toplum için sağlaması muhtemel yararların, hak sahibinin zararından daha

²⁸ Ayrıntı için bkz. **Odman, N. Ayşe**, *Fikri Mülkiyet Hukuku ile rekabet Hukukununun Teknolojik Yeniliğin Teşvikindeki Rolü*, Ankara 2002, sh. 53 vd.

yüksek olması nedeniyle, hak sahiplerine bireysel kullanımlara engel olma yetkisi verilmemiştir.

Bununla beraber üçüncü kişilerin fikrî mülkiyet ürünlerinden bireysel yararlanma hakları “sınırsız” değildir. Bu konudaki kriterler setine fikrî mülkiyet hukukunda *üç basamak testi (three step test)* denilmektedir.²⁹ Buna göre fikrî mülkiyet haklarına sınırlama ve istisna getirilebilmesi için sınırlama veya istisnanın; (i) özel olarak belirlenmiş vakıalarla ilgili olması (yani genel bir sınırlamadan kaçınılması), (ii) fikrî hak sahibinin fikrî ürününden normal yararlanmasını engellememesi, (iii) hak sahibinin meşru menfaatlerine halel getirilmemesi, gerekmektedir.

Hususi menfaat mülahazasıyla getirilen sınırlamalar fikir ve sanat eseri hukukunda (FSEK 38) patent hukukunda (PKHK 75), entegre devre topografyaları hukukunda (EDKK 12/a), endüstriyel tasarımlar ve yeni bitki çeşitleri hukuklarında mevcuttur. Buna göre bir kimse fikir ve sanat eserini şahsi ihtiyacı için çoğaltabilir, bilgisayar programları temelinde yatan düşüncenin anlaşılması amacıyla denenebilir ve incelenebilir. Patentli bir buluşu şahsi muhitte denemek ve test etmek amacıyla kullanmak mümkündür. Hukuken koruma altında olan bir tekstil tasarımını, bireyin kendisi veya aile fertlerinin giysilerine uygulayarak kullanması caizdir. Korunan bir bitki çeşidinin materyalinin, ıslahçı hakkı sahibinden izinsiz kişisel ihtiyaç için üretilmesi ve kullanması ıslahçı hakkını ihlal etmez. Korunan bir entegre devre topografyasının, ticarî olmayan bir amaç için değerlendirmesi ve analiz, eğitim veya araştırma amacıyla çoğaltılması caizdir.

5. Kanun Uygulamasının Ülkesel-Hak Korumasının Evrensel Olması

Fikrî mülkiyete ilişkin kanunlar ülkesel düzeyde uygulanır. Diğer bir deyimle hak hangi ülkede ihlal edilmiş ise, hakkın sahibi hangi ülkenin vatandaşı olursa olsun, bu ülkenin yasalarına göre bir koruma talep edebilir. Buna fikrî mülkiyet yasalarının mülkiliği veya ülkeselliği diyoruz. Bununla beraber fikrî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin standartlar artık evrensel bir boyut kazanmıştır. Somut olayda hakkın ihlale uğradığı ülke kanunları uygulansa da fikrî mülkiyete ilişkin uluslar arası sözleşmelerin tesiri ile bu tür haklara evrensel düzeyde korunma imkânı doğmuştur. Bunun ne şekilde gerçekleştiği şu şekilde açıklanabilir.

²⁹ Bu üç basamak testi fikrî mülkiyetin korunmasıyla ilgili Bern, TRIPS ve WIPO gibi uluslararası hukuk metinleri ve Topluluğun bilgisayar programları, veritabanı ve bilgi toplumunda fikrî haklar yönergelerinde de düzenlemektedir.

Bilindiği gibi, yukarıda fikrî mülkiyet ürünlerinin özelliklerinden bahsederken bunların “küresel kamu malı” olduklarından söz edilmişti. Fikrî ürünü bu şekilde nitelendirmemizin sebebi, bu ürünlerin yüksek tedavül kabiliyetine sahip olmalarından dolayıdır. Gerçekten de bir fikrî ürün dünyanın herhangi bir yerinde bir kez onu vücuda getirenin kişisel sır alanından çıkıp, kamunun ilgisine, bilgisine ve idrakine sunulduktan sonra, bu ürünün ilk kez kamuya sunulduğu yerde fiziki bariyerler inşa edilerek muhafaza edilmesi hemen hemen mümkün değildir. Fikrî ürün bir kez aleniyete kavuştuğunda süratli bir şekilde dolaşım mecralarına girer ve en kısa süre içerisinde dünyanın en ucra noktalarına kadar ulaşabilir.

Fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarının yabancı ülkede korunabilmesi için sözkonusu ülkede bu hakların tanınması gerekir. Bunun için hak hakkın doğduğu ülke (menşe) ile hakkın ihlal edildiği ülkenin, ya **ikili ya da çoklu bir anlaşma** ile bu hakları tanıyacaklarını beyan etmiş olmaları gerekir. Fikrî mülkiyet haklarının özelliklerinden dolayı ikili anlaşmalar çerçevesinde bu hakların etkin bir şekilde himayesi mümkün olmadığından, fikrî mülkiyet koruması altındaki ürünler hakkında pek çok uluslararası hukuk kuralları vazedilmiştir. Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi, TRIPs ve WIPO Anlaşmaları bunların en çok bilinen örneklerindedir.

Sözkonusu uluslararası normların amacı fikrî mülkiyet ürünlerine küresel ölçekte korunma standartları getirmektir. Böylece bir fikrî ürün dünyanın herhangi bir yerinde bir kez aleniyete kavuştuğunda, bu ürün dünyanın neresine giderse gitsin hak sahibinin haklarına hukuka aykırı müdahalede bulunulması engellenmek istenmiştir. Bu normlar asgari standartlar koymakta ve başka bir ülke vatandaşının fikrî mülkiyet haklarını kendi vatandaşının haklarını koruduğu şekilde korumayı (*national treatment*) amaçlamaktadır. Bu tür bir anlaşmaya taraf ülke anlaşmada öngörülen asgari standartları iç hukukuna intibak etmediği takdirde, diğer taraf ülke vatandaşlarının haklarının o ülkede ihlal edilmesi durumunda, ulusal hukuk değil anlaşma hükümleri doğrudan uygulanabilir hale gelmektedir. Fikrî hak koruması bu suretle evrensel bir boyut kazanmaktadır.

Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların başlıcalarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

(i) Fikir ve Sanat Hukuku Alanında; 1886 tarihli Bern Sözleşmesi, 1951 tarihli Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi, 1964 tarihinde yürürlüğe giren bağlantılı haklarla ilgili Roma Sözleşmesi, 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet (TRIPs) Anlaşması ve 1996 tarihli WIPO telif hakları ile WIPO icracı

ve fonogramcılar anlaşmaları. Avrupa Topluluğu-nun da bu alana ilişkin yönergelerden oluşan bir dizi mevzuatı vardır.

(ii) Patent Hukuku Alanında: 1883 tarihli Paris Sözleşmesi, 1970 tarihli Patent İşbirliği Anlaşması, 1971 tarihli patent sınıflandırmasına ilişkin Strazburg Anlaşması, 1973 tarihli Avrupa Patent Sözleşmesi, 1977 tarihli Budapeşte Anlaşması.

(iii) Tasarımlar Alanında: 1925 tarihli Lahey Anlaşması ve 1968 tarihli Locarno Anlaşması.

(iv) Entegre Develerle İlgili: 1989 tarihli Washington Anlaşması.

(v) Yeni Bitki Çeşitleriyle İlgili: 1961 Anlaşması (UPOV).

(vi) Markalarla İlgili: 1957 tarihli Nis Anlaşması, 1973 tarihli Viyana Anlaşması, 1981 tarihli Madrid Anlaşması, 1989 tarihli Madrid Protokolü, 1994 tarihli Marka Kanunu Anlaşması. Türkiye bunların hemen tamamına taraf olmuştur.³⁰

TRIPs Anlaşması fikrî mülkiyetin uluslar arası koruması bakımından adeta şemsiye bir anlaşma niteliğinde olup, tüm koruma konularını kapsamakta ve bunun asgari standartlarını koymaktadır.³¹ Avrupa Birliğinin de fikrî haklar yanında sınaî haklarla ilgili özel tüzük ve yönergeleri bulunmaktadır.³²

V. FİKRİ MÜLKİYET KORUMASININ ÖNEMİ

Günümüzde fikrî mülkiyet korumasına karşı çıkan azımsanmayacak sayıda bir kitle vardır. Bunlara göre fikrî mülkiyet hukuku kuralları kamu yararına aykırı bir “entelektüel korumacılık” sağlar; bu koruma entelektüel tekelcilikten başka bir şey değildir.³³ Ancak dünyada mevcut sisteme alternatif olarak geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuş yeni bir sistem henüz yoktur. Aksine, 1994 yılında kabul edilen TRIPs mevcut sistemi pekiştirme işlevi de görmektedir. Bu sebeple biz burada sözkonusu tartışmaların detayına girmeksizin bu kısa açıklamayla yetindikten sonra, fikrî mülkiyet korumasının temel gerekçelerine (*ratio legis*) temas etmeye çalışacağız.

Hemen belirtelim ki fikrî mülkiyet korumasının temel gerekçesi, bilimde, sanatta, kültürde yeniliği teşvik ederek toplumsal refahın artırılmasıdır.

³⁰ Türkiye'nin taraf olup olmadığı bilgisi için bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, 22-23

³¹ TRIPs konusunda bkz. **Blakeney, M.**, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Concise Guide to the TRIPs Agreement*, Sweet & Maxwell, London 1996.

³² Bu konuda bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, 24-25.

³³ **Tepleman, Lord Sydney**, “Intellectual Property” [*Journal of International Economic Law*, Vol. 1, 1998, s. 603 (Odman, *Fikri Mülkiyet*, sh. 61, dnt. 7'den)].

Diğer bir ifadeyle kamu yararı bulunduğu için hukuk düzeni fikrî mülkiyeti korumaktadır. Fikrî mülkiyet ürünleri toplumun bilim ve teknoloji, sanat ve kültür alanlarındaki terakkisini tahrik edici bir role sahiptir. Bu suretle toplumlar, iktisadî, sosyal, kültürel ve diğer her alanda kalkınır ve gelişir. “Bu nasıl olacaktır?” şeklindeki soruya “(i) buluş ve yeniliğin teşviki, (ii) teknoloji ve yeniliğin yaygınlaşması, (iii) ekonomik büyümenin sağlanması” şeklinde üç ayrı başlık altında yanıt verilebilir.

1. Sanat, Edebiyat, Buluş ve Yeniliğin Teşviki

Yukarıda ifade olunduğu üzere fikrî mülkiyet hakları yaratıcı insan zekâsının ürünleri üzerinde, bu ürünleri meydana getiren kişiye tekel niteliğinde bir sahiplik statüsü bahşeder. İktisat ilmi anlamında tekel, “*bir mal veya hizmetin yegâne satıcısı durumundaki teşebbüstür*”. Tekel, herhangi bir hükümet müdahalesi olmadığı takdirde, pazara sunduğu mal veya hizmet karşılığında kendisine mümkün olan en yüksek geliri sağlayacak bir fiyatı belirlemekte serbesttir. Fikrî mülkiyet hakkı sahibi, iktisadî anlamında olmasa da, hukukî anlamda bir tekel konumunu haizdir. Bu tekel durumu ürünün niteliği dikkate alınarak hukuk düzenince sağlanan bir tekel konumunu işaret eder. Bu konumlarının sağladığı yetkiler sayesinde buluşu ve tasarımı yapan veya fikir ve sanat eserini vücuda getirenler, fikrî ürünlerinin pazara sunulması suretiyle bir “*tekel kazancı*” elde ederler.

Bu suretle fikrî mülkiyet hakkı sahipleri hukukun sağladığı tekel konumu sayesinde elde edilen “sermaye birikimini” kullanarak yeni eserler yaratmaya, yeni buluşlar keşfetmeye, yeni tasarımlar üretmeye, yeni bitki çeşitleri geliştirmeye yönelirler. Böylece fikrî mülkiyet hakkı sahipleri yeni buluşlar, yeni eserler, yeni tasarımlar ve diğer yenilikler için hem manevî motivasyona ve hem de maddî kaynağa sahip olacaktır. Her yeni fikrî ürün bir sonrakinin ortaya çıkarılması için adeta itici güç oluşturacaktır. Bu da fikrî mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunduğu toplumlarda, bilim ve teknoloji sahasında, sanat ve kültür alanında dinamik bir gelişim sağlayacaktır.

2. Tekniğin, Yeniliğin, Sanatın ve Edebiyatın Yaygınlaşması

Fikrî mülkiyet hukuku koruması, yaratıcı düşünce faaliyetinin neticesinde ortaya çıkan ürünün, onu vücuda getirenin sır alanından çıkararak toplumla paylaşması karşılığında, toplumun ona verdiği bir “ödül” veya “ödün” olarak da değerlendirilebilir. Çünkü eğer fikrî ürünler hukuk düzenince korunmamış olsaydı, pek çok kimse bütünüyle kendi mahremiyet alanında gerçekleşen buluşu, yeniliği, eseri diğer kişilerle paylaşmak istemezdi ve kendi alın ve akıl teri ile manevî ve maddî varlığından fedakârlık göstererek ortaya koyduğu ürünün semerelerinden başkalarını yaralandırmak istemezdi. Bunu

başarabilmek için de fikrî ürünü kendi mahremiyet alanında muhafaza edebilmenin yollarına başvurur, bunda da muvaffak olduğu takdirde, yenilik ve teknolojinin, sanat ve edebiyatın yaygınlaşması mümkün olmazdı; toplum da bunlardan mahrum kalırdı.

İşte fikrî mülkiyet hukukunun hak sahibine sağlamış olduğu “*sınırlı süreli tekel*” konumunun temelinde yatan gerekçelerden biri de fikrî ürünün toplumla paylaşılması, bu suretle toplumun bunlardan mümkün olan en geniş ölçüde yararlanmasının teminidir. Hukukta gizli bilgi, ticarî sır veya *know-how* gibi hukukî değerlerin korunmasıyla fikrî ürünlerin korunma derecesinin farkı buradan kaynaklanmaktadır. Fikrî ürünler üzerinde daha güçlü bir koruma söz konusu iken, gizli bilgi, ticarî sır ve *know-how* gibi değerler daha zayıf bir koruma kalkanına sahiptir. Çünkü fikrî mülkiyet ürünleri özel kanunlarla ve etkin bir korumaya sahipken, sözünü ettiğimiz açıklanmamış bilgiler ancak Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi genel kanunların genel hükümlerine göre korunabilmektedir.

Fikrî mülkiyet koruması fikrî ürünün toplumla paylaşılmasını zorunlu kıldığı için teknolojinin, yeniliğin, sanat ve edebiyatın daha geniş kitlelere yayılmasını sağlar. Bir buluşun sahibi veya bir ürün tasarımı yapan kimse de, patent veya tasarım haklarını veya kullanım yetkisini üçüncü kişilere devredebilir. Fikrî ürünün sanayiye uygulanması, üretilmesi, çoğaltılması ve pazara sunumu ile bizzat uğraşmak yerine, üçüncü bir kişiye hak veya lisans devrederek ekonomik kazanç elde edebilir. Esasen fikrî mülkiyet kapsamında korunan bir ürün ortaya koyan kimselerin bu ürünü kamuyla paylaşılabilir bir şekilde pazara sürmesi kimi zaman onun ekonomik gücünü aşabilir. Bu durumda bir buluşun veya tasarımın sanayide uygulanması, fikrî yaratımın ürüne dönüşebilmesi için, hak sahibinin gerekli imkânlarla sahip kişilere müracaatı kaçınılmazdır. Aksi halde insanlar ve toplumlar için hayati derecede önemi haiz pek çok buluş ve yenilikler, eserler ve diğer ürünler hiçbir zaman gün yüzüne çıkmazdı. Yapılan hak veya lisans devirleriyle birlikte, bilimin, teknolojinin, sanat ve edebiyatın, kısaca her alanda kaydedilen yeniliklerin ülkeler arasında transferi sağlanmış olur. Böylece teknoloji ve yenilik paylaşılarak daha ileri teknoloji ve yeniliklerin ortaya çıkması imkânı yaratılmaktadır.

Fikrî mülkiyet hukuku kapsamında koruma elde eden hak sahibinin bu ürünü toplumla paylaşmaktan imtina etmesi mümkün değildir. Aksi halde ya bu ürüne ilişkin fikrî mülkiyet korumasında mahrum kalır, ya da hukuk kuralları gereğince hak sahibinden zorunlu lisans temini yoluna gidilir. Birinci duruma, tescil edilen buluş veya tasarımın belirli süre içinde ürüne dönüştürülmemesi halinde hakkın sona ereceği kuralı, ikincisine ise zorunlu lisans uygulaması birer örnek teşkil eder.

3. Ekonomik Büyüme ve Gelişme için Dinamik Bir Unsur Olması

Fikrî mülkiyet korumasının en önemli gerekçelerinden biri de fikrî ürünlerin ulusal ekonomilerin büyümesinde ve gelişmesindeki işveleridir. Bunu anlayabilmek için fikrî mülkiyet haklarının korunmasının tarihsel geçmişine kısa bir bakış yöneltmek kâfi olacaktır. Buhar gücünün makineye tatbiki ile başlayan *sanayi devrimi* sürecinde 1750'lerden itibaren bilhassa Batı Avrupa ülkelerinin milli gelirlerinde büyük artışlar kaydedilmiştir. Sanayi devrimi ile ortaya çıkan yeniliklerle birlikte insanlar ve milletler arasındaki iletişim hem hızlanmış hem de yoğunluk kazanmıştır. Bilginin, tekniğin, yeniliğin kısa süre içinde yaygınlaşması, her yeni buluşun, her yeni makine veya ürünün kısa sürede taklit edilerek veya kopyalanarak haksız kazançlar elde etme eğilimlerini artırmıştır.

1850'li yıllara gelindiğinde ekonomik büyüme ve gelişmenin sürekliliği ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi için fikrî mülkiyet ürünleri üzerinde onların ortaya çıkarılmasını sağlayanlara tıpkı fiziki mülkiyete konu varlıklar üzerindeki haklar gibi bir takım haklar tanınması zarureti doğmuştur. Fikrî mülkiyet hukukunun hemen her alanındaki uluslararası düzenlemelerin hazırlık aşaması 1800'lü yılların ortalarına kadar dayanır. Uzun müzakereler sonucunda benimsenen Paris Sözleşmesi 1883 yılında, Bern Sözleşmesi ise 1886 yılında hayata geçirilebilmiştir. Paris Sözleşmesi patent ve marka gibi sınaî mülkiyet haklarını korumayı, Bern Sözleşmesi ise fikir ve sanat eseri sahiplerinin haklarını korumayı amaçlamaktadır.

Fikrî mülkiyet haklarının ekonomik büyüme ve gelişmedeki rolüne gince: Fikrî mülkiyet hakları, iktisadî mal ve hizmetleri üreten ve pazarlayan teşebbüslerin gayri maddî varlıkları (*assets*) arasında yer alır. Fikrî mülkiyet hakkına sahip teşebbüsler, bu hakka sahip olmayan teşebbüslere nazaran fikrî ürünün niteliğine göre büyük bir rekabet avantajına sahip olabilmektedir. *Hukukî tekel* veya hâkim durumda olmalarının avantajıyla elde ettikleri yüksek gelirler sayesinde, mevcut ürünü geliştirerek daha ileri aşamaya götürme veya başka alanlara yatırım yaparak *yeni mal ve hizmetler* üretebilme olanağına kavuşmaktadırlar. Diğer yandan fikrî mülkiyet koruması bilginin, eserin, buluşun ve yeniliğin korkulardan uzak bir şekilde *yayılmasını* sağlar. Bu bilgiler, buluşlar ve yenilikler lisans sözleşmeleri ile diğer teşebbüsler tarafından da kullanılabilir hale gelir. Bunların kullanılması suretiyle üretilen mal ve hizmetler dolayısıyla hem üretici teşebbüs kazanç sağlar hem de tüketiciler daha kaliteli malı daha uygun koşullarda satınalma imkânına kavuşur. Böylece hem üretici hem de tüketici kazanacaktır.

Bir ülkenin ekonomik büyümesi ve gelişmesi ile fikrî mülkiyetin o ülkedeki mal ve hizmet üretiminde kullanılma yoğunluğu arasında doğrusal bir ilişki olduğu bilinmektedir. Bu yargının isabet derecesinin anlaşılabilmesi için

günümüzün gelişmiş ülkelerine ve fikrî mülkiyetin ülke ekonomilerindeki ağırlığına, üretim sürecinde fikrî mülkiyetin sahip olduğu paya bakılması yeterli olacaktır. Ülkelerin ekonomik gelişmişliği ile fikrî mülkiyet sistemleri arasında doğrudan bir sebep sonuç ilişkisi bulunduğunu gösteren kesin veriler bulunmamakla birlikte, fikrî mülkiyet sisteminin ekonomik gelişimin sağlanmasındaki rolünü küçümsemek mümkün değildir.

Fikrî mülkiyetin bir ülkenin ekonomisinin büyümesi ve gelişmesindeki rolünü idrak edebilmek için, fikrî ürünlere ilişkin verilerin o ülke ekonomisindeki diğer verilerle mukayese edilmesi gerekir. Bu çerçevede ABD örneği çok ilgi çekicidir. Çeşitli araştırma sonuçlarına göre ABD ekonomisinde bilgiye dayalı yani fikrî mülkiyet koruması kapsamındaki iktisadî faaliyetlerin hacmi aşağıdaki gibidir.³⁴

(i) 1987-1999 yılları arasındaki 12 yıllık dönemin dış ticaretinden elde edilen yıllık hasıla 10 milyar \$'dan 36,5 milyar \$'a ulaşmıştır.

(ii) ABD'nin 1999'da yabancı fikrî mülkiyet hakkı sahiplerine ödediği miktar ise sadece 13 milyar \$ mertebesindedir. Bu da ülkenin bu sektörde dışa bağımlı olmadığına göstergesi sayılabilir.

(iii) Toplam 690 milyar \$ olan 1998 ihracatının 190 milyar \$'lık kısmı ileri teknoloji ürünlerinin (bilgisayar ve elektronik ekipmanlar) ihracatından elde edilmiştir. Bu rakam toplam ihracatın %28'i gibi bir oranı temsil etmektedir.

(iv) ABD'nin 2001 yılında kültür endüstrisine dayalı fikrî mülkiyet ürünlerinin (yazılım, sinema, müzik ve diğer eserler) ihracatından elde ettiği gelir 89 milyar \$'dır.

(v) Bu ülkede bilgiye yani fikrî mülkiyete dayalı endüstrilerindeki üretimin ekonomiye sağladığı katma değer, fiziki mülkiyete dayalı sanayilerdeki her ilave çalışanın sağladığı katma değerden % 72 daha fazladır.

Fikrî mülkiyet ürünleri sadece ülke ekonomilerinin büyümesine katkı sağlamaz. Tüm ülkelerin ekonomisinden oluşan dünya ekonomisinin büyümesi ve gelişmesi de fikrî mülkiyet korumasından olumlu yönde etkilenecektir. Nitekim bu doğrultuda Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı-WIPO ve United Nation University tarafından 1997 yılında ortak bir proje kapsamında altı Asya ülkesinin fikrî mülkiyet sistemlerinin etkisinin tespiti için yaptırılan bir araştırmada, "*fikrî mülkiyet sisteminin güçlendirilmesi ile sonradan kaydedilen*

³⁴ Landes, William M. & Posner, Richard A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, England 2003, 3; Saphiro, Robert & Pham, Nam, *Economic Effects of Intellectual Property-Intensive Manufacturing in the United States*, July 2007.

ekonomik büyüme arasında karşılıklı bir ilişkinin (correlation) bulunduğu” sonucuna ulaşılmıştır.³⁵

Bununla beraber, fikrî mülkiyet sisteminin henüz kalkınma sürecini tamamlayamamış yani az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkelerde tersine sonuçlar doğuracağı ve insanların ilaç, gıda ve giyim gibi en temel ihtiyaçlarını gidermek için yaralanmak zorunda oldukları mal ve hizmetlerin fikrî mülkiyet koruması nedeniyle temininde güçlüklerin yaşanacağı, bu sebeplerle bu ülkelerin ekonomileri belli bir düzeye ulaşıncaya kadar bunlar için fikrî mülkiyet korumasının esnetilmesi gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür.

Belli ölçüde haklılık payı olmakla birlikte, fikrî mülkiyet koruması az gelişmiş veya gelişmekte olan ülke ekonomilerinin büyümesine de olumlu yönde katkı sağlayabilir. Her şeyden önce fikrî mülkiyet yerel (ülkesel) ölçekteki buluş ve yenilikleri teşvik için bir araç olarak kullanılabilir. Diğer yandan, fikrî mülkiyet korumasının olduğu bir ülke yabancı ülkelere teknoloji transfer edebilir. Çünkü fikrî mülkiyet sisteminin esas araçlarından biri de *lisanslamadır*. Az gelişmiş bir ülkeye yatırım yapmak isteyen yabancı sermayedar, ilk önce gideceği ülkeye götüreceği veya kullanma yetkisini lisans yoluyla tanıyacağı yeniliğin, buluşun veya diğer bir teknolojik ürünün korunup korunmayacağından emin olmak ister. Bu konuda endişesi varsa, yabancı yatırımcı doğrudan veya dolaylı olarak o ülkeye yatırım yapmaktan kaçınacaktır. Böylece o ülke yabancı sermayenin ülke ekonomisinin büyümesine yapacağı katkıdan mahrum kalacaktır. Oysa *teknoloji transferi özellikle gelişmekte olan ülkeler bakımından hayati öneme sahiptir*. Gelişmekte olan ülkeler hiç olmazsa bu suretle zaman içinde kendi özgün know-howlarını da katarak transfer olunan teknolojik ürünün *benzerini yapma* veya teknolojiyi *özümseyerek* yeni ürün geliştirme kapasitesine sahip olabilirler.³⁶ Sözkonusu ülkeler fikrî mülkiyet korumasını ekonominin hızla büyümesi ve gelişmesini temin için bu tür uygulamalarla avantaja dönüştürebilirler.

Ülkemizde son 10 yıllık dönemde kaydedilen ekonomik gelişmede fikrî mülkiyet haklarının korunması konusunda sarfedilen çabaların önemli bir yere sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce, doğrudan yabancı sermaye yatırımları ve teknoloji transferi alanında son dönemde gerçekleşen büyük artışta, ülkemizdeki fikrî mülkiyet koruması ve rekabet hukuku uygulamasındaki etkinlik arayışları ve bu arayışa uygun iyi niyetli çabaların rolünü göz ardı etmek mümkün değildir.

³⁵ **WIPO**, *Measuring the Economic System of IP Systems*, WIPO, 1997.

³⁶ **Drexl, Josef**, “What Role Intellectual Property Play in Promoting Competition and Development” Submission at the Meeting held on 15 July 2008 in *UNCTAD Ad-hoc Expert Group on the Role of Competition Law and Policy in Promoting Growth and Development*, Geneva 2008.

İKİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYETE UYGULANMASI

I. REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI

1. Rekabet Hukuku ve Politikası Kavramı

Hukukî anlamıyla rekabet 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde “*Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verebilmesini sağlayan yarış*” olarak tarif edilmektedir. Piyasa ekonomilerinde devlet ekonomiye kalkınma planları ve programları gibi araçlarla doğrudan müdahale etmek yerine, “rekabet hukuku” olarak adlandırılan hukukî ve idarî düzenlemelerle müdahale etmektedir. *Rekabet politikası*, devletin piyasa düzenine müdahil olduğu araçların bütününden oluşmaktadır. Bu itibarla, “rekabet hukuku” ve “rekabet politikası” kavramaları, çoğunlukla biri diğerinin yerine veya ikisi bir arada kullanılmaktadır. Ancak *rekabet hukuku* denildiğinde *genel olarak piyasadaki rekabetin korunması ve geliştirilmesi amacıyla teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışlarını engellemeye yönelik kurallar bütünü* anlaşılmaktadır.

Rekabet politikası kavramı, hem rekabet hukuku uygulaması ve bu uygulamada esas alınacak rekabet politikasını içerecek şekilde, hem de devletin piyasada rekabetçi şartları oluşturmak için yararlandığı politikaları kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Rekabet hukuku kuralları ile bu kurallarının uygulanmasına ilişkin politikalara “dar anlamda”, devletin etkin bir rekabetçi piyasa yapısı oluşturmak için kullandığı politikaların bütününe de “geniş anlamda” rekabet politikası denilebilir.

2. Rekabet Hukuku ve Politikası Amaç ve İşlevleri

Rekabet piyasa ekonomilerinin temelini oluşturur, olmazsa olmazdır. Pazar ekonomisinde rekabet, en kaliteli mal ve hizmetlerin üretimine, fiyatların en uygun düzeyde oluşmasına, mal ve ürün çeşitliğinin sonucunda daha fazla tercih imkânına, tekel koşullarında elde edilebilecek olandan daha büyük iktisadî etkinliğe yol açar.³⁷ Buna mukabil rekabetin bulunmadığı veya etkin bir şekilde korunmadığı ekonomilerde hem üreticiler hem tüketiciler muzdariptir. Bu tür ekonomilerde tekelleşme eğilimi yüksektir. Tekelleşme ise ürünlerin fiyatlarında artışa, ürün kalitesinde düşüşe müşteriler için memnuniyetsizliğe, üretimde etkinsizliğe, kaynak kullanımında israfa, ekonomik ve teknolojik gelişmede aksaklığa yol açar. Tekelciliğin sosyo-politik hayat bakımından da büyük sakıncaları da vardır.

³⁷ Whish, Richard, *Competition Law*, 5. Edition, Oxford 2007, sh. 2.

Rekabet politikasının ise, ekonomik etkinliği sağlayarak sosyal refahın artırılması, tekelleşme ve kartelleşmenin neden olduğu sakıncaların ortadan kaldırması veya asgari düzeye indirilmesinin sağlanması gibi amacı ve işlevleri vardır. Sosyal refah, rekabetin tam olarak sağlanabildiği piyasalarda en yüksek seviyeye ulaşır. Bu itibarla, rekabet politikasının tek başına rekabeti korumak gibi bir amacı yoktur; asıl amaç ekonomik etkinliğin sağlanması suretiyle toplam refahın artırılmasıdır.³⁸ Bu hedefe ise ancak kaynakların tahsisi ve üretimde etkinliği ve teknolojik alanında yenilik ve sürekliliği sağlayabilen rekabet politikası araçları ulaşılabilir.

Rekabet politikasının ekonomik etkinliğin sağlanması dışında; tüketicinin korunması küçük teşebbüslerin güçlendirilmesi, çevrenin korunması, istihdamın artırılması gibi *sosyal işlevleri* de vardır. Bunların yanı sıra, rekabet politikası ve hukukunun ekonomik özgürlük, eşitlik, adalet ve hakkaniyet gibi temel hakların teminatı olmak gibi ikincil fonksiyonların bulunduğuna inanılmaktadır.³⁹

II. REKABET HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

Rekabet hukuku, diğer hukuk dalları ile ortak özelliklere sahip olmanın yanı sıra, her hukuk dalı gibi kendine has özelliklere de sahiptir. Bu özellikleri, (i) ekonominin hukuku olması, (ii) kamusal olması, (iii) ulusal nitelik taşıması şeklinde dört başlık altında ele almak mümkündür.

1. Ekonominin Hukukudur

Rekabet hukuku, iktisadî hayatı tanzim eden kurallar içerdiği için ekonominin hukukudur. Teşebbüslerin iktisadî faaliyetlerini sürdürürken uymaları gereken en önemli kurallar rekabet hukukunca belirlenir. Bu kuralların ekonomik kamu düzeninin sağlanması bakımından sahip oldukları önem dikkate alındığında, rekabet kanunlarının liberal ekonomik sistemin “anayasaları” olduğunu söylemek mübalağa sayılmamalıdır.

Rekabet hukukunun ekonominin hukuku olarak nitelendirilmesini haklı kılan pek çok sebep mevcuttur. Her şeyden önce rekabet hukukunun süjeleri ticarî işletmelerdir yani iktisadî birimlerdir. Bunlara rekabet hukukunda

³⁸ Ayrıntı için bkz. **Gürkaynak, Gönenç**, *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, RK Yayını, Ankara 2003.

³⁹ Rekabet hukuku konusunda ayrıntı için bkz. **Aslan, Yılmaz İ.**, *Rekabet Hukuku*, Bursa 2007; **Güven, Pelin**, *Rekabet Hukuku*, Ankara 2005; **İnan, Nurkut ve Mehmet B. Piker**, *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007; **Akıncı, Ateş**, *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara 2001; **Sanlı, Kerem Cem**, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000.

“teşebbüs” denilmektedir. Bu kavram RKK 3 üncü maddesinde; “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütünlük teşkil eden birimler*” şeklinde tarif edilmiştir. Kanunda *teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz veya tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler* de rekabet hukukunun sùjeleri arasında gösterilmiştir.

Diğer taraftan rekabet hukuku, bu hukuk sùjelerinin *pazardaki davranışlarına ve konumlarına ilişkin kuralları içerir*. Pazar, mal veya hizmetlerin temini, üretimi, dağıtımını, değişimi gibi iktisadî etkinliklerin yürütüldüğü düzlemi, yani ekonomik faaliyet alanını ifade eder. Pazar kavramı da esas itibarıyla teşebbüs gibi iktisadî bir terimdir. O nedenle teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin azar haricindeki veya pazarla ilişkisi tespit olunamayan eylem ve konumları rekabet hukukunun uygulama alanı dışındadır. İktisat ilminde Pazar, *belirli mal ve hizmetlerin değişimi için alıcı ve satıcıların ticarî işlem yaptıkları, bu mal ve hizmetlerin fiyatlarının eşitlendiği yer* olarak tanımlanmaktadır.

Pazar teşebbüsler arasındaki *rekabetin sınırlarını tespit etmekte kullanılan* bir araçtır. Ancak rekabet hukukunda “pazar” tabiri tek başına pek kullanılmaz. Bunun yerine “ilgili pazar” deyimini kullanılmaktadır. İlgili pazarın biri “ürün” diğeri “mekân” olmak üzere iki boyutu vardır. Bunlardan ilkinde “ilgili ürün pazarı” ikincisine de “ilgili coğrafi pazar” denilmektedir. Teknik tanımıyla, “*ilgili ürün pazarı tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazardır.*” Coğrafi pazar ise “*teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hisseditir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölge*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁰

2. Kamusal Nitelikli Bir Hukuktur

Rekabetin korunmasının temelinde kamu yararı mülahazası yatar. Çünkü rekabet mahiyeti itibarıyla bir kamu malıdır (*public good*). Bireylerin can ve mal güvenliğinin sağlanması, temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşaması veya ülkenin dış ve iç tehditlere karşı korunması gibi hizmetler iktisadî anlamda nasıl “*kamu malı*” olarak nitelendiriliyorsa, rekabetin korunması da bunlar gibi bir kamu malıdır. Dolayısıyla rekabeti korumayı amaçlayan hukuk da kamusal nitelikte bir hukuk dalıdır. Çünkü rekabetin korunmadığı bir düzlemde piyasa

⁴⁰ İlgili Pazar kavramı hakkında ayrıntı için bkz. **Çetinkaya, Murat**, *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, RK Yayını, Ankara 2003.

ekonomisinin hayatiyetini sürdürmesi mümkün değildir. Rekabetin bozulduğu veya yok olduğu ekonomik düzende birey ve toplum büyük zarar görür. Bu sebeple rekabetin korunmasında büyük kamu yararı vardır.

Rekabet hukuku *kamu hukukuna* dahil kurallar içerir. Bu hukukun temelini Anayasanın 167 nci maddesi oluşturur. Bu maddede devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu 4054 sayılı yasayı ekonomik kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacıyla vazedmiştir. Yasada yer alan rekabet hukuku normlarının pek çoğu emredici ve yasaklayıcı hükümler içerir.

Mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğünü sınırlayan en ağır hükümler rekabet kanunlarında yer alır. Rekabet kanunların yasakladığı konulara ilişkin hukukî işlem ve eylemler kural olarak “otomatik geçersizlik” yaptırımına muhataptır. Temel insan haklarından olan ve anayasa ve uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmış bulunan, liberal ekonomik düzenin de olmazsa olmazlarından olan “özel mülkiyet”, “akit serbestisi” ve “girişim özgürlüğü” gibi temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabiliyor olması, rekabet hukukunun kamusal nitelikli bir hukuk olduğunun en önemli göstergelerindendir. Esasen rekabet hukuku bunun için vardır. Diğer bir ifadeyle, rekabet hukuku kuralları, mülkiyet hakkının, sözleşme serbestisinin ve girişim özgürlüğünün kamu yararı ve düzeni aleyhine kullanılmasına engel olmak için konulmuştur.

Rekabet normları kamu kudretini haiz otoritelerce uygulanır. Rekabet hukukunun kamusal olma niteliğinin bir göstergesi de bu hukuk kurallarının uygulanması için kamu gücünü kullanma yetkisini haiz özel kurumların oluşturulmasıdır. Nitekim ülkemizde rekabet hukuku normlarını uygulamak üzere özel olarak görevlendirilen ve yetkilendirilen bir idarî otorite mevcuttur. Bu otorite Rekabet Kurumudur. Kurum, rekabet ihlallerini denetler, gerektiğinde yasasında öngörülmüş özel idarî usullere göre yapacağı inceleme, araştırma ve soruşturmalar neticesinde ağır idarî para cezası şeklinde yaptırımlar uygular, ihlallerle ilgili ihtiyati veya yapısal nitelikte tedbirler alabilir. Rekabet hukuku kuralları ayrıca hem idarî hem de adli yargı mercilerine de hitap eder. Kurul kararları Danıştayın denetimine tabidir. Buna ilave olarak rekabet ihlallerinden dolayı zarara uğrayanlar, adli yargı mercilerine başvurarak tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptirler.

3. Ulusal Nitelikli Hukuktur

Rekabet kanunlarının uygulama alanı ait olduğu ülkenin coğrafi sınırlarından ibarettir. Bu sebeple rekabet hukukuna tabi ilişkilerin ülkeselliğinden söz edilebilir. İlişkilerin ülkeselliğinden kastımız, *rekabet hukukunu ilgilendiren hukukî işlem veya eylemler hangi ülkenin toprakları üzerinde etki doğuruyorsa, bu işlem ve eylemlere o ülkenin rekabet hukuku kurallarının uygulanmasıdır*. Rekabete aykırı bir işlem ve eylem birden fazla ülkeyi etkilemiş olsa bile, her devlet sadece kendi hükümler alanında gerçekleşen sonuç bakımından ilgili olaya kendi hukukunu uygulama yetkisine sahiptir. Mamafih 4054 sayılı Kanun hem ülke sınırları içinde faaliyet gösteren teşebbüslere, hem de yurt dışındaki teşebbüslerin Türkiye sınırları dahilinde bulunan pazarları etkileyen faaliyetlerine uygulanır (md. 2).

Ancak hemen belirtelim ki, rekabet hukuku, ülkelerin çoğu tarafından iç hukuk düzenlemeleriyle benimsenen temel ilkeleri itibarıyla, *küresel bir hukuk* haline gelmiştir. Bugün bir rekabet kanununa sahip ülke sayısının 100 rakamını aştığı ifade edilmektedir.⁴¹

Rekabet alanında henüz uluslararası bir hukukî düzenleme yoktur. Ancak OECD ve UNCTAD gibi kuruluşlar bu konuda çalışmalar yürütmektedir. Bu konuda en somut adımların DTÖ tarafından atıldığı görülmekte ise de, kayda değer ilerlemeler sağlanmasına rağmen DTÖ insiyatifinde yürütülen Doha Round (2004) görüşmelerinden henüz bir somut netice hasıl olmamıştır.

Uluslararası hukuk anlamında rekabete ilişkin ilk düzenlemeler TRIPS Anlaşmasında yer almıştır. Bu anlaşmanın 8/2 nci maddesinde, fikrî mülkiyet haklarının rekabete ve serbest ticarete aykırı kullanılması halinde üye ülkelerin uygun tedbirleri alabileceği hükme bağlanmıştır. Anlaşmanın 40 nci maddesi ise lisanslamayla ilgili olarak üye ülkelere bazı önlemler alınması konusunda yetki tanımaktadır. Fakat bu hükümlerin üye ülkeleri bağlayıcı niteliği yoktur, sadece ticaretle bağlantılı fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak rekabet hukukunu ilgilendiren bir düzenleme yapılırsa, bu düzenlemenin anlaşma hükümlerine aykırı olmamasını sağlanması amaçlanmıştır.

III. REKABET HUKUKUNUN TEMEL ESASLARI

Genel olarak rekabet hukuku üç temel esasa dayanır. Bunlar; (i) rekabeti bozucu işbirliklerinin yasaklanması, (ii) hâkim teşebbüslerin piyasa güçlerini istismar etmelerinin önlenmesi ve (iii) yoğunlaşmaların denetlenmesidir.

⁴¹ Whish, 1; Elhauge, Einer & Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007, sh. 53;

1. Rekabeti Bozucu İşbirliklerinin Yasaklanması

4054 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde, *amacı* rekabeti kısıtlayan, engelleyen veya bozan teşebbüsler arası her türlü anlaşmaların, işletme birliği kararlarının ve uyumlu eylemlerin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir. Bu anlaşma, karar ve eylemler sadece amaç bakımından yasaklanmamış, uygulandığında bu sonuçları doğurabilecek *potansiyele* sahipse, hukuka aykırı ve yasak mütalaa edilmiştir.

Teşebbüslerin rekabeti ihlal edici amaç ve etki doğuran ortak davranışları belli şartların varlığı halinde “hukuka uygun” mütalaa olunabilmektedir. Rekabet hukukunda “muafiyet” olarak adlandırılan bu hukuka uygunluk halleri Kanunumuzun 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; (a) malların üretim veya dağıtımıyla hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, (b) tüketicinin bundan yarar sağlaması, (c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, (d) rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmaması şartıyla teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilir. Rekabet Kurulu olay özelinde bu şartların varlığını inceleme konusu yaparak bireysel muafiyet verebileceği gibi, genel şartlarını ve çerçevesini önceden belirlediği belli anlaşmaları grup olarak da 4 üncü madde kapsamı dışında mütalaa edebilmektedir.

2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Yasaklanması

Hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder (md. 3). Bir teşebbüsün ilgili pazardaki arzın büyük bir kısmını sağlayacak potansiyele sahip olması, pazara giriş engelleri ve müşterilerin gücü gibi hususlar dikkate alınarak hâkim durumun var olup olmadığı belirlenir. Hemen belirtelim ki hukukumuza göre piyasada hâkim durumda olmak yasak değildir. Yasak ve hukuka aykırı olan bu gücün rekabete zarar verecek şekilde kötüye kullanılmasıdır.

3. Yoğunlaşmaların Denetimi

Rekabet hukukunun üçüncü ayağı “yoğunlaşma” olarak adlandırılan şirket birleşme ve devralmalarıdır. Yoğunlaşmanın bir rekabet politikası aracı olarak kontrol altına alınmasının amacı, iktisadî gücün rekabeti ortadan kaldıracak şekilde belli ellerde temerküz etmesini engellemektir. O nedenle

pazar ekonomilerinde şirket birleşme ve devralmalarına belli koşullar altında sınırlı olarak izin verilmektedir.

Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralma hukuka aykırıdır (md. 7).

Ancak her türlü birleşme ve devralma yasak değildir. Kanun ayrıca hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğinin Kurulun çıkaracağı tebliğlerle belirleneceğini hükme bağlamıştır. Kurul bu doğrultuda bir tebliğ yayımlayarak izin alınması gereken birleşme ve devralmaların neler olduğunu ilan etmiştir.

IV. REKABET HUKUKU - FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLİŞKİSİ

Fikrî mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku arasında öteden beri süregelen bir “kavga” bulunduğu, birbirine zıt menfaatleri himaye gayesi güttükleri için bu iki hukuk arasında “çatışmacı bir ilişki” mevcut olduğu söylenmiştir. Fikrî mülkiyet hakkının sahibine tek el niteliğinde haklar veya hâkim bir konum bahşetmiş olmasına karşın, rekabet hukukunun aksine bir misyonun savunucusu olması nedeniyle, ilk bakışta bu iddiaların haklı olduğu sonucuna varılabilir. Acaba gerçek de durum nedir?

Rekabet hukuku ile fikrî mülkiyet hukuku arasında bu iki hukuk sisteminin koruduğu menfaatlerin niteliğinden kaynaklanan mecburi bir ilişkinin bulunduğu söz edilebilir. Fikrî mülkiyet hukukunun koruyucu şemsiyesi altında olan bir menfaat, rekabet hukukunun yasaklı ilan ettiği bir dairenin içerisinde olabilmektedir. Fikrî mülkiyet hukuku özünde “bireysel menfaati” korumayı amaçlarken, rekabet hukuku “kamu yararını” korumayı hedeflemiştir. Bu yüzden fikrî mülkiyeti koruyan normlar ağırlıklı olarak “özel hukuk” karakteri taşıırken, rekabet normları bütünüyle “kamu hukuku” karakteri taşır. O yüzden bu iki hukuk alanında hiç değilse görünürde bir “çatışmacı ilişkinin bulunduğu” tezi savunulabilir.

Bununla beraber bu iki hukuk arasındaki etkileşimin her zaman *çatışmacı* olduğunu söylemek yanıltıcıdır. Özellikle son yarım asırdan beri rekabet hukuku ile fikrî mülkiyet hukuku arasındaki etkileşimin esasen menfi yönde olmadığı, tersine bu iki hukukun esas itibarıyla “aynı amaçlara hizmet

ettiği”, fikrî mülkiyet korumasıyla desteklenen ve fakat rekabet hukukuyla yasaklanmak istenen olguların netice itibarıyla “hem bireysel hem de toplumsal yararlar hizmet ettiği” görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır. Bu görüşün isabet derecesini tespit babında rekabet ve fikri mülkiyet hukuklarının “ayrıştıkları” ve “örtüşükleri” yönlerine biraz daha yakından bakılmasında yarar bulunmaktadır.

1. Ayrıştıkları Yönler

Fikrî mülkiyet hukukunun hak sahibine tekel niteliğinde haklar bahşetmeyi, en azından pazarda hâkim bir konum sağlamayı amaçladığı bir vakıadır. Fikrî mülkiyet hakkı sahibi hukuk düzeninin kendinse tanımış olduğu bu tür yetki ve konumdan yararlanarak, hak konusu üzerinde üçüncü kişilerin her türlü müdahalesine mani olabilme, onları hakkın konusunu oluşturan fikrî üründen yararlanmadan dışlayabilme (*excludability*) imkânına sahiptir.

Fikrî mülkiyet hakkı sahibi hukuk düzeninin sağladığı bu imkânlardan yararlanarak “rekabeti bozma, kısıtlama ve sınırlama gücüne” sahip olmaktadır. Meselâ yeni bir ilaç keşfeden kimsenin fikrî mülkiyet hakkının verdiği yetkilere dayanarak tekel kârı elde edecek şekilde davranması mümkündür. Bu gibi davranışlar rakipler ve tüketicilerin zarara uğramasına neden olabilir. Fikri mülkiyet hakkı sahipleri, diğer teşebbüslerle yapacakları anlaşma ve sözleşmelerle rakiplerinin piyasaya girmesini engelleyebilir veya piyasa dışına çıkmalarını sağlayabilirler. Keza hak sahiplerinin piyasaları kompartümanlara bölmesi de mümkündür. Bu yüzden fikrî mülkiyet hakları önemli bir “pazara giriş engeli” olarak değerlendirildiği gibi, bireysel çıkarlara büyük bir önem atfettikleri için “anti sosyal” haklar kategorisinde mütalaa edilmişlerdir.

Buna mukabil rekabet hukukunun amacı, piyasada rekabeti engelleyici ve zorlaştırıcı unsurları ortadan kaldırarak teşebbüsler arasında serbest bir yarışın gerçekleşmesini temin etmek, bu suretle kaynakların dağılımında ve kullanımında etkinlik sağlayarak, ekonomik büyüme ve gelişmeyi artırmaktır. Bu amaç doğrultusunda rekabet hukuku için tekel veya hâkim güç sahibi olmak, çok da hoşlanılacak bir konum ve durum değildir. Çünkü rekabet hukuku mümkün olduğunca çok aktörün serbest yarıya katılmasını arzular, bunun için piyasaya giriş engellerinin kaldırılması için gayret eder, rekabet için büyük risk taşıyan pazarların parsellenmesini ve müşterilerin paylaşılmasını hoş görmez. Rekabet hukuku bu yönüyle fikri mülkiyet hukuku ile tabir caizse “yan-yana değil” fakat “karşı-karşıya” bir konum sergilemektedir.

2. Örtüşükleri Yönler

Hukuk düzeni, yaratıcı düşünce gücünü kullanarak eserler meydana getiren, buluşlar yapan, sanayi, teknoloji ve diğer alanlarda yenilikler geliştiren kişinin bireysel menfaatini elbette korumuştur ve buna ihtiyaç vardır. Ancak,

fikrî mülkiyete tanınmış korumanın gerekçesi sadece bireysel menfaatin korunmasıyla açıklanamaz. Fikrî mülkiyet koruması, bilim, edebiyat, sanat ve teknoloji alanında “yeniliklerin devamının garantisi” gibi bir işleve sahiptir. Eğer fikrî mülkiyet hakkı sahibine meydana getirdiği eserden, buluştan, tasarımdan, elektronik çipten veya geliştirdiği yeni bitki çeşidinden makul bir yarar elde etme imkânı verilmemiş olsaydı, hiç kimse yeni bir eser, yeni bir buluş veya başka bir yeni ürün geliştirme ve üretme zahmetine katlanmazdı. Bunun sonucunda da teknoloji bilim ve teknoloji gelişmezdi, toplumlar kültürde ve sanatta bugünkü seviyelerinin çok daha gerisinde olurlardı.

O halde fikrî mülkiyetin korumasında kamu yararı da vardır; bu koruma toplumun iktisadî, sosyal ve kültürel yönden gelişmesinde “dinamik” bir role sahiptir. Kaldı ki fikrî mülkiyet koruması fizikî mülkiyet koruması gibi ebedî değildir. Fikrî mülkiyet haklarının sahibine bahşettiği hakları, muvakkat süreyle korunan, zorunlu lisans, bireysel ve kamusal mülahazalarla yaralanma serbestisi ve tükenme prensibi gibi istisnalarla “kayıt ve kontrol altına alınmış tekelleci veya bir hâkim durum” olarak tanımlamak mümkündür.

Bu sebeplerle fikri mülkiyet korumasını rekabet hukuku açısından menfi bir bakış açısıyla değerlendirmek gerekir. Zira rekabet hukuku piyasada serbest bir yarış ortamı oluşturarak en kaliteli mal ve hizmetlerin en ucuz şekilde üretilmesini ve en uygun fiyattan tüketiciye sunulması için çalışır. Rekabet hukukunun sağladığı serbest yarış ortamında teşebbüsler varlıklarını sürdürebilmek, yarışta en önde olabilmek için, tüketicilere en yeni, en kaliteli ve en ucuz ürünleri sunmak zorundadırlar. Bunun için de zaten kıt olan kaynakları en etkin şekilde kullanmaya mecburdurlar.

Kaynakları etkin kullanabilmenin yolunu bulmak ise, araştırma ve geliştirme çalışmalarına ağırlık verilmesiyle mümkündür. Bunun için rekabetçi piyasadaki teşebbüsler insan zekâsının yaratıcı gücünden istifade ile yeni eserler, yeni mal ve hizmetler, yeni üretim teknikleri geliştirmeye çalışacaklardır. Yeniye bulan, yapan, keşfeden teşebbüs öne geçeceği için, geride kalmak istemeyen diğer rakipler de aynı arayış içinde olacak, bu suretle dinamik bir yenilikçi ortam oluşacaktır. Eğer bu yarış neticesinde yeni bir buluş yapan ve tasarım geliştiren veya yeni bir eser ortaya koyan kişinin hakları hukuk düzenince sıkı bir şekilde korunmazsa, bu yolda en ufak çabası olmayan, yenilik için para ve emek sarfetmeyenler, başkalarının ortaya koyduğu üründen çıkar sağlamaya kalkacaktır. Yatırım yapan ve “alın ve akıl teri” döken teşebbüsler çabalarının karşılığını tam olarak alamayacakları için bir daha aynı zahmete katlanma gereği görmeyecektir. Bu durumda da rekabetten, ekonomik büyüme ve gelişmeden de söz etmek mümkün olmayacaktır. İşte bu noktada rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukukunun yardımına ihtiyacı vardır.

Sonuç olarak, fikrî mülkiyet hukuku ve politikası, rekabet hukuku ve politikasının ulaşmak istediği hedefe varmada “tamamlayıcı” bir işleve sahiptir. Bu sebeple, biz geçmişte olduğu gibi bu iki hukuk arasında bitmeyen bir “kavganın” değil mecburi bir “dayanışma”nın bulunduğu, bu iki hukuk alanının esas itibarıyla rekabetin korunması ve sürdürülmesi hususunda birbirini “tamamlayıcı” fonksiyonlar icra ettiği görüşündeyiz.

V. REKABET HUKUKUNUN FİKRİ MÜLKİYETE UYGULANMASI

Rekabet hukuku normlarının, fikrî mülkiyet hakkı sahipliğine, hakların kullanılmasına ve fikrî mülkiyet hukukundan kaynaklanan diğer ilişkiler üzerinde tesirler icra etmesine rekabet hukukunun fikrî mülkiyete uygulanması diyoruz. Rekabet hukukun fikri mülkiyete uygulanıp uygulanmayacağı konusunda önemli tartışmalar yapılmıştır. Fikri mülkiyet korumasının “*esbab-ı mucibesî*” bağlamında savunulan görüşe göre, fikri mülkiyet rekabet hukukun kapsamı dışında değerlendirilmeli, sözkonusu kurallar fikri mülkiyet uygulanmamalıdır. Aksi halde fikri mülkiyet korumasından beklenen hedefe varılamaz. Bu görüşün etkin olduğu ülkelerde rekabeti düzenleyen yasalarda açıkça fikri mülkiyetin bu yasaların kapsamında olmadığına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İsviçre bunun bir örneğini oluşturmaktadır.

Ancak günümüzde artık bu görüş tamamıyla terkedilmiş bulunmaktadır. Bugün tartışılan konu, rekabet hukukun fikri mülkiyete ne ölçüde ve hangi şartlarda uygulanacağı meselesidir. Biz bu bölümde önce, bazı yabancı hukuklar ve ülkemiz bakımından konunun ne şekilde ele alındığına temas edeceğiz, sonra da rekabet hukuku uygulaması bakımından fikrî mülkiyetin özellik arzeden yönlerine değineceğiz.

1. Konunun Yabancı Hukukta Ele Alınışı

Rekabet hukukunun fikri mülkiyete uygulanıp uygulanmayacağı bazı ülkelerde kanun hükümleri ile açıkça belirlenmişken, bazı ülkelerde konu uygulamanın genel akışına bırakılarak bir sonuca ulaşılması sağlanmıştır. Bu iki hukuk arasındaki ilişkiyi özel kanun hükümleri ile kurmaya çalışan ülkelere örnek olarak İsviçre, Almanya ve Kanada gösterilebilir. Türkiye’nin de içinde bulunduğu diğer bazı ülkeler ve Avrupa Topluluğu ise ikinci tarz çözümü benimsemişlerdir. Şimdi bu örneklere biraz daha yakından bakalım.

a) İsviçre Örneği

İsviçre gibi bazı Avrupa ülkelerinde rekabet hukukunu düzenleyen kanunlarda, söz konusu kanunların fikrî mülkiyet haklarını kapsamayacağına

ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.⁴² İsviçre’de 1962 yılında kabul edilen Kartel ve Benzeri Oluşumlar Hakkında Kanununun 23/2 nci maddesinde, “*fikrî ve sınaî hakların bu kanun kapsamı dışında*” olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.⁴³

1985 yılında kabul edilen Kartel ve Benzeri Oluşumlar Hakkında Kanunda da fikrî mülkiyet-rekabet hukukuna temas eden düzenlemelere yer verilmiştir. 1985 tarihli Kanun fikrî mülkiyet haklarını rekabet hukuku dışında tutmamış olmakla birlikte, hukuk düzenince tanınmış bulunan “*fikrî mülkiyet haklarının münhasıran uygulanmasının rekabet üzerine yaptığı etkilere rekabet hukukunun uygulanmayacağı*” hükmünü getirmiştir.

1995 yılında Topluluk hukukuna uyum istikametinde “Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamalarına Dair Kanun” adıyla yeni bir yasa benimsenmiştir. Bu kanuna göre fikrî mülkiyet hakkının varlığı başlı başına rekabet hukuku müdahalesini gerektirmez; ancak hakkın kötüye kullanılması suretiyle rekabet ihlal edilecek olursa, rekabet hukuku hükümleri uygulama alanı bulur.

b) Kanada Örneği

Kanada Rekabet Kanununun 32 nci maddesinde, fikrî mülkiyet haklarının muayyen tarzlarda kullanılması suretiyle rekabetin gereğinden fazla kısıtlanması veya ticaretin haksız yere sınırlanması halinde, Kanada Genel Savcısının talebi üzerine Federal Mahkemenin harekete geçmesine imkân tanınmaktadır. Ayrıca 21 Eylül 2001 tarihinde Kanada Rekabet Bürosu tarafından yayımlanan fikrî mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku ilişkisini düzenleyen bir de kılavuz bulunmaktadır. Bu kılavuz, ABD kılavuzundakilere benzer prensip ve açıklamalar içermektedir.

c) ABD Örneği

Bu ülkede rekabet hukuku-fikrî mülkiyet ilişkisini düzenleyen özel bir yasa hükmü yoktur. Bu konu uygulamada rekabet otoritelerince alınan karar ve içtihatlar doğrultusunda gelişmektedir. Bu doğrultuda Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından uygulamada takip edilecek yol ve yöntemleri tespit için 6 Nisan 1995 tarihinde Fikrî Mülkiyete İlişkin Antitröst Kılavuzu adıyla bir kılavuz yayımlanmıştır. Mezkûr Kılavuzda rekabet

⁴² Ayrıntı için bkz. **Özdemir Oktay, Saibe, Sınaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta, İstanbul 2002, 182 vd.

⁴³ Rekabetin Düzenlenmesine İlişkin Alman Kanununun § 20’de de gayri maddi varlıklardan doğan hakların rekabet hukuku kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmektedir. **Özdemir-Oktay**, 182.

hukukunun fikrî mülkiyete uygulanması bakımından göz önünde bulundurulması gerekenlere, bilhassa patent, telif hakları ve ticarî sır kapsamındaki hakların lisanslanması ile know-how lisanslarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Kılavuzda maddî mülkiyet konularına uygulanan antitröst kurallarının fikrî mülkiyete de uygulanması, hakların sahibine tek başına pazar gücü bahşetmediği, lisansların rekabetçi etkiler doğurması ve üretimin tamamlayıcı unsurlarının bir araya getirilmesine imkân vermesi temel ilkeler arasında sayılmaktadır. 1995 tarihli Birleşik Devletler Kılavuzunda benimsenen temel yaklaşım; *fikrî mülkiyet hakkı sahibinin kendi teknolojisi ile rekabet yaratmak gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığı; ancak bir lisans, lisansın bulunmadığı bir ilgili pazarda fiilen veya potansiyel olarak rakip durumda olan teşebbüsler arasındaki rekabete zarar veriyorsa müdahale zemininin oluşabileceği* şeklindedir.

d) AB Örneği

Topluluk hukukunda fikrî mülkiyet hakları üye ülkelerin düzenleme alanına terkedilmiştir. Rekabetin ve serbest dolaşımının önünde engel oluşturması halinde fikrî mülkiyet hakları Topluluk hukukunun müdahale alanına girmektedir. Söz konusu hakların tek başına varlığına (*existence*) müdahil olunmamakla birlikte, bu hakların kullanılması (*exercise*) Topluluk içindeki serbest ticareti etkilerse, Topluluk otoriteleri rekabet hukuku enstrümanıya bu alana müdahil olabilmektedir.

Adalet Divanı tarafından *Deutsche Grammophon-Metro* kararında “*Anlaşmanın getirdiği yasaklama, sınai ve ticarî mülkiyetle ilgili olarak üye ülkelerce tanınmış olan hakların varlığını etkilemese de, bu hakların kullanılması sözkonusu yasakların kapsamına girebilir*” şeklindeki ifadeyle hakların varlığı ve kullanılması doktrinine işaret olunmuştur.

Buna göre, fikrî mülkiyet haklarının kullanılması hakkın spesifik konusuna yani cevherine aitse rekabetin korunmasına ve serbest dolaşıma ilişkin kurallar müdahil olmazlar. Ancak uygulamada Topluluk kamusal menfaatleri ile bireysel menfaatler arasında bir denge tesis edilebilmesi için “orantılılık” ilkesinden yararlanılarak somut olay özelinde değerlendirme yapılması yoluna gidilmektedir.

2. Türk Hukukundaki Durum

Hemen ifade eddim ki, bu konuda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda İsviçre, Almanya ve Kanada örneklerinin aksine bir özel düzenleme yoktur. Ancak hemen ifade eddim ki, böyle bir hüküm içermemesi

4054 sayılı Kanunun fikrî mülkiyeti uygulama alanı dışında tuttuğu anlamına gelmez. Bunun başlıca gerekçeleri şu şekilde açıklanabilir:

(i) 4054 sayılı Kanunun amacı ve kapsamını belirleyen maddelerinde “mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet”ten veya “mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren teşebbüslerden” söz edilmektedir. O halde “fiziki mülkiyet-fikri mülkiyet” şeklinde bir ayırım yapılmadığına göre, Kanun “tüm mal ve hizmetlere” ve teşebbüslerin ülke sınırları dahilindeki ilgili pazarlarda gerçekleşen “her türlü işlem ve davranışlarına” uygulanacaktır.

(ii) İkincil mevzuatta (2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar, 2003/2 Araştırma – Geliştirme Anlaşmaları ve 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Grup Muafiyeti Tebliği) fikrî mülkiyet haklarına açıkça atıflar vardır. İkincil nitelikteki düzenlemeler, hukuk sistemimiz bakımından fikrî mülkiyet haklarının rekabet hukukunun uygulama alanı dışında mütalaa edilmediğini göstergesi sayılmalıdır.

(iii) Fikrî mülkiyete ilişkin özel kanunlarda rekabete atıflar açık atıflarda bulunmuş olup, bu kanunlardan bazılarının amaç maddelerinde “rekabetin sağlanması” veya “rekabet ortamının oluşturulması” gibi ifadeler yer verilmiştir. Örnek olarak; Entegre Devre Topografyalarıyla ilgili 5147 sayılı Kanunun 1 inci ve 37 nci maddeleri, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlarla ilgili KHK’nin 1 inci maddesi, 556 sayılı Markalarla ilgili KHK’nin 21/son maddesi, 551 sayılı Patentlerle ilgili KHK’nin 93 üncü maddesi gösterilebilir. Rekabet hukuku ile ilişkiler bakımından 5042 sayılı BÇK ile 5846 sayılı FSEK’te herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla beraber, fikrî mülkiyetin anılan türdeki koruma konuları rekabet hukuku uygulanmasından müstağni sayılamaz.

3. Fikri Mülkiyetin Rekabet Hukuku Uygulaması Bakımından Özellik Arzeden Yönleri

Fikrî mülkiyet hakları bakımından rekabet hukuku kurallarının uygulanmaması için bir neden olmadığını ifade etmiştik. Ancak, rekabet hukuku kurallarının fikrî mülkiyet alanında mutlak bir şekilde uygulanması, pratikte bu hakları bütünüyle veya kısmen anlamsız ve işlevsiz hale getirebilir. Böylece hukuk düzenlerinin fikrî mülkiyete ilişkin varlık ve değerler üzerindeki hakları ayrı kanunlarla düzenlemesinin de gerekçesi ortadan kalkmış olur. Oysa bu hakların eşya hukukuna ilişkin hakları düzenleyen kanunlar dışında özel olarak düzenlenmesi ve bu haklara ilişkin hukukî işlemler konusunda da genel hükümlerin yanında özel hükümler sevk edilmesi, fikrî mülkiyete konu varlık ve değerlerin fiziki mülkiyete göre arzetmiş oldukları nitelik farkından dolayıdır.

Bu itibarla rekabet hukuku normlarının geleneksel mal hizmet piyasalarında uygulandığı şekilde gayri maddî mallara ilişkin piyasalarda birebir uygulanması çoğu zaman mümkün olmaz. O halde rekabet hukuku uygulaması bakımından fikrî mülkiyetin arzettiği özellikler nelerdir? Rekabet hukuku uygulaması bakımından fikrî mülkiyetin özel önem arzeden yönlerini; ürünün özellikleri, hakkın niteliği ve ilgili pazarın yapısı bakımından ele almak mümkündür.

a) Fikrî mülkiyete konu ürünün özellikleri

Fikrî mülkiyet konu ürünler, eşya hukukuna tabi mal ve hizmetlere göre, tabîî, hukukî ve iktisadî bakımdan dikkate değer farklılıklara sahiptir. Fikrî ürünler insan düşüncesinin mahsulüdür, yani bilgiye dayalıdır, gayri maddî mallardan sayılırlar, somutlaştıkları eşyadan bağımsız varlıklardır, iktisadî anlamda *non-rival*, *non-excludable* ve *public* (kamusal) mallardandır, yüksek tedavül kabiliyetini (seyyaliyeti) haizdirler.

b) Fikrî mülkiyet hakkının nitelikleri

Fikrî mülkiyet hakları sahibine malî ve manevî haklar bahşeder. Tekel niteliğinde mutlak yetkiler içerir. Hakkın verdiği yetkiler geçici sürelidir. Hakların kamu yararı ve bireysel çıkarlar nedeniyle getirilen sınırları vardır. Bu haklar sadece ülke sınırları dahilinde korunur; ancak koruma standardı uluslararası düzeydedir. Fikrî mülkiyet hakları için yeknesak bir hukukî düzenleme yoktur; her bir koruma konusu için ayrı ve özel bir kanun vazedilmiştir.

c) Pazarın yapısı

Fikrî mülkiyete konu ürünlerin pazarları eşya hukukuna tabi yani maddî mal ve hizmet pazarlarına göre çok önemli yapısal farklılıklara sahiptir. İlgili pazarın hem ürün bakımından hem de coğrafi yönden şumulünü belirlemek zordur. Pazara giriş maliyetleri çok yüksek işlem maliyetleri düşük olabilmektedir. Pazara giriş için yüksek engeller vardır ve fakat giriş-çıkışlar çabuk gerçekleşebilmektedir. Şebeke etkisinin yaygın ve yüksek olduğu pazarlardır. Bir ürünün fiili endüstri standardı haline gelme olasılığı fazladır. Bu sebeplerden dolayı fikrî mülkiyete tabi mallara ilişkin ürün piyasalarında pazar gücünün ölçülmesinde geleneksel ekonomik analiz yöntemleri sağlıklı netice vermeyebilir. Dolayısıyla rekabet hukuku uygulaması bakımından bu tür pazarların arzettiği nevi şahsına münhasır özellikler gözden uzak tutulmamalıdır.

SONUÇ

Fikrî mülkiyet hakkı, fikrî nitelik taşıyan mesai sonucunda husule gelen ürün üzerinde, o ürünü meydana getiren kişiye, hukuk düzenince tanınmış menfaat ve yetkililerdir. Sahibine fikrî ürün üzerinde tanınmış yetkilerin bütününden oluşan fikrî mülkiyet hakkı, tıpkı eşya üzerindeki mülkiyet hakkı gibi, mutlak nitelik taşır. Bu yetkilerin, fikrî ürünü dilediği kullanma, ondan yaralanma ve onun üzerinde her türlü tasarrufta bulunmak gibi aktif bir yönü bulunduğu gibi, fikrî ürün üzerindeki haklara üçüncü kişilerce vaki müdahalelere engel olmak gibi pasif bir yönü de vardır. Fikrî mülkiyet hakkı sahibi müspet ve menfî yetkilerini kullanabilmek için herhangi bir kimsenin iznine, onayına ve yardımına ihtiyaç duymadığı gibi, hiç kimse onu bu yetkilerini kullanmaktan men edemez. Fikrî mülkiyet hakkının “mutlak hak” ve “inhisari nitelikte” olması bunu gerektirmektedir.

Rekabet hukuku ise, hem maddî mülkiyet hem de fikrî mülkiyet haklarının inhisari ve mutlak olma özelliklerinin toplumun ve üçüncü kişilerin menfaatleri üzerinde doğurabileceği mahzurları gidermek için vazolunmuş kuralların bütününden oluşur. Hukuk düzeni, bir taraftan kişilere maddî ve gayri maddî mallar üzerinde doğrudan doğruya mutlak bir hâkimiyet tanıırken, diğer taraftan da bu konunun diğer kişilerin ve toplumun zararına yol açabilecek sonuçlarına engel olmak üzere çeşitli sınırlamalar getirmiştir. İşte rekabet hukuku kuralları da hem maddî hem de gayri maddî mülkiyet haklarını toplum ve birey yararına sınırlandıran kurallardan oluşmaktadır.

Fikrî mülkiyet hukukuyla sağlanan koruma; sanatı, edebiyatı, bilimi, buluşu, yeniliği ve teknolojiyi teşvik eder. Hak sahiplerine sağlanan koruma sayesinde elde edilen sermaye birikimi serbest rekabet ortamında yeni teknolojiler ve yeni fikrî ürünler için yatırıma dönüşür. Rekabet hukukunun arzulanacağı da budur. Diğer yandan fikrî mülkiyet hakkı sahibine tanınmış hakların, hak veya lisans devirleri, teknoloji transferi gibi hukukî araçlarla kullanılması, tekniğin, yeniliğin, bilimin, sanatın ve edebiyatın yayınlaması sağlar. Fikrî mülkiyeti kullanma hakkı iktisap edenler yeni araç-gereç ve makineler üreterek, üretimde yeni metotları veya teknolojileri kullanarak, kendileri de yeni fikrî ürünler ortaya koyarak, genel ekonomide kaynakların tam istihdamına katkıda bulunmuş olurlar. Nihai tahlilde, rekabet hukuku ve politikasının ulaşmak istediği hedef ile fikrî mülkiyet hukuku vasıtasıyla ulaşılmak istenen hedefler aynıdır. O sebeple geçmişte olduğu gibi bu iki hukuk arasında bitmeyen bir “kavganın” değil, mecburi bir “dayanışmanın” bulunduğu, bu iki hukuk alanının esas itibarıyla rekabetin korunması ve sürdürülmesi hususunda birbirini “tamamlayıcı” fonksiyonlar icra ettiğini kabul etmek gerekir.

Bununla beraber amaçlanan hedeflere varılabilmesi bakımından rekabet hukuku kurallarının fikrî mülkiyet haklarına uygulanmasında şu hususların gözden uzak tutulmaması gerektiğini tekrar hatırlatmak isteriz:

(i) Her şeyden önce, fikrî mülkiyet hakkının başlı başına “mevcudiyeti” rekabet hukuku için bir müdahale sebebi teşkil etmez. Bu hakların “kullanılması” rekabet hukuku kurallarını ihlal niteliğini taşıyorsa rekabet hukuku için bir müdahale gerekçesi doğacağı bilinmelidir.

(ii) Fikrî mülkiyet haklarının amacına uygun olarak kullanılması halinde mümkün olduğu ölçüde müdahaleden kaçınılması uygun olacaktır. Ancak fikri mülkiyet hakkı açıkça rekabeti kısıtlamak, engellemek ve bozmak amacıyla kullanılıyorsa veya böyle bir amaçla tespit edilemese bile hakkın kullanılması ilgili pazardaki ekonomik kamu düzenini sarsacaksa, rekabet hukuku kurallarının uygulanması gerekecektir.

(iii) Müdahale gereği doğmuş ise, fikrî mülkiyetin tabîî, hukukî, iktisadî özellikleriyle, pazarın yapısı ve fikrî mülkiyet haklarının kendilerine özgü nitelikleri, ilgili mevzuatın koruma amaçları ve fikrî mülkiyet korumasının rekabetçi düzenin devamı açısından önemi dikkate alınarak müdahalenin ağırlık ve yoğunluk derecesi belirlenmelidir.

(iv) Rekabet hukukunun fikri mülkiyete tatbiki sürecinde genel geçer bir yaklaşım yerine, her olayı kendi özelinde inceleme ve değerlendirme yaklaşımı benimsenmeli, uygulamada bu iki hukuk alanının birbirini “tamamlayıcı” işlevini öne çıkaran yoruma öncelik verilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ateş**, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001
- Arı, Zekeriya**, “Coğrafi İşaretlerin Korunması” *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. II, İstanbul 2003
- Arkan, Sabih**, “Marka Hakkının Tüketilmesi” *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara 1999
- Arkan, Sabih**, *Markalar Hukuku*, C.I, Ankara 1997 ve C. II Ankara 1998
- Aslan, Adem**, *Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, İstanbul 2004
- Aslan, Yılmaz İ.**, *Rekabet Hukuku*, Bursa 2007
- Ateş, Mustafa**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003
- Ateş, Mustafa**, *Fikrî Hukukta Eser*, Turhan, Ankara 2007
- Ayiter, Nuşin**, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981
- Ayiter, Nuşin**, *İhtira Hukuku*, İstanbul 1968
- Blakeney, M.**, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Concise Guide to the TRIPs Agreement*, Sweet & Maxwell, London 1996
- Odman -Boztosun, Ayşe, N.**, *Islahçı Hakkı*, Ankara 2006
- Cornish, William R.**, *Intellectual Property*, 3.ed., Sweet & Maxwell, London 1999.
- Çetinkaya, Murat**, *İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler*, RK Yayını, Ankara 2003
- Drexl, Josef**, “What Role Intellectual Property Play in Promoting Competition and Development?” Submission at the Meeting held on 15 July 2008 in *UNCTAD Ad-hoc Expert Group on the Role of Competition Law and Policy in Promoting Growth and Development*, Geneva 2008
- Elhauge, Einer & Damien Geradin**, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007
- Erdem, Bahadır**, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmeler*, B. 2, İstanbul 2002
- Erel, Şafak N.**, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 2008

- Ertay, Şeref**, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Seçkin, Ankara 2005
- Gürkaynak, Gönenç**, *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat" Perspektifinden "Amaç" Tartışması*, RK Yayını, Ankara 2003
- Güven, Pelin**, *Rekabet Hukuku*, Ankara 2005
- Hirsch, E.**, *Hukûkî Bakımdan Fikrî Say, C. I, Nazari Esaslar, Sinaî Haklar (İhtira Beratları ve Sinaî Modeller)*, Çevr. V. Çernis, İstanbul 1942
- Hirsch, Ernst E.**, *Fikrî ve Sinaî Haklar*, Ankara 1948
- Hovenkamp, Herbert / Janis, Mark D., / Lemley, Mark A.**, *Intellectual Property and Antitrust*, Vol. 1, ASPEN Publishers, New York 2005
- İnan, Nurkut ve Mehmet B. Piker**, *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Ankara 2007
- Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel**, *Fikrî Mülkiyet Hukukun Esasları*, Ankara 2007
- Karahan, Sami**, *Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat*, Konya 19897
- Kaya, Aslan**, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi" *İHFM*, C. LV, S. 1-2
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, *Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar*, Ankara 2007
- Küçükerman, Önder**, *Endüstri Tasarımı-Endüstri İçin Ürün Tasarımı*, İstanbul 1996
- Landes, William M. & Posner, Richard A.**, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, England 2003
- Memiş, Tekin**, "İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukûkî Sorunlar" [*AÜHFD*, C. IV, 2000/1-2, 463 vd]
- Meran, Necati**, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara 2004
- Nomer, Füsün**, "İnternet Alan Adının (*Domain Name*) Hukûkî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayrırtedici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukûkî Sorunlar" *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul 2001, 395-418
- Noyan, Erdal**, *Marka Hukuku*, Ankara 2003

- Odman, N. Ayşe**, *Fikri Mülkiyet Hukuku ile rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliğin Teşvikindeki Rolü*, Ankara 2002
- Ortan, A. Necip**, *Avrupa Patent Sistemi*, C. 1 Ankara 1991, C. 2, Ankara 1992
- Ortan, A. Necip**, *İşçi Buluşları Hukuku*, İzmir 1987
- Ortan, A. Necip**, *Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 1979
- Özdemir-Oktay, Saibe**, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta, İstanbul 2002
- Öztan, Fırat**, *Fikir ve sanat Eserleri Hukuku*, Ankara 2008
- Samuelson, Paul A.**, “The Pure Theory of Public Expenditure” *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4, (November, 1954), pp. 387-389
- Sanlı, Kerem Cem**, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Ankara 2000.
- Saphiro, Robert & Pham, Nam**, *Economic Effects of Intellectual Property–Intensive Manufacturing in the United States*, July 2007
- Saraç, Tahir**, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Ankara 2003
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali**, *Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku–Tasarımlar*, C. III, Ankara 2008
- Suluk, Cahit**, *Tasarım Hukuku*, Ankara 2003
- Suthersanen, Uma**, *Design Law in Europe*, London 2000
- Şehirali, Feyzan H.**, *Patent Hakkının Korunması*, Ankara 1998
- Tekil, Müge**, “554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları” [*İHFM*, C. LV, 1997/4, 233-251]
- Tekinalp, Ünal**, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2005
- Tepleman, Lord Sydney**, “Intellectual Property” [*Journal of International Economic Law*, Vol. 1, 1998, s. 603 (Odman, Fikri Mülkiyet, sh. 61, dnt. 7’den)]
- Whish, Richard**, *Competition Law*, 5. Edition, Oxford 2007
- WIPO**, *Measuring the Economic System of IP Systems*, WIPO, 1997
- Yasaman, Hamdi ve diğerleri**, *Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi*, C. I ve II, İstanbul 2004

TÜRKİYE İÇİN NASIL BİR REKABET MEVZUATI VE UYGULAMASI? REKABET KURUMU İÇİN YENİ AÇILIMLAR

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

- I. Rekabet Politikasının Amacı
 - II. Türkiye'nin Rekabet Politikası Nasıl Belirlenmeli?
 - III. Türkiye Ekonomisinin Değerlendirmesi
 - A. Sermaye kıtlığı
 - B. Özel sektör ve KOBİ ağırlığı, düşük teknoloji ve fason ağırlıklı üretim
 - C. Sığ sermaye piyasaları, iyi yönetim (corporate governance) ilkelerinin eksikliği, konglomera aile şirketi yapısı
 - Ç. Uzmanlaşma eksikliği, teknolojik birikim yokluğu
 - D. Uluslararası tekel ve karteller
 - E. Bilgilendirme ve yönlendirme eksikliği
 - IV. Türk Rekabet Politikasına Yönelik Sanayi Politikası Perspektifli Yeni Açılımlar
 - V. Rekabet Kurumu'nun Öngörülen Yeni Açılımlar Çerçevesinde Rekabet Politikasını Özgün Şekilde Uygulayabilme Yetkinliğinin Değerlendirilmesi
 - VI. Temel Sorunlara Nasıl Çözümler Getirilebilir?
 - A. Uluslararası Kartellere ve Tekeller
 - B. Sermaye Kıtlığı
 - C. Konglomera Aile Şirketi Yapısı
 - Ç. Yaygın Oligopol Pazar Yapıları
 - D. Emek-yoğun, Düşük/Orta Teknoloji Ağırlıklı Üretim
 - E. Bilgilendirme ve Yönlendirme Eksikliği
- SONUÇ

GİRİŞ

Türkiye'nin onbeş yıllık rekabet düzenlemeleri ve uygulamaları serüvenini genel olarak değerlendirdiğimizde bir başarı öyküsünden söz edebiliriz. Tercihini serbest pazar düzeninden yana kullanan Türkiye'ye geç gelen rekabet mevzuatı, kendisi gibi 90'lı yıllarda bu tür mevzuata sahip olan diğer ülkelerinkiyle karşılaştırıldığında, yetkin bir rekabet otoritesinin elinde iyi uygulandı ve rekabet politikası Türkiye'de kendine sağlam bir yer edindi. Soruşturmalarda Kurul üyesinin görevlendirilmesinden kaynaklanan kriz bir kenara bırakılırsa oniki yıllık uygulama sürecinde esaslı bir sorun ile karşılaşmadığı kabul edilebilir.

Bu süreçte Rekabet Kurulu, ikincil düzenlemeleri yaparken ve karar alırken Avrupa Birliği rekabet mevzuatı ve uygulamasını sıkı bir şekilde izlemektedir. Mevcut rekabet politikası A.B.D. antitröst hukukunu da gözetmekle birlikte- Avrupa Birliği müktesebatı ve içtihadı odaklıdır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Rekabet Kanunu") hazırlanırken benimsenen Avrupa Birliği mevzuatını model alma yaklaşımının uygunluğu genel olarak kabul görmektedir; ancak şu anda gelinen noktada bu yaklaşımı aynen devam ettirmenin yerindeliğinin tartışmaya açılması gerektiği görüşündeyim. Avrupa Birliği, üniter yapıya sahip bir ülke değil, bölgesel bir birliktir. Dolayısıyla ilgili mevzuat ve uygulamalarda Avrupa Birliği pazarlarında rekabeti koruma amacıyla birlikte ulusal sınırların kaldırılarak iktisadi entegrasyonun sağlanması amacı güdülmektedir. Ayrıca Türkiye'deki pazarlar, Avrupa Birliği'ne nazaran daha sığ ve küçüktür. Gelişmekte olan ülkelerin genel sorunları; uluslararası kartellerle mücadelede siyasi güç eksikliği, oligopol pazar yapısı, uzmanlaşmamış, profesyonel ve şeffaf yönetilmeyen, emek yoğun, düşük teknoloji sektörlerine yatırım yapan, siyasi/bürokratik ilişkilerden rant (hiç emek harcamadan edinilen maddi kazanım) elde edebilen konglomera aile şirketlerinin pazar gücüne sahip olduğu bir iktisadi yapı, fason ağırlıklı üretim, yatırımcıların devlet tarafından bilgilendirilmemesi ve yönlendirilmemesi olguları Türkiye için de geçerlidir. Ülkemizin 2007-2013 yılları arasında "*istikrar içinde büyüyen, gelirini daha adil paylaşan, küresel ölçekte rekabet gücüne sahip, bilgi toplumuna dönüşen, AB'ye üyelik için uyum sürecini tamamlamış bir Türkiye*" vizyonu¹ göz önüne alındığında, mevcut iktisadi yapının bu vizyonu desteklemediği aşıkardır. Dolayısıyla vizyonu gerçekleştirmeye yönelik politikaların Türkiye'nin yukarıda tanımlanan iktisadi yapısını dikkate alacak şekilde Türkiye'nin ihtiyaçlarına göre biçimlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, Türkiye'deki iktisadi yapının öngörülen vizyona yönelik dönüştürülmesinde rekabet politikasının

¹ DPT, 2006, s. 3.

misyonu irdelenirken bize özgü bir rekabet politikasının ana hatları ortaya konmaktadır. Bu çerçevede sanayi politikası içerisinde rekabet politikasının konumu belirlenerek Rekabet Kurumu için yeni açılımlar öngörülmektedir.

I. Rekabet Politikasının Amacı

Çeşitli kaynaklarda “*rekabet politikasının rekabet hukuku uygulamasına yönelik politikaları içerebilecek şekilde dar bir anlamı olduğu gibi, genel olarak toplumsal refahı artırmak amacıyla piyasalardaki rekabet sürecini korumak ve geliştirmek yönündeki ekonomik politikaların bir parçası olarak geniş bir anlamı olduğu*” belirtilmiştir.²

Devlet Planlama Teşkilatı 9. Kalkınma Planı’nda rekabet politikasının hedefleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

“Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, hakim durumdaki teşebbüslerin bu durumlarını kötüye kullanmaya yönelik davranışları, rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralma işlemlerine karşı rekabet kuralları etkili bir biçimde uygulanacaktır. Tekel ve oligopol özelliği taşıyan sektörlerde fiyat hareketleri takip edilerek, rekabet karşıtı davranışlar caydırıcı bir biçimde cezalandırılacak, kamu alımlarında rekabeti bozucu davranışlar etkili bir şekilde soruşturulacak, toplumdaki rekabet kültürü geliştirilecektir. Genel iktisadi çıkara ilişkin hizmetlerin gerektirdiği durumlar dışında, rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemler veya düzenlemeler ortadan kaldırılacaktır.”³

Aktaş ise, iktisadi analizlerin iktisadi etkinlik hedefine ulaşmak için uygun araçlar teşkil ettiğini ve rekabet politikasının iktisadi etkinlik dışındaki hedeflere odaklanmaması gerektiğini şöyle açıklıyor:

“...son yıllarda, rekabet mevzuatlarının uygulanmasında iktisadi analizlere ağırlık verildiği ve hedef olarak iktisadi etkinlik ve tüketici menfaati amacının esas alındığı görülmektedir. İktisatçıların ve iktisadi düşüncenin hem rekabet otoritelerinde, hem de mahkemelerde ağırlığı gittikçe artmaktadır. İktisat teorisi, değerlendirme ve anlamayı sağlayarak, şeffaflığı kolaylaştırmaktadır. Bu yönüyle, verilecek yasal kararlara katkıda bulunmaktadır. Ancak, iktisadın da bir doğa bilimi olmadığı ve politikanın bir fonksiyonu olduğu ve bazı durumlarda, farklı değişkenlere farklı ağırlık verilerek, farklı bir sonuca ulaşılacağı şüphesi her zaman dile getirilmektedir. Buna rağmen, iktisat teorisinin bir disiplin olarak, şeffaflıkla birleştirildiğinde uygulamaya önemli katkılar yapacağı açıktır. İktisadi

² Örneğin bkz.: DPT, 2007-1, s. 45.

³ DPT, 2006, s. 66, 382. paragraf.

analizlerin katkısının, rekabet politikasının uygulanmasında daha büyük bir kesinlik ve tahmin edilebilirlik imkanı verdiği genel anlamıyla kabul edilmektedir. Zaten rekabet mevzuatı, hukuk ve iktisat prensiplerini beraberce kullanan bir disiplin olarak anılmaktadır.”⁴

“...rekabet politikası daha geniş manasıyla kamu menfaatinin hedeflerse, bu kamu menfaati kavramının neyi ifade edeceği de açık değildir. Kamu menfaati muğlak ve ifade edilmesi zor bir kavramdır. Kamu menfaatinin belirsiz oluşu, farklı ilgililer arasında ciddi ihtilaflara sebep olabilir. Rekabet politikası, eğer farklı menfaat gruplarına hizmet etmek isterse, politik sürece angaje olabilir.”⁵

Günümüzde rekabet politikasının kapsamına “pazarlarda rekabet ortamının sağlanması ve korunması”⁶ dışında amaçların ithalinin genel olarak benimsenmediği söylenebilir.⁷ Buna rağmen, açıkça dillendirilmese de ABD ve AB uygulamasına bakıldığında rekabet hukuku uygulamasında farklı amaçların göz önünde bulundurulduğu karar sayısı az değildir. Örneğin öğretide, politik etkenlerin A.B.D. antitröst uygulamalarını etkilediği ileri sürülmüştür.⁸ Yalnız

⁴ Aktaş, 2003, s. 37-38.

⁵ *Ibid.*, s. 38.

⁶ Motta, rekabet politikasını “pazardaki rekabetin topluma zararlı bir şekilde kısıtlanmamasını garanti alan politikalar ve düzenlemeler” şeklinde tanımlıyor ve bu tanımla ilgili şu açıklamayı yapıyor: “Bu tanım bazı kısıtlamaların mutlaka zararlı olmayacağı olasılığını kabul eder. Örneğin, bir üretici ile satıcı arasında diğer satıcıların rekabetini önleyici nitelikteki bazı anlaşmalar çoğunlukla iktisadi refahı artırır. Diğer yandan “topluma zararlı olan” kavramı açıklanmadığında bu tanımın içi boş kalmaktadır. Bu nedenle rekabet politikasının amaçlarının belirlenmesi gerekir. Bu kitabın 1.3. bölümünde rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin iktisadi refahı izlemeleri önerilmektedir. Bu durumda rekabet politikasını “pazardaki rekabetin iktisadi refaha aykırı bir şekilde kısıtlanmamasını garanti alan politikalar ve düzenlemeler” şeklinde tanımlamam gerekiyor. Bu demek değildir ki iktisadi refah dışındaki amaçlar veya kamusal politikalar önem taşımaz, sadece şunu ifade etmek istiyorum; eğer bir hükümet bu diğer amaçları gerçekleştirmek istiyorsa rekabet politikasını kullanmak yerine rekabeti mümkün olduğunca az zedeleyen başka politika araçları kullanılmalıdır.” Motta, 2004, s. 30.

⁷ Öğretide küçük ekonomilerin rekabet politikasıyla etkin rekabet dışındaki amaçlara ulaşma serbestlikleri bulunmadığı belirtilmiştir: “Halbuki küçük ekonomiler sadece bir efendiye, iktisadi etkinliğe hizmet etmeye çalışmalıdır; çünkü onlar büyük ekonomilere nazaran, iktisadi etkinliği daha geniş amaçlar için feda eden bir rekabet politikasını gütmek konusunda daha elverişsiz durumdadır.” (Gal, 2001, s. 1451)

⁸ “Analizimiz göstermektedir ki zaman içerisinde ABD antitrust uygulamalarında görülen güçlülük ve içerik değişkenliği için en iyi açıklama, ekonomi veya bürokrasi değil, siyasettir.” (Wood ve Anderson, 1993, s. 2); “ABD’de iktisadi ve sosyal şartlar

son yıllarda bu yaklaşımın değiştiği ve antitröst politikasına iktisadi analizi esas alan teknokrat yaklaşımın hakim olduğu ifade edilmektedir.⁹ Aynı şekilde, Avrupa Birliği'nde de rekabet politikasının amacı rekabetin korunması ile sınırlı değildir ve farklı amaçlar rekabet politikasına ithal edilegelmiştir.¹⁰

Türk rekabet hukukunda ise rekabet politikası ile ulaşılmak istenen hedef, rekabetin korunması şeklinde belirlenmiştir. Rekabet Kurumu, kendisini bu hedefle sınırlı gören rekabet otoritelerinden biri olarak değerlendirilebilir.¹¹

Bu noktada şu sorular akla gelmektedir: Türk rekabet politikasının rekabetin korunması hedefini salt ve mutlak şekilde benimsemesi ve rekabet hukuku mevzuatı ve uygulamasına bunu yansıtması Türkiye için uygun ve doğru mudur?

Bu sorunun yanıtını ararken rekabet hukukunun ilk ortaya çıktığı ABD ile bir karşılaştırma yapabiliriz. ABD antitröst politikasında mevcut yaklaşım şu şekilde ifade edilmektedir: “*Antitröst politikası demokrasiden teknokrasiye doğru evrimleşmiştir, artık popülist değildir ve popülist politikalarından soyutlanmıştır.*”¹² Acaba Türkiye’de de bu şekilde teknokrat bir yaklaşım mı benimsenmelidir, yoksa Türkiye için rekabet politikası bir değerler tartışmasına açılmalı mıdır? ABD’de şu anda benimsenen teknokrat yaklaşım 100 yıllık tecrübenin sonunda gelinen bir aşamadır, bu yaklaşımı bir anda kabullenmek Türkiye için uygun mudur? Sadece iktisadi analize mi odaklanmak gerekir? Bu kapsamda iktisadi analizi merkeze almak optimal rekabet politikasının anahtarı mıdır?

Montesquieu, ikiyüzelli yıl önce, başka toplumların yasalarının alınması (iktibas) ile ilgili şöyle yazmıştır:

rekabet hukuku ve politikasını belirleyebilmekte; yönetimlerin (başkanların) değişmesi de antitröst politikalarını etkileyebilmektedir.” (DPT, 2007-1, s. 8).

⁹ Crane, 2008.

¹⁰ “*Günümüzde AB’de rekabet hukuku ve politikasının iki temel amacının bulunduğu söylenebilir: etkin rekabetin sağlanması ve pazar bütünleşmesi. Bu amaçların yanında zaman zaman sosyal meselelerin de (kriz kartelleri, istihdam ve küçük ve orta ölçekli şirketlerin korunması gibi) dikkate alındığı belirtilmektedir.*” (DPT, 2007-1, s. 9); “*Rekabet hukuku ve politikasının bir başka aracı olan birleşme ve devralmaların kontrolüne ilişkin doğrudan bir hüküm Antlaşma’da yer almamıştır. Bu durum, Topluluğun ilk yıllarındaki endüstri politikasının bir yansımasıdır.*” (DPT, 2007-1, s. 68)

¹¹ “*...amaçların başında toplumsal refahın artırılması için iktisadi etkinliği artırmayı hedef alan bir rekabet hukuku politikasının oluşturulmasının ve uygulamasının sağlanması gelmektedir.*” (DPT, 2007-1, s. 77)

¹² Crane, 2008, s. 1188

“Ulusların siyasi ve medeni yasaları yapıldıkları halklara o derece uygun olmalı ki bir ulusun yasalarının diğerinkine uyması tamamen bir tesadüf teşkil etmelidir. Bu yasalar hükümetlerin doğasına ve ilkelerine, ülkenin iklimine, toprak verimliliğine, zenginliklerine, konumuna, vatandaşlarının asli uğraşlarına, dinlerine, eğilimlerine, nüfuslarına, ticaret alışkanlıklarına, huylarına ve adetlerine uymalıdır.”¹³

Montesqueiu'nun yaklaşımı, yabancı ülkelerin kendi rekabet politikalarına uygun şekilde oluşturdukları ve uyguladıkları rekabet mevzuatının benimsenmesi ile ilgili şu soruyu akla getirmektedir: Olabildiğince objektif iktisadi analiz yöntemlerinin geliştirilmiş olması ve serbest pazarın işleyiş prensiplerinin aynılığı, tüm ülkelerde aynı rekabet mevzuatının kabul edilmesini ve aynı şekilde uygulanmasını mı gerektirir?

Serbest pazar sisteminde tüm ülkelerin ulaşmak istediği sonuç aynıdır: tüketici refahı. Bu durumda mevzuat ve uygulamada benzerlikler olasıdır. Diğer yandan ülkelerin iktisadi, sosyopolitik ve jeopolitik durumları farklıdır. Dolayısıyla, öncelikle iktisadi durum olmak üzere bu farklı durumların dikkate alınarak hangi iktisadi hedeflere ulaşılmak istendiğinin tespiti ve rekabet politikasının ona göre saptanması gerekir. Ancak rekabet politikası bu şekilde belirlendikten sonra aynı veya benzer değerlendirme yöntemleri (iktisadi analiz açısından) uygulanabilir. Herhalde rekabet politikasının toplum tarafından benimsenmesi için politika belirleme tartışmalarının geniş bir tabana yayılarak yapılmasında büyük yarar vardır.

II. Türkiye'nin Rekabet Politikası Nasıl Belirlenmeli?

Genel olarak serbest pazar düzeninin geçerli olduğu tüm iktisadi sistemlerde rekabet politikasının gerekli olduğu söylenebilir. Özellikle kartellere ve tekellere karşı mücadelede rekabet politikasına ihtiyaç vardır. Gelişmekte olan ülkelerin rekabet politikası uygulamasının gerekli olup olmadığını tartışan eserlerde farklı gerekçelerle de olsa rekabet politikasının gerekliliği vurgulanmaktadır.¹⁴ Rekabetin korunmasının serbest pazarın düzgün işleyişi için

¹³ Montesquieu, 1748, Kitap I, Bölüm III.

¹⁴ “Öncelikle, ...birçok gelişmekte olan ülkenin önceden rekabet politikasına ihtiyacı olmasa da bugün çoğunun ihtiyaç duyduğu ileri sürülmektedir. Bu, kısmen halihazırda dünya ekonomilerini etkileyen birleşme dalgasının potansiyel refah azaltıcı etkilerinden dolaydır. Ayrıca gelişmekte olan ülkelerdeki önemli yapısal değişiklikler (liberalizasyon, özelleştirme) ayrıca rekabet politikası ihtiyacını vurgulamaktadır.” (Singh ve Dhumale 1999, s. 2); “Küçük ekonomilerde, uygun bir şekilde yapılandırılmış ve etkili bir şekilde uygulanan rekabet politikası büyük ekonomilerdekinden daha önemli bir rol oynayabilir. Pazarın görünmez eli küçük ekonomilerde çok daha zayıf bir kendini düzeltme eğilimine sahip olduğundan, uygun olmayan bir şekilde tasarlanan ve

olmazsa olmaz koşul teşkil ettiği kabul edildiğinde Türkiye için de rekabet politikasının gerekliliği aşikâr hale gelecektir. Bu durumda sorulması gereken ikinci soru Türkiye'nin benimseyeceği rekabet politikasının nasıl belirlenmesi gerektiğidir. Bazı yazarlar, gelişmekte olan ülkelerin benimseyeceği rekabet politikalarının gelişmiş ülkelere farklı olması gerektiğini ileri sürmektedir:

“İsrail giriş engelleriyle korunan fazlasıyla yoğunlaşmış pazarlardan müteşekkil küçük bir ekonomi olmasına rağmen, neredeyse tüm kararlar AB ve ABD mahkeme kararlarına ve literatüre dayanmaktaydı ve oralandaki ilkeler körçesine uygulanmaktaydı. Bu iki büyük ekonomi ile İsrail arasındaki pazar koşullarındaki farklılık nadiren dikkate alınmaktaydı. Bu durum temel iktisadi ilkelere aykırı görünüyordu: rekabet politikası rekabeti teşvik edici pazar koşullarını korumaya çalışır. Firmaların rekabet edip etmeyeceği ise fazlasıyla faaliyet gösterdikleri pazarın yapısının bir faktörüdür. Yapı ise pazarın doğal koşullarından –aslen yoğunlaşma derecesinden ve giriş engellerinin yüksekliğinden- büyük ölçüde etkilenir. Her ikisi de küçük ekonomilerde büyüklerde olduğundan daha yüksek düzeyde seyrettiğinden bu durumun rekabet hukukunun düzenlenmesinde ve uygulanmasında dikkate alınması gerekir...”¹⁵ “...Büyük ekonomilerin marjinal vakaları küçük ekonomiler için esaslı vakalardır. Ekonominin küçüklüğü büyüteç etkisi doğurur; özel pazar durumları aşırılıklar kural haline geldiği ölçüde önem kazanır. Bu nedenle, büyük pazarlara yönelik rekabet politikası paradigması, küçük ekonomilerin ihtiyaçlarını karşılayacak donanımına sahip değildir. Bu durum küçük ekonomilerin rekabet hukuklarının odaklarını pazarlarını etkin şekilde düzenlemek üzere değiştirmelerini gerektirir.”¹⁶ “İktisat teorisi, gelişmekte olan ülkeler açısından da, ABD ve İngiltere tarzı rekabet politikalarının uygun olmayacağını ima etmektedir. Bu sonuca varmak için önemli bir neden ABD gibi gelişmiş ülkelerdeki rekabet politikasının aslen kaynak dağılımında etkinliğe ve tüketiciler için daha düşük fiyatlara odaklanmış olmasıdır. Halbuki iktisadi gelişme açısından bakıldığında bu bakış açısı çok dar ve statiktir. Gelişmekte olan ülkelerin toplumlarının yaşam standardını yükseltmek için temel amaçlarından biri muhakkak verimliliğin uzun vadedeki artışının sağlanması olmalıdır. Bu dinamik etkinlik amacının güdülmesi, diğer unsurlarla birlikte yüksek oranlarda yatırım gerektirir. Bu ise özel sektör ekonomilerinde girişimcilerin yatırım eğilimlerinin teşvikini gerekli kılar. Halbuki rekabet

uygulanan rekabet düzenlemelerinin maliyeti kısa ve uzun vadede daha yüksek olabilir. (Gal, 2001, s. 1442).

¹⁵ Gal, 2003, Preface, vii-viii.

¹⁶ Gal, 2001, s. 1441-1442.

dolayısıyla karlar geçici süreyle de olsa çok düştüğünde özel sektörün bu eğilimi zayıflar.”¹⁷

Yukarıdaki alıntılarda bir ülkenin iktisadi gelişme düzeyine bağlı olarak şekillenen pazar yapısının rekabet politikasının belirlenmesinde kesinlikle dikkate alınması gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Bu gereklilik kabul edilirse Türkiye açısından şu sorular akla gelmektedir: Türkiye açısından bugüne kadar yapılageldiği üzere temel olarak Avrupa Birliği rekabet politikası ile paralellik mi gözetilmelidir? Gözetilmeli ise bu paralellığın düzeyi ne olmalıdır? Avrupa Birliği rekabet politikası Türkiye’ye ne ölçüde uygundur?

Rekabet Kanunu hazırlanırken hem yasaklanan davranışların tanımlanmasında hem usule ilişkin hükümlerde Avrupa Birliği rekabet mevzuatı esas alınmıştır. Avrupa Birliği rekabet mevzuatını iç hukukumuza aktarma yaklaşımı Rekabet Kurulu’nun çıkardığı ikincil düzenlemelere de yansımıştır. Yapılan ikincil düzenlemelerle¹⁸ Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı¹⁹ dikkate alındığında bu yaklaşımın sürdürüldüğü gözlemlenmektedir. Avrupa Birliği’ne üyelik müzakerelerine başlayan Türkiye’nin iç hukuk düzenlemelerini Avrupa Birliği düzenlemeleriyle uyumlaştırması yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu kapsamda rekabet mevzuatımızın oluşturulmasında ve değiştirilmesinde Avrupa Birliği rekabet düzenlemeleriyle uyumunun gözetilmesi gerekli görülebilir. Diğer yandan bu yaklaşımın Türkiye’nin rekabet politikasını belirlerken ana hedef olarak benimsenmesinin uygunluğu tartışılabilir. Diğer yandan, Türkiye’nin rekabet politikası belirlenirken pazar yapısının ve bu yapının aksaklıklarının sistemik bir bakış açısıyla ele alınması Türkiye’nin DPT Planı’nda belirlenen vizyona²⁰ ulaşmasına yüksek katkı sağlayabilir.

III. Türkiye Ekonomisinin Değerlendirmesi

Türkiye ekonomisinin rekabet politikasının belirlenmesi açısından önem taşıyan yapısal özellikleri ve sorunları aşağıdaki başlıklar altında ele alınabilir²¹:

¹⁷ Singh ve Dhumale, 1999, s. 11-12.

¹⁸ Örneğin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2008/2) ve Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/3).

¹⁹ Tasarı metni için bkz.: <http://www.basbakanlik.gov.tr>.

²⁰ Bkz. yuk. 1. dipnot.

²¹ Makalenin bu kısmında sadece başlıkları belirlemekle yetinerek, başlıkların açılımını, konuları sade şekilde açıklayan akademisyen ve işadamlarının ağızından ve kurumsal çalışmalardan aktarmayı tercih ettim.

A. Sermaye Kıtılığı

“Türk ekonomisinin geri kalmışlık dolayısıyla temel iktisadi karakteri, sermaye kıtlığıdır. Türkiye'nin geleceği sermaye faktörü piyasasında/mali sektörde yani bankalar sistemi ve mali piyasalarda yatmaktadır ki; bu piyasalar çok cılız ya da derinliği olmayan çocuk endüstriler bulduklarından, sermaye kıtlığı tüm ekonomiye damgasını vuran bir olgudur. İngiltere ve ABD, piyasa ekonomisi ve demokrasi içerisinde kalkınmaya öncülük etmelerini; parlamentolarına ve sırasıyla ‘City’ ve ‘Wall Street’e yani mali sektörlerine borçludurlar.”²²

B. Özel Sektör ve KOBİ Ağırlığı, Düşük Teknoloji ve Fason Ağırlıklı Üretim

“Günümüzde Türk sanayisi ağırlıklı olarak özel sektör faaliyetlerinden oluşmaktadır. İmalat sanayinde üretimin % 80’inden fazlası ve sabit sermaye yatırımlarının yaklaşık % 95’i özel sektör tarafından gerçekleştirilmektedir (DPT, 2003: 6)..Kamu yatırımları ağırlıklı olarak yenileme ve modernizasyon niteliklidir. Sanayi genel olarak önemli oranda KOBİ ağırlıklıdır. 2000 yılında, 250’ye kadar çalışanı olan KOBİ’ler tüm işletmelerin % 99,6’sını oluşturmuş, toplam istihdamda % 63,8, katma değerde ise % 36 paya sahip olmuştur.Sanayinin teknoloji üretim kapasitesi düşük düzeydedir. 2000 yılında imalat sanayinde düşük teknoloji ürünlerin üretimdeki payı Tablo 5’den görüldüğü gibi %72.2, ihracattaki payı ise %63.2’dir (DPT, 2003:7).”²³

“KOBİ’lere yönelik kredilerin azlığı ve bu kurumların dış sermayeye ulaşılabilmesinin çok sınırlı olması, bu firmaların özkaynak gereksinimini artırmaktadır. Kaldıraç etkisinden faydalanamayan firmalar yeteri kadar büyüyememekte ve ölçek ekonomisinin sağlayabileceği avantajları hayata geçirememektedirler.”²⁴

“Türk sanayii genel anlamda düşük ve orta düzey teknolojik altyapıları kullanmaktadır. Bunun başlıca sebebi de kurum içi ve kurum dışı araştırma geliştirme (AR-GE) çalışmalarının yeterli düzeyde olmamasıdır. Özellikle ileri teknolojide AR-GE çalışmaları son derece yetersizdir. Bu gibi alanlarda faaliyet gösteren KOBİ’lerin çok az sayıda olması ve kümelenmelerin zayıflığı ileri teknoloji kullanan şirketlerin yüksek katma değere ulaşabilmelerini engellemektedir.”²⁵

²² TİSK, 2002, Bölüm VIII: Mali Sektör ve Tasarruflar, “Ne Yapılmalıdır?”.

²³ Güney ve Akbay, 2008, s. 157.

²⁴ DPT, 2007-2, s. 54.

²⁵ Ibid. Bu sorunla ilgili, yakın tarihli bir toplantıda MÜSİAD Başkanı tekstil sektörü bağlamında şu sözleri sarfetmiştir: "...daralan piyasalarda fason ağırlıklı üretimi bir

C. Konglomera Aile Şirketi Yapısı, Sığ Sermaye Piyasaları, İyi Yönetişim (Corporate Governance) İlkelerinin Eksikliği

“...Konglomera, şirketlerin belirli bir holding bünyesinde birbirleriyle ilişkisi olmayan sektörlerde çalışmasını ifade eden bir yapı. İştirakler arası hissedarlıklar var.”²⁶

“Konglomera aile şirketleri bizim gibi gelişmekte olan ülkeler ve Asya ülkelerinde. Hangi faktörler açısından değerlendirme yaptığımıza bakarsak, önce sermaye piyasaları açısından. Anglo-Sakson tarafında büyük ve derin sermaye piyasaları var. Avrupa ve Japonya’da büyük ancak sığ sermaye piyasaları var. Aile şirketli hakimiyetli olan Asya ve bizim gibi gelişmekte olan ülkelerde küçük ve sığ piyasalar var. Dış finansman Anglo- Sakson’da borsada, banka odaklı kıta Avrupa’sında ve Japonya’da daha çok bankalardan, bizim tip ülkelerde ise gene bankalardan. Yatırımcı yapısına baktığımız zaman, dağınık hissedarları görüyoruz Anglo Sakson yapısında. Banka odaklı kıta Avrupası ve Japonya’da büyük ve güçlü bankaları ve şirketlerin önemli hissedarı olduğunu görüyoruz. Halbuki konglomera aile yapısına sahip şirketlerde ise, çoğunluğun aile grupları tarafından kontrol edildiğini görüyoruz.

Yatırımcı orientasyonu nedir? Yatırımcı orientasyonu Anglo-Sakson ülkelerinde portföy yönetimidir. Banka odaklı kıta Avrupası ve Japonya’da kontroldür. Konglomera aile şirketlerinde ise, kontrol amaçlıdır. Çatışan gruplar kimler? Hissedarlar ile üst yönetim hisse senetlerinin piyasası olan Anglo-Sakson ülkelerinde. Bankalarla üst yönetim arasında Avrupa’da ve Japonya’da. Büyük ve küçük hissedarlar arasında ise, gelişmekte olan ülkelerde. Yönetim Kurulu’nun rolü hisse senetli piyasası odaklı ülkelerde önemli, banka odaklı ülkelerde kısıtlı, bizim tip ülkelerde ise çok kısıtlı. Hissedar hakları kuvvetli, zayıf ve azınlık ve yabancı hissedarlar için zayıf olarak böyle bir mukayese yapmak mümkün. Dolayısıyla, buradan hareketle bizim gerçekçi bir kod sistemini ve belirli bir süre içerisinde ulaşmamız gereken merhaleleri belirleyerek hadiseyi değerlendirmek gerekiyor.

Türkiye’nin kendine özgü koşullarına dikkat etmek lazım. Türkiye’nin bir sermaye sıkıntısı var. Biraz evvel sermayenin niye gelmediğini ifade ettik. Gelişmiş ülkelerin aksine hisse senedi piyasası derin değil. Şirketler halka açık hisselerini satın alamıyorlar. Şirketlerde aile kontrolü var. Devlet yüksek faizle borçlandığı için kaynaklar oraya akıyor, atıl fonlar da sermaye piyasasına çekilemiyor. Bizim sermaye sıkıntısını aşmamız ve iktisadi refaha ulaşmamız

kenara bırakıp ileri teknoloji ile yüksek katma değerli ürünlerin oluşturulmasına özen göstermeliyiz" (Vardan, 2009).

²⁶ Berkman, 2003, s. 38.

için bunları gözden uzak tutmadan kuralları koymamız gerekiyor. Konglomera yapılarının da bugünden yarına değişmeyeceğini bilmemiz gerekiyor. Bu bir süre daha devam edecek. Tabii bunun çok kötü olduğunu da söylememek lazım.”²⁷

“Türk sanayiinin otofinansman yolunu tercih etmesinin temel nedeni, A.Ş.’lerin aslında aile şirketleri olmasıdır. Sosyal ahlakın ve hukukun pek geçerli olmadığı bir ülkede; iktisadi işbirliği veya ihtilafların çözümü için, geriye kalan tek kurum ailedir. Bu nedenle İMKB’ye kayıtlı özel sektör şirketlerinin, Batı’lı anlamda halka açık oldukları da söylenemez. Ayrıca bir aile şirketinin, ne kadar denetlenirse denetlensin, saydamlığı; ailenin ticari çıkarları ile sınırlıdır. Dolayısıyla hisse senetlerini alanlar; bu firmalara sahip olanların ortaklık anlayışına, kendilerini teslim etmektedirler.

Nitekim, borsaya kayıtlı bu aile işletmelerinin; çok küçük bir yüzdesinin halka açık bulunmaları nedeniyle bunların İMKB aracılığıyla devri de söz konusu olmadığından, piyasanın, mülkiyet hakları vasıtasıyla bu işletmelerin etkinliğini denetlemesi de mümkün değildir. Bu husus, Türk özel teşebbüsünün rekabet gücünü olumsuz etkileyen bir unsurdur.

Dahası, aile şirketleri sadece teşviklerden yararlanmak üzere yasal sınırlar içerisinde İMKB’ye girmekle birlikte, otofinansman dışındaki sermaye ihtiyaçlarını da, krediler ile banka sektöründen karşılamaktadırlar. Bu konuda özellikle holding bankacılığı, mali piyasalar ile sanayi arasında bir köprü görevi gördüğünden; İMKB’ye olan talebi düşürmektedir. İMKB’nin kamu kesimindeki rakibi nasıl Hazine ise; özel sektördeki rakibi de holding bankalarıdır.”²⁸

“Bazı ülkelerde ticari firmalar aynı zamanda büyük yerli bankalara sahiplerdir veya bu bankaları kontrol etmektedirler, böylece kendileri için iç kaynaklardan kolay finans olanakları yaratan konglomera yapılar oluşturmaktadırlar.”²⁹

Ç. Uzmanlaşma Eksikliği, Teknolojik Birikim Yokluğu

“İlişkili alanlara doğru çeşitlendirme, teknoloji ve pazar ile ilgili çeşitli yetkinlikler gerektirir. Dolayısıyla, gelişmekte olan ekonomilerde bu yetkinliklerin zayıflığı, firmaların birbiri ile ilişkili endüstrilerde sinerji yaratma fırsatlarını engellediğinden, birbiri ile ilişkisi olmayan sektörlerdeki fırsatları değerlendirme isteği, bu şartlar altında mantıksız bir seçenek olarak kabul

²⁷ Berkman, 2003, s. 42

²⁸ TİSK, 2002, Bölüm VIII: Mali Sektör ve Tasarruflar, “Ne Yapılmalıdır?”.

²⁹ Khemani, 2007, s. 11.

edilmez. Türkiye’de işletme gruplarının ilişkisiz çeşitlendirilmesi de bu genel çerçeveye oturtulabilir. Tezel’in (2000) belirttiği gibi Genç Cumhuriyet kurulduğunda her türlü kaynağı (insan gücü, sermaye, teknoloji) çok kıttı. Bu koşullar altında Türkiye’de de diğer gelişmekte olan ülkelerdeki gibi, büyüme ve yenilikçilik, gelişmiş ekonomilerdeki gibi yeni ürün grupları ve temel teknolojiler etrafında büyüyerek ve yeni alanlara yayılarak değil; yabancı teknolojiyi yerel pazarlarla birleştirmek yolu ile gerçekleşmiştir.”³⁰

“Türk girişimciler, politika değişikliklerinden kaynaklanan olanaklara, uzmanlaşmanın ve geçmiş tecrübelerin bulunup bulunmadığına bakmaksızın anında cevap verebilmek için birbirinden ilişkisiz alanlarda faaliyet göstermeye başlamışlardır. Bir başka deyişle, Buğra’ya göre (1995), siyasal kararlar ve gelişmeler, doğrudan veya dolaylı olarak, piyasaların gelişimini etkileyerek, işletmelerin stratejilerini belirlemelerinde önemli bir unsur olmuştur. Örneğin, yeni bir alanda faaliyet gösterme kararı çoğu zaman piyasalardan gelen sinyallerin değerlendirilmesiyle değil, devlet yetkililerinin öneri ve tavsiyeleri ışığında olmuştur.”³¹

“Kurucu lider özelliklerinin de ilişkisiz çeşitlendirme yoluyla büyüme stratejisine katkısının büyük olduğu görülür. Genellikle bu girişimcilerin amaçları, kısa zamanda normalin üstünde gelir elde etmek olduğundan, sanayinin sadece bir dalına uzun vadeli bağlanmaktan kaçınmışlardır. Yukarıda tartışılan ortamın özellikleri dâhilinde, tüm bunlar, ilişkisiz çeşitlendirmeyi teşvik edici ve sanayileşme alt yapısının sağlam kurulmasını engelleyici etkenler olarak ortaya çıkmaktadır. ...[y]eni gelişen ekonomilerde kişilerin bağlantıları ve yakın iş-hükümet ilişkileri, işletme gruplarına rekabet gücü sağlayan kaynaklar olarak gösterilmişlerdir. Gelişmekte olan ekonomilerdeki işletme grupları, girişimcilerin birbirleri ile ilişkisiz sektörlerde doğan yerel ve küresel bağlantıların getirdiği fırsatları değerlendirme isteği üzerine evrimsel bir şekilde gelişmiştir.”³²

“Artan rekabet ortamında, Türkiye’deki işletme gruplarının ilk hamle fırsatları tükendikçe, endüstriye özel pazar ve teknolojik yetkinliklerin rekabet avantajı yaratmaya başlaması bu gelişmelerin doğal bir sonucu olarak görülebilir. ...[B]irçok sektörde Hindistan ve Çin’in ucuz maliyetli ürünlerle Türkiye ve küresel pazarlarda egemen olması, Türkiye’deki işletme gruplarının

³⁰ Karaevli, 2008, s. 12.

³¹ *Ibid.*, s. 13.

³² *Ibid.*, 2008, s. 14.

artık maliyet avantajı ile rekabet edemeyeceklerini anlamalarına yol açan en önemli etkenlerden birisidir.”³³

D. Uluslararası Tekel ve Karteller

“Bu gibi koşulların (rekabetçi yapı ve serbest piyasa koşulları) oluşmasını etkileyen bir başka etken de uluslararası tekellerin hakim olduğu sektörlerle girmenin son derece zor olmasıdır. Özellikle ilaç ve bilişim teknolojileri gibi yüksek katma değerli sektörlerdeki uluslararası şirket hakimiyeti Türk sanayiini piyasanın dışında tutmaktadır.”³⁴

E. Bilgilendirme ve Yönlendirme Eksikliği

“Son dönemde verimliliği yüksek kimi sektörlerde üretimin artıyor olması yatırımcıların hangi sektörde değer zincirinin hangi halkasına yatırım yapmalarının daha verimli olacağı konusunda sahip oldukları malumatın neticesi olarak değil, yatırımcıların rekabet şartlarına kendi kendilerine verdikleri tepki sonucu ortaya çıkmaktadır. Esasen, rekabet gücü düşen sektörlerde bu denli yüksek sermaye stoğu ortaya çıkmasının sebebi de yatırımcılardaki bu malumat eksikliğidir.”³⁵

“Ancak bu malumat eksikliği ağır bir fatura yaratmaktadır. Esasen rekabet gücümüzü kaybettiğimiz geleneksel sektörlerde yoğun bir yatırım stoğu oluşması büyük ölçüde bu malumat eksikliğinden kaynaklanmaktadır. 1990’lı yıllarda, henüz Çin ve Hindistan rekabeti, Türkiye gibi orta gelir grubundaki ülkeler için özellikle emek-yoğun ve orta teknoloji-yoğun sektörlerde bir tehdit değilken, kamunun stratejik yönlendirmesiyle yerli/yabancı yatırımların bu sektörler yerine ileri teknoloji yoğun sektörlerle ve alanlara kaydırılmamış ve buna uygun AR-GE ve işgücü eğitimi programlarının uygulanmamış olması bugün Türk imalat sanayiinin rekabet gücündeki düşüşün başlıca nedenlerinden biridir. Bu nedenle, bugün imalat sanayii çok daha hızlı ve maliyetlerinin kısa sürede ödenmesi gereken bir dönüşüm ihtiyacıyla karşı karşıya bulunmaktadır.”³⁶

³³ *Ibid.*, s. 18.

³⁴ DPT, 2007-2, s. 54.

³⁵ DPT, 2007-2, s. 9.

³⁶ DPT, 2007-2, s. 48. Bu sorunla ilgili, yakın tarihli bir toplantıda MÜSİAD Tekstil ve Deri Sektör Kurulu Başkanı, tekstil sektörü bağlamında şu sözleri sarfetmiştir: “*İçinde bulunduğumuz sıkıntuların en aza indirilebilmesi için ileriye bakmamız ve rakiplerimizden farklı ve üstün olduğumuz ya da olabileceğimiz alanlara odaklanmamız gerekmektedir. Üstünlük sağlayabileceğimiz alanların başında ise katma değeri yüksek (ürünler) yer almaktadır... [s]ektörümüz, mevcut altyapısı ve bilgi birikimi ile bunu başaracak güçtedir. Yeter ki bizim önümüz açılsın, bize yol gösterilsin.*” (Sümer, 2009).

Yukarıda başlıklar altında gruplandırılarak alıntılarla açıklanan iktisadi panorama, rekabet politikası dâhil çeşitli iktisadi politikaların yetkinlikle uygulanmasıyla olumlu yönde değişebilir. Para, maliye ve dış ticaret politikasının³⁷ rekabet politikası ile kesiştiği alanların darlığı dolayısıyla, çalışmamda söz konusu politikaların rekabet politikası ile ilişkisini incelemedim. Hâlbuki sanayi politikası ile rekabet politikası, pazarda faaliyet gösteren firmaların davranışlarını doğrudan yönlendirmeleri dolayısıyla önemli ölçüde etkileşmektedir. Bu nedenle aralarındaki ilişkinin saptanmasında yarar vardır.

IV. Türk Rekabet Politikasına Yönelik, Sanayi Politikası Perspektifli Yeni Açılımlar

“Sanayi” kavramı ekonomide mal ve hizmet üretimi için genel olarak kullanılarak tarımsal üretimi ve hizmet üretimini kapsadığı gibi, bu kavramın kapsamı ürünlerin dağıtımını (ticaret) aşmasını da içerecek şekilde genişletilmektedir. Bu durumda modern ekonomilerde “sanayi” kavramı iktisadi faaliyetleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

Sanayi politikası ise, en geniş tanımıyla hükümetin sanayiye etkileyen kararlarıdır. Daha dar bir tanım verilirse, hükümetin sanayinin genel veya sektörel olarak gelişmesi amacıyla görece avantajlar sağlayarak ekonominin aktörlerini belirli sektörler, bölgelere veya faaliyetlere yönlendirmesi faaliyetidir.

Henüz Türkiye sanayi politikası alanında stratejik planlama çalışması yürütmemiştir; yani stratejik planlaması yapılmış bir sanayi politikamız yoktur. Hatta bu şekilde bir çalışmaya konu olabilecek nitelikte bütünleşmiş bir sanayi politikası dahi oluşturulamamıştır.³⁸ Bu durum rekabet politikası ile sanayi politikası arasındaki ilişkiye dair değerlendirme yapılmasını da

³⁷ Rekabet politikası ile Türkiye'nin fazla serbest hareket alanının kalmadığı dış ticaret politikası arasındaki ilişki bir kenara bırakılabilir. Sadece ticaret politikalarıyla (ticareti serbestleştirip gümrük duvarlarını indirerek) pazarlarda rekabetin sağlanabileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır; ancak günümüzde ticaret politikalarının tek başına sağlıklı rekabet ortamını sağlayamayacağı kabul edilmektedir: “Genel olarak uluslararası anlaşmalar bünyesinde serbest bir dış ticaret politikası uygulayan ülkemizde, spesifik piyasalar ya da sektörler bakımından dış ticaretle ilgili politikalar belirlenirken, rekabet politikasının da dikkate alınması gereği bulunmaktadır. Örneğin, ulusal düzeyde rekabetin yeterli olmadığı ve dış ticaret üzerinde kısıtlamaların bulunduğu piyasa ya da sektörlerde, diğer amaçlarla birlikte rekabet politikası çerçevesinde söz konusu kısıtlamaların azaltılması ya da kaldırılması gündeme getirilebilmelidir.” DPT, 2007-2, s. 62.

³⁸ Nitekim “*sanayide yerel farklılıklar ve yerel anlamda sanayi politikası olmaması*”, Türk sanayisinin zayıflıkları arasında sayılmıştır. (DPT, 2007-2, s. 56)

güçleştirmektedir.³⁹ Öncelikle, yukarıdaki dar tanım kapsamında yatırım, teknoloji ve bölgesel gelişme politikalarını içeren sanayi politikası ile rekabet politikası arasındaki olası çelişki noktaları sıralanabilir:

1. Rekabet politikası pazarlarda rekabet koşullarının sağlanmasıyla optimal kaynak dağılımının sağlanacağını ve yatırımların verimli alanlara kaydırılacağını öngörür; yatırım politikası ise devletin belirli sektörlere yatırım yapılmasını özendirmesine dair olabilir. Yani rekabet politikasının rekabeti koruyarak pazar koşullarına bırakmak istediği yatırım kararlarını, devlet, yatırım politikası gereği etkileyebilmektedir.
2. Aynı şekilde bölgesel gelişme politikası az gelişmiş bölgelere kaynak aktarılmasını ve bu bölgelerin sınaî açıdan kalkındırılmasını öngörür; hâlbuki rekabet politikası gereği, kaynakların tahsisi, rekabet koşullarının korunduğu pazarlara bırakılmalıdır.

Nitekim bu iki politika kapsamında sağlanan devlet yardımları açısından rekabet politikasının uygulanması gereği sıklıkla vurgulanmaktadır.

3. Teknoloji politikası, ar-ge gerçekleştirebilecek düzeyde büyük firmaların varlığını öngörebilir; ancak özellikle üretimde ve kaynak dağılımında etkinliği hedefleyen bir rekabet politikası bu büyüklükte firmaların oluşumuna olumsuz yaklaşabilir.⁴⁰

Diğer yandan, sanayi politikası araştırmaları alanında, sanayi politikası ile rekabet politikası arasındaki ilişkinin yeniden değerlendirilmesini gerektiren önemli gelişmeler olmaktadır: Bu yönde özellikle vurgulamak gerekir ki literatürde öngörülen ve önerilen yeni sanayi politikası, pazarlardaki rekabet ortamını esaslı ölçüde bozabilen teşvik temelli eski sanayi politikalarından

³⁹ Yaptığım araştırmalarda bu nitelikte bir politika belgesine veya doğrudan bu meseleyi Türkiye açısından irdeleyen bir çalışmaya rastlamadım. Sadece bir OECD raporunda rekabet politikasının diğer politikalarla ilişkisine genel olarak değiniliyor ve rekabet politikasının diğer politikalara nüfuz etmesi gerektiği vurgulanıyordu: “*Rekabet politikasının genel politika çerçevesine daha fazla entegre olması gerekmektedir.*” (OECD, 2002. s.46)

⁴⁰ İnovasyon için belirli ölçekte olmak zorunlu mu? Bunun bir zorunluluk olmadığını ileri sürenler var. Dinamik etkinliği doğrudan firma büyüklüğüne değil firma yönetimine bağlamak daha mı uygun? Artık inovasyonun her alanı için büyük yatırım gerekmiyor; örneğin yazılım... Özellikle mevcut teknolojiye erişim olanaklarının artmasıyla fazla kaynak gerektirmeyen küçük çaplı inovasyonu küçük firmaların da yapması olanağı doğdu. Mevcut yenilikleri geliştiren, iyileştiren faaliyetler de iktisadi gelişme için önem taşıyor.

farklılaşmaktadır.⁴¹ Yeni sanayi politikası uyarınca devlet artık yaptığı müdahalelerle kazananı ve kaybedeni belirlememelidir; yönlendirici, rasyonel davranışları teşvik edici ve denetleyici rol oynamalıdır.⁴² Literatürde yeni sanayi politikasının uygulanması için piyasa disiplininin gerekli olduğu da ifade edilmektedir. Dolayısıyla yeni sanayi politikasının işleyişi için pazarlardaki rekabet ortamının korunması gereklidir ve doğaldır ki rekabet politikası, öncelikle bu açıdan yeni sanayi politikasının esaslı bir unsurunu teşkil etmektedir.

Diğer yandan, piyasa disiplininin sağlanması gereklidir; ancak yeterli değildir. Bu olgu, Özhan tarafından şöyle ifade edilmiştir:

“Piyasanın iyi çalışmasıyla, piyasanın iyi çalışan kurumlarla disiplinli ve hedef-merkezli çalışması ayrı olgulardır. .. yapısal dönüşümler ile piyasanın iyi çalışması arasında doğrudan ve tekdüze bir ilişki bulunmamaktadır. Çok iyi bir araçla, bilmediğiniz bir adrese varamazsınız! Türkiye aracını yenilerken, gitmeyi planladığı adrese de bir an önce karar vermelidir. Özel sektörün tek başına yön tayin etmesi beklenmemelidir. Kamunun belli diyalog süreçleri içerisinde, riski özel sektörle paylaşarak adımlar attığı bir acil eylem planına ihtiyacımız var. Ancak bu şekilde stratejisi belirlenmiş bir oyun planıyla verimliliği artırabiliriz.”⁴³

Dolayısıyla Türkiye için de yeni sanayi politikasının benimseneceği varsayımıyla şunlar söylenebilir:

Her ne kadar günümüzde teşvik odaklı sanayi politikası araçları revaçta görünmese de gelişmiş ülkelerin dahi sanayi önceliklerini belirledikleri, belirli sektörleri veya faaliyetleri teşvik ettikleri⁴⁴ ve bu araçların akılcı şekilde

⁴¹ Rodrik, 2007; Özhan, 2008

⁴² Bu yeni anlayış Rodrik tarafından şöyle ifade edilmektedir: “Dünyada artık bir sanayi politikası olsun mu olmasın mı tartışması bitmiştir. Şu anda doğru bir sanayi politikasının nasıl olması gerektiğini tartışıyoruz. Sanayi politikası esasen bir diyalog sürecidir...Yeni sanayi politikası ise özel sektör ve kamu arasında işbirliği sağlayacak mekanizmaları oluşturmalıdır. Kamu, ekonomideki kısıt ve darboğazları özel sektörden öğrenmelidir. Özel sektör ise tıkanıklıkları aşmak için kendisini anlayacak bir kamuya ihtiyaç duyar...Esas olan devletin karlı yatırım alanları yaratıp özel sektörün bunlara yatırım yapmasını sağlamasıdır. Orta ve uzun vadede kendi ayakları üzerinde durabilecek ve duramayacak projeleri ayırt etmek için piyasa disiplini ve benzer yöntemlere ihtiyaç vardır.” (Rodrik, 2007)

⁴³ Özhan, 2008.

⁴⁴ Bu açıdan 1950-1973 arasındaki rekabet politikası ile endüstri politikasını bütünleştiren Japonya örneği ilginç görünmektedir. Koydukları ulusal hedefler, “sınai kalkınma ve gelişmiş ülkeleri yakalama, diğer kolektif değerlerin korunması, ölçek

kullanılabileceği göz önünde bulundurularak Türkiye için de bu araçlar tamamıyla dışlanmamalıdır. Türk sanayisinin yapısal değişiminin gerçekleştirilmesinde çeşitli sanayi politikası araçlarına farklı ölçülerde ve farklı dönemlerde ihtiyaç vardır. Bu durumda rekabet politikasının diğer sanayi politikalarla uyum içerisinde hayata geçirilmesi, temel payda olan tüketici refahı ekseninde yaratıcı çözümler geliştirilmesine bağlıdır. Mesele bu politikaları uygularken, rekabet politikasının özünü zedelemeyen, pazarlardaki rekabet ortamına en az zarar verecek şekilde hareket edebilmektir.⁴⁵

Rekabet politikası ile sanayi politikası arasında bir karşıtlık veya öncelik söz konusu değildir; bu politikalar birbirilerini tamamlarlar. Nitekim devlet yardımlarının denetiminin Rekabet Kurumuna bırakılacak olması da rekabet politikasının sanayi politikası kapsamındaki önemli rolünü vurgulamaktadır.⁴⁶ Rekabet politikası da sanayi politikası hedefleri dikkate alınarak uygulanmalıdır.⁴⁷

Rekabet politikası bizzat varlığıyla teşebbüslerin davranışları ile ilgili rasyonellik değerlendirmesi yapmalarına, profesyonelleşmelerine hizmet etmektedir. Örneğin bir başka teşebbüsü devralmak isteyen teşebbüs, belirli bir

ekonomisi, etkinliğin artırılması, kıt kaynakların en verimli şekilde kullanımı, uluslararası rekabet edebilirlik, verimlilik artışı, iş döngüsü stabilizasyonu, sınav düzenliliği ("industrial orderliness"), fiyat istikrarı ve iktisadi güvenlik" şeklinde ifade edilmiştir. (Okimoto, 1989, s. 12-13, Singh ve Dhumale, 1999'dan naklen, s. 10). Bu değerlerin hepsine veya bazılarına rekabeti koruyarak mı, rekabeti belirli gerekçelerle askıya alarak mı daha iyi ulaşılabileceği tartışılabilir. Aynı çalışmada (Singh, 1999), 1950-1973 arası Japonya çok yüksek bir büyüme hızı yakalamışken bu tarihlerden sonra ülkenin büyüme hızının düştüğü ve 90'lardaki krizden, söz konusu rekabeti kısıtlayan politikalar dolayısıyla daha geç çıktığı ifade ediliyor. Bu bağlamda, ülkeler hangi gelişmişlik düzeyinde olursa olsun rekabeti kısıtlamanın yararlı sonuçlar doğurmayacağı yolundaki görüş için bkz.: Philips, 2009.

⁴⁵ Rekabet Kurumu ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı arasında sanayi ve rekabet politikalarının gözden geçirilmesi ve uyumlu şekilde uygulanmasının sağlanması için kurumsal bir yapı, bir istişare konseyi oluşturulmasında büyük yarar olabilir.

⁴⁶ Devlet yardımları açısından "*simulated competition*" yaklaşımı benimsenebilir. Bu yaklaşım, teşebbüslerin, performanslarına göre elde edebilecekleri devlet yardımları için rekabet etmesini öngörür. (Singh, 1999, s. 10)

⁴⁷ "*Sanayi politikasının geliştirmekte olan ülkeler açısından önemi ve sanayi politikalarıyla rekabet politikalarının tutarlılığı göz önünde bulundurulmalıdır.*" (Singh, 1999, s. 10) Bu çerçevede Rekabet Kurulu'na rekabete aykırı idari işlem ve düzenlemelere karşı yargıya başvurma yetkisi tanımak olumlu karşılanabilir; ancak Kurul sanayi politikası hedeflerini benimseyerek bunlarla uyum içerisinde hareket etmelidir, bu yetkinin kullanımı Rekabet Kurulu ile diğer ilgili devlet kurumlarının uyguladığı sanayi politikası arasında uyumsuzluğa yol açmamalıdır.

konuda işbirliğine girmek isteyen teşebbüsler veya pazarda hâkim durumda olup da rakiplerine karşı belirli bir davranış sergileyen teşebbüs bu faaliyetleriyle ilgili, rekabet otoritesine makul açıklamalar yapmak zorundadır. Dolayısıyla rekabet politikası teşebbüsleri iyi yönetişime yönlendirmektedir⁴⁸:

Rekabet politikası ile sağlanması hedeflenen piyasa disiplini, ulaşılmak istenen sanayi politikası hedefleri için gerekli; ancak yeterli değildir. Sanayi politikası rekabet politikasının sınırını teşkil ediyor gibi görünebilir; ancak her iki politikanın aynı hedefe, yani toplumsal refaha yöneldiği unutulmamalıdır. Bu açıdan aralarında bir sınır ilişkisi değil, karşılıklı etkileşim söz konusu olmalıdır. Özel sektörü yönlendirecek temel çerçeve, bilgilendirme ve akılcı yönlendirme yoluyla sanayi politikası tarafından şekillendirilmeli ve rekabet politikası sanayi politikasının hayata geçirilmesine katkıda bulunmalıdır.⁴⁹ Türkiye’de bu katkı piyasa disiplini sağlamakla sınırlı kalmayabilir: Rekabet politikası, bilgilendirme, yönlendirme ve piyasalarda yapısal dönüşümleri sağlama gibi görevler üstlenebilir.

V. Rekabet Kurumu’nun Öngörülen Yeni Açılımlar Çerçevesinde Rekabet Politikasını Özgün Şekilde Uygulayabilme Yetkinliğinin Değerlendirilmesi

Rekabet Kurumu, yakın tarihli bir çalışmada Türkiye’de sanayi politikasından sorumlu kurumlar arasında sayılmıştır,⁵⁰ hakikaten Kurum,

⁴⁸ İyi yönetim için teşebbüslere ve devlete düşen karşılıklı rol ile ilgili *Berkman*’ın şu ifadeleri dikkat çekicidir: “İyi kurumsal yönetim için kaynak tahsisinin yatırımcılar ve kamu ile paylaşılan hedefler ve stratejiler doğrultusunda yapılması gerekir. Yani biz şeffaf ve saydam raporlama sistemimizde, eğer ana hedeflerimizi ve stratejilerimizi açıklıkla paylaşır ve buna uygun hareket edersek, o zaman yatırımcının güvenini kazanırız ve geleceğe yönelik olarak yatırımcının beklentilerinin cevabını vermiş oluruz...Nihai kararı piyasa veriyor ama düzenlemeyi piyasaya bırakırsak, sadece piyasanın düzenleme mekanizmalarına, sürekli krizlerle karşılaşmaktan kurtulamayız. Burada da *Shwan Taha*’yı referans göstereceğim. Yani kanun koyucunun dışını göstermesi lazım. Eğer dışını göstermezse o zaman piyasa mekanizmalarının bizi zaman zaman duvara çarptırmasını önleyemeyiz.” (Berkman, 2003, s. 42-43)

⁴⁹ Aslında yeni sanayi politikasının devlete biçtiği temel rolün on sene önce *Singh* tarafından da rekabet politikası bağlamında ortaya konulduğunu belirtmek gerekir: “Özel sektörün yatırım yapmaya eğilimli olması için kârların düzenli şekilde artması gerekir; bunun için hükümet yatırım kararlarının koordinasyonunu sağlamalıdır ve bu nedenle hükümetle iş dünyası arasında sıkı bir işbirliği olmalıdır.” (Singh, 1999, s. 10)

⁵⁰ “Türkiye’de sanayi politikasından sorumlu kurumlar; Sanayi ve Dış Ticaret Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB),

yukarıdaki bölümde açıklandığı üzere rekabet politikasının sanayi politikası ile sağlıklı bir etkileşim içerisinde uygulanması ve sanayi politikası hedeflerinin hayata geçirilmesine katkı sağlaması yolunda önemli rol üstlenebilir. Rekabet Kanunu'nun uygulanması gözetme görevi Kuruma tevdi edilmiştir.⁵¹ Dolayısıyla Kurum, öncelikle Rekabet Kanunu'nun uygulayıcısı olarak piyasa disiplininin sağlanmasına hizmet etmektedir. Yalnız Kurumun sanayi politikası hedeflerinin gerçekleşmesine katkısı bununla sınırlı kalmayabilir. Devletin özel sektörü bilgilendirmesi ve yönlendirmesinde de işlevsel rol oynayabilir.

Kurumun misyonu, yetkileri ve kurumsal yetkinliği değerlendirildiğinde kendisine bu rolün biçilmesinin hiç de afâki olmadığı ortaya çıkmaktadır. Öncelikle Kuruma yüklenen rekabet savunuculuğu misyonu⁵² çerçevesinde, sanayi politikası uygulamalarının pazarlardaki rekabet ortamını mümkün olduğunca az zedelemesi güvence altına alınmaktadır. Bunun ötesinde Kuruma halihazırda tanınan ve Kanun değişikliği ile tanınacak olan iki yetki, bilgilendirme ve yönlendirme işlevleri açısından kilit rol oynayabilir. Halihazırda Rekabet Kanunu'nun 14 ve 15. maddeleri, Kuruma önemli bilgi edinme olanakları sağlamaktadır. Diğer yandan sektör araştırmasının yasal zemini de Kanun değişikliği kapsamında öngörülmüştür.⁵³ Bu yetkiler sayesinde Kurum, bilgilendirme ve yönlendirme için gerekli bilgi altyapısını oluşturabilir. Kurumsal yetkinlik açısından değerlendirildiğinde Kurumun uzman ve uzman yardımcısı kadrosunun gıpta edilecek bir düzeyde olduğu rahatlıkla söylenebilir.⁵⁴ Genel olarak alandaki gelişmeleri çok iyi takip eden, akademik

Rekabet Kurumu ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı olarak sıralanabilir." (Güney ve Akbay, 2008, s. 158)

⁵¹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 20(1).

⁵² Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 27(g). Bu kapsamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda yeni m. 8 ile öngörülen rekabete aykırı idari işlem ve düzenlemelere karşı dava açma yetkisi de bahse değerdir.

⁵³ Yeni m. 30(c). Bu yetki Kanun'da yer almadığı halde Kurum çeşitli sektörlerde araştırma yaparak değerlendirmelerini kamuoyu ile paylaşmıştır: Örneğin akaryakıt sektörü raporu (??-atıf).

⁵⁴ Kurumun Kurul üyeleri ve yöneticileri açısından değerlendirilmesi gereken kritik unsurlar ise Kurumun yeterli düzeyde özerkliğe sahip olup olmadığı ve hesap verebilirlik (accountability) düzeyidir. Bu kapsamda Kurumun mali özerkliğinin yeterliliği, Kurulun oluşumunda Kurumun ağırlığı, Kurulun kendi başkanını seçme olasılığı gibi meseleler sorgulanabilir. Kanun Tasarısı ile getirilen ve Kurul üyelerinin görevden ayrıldıktan sonra iki yıl boyunca teşebbüs birliklerini idare ve yargı süreçlerinde temsil etmelerini yasaklayan düzenleme de hesap verebilirlik açısından yerindedir. Yine bu açıdan Kanun Tasarısı ile Kurul'un karar alma sürecinin daha sistemli ve şeffaf hale gelecek olması

çalışmalara ağırlık veren bu kadronun kendilerini mükemmelliğe ve işlerini en iyi şekilde yapmaya adanmış gözlemleniyor. Bu kaliteli insan kaynağının etkin şekilde örgütlenmesi ile Kurumun pazarlarla ve sektörlerle ilgili elde ettiği verileri derleyerek ve işleyerek kullanılabilir bilgiye dönüştürmesi pekala mümkün olabilir.⁵⁵

VI. Temel Sorunlara Nasıl Çözümler Getirilebilir?

A. Genel Yaklaşım

Öncelikle rekabet mevzuatının hazırlanmasında ve uygulanmasında Türkiye'nin henüz küçük bir ekonomiye sahip olduğu olgusu dikkate alınmalıdır. Bu olgunun dikkate alınması gerekliliği ve rekabet politikasına yansımaları aşağıdaki alıntılarda özlü şekilde ifade edilmiştir:

“Küçük ekonomilerle büyük olanlar arasındaki yoğunlaşmış pazar yapılarının sıklığı arasındaki fark hem küçük ekonomilerin yoğunlaşmış pazar yapılarıyla daha çok uğraşması hem de politika açısından farklı önkabul ve eşiklerin belirlenmesi gerektiği anlamına gelir.”⁵⁶

“Gelişmekte olan ülkelerin gelişme düzeylerine uygun yerel rekabet politikaları oluşturmaları önerilmektedir.”⁵⁷

“Statik (üretimde ve kaynak dağılımında etkinlik) yerine dinamik etkinlik temel rekabet politikası amacı olarak belirlenmelidir; uzun vadeli verimlilik artışı için azami rekabet yerine optimal rekabeti sağlamak gözetilmelidir. Bu çerçevede, rekabet ve işbirliğinin optimal bileşimi kavramı geliştirilmelidir.”⁵⁸

Hangi davranışların/yapıların ve hangi sektörlerin öncelikli incelemeye tabi tutulması gerektiğini saptamaya gelince, ilkin farklı politika belgelerinde vurgulanan hususlara göz atmak yararlı olabilir:

amaca uygundur. Diğer yandan, “*Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi konusunda alternatif ve uygulanabilir modellerin (ihtisas mahkemeleri gibi)*” tartışılması gereği de aşıkardır. (DPT, 2007-1, s. 43).

⁵⁵ Kurumun örgütsel etkinliğinin sağlanmasına Rekabet Kurumu'nun 2007 Yılı Faaliyet Raporu'nda da vurgu yapılıyor: “*Rekabet Kurumunun en önemli önceliklerinden birisi de; örgütsel etkinliğini geliştirici tedbirler almaktadır. Rekabet Kurumu örgütsel yapısı ve bu yapı içinde takip edilen iş süreçlerinin Kurumun temel politika hedefleri ve öncelikleri çerçevesinde ihtiyaç duyulan kapasite, dinamizm ve esnekliğe sahip olması önemli bir zorunluluktur.*” (Rekabet Kurumu, 2008, s. 14).

⁵⁶ Gal, 2001, s. 1444.

⁵⁷ Singh ve Dhumale, 1999, s. 10.

⁵⁸ Singh ve Dhumale, 1999, s. 9.

DPT 9. Kalkınma Planı'nda tekelleşme ve oligopol özelliği taşıyan sektörlerde fiyat hareketlerinin takibi, kamu alımlarında rekabetin korunması, rekabeti sınırlayıcı idari işlemlerin/düzenlemelerin ortadan kaldırılması gereği vurgulanıyor.⁵⁹

DPT Sanayi Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda belirli firmaların yüksek pazar gücüne sahip oldukları ve bu gücü çeşitli iktisadi giriş engelleriyle de destekledikleri pazarlara girişin kolaylaştırılması, imalat sanayiinde, özellikle dağıtım ağlarının önem taşıdığı faaliyet kollarında, pazar gücünden kaynaklanan giriş engellerinin azaltılması gerektiği belirtiliyor.⁶⁰

DPT Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda ise özellikle tüketicilerin günlük hayatta sıklıkla kullandıkları ürünlerin bulunduğu pazarlarda olmak üzere, kartellerle ve hakim durumdaki teşebbüslerin pazara yeni girişleri önlemeye yönelik davranışlarıyla mücadele öneriliyor.⁶¹

Son olarak, Rekabet Kurumu 2007 yılı Faaliyet Raporu'nda, en önemli öncelik kartellerle mücadele, bir diğer öncelik piyasa gücüne sahip teşebbüslerden kaynaklanan giriş engelleriyle mücadele şeklinde ifade ediliyor.⁶² Türkiye'deki ağırlıklı oligopol pazar yapısı dikkate alındığında giriş engellerine odaklanılması makul bir yaklaşım; bununla bağlantılı olarak bu yapının kartelleşmeye yatkınlığı ve kartellerin kısa vadede doğrudan tüketiciye verdiği zararlar dikkate alındığında kartellerin öncelikler arasında yer alması da uygun görülmelidir.

Diğer yandan, Dünyanın son krizle birlikte muhtemelen yeni bir birleşme dalgasının eşiğinde olduğu⁶³ da göz önünde bulundurulmalıdır. Birleşmelerin oligopol/tekelleşme pazar yapılarının oluşmasına ve bu yapıların kemikleşmesine yol açarlar. Böylece uzun vadede rekabet ortamı esaslı zarar görebilir. Henüz yoğunlaşmalar için Türkiye'ye uygun, yeterince nesnel ve etkili

⁵⁹ DPT, 2006, s. 66.

⁶⁰ DPT, 2007-2, s. 101, 250. paragraf.

⁶¹ DPT, 2007-1, s. 64.

⁶² Rekabet Kurumu, 2008, s. 14)

⁶³ "Altıncı birleşme dalgası 2003'te, önceki döngünün sona ermesini izleyen üç yıldan daha kısa bir süre önce başladı. Birleşme dalgaları gittikçe daha sıklıkla ve kısa aralarla gerçekleşiyor. Altıncı birleşme dalgası gerçek anlamda küresel ölçekte gerçekleşti ve stratejik uygunluğa ve birleşme sonrası entegrasyon meselelerine daha çok odaklanıldığı gözlemlendi. Bu dalganın yeni bin yılın başlarındaki iyi yönetim skandallarından ve bunların neden olduğu düzenlemelerden –özellikle ABD'deki Sarbanes-Oxley Kanunu- fazlasıyla etkilendiği söylenebilir." (Moeller ve Brady, 2007, s. 14)

değerlendirme ölçütleri geliştirilemediği dikkate alınarak yoğunlaşmaların da Kurumun öncelikleri arasında yer alması gerektiği ileri sürülebilir.⁶⁴

Sektörel öncelikler açısından ise DPT Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu ile Rekabet Kurumu Faaliyet Raporu arasında bir farklılaşma olduğu görülüyor:

İlk belgede özellikle tüketicilerin günlük hayatta sıklıkla kullandıkları ürünlerin bulunduğu pazarlara odaklanılacağı ifade ediliyor; ancak ikincisinde daha genel ifadeler kullanılıyor⁶⁵ ve özellikle fiyat katılığı olan sektörlerin tespitine ve ülke ekonomisinin alt yapısını oluşturan düzenlemeye tabi sektörlerle vurgu yapılıyor. Kanımca Faaliyet Raporu'ndaki yaklaşım daha uygundur; zira böyle bir yaklaşım rekabet politikasının ekonominin daha geniş bir kesimine etki etmesini ve iktisadi iyileşmeye daha çok katkı sağlanmasını mümkün kılar. Ayrıca aşağıda sermaye kıtlığına karşı alınacak önlemler kapsamında bahsedeceğim üzere finans sektöründe rekabetin sağlanması ve korunması da Türkiye'de rekabet politikasının öncelikleri arasında yer almalıdır.

Rekabet mevzuatı ve uygulamasına yönelik genel yönetsel önerilerim ise şöyle sıralanabilir:

Avrupa Birliği mevzuatı ile genel uyum halihazırda sağlanmıştır. İkincil düzenlemeler açısından birebir uyumun gözetilmesi zorunlu değildir; Avrupa Birliği de bunu dayatmamaktadır. Kurumun kendi tecrübelerine dayanan, Türkiye'nin sanayi yapısının özelliklerini dikkate alan açıklayıcı rehberler

⁶⁴ “Yoğunlaşma işlemleri bakımından mümkün olduğunca gerçek anlamda piyasada rekabeti tehdit eden yoğunlaşmalara ağırlık verilmesi, diğer yoğunlaşma işlemlerinin ise uygun mekanizmalar yoluyla kısa sürede sonuçlandırılması önemli bir önceliktir.” (Rekabet Kurumu, 2008, s. 15) Raporunda bahsedilen “uygun mekanizmalar” ile ilgili aklıma şu sorular gelmektedir: “Türk piyasalarında rekabeti tehdit eden yoğunlaşmaları” saptamaya yönelik etkili bir yöntem geliştirilmiş mi? Yoksa farklı bir yöntem geliştirmeye gerek yok mu? ABD ve AB’de uygulanan yöntemler bizim için de uygun mu?

⁶⁵ Rekabet Kurumu Faaliyet Raporu’nda uygulamadan beklenen yararların en iyi şekilde elde edilebilmesi için sektörel öncelikler belirlenmesinin kritik derecede önemli olduğu vurgulanmaktadır. (Rekabet Kurumu, 2008, s. 15). İşte burada rekabet politikası ile sanayi politikasının uyumlu şekilde belirlenmesi ve uygulanması gereği bir kere daha ortaya çıkmaktadır. Hangi sektörlerin ülke kalkınması için öncelikli olduğu ve bu sektörlerdeki rekabet durumu her iki politika kapsamında değerlendirilmesi gereken meselelerdir. Örneğin DPT Dokuzuncu Kalkınma Planı’nda aşı ve serum geliştirilmesinden bahsediliyor; bu alanda kaçınılmaz olarak uluslararası düzeyde hakim olan çok uluslu ilaç şirketlerinin faaliyetlerini ve olası rekabeti bozucu davranışlarını incelemek gerekecektir. Bu kapsamda rekabet politikası ile sanayi politikasının bir diğer olası kesişme noktası aşı/serum sektöründe faaliyet gösteren yenilikçi yerli firmalara nasıl yaklaşılacağı olacaktır.

hazırlamak uygulamada çok yararlı sonuçlar doğurabilir.⁶⁶ Bu rehberler bağlayıcı olmadıkları için hem Kurulun yapacağı değerlendirmelerde gerekli esnekliği sağlayabilirler hem de basit hazırlanmaları, örneklerle desteklenmeleri koşuluyla iş dünyasına yol gösterebilirler.

Kurumun önleyici faaliyetleri kapsamında, teşebbüslerin ilgili pazarlarda tek başına veya birlikte hakim durumda olduklarına dair bir deklarasyon mekanizması öngörülmesi düşünülebilir.⁶⁷

Yine kısa ve orta vadede gündeme gelmesi muhtemel rekabet politikası ile ilgili konularda “çekmece çalışması” yapmakta büyük yarar olabilir. Örneğin su sektöründeki veya demiryolu ulaşımındaki olası bir özelleştirmenin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair ön çalışmalar Kurumun, söz konusu özelleştirmelerle ilgili daha isabetli kararlar almalarına katkı sağlayabilir. Hem bu çalışmalar açısından hem de politika belgeleri ve mevzuat hazırlıklarında ilgili konularda uzmanlık tezi hazırlamış uzmanları çalışmalara dâhil etmek çok yararlı olabilir.

Son olarak, Kurum için bir Danışma Kurulu oluşturulması ve bu Kurula, akademisyenlerle birlikte başarılı emekli profesyonel yöneticilerin dahil edilmesi düşünülebilir.⁶⁸

B. Uluslararası Kartellere ve Tekellere Karşı

Türkiye'nin önündeki en elverişli yol bölgesel işbirliğinde liderlik olarak görünmektedir. Bu arada söz konusu kartel ve tekellere karşı mevzuatımızda öngörülen uyumlu eylem karinesi ve birlikte hakim durumun

⁶⁶ Nitekim DPT Rekabet Politikası ve Uygulamaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda kısmen AB'ye uyum gerekçesiyle de olsa rehber yayınlama yaklaşımı önerilmektedir: “Kurum mevcut saydamlık düzeyini artıracak önlemler almalı, AB ile uyum ve hukuki belirliliğin sağlanması açısından uygulamaya yönelik açıklayıcı rehberler çıkarmalı, Rekabet Kanunu'nu etkili ve caydırıcı biçimde uygularken teşebbüslerle uygun iletişim mekanizmaları geliştirip rekabete aykırı uygulamaların uzlaşma ve sulh yoluyla giderilmesi için gerekli adımları atmalıdır.” (DPT, 2007-1, s. 95-96); “Bu çerçevede, uygulamada şeffaflığın ve hukuki belirliliğin sağlanması bakımından, ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak verilen konularda, Kurum'un rehberler çıkararak uygulamaları konusunda teşebbüslere yol gösterici olması gerekmektedir.” (DPT, 2007-1, s. 65).

⁶⁷ Bu öneriyi yaparken Gal'in 2006 tarihli bir makalesinden esinlendim. Bkz.: Gal, 2006.

⁶⁸ İngiltere Adil Ticaret Komisyonu (*Office of Fair Trading*) Kurulu'nun yapısı bu açıdan ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Kurulun üyeleri “executive” ve “non-executive” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. “Non-executive” üyeler arasında akademisyenlerin yanında iş dünyasından isimler de yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: <http://www.of.gov.uk/about/structure/board/>

kötüye kullanılması düzenlemelerinin sağladığı olanaklardan etkin şekilde yararlanılabilir.

Bu kapsamda etki doktrini ile ilgili daha çok akademik çalışma yapılması gereği de aşikârdır.⁶⁹

Gal'in 2008 tarihli bir çalışmasında, uluslar arası kartellere karşı, yabancı mahkeme veya otorite kararlarının rekabet ihlalden etkilenen ülkede infazı olasılığı değerlendiriliyor.⁷⁰ Rekabet hukuku ve devletler özel hukuku bağlamında bu konuda çalışma yapılarak öneriye kanuni altyapı kazandırılması yolları araştırılabilir.

Aleyhlerine verilen kararın gereğini yerine getirmeyen teşebbüslere Türkiye pazarının kapanması etkili bir yaptırım teşkil edebilir. Bu yaptırım bölgesel işbirliği çerçevesinde uygulanabilirse esaslı ölçüde caydırıcı olabilir.

Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü nezdinde, bu uygulamaların serbest ticareti etkilediği ileri sürülerek bir hukuk mücadelesi başlatılabilir. Devletlerin ihracat kartellerini destekleyen düzenleme ve uygulamaları Dünya Ticaret Örgütü'ne şikayet edilebilir.

C. Sermaye Kıtılığına Karşı

Finans piyasalarında rekabetin sağlanması ve korunmasının Rekabet Kurumu için öncelik olarak belirlenmesi elzemdir.⁷¹

Bu kapsamda Rekabet Kurulu'nun aktif çalışmaları takdire şayandır.⁷² Bu çalışmaların artarak sürmesi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ile işbirliğinin kurumsallaştırılması sermaye kıtlığına karşı mücadelede önemli yol alınmasını sağlayabilir.

⁶⁹ Bu konuda Türkiye literatüründe yapılan en kapsamlı çalışma için bkz.: Erol, 2000. *Waller*, yakın tarihli bir ders kitabı çalışmasında ABD açısından antitröst hukukun ülke dışı uygulanmasına dair ilginç sorular gündeme getiriyor. Bu meseleler Türkiye'ye uygulanarak araştırılabilir; "Mahkemelerimizin davaya bakması için meselenin ne ölçüde ABD ile ilgili olması gerekiyor? Yargı yetkisinin doğduğunun kabulü için ABD (pazarları) üzerinde ne düzeyde bir etkinin varlığı gerekir? ABD dışında yerleşik teşebbüslerle ilgili bilgi/belge elde edilebilmesinin uygun yolu nedir? Yabancı bir davalının bilgi edinme aşamasında işbirliği yapmamasının uygun yaptırımları neler olabilir? Yabancı bir teşebbüse karşı verilen karar nasıl infaz edilebilir?" (*Waller*, 2007, Introduction, s. 3)

⁷⁰ *Gal*, 2008.

⁷¹ *Khemani*, 2007, s. 38.

⁷² *Rekabet Kurumu*, 2008, s. 95-96.

Bankacılık sektöründeki birleşmelerle ilgili öngörülen bir hayli yüksek eşiğin indirilmesi doğrultusunda rekabet savunuculuğu yapılabilir.⁷³

D. Konglomera Aile Şirketi Yapısı

Aile şirketi yapısında henüz pek olmasa da konglomera şirket yapısında değişiklik sinyalleri algılanmaya başlanmıştır, odaklanmaya ve kontrollü büyümeye doğru bir yönelimden söz edilebilir.⁷⁴

Bu yapının değişmesine rekabet politikası nasıl katkı sağlayabilir?

Öncelikle birleşme politikası kapsamında Türkiye'deki bu yapının göz önünde bulundurulması düşünülebilir. *Gal*, bu konuda küçük ekonomilerde özellikle dikkatli olunmasını önermektedir:

“Yine de küçük ekonomilerde yapısal önlemlerin etkin sonuçlar sağlayabileceği durumlarda bunların dikkate alınması gerekir. Hakim konglomeralar arasındaki çapraz hakimlik ilişkisi bu açıdan bir örnek teşkil edebilir. Yüksek düzeylerdeki toplam yoğunlaşma ve büyük pazar oyuncuları arasında karşılıklı bağımlılık küçük ekonomilerin karakteristik özelliğidir. Sonuç olarak, büyük oyuncular arasındaki ileride rekabeti azaltacak karşılıklı hakimiyet veya ortak girişimler daha geniş bir perspektifle ele alınmalıdır, bu kapsamda konglomeralar arasında rekabetin uzun vadede sekteye uğrayacak olması dikkate alınmalıdır. Bu durum, belirli uygulamalarla etkinlik artırılacak olsa dahi geçerlidir. Bu tür ortaklıklar, etkilenen tüm pazarlarda rekabet düzeyi üzerinde toplam bir negatif etki doğacak olması durumunda engellenmelidir. Maalesef, küçük ekonomilerin hepsinde bu ihtiyaç kavranılamamıştır.”⁷⁵

⁷³ Erdoğan ve Bilir, 2009.

⁷⁴ “Düşük rekabet gücü ve performans, bir firmada stratejik değişimin en etkin tetikçisi olarak dile getirilmiştir. Birçok sektörde Hindistan ve Çin'in ucuz maliyetli ürünlerle Türkiye ve küresel pazarlarda egemen olması, Türkiye'deki işletme gruplarının artık maliyet avantajı ile rekabet edemeyeceklerini anlamalarına yol açan en önemli etkenlerden birisidir...” (Karaevli, 2008, s. 18). “Bu gelişmeler de beraberinde, holdingleri daha verimli olmaya doğru yeniden yapılandırmaya iterken, daha az sermayenin bağlandığı perakendecilik gibi sektörlerin de birçok işletme grubu için odaklanılması cazip görülen iş alanları haline geldiğini ileri sürmek mümkündür... Dış çevrede yaşanan şok ya da krizler de, gelişmekte olan ekonomilerdeki işletme gruplarını odaklanmaya doğru iten başlıca etkenler arasında gösterilmiştir...” (Karaevli, 2008, s. 19). “Farklılaşma ve sürdürülebilir karlılık için odaklanma ve kontrollü büyümenin gerekliliği herkes tarafından paylaşılsa da, bunların nasıl gerçekleşeceği işletme grupları arasında farklılıklar göstermektedir.” (Karaevli, 2008, s. 25)

⁷⁵ Gal, 2001, s. 1468-1469.

Türkiye gibi küçük ekonomilerde, ABD ve AB uygulamasının aksine, devralmanın nedenlerini ilişkisiz sektörlerdeki devralmalarda da sıkı şekilde sorgulamak gerekiyor. Bu yaklaşım, teşebbüsleri uzmanlaşmaya ve odak daraltmaya yönlendirerek daha rekabetçi hale gelmelerine de katkı sağlayabilir.

ABD ve Avrupa Birliği'nde iktisadi etkinlik dışındaki amaçlar dahi yoğunlaşmaların kontrolünde dikkate alınırken⁷⁶, küçük ekonomilerde konglomera aile şirketlerinin işbirlikli faaliyetleri için özel denetim mekanizmalarının geliştirilerek uygulanması sıradışı veya rekabet politikasının amacına aykırı sayılmamalıdır. Kaldı ki bu faaliyetlerin uzun vadede iktisadi etkinliğe aykırı sonuçlar doğurması olasılığı yüksektir. Şirketlerin aynı yapıdaki ve yönelimdeki şirketlerle, ülkenin farklı pazarlarında, toplam güçlerine dayanarak rekabeti bozucu davranışlara girişmeleri ciddi bir sorundur.

Mevzuatımızın bu tür şirketler arasında belirli sektörlere girmeme konusunda uyumayı ("*live-and-let-live arrangements*") da inceleyecek şekilde düzenlenip düzenlenmediği araştırılmalıdır. Bu yolda özel düzenleme yapılması gerekebilir: Örneğin Kanun Değişikliği Tasarısı'nda yeni m. 7(2) "Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir mal veya hizmet piyasasında, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla veya başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır." denilmektedir. Acaba konglomera aile şirketi yapısı dikkate alınarak bu ifade, "Ülkenin tamamında ya da bir kısmında bir veya birden fazla mal veya hizmet piyasasında, tek başına ya da birlikte hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla veya başka bir suretle rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu veya tehlikesini doğuracak yoğunlaşma işlemleri yasaktır" şeklinde değiştirilebilir mi?

Bu meseleye yeni çıkarılacak Yoğunlaşma Tebliği'nde de değinilebilir ve değerlendirme ölçütleri geliştirilebilir. Bu kapsamda izne tabi birleşmeleri belirlemede ilgili ürün pazarındaki ciroyu değil yoğunlaşma işlemine giren teşebbüslerin toplam cirosunu dikkate almak gerekebilir.

Bu şirket yapısının pazarlarımızda oligopol yapıların ağırlıklı olmasıyla ilişkisi de araştırılabilir.

Diğer yandan giriş engellerine odaklanması bu yapıların davranışlarının etkin denetim altına alınması açısından yerindedir.⁷⁷ Belirli bir ilgili pazarda bu şirketlerin hakim durumu tespit edilemese de agresif yayılma

⁷⁶ Brunell, 2006; Stucke ve Grunes, 2009.

⁷⁷ Khemani, 2007, s. 25.

stratejileri ve bağlama etkisi doğuracak davranışlar için önlemler geliştirmenin uygunluğu araştırılabilir.

Bir diğer seçenek yoğunlaşmalara belirli taahhütlerle izin verilmesidir. Kanun değişikliği ile açık şekilde öngörülecek taahhüt mekanizması yaratıcı bir şekilde kullanılabilir; ancak bunun için bu tür şirketlerin yeni pazarlara girme sonrasında ne gibi davranışlar içine girdiklerinin araştırılmış olması ve bu öngörüyle taahhütlerin birleşmeden doğacak sakıncaları giderip gidermeyeceğinin belirlenmesinde yarar vardır.

Diğer yandan Kanun değişikliği ile getirilecek *de minimis* kuralı KOBİ'lere işbirliği konusunda daha serbest hareket imkanı sağlayabilir. Böylece KOBİ'lerin birlikte hareket etmelerinin ve pazardaki büyük aktörlere karşı rekabet güçlerini arttırmalarının önü açılabilir.

DPT Sanayi ÖİK Raporu'nda ve iktisadi kalkınmaya katkı sağlayacağı öngörülen ve özellikle KOBİ'ler için önem taşıyan bir diğer örgütlenme modeli de iş kümelenmesi ("clustering") dir. Tanım şöyle verilmektedir:

"İş kümeleri birbiriyle ilişkili işletmelerin ve kurumların belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması ile oluşur ve yarattıkları iktisadi değer oluşumuna katkıda bulunan sektör, kurum ve kuruluşların tamamını kapsar. İş kümeleri dağıtım kanallarına, müşterilere, birbirini tamamlayan ürünlerin üreticilerine kadar uzanır. Üniversiteler, standardizasyon kurumları, düşünce kuruluşları, mesleki eğitim kurumları, ticaret ve sanayi odaları gibi eğitim, bilgilendirme hizmetleri, araştırma ve teknik destek sağlayan kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar da iş kümelerinin aktörleri arasında yer alır."⁷⁸

Rekabet Kurumu proaktif bir yaklaşımla iş kümelenmesi ile ilgili, konuyu rekabet politikası açısından irdeleyen bir kılavuz çıkarabilir. Böylece hem bu konuda farkındalık yaratılabilir, hem de ilgili hukuki yapının oluşmasına katkıda bulunulabilir.

E. Oligopollere Karşı

Oligopol pazar yapılarının pek çok sektördeki yaygınlığı bu yapıların özel olarak ele alınmasını ve bunlarla ilgili özgün denetim yöntemleri geliştirilmesini gerekli kılıyor. Bu açıdan kartellere ve giriş engellerine öncelik verilecek olması son derece yerinde bir yaklaşımdır. Bu kapsamda uyumlu eylem karinesinin akılcı şekilde uygulanmasına yönelik çalışmalara devam edilmeli; ancak karine terkedilmemelidir. Teşebbüs birliklerinin

⁷⁸ "Rekabetçilik İçin Kümelenme Şart" (haber), <http://www.tumgazeteler.com/?a=4711083>, 20-02-2009 tarihli haber.

belirleyebilecekleri gündem konuları ve alamayacakları kararlara ilişkin bir kılavuz çıkarılmasında yarar vardır. Bununla bağlantılı olarak, fiyatın oluşması aşamasında teşebbüsler arasında bilgi değişimine izin verilmeyeceğine dair açık düzenleme yapılabilir. Yine oligopol pazarlarda hangi konumdaki firmaların (örneğin toplam x pazar payına sahip y sayıda teşebbüs) hangi tür davranışlarının giriş engeli teşkil edebileceğine dair araştırma yapılabilir ve kılavuz hazırlanabilir. Bu pazarlarda firma davranışları, fiyatın oluşum aşamaları özel olarak incelenmelidir.

Bu kapsamda Kurumun bir pazarın oligopol yapıda olduğunu tespit etmesi durumunda bu pazardaki büyük oyunculara “birlikte hakim durumda” buldukları yolunda bir bildirimde bulunması düşünülebilir.⁷⁹

Kârlı yatırım alanları konusunda devletin özel sektörü bilgilendirmesi ve yönlendirmesi özellikle oligopol pazarlar açısından önem taşıyor. Zaten aşırı kapasitenin söz konusu olduğu alanlara daha fazla yatırım yapılmaması bu yolla sağlanabilir. Diğer yandan, yine devletin yönlendirici işlevi kapsamında, oligopol pazarlardaki firmalar, fiyat ve pazar tespitine yönelik faaliyetlerden uzaklaştırılıp, yenilikte (inovasyonda) işbirliğine ve dış pazarlara yönlendirebilir, dış pazarlara yönelik birlikte hareketlerine müdahale edilmeyebilir.

Oligopol pazar yapısının yapısal tedbirler yoluyla değiştirilme olasılığı da değerlendirilebilir. Bu konuda *Gal*, oligopol pazarlarda ortaya çıkan aykırı teşebbüslere (industry mavericks) devletin destek sağlayarak bu yapıların destabilize edilebileceğini ileri sürüyor⁸⁰; ancak bunları doğrudan desteklemek yerine rekabet politikasını etkin şekilde uygulayıp giriş engellerini ortadan kaldırmak daha mantıklı bir seçenek olarak görünüyor.

F. Emek-Yoğun, Düşük-Orta Teknoloji Ağırlıklı Üretime Karşı

Bu aksaklıkla mücadele, bir ölçüde yukarıda irdelenen mevcut şirket ve pazar yapılarının değişmesine de bağlıdır; yani yukarıdaki iki sorunla mücadelenin kazanılması bu aksaklığın giderilmesine de önemli katkı sağlayabilir.

Uyumlu işletilecek rekabet ve sanayi politikası kapsamında performansa dayalı verilecek ar-ge teşviklerine rekabet politikası müdahale etmeyebilir.

⁷⁹ Karş.: Gal, 2006.

⁸⁰ Gal, 2000.

Yoğunlaşmalar değerlendirilirken birleşen veya devralınan teşebbüslerin teknolojik birikimine ve inovasyon geliştirme potansiyeline de önem vermek gerekiyor.

Bu açıdan teknoloji transferi ve ar-ge alanlarında kabul edilen grup muafiyeti tebliğlerinin amaca uygun düzenlendiği kanaatinde değilim. Tebliğler bu alanda Kurumun bilgi birikimine sahip olmasını önleyecek niteliktedir. Yeterince açık ve anlaşılır olmadıklarından bilgilendirme ve yönlendirme işlevini yerine getirmeleri zor görünüyor. Türkiye'nin ihtiyaçlarını dikkate alan, Kurum kararlarında ortaya konulan ilkeleri sentezleyen kılavuzlar hazırlanmasında yarar görüyorum.⁸¹

G. Bilgilendirme ve Yönlendirme Eksikliğine Karşı

“Birincisi (stratejik koordinasyonun birinci bileşeni), Türk sanayicilerinin, faaliyet gösterdikleri sektörün küresel değer zincirinin hangi kısımlarına ne şekilde entegre olmaları gerektiği ve değer zincirinin ne kadar geniş bir halkasına yatırım yapmalarının verimli olacağı hakkında tek başlarına edinemeyecekleri malumatın özel sektöre aktarılmasıdır...

Malumat toplanması ve analize dayalı yönlendirmenin yapılabilmesi için özel sektör ve kamu arasında etkin işleyecek diyalog mekanizmaları gereklidir. Zira kamunun şirketlerin içinde buldukları koşulları şirketlerden daha iyi bilmesi söz konusu değildir. Ancak şirketler de tek tek ekonominin genelindeki koşullar hakkında net bilgilere sahip bulunmamaktadırlar, çünkü ekonomideki tüm şirketlerin içinde bulunduğu koşullara ilişkin bilgi sahibi olmak tek bir şirket için büyük maliyetler gerektirmektedir. Dolayısıyla, kurulacak diyalog mekanizması kamunun özel sektördeki oyuncuların topladığı bilgileri kullanarak şirketleri yönlendirmesini sağlayacaktır. Bu diyalog mekanizmasının kurumsallaşması, sanayi politikasını statik bir çerçeve yerine değişen koşullara göre yenilenen dinamik bir çerçeve haline getirecektir.” (DPT Sanayi ÖİK, s. 11)

Rekabet Kurumu malumat toplama işlevinin yerine getirilmesinde çok önemli bir rol üstlenebilir. Zira tüm pazarları gözetleme, sektör analizi yapma, kamudan ve özel sektörden bilgi talep etme yetkisine sahiptir.

⁸¹ Örneğin lisans alanın geliştirdiği teknoloji üzerinde lisans verene lisans hakkı tanımakla yükümlü tutulmasına dair hükmün muafiyet kapsamına alınması bizim ekonomimiz için uygun mu? Bu makaleyi gözden geçirirken Rekabet Kurulu tarafından “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5 inci Maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına dair Kılavuz” yayımlandı. (Yayın tarihi: 18.08.2009) Bu kılavuzun yukarıdaki nitelemeye uygun olup olmadığı konusundaki değerlendirmemi bir başka çalışmaya bırakıyorum.

Rekabet Kurumu 2007 yılı Faaliyet Raporu'nda, Rekabet Kurumu'nun bilgiye ulaşma olanaklarının daha da geliştirilmesine dair hedefler konulmuştur

“Önceliklerin hayata geçirilmesi bakımından bilgiye ulaşma kanallarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi bir diğer önemli adımı oluşturmaktadır. Bu noktada, özellikle fiyat katılığı olan sektörlerin tespiti ve bunlara yönelik tedbirlerin geliştirilmesi için Merkez Bankası ile yakın bir işbirliği tesis edilmesi, kamu kaynağı kullanılan ihalelerdeki rekabet ihlallerini tespit etmeye yönelik olarak Kamu İhale Kurumu ile yakın bir işbirliğine gidilmesi, TÜİK ve DPT gibi sektörleri yakından takip eden kurumlar ile uygun bilgi alışverişi sağlanmasına imkan verecek mekanizmaların geliştirilmesi hedeflenmektedir. Ayrıca doğrudan sektör içi aktörlerden ve onların birliklerinden elde edilecek olan bilgilerle sektörlerin takip edilmesi bir diğer önemli faaliyet olacaktır.”⁸²

Bu açıdan Kanun değişikliği Tasarısı'nda öngörülen yeni 14. madde düzenlemesi,⁸³ Rekabet Kurumu'nun bilgiye ulaşma olanaklarını artıracığı ve elini güçlendireceği için son derece yerindedir.

Şu anda şirketlerin işbirlikel faaliyetleri hakkında bildirimde bulunmalarını öngören başlıca sistem, rekabet mevzuatı ile öngörülen sistemdir. Bu sistem, özel sektörü bilgilendirme ve yönlendirme amacı doğrultusunda etkin şekilde kullanılabilir. Bu bağlamda anlaşmalar için bildirim zorunluluğunu kaldırmanın iyi olup olmadığı tartışılabilir. Belki bir alt birim bildirilen anlaşmaları baştan bir elemeye tabi tutarak, ancak hepsini bir veri tabanına dâhil ederek filtre görevi görebilirdi. Yine bu bağlamda grup muafiyeti yerine kılavuz sisteminin kabul edilmesi Kurum'un daha geniş bir bilgi havuzuna sahip olması için yararlı olabilir.

Rekabet Kurumu için öngörülen bu yeni açılım –bilgilendirme açılımı– çerçevesinde Kurum içerisinde bilgi toplama, tasnif ve işlemlerini gerçekleştirecek bir birim kurulabilir. Kesilen cezaların önemli bir kısmı bu birime tahsis edilebilir. Böyle bir yaklaşım Kurumun iş dünyası gözündeki algısına da önemli katkı sağlayabilir.

⁸² Rekabet Kurumu, 2008, s. 15.

⁸³ Yeni düzenleme uyarınca, “İstenen bilgi ve belgenin belirlenen süre içinde verilmesi zorunludur. Devlet sırrı niteliği taşıyan bilgi ve belgeler hariç olmak üzere, özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümleri ileri sürülerek bilgi ve belge vermekten imtina edilemez.”

Sonuç

Türkiye için en uygun rekabet politikasının belirlenmesi, bu politikanın bağımsız şekilde araştırılmasına bağlıdır. Bu açıdan, Avrupa Birliği mevzuatı ve uygulamalarına uyumun gözetilmesi Avrupa Birliği üyelik sürecinde gerekli ise de yeterli görünmemektedir. Türkiye'nin iktisadi yapısının analiz edilmesi ve kalkınmanın önündeki engellerin saptanması, rekabet politikasının oluşturulmasının ilk adımını teşkil etmelidir.

Diğer yandan, rekabet politikasının sanayi politikası ile yeni sanayi politikası anlayışı çerçevesinde uyumlaştırılması gerekir. Yeni sanayi politikası anlayışı, iktidarın kazananı ve kaybedeni belirlediği, rekabet kültürüne aykırı bir yaklaşımı benimsemez. Bu anlayış, devlet ve özel sektörün risk paylaşımını, sektörler yerine rasyonel faaliyetlerin (projelerin) desteklenmesini, bu desteklerin karşılıksız olmamasını, devletin özel sektöre pazar yapısı ve karlı yatırım alanları ile ilgili vasıflı bilgi (knowledge) sağlamasını ve yatırımları bu yolla yönlendirmesini, rasyonel işbirliklerinin hukuki yapısını kurmasını ve teşvik etmesini içerir. Bu şekilde tasarlanan bir sanayi politikasının, pazarlarda rekabet ortamının sağlanmasını ve korunmasını, böylece piyasa disiplininin etkin kılınmasını hedefleyen rekabet politikası ile çelişmesi söz konusu olamaz. Hatta bu halde rekabet politikası, söz konusu sanayi politikalarının hayata geçirilebilmesinin güvencesini teşkil eder.

Türkiye'nin iktisadi sistemindeki esaslı sorunlar, uluslararası tekel ve kartellerin Türk pazarlarına etki eden faaliyetleri, sermaye kıtlığı ve sermayeye erişimin bir giriş engeli teşkil etmesi, konglomera aile şirketi yapısı, oligopol pazarların ağırlığı, emek-yoğun, düşük/orta teknoloji ile üretim ve yatırımcının kamu otoritelerince yetkinlikle bilgilendirip yönlendirilmemesi şeklinde sıralanabilir. Kalkınmaya yönelik sanayi politikalarımızın bu sorunlara çözümler geliştirmesi gerekir. Rekabet politikası bu sorunların her birinin çözümüne esaslı katkı sağlayabilir. Çözüm yöntemleri saptanırken pekâlâ Avrupa Birliği ve A.B.D. dâhil diğer sistemlerin uygulamalarından yararlanabiliriz; ancak *sui generis* yöntemler geliştirme vizyonuna da sahip olmalıyız.

Rekabet Kurumu, yetişmiş insan kaynağı, mali kaynakları, özerklik düzeyi ve iktisadi verilere erişim yetkileri itibarıyla çok etkin bir rekabet politikası belirleme ve uygulama olanaklarına sahiptir. Önümüzdeki dönemde sanayi politikalarının rekabet kültürüne uygun bir şekilde belirlenmesinde ve hayata geçirilmesinde kilit rol oynayabilir.

Rekabet Kurumu, rekabet politikasını belirleyip uygularken öncelikle Türkiye'nin küçük ekonomi olma özelliğini göz önünde bulundurmalı ve Avrupa Birliği'nde benimsenen ciro ve pazar payı eşiklerini aynen uygulamaktan,

teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışlarına aynen Avrupa Birliği otoritelerinin yaklaştığı gibi yaklaşmaktan kaçınmalıdır. Küçük ekonomilerde nispeten küçük teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı davranışları, büyük ekonomilere nazaran pazarlardaki rekabeti daha çok ve kalıcı şekilde tahrip edebilir. Bu şekilde rekabetin bozulması, diğer pazarlara daha çabuk ve şiddetli şok dalgaları yayabilir. Uygun ölçütleri belirlemek için Kurulun aldığı kararların pazarlar üzerindeki etkilerinin geriye dönük incelenmesinin çok yararlı olabileceği görüşündeyim. Diğer yandan Kurumun öncelik verdiği yasaklanan faaliyetleri karteller ve giriş engelleri şeklinde saptamasını doğru bulurken hem iktisadi yapıya yönelik kalıcı etkileri hem de kriz dolayısıyla daha da önemli bir mesele haline gelen yoğunlaşmaların denetiminin geri planda kalmaması gerektiğini düşünüyorum. Sektörel öncelikler açıdan özellikle fiyat katılığı olan sektörlerin tespitine ve ülke ekonomisinin alt yapısını oluşturan düzenlemeye tabi sektörler vurgu yapılması son derece yerindedir. Genel olarak ikincil mevzuat konusunda da grup muafiyeti tebliği sisteminin benimsenmesinin Türkiye için gerekli olmadığını düşünüyorum. Avrupa Birliği mevzuatına birebir bağlı kalmak yerine, kamuoyunu bilgilendirme ve yönlendirme ihtiyacını gideren, Türkiye'nin özgün rekabet politikasını yansıtan sade, kolay anlaşılır kılavuzların çıkarılmasını yararlı görüyorum. Bu açıdan, ilk aşamada teşebbüs birliklerinin hangi tür faaliyetlerin rekabet mevzuatına aykırılık teşkil edeceğine ve hangi tür davranışların pazara giriş engeli oluşturacağına dair kılavuzlar çıkarılabilir. Diğer yandan, örneğin yeni sanayi politikasının önemli bir bileşeni olarak öngörülen iş kümelenmesi yaklaşımına ilişkin basit ve anlaşılır bir kılavuz çıkarılarak bu alandaki hukuki çerçevenin oluşturulmasına ve kamuoyunun bilinçlenmesine katkı sağlanabilir. Kılavuz çıkarma konusunda Kurum bağımsız hareket etmeye başladıkça bu konuda yetkinleşeceği görüşündeyim: İhtiyaçları saptayacaktır, sektörel analizlerden, bildirim ve soruşturmalardan elde edilen bilgilerden yararlanacaktır, kararlarda ortaya konan ilkeleri saptayacaktır ve bunları basit ve tutarlı bir şekilde ortaya koyacaktır.

Bu genel değerlendirmelerden sonra esaslı tehditlerle nasıl mücadele edilebileceği konusunda kesin yargılara varmamakla birlikte özetle aşağıdaki çözüm önerilerini ileri sürüyorum: Uluslararası tekellere ve kartellere karşı bölgesel işbirliğinde liderlik vizyonu geliştirilebilir ve delillere ulaşımdaki zorluk göz önünde bulundurularak hem uyumlu eylem karinesi hem birlikte hâkim durumda bulunma olgusu etkin bir şekilde işletilebilir. Sermaye kıtlığı ve sermayeye erişimdeki engelleri aşmak için tasarrufların verimli değerlendirilebileceği yetkin bir finansal sistemin kurumsallaşmasına ihtiyaç vardır. Bu alanda Kurumun proaktif yaklaşımı, denetimle birlikte aktif rekabet savunuculuğu rolü üstlenmesi ve BDDK ile işbirliği içerisinde çalışması hayati öneme sahip görünmektedir. Konglomera aile şirketi yapısı bir sorundur; ancak bu sorunun doğrudan rekabet politikası ile çözümlenmesi mümkün değildir. Bu

yapının pazarlardaki rekabet üzerindeki dolaylı etkisinin araştırılmasında yarar görüyorum. Yoğunlaşma politikası kapsamında bu meseleye eğilmek gerekiyor. Yoğunlaşmaların tek ilgili pazardaki etkilerini inceleyen değerlendirme sistemi, bu yapının ekonominin tamamındaki rekabet ortamına verdiği olası zararları denetim altına alacak bir düzenleme şekli değil. Diğer yandan pek çok sektörde oligopol pazar yapılarının varlığı, Kurumun işini zorlaştırmaktadır. Uyumlu eylem karinesi önemli bir araçtır. Bu araçtan vazgeçilmemelidir. Oligopole yol açacak yoğunlaşmalara dikkatle yaklaşmak ve pazara giriş engelleri konulmasına sert yaptırımlar uygulamak sorunun çözümüne katkı sağlayabilir. Bir diğer yol da oligopol pazarlarda birlikte hakim durumluğa tespit ve ilan eden kararlar almaktır. Emek-yoğun, düşük/orta teknoloji ile üretim, kısmen yukarıda sayılan üç sorundan (sermaye kıtlığı, konglomera aile şirketi yapısı, oligopol pazarların ağırlığı) kaynaklanmaktadır; ancak etkin teknoloji/inovasyon politikalarının geliştirilerek uygulamaya konmamış olması da bir etkidir. Kanımca teknoloji transfer grup muafiyeti tebliği, teknoloji ithal etme durumunda olan bir ülke olduğumuz gerçeği dikkate alınarak hazırlanmamıştır. Bu grup muafiyeti tebliğinin işlerliği de yoktur. Bunlar yerine teknolojinin kullanılması karşılığında teşebbüslerin rekabet olanaklarını, mevcut teknolojide gerçekleştirdikleri küçük ilerlemeleri serbestçe kullanma olanaklarını mümkün olduğunca az kısıtlamalarını sağlayacak bir yaklaşım benimsenmesinde yarar görüyorum. Aynı şekilde ar-ge grup muafiyeti tebliğinin de işlerliği bulunmamaktadır. Ayrıca ar-ge kapasitesi oluşturmaya başlayan yerli şirketlerin çok uluslu şirketler tarafından yutulması tehlikesine karşı dikkatli olunmalıdır. Yatırımcının bilgilendirilmesi ve yönlendirilmesi konusunda da Kurum etkin rol üstlenebilir; zira sektörlerin/pazarların durumuyla ilgili önemli bir bilgi birikimine ve verileri işleyip analiz ederek kaliteli bilgiye dönüştürecek insan kaynaklarına sahiptir. Grup muafiyeti sistemi pazarlarla ilgili daha çok veriye ulaşılmasını engellediğinden, bu açıdan da tercih edilmemelidir. Bildirim sisteminin kaldırılmasının –tabii ki Kurumun iş yükü göz önünde bulundurularak- bu açıdan da uygunluğu tartışılabilir. Kurum içerisinde söz konusu verileri bir veri tabanına aktaracak, tasnif edecek ve işleyerek kullanılabilir bilgiye dönüştürecek bir birim oluşturulabilir ve Kurum bu bilgileri kamuoyuyla paylaşabilir. Son olarak Rekabet Kurumu'nun, bir think-tank olarak da faaliyet göstererek dünyadaki en başarılı rekabet politikası uygulama örneklerinden birini teşkil edecek bir "Türkiye modeli" geliştirme vizyonuna sahip olmasını içtenlikle arzu ettiğimi ifade etmek istiyorum.

KAYNAKÇA

Aktaş, Cihan, 2003, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez28.pdf>

Bağış, Egemen, 2009, (Konuşma) Crisis And Competition Policy Symposium, 17 Mart 2009, Rekabet Kurumu, Ankara

Berkman, Mehmet A., 2003, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği, “Piyasa Ekonomisi ve Şeffaflık-Kavşaktaki Türkiye”, 23 Mayıs 2003-İstanbul, ??.

Boğa, Ali, 2009, (Konuşma) Crisis And Competition Policy Symposium, 17 Mart 2009, Rekabet Kurumu, Ankara

Brunell, Richard M., 2006, *The Social Costs of Mergers: Restoring “Local Control” As a Factor in Merger Policy*, North Carolina Law Review, Vol. 85, s. 149-222

Crane, Daniel A., 2008, *Technocracy and Antitrust*, Texas Law Review, Volume 86, Number 6, s. 1159-1221

Devlet Planlama Teşkilatı, 2006, Dokuzuncu Kalkınma Planı 2007-2013, Resmi Gazete Tarih: 1 Temmuz 2006, Sayı: 26215

Devlet Planlama Teşkilatı, 2007-1, Dokuzuncu Kalkınma Planı – Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara

Devlet Planlama Teşkilatı, 2007-2, Dokuzuncu Kalkınma Planı – Sanayi Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara

Erdoğan, Tarkan, Hakan Bilir, Kriz ve Rekabet Politikası (Sunum), Crisis And Competition Policy Symposium, 17 Mart 2009, Rekabet Kurumu, Ankara

Erol, Kemal, 2000, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

Gal, Michal S., 2000, *Reducing Rivals Prices: Government-Supported Mavericks as New Solutions for Oligopoly Pricing*, NYU, Law and Economics Working Paper No. 99-016 and Columbia Law School, Law-Econ Working Paper No. 163, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=211728.

Gal, Michal S., 2001, *Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy*, University of Southern California Law Review, Vol. 74, 1437-1478

Gal, Michal S., 2003, *Competition Policy For Small Market Economies*, Harvard University Press

Gal, Michal S., 2006, *Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism To Limit Abuse of Monopoly Power*, New York University Journal of Law and Business, Vol. 2, s. 404-428

Gal, Michal S., 2008, *Free Movement of Judgments: Increasing Deterrence of International Cartels Though Jurisdictional Reliance-Taslak*, New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 08-44

Güney, Pelin Ö., Oktay S. Akbay, 2008, *Avrupa Birliği'nin Sanayi Politikası ve Türk Sanayisine Etkileri*, Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 4, Sayı 7, s. 147-162.

Karaevli, Ayşe, 2008, *Türkiye'deki İşletme Gruplarında Çeşitlendirme Stratejilerinin Evrimi*, Başkent Üniversitesi İİBF Yönetim Araştırmaları Dergisi, Türkiye'de İşletme Grupları Özel Sayısı, https://research.sabanciuniv.edu/11300/1/yad_karaevli_final_sunum.doc

Khemani, R. S., 2007, *Competition Policy and Promotion of Investment, Economic Growth and Poverty Alleviation in Least Developed Countries*, Occasional Paper 19, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, [http://www.ifc.org/ifcext/fias.nsf/attachmentsbytitle/occasionalpaper19_competitionpolicy/\\$file/fias+competition+policy+final.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/fias.nsf/attachmentsbytitle/occasionalpaper19_competitionpolicy/$file/fias+competition+policy+final.pdf)

Moeller, Scott, Chris Brady, 2007, *Intelligent M&A: Navigating The Mergers And Acquisitions Minefield*, John Wiley & Sons

Montesquieu, Charles de Secondat Baron de, 1748, *De L'esprit Des Lois* (Kanunların Ruhü), İngilizceye çeviren Thomas Nugent, gözden geçiren J. V. Prichard (Based on an public domain edition published in 1914 by G. Bell & Sons, Ltd., London), <http://www.constitution.org/cm/sol.htm>.

Motta, Massimo, 2004, *Competition Policy: Theory And Practice*, Cambridge University Press

Okimoto, D. I., 1989, *Between the MITI and the Market*, Stanford University Press, Stanford

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), 2002, *Türkiye'de Düzenleyici Reformlar: Ekonomik İyileşme İçin Önemli Destek Yönetişim*, Başbakanlık Dış İlişkiler Başkanlığı, Ankara

Özhan, Taha, 2008, *Eylem Planı Ve Sanayi Politikaları*, Anlayış, Şubat 2008, http://www.setav.org/index.php?itemid=29&id=398&option=com_content&task=view

Philips, Bernard, 2009, *Kriz Ortamında Rekabet Savunuculuğu Ve Rekabet Hukuku Uygulamaları (Sunum)*, 17 Mart 2009, Crisis And Competition Policy Symposium, Rekabet Kurumu, Ankara

“**Rekabetçilik İçin Kümelenme Şart**” (haber), <http://www.tumgazeteler.com/?a=4711083>, 20-02-2009 tarihli haber

Rekabet Kurumu, 2008, 9. Yıllık Rapor – 2007 Yılı, Yayın No: 0210, Ankara

Rodrik, Dani, 2007, *Türkiye İçin Sanayi Politikaları (Konuşma)*, 25 Aralık 2007, <http://www.medyakronik.com/haber/122/>

Singh, Ajit, Rahul Dhumale, 1999, *Competition Policy, Development and Developing Countries*, Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.) Working Paper No: 50, <http://www.icrier.org/pdf/wto7.pdf>

Stucke Maurice E.,/ Allen P. Grunes, 2009, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies That Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, The University of Tennessee College of Law, Legal Studies Research Paper Series, <http://ssrn.com/abstract=1330681>

Sümer, Ömer M., 2009, “Müsiad, Teknik Tekstil Raporu'nu Açıkladı”, 17.03.2009 tarihli haber, <http://www.lpghaber.com/Musiad--Teknik-Tekstil-Raporu-nu-Acıkladi--haberi-187689.html>

Türel, Oktar, 2007, *Türkiye’de Sanayi Politikalarının Dünü ve Bugünü*, TMMOB Sanayi Kongresi 2007, 14-15 Aralık 2007, <http://www.inovasyon.org/getfile.asp?file=o.turel.sanayi.politikalari>

Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu (TİSK), 2002, *Türkiye’de Piyasa Ekonomisine Geçiş Ve Ekonomik Kriz*, Yayın No: 215

Vardan, Ömer C., 2009, “Müsiad, Teknik Tekstil Raporu'nu Açıkladı”, 17.03.2009 tarihli haber, <http://www.lpghaber.com/Musiad--Teknik-Tekstil-Raporu-nu-Acıkladi--haberi-187689.html>

Waller, Spencer W., 2007, *Competition Policy In the Global Economy: An On-Line Case Book*, http://www.luc.edu/law/academics/special/center/antitrust/online_case_book/index.html

Wood, B. Dan, James E. Anderson, 1993, *The Politics of U.S. Antitrust Regulation*, American Journal of Political Science, Vol. 37, No. 1, s. 1-39

**REKABET OTORİTELERİNİN FAALİYETLERİ KAPSAMINDA
KARTEL UYGULAMALARINA VERİLECEK
GÖRELİ AĞIRLIK / GÖRECELİ AĞIRLIK**

Prof. Dr. Richard WHISH

King's College, University of London Temsilcisi

Üniversiteye, fakülteye ve Rekabet Kurumu'na beni buraya davet ettikleri için teşekkür ediyorum. Türkiye'de olmaktan büyük mutluluk duyuyorum. Rekabet Kurumu Başkan Vekili açılış konuşmasında Gaziantep'ten bahsetti. Başkan Vekili'nin konuşması bana 1988 yılı Temmuz ayında Gaziantep'e yaptığım geziyi hatırlattı. Uçaktan indiğimde sıcaklık 47 derecedeydi ve bu gerçekten oldukça yüksek bir sıcaklık. Bir araba kiraladım ve Nemrut Dağı'na, Diyarbakır'a, başka bir Nemrut Dağı'nı ziyaret ettiğim Bitlis'e ve Van Gölü'nün bulunduğu Van'a gittim. Ardından Ağrı Dağı'na, o günlerde Sovyetler Birliği'nde bir anklavın bulunduğu Kars'a ve ardından Trabzon'a gittim. Unutulmaz bir geziydi. Bu odada bahsettiğim yerlerin hepsini görmemiş kişiler olabilir. En son 1999 yılında Rekabet Kurumu'nun İstanbul'da düzenlediği birinci yıllık sempozyuma katılmak amacıyla Türkiye'ye gelmişim. O da unutulmaz bir etkinlikti. On yıl sonra tekrar buradayım ve Türkiye'yi bu kadar seven birisi olarak on yılın çok uzun bir süre olduğunu düşünüyorum.

Sınırım sunumum sizlere dağıtılmıştır. Programa baktığımda sunumumu 12.20'de tamamlamam gerektiğini görüyorum. Şu anda saatin 12.30 olduğunu düşünürsek başlamama gerek var mı merak ediyorum. Bugün benden rekabet kurumlarının kartel uygulamalarına ne kadar ağırlık vermesi gerektiğine ilişkin bir konuşma yapmam istendi. Bu kapsamda, bir Rekabet Kurumu yerine getirmesi gereken diğer uygulamalar ile karşılaştırıldığında kartel uygulamalarına ne kadar kaynak ayırmalıdır? 10 veya en fazla 15 dakika içerisinde kısaca bu soruya cevap vermeye çalışacağım.

Ben kartellerle mücadele uygulamalarının rekabet kurumları için kesinlikle bir numaralı öncelik olduğunu veya öyle olması gerektiğini düşünüyorum. Ne var ki, bu durum diğer tüm uygulamaların göz ardı edilmesi anlamına gelmemektedir. Rekabet kurumlarının yerine getirmesi gereken başka uygulamalar da bulunmaktadır. Bu noktada, kartel uygulaması ile Rekabet Kurumunun yerine getirmesi gereken diğer uygulamalar arasında doğru denge nasıl kurulur sorusu karşımıza çıkmaktadır. Burada İngiltere'de Adil Ticaret Ofisi'nin (OFT) bu konuda yaptığı çalışmalara değinmek istiyorum. Bu yıl Mart ayına kadar altı yıl süresince OFT Yönetim Kurulu Üyesi olarak görev yaptım ve bu süreçte Öncelik Belirleme İlkelerini geliştirdik. Bu ilkeler, bir projeye

devam edip etmeme veya söz konusu sektörde pazar araştırmaları yapıp yapmama konusunda karar alınmasını kolaylaştırmaya yönelik bir çerçeve sağlamayı amaçlamaktadır. Size sunulan çeşitli seçenekler arasından nasıl tercih yaparsınız?

Konuya giriş yaparken kartellerin tehlikeli olduğunu söyleyebiliriz. Tüm rekabet hukuku sistemlerinde, karteller yasadışı olarak görülecektir ve bunun açık bir şekilde ortaya konduğu birtakım ifadeler bulunmaktadır. Örneğin, eski AB Rekabette Sorumlu Komisyon Üyesi Mario Monti, kartelleri açık piyasa ekonomisindeki kanserler olarak tanımlamıştır. ABD Yüksek Mahkemesi Verizon vakası sırasında kartelleri rekabet hukukunun en büyük düşmanı olarak tanımlamıştır. Şu halde bir Rekabet Kurumunun kartellerle mücadele uygulamalarını yerine getirmesi gerektiği açıktır. Ne var ki, kurumun başka sorumlulukları da bulunmaktadır. Kurum hâkim durumun kötüye kullanılması ve diğer rekabeti kısıtlayan uygulamaların takip edilmesinden sorumludur. Bunlar arasında tabii ki birleşme kontrolleri bulunmaktadır. Birleşme kontrolleri rekabet kurumları için ihtiyari bir uygulama değildir. Birleşme kontrolleri zorunlu bir uygulamadır çünkü tarafların bir birleşmeyi duyurmasının ardından bir karar alınması gerekmektedir ve dolayısıyla birleşme kontrolleri için kaynak ayrılmalıdır.

Bu sabah rekabet savunuculuğunun önemine değinildi. Bugün mali kriz ile karşı karşıyayız. Ekonominin bazı sektörleri özel muamele talebinde bulunuyor ve rekabet hukuku uygulamalarından muaf tutulmalarının mümkün olup olmadığını soruyor. Ben rekabet politikasının askıya alınıp alınmamasına ilişkin kararın tabii ki hükümete ait olduğunu düşünüyorum. Buna karşın, Rekabet Kurumu rekabet savunucuğu yoluyla hükümetleri rekabetin korunması konusunda yönlendirebilir ve ben mali kriz zamanında bile rekabetin korunması gerektiğini düşünüyorum.

Bunun yanı sıra, rekabet kurumlarının sektör araştırmaları yapmaları gerektiğine inanıyorum. Sektör araştırmaları, sektörlerin etkin bir şekilde faaliyet gösterip göstermediğini ve sektörler etkin bir şekilde faaliyet göstermiyorsa bunun nedenlerini ortaya koymak amacıyla belirli sektörlerle ilişkin proaktif incelemeleri içermektedir. Bu sektörlerin etkin bir şekilde faaliyet gösterememelerinin nedeni rekabet mekanizmasının başarısız olması mıdır?

Rekabet kurumları, rekabet kültürünü yaygınlaştırmaya çalışmalıdır. Başkan başta yaptığı yorumlarda bu konuya değinmiştir. Sivil toplumu rekabetin iyinin yanında olduğuna nasıl inandırabiliriz? Rekabet kurumları bu hassasiyetin geliştirilmesinde rol oynamaktadır.

Rekabet kurumları, kaynaklarının bir bölümünü, faaliyetlerinden elde edilen net ekonomik faydaları değerlendirmek amacıyla kullanılmalıdır çünkü Türk Hükümeti Rekabet Kurumunun kurulması ve yürütülmesi için kamu kaynaklarını kullanmaktadır. Rekabet Kurumu rekabet hukukunun uygulanması sonucunda tüketicilere sağlanan faydayı para cinsinden ortaya koymaya çalışmaktadır. Dolayısıyla bir Rekabet Kurumunun yapabileceği çok fazla şey bulunmaktadır, ancak kaynakları sınırlıdır. Bu nedenle, karar alma sürecinde birtakım yollara başvurulmalıdır.

Sunumumun bir bölümünde tüm dünyada son dönemde görülen anti kartel uygulamalarına değindim. Bu bölümde çok sayıda kartelin ortaya çıkartıldığını ve cezalandırıldığını ve çok büyük para cezalarının verildiğini ve bazı durumlarda cezai yaptırımların kullanıldığını açıkladım. Bunu neden yaptım? Bunu yapmaktaki amacım sadece bu konuyu bağlam içerisinde ele almaktı. Burada ilginç sorular yöneltilebilir: Dışarıda çok fazla kartel var mı? Şirketlerin rekabet hukukunun varlığını kabullenmeyi reddettiğini veya hiçbir zaman yakalanmayacakları ve cezalandırılmayacaklarını düşünerek bu riski bilerek aldıklarını gösteren bir kanıt var mı? Bence bu soruya yanıt olarak böyle bir kanıtın bulunduğunu söyleyebiliriz. Avrupa'da 2007 yılında Avrupa Komisyonu'nun yedi kartel vakasında para cezası verdiğini ve bu cezaların toplam 3,3 milyar euro tutarında olduğunu görüyoruz. 3,3 milyar euro tutarında bir ceza almak için bunların çok ciddi ihlaller olması gerekir. 2008 yılında, toplam 2,2 milyar euro tutarında para cezası verilmiştir. Bu kartellerden bazıları çok uzun bir süredir varlığını sürdürmüştür. Bunlardan bazıları tek başına çok büyük para cezası almıştır. 2008 yılında araba camı vakasında 1,3 milyar euro tutarında para cezası verilmiştir. Bir Fransız şirketi olan Saint Gobain tek başına 896 milyon euro ceza almıştır.

Bunlar oldukça büyük vakalardır. Bazılarımız şirketlerin mali kriz nedeniyle tehlikede olduğunu düşünerek bu tür büyük para cezalarından kaçınılmasını gerekip gerekmediğini sorabilir. Şirketlere bu kadar büyük para cezaları vererek bu şirketlerin kapanmasına yol açmamız mümkün mü? Bu soruya benim cevabım, bir mali kriz olsun olmasın, kartellerin yanlış olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönündedir. Ben büyük yaptırımların sürdürülmesi gerektiğini düşünüyorum. Yalnızca bir şirket zor durumda diye cezaların indirilmesi gerektiğini düşünmüyorum. Bununla birlikte, ekonomide bir toparlanma söz konusu olana kadar ceza ödemelerinin ertelenmesi ve bu süreçte bir tür garanti veya güvence temin edilmesi mantıklı olabilir.

Sonuç olarak, Avrupa'da para cezaları oldukça yüksektir. ABD'deki para cezalarına bakıldığında, 2007 yılında 630 milyon dolar tutarında ve 2008 yılında 1,2 milyar dolar tutarında para cezası verildiği görülmektedir.

Japonya'da da büyük para cezaları verilmektedir. Örneğin, uluslararası taşımacılık şirketlerine 95 milyon dolar tutarında para cezası verilmiştir. Burada Almanya'dan örnekler var, Avustralya'dan örnekler var. Buraya İngiltere'den de örnekler ekleyebilirim.

Bildiğiniz üzere, bazı yargı alanlarında karteller çok ciddi bir suç olarak görülmekte ve hızsızlık olarak kabul edilmektedir ve bu nedenle bu yargı alanlarında cezai yaptırımlar kullanılmaktadır. 2007 yılında, 34 kişiye ortalama 31 aylık hapis cezası verilmiştir. Bu durum, ABD kurumlarının kartelleri ne kadar ciddiye aldıklarını göstermektedir. Bu kişiler ortalama üç yıl hapiste kalacaktır. İngiltere'de son dönemde ilk ceza davası görülmüş ve üç kişi üç yıla kadar hapis cezası almıştır. Avustralya'da kartel uygulamaları suç kapsamına alınmak üzeredir.

Dışarıda çok fazla kartel faaliyetinin bulunduğu bir gerçektir. Tabii ki bu kartellerin yüksek fiyatlar, daha az seçenek ve standartların düşmesi yoluyla tüketici refahını olumsuz etkilediğini unutmamak gerekir. Ayrıca Avrupa'da Avrupa Komisyonu'nun bir karteli ortaya çıkarmasının ardından, tazminat davası açılması standart bir uygulama haline gelmiştir. Böylece kişilerin kartel nedeniyle yüksek ücret ödedikleri mal veya hizmetler için tazminat davası açması mümkün olmaktadır. Bunun sonucunda, şirketler para cezaları ve bazı durumlarda hapis cezaları ile karşı karşıya kalmanın yanı sıra, kartel mağdurlarına tazminat ödemek durumunda da kalmaktadır.

Sunumumda OECD ve Uluslararası Rekabet Ağı'nın etkili anti kartel uygulamalarına yaptığı katkılara yer vermiştim. Ne var ki, zamanımız kısıtlı olduğundan bu konuya değinmeyeceğim.

Şimdi asıl konuya gelmek istiyorum. Rekabet kurumları kartellerle mücadele uygulamalarına ne kadar ağırlık vermelidir ve bu uygulamalar ile rekabet kurumlarının yerine getirmesi gereken diğer uygulamalar arasındaki denge nasıl kurulmalıdır? İlk olarak, bir Rekabet Kurumunun kartellerle mücadele uygulamaları için ciddi kaynaklar ayırıp ayırmaması gerektiğine ilişkin soruya verilecek cevabın evet olduğunu düşünüyorum. Fiyat tespiti, pazar paylaşımı, müşteri tahsisi ve rakipler arasındaki yatay anlaşmalar en ciddi rekabet hukuku ihlalleridir. Bu nedenle, şirketler, sivil toplum ve genel olarak ekonomideki tüm paydaşlar için, bu tür davranışın kabul edilemez olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Bunu yapmanın tek yolunun bu konuda uygulamalar yürütmek olduğunu düşünüyorum. Uygulamalar yürütmeniz ve bunu gerçekleştirdiğinizde büyük cezalar vermeniz gerekmektedir. Neden büyük cezalar vermeniz gerekiyor? Çünkü yalnızca büyük cezalar yoluyla sadece söz konusu karteldeki şirketleri değil, aynı zamanda dışarıdaki diğer kartellerdeki şirketleri de caydırmak mümkün olmaktadır. Dolayısıyla bir şekilde şirketlerin

yaklaşımı değiştirilmelidir ve özellikle şirketlerin yönetim kurullarının durumu ciddiye alması sağlanmalıdır. Çünkü yukarıda yönetim kurulu ve aşağıda satış sorumluları bulunmaktadır. Normal şirket yönetişimi bağlamında, yönetim kurulu aşağıda çalışanların yaptıklarından sorumludur ve ben yönetim kurulunun yalnızca çok büyük cezalar alması ve söz konusu faaliyetin ciddi sonuçlar doğurması halinde durumu ciddiye aldığını düşünüyorum. Bu nedenle, yönetim kurulunun cezaları ciddiye almasını istiyorsak cezaların can yakması gerekmektedir. Şirketlerde, yönetim kurulu seviyesinde, cezaların iş yapmanın bedeli olarak görülmesi yeterli değildir. Şirketler fiyat tespitinde bulduklarında ceza alma ihtimalinin söz konusu olduğunu bilmektedir ve kartelden elde edecekleri gelir ile yakalandıklarında ödeyecekleri cezayı karşılamaktadır. Burada risk dengeleme söz konusudur. Bu durumun değiştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, cezalar olması gereken noktaya ulaştırılmalıdır. Son dönemde Avrupa Adalet Divanı'nda görülen bir davada, bir Hollanda şirketi vergi gelirlerini vergi dairesine bildirdiğinde fiyat tespiti nedeniyle cezalandırılmış ve cezayı vergiden düşülebilecek bir harcama olarak gördüğünden cezayı vergiden düşmüştür. Bunun sonucunda, Avrupa Adalet Divanı'na cezaların vergiden düşülmesinin kanunlara uygun olup olmadığı sorulmuştur. Verilecek cevabı tahmin edebiliyorum. Sonuçta, kartellerle mücadele uygulamalarını yürütmeli ve büyük cezalar vermelisiniz.

Etkili bir kartel uygulamasına ihtiyaç duyulmasının bir başka nedeni de etkili bir pişmanlık programı sağlamaktır. Türkiye'de, yanılmıyorsam Şubat ayında, bir pişmanlık politikası kabul edildi. Bu kapsamda, kişiler gönüllü olarak gelmekte ve şöyle bir açıklamada bulunmaktadır: "Biz de kartelin içindeydik. Kanıtlar burada. Bir uygulama yürütebilmeniz ve ceza verebilmeniz için sizinle işbirliği yapacağız. Ancak karşılığında bize dokunmayacaksınız. Hiçbir ceza ödemeyeceğiz." Pişmanlık uygulamasının çalışması için, yüksek cezaların verildiği kararlar alınması gerekmektedir çünkü bu tüm sürecin başlangıç noktasıdır. Bu nedenle, ben bunu her zaman üretken bir döngü olarak tanımlıyorum. Yüksek cezalar verdiğinizde, kişiler size gelerek kartel hakkında bilgi verecektir. Bu kişiler size geldiğinde, size anti kartel uygulamasını yürütmenizi sağlayacak bilgileri verecektir. Bir karar verdiğinizde, çok yüksek cezalar verebilirsiniz. Çok yüksek cezalar verdiğinizde, kişiler size gelecektir. Sonuçta tüm süreç üretken bir döngüye dönüşmektedir. Yüksek cezalar vermediğinizde ise, dikkate alınmazsınız ve bir karar veremezsiniz. Dolayısıyla ceza veremezsiniz. Ben bunun bir kısır döngü olduğunu düşünüyorum. Politika anlamında, üretkenliği mi kısırlığı mı tercih ederiz? Bunun cevabının üretkenlik olmasını umuyorum.

Bunun yanı sıra, genel anlamda toplumda bir rekabet kültürü oluşturmak için kartel uygulamalarının yürütülmesi gerektiğini düşünüyorum. Rekabet

kurumları hakim durumun kötüye kullanılması, karışık paketleme, marj sıkıştırması veya bağlama ile ilgili bir dava açsa ve vatandaşlara Rekabet Kurumunun karışık paketleme ile ilgili kararına ilişkin ne düşündükleri sorulsa, ortalama bir vatandaş karışık paketlemenin ne olduğunu soracaktır. Örneğin yıkıcı fiyatlandırma ile ilgili bir davada Rekabet Kurumu “THY çok düşük bir fiyat sunuyor ve bu yıkıcı fiyat uygulamasıdır. Türk vatandaşlarının iyiliği için THY'nin fiyatlarını yüzde 300 artırımını istedik. Bu sizin iyiliğiniz için.” açıklamasını yapsa, bence Ankara'dan İstanbul'a uçmak için daha fazla para ödeyen vatandaşları bu durumun onların lehine olduğu konusunda ikna etmek oldukça zor olacaktır. Diğer taraftan, doğrudan ve bilinçli olarak vatandaşlardan fahiş fiyatlar talep eden bir kartel söz konusu olduğunda ve Rekabet Kurumu bu karteli ortaya çıkartarak ceza verdiğinde ve takiben bir tazminat davası açıldığında, vatandaşlar bunu anlayacaktır. Şu anda İngiltere'de British Airways–Virgin Atlantic davası sürmektedir. Bu davada British Airways ve Virgin Atlantic Londra-New York uçuşu için 120 sterlin tutarında fahiş bir fiyat talep etmektedir. Söz konusu dönemde Londra'dan New York'a gitmişseniz, toplu dava açabilir ve paranızı geri alabilirsiniz. Vatandaşlar bunu anlayacaktır. Ayrıca gazeteler ve elektronik medya buna ilgi gösterecektir çünkü bu şekilde okuyucularına ve medya kullanıcılarına ulaşabilirler. Bu nedenle, bu tür bir uygulama her şekilde faydalı olmaktadır.

Bu yalnızca kartel uygulamalarına odaklanmanız gerektiği anlamına mı geliyor? Hayır. Tabii ki Rekabet Kurumunun yapması gereken başka şeyler de vardır. Rekabet Kurumu birleşme analizleri yapmalıdır. Birleşme analizi zorunlu bir uygulamadır. Hâkim durumun kötüye kullanılması davaları görülmelidir. Böylece en azından bu davaların nasıl görüleceği öğrenilebilir ve bu bilgi daha sonra kullanılabilir. Ayrıca Rekabet Kurumu rekabet savunuculuğu da yapmalıdır. OFT'de kartellerin takip edilmesinin her zaman bir numaralı öncelik olduğunu söylüyoruz, ancak burada dengeli bir portföye sahip olunmalıdır. Kartel uygulamaları dışındaki tüm uygulamaları göz ardı edemeyiz. Bu nedenle, OFT Öncelik Belirleme İlkelerini geliştirdi. Buna göre, yeni bir projeye başlama kararı alırken, birkaç ilkeyi göz önüne almamız ve bu ilkeleri bu projeye devam edip etmeme konusunda karar verirken kullanmamız gerekiyor.

Bu ilkeler nelerdir? İlk olarak, incelemeye alacağımız davranışın etkileri nelerdir? Söz konusu davranış tüketicilere ne kadar zarar vermektedir? Bu ilke sizi büyük ihtimalle kartel uygulamasına götürecektir çünkü bahsettiğimiz uygulamalar içerisinde tüketiciler üzerinde en büyük etkisi olan uygulama kartel uygulamasıdır. Peki, bunun etkisi nedir? Söz konusu faaliyet genel stratejik hedefimiz ya da diğer bir deyişle vizyonumuza uyuyor mu? Zararlı etkileri

ortadan kaldırırken, aynı zamanda öncelik belirlemek de istiyoruz. Dolayısıyla, bir proje seçerken, bunun genel stratejik eğilime uyup uymadığına da bakıyoruz.

Başka bir ilke ise söz konusu faaliyetin ne kadar risk barındırdığının belirlenmesidir. Rekabet Kurumu riskten kaçınmamalıdır. Bazı durumlarda risk almanız gerekmektedir, ancak bir şeyi yalnızca risk içeriyor diye yapmamalısınız. Dolayısıyla, bir projeyi başlatıp başlatmama konusunda karar verirken dikkate almanız gereken bir başka konu da söz konusu risklerdir ve nihayetinde seçmeyi düşündüğümüz bu projenin kaynaklarımızı nasıl etkileyeceğidir. Bazı vakalar çok fazla beşeri kaynak gerektirdiğinden, bu vakaların başarıya ulaşması oldukça zordur. Bazı vakarlarda ise başarıya ulaşmak daha kolay olmaktadır. Söz konusu ilkeler bunlardır. Bunlar mekanik aritmetik bir şekilde uygulanmamaktadır. Bunlar mantıklı kararlar alınmasını sağlayan bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Sunumunda mali kriz sonucu ortaya çıkan kredi sıkışıklığına da yer vermiştim. Şu anda bu konuya değinmeyeceğim. Mali krizde kredi sıkışıklığı söz konusu olsa bile, karteller hala zararlıdır. Mevcut ortam, bazı kişilerin kartellere girmesini kolaylaştıracak ve potansiyel kartel üyelerini hükümet veya Rekabet Kurumundan muafiyet istemek için teşvik edecektir. Hükümet kanunu değiştirerek bu muafiyeti verebilir. Ne var ki, ben Rekabet Kurumunun bu konuya şüpheli yaklaşması gerektiğini düşünüyorum çünkü Rekabet Kurumu ekonomide rekabetin koruyucusudur.

Sonuç olarak, kartel uygulamasının bir numaralı öncelik olduğu ve bu durumun diğer uygulamaların göz ardı edilmesi anlamına gelmediği, ancak doğru kararlar almak için mantıklı ilkelere sahip olmak gerektiği söylenebilir.

SORU ve CEVAPLAR

Av. Gönenç GÜRKAYNAK (Bilkent Üniversitesi Öğretim Görevlisi)- Acaba, -Richard bu işin çok yoğun tecrübesinde- uzlaşma yoluyla kartel mücadelesi içerisinde konuları değerlendirirken dikkat edilmesi gereken meseleler nelerdir? Özellikle Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında uygulamacıların belini büken bir konu vardır; o da, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, uzlaşma yapabilmek, karteli bir anlaşmayla sonlandırabilmek için, bir hukuka aykırılığın tarafı olduğunuzu mutlaka tanımak durumundasınızdır. Bunu yaptığınız zaman da, belki idari para cezası anlamında da, ceza hukuku anlamında da sorumluluğunuzu epeyce hafifletebilirsiniz ama, rekabet hukukunun özel hukuk vasıtalarıyla takibi yönünden, tazminat davaları yönünden vesaire, çok ciddi bir yara almış olursunuz, bazı uzlaşmalar salt bu sebeple yapılamaz. Türkiye’de de, uzlaşma ve sulhun önemli bir konu hâlini aldığını, özellikle 2009 senesinde gündemimizde olduğunu belirterek bu konudaki düşüncelerini öğrenmek istiyorum.

Prof. Dr. Richard WHISH- Bu çok güzel bir soru. Bu sorunun cevabının oldukça karmaşık olduğunu düşünüyorum. Türkiye’de birzadan söyleyeceklerim ile çatışan özel durumların söz konusu olup olmadığını bilmiyorum, ancak açık ihlaller olmayan rekabeti kısıtlayan anlaşmalara ilişkin incelemelerin prensipte ayrılması gerekmektedir. Haklı sebep vakaları buna örnektir. Bazı durumlarda, rekabet kurumu hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kanun kapsamında bir anlaşmayı veya uygulamayı inceler ve söz konusu davranışın yasal mı yoksa yasadışı mı olduğu ve bu davranışı değiştirmenin tüketicinin yararına mı olduğu oldukça belirsizdir. Böylesi bir durumda, sorumluluk kabul edilmeksizin vakaların uzlaşma yoluyla çözülebileceğine inanıyorum. Diğer taraftan, teşebbüsler gelecekte davranışı değiştireceklerine dair söz vereceklerdir. Teşebbüsler bu yönde taahhütte bulunacaktır ve bu taahhüt kanunen bağlayıcı olacaktır. Bazı durumlarda bunun bir davayı çözüme kavuşturmada oldukça etkili olduğunu düşünüyorum. Böylece üç, dört veya beş yıl sürecek olan temyiz davaları ile devam eden bir tartışma sürecine ihtiyacımız olmamaktadır. Avrupa’da 1/2003 sayılı Tüzüğün 9. Maddesinde kanunen bağlayıcı taahhütlerde bulunma imkânı sunulmuştur. Ben bu sürecin oldukça mantıklı olduğunu düşünüyorum.

Bu noktada, sizin de sorunuzda belirttiğiniz gibi, kartel vakalarında uzlaşmaların nasıl ele alınacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Ben bunun oldukça farklı olduğunu düşünüyorum çünkü yatay fiyat tespiti anlaşması veya yatay pazar paylaşımı anlaşması söz konusu olduğunda, bu uygulamaların

yasadışı olduğu açıktır. Rekabet kurumunun tek yapması gereken bu anlaşmaların varlığını kanıtlamak, süresini ortaya çıkarmak ve anlaşmalara kaç firmanın taraf olduğunu belirlemektir. Ne var ki, yasadışı bir davranışın söz konusu olduğuna hiç şüphe yoktur. Böylesi bir durumda, konuşmamda da belirttiğim üzere, rekabet kurumu bir karara varmalı ve ceza vermelidir. Ayrıca farkındalığı en üst düzeye çıkarmak ve toplumu bu konuda eğitmek için bir kaldıraç görevi üstlenmelidir.

Uzlaşma konusunda pek çok şey söylenebilir. Uzlaşma ile bir kartelin bulunup bulunmadığına ilişkin dört veya beş yıl sürecek tartışma süreci ve bunun ardından rekabet kurumu tarafından bir karar alınması ve bu kararın temyiz mahkemesine gönderilmesiyle iki veya üç yıl daha sürecek olan temyiz süreci ortadan kalkar. Açık konuşmak gerekirse, bu süreçten faydalı çıkan tek taraf avukatlar olmaktadır. Bu süreç tüketici refahına fayda sağlamamaktadır. Aksine teşebbüslerden birisinin gelerek “Tamam, kabul ediyoruz. Biz de kartelin içindeyiz. Bir karara varmanıza yardımcı olacağız. Ancak, tabii ki, bize ceza vermek isteyeceksiniz. Bu yüzden, kanunu ihlal ettiğimizi kabul etmemiz gerekiyor.” açıklamasında bulunması daha faydalı olmaktadır. Kanunun ihlal edildiği kabul edilmezse ceza verilmez, ancak bunun kabul edilmesi karşılığında cezada yüzde 10, 15 veya 20 indirim yapılmaktadır. Bu rakam birlikte belirlenebilir. Kesin olan şey cezanın normalden daha düşük olacağıdır. Ben bunun da iyi bir uygulama olduğunu düşünüyorum. Ne var ki, sorunuza cevap olarak, teşebbüslerin suçlarını kabul etmeleri gerektiğini ve tabii ki bunun onları tazminat davalarına maruz bıraktığını söyleyebilirim. Yine de, uzlaşma yoluyla alınan bir kararın daha kısa sürede alınmasına rağmen, uzlaşma kararı tartışmalar sonucunda alınan karar ile karşılaştırıldığında davacının tazminat davası açmasını zorlaştırmaktadır.

Prof. Dr. İsmail YILMAZ ASLAN- Benim sorum, fikri mülkiyetle ilgili tebliği sunan değerli üyemiz Mustafa Beye ve ikisini birden ilgilendirdiği için Ayşe Hanıma dönük olacak.

Biliyorsunuz, Rekabet Kurulu teknoloji transferleriyle ilgili bir tebliğ çıkardı. Bu tebliğde çeşitli lisans anlaşmaları muaf tutuluyor. Ayşe Hanım de sunumunun en başında dedi ki, “Avrupa Topluluğuna uyum sağlamak acaba yeterli bir gerekçe midir, Türkiye’ye özgü bir politikamız olmalı mıdır?”

Merak ettiğim soru şu: Biz bu tebliği çıkarırken Türkiye’de yıllık kaç tane teknoloji transferi anlaşması yapıldığını, bunların hükümlerinin neler olduğunu biliyor muyduk, yoksa, bu tebliği sadece Avrupa Topluluğuna uyum amaçlı olarak mı çıkardık? Her ikisinden de bir yorum alabilirsem teşekkür ederim.

Dr. Mustafa ATEŞ- Yılmaz Hocanın, Teknoloji Transferi tebliği çıkmadan evvel teknoloji transferi anlaşmaları konusunda sorduğu soruya yönelik olarak, ne kadar anlaşmanın Kurul gündemine geldiğiyle ilgili benim bir bilgim yok. Zannediyorum, tebliğ çıkmadan evvel çok fazla değildi; ondan sonra da çok fazla geldiğini zannetmiyorum. İsmail Bey buradalar; o dönemde Kurumun Başkan Yardımcısı olması hasebiyle veya diğer uzman arkadaşlarımız bilgi verebilirler.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu Üyesi)- Bu soru çok yerinde bir soru. O tebliği kabul eden Kurulda bulundum; daha önce de, tebliği hazırlayan İdareyedim.

Ana baskı, “Topluluk mevzuatına uyum” baskısı. Ayşe Hanım bize sunduğu tebliğde, “Ar-Ge tebliğini ve Teknoloji Transferi tebliğini çıkartmasak da olur, çok da gerekli değil” diyor. Bunun ikincisine katılıyorum. Bir sorunumuzu sizinle paylaşarak sorunuzun cevabını vereyim.

Bu baskı bize ABGS’den geliyor. “Toplulukta ne kadar ikincil düzenleme varsa aynısını harfiyen alacaksınız” diyorlar. Biz de 12 yıl boyunca, aklımızın kestiği kadar, dilimizin döndüğü kadar, “hayır, böyle bir mecburiyet altında değiliz” dedik. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının konuya ilişkin maddesi de ikincil düzenlemelere ilişkin olarak, “prensipleri almak zorundasınız (The principle of secondary legislation)” diyor.

Biz bununla çok uğraştık. Şimdi görüyorum ki, Ayşe Hanım da bizim gibi düşünüyor. Bizim gibi düşünen başka akademisyenler de varsa, böyle tebliğleriyle, yazdıklarıyla lütfen bize destek olsun.

Brüksel’i ikna ettik. 2005 senesinde bizim Uluslararası İlişkiler Müdürlüğü Brüksel’e gitti. Makedonya’ya, Bulgaristan’a yaptıkları baskının aynısını bize yapmaya çalışıyorlardı. Kendileriyle ilgili olan bütün ikincil düzenlemeleri, aynen almak zorundasınız. Hayır, ne münasebet? Biz bu grup muafiyeti tebliğlerinin hiçbirini almak zorunda değildik. Türkiye bakımından uygun bulduğumuzu alırız, uygun bulmadığımızı almıyoruz. Bu Teknoloji Transferi tebliğinin esası budur.

Ayşe Hanıma Ar-Ge konusunda katılmıyorum. Ar-Ge’de bize çok sayıda başvuru yoktu; evet, bu doğru. Bu tebliği aynı zamanda; Ar-Ge’yi teşvik ettiğimizi, yani, “yatayda teşebbüslerin bir araya gelmeleri rekabet kurallarına aykırıdır, biz buna çok nadiren müsamaha gösteririz, müsamaha göstereceğimiz, hatta teşvik edeceğimiz alanlardan biri Ar-Ge’dir” demek için, topluma, “Ar-Ge alanlarında bir araya gelebilirsiniz” diyebilmek için çıkartmış olduk, yani sadece

uyum için değil. Teknoloji Transferi tebliği ve kılavuzunu ağırlıklı olarak Topluluk ve ABGS'nin baskısı nedeniyle yaptık.

Ne Ar-Ge'de, ne de teknoloji transferinde çok sayıda başvuru vardır; bu salondakilerin çoğu bilir.

M. Haluk ARI (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Bildiğim kadarıyla bugüne kadar ar-ge'yle ilgili bir tane kararımız var. Teknoloji Transferi tebliği çıktıktan sonra bir tane karar çıktı, diğerinin de gerekçeli kararı yolda diye biliyorum. Teknoloji transferiyle ilgili sonraki kararlardan bir tanesi, daha önceden verilen bireysel muafiyet kararının süresinin dolması üzerine yenilenmesi kararı. Daha önceki dönemde de bu tarzda birkaç tane karar var ve yanlış hatırlamıyorsam sayısı üçü geçmiyor.

Asıl bir şeyin altını çizmek lazım. Biz o dönemde çok şaşırmiştık; teknoloji transferini beklerken fasonla ilgili... Onu da burada belirtmek lazım. Fasonla ilgili 13-14 tane Kurul kararı var. Gittiğimiz her ortamda bize sorulan soruların hepsi teknoloji transferi yerine fasonla ilgiliydi. Ona ilişkin bir beklenti varmış. O noktada da yaptığımız işin doğru olduğunu gördük. Dolayısıyla, İsmail Beyin dediği gibi, -beni kurtardı- fazla kararımız yok; ama elimizden gelen de bu. Yapacak bir şey yok. Teşekkürler.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Ar-Ge işbirliklerine ilişkin dahi kılavuz sistemi daha avantajlı (örneğin teşebbüsler arasındaki yatay anlaşmalara dair bir kılavuz.) Böylece teşebbüsler karşılaştırma imkânı yakalayabilir; "rakiplerimizle ne tür anlaşmalar yaparsak başımız derde girer, ne tür anlaşmalar yaparsak başımız derde girmez?" Hatta Rekabet Kurumu da yönde, belki sanayi politikası bağlamında teşvik edici olabilir. Mesela iş kümelenmesi gündeme girebilir. Niye girmesin? Kılavuz sisteminde daha esnek olabiliriz. Ben ilk defa bu kürsüden, bu meselenin geçmişinin böyle olduğunu ifade edilmesini çok yerinde buluyorum, önemli bir gelişme; İsmail Hakkı Bey'e ayrıca teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Buyurun.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN (Rekabet Kurumu Başkan Başdanışmanı)- Benim sorum öncelikle Ayşe Hanıma. Ayşe Hanımın tebliği beni biraz şaşırttı. Başlangıçta anlatılan şeyleri (sanayileşme stratejisi, planlama vesaire) dinlediğim zaman dedim ki, öyle bir konuşma yapıldı ki, bunun karşısında birilerinin rekabet savunuculuğu yapması lazım. Söylenenler bana yanlış anlaşılmaya fevkâlade elverişli gibi geldi. "Planlama, sanayi planlaması, strateji" dediğiniz anda piyasa biter; "kaynak tahsisini devlet yapsın, yönlendirsin" dediğiniz anda piyasa biter. Rekabetin özünde, fiyat sisteminin

yol göstermesi vardır. Piyasanın daha iyi çalışması için veya çalışmadığı alanlarda düzenleme devreye girer.

Sorum şu: Siz düzenlemeyi mi savunuyorsunuz, müdahaleyi mi savunuyorsunuz? Müdahaleyi savunuyorsanız, bunun rekabetle uyumlu olmadığını kesinlikle söyleyebilirim. Anlattıklarınız, devlet müdahalesini savunuyorsunuz izlenimi veriyor. Bu da aslında özde, 20 yıl önceye geri dönmek, Rekabet Kurumunun kapısını kapatmak anlamına geliyor.

İkincisi; Avrupa Birliği'ne uyma meselesi. Avrupa Birliği'ne sadece uyum yapmak için hareket etmek tabii doğru değil ama, bir şey eğer rekabete uygun ise, bu rekabete uygun şeyi Avrupa Birliği de savunuyorsa, bize "yapın" diyorsa biz yaparız. Eğer rekabete uygun değilse Avrupa Birliği'ne deriz ki, bu sizin düzenlemeniz rekabete uygun değil, biz bunu onun için yapmıyoruz. Bu şekilde ortaya çıkabilmek lazım. "Avrupa Birliği'ne uymayalım" ya da "işimize gelirse uyalım" söylemleri fevkalade tehlikeli. Dolayısıyla, "Avrupa Birliği'ne uyalım-uymayalım, kendi işimize geleni yapalım" söylemini mutlaka "rekabete uygunluk" kavramıyla tanımlamak gerekiyor. Belki ben söylenenleri yanlış anladım daha açıklık gelsin diye söz aldım. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Açıklama yapma fırsatını verdiğiniz için çok teşekkürler.

Hemen çok somut konuya gireyim. Devlet yardımlarıyla ilgili tebliğimde bazı ifadeler var; yani iş geliyor sonunda oraya dayanıyor. Çok açık bir ifade; teşvik, devlet yardımları vesaire. Bununla ilgili Rekabet Kurumunun sürece dahil edilmek üzere olmasını ben son derece olumlu görüyorum. Belki de, ileri sürdüğüm ince bir nokta. Dediğiniz gibi, 20 yıl öncesinin, "hadi gidelim, şimdi Güneydoğu'ya yatırım yapın, yapana şu kadar teşvik veriyorum, ihracat yapana şu kadar teşvik", bu şekildeki bir yönlendirme kesinlikle vasıfsız bir yönlendirme ve bundan hayırlı bir sonuç çıkmadığı biraz da acı deneylerle ortaya çıkmış. Dolayısıyla, rekabet politikasının daha da önemli bir görevi oluyor. Rekabeti dışlayarak piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi mümkün değil. Dolayısıyla, devletin bu yönlendirme işlevi "yeni sanayi politikası" adı altında geçiyor ve devlet, özel sektörle birlikte risk alıyor; yeni eğilim literatürde bu şekilde ifade ediliyor. "Tereciye tere satma -başta Erdal Türkan Hocamızdan çok özür diliyorum- durumları" olduğunun farkındayım ama, farklı bir anlayış geliyor ve bu kesinlikle sizin bahsettiğiniz, 20 yıl öncesinin sanayi politikaları anlayışı değil; benim gördüğüm böyle. Bunun için de, çok önemli olan ne? Bilgi ve yönlendirme

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- İki ayrı.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Evet evet.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- “Yönlendirme” deyince rekabet biter, bilgilendirme olur.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Mesela Seramik Üreticilerine ilişkin karardan gidiyorum (Rekabet Kurulunun 2007’de verdiği, 2009’da yayınlanan karar.) Aşırı kapasite sorunu olduğu karardan çok açık bir şekilde görünüyor, aşırı kapasite var. Bizatihi bu bile bence piyasaya çok önemli bir sinyal. Acaba devlet bu konuda bir bilgilendirme...

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- Bilgilendirme yapılabilir.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Peki, yönlendirmeye de gidemez mi? “Sonra bırakacağız teşebbüsler kendileri karar verecekler” diyorsunuz değil mi?

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- Evet bu konuda en iyi kararı onlar verir.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Belki de, “onların algılayabildikleri kaliteli bilgi” demek gerekiyor. Çok teşekkürler.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Son sözü isteyen Murat Bey. Bu arada, Murat Bey benim oğlum. Karakterlerimiz farklıysa da iyi çocuktur.

Av. Murat ÖZSUNAY (İstanbul/Frankfurt Barosu Avukatı)- Çok teşekkür ederim. Çok kısa bir şey soracağım.

Yalnız tüzel kişilik olarak şirketlere birtakım cezalar verilmesinin ötesinde, bunu ortaya koyan aslında gerçek kişilerdir, yani etten kemikten insanlardır, bunlara da ayrıca, özellikle yönetim kurulu üyelerine de kişisel olarak cezalar verilmesinin etkili olduğunu söyledi. Bu noktada, bu, ceza hukukunun da alanına giriyor ve ceza hukuku yargılamasıyla, - biliyorsunuz, Rekabet Kurulu aslında idari bir Kuruluş, sonra yargı denetimi var ama, o yargı denetimi de, idari yargı denetimi- ayrıca bu kişilere bir ceza da söz konusu olacaksa, acaba bunlar farklı makamlarda, farklı mahkemelerde mi görülmeli, mesela Ceza Kanununa göre klasik ceza yargısı içerisinde ayrılarak mı görülmeli; bunu yüksekle, -soruyu fazla uzatmak istemiyorum- soruyorum. Kendisine bir de, özellikle İngiltere’de bunun nasıl yapıldığı, yapıp yapılmadığını sormak istiyorum.

Ayşe Hanım, çok detaylı tebliğinizde, bir cümleyle de olsa ihtisas mahkemelerinden bahsettiniz (“daha mı iyi olur” gibi.) Acaba, böyle bir ihtisas mahkemesi oluşacak olursa, böyle bir klasik cezai boyut, gerçek kişilere verilen

ceza boyutunda, bu ihtisas mahkemesinin, -öyle bir düşünceniz var mı?- buna da bakabilmesi mümkün olur mu, yoksa o ayrı mıdır? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Richard WHISH- Bu çok iyi bir soru. Öncelikle izleyicilere kısaca söylemek istediğim bir şey var. Aşağıda oturduğumda çeviriyi çok iyi duymama rağmen, yukarı çıktığımda buradaki elektromanyetik titreşimler çeviriyi duymamı engelliyor.

Bu güzel bir soru ve oldukça karmaşık bir konu. Bunu nasıl yapacağımızı çok dikkatli bir şekilde düşünmemiz gerekiyor. 2002 tarihli İşletme Kanunu kapsamında fiyat tespiti spesifik suçlar kapsamına alındı. Bu nedenle, bu tür durumlar söz konusu olabilmektedir ve British Airways – Virgin Atlantic vakasında bu duruma rastlanmıştır. Söz konusu vakada, Antlaşmanın 81. Maddesi veya sizin kartel kanunuza göre, British Airways ve Virgin Atlantic birer teşebbüstür. Bu nedenle, British Airways veya Virgin Atlantic'e karşı dava açmak ve onlara idari ceza vermek mümkündür. Bu vakada, Virgin Atlantic karteli ele vermiştir ve böylece hiçbir ceza almamıştır. British Airways ise rekabeti kısıtlayan bir anlaşma yaptığını kabul etmiş ve 120 milyon sterlin tutarında bir ceza ödemiştir.

Sizin sorunuz bireylere karşı uygulanan cezai yaptırımlar ile ilgiliydi. İşletme Kanununda ceza gerektiren suçlara ilişkin özel bir bölüm bulunmaktadır. Burada fiyat tespiti anlaşması bir irtikâp suçudur. Bu suç bir teşebbüs tarafından değil, bir kişi tarafından işlenmektedir. Bu açık bir şekilde bir suçtur. Bu nedenle, kişilere beş yıla kadar hapis cezası verilebilir ve burada karışıklığa neden olan bir konu da bir teşebbüs olarak British Airways'in çıkarlarının hapse girme riski ile karşı karşıya olan kişilerin çıkarlarından oldukça farklı olabilmesidir. Bu açıdan, teşebbüsler ile kişiler kanuni olarak farklı şekillerde temsil edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi gereğince, kişilerin ceza mahkemesinde yargılanması gerekmektedir. Bu davalara OFT'ye karşılık olarak SFO (Serious Fraud Office) bakmaktadır. OFT'nin hem teşebbüslere karşı uygulanan idari cezalar hem de kişilere karşı uygulanan cezai yaptırımlar ile ilgilenmesi nedeniyle, idari cezalardan sorumlu ekip ile cezai yaptırımlardan sorumlu ekip arasında sıkı bir güvenlik duvarı bulunmalıdır. Böylece iki tarafın birbirinin dosyalarına erişimi engellenir çünkü ceza davasında ceza hukukunun tüm gerekleri yerine getirilmelidir. Bunlara örnek olarak avukat bulundurma hakkı, ihtar hakkı ve çapraz sorgunun kayda alınması verilebilir. İspat yükümlülüğünde de farklılık söz konusudur. British Airways'e karşı uygulanan idari cezada, ihtimaller dengesi dikkate alınmalıdır. Kişilere karşı uygulanan cezai yaptırımlarda şüpheye yer bırakmayacak deliller gerekmektedir. OFT ceza davalarında tek başına karar veremez. Dava ceza mahkemesinde görülür ve Türkiye'de nasıl bir uygulama söz konusu

bilemiyorum ama İngiltere’de kararı jürinin verdiği duruşmalar yapılmaktadır. Bu nedenle, kişi irtikâp suçunu işlemiş ya da işlememiş olsun, bu karar kanıtları dinleyen ve daha sonra davranışın irtikâp olup olmadığına karar veren sıradan kişilerden oluşan 12 kişilik bir jüriye aittir ve kişinin suçlu olması için irtikâp suçunu işlemiş olması gerekmektedir. 81. Maddenin ihlal edilmesi için Avrupa Komisyonu’nun irtikâp suçunun işlendiğini kanıtlaması gerekmemektedir. Bu noktada irtikâp nedir sorusu karşımıza çıkıyor. Burada İngiliz kanunlarında irtikâbın ne anlama geldiğini açıklamayacağım, ancak bildiğimiz gibi irtikâbın ne olduğu ve ne olmadığına ilişkin uzun bir paragraf içeren bir vaka bulunmaktadır. Sonuç olarak, bu karar halk arasından seçilecek 12 kişi tarafından verilecektir. Söylemek istediğim bunların birbirinden çok farklı süreçler olduğudur.

Oturum Başkanı- Teşekkürler. Buyurun.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Teşekkür ederim. İhtisas mahkemeleri üzerinde çok düşünmedim ama Profesör Whish’in de anlattıklarını dikkate alırsak, fiilen bu işi yapanların suçlu olduğuna dair eğer kişiler üzerinde “kanunilik” ilkesi gereği suç oluşturulursa (suçta, cezada) mahkeme tarafından bir karar verilecek. Hem prosedür açısından, hem masraf açısından bunun değerlendirilmesi lazım. Daha sonradan, caydırıcılık vesaire açısından yararlı olacaksa bu şekilde, belki ihtisas mahkemesi kapsamında, bir ceza mahkemesi de oluşturulup bu konulara bakılabilir. Hatta şöyle de düşünülebilir (özel hukuk alanındaki sonuçları da var). Mesela özel hukuk alanındaki sonuçlara gidilebilecek yine ihtisas mahkemeleri olsa, onlar da hukuk mahkemesi olsa, fikri ve sınai haklarda olduğu gibi, ihtisas mahkemesi olarak böyle bir hukuk-ceza mahkemeleri birlikteliği olsa nasıl olur?

Aslında, benim oraya ihtisas mahkemesi diye yazarken aklımdaki şey şuydu: Rekabet Kurulu kararlarının gideceği üst merci olarak, Danıştay’ın 13’üncü Dairesi yerine, yargı kurumu içerisinde, başka bir üst merci, bu konuda ayrıca uzmanlaşmış bir mahkeme, böyle bir sistem oluşturulabilir mi veya Danıştay’ın içerisindeki sistem farklılaştırılabilir mi şeklinde düşünmüştüm.

Oturum Başkanı- Çok teşekkür ederim. Her üç meslektaşına da sunmuş oldukları zengin içerikli sunumlar için içtenlikle teşekkür ederim.

Birçok şey öğrendik ve birçok tartışmalı konuyla karşı karşıya geldik. Bu konularda soru sorarak tartışmaları zenginleştiren katılımcılara da teşekkürlerimi sunarak oturumu kapatıyorum.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII**

*17-18 Nisan 2009
KAYSERİ*

II. OTURUM

*Oturum Başkanı
Fevzi ÖZKAN*

Fevzi ÖZKAN (Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı)- Değerlendirme Kurulu Üyelerinin isimlerini telaffuz ederek başlamak istiyorum:

Profesör Doktor Ünal Tekinalp, Profesör Doktor Erdal Türkkkan, Profesör Doktor Yılmaz Aslan, Profesör Doktor Ercüment Erdem, Profesör Doktor Osman Berat Gürzumar, Profesör Doktor İsmail Kayar, Profesör Doktor Ali Cem Budak, Doçent Doktor Nurkut İnan, Yardımcı Doçent Doktor Kerem Cem Sanlı, Kurul Üyesi Mustafa Ateş, Kurul Üyesi İsmail Hakkı Karakelle.

Böyle zorlu bir süreçten geçerek bu makaleler, bu tebliğler yarışma neticesi belirleniyor.

Burada ismi geçen bu jüri üyelerine verdikleri değerli katkılar adına teşekkür etmeyi bir borç biliyorum.

Bu bölümde, birinci, ikinci ve üçüncü olan üç adet tebliğ sunumuna geçiyoruz. Birinci olarak değerlendirilen, “Kamu İhalelerinde Kamu ve Özel Kesim Yönünden Rekabet Denetimine İlişkin Güncel Sorunlar” konulu bu tebliği Avukat Sinan Naipoğlu ve Stajyer Avukat Deniz Ulaş Göçen sunacaklar.

KAMU İHALELERİNDE KAMU VE ÖZEL KESİM YÖNÜNDE REKABET DENETİMİNE İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR

Av. Sinan NAIPOĞLU*, Stj. Av. Deniz Ulaş GÖÇEN**

İÇİNDEKİLER

I. GİRİŞ

II. REKABET KANUNU'NUN KAMU İHALELERİNDEKİ UYGULAMA ALANI

A. Rekabet Kanunu'nun 4. Maddesi Kapsamında

B. Rekabet Kanunu'nun 6. Maddesi Kapsamında

1. Yıkıcı fiyat uygulaması
2. Seçici fiyat uygulaması
3. Piyasaya girişlerin engellenmesi
4. Ayrımcılık

C. Rekabet Kanunu'nun 7. Maddesi Kapsamında

III. KAMU İHALELERİNDE KARŞILAŞILAN ÇEŞİTLİ GÜNCEL SORU(N)LAR

A. Bir ihalenin Kamu İhale Kanunu'na aykırılık nedeniyle iptal edilmiş olması, bu ihale ile ilgili olarak Rekabet Kanunu'na aykırılık nedeniyle Rekabet Kurumu'nca önaraştırma/soruşturma yürütülmesine engel teşkil eder mi?

B. Rekabet Kurulu'nun Rekabet Kurumu'na yapılan şikayet başvurusu öncesinde kesinleşmiş olan bir ihalede rekabetin ihlal edildiğine karar vermesi halinde, ihalenin Kamu İhale Kanunu ve Rekabet Kanunu kapsamında rekabete uygunluğu açısından farklı sonuca ulaşılması hukuki açıdan sakınca doğurur mu?

C. Kamu İhale Kurulu'nca itirazın şikayet incelemesi devam eden bir ihaleye ilişkin olarak, Rekabet Kurulu'nun soruşturma açılmasına karar

* İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Bölümü ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

** İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

vermesi halinde; Rekabet Kurulu'nun bu kararı, Kamu İhale Kurulu'nun itirazın şikayet üzerine vereceği kararı ne yönde etkileyebilir?

- D. Ana teşebbüslerin bölge münhasırlığı verdiği veya münhasır müşteri grubu tahsis ettiği bayileri/distribütörleri, hangi hallerde tahsis olunan bölge veya müşteri grubu dışındaki kamu alımlarını karşılayabilir?
- E. Ana teşebbüslerin ihalelere distribütörleri/bayileri ile katıldığı hangi hallerde rekabet ihlalden bahsedilebilir?
- F. İhaleyi boykot hangi hallerde bir rekabet ihlali teşkil eder?
- G. İhale ve teknik şartnamelerin ve ihale sürecindeki diğer idari işlem ve eylemlerin rekabet (ex ante ve ex post) denetimi nasıl sağlanabilir?
- H. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen, ihalenin sadece yerli isteklilere açık olması ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulama imkanı ne ölçüde rekabet denetimine tabi tutulabilir?

IV.SONUÇ

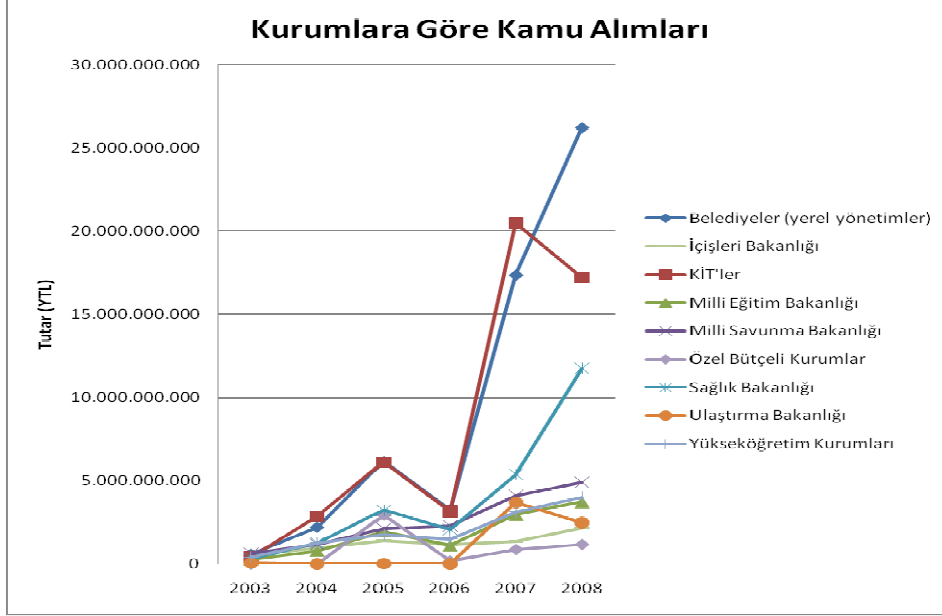
KAYNAKÇA

I. GİRİŞ

Özellikle 1990'lı yıllardan itibaren artan özelleştirmelere rağmen, pek çok sektörde kamu kesimi hala başlıca alıcı konumundadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2003 tarihinden 2009 yılına kadar geçen altı yıllık dönemde gayrisafi milli hasıla yaklaşık %100 oranında (yani 1 kat) artarken, kamu alımları aynı dönemde yaklaşık 13 kat artmıştır. Bunun sonucunda, 2003 yılında kamu alımlarının gayrisafi milli hasıla içindeki payı %1.3 civarında iken, bu oran 2008 sonu itibariyle %10'u bulmuştur.¹ Kamu alımlarının gayrisafi milli hasılanın içerisindeki payının bu derece artmasında, 2001 ekonomik krizi ile birlikte ciddi anlamda kısılan kamu harcamalarına 2002 yılından itibaren yeniden hız verilmesinin etkisi yadsınamaz.² Kamu alımlarındaki artış, 2003-2008 yıllarında kamu alımı gerçekleştiren başlıca kurumların alım tutarlarını gösterir aşağıdaki grafikten de görülebilir.

¹ Kamu İhale Kurumu'nun 2003-2008 dönemine ait istatistik raporlarından (www.ihale.gov.tr/istatistik) ve Türkiye İstatistik Kurumu'nun aynı döneme ait GSYİH ve Dış Ticaret Dengesi verilerinden (http://www.tuik.gov.tr/ulusalhesapapp/ulusalhesap_zul?tur=1) yararlanılarak hesaplanmıştır. GSMH hesaplamasında, idareler açısından kamu alımlarının bir harcama kalemi olduğu dikkate alınarak harcama esasına dayalı GSYİH kullanılmıştır.

² Emek, 1997-2001 dönemine ilişkin yaptığı hesaplamada, kamu alımlarının gayrisafi milli hasıla içindeki payının yaklaşık yüzde 11-12 oranında olduğu sonucuna ulaşmıştır. (Bkz. Emek, U. Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayını, 2002, sf. 2). Emek, bu hesaplamayı yaparken, bizim yukarıda yaptığımız gibi harcama esasına dayalı GSYİH'yi değil, üretim esasına dayalı GSYİH'yi ve kendisinin çeşitli kaynaklardan derlediği kamu alım tutarlarını kullanmıştır. Bu noktada kamu alımlarına ilişkin istatistiklerin 01.01.2003 tarihinden itibaren Kamu İhale Kurumu tarafından sistematik şekilde tutulmaya başlandığı ve gayrisafi milli hasıla hesaplanırken kullanılan yöntemin (harcama - üretim yöntemi) farklılık gösterdiği dikkate alınmalıdır.



Grafik-1: Başlıca Kamu Kurumlarının Yıllara Göre Kamu Alım Tutarları (2003-2008)³

Kamu alımlarının Türkiye ekonomisindeki payı dikkate alındığında, kamu ihale sürecinin ne ölçüde rekabetçi olduğu önem kazanmaktadır. İşte bu önem nedeniyle çıkarılan Kamu İhale Kanunu'nun, kamu ihalelerinde⁴ rekabetin sağlanması amacıyla yönelik olarak getirdiği başlıca düzenlemeler şunlardır:

Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrası, idarelere ihalelerde rekabeti sağlama görevi yüklerken, bunu destekleyici bazı ilkeleri (eşit muamele, kamuoyu denetimi, gizlilik) de sıralamaktadır. Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrasında ise, ihaleye ilişkin teknik şartnamelerde yer verilen teknik kriterlerin rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve fırsat eşitliği sağlanması öngörülmektedir. Benzeri bir düzenleme, Kamu İhale Kanunu'nun 20.11.2008 tarih ve 5082 sayılı Kanun ile değiştirilen ve 20.02.2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ek 2. maddesi ile çerçeve anlaşmalar açısından da getirilmiştir. Bu hükümler, kanun koyucunun kamu

³ Kamu İhale Kurumu'nun 2003-2008 dönemine ait istatistik raporlarından (www.ihale.gov.tr/istatistik) yararlanılarak hazırlanmıştır.

⁴ Kamu İhale Kanunu'nun 2. Maddesinde sayılan idarelerce yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri, bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Devlet İhale Kanunu kapsamından çıkarak Kamu İhale Kanunu'na tabi hale gelmiştir. Bu tebliğin devamında, "ihale"/"kamu ihalesi" ibaresi sadece Kamu İhale Kanunu'ndaki anlamı ile kullanılacaktır.

ihalelerindeki rekabetin ihaleye katılan isteklilerin yanısıra ihaleye çıkan idare tarafından da sınırlanabileceği gerçeğinin bilincinde olduğunu göstermektedir.

Kamu İhale Kanunu bir yandan idarelere ihalelerde rekabeti gözetme görevi yüklerden, bir yandan da ihalelerde rekabetin sağlanması ve korunması amacıyla yönelik somut bazı kurallar da içermektedir. Örneğin Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrası ile mal alımı, hizmet alımı ve yapım işlerinin birlikte ihale edilebilmeleri bunlar arasında doğal bir bağlantı olması şartına bağlanmış; 3. fıkrası ile, eşik değerlerin altında ve dolayısıyla bu kanundaki ihale usullerinin dışında kalmak amacıyla mal/hizmet alımlarının ve yapım işlerinin kısımlara bölünemeyeceği öngörülmüştür. Yine Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında, teknik şartnamelerde belirtilecek teknik özellik ve tanımlamaların belli bir marka ve modele yönelik olamayacağı, ancak ulusal/uluslararası bir standardın bulunmaması veya teknik özellikleri belirlemenin mümkün olmaması halinde “ve dengi” ibaresi eklenmek şartıyla marka veya model belirtilebileceği düzenlenmiştir.

Kamu İhale Kanunu, ihalelerde rekabetçi bir ortamın sağlanması amacıyla yönelik olarak 5. maddesinin 4. fıkrasında bu kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usullerini temel usuller olarak saymıştır. Pazarlık usulü ve 15.08.2003 tarihli değişiklik ile ihale usulü olmaktan çıkarılan doğrudan temin yolu ise ancak belirli şartlar altında başvurulabilecek alım yöntemleridir. Yine ihalelerde rekabetin artırılması amacıyla, ihale ve ön yeterlilik ilanlarının daha fazla istekliye ulaşabilmeyi sağlayacak şekilde yayımlanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Son olarak, Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinin 1(b) fıkrası uyarınca, ihaleye katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak yasaklanarak; bu yasağın ihlali, 17. maddenin son fıkrasının atfı ile 58 ve 59. maddelerde düzenlenen ihalelere katılmaktan men ve cezai yaptırıma tabi kılınmıştır.

Öte yandan Kamu İhale Kanunu'nda rekabeti sağlama ve korumaya yönelik tüm bu düzenlemeler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (“**Rekabet Kanunu**”) kamu ihaleleri bakımından uygulanmasına herhangi bir engel teşkil etmemektedir.⁵ Aksine Kamu İhale Kanunu ile Rekabet Kanunu, kamu ihalelerinde rekabet denetimine yönelik tamamlayıcı nitelik

⁵ Bilir, H., İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları: Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Rekabet Kurumu Yayını, 2004, sf. 76 (Sayfa numaraları, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/tezler/tez50.pdf> linkinden ulaşılan nüshaya göre verilmiştir.)

taşımaktadır.⁶ Kamu İhale Kanunu, yukarıda aktardığımız hükümlerden de anlaşılacağı üzere kamu ihalelerinde esasen rekabetin ihale süreci boyunca sağlanmasına (ex ante denetim) yönelik düzenlemeler içerirken⁷, Rekabet Kanunu ise esasen rekabetin ihale sürecindeki ihlallere karşı korunmasına (ex post denetim) yönelik bir işlev görmektedir⁸.

Rekabet Kurulu'nca da kabul görerek uygulanan bu görüş, Kamu İhale Kurulu'nun ihalede rekabetin oluşmamasına neden olunması, Rekabet Kurulu'nun ise ihale sürecindeki rekabet ihlalleri neticesinde ayrı ayrı idari yaptırım uygulamasının, aynı fiilden ötürü çifte idari yaptırım uygulanması sonucunu doğurması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir.⁹ Bu noktada Kamu İhale Kurulu (ihalenin iptali ve ihaleye katılma yasağı) ile Rekabet Kurulu (idari para cezası) tarafından uygulanacak idari yaptırımların amaçlarının ve korudukları kamusal menfaatlerin tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Kamu İhale Kurulu'nca uygulanan ihalenin iptali ve ihaleye katılma yasağı yaptırımları, yeni çıkılacak ihalelerde rekabetin oluşmasını sağlamaya yönelik iken; Rekabet Kurulu'nca uygulanan idari para cezası yaptırımının esas amacı rekabetin kısıtlanması nedeniyle ülke kaynaklarının verimli kullanılamaması sonucunda oluşan toplumsal refah kaybının giderilmesidir. Dolayısıyla her iki idari yaptırımın amaçlarının ve koruduğu kamusal menfaatlerin farklı olması nedeniyle; Kamu İhale Kurulu ve Rekabet Kurulu'nca ayrı ayrı idari yaptırım uygulanmasının, çifte yaptırım olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Öte yandan, kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması ve korunması, birbiriyle yakından bağlantılı olduğundan ve çok kere iç içe geçtiğinden, ihale piyasalarında –diğer piyasalardan daha belirgin bir şekilde- ex ante ve ex post denetim arasında kesin çizgiler çizilmesi güçtür. Nitekim kanaatimizce, ihale piyasalarının yapısal özellikleri (oyunun şartlarının idarece önceden belirlenmesi) nedeniyle ex ante-ex post denetim arasındaki sıkı bağlantının

⁶ Aynı yönde bkz. Bilir, sf. 12

⁷ İhalenin daha fazla istekliye ulaşılarak yapılması için getirilen çeşitli mekanizmalar ve belirli hallerde ihalenin önceden iptal edilme imkanı, Kamu İhale Kanunu açısından ex ante denetimin öncelikli amaç olduğunu göstermektedir. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda rekabeti engelleyici teknik şartname ve çerçeve anlaşmalar ile rekabete aykırı fiil ve anlaşmaların yasaklanması ve ihaleden men ve cezai yaptırımların öngörülmesi, rekabetin sağlanması kadar rekabetin korunmasına da hizmet eder niteliktedir.

⁸ Kamu ihalelerinde teklif veren ortak girişimlerin ve kamu alımının karşılığında bir kullanım imtiyazı sağlamak suretiyle gerçekleştirilecek özelleştirmelerin, Rekabet Kanunu'nun 7. Maddesi ve ilgili ikincil mevzuat kapsamında ex ante denetime tabi olduğu dikkate alınmalıdır. Bkz. Emek, sf. 45.

⁹ Aslan, İ.Y., Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, 2007, sf. 313-314

arttırılması, ihale piyasalarında rekabetin sadece özel kesim yönünden değil, kamu kesimi yönünden de denetlenebilir olması açısından önem taşımaktadır.

Tebliğin devamında, ihale piyasalarında ortaya çıkan rekabet ihlallerini Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7. maddeleri kapsamında kısaca değerlendirdikten sonra, Rekabet Kanunu'nun kamu ihalelerindeki uygulamalarına ilişkin çeşitli güncel sorunlar üzerinden yukarıdaki görüşümüzü açarak kamu ihalelerinde rekabet denetimine yönelik çeşitli öneriler getirmeye çalışacağız.

II. REKABET KANUNU'NUN KAMU İHALELERİNDEKİ UYGULAMA ALANI

Kamu ihalelerinde karşılaşılan rekabet ihlalleri; rekabete aykırı anlaşmalar, piyasaya girişlerin engellenmesi, yıkıcı/seçici fiyat uygulamaları ve ayrımcılık olarak sıralanabilir.¹⁰ Rekabete aykırı anlaşmalar, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında, yıkıcı/seçici fiyat uygulamaları ve ayrımcılık ise 6. madde kapsamında incelenirken, piyasaya girişlerin engellenmesi somut duruma göre 4. veya 6. madde kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, kamu alımlarında teorik olarak Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin uygulanması da gündeme gelebilir; ancak bu durum istisnai niteliktedir.

A. Rekabet Kanunu'nun 4. Maddesi Kapsamında

Satış fiyatının ve satış şartlarının tespiti, pazarın paylaşılması, arz miktarının kontrolü ve rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenmesi, kamu ihalelerindeki rekabete aykırı anlaşmaların doğurduğu başlıca ihlal türleridir. Kamu ihalelerinde bu ihlallerden bir veya birkaçını içeren özellikli bir durum ise "danışıklı teklif"tir. Danışıklı teklif, "ihale sürecinde, bir veya daha fazla katılımcının hiç teklif vermemek veya belirledikleri teklifi sunmak üzere yaptıkları anlaşma" şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹ Danışıklı teklif, özellikle satış fiyatının tespiti ve pazarın paylaşılması amacıyla uygulanmakta, anlaşmaya yanaşmayan rakipleri ise piyasa dışına itmeye yönelik bir araç olarak da kullanılabilir. Danışıklı teklifin özel görünüm biçimleri arasında tekliflerin sınırlandırılması, tamamlayıcı teklif ve dönüşümlü teklif sayılabilir.¹² Danışıklı teklif vermenin ödülü ise düzenli bir hasılat veya belirli bir bölgede tekel karı elde etmek ya da aynı ihalede taşeronluk almaktır.

İhale piyasasında ortaya çıkabilecek tipik rekabet ihlallerinin pek çok somut olay ve bulgu üzerinden tartışıldığı ender kararlardan olmaları nedeniyle,

¹⁰ Krş. Bilir, sf. 8 ve 44

¹¹ Bilir, sf. 42

¹² Bilir, sf. 42-43

aşağıda Rekabet Kurulu'nun Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararları'nın (4 adet) özellikle dikkat çeken bölümleri tartışılacaktır.¹³ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca tıbbi sarf malzemeleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında anlaşmak suretiyle ihalelere katılıp fiyat vermedikleri, konsinye malzemeleri geri çektikleri ve malzeme teslimlerini durdukları gerekçesiyle Rekabet Kurulu'na yapılan şikayet üzerine¹⁴, Rekabet Kurulu'nca Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1'de “şikayet konusu iddiaların 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla iddialara yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.”¹⁵ Rekabet Kurulu'nun bu kararında, (a) ihalelerdeki fiyat teklifleri çeşitlilik arz ettiğinden fiyat tespitine yönelik bir anlaşma veya uyumlu eylemin bulunmadığı, (b) muhammen bedeller en düşük teklifi veren firma dahil olmak üzere hiçbir firmanın alım fiyatını karşılamadığından bazı ürünlerde açık eksiltme usulü ile yapılan ihalelere¹⁶ teklif verilmemesinin rekabete aykırı olmadığı, (c) sadece belirli ürün fiyatlarındaki %1-2'lik artışın tekliflerin özellikle yüksek tutulduğu anlamına gelmediği, (ç) rakiplerin engellenmesi amacına yönelik düşük fiyat teklif verilmesine ilişkin bir bulguya ulaşılamadığı, (d) bedeli henüz ödenmemiş olan konsinye malzemeler kullanılmadığı müddetçe firmaların mülkiyetinde kaldığından ticari belirsizliklerin giderilmesi amacıyla firmaların bu malzemelerini geri çekebilecekleri gerekçelerini dikkate alınmıştır.¹⁷

Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1'in Danıştay 13. Dairesi'nin 22.06.2005 tarih ve 938 E-3245 K. sayılı kararıyla “yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı” gerekçesiyle iptal edilmesi üzerine Rekabet Kurulu, şikayet edilen teşebbüsler hakkında soruşturma açmaya karar vermiştir.¹⁸ Soruşturma neticesinde alınan Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2'de; tıbbi sarf malzemeleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin arz, fiyat ve satım şartlarını rakiplerle

¹³ Kamu ihalelerinin Rekabet Kanunu'nun 4. Maddesi kapsamında değerlendirildiği ilk kararlardan Rekabet Kurulu'nun 23.03.2000 tarih ve 00-11/109-54 sayılı Çiğ Süt Piyasası Kararı ve 27.02.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı İçten Yanmalı Motor Yenileme Kararı'nın özet değerlendirmesi hakkında bkz. Bilir, 78-80

¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı Kararı (“**Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1**”), sf. 1-2

¹⁵ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1, sf. 4

¹⁶ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1'deki şikayet konusu kamu (alım) ihaleleri, Kamu İhale Kanunu o dönemde henüz yürürlüğe girmediğinden Devlet İhale Kanunu'na tabi idi.

¹⁷ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-1, sf. 2-3

¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı Kararı (“**Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2**”), sf. 3

birlikte belirlemek ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettiklerine ve cirolarının %2-5 oranında idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.¹⁹

Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2'de yer verilen aşağıdaki ifadeler kararın kısa bir özeti niteliğindedir:

“Tespitler bölümünde sunulan delillerin incelenmesinden, 2001 yılı sonunda ve 2002 yılı içerisinde kardiyoloji malzemesi sağlayıcısı ve dağıtıcısı birtakım teşebbüslerin; reçeteli sistemin uygulanmasına devam edilmesini ve yüksek kar marjları içeren fiyat düzeylerinin sürdürülmesini sağlamak; zorunlu kalmırsa eski protokollerin yenilenerek bir nebze fiyat indirimiyle o zamanki mevcut düzenin sürdürülmesini temin etmek amacıyla Ankara'da Çetin Emeç'te, Uludağ Restoran'da, Sesa Firmasının Ofisinde, Tera firmasının ofisinde; İstanbul'da Altunizade'de, Mutlu Medikim'in yeni bir ofisinde veya başkaca yerlerde çok sayıda toplantı düzenledikleri; Kardiyoloji Çalışma Grubu, Stent Grubu ve Pacing ve Elektrofizyoloji Malzemeleri Dağıtıcısı Firmalar Platformu isimleri altında çalışma grupları oluşturdukları ve bu grupların çatısı altında; mal vermeme boykotu, konsinyelerin çekilmesi, ürünlerin fiyat ve diğer arz koşullarının belirlenmesi, yeşil kartlı hastalara ve acil durumdaki hastalara satılacak pillerin sıraya konulması ve rakip durumdaki teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik kararlar aldıkları anlaşılmaktadır.”²⁰

Rekabet Kurulu'nun bu sonuçlara varmasını sağlayan bulgular arasında, şikayet edilen teşebbüsler arasındaki protokol, etik kodeksi, hastane ve diğer sağlık kurumlarına gönderilen ortak imzalı yazı ve e-posta yazışmalarının yanısıra, Ankara 1 ve 2 No'lu DGM kararı ile yapılan telefon dinlemeleri neticesinde elde edilen iletişim kayıtları²¹, polis²², savcılık²³ ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğü'nde²⁴ verilen ifadeler de yer almaktadır. Rekabet Kurulu'nca hakkında soruşturma yapılan teşebbüs ve yöneticileri hakkında aynı zamanda savcılık soruşturmasının açılmış olması, Rekabet Kurumu'nun savcılık soruşturma raporunu incelemek suretiyle çok zengin bir delil listesine ulaşmasına imkan sağlamıştır. Söz konusu teşebbüsler (a) Rekabet Kurulu'nca savcılık soruşturmasına paralel bir soruşturma başlatılarak karar verilmesinin hakim kararını etkileyeceği²⁵, (b) Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen

¹⁹ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 96-99

²⁰ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 91

²¹ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 14, 31-33, 36-37, 43-51, 55, 58-64, 66-67

²² Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 24-25, 27

²³ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 25-26

²⁴ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 25, 27

²⁵ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 76

yargılamada cezalandırılmış olan soruşturma taraflarına Rekabet Kanunu kapsamında tekrar ceza verilmesinin hukuka aykırı olacağı²⁶ ve (c) savcılık soruşturma raporunun iddianame niteliğinde olması nedeniyle Rekabet Kurulu'nca yürütülen soruşturmada delil olarak kullanılamayacağı²⁷ gerekçeleriyle söz konusu karara usul yönünden itiraz etmişlerse de, bu itirazlar Rekabet Kurulu'nca aşağıda özetlediğimiz gerekçeler ile yerinde görülmemiştir.

Rekabet Kurulu, savcılık soruşturmasına paralel bir rekabet soruşturmasının yapılmasının hakim kararını etkileyeceği yönündeki itirazı; Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davanın bir ceza yargılaması, Rekabet Kurulu'nca yürütülen soruşturmanın ise bir idari soruşturma olduğu ve dolayısıyla bunların farklı hukuki düzenlemelere tabi, bağımsız iki organ (yürütme-yargı) tarafından gerçekleştirilen iki ayrı işlem oldukları, bu nedenle de Rekabet Kurulu'nca yürütülen soruşturma neticesinde teşebbüsler aleyhinde bir karar vermesinin Ağır Ceza Mahkemesi hakimince gerçek şahıslar hakkında verilecek karara etki etmeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Kararda, rekabet ihlalinin unsurları ile suçun unsurlarının farklı olduğu, Rekabet Kurulu'nca teşebbüsler hakkında soruşturma yürütülürken ceza yargılamasında gerçek şahısların davalı konumunda olduğuna yer verilmiştir.²⁸ Rekabet Kurulu'nca yürütülen idari soruşturma ile ceza davası, unsurları yönünden farklılık taşısa da, kamu ihalelerinde rekabetin engellenmesinin ihaleye fesat karıştırmak kapsamında değerlendirilerek bir suç teşkil ettiği dikkate alındığında²⁹, Rekabet Kurulu'nca yürütülecek soruşturmanın ceza yargılamasında delil niteliği taşıyabileceği kanaatindeyiz.

Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2'de hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce usul yönünden itiraz edilen ikinci husus ise, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen yargılamada cezalandırılmış olan soruşturma taraflarına Rekabet Kanunu kapsamında tekrar ceza verilmesinin Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesi dikkate alındığında hukuka aykırı olacağı yönündedir. Türk Ceza Kanunu'nun anılan maddesi uyarınca “işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Rekabet Kurulu, ceza yargılaması ve idari soruşturmanın farklı hukuki düzenlemelere tabi olduğu tespitini yineledikten sonra, “Ceza davasına konu olmuş herhangi bir eylem hakkında idare

²⁶ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 88

²⁷ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 78

²⁸ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 76

²⁹ İhaleye fesat karışırma suçunun yeni Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenme biçimi hakkında bkz. Altıparmak, C., “Devlet İhalesine Fesat Karışırma Suçu (YTCK. M. 235)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79 Sa. 2005/4, sf. 1164-1172

hukukunun kuralları uyarınca bir idari soruşturma yürütülmesinde ve bu soruşturma sonucunda idari bir yaptırım öngörülmesinde hukuken herhangi bir sakınca bulunmadığı”nı belirtmiştir.³⁰ Bu noktada vurgulanması gerektiği düşündüğümüz husus, kamu ihalelerinde rekabetin engellenmesinin bağımsız bir suç teşkil etmediği; öyle olsa idi dahi Türk Ceza Kanunu 44. maddesi kapsamında yapılacak bir itirazın, özerk nitelikte olsa da nihayetinde bir idari kurum olan Rekabet Kurumu nezdinde değil yargı merciine sunulması gerekeceğidir.

Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2’de hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerce usul yönünden itiraz edilen son husus, savcılık soruşturma raporunun iddianame niteliğinde olması nedeniyle Rekabet Kurulu’na yürütülen soruşturmada delil olarak kullanılamayacağıdır. Rekabet Kurulu, savcılık soruşturma raporundaki iddialara değil, bu iddiaların dayanağını teşkil eden ve savcılık soruşturması sırasında usulüne uygun bir şekilde toplanan delillerin dikkate alındığı gerekçesiyle Rekabet Kurulu’na yürütülen soruşturmada hukuken herhangi bir sakınca bulunmadığını belirtmiştir.³¹ Burada kanaatimizce esas tartışılması gereken husus, savcılık soruşturmasının gizliliği meselesidir. Savcılık soruşturmasına paralel olarak Rekabet Kurulu’na yürütülecek bir soruşturma neticesinde verilecek kararın savcılık soruşturması sonuçlanıp iddianame mahkemece kabul edilinceye kadar Rekabet Kanunu’nun 53. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Rekabet Kurumu’nun resmi sitesinde yayımlanmasının soruşturmanın gizliliği ilkesine aykırı olacağı, bu nedenle savcılık soruşturması sonuçlanıncaya kadar bu soruşturmayı etkileyebilecek herhangi bir kararın veya tefhim metninin Rekabet Kurumu sitesinde yayımlanarak kamuya duyurulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

B. Rekabet Kanunu’nun 6. Maddesi Kapsamında

Piyasaya giriş engelleri yaratmak ve yıkıcı davranışlarda bulunmak, kamu ihalelerinde hakim durumun kötüye kullanılmasına dair başlıca hallerdir. Ayrıca seçici fiyat uygulandığı ve eşit alıcılar arasında ayrımcılık yapıldığı iddiasına dayalı şikayetler de söz konusu olabilmektedir.

1. Yıkıcı Fiyat Uygulaması

İhalelerde rekabetçi bir ortamın oluşmasının öncelikli şartlarından birisinin, ihaleye katılacak istekli sayısının olabildiğince fazla olmasını sağlamaktan geçtiği kabul edilmektedir. Nitekim bütün isteklilerin teklif verebildiği açık ihale usulünde³², istekliler arasında herhangi bir ayırım

³⁰ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 88

³¹ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 78

³² Kamu İhale Kanunu madde 19

yapılmayarak istekli sayısının artırılması amaçlanmıştır. Belirli koşullar gerçekleştiğinde uygulanabilen belli istekliler arasında ihale³³ ve pazarlık³⁴ usullerinde ise, asgari istekli ve/veya teklif sahibi sayısı şartının³⁵ getirilmesi de yine aynı amaca yöneliktir. Ayrıca tüm ihale usulleri açısından ilan zorunluluğu öngörülerek, potansiyel istekli/teklif sahiplerinin gerekli ihale hazırlıklarını yapabilmelerine imkan sağlayacak şekilde zamanında ve doğru içerikte haberdar edilmesi düzenlenmiştir.³⁶ Böylece ihale sayısının artması neticesinde oluşabilecek bilgi eksikliğinin ve buna bağlı olarak ihalelerdeki rekabetin azalması riskinin önüne geçilmek istenmiştir.

İhalelerde istekli/teklif sahibi sayısının az olması, ihalede “en iyi” fiyatın oluşmasını temin edecek bir “yarışma”nın oluşmaması sonucunu doğurabileceği gibi, rekabetin ihlal edilmesine de zemin hazırlayabilecektir. Zira ihalelerin nicelik olarak artması ile doğru orantılı olarak ortalama ihale isteklisi sayısının düştüğü, düşük sayıda isteklinin yer aldığı ihalelerin de yıkıcı davranışlara daha uygun olduğu bilinmektedir.³⁷ Kamu (alım) ihalelerinde yıkıcı davranışlar ile kastedilen esasen yıkıcı fiyat uygulamalarıdır.³⁸ İhalelerde teklif edilen bedelin düşüklüğü, rekabet hukuku açısından yıkıcı fiyat, kamu ihale

³³ Kamu İhale Kanunu madde 20/1

³⁴ Kamu İhale Kanunu madde 21/1

³⁵ Kamu İhale Kanunu madde 20/3 ve 21/2

³⁶ Kamu İhale Kanunu madde 13, 24, 25 ve 26

³⁷ Bilir, sf. 50-53. Yazar, bu tespitini kamu satış/lisans ihaleleri yönünden örneklendirmekle beraber, kamu alım ihalelerinde de istekli/teklif sahibi ile rekabete aykırı uygulamalar arasında ters orantı olduğu kabul edilmelidir. Zira ihalelerde istekli/teklif sahibi sayısının azalması, oligopol piyasalarda olduğu gibi teşebbüsler arasında rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlere girişme eğilimini artırabileceği gibi, hakim durumdaki teşebbüsleri dışlayıcı uygulamalarda bulunma açısından teşvik edici de olabilecektir.

³⁸ Emek, ihalelerde yıkıcı fiyat uygulamalarını kamu satışlarından örneklendirmekte, “Satışı yapılan önceki nesnenin fiyatının sonraki nesnenin satışında muhammen bedel olarak uygulandığı ardışık ihalelerde, isteklilerden birisi önceki nesnelere için aşırı yüksek seviyelerde teklif vererek, rakiplerinin kalan nesnelere teklif verebilmelerini engelleyebildiği”ni belirtmektedir. (Emek, sf. 32-33.) Emek, özellikle cep telefonu lisans satışlarında daha az rakip ile rekabet etmek amacıyla aşırı yüksek fiyatlar verilebildiğine dikkat çekmektedir. Yazarın aşırı yüksek fiyat vermek suretiyle yıkıcı fiyat uygulandığı sonucuna varması ilginçtir; ancak nihai hedefin, rakiplerin piyasaya girişin engellenerek ihalenin hakim durumdaki teşebbüsün üzerinde kalması sağlandıktan sonra tekel hasılatının elde edilmesi olduğu dikkate alındığında, kamu satışlarındaki aşırı yüksek tekliflerin kamu alımlarındaki yıkıcı fiyat uygulamaları ile amaç yönünden bir benzerlik taşıdığı kabul edilebilir. Tebliğde incelediğimiz kamu (alım) ihalelerinde ise yıkıcı fiyat uygulamaları, klasik görünümüyle yani maliyetinin altında satışlar yapmak suretiyle gerçekleştirildiğinden Emek’in tespitine dikkat çekmekle yetiniyoruz.

hukuku açısından ise aşırı düşük teklif ihtimalini gündeme getirmektedir. Bu nedenle yıkıcı fiyat ve aşırı düşük teklif kavramlarını, birbirleriyle karşılaştırarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesi uyarınca;

“İhale komisyonu verilen teklifleri 37 nci maddeye göre [gerekli bilgi, belge, teminatın varlığı yönünden] değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

- a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,
- b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,
- c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

İhale komisyonu, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas alır. Kurum bu maddenin uygulanmasında; aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirlemeye yetkilidir.”

Dikkat edileceği üzere, Kamu İhale Kanunu'nun ifadesiyle aşırı düşük teklifler, rekabet hukuku literatüründeki yıkıcı fiyat uygulaması ile belirli açılardan örtüşmektedir. Aşırı düşük teklif ve yıkıcı fiyat kavramlarının başlıca ortak unsuru, fiyatın düşüklüğüdür. Ancak aşırı düşük tekliflerin her durumda yıkıcı fiyat olarak nitelendirilmesi elbette mümkün değildir. Zira aşırı düşük bir teklifin, yıkıcı fiyat sayılabilmesi için Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde sayılan hakim durumun kötüye kullanılması koşullarının tamamını taşıması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, aşırı düşük teklifin hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından ve sadece belirli bir ihaleyi kazanma amacının ötesinde esasen rakipleri piyasa dışında bırakmak amacıyla yapılmış olması

gerekmektedir. Nitekim rekabet hukuku literatüründe yıkıcı fiyat uygulamaları, dışlayıcı uygulamalar başlığı altında sınıflandırılmaktadır. Yıkıcı fiyat uygulayan hakim durumdaki teşebbüs, “ekonomik gücüne dayanarak aktüel veya potansiyel rakiplerinin katlanamayacakları şekilde fiyatları aşağıya çekmekte ve onların piyasa dışına itilmesini sağladıktan sonra, tekrar fiyatları yukarıya çekerek, bu dönem içerisindeki zararını telafi etmektedir.”³⁹

Burada tartışılmasında fayda gördüğümüz bir husus, aşırı düşük teklifin ihale piyasalarında hangi hallerde dışlayıcı etki yaratabileceği sorunudur. Kısaca denebilir ki rakip teşebbüslerin piyasa dışına itilmesini sağlayacak sayıda ihalede veya aynı etkiyi yaratacak şekilde büyük çaplı ihalelerde aşırı düşük teklif vererek ihaleleri kazanmış olması, yıkıcı fiyat uygulandığına dair bir gösterge olabilir. Ancak kamu ihale hukuku açısından aşırı düşük olduğu tespit edilen teklifin bileşenlerine ilişkin açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri idarece reddedileceğinden, reddedilen aşırı düşük tekliflerin rekabet hukuku anlamında dışlayıcı etki yaratmayacağı da göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla rekabet hukuku açısından aşırı düşük tekliflerin yıkıcı fiyat olarak değerlendirilebilmesi için idarece açıklamaları yeterli bulunarak reddedilmemiş ve böylece ihalenin o teklif sahibinin üzerine bırakılmış olması gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak bu sonuca varırken, aşırı düşük teklifin fiyatın düşüklüğü açısından yıkıcı fiyat teşkil edip etmediği, yani ne oranda düşük tekliflerin rekabet hukuku anlamında yıkıcı olabileceği de ayrıca değerlendirilmelidir. Zira Kamu İhale Kanunu’nun 38. maddesi uyarınca, teklifin aşırı düşük olup olmadığı öncelikle “diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre” belirlenir. Rekabet hukuku literatüründe ise, fiyatların yıkıcı kabul edilebilmesi için “maliyetin veya en azından olağan seviyenin altında olması” gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁰ İhaleye çıkan idarece tespit edilen yaklaşık maliyet, idarenin kendi takdirleriyle başvurduğu kaynaklardan⁴¹ edindiği maliyet bilgilerine⁴² dayanmaktadır. Öte

³⁹ Sanlı, K. C., Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayın No: 0049, 2000, sf. 264

⁴⁰ Sanlı, sf. 264

⁴¹ Bkz. 04.03.2009 tarih ve 27159/mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ihale uygulama yönetmelikleri: Mal Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 8/3, Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 8/2-3, Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 10/2, Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği madde 10/1-2. Kamu İhale Kurulu’nun 12.02.2007 tarih ve 2007/UH.Z-476 sayılı kararında yer alan şu ifadeler (sf. 2-3), yaklaşık maliyetin tespitinde idareye tanınan takdir yetkisine ilişkin oldukça aydınlatıcıdır:

yandan, yıkıcı fiyatın tespitinde hangi maliyet ölçüsünün dikkate alınacağı da tartışmalıdır.⁴³ Dolayısıyla, yaklaşık maliyetin idarece yüksek belirlendiği hallerde, kamu ihale hukuku anlamında aşırı düşük olarak nitelendirilen bir teklif, rekabet hukuku anlamında yıkıcı fiyat teşkil etmeyebilecektir. Yaklaşık maliyetin idarece düşük belirlendiği hallerde ise, Kamu İhale Kanunu kapsamında aşırı düşük sayılmayan bir teklifin Rekabet Kanunu kapsamında yıkıcı fiyat teşkil etmesi gündeme gelebilecektir.⁴⁴

“Söz konusu ihalenin yaklaşık maliyet hesabı yapılırken, idarenin Otelciler-Pansiyoncular-Lokantacılar-Kafeteryacılar ve Turistik Eşya Satıcıları Odası Başkanlığı’na yazdığı 18.10.2006 tarihli yazıda, personele verilecek öğle yemeği ile ilgili olarak, idare tarafından hazırlanan listedeki yemeklerin maliyetlerinin sorulduğu görülmüştür.

Adı geçen Oda’nın Belediye Başkanlığı’na verdiği 26.10.2006 tarihli cevap yazısında, idare tarafından verilen listedeki yemeklerin fiyatının 26,50 YTL olarak tespit edildiği belirlenmiştir. İhale işlem dosyasında yapılan incelemede idare tarafından yaklaşık maliyet ilgili araştırmada fiyat sorulan tek yerin ilgili Oda olduğu görülmüştür.

İdarece yapılan yaklaşık maliyet cetvelinde, bir öğün öğle yemeği için tespit edilen tutarın 13,25 YTL olduğu görülmüştür. Aynı belgede adı geçen Oda tarafından verilen yemek bedelinden bahsedilmişse de Oda tarafından belirlenen bu tutarın idarece nasıl bir yöntemle değerlendirildiği ve yaklaşık maliyet hesabında kullanılan kriterler anlaşılammıştır.”

⁴² Yaklaşık maliyet, yukarıdaki dipnotta anılan ihale uygulama yönetmeliklerinin tamamında; “ihale onay belgesi düzenlenmeden önce idarece her türlü fiyat araştırması yapılarak, Katma Değer Vergisi (KDV) hariç olmak üzere hesaplanan ve dayanakları ile birlikte bir hesap cetvelinde gösterilen, ihale konusu işin öngörülen bedeli” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla yaklaşık maliyet esasen idarece öngörülen ve yüklenicinin karını da içeren ihale bedelini ifade etmektedir. Ancak idarece aşırı düşük teklife ilişkin yapılan değerlendirmede, teklifin aşırı düşük olup olmadığını gösteren esas unsur, ihalenin yükleniciye maliyetini oluşturan –kar dışı– kalemlerdir.

⁴³ Kara, A. F., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler, Rekabet Kurumu Yayını, 2003, sf.4

⁴⁴ Kamu İhale Kurulu’nun 07.10.2008 tarih ve 2008/UY.III-4057 sayılı kararında yer alan şu ifadeler (sf. 5), maliyet hesaplamalarının nasıl farklılaşabileceğini bir ihale uygulaması üzerinden göstermektedir: “İdarelerin yaklaşık maliyeti hazırlarken piyasadan almış olduğu fiyatlarla, isteklilerin teklif fiyatlarını hazırlarken piyasadan almış olduğu fiyatlar arasında, isteklilerin ticari ilişkileri ve ödeme şartları ile ilgili olarak farklılıkların olabileceği bu nedenle, başvuru sahibinin teklif fiyatını oluştururken öngördüğü birim fiyatları 4734 sayılı Kamu ihale Kanununun 38 inci maddesi gereğince proforma faturalarla belgelendirdiği takdirde idarece kabul edilmesi gerekmektedir birlikte, ihale konusu işin tesisat işi olduğu ve böyle bir işte başvuru sahibi istekli ile idarece hesaplanan miktarlar arasında yukarıda yer alan miktarlarda farklılıkların olmaması gerektiği, ihale komisyonu tarafından tekliflerin değerlendirilmesi sırasında idarece

Son olarak, aşırı düşük tekliflerin ekonomik açıdan gerekçelendirilmesi halinde iptal edilmediğine de dikkat çekmek gerekmektedir. Nitekim Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin 2. fıkrasında sayılanların⁴⁵ yanısıra, stokların eritilmesi ve ekonomik konjonktür gibi haller de tekliflerin yıkıcı fiyat olarak nitelendirilmemesi sonucunu doğurabilir.⁴⁶

2. Seçici Fiyat Uygulaması

Kamu ihalelerinde seçici fiyat uygulamasını, yıkıcı fiyat uygulaması ile karşılaştırarak ele almak amacıyla aşağıda Rekabet Kurulu'nun Anadolu-Marmara Cam Kararı'nı⁴⁷ inceledik.

Anadolu-Marmara Cam Kararı'nda şikayete konu gelişmeler şöyle özetlenebilir: Tekel, toplam 30 kalem üründe şişe dolumu yaptırmaktadır. Şikayete konu gelişmelerin yaşandığı dönemde Anadolu Cam, bu 30 kalemin tamamında teklif sunabilirken; Marmara Cam kapasite yetersizliği nedeniyle sadece 2 kalemden (70 cc'lik ve 35 cc'lik rakı şişeleri için) ve talep edilen ürün adedinin sadece belirli bir bölümü için teklif verebilmektedir. 2003 yılında Tekel, önceki alım politikasının⁴⁸ yeni ihale mevzuatına nasıl uyarlanabileceği hususunda karşılaştığı tereddütler neticesinde 2003 yılı ihalesine çıkmakta gecikmiş, bunun üzerine iki aylık ürün ihtiyacı için bir "ara ihale" düzenlemiştir. Bu ara ihaleyi, Marmara Cam 70 cc'lik şişe için 385.000 TL/adet, 35 cc'lik şişe için 253.000 TL/adet fiyat teklifiyle (aynı kalemler için sırasıyla önce 428.140 TL/adet ve 283.000 TL/adet, Tekel'in yaptığı pazarlığın ardından da 411.350 TL/adet ve 270.480 TL/adet fiyat teklif eden Marmara Cam karşısında) 2 kalem bazında kazanmıştır. Bu ara ihaleden 18 gün sonra 10 aylık ihtiyaca yönelik olarak "açık ihale" usulüyle yapılan esas ihalede ise Anadolu Cam, Marmara Cam'ın portföyündeki iki ürün için önceki ihalede Marmara Cam'ın teklif ettiği fiyatların 1.000 TL/adet altında fiyat vererek (önceki ihalede teklif ettiği fiyattan

hazırlanan yaklaşık maliyetin esas alınmış olmasında mevzuata aykırılık bulunmadığından başvuru sahibinin iddiasının yerinde olmadığı anlaşılmıştır."

⁴⁵ Bu haller; (i) imalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, (ii) seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar ve (iii) teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğüdür.

⁴⁶ Sanlı, sf. 264. Sanlı tarafından genel olarak belirtilen diğer sebeplerin (promosyon, indirim politikaları ve ürün modelinde değişiklik) ihale piyasalarının yapısal özellikleri nedeniyle ihale piyasaların uygulanması mümkün görünmemektedir.

⁴⁷ Rekabet Kurulu'nun 01.12.2004 tarih 04-76/1086-271 sayılı Kararı ("**Anadolu-Marmara Cam Kararı**")

⁴⁸ 1998-2003 arasındaki dönemde Marmara Cam'ın üretim yaptığı kalemlerde Marmara Cam'dan belirli bir oranda Anadolu Cam'a kıyasla indirimli fiyatla alım yaparken, geri kalan ihtiyacını Anadolu Cam'dan karşılamakta idi.

%7 indirim yaparak), önceki ihaledeki fiyatlarına -enflasyonu dikkate alarak-%14 zam yapan Marmara Cam karşısında bu 2 kalemde de ihaleyi kazanmıştır. Anadolu Cam rakipsiz olduğu diğer 28 kalemde ise ara ihaledeki fiyatına %34 oranında zam yaparak, bu ürünlerde de sonraki ihaleyi almıştır. Bunun üzerine Marmara Cam, Anadolu Cam'ın bazı şişelerde çok düşük, bazı şişelerde ise normal kar oranlarının çok üzerinde fiyat vererek piyasadaki hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle Rekabet Kurumu'na şikayet başvurusunda bulunmuştur.⁴⁹

Rekabet Kurulu, Anadolu Cam'ın son ihaledeki fiyat politikasının Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştıracak nitelikte olduğu ve dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmış ve Anadolu Cam'a 2002 yılı net satışlarının %1'i oranında idari para cezası verilmesine oy çokluğu ile karar vermiştir.⁵⁰

Anadolu-Marmara Cam Kararı'ndaki tartışmalı konuların başında rekabet ihlalinin nitelendirilmesi gelmektedir. Anılan karardaki iki karşı oy gerekçesinde de, Anadolu Cam'ın uyguladığı düşük fiyatlandırmanın kararda hem "seçici fiyatlandırma" hem de "yıkıcı fiyatlandırma" kavramları ile ilişkilendirildiği kabul edilmiştir.⁵¹ Oysa ki; Anadolu Cam'ın "soruşturma konusu ihaledeki fiyatlandırma şeklinin Rekabet Mevzuatı çerçevesinde net olarak belirlenen, hakim durumu kötüye kullanma olarak kabul edilen hiçbir fiyatlandırma şekli kapsamında olmadığı" şeklindeki savunması karşısında Rekabet Kurulu, Anadolu Cam'ın "maliyetlerden bağımsız olarak seçici düşük fiyatlandırma uygulamak suretiyle" Marmara Cam'ın faaliyetlerini zorlaştırdığını belirtmiştir.⁵² Böylece Rekabet Kurulu, düşük fiyatlandırmanın yıkıcı fiyat teşkil etmese de, seçici fiyatlandırma unsurlarını⁵³ taşıması halinde bu kapsamda rekabet ihlali sayılabileceği görüşünü dolaylı olarak dile getirmiştir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun maliyet analizine girmemesinin, şikayete konu ihaledeki düşük fiyatlandırmayı yıkıcı fiyatlandırma yerine seçici fiyatlandırma kapsamında değerlendirmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

⁴⁹ Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 2-5, 9-11

⁵⁰ Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 22

⁵¹ Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 23 vd.

⁵² Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 19

⁵³ Anadolu-Marmara Cam Kararı'nda, Whish'ten alıntılanan seçici fiyatlandırma unsurları şöyledir: (a) Hakim durumdaki teşebbüs, rakiplerinin faaliyetlerini maliyetlerden bağımsız stratejik davranışlarla zorlaştırmaya imkanına sahip olmalı, (b) ilgili teşebbüs açıkça hakim durumda bulunmalı, (c) hakim durumdaki teşebbüsün yalnızca bir rakibi bulunmalı, (d) teşebbüsün rakibinin piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacını gösteren deliller bulunmalı. Bkz. Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 20

Aslan'ın Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararları ışığında aşağıda aktarılan tespitleri, seçici fiyatlandırma ile yıkıcı fiyatlandırma arasındaki farkları ortaya koymak açısından önem taşımaktadır:

“Seçici fiyatlamanın kötüye kullanma olarak değerlendirildiği olaylara bakıldığında hepsinin de ortak özellikleri şunlardır: Seçici fiyatlar maliyetin altında fiyatlar değildir. Seçici fiyatlar rakiplerin müşterilerini çalmak amacıyla ve onlara yönelik olarak uygulanmaktadır, yani hakim teşebbüs kendi düzenli müşterilerine daha yüksek bir fiyat uygulamaktadır. Bu yönü ile ayrımcılık da söz konusudur. Bu uygulama uzun süren zaman kesitini kapsamaktadır ve stratejik olarak rakiplerin iş dışına atılması amacıyla yapılmaktadır.”⁵⁴

Bu noktada, tek bir ihaledeki fiyat uygulamasının rekabeti ihlal edip etmeyeceği tartışılmalıdır. Karardaki her iki karşı oy gerekçesinde de, tek bir ihaledeki teşebbüs davranışlarına dayanarak rekabetin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasının yerinde olmadığı, tek bir ihalenin kaybedilmesinin piyasa dışında kalma sonucunu doğurmayacağı, ihlalin belirli bir süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁵ Ancak kanaatimizce belirli bir ihalede uygulanan düşük fiyatlandırmanın rakip teşebbüsün piyasadaki faaliyetini güçleştirip güçleştirmeyeceği tespit edilirken genel olarak kamu ihale piyasalarının, özel olarak da cam ambalaj pazarının kendine özgü yapısı dikkate alınmalıdır. Kamu ihalelerinde kamu ihtiyaçları belirli bir idari prosedüre bağlı olarak ve bir süreçte yayılarak karşılandığından, idareler kamu ihtiyaçlarını ancak belli aralıklarda karşılayabilmektedir. Dolayısıyla idarenin ihaleye çıkma aralığı arttıkça veya ihalenin miktar veya ciro açısından hacmi bir teşebbüsün kapasitesinin önemli bir bölümü oluşturuyor ve ihaleye çıkan idare o teşebbüsün piyasadaki başlıca alıcısı konumunda ise böyle bir ihalenin kaybedilmesi o teşebbüsün piyasadaki faaliyetlerini güçleştirebilecek ve hatta piyasa dışına çıkması neticesini doğurabilecektir. Nitekim Tekel'in çıktığı son ihalenin ticari açıdan kısa sayılamayacak (10 aylık) bir döneme ilişkin şişe ihtiyacını karşılamaya yönelik olduğu ve Marmara Cam'ın başkaca ürünlere geçiş maliyetinin yüksek olduğu dikkate alındığında; Anadolu Cam'ın son ihalede uyguladığı fiyat politikasının, Marmara Cam'ın ilgili pazardaki faaliyetlerini zorlaştırıcı olduğu kabul edilebilir. Ancak bunun seçici fiyat uygulayarak rakibin müşterisini çalmaya yönelik olup olmadığının tespit edilmesi, rakibini piyasa dışına itmek amacıyla seçici fiyat uygulanıp uygulanmadığını belirlemek açısından esas önem arz eden konudur.

⁵⁴ Aslan, sf. 528

⁵⁵ Anadolu-Marmara Cam Kararı, sf. 23 vd.

Anadolu Cam'ın, rekabetin yaşandığı 2 ürün kalemi de dahil olmak üzere tüm ürünlerde Tekel'in müşterisi konumunda olduğu, rekabetin yaşandığı 2 ürün kaleminde Marmara Cam'ın teklif ettiği miktarın dışında kalan miktarların Anadolu Cam tarafından sağlandığı dikkate alındığında; Anadolu Cam'ın rakibi Marmara Cam'ın müşterisini çalmaya yönelik bir uygulamasının bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁵⁶ Anadolu Cam, Marmara Cam'ın Tekel dışındaki diğer mevcut/potansiyel müşterilerine karşı da benzeri bir fiyat politikası güdüyor olsa idi, bu fiyat uygulamasının sistematik hale dönüştüğü ve dolayısıyla Marmara Cam'ın pazardaki faaliyetlerini güçleştirme amacını taşıdığı gerekçesiyle seçici fiyat uygulandığı sonucuna varılabilir idi.

Sonuç olarak, Anadolu-Marmara Cam Kararı'nda gerek süreklilik, gerekse diğer müşterilere karşı benzer bir uygulamanın olup olmadığı, yani söz konusu fiyat uygulamasının sistematik olarak Marmara Cam'ı pazar dışına itmek için yapılıp yapılmadığı tartışılmaksızın seçici fiyat uygulanması suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varılması yerine olmamıştır.

3. Piyasaya Girişlerin Engellenmesi

Kamu ihalelerinde Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir hal de piyasaya girişlerin engellenmesidir. Bu noktada, ihale piyasalarının yapısal durumundan kaynaklanan giriş engellerinin tespiti önem taşımaktadır. Zira, ihale sayısının artmasından doğan riskler (ihaleyi en çok kazanmak isteyen en iyi teklifi vereceğinin varsayılması, kazananın musibeti riski⁵⁷), ihalelere yönelik bilgilendirmenin sınırlı olması⁵⁸, muhammen bedelin/yaklaşık maliyetin yüksek/düşük tespit edilmesi ve ihale tasarımının yanlış yapılması (doğru ihale yönteminin seçilmemesi)⁵⁹ gibi ihale piyasasına özgü haller piyasaya giriş engeli teşkil etse de, rekabet ihlali teşkil etmeyecektir. Piyasaya giriş engelleri açısından özellik arz eden bir başka durum ise, ihale şartnamesinin, teknik şartnamenin veya çerçeve anlaşmanın piyasaya giriş engeli yaratmasıdır. Bu konuyu ileride (III.G. bölümünde) tartışacağız.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Aslan, sf. 529

⁵⁷ Emek, sf. 41-42 ve 25 no.lu dipnot; Bilir, sf. 48-50. Emek ve Bilir, bu riskleri kamu satışları bakımından örneklendirmiş olmakla beraber, bu risklerin kamu alımlarında da ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz.

⁵⁸ Bilir, sf. 54

⁵⁹ Emek, sf. 42 vd.; Bilir, sf. 54-55

4. Ayrımcılık

Kamu ihalelerinde karşılaşılabilecek diğer bir hakim durumun kötüye kullanılması hali ise eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılmasıdır. Konuyu bir Rekabet Kurulu kararı ile tartışmak gerekirse:

HPO İhalesi Kararı'nda, "Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü tarafından hidrojen peroksit [**"HPO"**] alımı için düzenlenen ihalelerde Hidrojen Peroksit Sanayi ve Ticaret A.Ş. [**"HPSTAŞ"**] ile Ak-Kim Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin [**"Akkim"**] zımnı bir anlaşma içinde olduğu ve bu nedenle ihalelerin öncesinde yüksek fiyatların oluştuğu; öte andan söz konusu ürünün satıcısı konumundaki HPSTAŞ'ın eşit durumdaki alıcılara farklı şartlarla satış yaparak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası" incelenmektedir.⁶⁰ Şikayet başvurusunda bulunan Eti Maden şikayet dilekçesinde, 2001-2006 yılları arasında uzun dönemli bir alım-satım anlaşmasına dayalı olarak Eti Maden'e HPO temin eden HPSTAŞ'ın söz konusu alım-satım anlaşmasının sona ermesinin ardından yapılan ihalede, rakibi Akkim ile anlaşarak HPO fiyatını yükselttikleri ve HPSTAŞ'ın piyasaya Eti Maden'e teklif edilen fiyatların çok altında HPO satışı yapmak suretiyle eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yaptığını ileri sürmektedir.⁶¹ Burada konuyla bağlantısı nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiasına ilişkin yaptığı tespitler üzerinde durulacaktır.

Rekabet Kurulu, HPO İhalesi Kararı'nda HPSTAŞ'ın diğer yerli üretici Akkim'in ve ithalatçı teşebbüslerin hiçbirinin, satış miktarı ve pazar payını dikkate alarak yaptığı analiz sonucunda hakim durumda olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak kararda, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine ilişkin değerlendirmelerde yer verilen tespitler, HPSTAŞ ve Akkim'in birlikte hakim durumda olabileceği düşüncesini akla getirmektedir. Rekabet Kurulu'nun HPSTAŞ ve Akkim arasındaki ilişkiye yönelik tespitleri şöyledir:

"Mevcut belgeler rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın ispatı bakımından yeterli olmamakla beraber, taraflar arasında rekabete duyarlı bilgi değişiminin piyasada rekabeti sınırlayıcı etkilere neden olabileceği; bu nedenle tarafların, üretim ve satış miktarına, fiyata, fiyat koşullarına, arzın kontrolüne yönelik her türlü parametreye ilişkin bilgileri birbirleriyle paylaşmamaları ve piyasanın işleyişini etkileyecek nitelikteki görüşmelere son vermeleri hususunda Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca uyarılmaları gerekmektedir."⁶²

⁶⁰ Rekabet Kurulu'nun 20.12.2006 tarih ve 06-92/1172-350 sayılı Kararı ("**HPO İhalesi Kararı**"), sf. 1

⁶¹ HPO İhalesi Kararı, sf. 3-4

⁶² HPO İhalesi Kararı, sf. 12-13.

Her ne kadar Rekabet Kurulu'nca HPSTAŞ ve Akkim arasında rekabete aykırı bir anlaşma veya uyumlu eylem bulunduğu tespit edilememiş olsa da, yukarıda alıntılanan değerlendirmeler kanaatimizce söz konusu iki teşebbüsün birlikte hakim durumda olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir. Zira oligopol piyasalarda faaliyet gösteren rakip teşebbüsler arasında rekabete aykırı bir anlaşma veya uyumlu eylem niteliği taşımayan ancak piyasanın kendine özgü şartlarından kaynaklanan etkileşim sonucundaki teşebbüsler arası birlikte davranışlar, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir.⁶³ Birlikte hakim durumun hangi hallerde söz konusu olduğu tartışmalı olmakla beraber, "piyasadaki diğer teşebbüsleri göz önünde bulundurmamak zorunda kalmaksızın kendi aralarında paralel bir davranış biçimi sergilemelerini sağlayacak şekilde yeterince güçlü ekonomik bağlantıların tespit edilmesi" birlikte hakim durumun varlığı için genel bir ilke olarak kabul edilebilir.⁶⁴ HPO Kararı'nda HPSTAŞ ve Akkim teşebbüslerinin birlikte hakim durumda olup olmadığının tartışılmaması, HPSTAŞ ve Akkim'in birlikte hakim durumda olduğu tespit edildiği takdirde bunu kötüye kullanmaya yönelik bir eylemleri olup olmadığının da tartışılması gereğini doğuracak niteliktedir.

C. Rekabet Kanunu'nun 7. Maddesi Kapsamında

Kamu alım ihalelerinde, Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin uygulama alanı nispeten sınırlı kabul edilebilir. Bu bağlamda gündeme özellikle ortak girişimler gelmektedir. Kamu İhale Kanunu anlamında ortak girişim, "İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları" ifade etmektedir.⁶⁵ Emek'e göre;

"Büyük altyapı hizmetlerine katılımı, ölçek tasarruflarını artırmak adına, Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde olduğu gibi, *ortak girişimlerin* (joint venture) teklif vermesine imkan sağlanabilir ve güçlü ortaklıklar yaratabilir. Ancak, bu ortaklıklar ihaleye katılan oyuncu sayısını da azalttığından; rekabet politikası açısından, bu ortaklıkların ihalede rekabetin bozulmasına müsaade edilmeyecek şekilde ve sayıda kurulması sağlanmalıdır. Diğer bir deyişle, belirli eşik değerlerin üzerindeki kamu alımlarında, 4054

⁶³ Sanlı, sf. 258; Naipoğlu S., "Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, 2007, sf. 101

⁶⁴ Çelen, A., Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Yayını, 2003, sf. 38

⁶⁵ Kamu İhale Kanunu madde 4

sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde *birleşme* (merger) denetimi yapılmalıdır.”⁶⁶

Emek’in bu değerlendirmesi, ortak girişimlerin birleşme ve devralmalara ilişkin düzenlemeler dahilinde denetlenmesi gereğini vurgulamakla beraber, rakip sayısının ortak girişim kurmak suretiyle azaltılabileceği gerçeğinden yola çıkarak rekabeti sınırlayıcı nitelikteki ortak girişimlere yönelik ex post denetim yapılması gereğinin ipuçlarını da barındırmaktadır. Şöyle ki;

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 2. maddesinin 1(c) fıkrası uyarınca, “Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint-venture)” anılan Tebliğ’in 4. maddesindeki pazar payı veya ciro eşiklerini aşmak şartıyla Rekabet Kurulu’nun iznine tabi kılınmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, ortak girişimler yoğunlaşma doğurucu olabileceği gibi, rekabeti sınırlayıcı nitelikte de olabilir.

Yoğunlaşma doğurucu ortak girişimler Rekabet Kanunu’nun birleşme ve devralmalara ilişkin 7. maddesinin kapsamına girerken, işbirliği doğurucu ortak girişimler anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkin 4. maddesinin kapsamına girmektedir.⁶⁷ Zira işbirliği doğurucu ortak girişimler, “ortaklar arasındaki rekabetçi davranışları koordine etmeye yönelik” nitelik taşımaktadır.⁶⁸ Dolayısıyla kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması ve korunması açısından ortak girişimlerin iki yönlü olarak değerlendirilmesi ayrı bir önem taşımaktadır.

Kamu ihalelerindeki ortak girişimler açısından özellikli bir konu, izne tabi bir ortak girişime ilişkin Rekabet Kurumu’na yapılacak bildirim hangi süre içerisinde yapılması gerektiğine ilişkindir. Kamu İhale Kanunu’nun 14. maddesine göre; “...İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. (...) İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir...” Ancak uygulamada ihalelerde teklif verecek ortak girişimin kurulduğunu gösterir anlaşmanın ihale başvuru dosyasında sunulması istendiği

⁶⁶ Emek, sf. 45

⁶⁷ Aslan, sf. 632

⁶⁸ Kayıhan, L., Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu Yayını, 2003, sf. 36

dikkate alındığında, henüz ihalesi yapılmamış işlere yönelik kurulmuş ortak girişimlerin Rekabet Kurumu'na ihale öncesinde bildirilmesi gündeme gelmektedir. Kanaatimizce ihale ortak girişimin üzerinde kalmadan kontrolün devri söz konusu olamayacağından, Rekabet Kurumu'na bildirim ihale kararının tebliğ edilmesinin ardından yapılması anılan tebliğe uygun kabul edilmelidir.

Kamu ihalelerinde Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin gündeme geldiği özellikli bir durum da, kamu ihalesine konu edilen yapım işi karşılığında ihale ile yaptırılan tesisin işletme hakkının ihaleyi kazanan teşebbüse verilmesi halidir. Bu konuya ileride III.A.2'de Karayolları Gen. Müd. Kararı'nı incelerken değineceğiz.

Kamu ihaleleri bakımından Rekabet Kanunu'nun 4, 6 ve 7. maddeleri kapsamında yapılan bu genel değerlendirmelerin ardından, Rekabet Kanunu'nun kamu ihalelerindeki uygulanmasına ilişkin çeşitli özellikli sorunları çeşitli Rekabet Kurulu kararları ışığında inceleyeceğiz.

III. KAMU İHALELERİNDE KARŞILAŞILAN ÇEŞİTLİ GÜNCEL SORU(N)LAR

A. Bir ihalenin Kamu İhale Kanunu'na aykırılık nedeniyle iptal edilmiş olması, bu ihale ile ilgili olarak Rekabet Kanunu'na aykırılık nedeniyle Rekabet Kurumu'nca önaraştırma/soruşturma yürütülmesine engel teşkil eder mi?

Bu sorunun yanıtına ışık tutacağını düşündüğümüz iki Rekabet Kurulu kararı ile konuyu tartışalım. Bu kararlardan ilki Birim-GE Kararı⁶⁹, ikincisi ise yukarıda değindiğimiz Karayolları Gen. Müd. Kararı'dır⁷⁰.

1. Birim-GE Kararı

Birim-GE Kararı'nda; aynı ihaleye iki firma tarafından aynı marka için teklif verilmesinin rekabet mevzuatına uygunluğu incelenmiştir. Şöyle ki; İstanbul Eğitim ve Araştırma Hastanesi Baştabipliği'nce yapılan şikayete konu "Radyoloji Bilgi Sistemi ile Görüntü Arşivleme ve İletişim Sistemi Alımı" ihalesinde aynı marka ürün için hem üretici GE firması hem de GE'nin yetkili satıcısı Birim firması teklif vermiştir. Bunun üzerine; ihaleye çıkan hastane baştabipliği, aynı marka için teklif veren iki firma bulunması nedeniyle söz konusu ihalenin rekabete uygun şartlarda yapılmadığı iddiası ile Kamu İhale

⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 14.02.2008 tarih 08-15/149-51 sayılı Kararı ("**Birim-GE Kararı**")

⁷⁰ Rekabet Kurulu'nun 07.02.2008 tarih 08-12/129-45 sayılı Kararı ("**Karayolları Gen. Müd. Kararı**")

Kurumu'na başvurmuş, Kamu İhale Kurumu'nun başvuruyu Rekabet Kurumu'na iletmesinin ardından söz konusu iddia Rekabet Kurulu'nca incelenerek karara bağlanmıştır.⁷¹

Birim-GE Kararı'nda tartışılan temel konu, aynı ihalede iki firma tarafından aynı marka için teklif verilmesi nedeniyle bu firmalar arasında bir danışıklı ilişki bulunup bulunmadığıdır. Özellikle firmalar arasında ticari bir ilişkinin bulunması, böyle bir danışıklılık iddiasının daha yakından incelenmesini gerektirmiş; ancak Rekabet Kurulu'nca yapılan tespitler neticesinde böyle bir danışıklılığın bulunmadığı ve dolayısıyla Rekabet Kanunu'nun 4. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Rekabet Kurulu, kararda özellikle aşağıdaki gerekçelere dayanmıştır⁷²:

- i. Şikayete konu ihalenin açık ihale usulünde olması nedeniyle minimum katılımcı sayısı şartı aranmadığından, GE'nin yetkilendirilmiş satıcısı Birim'in ihale şartlarının oluşturduğu izlenimini yaratmak gayesiyle ihalede teklif vermesi makul görünmemektedir.
- ii. Birim'in ihaleye teklif verirken verdiği geçici teminatın (55.000 YTL), GE ile Birim'in teklif ettiği bedeller arasındaki farktan (15.000 YTL) daha yüksek olması, Birim'in ihale bedelini yükseltmek amacıyla ihaleye katıldığı savını dayanaksız bırakmaktadır. Zira GE'nin ihaleyi kazanması halinde elde edeceği ek değer, Birim'in ihaleden çekilmesi halindeki kaybını karşılayabilir düzeyde bulunmamaktadır.
- iii. Birim, iptal edilen ilk iki ihalenin ardından benzer iş tanımının genişletilmesi üzerine ihale sürecine ilk defa üçüncü ihalede katılmış, ancak bu ihale de Kamu İhale Kurulu tarafından iptal edilmiştir.

Dikey ilişkideki firmalar arasındaki anlaşmalar, özellikle dikey ilişkinin alt zincirindeki rakip firmalar arasındaki rekabeti sınırlayıcı nitelikte olabildiğinden, rekabet kurallarınca denetime tabi tutulmuştur. Ancak markalar arası rekabeti artırdığı ölçüde marka içi (dikey) sınırlamaların makul karşılandığı da rekabet hukuku literatürünün genel bir kabulüdür.⁷³ Bununla birlikte ihale piyasaları, dikey anlaşmaların markalar arası (yatay) rekabete ciddi olumsuz etkilerde bulunabildiği başlıca piyasalardan biridir. Zira dikey anlaşmalar/uyumlu eylemler vasıtasıyla, rakip firmaların ihale dışında bırakılması gündeme gelebilmektedir. Şöyle ki, minimum katılımcı sayısının arandığı ihalelerde, bayi veya distribütörlerin de ana teşebbüs ile danışıklı olarak ihaleye katılması neticesinde minimum katılımcı şartı sağlanarak çok

⁷¹ Birim-GE Kararı, sf. 2

⁷² Birim-GE Kararı, sf. 3

⁷³ Sanlı, sf. 93

sayıda ihale açılmasının yol açtığı enformasyon eksikliğine dayalı bir pazara giriş engeli yaratılabilmektedir.

Birim-GE Kararı'nda; açık ihale usulünün benimsenmesi, geçici teminatın ihale bedelleri arasındaki farktan yüksek olması ve Birim'in ilk iki ihaleye katılmayarak sadece üçüncü ihaleye girmiş olması, dikey ilişkideki Birim ve GE firmaları arasında bir danışıklılık bulunmadığını gösterir tespitler olduğundan, Rekabet Kurulu kararının bu yönüyle yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak ihalenin Kamu İhale Kurumu tarafından iptal edilmesinin, söz konusu firmaların rekabeti ihlal etmediğinin bir gerekçesi olarak gösterilmesi oldukça ilginçtir. Zira rekabet hukuku literatüründe, bilindiği üzere, rekabeti sınırlama etkisini gösteren anlaşma ve uyumlu eylemlerin yanı sıra, bu amacı güden anlaşma ve uyumlu eylemler de rekabete aykırı sayılmıştır.⁷⁴ Dolayısıyla ihale rekabetin oluşmaması nedeniyle iptal edilmiş ise, bu rekabet eksikliğinin rekabet mevzuatına aykırı bir anlaşma veya uyumlu eylemden kaynaklanıyor olması halinde ayrıca idari para cezası uygulanmalıdır. Doğal olarak Rekabet Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca uygulanan idari para cezası belirlenirken zararın oluşup oluşmadığı ve muhtemel zararın ağırlığı da dikkate alınacaktır. Bu durumda yukarıda Giriş Bölümü'nde de tartıştığımız üzere; çifte idari yaptırım doğma ihtimali olsa da, her iki idari yaptırımın önlediği/giderdiği kamusal zarar farklı olduğundan, ihalenin iptal edilmiş olmasına rağmen Rekabet Kurulu'nca rekabet ihlaline dayalı olarak idari para cezası uygulanmasının yaptırım hukuku açısından bir sakınca teşkil etmediği düşüncesindeyiz.

2. Karayolları Gen. Müd. Kararı

Karayolları Gen. Müd. Kararında; Karayolları Genel Müdürlüğü'nce işletilen yollar kapsamında "Otoyol Ağına Fiber Optik İletişim Altyapısı Tesisi ve Kullanımı İş'i" için açılan ihalenin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında bir devralma işlemi sayıldığı ve 1998/4 sayılı Tebliğ⁷⁵ kapsamında Rekabet Kurulu'nun öngörüşünün alınması gerektiği iddiası incelenmiştir. Şikayete konu ihale neticesinde tesis işini kazanacak şirkete ihaleye konu fiber optik altyapı tesisi işinin yapımı karşılığında herhangi bir bedel ödenmeyecek, onun yerine tesis altyapısının bir kısmında yer alan mikro tüplerden birine çekeceği sekizli fiber kabloyu 15 yıl süreyle bedelsiz olarak kullanma hakkı verilecek olması, söz konusu iddiayı destekler niteliktedir. Rekabet Kurulu, bu iddiaya yönelik

⁷⁴ Sanlı, sf. 103

⁷⁵ Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ

herhangi bir değerlendirme yapmayarak şikayeti ihalenin iptal edilmiş olması gerekçesiyle reddetmiştir.⁷⁶

İhalenin iddia edildiği üzere 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamında bir devralma işlemini niteliğinde olup olmadığı ve buna bağlı olarak 1998/4 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi kapsamında Rekabet Kurulu'nun ön görüşünün alınmasını gerektiren pazar koşullarının (ciro veya pazar payı eşiklerinin aşılması ya da hukuki veya fiili imtiyazların varlığı) bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin, salt ihalenin iptal edilmiş olması gerekçesiyle şikayetin reddedilmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki;

1998/4 sayılı Tebliğ'in 3. maddesi uyarınca,

“Bu Tebliğ kapsamındaki özelleştirme yolu ile devralma işlemlerinde; özelleştirilecek teşebbüs ya da mal veya hizmet üretimine yönelik birimin ilgili ürün piyasasındaki pazar payının % 20'yi veya cirosunun 20 trilyon Türk Lirasını aşması ya da bu eşikler aşılmaya bile özelleştirilecek teşebbüsün hukuki veya fiili imtiyazlara sahip olması halinde, **ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce**, Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunularak, ilgili pazarda böyle bir özelleştirmenin ne gibi sonuçlar doğuracağı, özelleştirilecek teşebbüsün varsa sahip olduğu hukuki veya fiili imtiyazların özelleştirme sonrası durumunun ne olacağı hususlarının değerlendirileceği ve bu konularda ihale şartları belgesinin hazırlığına esas olacak Rekabet Kurulu Görüşünün alınması zorunludur.”

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Rekabet Kurulu'nun ön görüşünün alınmasını gerektiren pazar koşullarının varlığı halinde, ihale şartlarının kamuoyuna duyurulmasından önce Rekabet Kurumu'na bildirimde bulunulması bir zorunluluktur. Zira burada amaç, söz konusu özelleştirmenin piyasadaki rekabete etkisinin değerlendirilerek, Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda ihale şartnamesinin ihaleye konu piyasanın rekabetçi yapısı dikkate alınarak hazırlanması ve ihaleye hangi teşebbüslerin katılabileceğinin belirlenmesidir.

Kamu İhale Kanunu'nun 16/son maddesi uyarınca, “İhalenin iptal edilmesi durumunda, iptal nedenleri gözden geçirilerek yeniden ihaleye çıkılabilir.” Dolayısıyla ihale iptal edilmiş olsa da, aynı konuda yeniden ihaleye çıkılabileceği dikkate alınarak, Rekabet Kurulu'nun ön görüşünün alınmasını gerektiren bir devralma bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, buna göre yeniden ihaleye çıkıldığında sonraki ihale kamuoyuna duyurulmadan önce

⁷⁶ Karayolları Gen. Müd. Kararı, sf. 1-4

Rekabet Kurumu'na bildirimde bulunulmasının gerektiği yönünde bir kararın alınması kanaatimizce yerinde olurdu.

B. Rekabet Kurulu'nun Rekabet Kurumu'na yapılan şikayet başvurusu öncesinde kesinleşmiş olan bir ihalede rekabetin ihlal edildiğine karar vermesi halinde, ihalenin Kamu İhale Kanunu ve Rekabet Kanunu kapsamında rekabete uygunluğu açısından farklı sonuca ulaşılması hukuki açıdan sakınca doğurur mu?

Giriş Bölümü'nde ve ilk soruda açıklandığı üzere; Rekabet Kurulu'nun bir ihale ile ilgili olarak Rekabet Kurumu'na yapılan şikayet başvurusunu inceleyerek karara bağlamasında hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu ihale ile ilgili olarak Kamu İhale Kanunu kapsamında şikayet/itirazen şikayet başvurusu yapılmış olup olmadığı, Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkisi açısından kanaatimizce sınırlama getirmemektedir. Zira Kamu İhale Kanunu kapsamında şikayet/itirazen şikayet başvurusu yapılmış olsun olmasın, Rekabet Kanunu'nun kamu ihalelerinde koruduğu kamusal menfaat, rekabetin kısıtlanması nedeniyle ülke kaynaklarının verimli kullanılamaması sonucunda oluşan toplumsal refah kaybının giderilmesine yöneliktir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun kesinleşen bir ihalede rekabetin ihlal edildiği yönünde karar vermesi halinde, ihalenin iptal edilmesi imkanı artık bulunmadığından çelişkili bir durumun ortaya çıkacağı yönündeki görüşe⁷⁷ katılmıyoruz.

Nitekim Rekabet Kurulu'nun mevcut uygulaması da bu yöndedir. İhalenin, Kamu İhale Kurulu nezdinde şikayet/itirazen şikayet usulleri işletilmeden (Anadolu-Marmara Cam Kararı) veya bu usuller işletilmesine rağmen idare/Kamu İhale Kurulu tarafından şikayet/itirazen şikayet başvurularının reddedilmesi (Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-4) ile kesinleşmesi hallerinde de Rekabet Kurulu'nca rekabetin kısıtlanması nedeniyle idari para cezası uygulandığına dair kararlar mevcuttur.⁷⁸

Yine de Kamu İhale Kanunu ve Rekabet Kanunu kapsamında aynı ihaledeki rekabet şartlarına ilişkin farklı hukuki sonuçlara ulaşılmaması adına bu hususta bir yasal düzenleme yapılması düşünülebilir. Bu konuda, "kamu ihalesi sonucunda 4734 sayılı Kanun [şikayet/itirazen şikayet] usulüne

⁷⁷ Akıllıoğlu, sf. 6.

⁷⁸ Rekabet Kurulu, 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı kararında ("Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-4") Kamu İhale Kurulu'nca iptal edilmeyerek kesinleşen Tıbbi Cihaz ve Sarf Malzemeleri Alımı ihalelerinde rekabetin hakkında soruşturma açılan bazı teşebbüslerce ihlal edildiğine karar vermiştir. Rekabet Kurulu, Anadolu-Marmara Cam Kararı'nda ise şikayet/itirazen şikayet usulü işletilmemiş olan bir Tekel ihalesinde rekabetin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu hususta bkz. Akıllıoğlu, T., "Anadolu Cam Kararı ve Koşut Başvuru Yasağı", Rekabet Forumu, Sa. 26, 3-7

başvurulmamışsa daha sonra rekabet ihlali iddiasıyla Rekabet Kurulu önüne gidilemeyeceği gibi bir kabul edilmezlik koşulu[nun] 4054 sayılı Kanuna konulabileceği” önerilmiştir.⁷⁹ Şikayet/itirazen şikayet başvuru sürelerinin nispeten kısa olduğu dikkate alındığında, bu süreler geçtikten sonra ortaya çıkan rekabet ihlalleriyle ilgili Rekabet Kurumu nezdinde Kamu İhale Kanunu’ndaki şikayet/itirazen şikayet usullerinin işletilmemiş olması nedeniyle yaptırımsız kalması sonucunu doğurabileceği; böyle bir sonuçla karşılaşmak istemeyen teşebbüslerin ise pek çok ihalede rekabet eksikliği hususunda şikayet/itirazen şikayet usullerini işletmesi neticesinde idarelerin ve Kamu İhale Kurulu’nun iş yükünü artacak olmasıdır. Dolayısıyla önerilen “kabul edilmezlik koşulu”nun, Kamu İhale Kurulu’nun Rekabet Kanunu kapsamındaki rekabet ihlalleriyle ilgili karar vermesi sonucunu doğurmayacak ve sonradan ortaya çıkan rekabet ihlali iddialarıyla ilgili Rekabet Kurumu nezdinde şikayet başvurusu yapılmasını engellemeyecek şekilde formüle edilerek yasal değişikliğe gidilmesi daha yerinde olabilir.

C. Kamu İhale Kurulu’nca itirazen şikayet incelemesi devam eden bir ihaleye ilişkin olarak, Rekabet Kurulu’nun soruşturma açılmasına karar vermesi halinde; Rekabet Kurulu’nun bu kararı, Kamu İhale Kurulu’nun itirazen şikayet üzerine vereceği kararı ne yönde etkileyebilir?

Kamu İhale Kurulu ve Rekabet Kurulu’nun aynı ihaleleri konu ederek karara bağladığı örnek bir olayı her iki kurulun kararlarını karşılaştırarak değerlendirmenin, bu tartışmayı açmak açısından faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Rekabet Kurumu, Karadeniz Bölgesi’ndeki çeşitli devlet ve üniversite hastanelerinin yaptığı Tıbbi Cihaz ve Sarf Malzemeleri İhaleleri ile ilgili olarak kendisine yapılan bir ihbar üzerine şikayet konusu iddialar hakkında önaraştırma yapılmasına karar verdikten kısa bir süre sonra, bu iddiaları bir şikayet dilekçesi ile Kamu İhale Kurumu’na iletmiştir. Rekabet Kurumu, şikayet dilekçesinde; Karadeniz Bölgesi ağırlıkta olmak üzere birçok ilde tıbbi cihaz alımı işinde faaliyet gösteren bazı firmaların (i) ortak bir firma kurarak tıbbi cihaz ve sarf malzemesi alımı ihalelerini paylaştıkları, (ii) rekabetçi teklif sunulmasını engelledikleri ve (iii) Samsun ilindeki tıbbi cihaz ihalelerinde fahiş fiyat uyguladıkları iddialarına yer vermiştir. Bu başvuru üzerine Kamu İhale Kurulu, o dönemde yürürlükte olan (22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan) İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik’in⁸⁰

⁷⁹ Akıllıoğlu, sf. 6

⁸⁰ 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan (19.12.2007 tarih ve 26735 sayılı Resmi Gazete ile 22.03.2008 tarih ve 26824 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklikleri içeren) İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında

22. maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığı (esas olarak, Kamu İhale Kanunu ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddialarının somut ve ciddi nitelikte olması koşulunun sağlanmadığı) gerekçesiyle iddiaların incelenmesine geçilmesine gerek bulunmadığına karar vermiştir.⁸¹

Kamu İhale Kurulu'nun yukarıda aktardığımız uygulaması, 22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik'in, aynı adı taşıyan ve 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ile yürürlükten kaldırılması ile birlikte hukuki dayanağını kaybetmiştir. Şöyle ki; eski yönetmeliğin 22/b maddesi uyarınca, Kamu İhale Kurulu iddiaların incelenmesine geçip geçmeme kararını verirken "Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddialarının somut ve ciddi nitelikte olması" koşulunu göz önünde bulundurmakta idi. Ancak yeni yönetmelik bu hükmü tamamen ortadan kaldırmış ve 18. maddesinde, itirazen şikayet başvurularının "başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı inceleneceği" hükmünü getirmiştir. Dikkat edileceği üzere; yeni yönetmeliğin 18. maddesinde iddiaların "somut ve ciddi nitelikte" olması şartının arandığına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yeni yönetmelik döneminde Rekabet Kurumu'nca Kamu İhale Kurulu'na yapılacak şikayet başvurularının Kamu İhale Kurulu'nca ne şekilde değerlendirileceği belirsizdir.

Ancak kanaatimizce bir ihaleye ilişkin olarak İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik kapsamında yapılan itirazen şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu'nca başlatılan inceleme süreci devam ederken, Rekabet Kurumu'nun önaraştırma yapmaya/soruşturma açmaya karar vermesi halinde, söz konusu iddiaların "somut ve ciddi nitelikte" olduğu kabul edilerek Kamu İhale Kurulu'nca iddiaların incelenerek gerekli görülür ise ihalenin iptal edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik'in gerek eski gerekse yürürlükteki hali bakımından belirli bir kamu ihalesine ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nca soruşturma açılmış olması, ihale sürecinin henüz tamamlanmadığı hallerde ihalenin Kamu İhale Kurulu'nca iptali için olmasa da en azından bu iddiaların Kamu İhale Kurulu'nca incelenmesine geçilmesi için yeterli kabul edilmelidir. Böylece ihale piyasalarında daha etkin bir ex ante rekabet denetimi yapılması ve ayrıca -yukarıdaki ikinci soruda tartıştığımız- aynı fiilden dolayı Kamu İhale Kurulu ve Rekabet Kurulu'nca farklı sonuçlara ulaşılması durumu da kısmen önlenebilir.

Yönetmelik, aynı adı taşıyan ve 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸¹ Kamu İhale Kurulu'nun 20.08.2007 tarih ve 2007/UM.Z-2789 sayılı kararı, sf. 1-2

Rekabet Kurumu'nca yukarıda değindiğimiz Tıbbi Cihaz ve Sarf Malzemeleri Alımı İhaleleri ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'na iletilen iddialara ilişkin olarak Rekabet Kurulu'nca verilen kararlar, bu açıdan üstünde durmaya değerdir. Rekabet Kurulu, Tıbbi Cihaz ve Sarf Malzemeleri Alımı İhaleleri ile ilgili olarak hakkında önaraştırma yapılan teşebbüslerin bir bölümünün Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettiğini gösterir bir bilgi ve bulguya rastlanmadığı gerekçesiyle soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına oybirliğiyle karar vermiştir.⁸² Rekabet Kurulu, hakkında önaraştırma yapılan diğer teşebbüsler ile ilgili olarak ise, soruşturma açma kararı vermiş ve bu karar neticesinde soruşturma açılan teşebbüslerin bir bölümünün rekabeti ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁸³ Burada ilginç olan nokta; Rekabet Kurulu'nun teşebbüslerin bir bölümü hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı, diğer bölümü hakkında ise soruşturma açılması yönündeki iki ayrı kararı da, Kamu İhale Kurulu'nun Rekabet Kurumu'nun başvurusu üzerine aynı iddialar hakkında karar verdiği tarihten (20.08.2007) önceki bir tarihte (11.07.2007) vermiş olmasıdır. Dolayısıyla; Rekabet Kurulu'nun söz konusu ihaleler ile ilgili olarak teşebbüslerin bir bölümüne yönelik soruşturma açmış olduğu dikkate alındığında –ve Rekabet Kurulu'nun bu soruşturma açma kararını bildirdiği varsayımı altında–, Kamu İhale Kurulu'nun bu iddiaların “somut ve ciddi nitelikte” olmadığına karar vermesi kanaatimizce yerinde görülmemektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun hakkında soruşturma açtığı teşebbüslerin bir kısmının söz konusu ihalelerde rekabeti ihlal ettiği sonucuna varmış olması da bunu destekler niteliktedir.

Ancak bu noktada Kamu İhale Kurulu'nun Rekabet Kurumu'nun yaptığı başvuru üzerine verdiği karar incelendiğinde, Rekabet Kurulu'nun söz konusu soruşturma açma kararını Kamu İhale Kurulu'na iletmemiş olabileceği anlaşılmaktadır. Rekabet Kurulu bu soruşturma açma kararını Kamu İhale Kurulu'na ayrıca iletmemiş olsa idi, Kamu İhale Kurulu'nca yine aynı yönde karar verilip verilmeyeceği bilinmemektedir. Yine de; incelenen kararlara dayanarak Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında yeterli koordinasyonun bulunmadığı söylenebilir. Dolayısıyla Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında daha yakın bir işbirliğinin kurulması gerektiği ve bu amaçla bu iki kurum arası koordinasyonu sağlamak üzere yasal bir mekanizma öngörülmesinin yerinde olabileceği görüşündeyiz.

⁸² Rekabet Kurulu'nun 11.07.2007 tarih ve 07-59/677-236 sayılı kararı (“**Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-3**”), sf. 4

⁸³ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-4, sf. 4, 97-98

D. Ana teşebbüslerin bölge münhasırlığı verdiği veya münhasır müşteri grubu tahsis ettiği bayileri/distribütörleri, hangi hallerde tahsis olunan bölge veya müşteri grubu dışındaki kamu alımlarını karşılayabilir?

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği 4. maddesi uyarınca pasif satışların kısıtlanmaması şartıyla, satışlar münhasır bir bölge veya münhasır bir müşteri grubuyla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla başlıktaki soruya yanıt verebilmek için kamu alımları bakımından aktif ve pasif satış ayrımının yapılması gerekmektedir.

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin Açıklanmasına Dair Kılavuz'un ("2002/2 sayılı Tebliğe İlişkin Kılavuz") 22. maddesinde aktif satışa ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar "aktif satış" olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak da aktif satış kapsamındadır. Başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklamlar veya promosyonlar da diğer aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir."

2002/2 sayılı Tebliğe İlişkin Kılavuz'un 23. maddesinde ise pasif satışlar açıklanmıştır:

"Diğer yandan, başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yapsa dahi, "pasif satış" anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. İnternet yoluyla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanacaktır."

Kamu alımlarında aktif ve pasif satış ayrımı, kamu alımında seçilen yöntemle yakından ilgilidir. Kamu İhale Kanunu'nun ihale usullerini düzenleyen 18. maddesinde kanun kapsamındaki ihalelerde uygulanacak usuller, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü olarak sayılmıştır. Doğrudan temin ise, 15.8.2003 tarih ve 25200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 30.7.2003 tarih ve 4964 sayılı Kanunun 12. maddesi hükmü gereğince kamu ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır.

Açık ihale usulünde bütün istekliler teklif verebilirken⁸⁴, belli istekliler arasında ihale usulünde ön yeterlilik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen istekliler teklif verebilmektedir.⁸⁵ Gerek açık ihale usulü, gerekse belli istekliler arasında ihale usulü ilan esasına dayandığından⁸⁶ ve ihale veya ön yeterlilik ilanı üzerine ihaleye başvurulması, 2002/2 sayılı Tebliğe İlişkin Kılavuz anlamında aktif çaba gerektirdiğinden, bu ihale usulleriyle yapılan kamu alımlarını karşılamak aktif satış niteliğindedir.

Pazarlık usulü, Kamu İhale Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen hallerde uygulanır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerden bir kısmında ilan prosedürü uygulanmadığından, bu hallerde idarece takdir edilen en az üç istekli ihaleye davet edilmektedir. Davetin idarece re'sen yapıldığı bu hallerde davet alan teşebbüsün ihaleye katılması, pasif satış niteliğinde kabul edilmelidir.

Doğrudan temin ise, Kamu İhale Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrasında sayılan hallerde başvuru bir alım yöntemidir. Bu yöntemle kamu alımı, herhangi bir ilan ve ihale yapmaksızın, piyasada fiyat araştırmasına dayalı olarak gerçekleştirilir. Pazarlık usulünün ilan prosedürüne başvurulmadan uygulandığı hallerde olduğu gibi, doğrudan temin yönteminde de idarece mal veya hizmet talebinde bulunan teşebbüs tarafından kamu alımının karşılanması pasif satış niteliğindedir.

Dolayısıyla pasif satış niteliğinde sayılan bu hallerde, teşebbüslerin kendilerine tahsis olunan bölge veya müşteri grubu dışındaki ihalelere katılması mümkün olduğundan, ana teşebbüslerin yaptığı bayilik/distribütörlük sözleşmelerine koyacağı aksi yönde sınırlamalar (örneğin "bölge/müşteri grubu dışındaki hiçbir kamu alımını karşılamama" gibi) Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

E. Ana teşebbüslerin ihalelere distribütörleri/bayileri ile katıldığı hangi hallerde rekabet ihlalinden bahsedilebilir?

Belli istekliler arasında ihale usulünde, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olmaması ve teklif veren istekli sayısının üçten az olmaması⁸⁷; pazarlık usulünde ihale yapılmayan hallerde davet edilen aday

⁸⁴ Kamu İhale Kanunu madde 19

⁸⁵ Kamu İhale Kanunu madde 20/1

⁸⁶ Kamu İhale Kanunu madde 24-25. Her ne kadar belli istekliler arasında ihale usulünde isteklilerin davet edilmesi söz konusu ise de, davet edilecek istekliler idarece verilen ön yeterlilik ilanı üzerine yapılan başvurular arasından belirlenmektedir.

⁸⁷ Kamu İhale Kanunu madde 20/4

sayısının üçten az olmaması⁸⁸ gerekmektedir. Minimum istekli sayısı şartının uygulandığı bu ihale türlerinde, ihalenin rekabetçi şartlar altında gerçekleştiği izlenimi vermek amacıyla dikey ilişkinin alt zincirlerindeki teşebbüslerin ana teşebbüs ile anlaşarak aynı ihalede birlikte teklif vermeleri, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamına giren rekabet ihlallerindedir.

Bu hususta Rekabet Kurulu'nun Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-4'te aşağıda yer verilen tespitlerinin önem taşıdığı düşüncesindeyiz:

“Yapılan değerlendirmede, teşebbüslerin yan teklif bulmalarının bir zorunluluk olarak ortaya çıktığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı, kamu çalışanlarının diğer bir deyişle alımlar ile bağlantılı sağlık kuruluşu çalışanlarının seçtikleri alım yöntemi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmemesinin ya da bu yükümlülüğü medikal firmalarına yüklemelerinin firmaların yan teklif bulmalarını mazur gösterecek bir savunma olmadığı, firmaların yan teklif bulmayı reddetmeleri halinde hastane görevlilerinin Kamu İhale Kanunu'nun öngördüğü alımların daha rekabetçi olmasını sağlayacak prosedürü işletmek zorunda kalacakları fakat firmaların yan teklif bulmayı kabul ederek bu süreci engelledikleri ve ihalelerin rekabetçi olduğu izleniminin doğurdukları bunun ise 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir rekabet ihlali olduğu sonucuna varılmıştır.”⁸⁹

Ancak ana teşebbüs ile distribütörleri/bayilerinin birlikte ihaleye girdiği her durumda bu tür bir rekabete aykırı anlaşmadan bahsedilmesi yerinde değildir. Zira distribütör/bayi rekabet hukuku literatüründe tek başına bir teşebbüs olarak kabul edildiğinden, üretici veya sağlayıcı teşebbüsten bağımsız olarak bu teşebbüslerle aynı ihaleye girebilir. Öte yandan distribütörün/bayinin, dikey ilişkide üreticiden/sağlayıcıdan tedarik ettiği ürünleri ek kar marjıyla sattığı varsayıldığında, distribütörün/bayinin ihalede vereceği teklifin üretici/sağlayıcının teklifinden yüksek olabileceği, ancak stokların eritilmesi, ekonomik şartlar gibi nedenlerle üretici/sağlayıcının teklifinden düşük olabileceği de göz ardı edilmemelidir.

F. İhaleyi boykot hangi hallerde bir rekabet ihlali teşkil eder?

İhaleyi boykot, rakip teşebbüslerin toplu olarak ihaleler için teklif/mal vermemesi (arz boykotu) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ancak ihaleyi boykotun Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırı kabul edilebilmesi için boykota katılan teşebbüsler arasında rekabeti engelleyici bir anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının varlığı tespit edilebilmelidir. Diğer bir deyişle,

⁸⁸ Kamu İhale Kanunu madde 21/2

⁸⁹ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-4, sf. 67

teşebbüslerin bağımsız ticari kararları doğrultusunda ihalelere girmemeleri, ihaleyi boykot ve dolayısıyla rekabet ihlali teşkil etmemektedir.

Teşebbüsleri rekabete aykırı bir koordinasyon kurarak boykota teşvik eden başlıca sebepler, arz koşullarını piyasa dışında belirlemek, piyasaya girişleri önlemek, rakip teşebbüsleri piyasa dışına çıkarmak ve özellikle de fiyatlar/maliyetler üzerinde denetim sağlamak şeklinde sıralanabilir.⁹⁰ Nitekim Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2'de, hakkında soruşturma açılan bazı teşebbüslerin tıbbi sarf malzemesi sağladıkları kamu hastanelerinin alım fiyatlarının düşmesini engellemek amacıyla rekabete aykırı anlaşmalar çerçevesinde teklif/mal vermeme boykotu uyguladığı tespit edilerek bu teşebbüslere idari para cezası yaptırımını uygulanmıştır.⁹¹

Bununla birlikte ihaleyi boykot, devletin sektörel bir konuda harekete geçmesini sağlamak veya devleti yasal bir değişikliğe sevk etmek gibi politik amaçlarla gerçekleştirilmiş olsa dahi, rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip bir koordinasyona dayandığı takdirde rekabet ihlali niteliğini koruyacaktır.⁹² Nitekim Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2'de, tıbbi sarf malzemeleri pazarındaki sorunlarının giderilmemesi halinde mal vermeyi durduracaklarını ve hastanelerdeki konsinyeleri çekecekleri yönünde bildiri yayımlayan teşebbüslerin yasal dilekçe haklarını kullandıklarını savunmaları, bu girişimin rekabeti bozucu bir anlaşmaya dayanması nedeniyle Rekabet Kurulu'na kabul görmemiştir. Ancak bu, gerçekten de sektörel bir soruna çözüm getirilmesi amacıyla yapılmış bir girişim olsa idi dahi, söz konusu teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip bir koordinasyon kurmuş olmalarının da rekabetin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli kabul edilebilir.⁹³

G. İhale ve teknik şartnamelerin ve ihale sürecindeki diğer idari işlem ve eylemlerin rekabet (ex ante ve ex post) denetimi nasıl sağlanabilir?

Kamu ihalelerinde karşılaşılan başlıca sorunlardan biri, ihaleye çıkan idarenin ihale ve teknik şartnameler ile diğer idari işlem ve eylemler vasıtasıyla ihalede rekabetin oluştuğu izlenimini yaratarak, belirli bir teşebbüsün ihaleyi

⁹⁰ Topçuoğlu, M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını No:0064, 2001, sf. 233

⁹¹ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 22 vd.

⁹² Örneğin Topçuoğlu'nun ABD uygulamasından aktardığı Fashions Originators Guild olayında, Guild üyelerinin korsan elbise modeli kullanan perakendecilere kumaş vermemek üzere anlaşmaları, her ne kadar haksız fiil teşkil eden haksız model kullanımına son verilmesini sağlamak amacını taşıyor olsa da, ABD Yüksek Mahkemesi'nce teşebbüslerin amacına bakılmaksızın per se hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bkz. Topçuoğlu, sf. 233.

⁹³ Tıbbi Sarf Malzemeleri Kararı-2, sf. 82

kazanabileceği şekilde ihaleye çıkmasıdır. Bunun en tipik örneklerinden birisi, teknik şartnamenin belirli bir marka veya modeli işaret edecek şekilde düzenlenmesidir. Kamu İhale Kanunu madde 12/2 uyarınca teknik şartnamelerin rekabeti engelleyici hususlar içermesi ve madde 12/3 uyarınca da teknik şartnamelerin belirli bir marka veya modele yönelik özellik ve tanımlamalara yer verilmesi yasaklanmıştır. Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen bu hususlar, itirazın şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu'nun denetimine tabi olduğu gibi, ihale ve teknik şartname gibi idari bir işleme dayandığı ölçüde Rekabet Kanunu kapsamında da bulunmamaktadır. Nitekim Rekabet Kurulu, bazı hastaneler tarafından gerçekleştirilen ameliyat ipliği ihalelerine ilişkin teknik şartnamelerde iplik niteliklerinin rekabeti engelleyecek tarzda belirlendiği iddiasını incelediği Ameliyat İpliği Kararı'nda; "hastanelerce düzenlenen ameliyat ipliği ve stapler ihalelerine ilişkin şartnamelerin, Maliye Bakanlığı'nın ilgili Talimatının, Kamu İhale Kurumu'nun Resmi Gazete'de yayımlanmış olan kararının ve Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin kararının idari nitelikte kararlar olması nedeniyle başvuru konusunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olmadığına" karar vermiştir.⁹⁴

Ameliyat İpliği Kararı'nda anılan Kamu İhale Kurulu kararında ise; "İdarenin hazırlamış olduğu teknik şartnamede alınmak istenilen sütün materyalinin kimyasal içeriği belirlenmiş olup, bu alanda faaliyet gösteren firmaların aynı içerikte bir ürün teklif ederek ihaleye katılmasına yasal hiçbir engel bulunmamaktadır. Ancak aynı kimyasal içerikteki ürünün teklif edilmesi halinde, malzemelerin belli bir marka olmaması nedeniyle teknik yönden uygun bulunmayarak ihale dışı bırakılma halinde, rekabete aykırılık doğacağından bu durum yukarıda anılan mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturacaktır." değerlendirilmesine yer verildikten sonra şu sonuca ulaşılmıştır: "Şikayetçi firma ihaleye katılarak teknik şartnamede istenilen özellik ve belirtilen kimyasal içeriğe sahip ürün sunmasına rağmen, sunmuş olduğu ürünün belli bir marka veya model olmaması nedeniyle ihale dışı bırakılmış olsaydı, bu durumun yukarıda anılan mevzuat hükümlerine aykırı olacağı açıktır. Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde, şikayetçi firmanın iddiaları yerinde görülmemiştir."⁹⁵ Böylece Kamu İhale Kurulu, idarenin ihaleye katılan adaylar/istekliler arasında ayrımcılığa yol açması halinde bunun rekabete aykırı olacağını benimsemiştir. Dolayısıyla kamu ihaleleri piyasasının kendi özgü niteliği gereği (oyunun kurallarının idarece konulması nedeniyle) idarece yapılan işlemlerin ve

⁹⁴ Rekabet Kurulu'nun 28.07.2005 tarih ve 05-49/706-193 sayılı Kararı ("**Ameliyat İpliği Kararı**"), sf. 2-3

⁹⁵ Kamu İhale Kurulu'nun 10.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z-680 sayılı Kararı

eylemlerin rekabete uygunluğu, Kamu İhale Kurulu'nun ex ante denetimine tabi kılınmıştır.

Öte yandan, idarece düzenlenen ihale ve teknik şartname ile ihale sürecindeki diğer idari işlem ve eylemlerin ihaledeki rekabeti sınırlamasının, ihaleye katılan teşebbüslerin rekabete aykırı davranma eğilimlerini artırdığı da gözlemlenmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu'nun Roche-EİP-Beşer Kararı bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.⁹⁶ Kararda hakkında soruşturma yapılan teşebbüslerden Roche ve EİP beşeri ilaç pazarında sağlayıcı seviyesinde üretici/ithalatçı olarak, Beşer ise toptancı seviyesinde ecza deposu olarak faaliyet göstermektedir. Şikayete konu ihalelerin tamamına, sadece Roche ve EİP tarafından satılan granisetron etken maddeli ilaçlar için çıkılmıştır. Oysa ki ondansetron ve tropisetron etken maddeli ilaçlar, granisetron etken maddeli ilaçlara ikame oluşturduğu halde, idarece ihale şartnamelerine dahil edilmemiştir.⁹⁷ Kararda idarece, ikamesi olduğu halde sadece granisetron etken maddeli ilaçlar için ihaleye çıkılması rekabet açısından değerlendirilmese de, belirli bir markayı/markaları işaret ederek fırsat eşitliğini ortadan kaldıran ihale ve teknik şartnamelerin rekabete (dolayısıyla Kamu İhale Kanunu'nun 12. maddesine) aykırı olduğu açıktır. İdarece ihaleye katılımın rekabete aykırı şekilde sınırlanması nedeniyle, şikayete konu ihalelerde sadece Roche ve EİP ürünlerinin ihale koşullarını taşıdığı anlaşılmaktadır. Ancak Roche ve EİP'in de aynı ecza deposu (Beşer) ile çalışması neticesinde, granisetron etken maddeli ilaçlara ilişkin ihalelerde Beşer, Roche veya EİP ürünlerinden sadece birisi için ihaleye teklif vermiştir.⁹⁸ Rekabet Kurulu, "granisetron ihalelerinde rekabetin oluşmamasının, Roche ve EİP'nin aynı depoyla çalışmayı tercih etmesinden kaynaklandığı" gerekçesiyle⁹⁹, Roche, EİP ve Beşer'in Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettiğine ve bu teşebbüslere yıllık net satışlarının %1'i oranında idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.¹⁰⁰

Rekabet Kurulu'nun Roche-Beşer Kararı'nda¹⁰¹ da benzeri bir tartışma gündeme gelmiştir. Eritropoietin etken maddeli ilaç ihaleleri pazarında, etken madde belirtilerek çıkılan SSK ihalelerine Roche'un ecza depoluğunu yapan Beşer tek başına girerken, Roche'un rakibi Gürel ihalelere katılmamıştır.

⁹⁶ Rekabet Kurulu'nun 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı Kararı ("**Roche-EİP-Beşer Kararı**")

⁹⁷ Roche-EİP-Beşer Kararı, sf. 4

⁹⁸ Roche-EİP-Beşer Kararı, sf. 5

⁹⁹ Roche-EİP-Beşer Kararı, sf. 5

¹⁰⁰ Roche-EİP-Beşer Kararı, sf. 14

¹⁰¹ Rekabet Kurulu'nun 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı Kararı ("**Roche-Beşer Kararı**")

Rekabet Kurulu, Roche ile Gürel arasında ihaleye girmeme konusunda bir anlaşmanın varlığını gösterecek herhangi bir delil bulunmadığını tespit ettikten sonra, Roche ve Beşer'in SSK ihalelerinde indirim yapmama stratejisinin ihaleyi düzenleyen vasıtasıyla ihaleye tek girenin Beşer-Roche olmasının sağlanmasından da kaynaklanabileceğini, ancak böyle bir durumun Rekabet Kanunu kapsamında olmadığı gerekçesiyle, her iki yönden de şikayetin reddine karar vermiştir.¹⁰² Oysa ki “ihaleyi düzenleyen de Roche ve Beşer arasında var olduğu iddia edilen ortak stratejiye katılması, yani ihaleye tek girenin Beşer-Roche olmasının sağlanması” ihtimalini dikkate alan Rekabet Kurulu, kanaatimizce bu durumda Roche'un ihalelere sadece Beşer vasıtasıyla girmesinin tipik bir marka içi sınırlandırma olmadığını, Gürel'in ihaleyi düzenleyen de vasıtasıyla SSK ihaleleri dışında kaldığı varsayımı altında marka içi rekabet sınırlamasının ihaledeki fiyatı doğrudan belirleyeceğini göz ardı etmiştir.

Dolayısıyla ihaleyi düzenleyen idarenin işlem ve eylemleri her ne kadar Rekabet Kanunu kapsamında sayılmasa da, bu idari işlem ve eylemlerin teşebbüsleri ihalelerdeki rekabeti sınırlandırmaya teşvik edebileceği dikkate alınmalıdır. İhaledeki rekabetin idarece kısıtlandığı hallerde, ihaleye giren istekliler/adaylar arasında rekabete aykırı bir işbirliğin kurulup kurulmadığının Rekabet Kurulu'na yapılacak ex post denetimde detaylı bir şekilde araştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Dikkat edileceği üzere; idarece düzenlenen ihale ve teknik şartnameler ile ihale sürecindeki diğer idari işlem ve eylemler hem doğrudan (ihaleye katılımın kısıtlanması yoluyla) hem de dolaylı olarak (istekliler/adaylar arasındaki anlaşma/uyumlu eylem eğilimini arttırma etkisi neticesinde) ilgili ihale piyasasındaki rekabeti kısıtlayıcı veya bozucu olabilmektedir. Ancak yukarıda aktardığımız Roche kararlarının da gösterdiği üzere; ihale sürecindeki idari işlemlerin rekabete uygunluğunu denetlemekle görevli Kamu İhale Kurulu'nun yetkisi esasen itirazın şikayet mekanizması ile işlediğinden¹⁰³, ihale sürecindeki pek çok rekabeti kısıtlayıcı idari işlem Kamu İhale Kurulu'na incelenmeksizin kesinleşmektedir. Bu nedenle daha etkin bir rekabet denetimi açısından, Rekabet Kurulu'nun ihale işlemlerinin ex ante denetimine katılmasının sağlanmasında fayda olduğu düşüncesindeyiz. Bu amaçla Kamu

¹⁰² Roche-Beşer Kararı, sf. 10

¹⁰³ 03.01.2009 tarih ve 27099 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik” aynı adı taşıyan (22.06.2007 tarih ve 26560 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) önceki yönetmeliği yürürlükten kaldırmış ve önceki yönetmelikte Kamu İhale Kurulu'nun belirli koşullar altında ve sınırlı hallerde kullanabildiği re'sen inceleme yetkisi tamamen kaldırılmıştır.

İhale Kurulu'nun standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğ çıkarırken ve idarelerin tip sözleşme ve çerçeve anlaşma hazırlarken, bunların rekabete uygunluğu hususunda Rekabet Kurulu'ndan öngörüş almaları yönünde mevzuat değişikliği yapılabilir. Böylece Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın üye devletlerin topluluk rekabet kurallarına uygun davranmasını öngören 86. maddesinin getirdiği uluslararası rekabet denetimi ancak birliğe üyelik ile birlikte devleti bağlayıcı hale geleceğinden, Avrupa Birliği üyeliği öncesinde Türkiye'de devletin rekabet ortamına yapacağı müdahalelerin denetlenmesi hususundaki boşluk¹⁰⁴, ihale piyasaları açısından kısmen ve dolaylı olarak da olsa doldurulabilir.

H. Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen, ihalenin sadece yerli isteklilere açık olması ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulama imkanı ne ölçüde rekabet denetimine tabi tutulabilir?

Kamu İhale Kanunu'nun "yerli istekliler ile ilgili düzenlemeler" başlıklı 63. maddesi uyarınca; "Yaklaşık maliyeti eşik değerlerin altında kalan ihalelere sadece yerli isteklilerin katılması, yaklaşık maliyeti eşik değerlerin üzerindeki ihalelerde; hizmet alımları ve yapım işlerinde bütün yerli istekliler lehine, mal alımlarında ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile diğer ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Kurum tarafından yerli malı olarak belirlenen malları teklif eden yerli istekliler lehine, %15 oranına kadar fiyat avantajı sağlanması hususlarında idarelerce ihale dokümanına hükümler konulabilir. Ancak, yabancı istekliler ile ortak girişim yapmak suretiyle ihalelere katılan yerli istekliler bu hükümden yararlanamaz."

Kamu İhale Kanunu'nun bu hükmü, yerli istekliler lehine iki imkan öngörmektedir: (i) ihalenin sadece yerli isteklilere açık olması, (ii) yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulama. Her iki imkan da Kamu İhale Kanunu'ndan kaynaklanan eşit muamele ilkesi ve Rekabet Kanunu'ndan kaynaklanan ayrımcılık yasağı ile çelişmekle beraber, idarelere bu konuda kanun ile takdir yetkisi verildiğinden, Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu hususta Rekabet Kurulu'nun yetkisi, önaraştırma ve soruşturma kararlarında ilgili kurumlara görüş bildirmekten ibarettir.

¹⁰⁴ Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 86. maddesi, üye ülkelere topluluk rekabet kurallarına uyma yükümlülüğü getirirken, bu yükümlülüğün uygulanması görevini de bir topluluk organı olan Komisyon'a yüklemiştir. Komisyon, bu görevini direktifler çıkararak ve alacağı kararları üye devletlere bildirmek suretiyle kullanır. Bir üye devletin rekabet kurallarına uyma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ise o üye devlet aleyhinde ihlal davası açılabilir. Bkz. Ünal Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), sf. 483-486

Türkiye Avrupa Birliği'ne üye olduğunda, Roma Antlaşması'nın malların, hizmetlerin ve işçilerin serbest dolaşımı, yerleşme hakkı, ayrımcılık yasağı ve devlet yardımlarına ilişkin düzenlemeleri¹⁰⁵ Türk hukuku açısından doğrudan uygulanır¹⁰⁶ hale gelirken; kamu alım ihalelerine ilişkin direktiflerde yer alan ayrımcılık yasağı, eşit muamele ve şeffaflık ilkelerine ilişkin hükümleri¹⁰⁷ de iç hukuka belirli bir süre içinde kazandırılmadıkları takdirde doğrudan etkiye¹⁰⁸ sahip olabilecektir. Dolayısıyla “AB vatandaşı olan herkes, ... AB hukukunda öngörülen istisnalar dışında, Türk vatandaşları ile aynı koşullarda kamu alım ihalelerine katılma talebinde bulunabileceklerdir”.¹⁰⁹

Öte yandan Avrupa Birliği'ne üyelik müzakerelerinin devam ettiği, içinde bulunduğumuz dönemde, (özellikle Türkiye'nin dış ticaret hacminin önemli bir bölümünü Avrupa Birliği üyesi ülkeler ile gerçekleştirdiğini de dikkate alarak) idarelerin yerli istekliler lehine getirilen avantajları uygulama konusunda sahip oldukları takdir yetkisini kullanırken ortaya çıkabilecek sakıncaların bertaraf edilebilmesi amacıyla nesnel bir kriterin benimsenmesinde fayda olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda Kamu İhale Kanunu'nun 53.

¹⁰⁵ Kortunay, A./Sezer, Y., “Kamu İhale Kanunu'nun 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.56 Sa. 3, 2007, sf. 139-148

¹⁰⁶ Doğrudan uygulanma; Avrupa Birliği kurucu antlaşmalarının ve tüzüklerinin üye ülkelerin herhangi bir işlemine, onayına, iç hukuk içine alınmasına gerek olmaksızın üye devletler, üye devlette yerleşik veya üye devletin tabiiyetinde bulunan, gerçek ve tüzel kişiler ile bütün daire ve kuruluşlar ve Birlik'in her organ, kurum ve yetkilisi için geçerli olmasını ifade eder. Bkz. Ünal Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, Beta, 2000, sf. 68, 70.

¹⁰⁷ Kortunay/Sezer, sf. 148-154

¹⁰⁸ Doğrudan etki, kısaca, bireylerin ulusal makamlar önünde Avrupa Birliği mevzuatından doğan haklarını talep edebilmelerini ifade eder. AB direktiflerinin doğrudan etkiye sahip olabilmesi için, açık, koşulsuz ve takdir yetkisine yer vermeyen yükümlülükler içermesi ve direktifin öngörülen sürede ulusal hukuka kazandırılmamış olması gerekmektedir. Bkz. Bertil Emrah Oder (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku, Beta, 2000, sf. 132-140.

¹⁰⁹ Kortunay/Sezer, sf. 161. Yazarlar, bu sonuca varırken esas olarak Anayasa'nın usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu düzenleyen 90. Maddesinin son fıkrasına dayanmaktadır. Ancak Avrupa Birliği'nin birincil hukukunu oluşturan kurucu antlaşmaların uluslararası öğeler içerdiği ve milletlerarası antlaşmaların tüm niteliklerini taşımadığı ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iç hukukta doğrudan uygulanır nitelikte olduğu, direktiflerin ise iç hukukta uygulanabilmesi için üye devletçe her halükarda bir “uygulama işlemi”nin yapılması gerektiği dikkate alındığında (Bkz. Ünal Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), sf. 68, 72); Anayasa 90. Maddesinin son fıkraya hükmüne dayanılmasının pek yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

maddesi ile benimsenen karşılıklılık ilkesinin kapsamı genişletilerek uygulamaya geçirilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki;

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin 1. b(8) fıkrasında, “Yerli isteklilerin, yabancı ülkelerde açılan ihalelere katılmalarına engel olduğunun tespit edilmesi halinde, bu uygulamanın yapıldığı ülkenin isteklilerinin de, bu Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılmalarının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasını ve gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere Bakanlar Kuruluna teklifte bulunmak” Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında sayılmış ve kamu ihalelerinde karşılıklılık ilkesi genel olarak benimsenmiştir. Ancak dikkat edileceği üzere; anılan hüküm karşılıklılık ilkesinin doğrudan uygulanabilmesine imkan tanımamakta, Türkiye'deki kamu ihalelerine katılmasının engellenmesi Kamu İhale Kurumu'na teklif edilen ülke vatandaşları için Bakanlar Kurulu'na bu yönde ayrıca bir karar alınması gerekmektedir.¹¹⁰ Kanaatimizce bu durum, karşılıklılık ilkesinin kamu ihaleleri bakımından kapsamını daraltmasının yanısıra uygulanmasını da güçleştirmektedir. Zira Kamu İhale Kanunu'nda benimsenen karşılıklılık ilkesi, yabancıların Türkiye'de taşınmaz ediniminde olduğunun aksine, doğrudan uygulanan bir mekanizma getirmemektedir.

Dolayısıyla karşılıklılık ilkesinin kamu ihaleleri açısından uygulamaya geçirilmesini sağlamaya yönelik bir idari mekanizmanın kurulması, beraberinde getirebileceği bazı idari zorluklara rağmen Avrupa Birliği üyeliği öncesindeki geçiş sürecinde kısmen de olsa çözüm sağlayabilir. Bu bakımdan yabancıların Türkiye'de taşınmaz ediniminde uygulanan mekanizmanın¹¹¹ bir benzerinin, yabancıların kamu ihalelerine katılımı açısından da getirilmesi düşünülebilir. Bu doğrultuda Kamu İhale Kanunu'nda yapılacak değişiklik ile; Kamu İhale Kurumu'nun yabancı isteklilerin Türkiye'de kamu ihalelerine katılımına ilişkin güncel bir karşılıklılık listesi tutması ve ihaleye çıkacak idarelerin de bu listede karşılıklılık bulunduğu belirtilen ülkelerin uyuşundaki isteklilerin tekliflerini değerlendirmeye alması öngörülebilir. Bu düzenlemenin sadece yabancı isteklilerin kamu ihalelerine katılımı açısından değil, kamu ihalelerinde yerli istekliler lehine öngörülebilecek avantajlar açısından da benimsenmesinin daha

¹¹⁰ Kamu ihalelerinde karşılıklılık ilkesinin uygulanması hk. bkz. Kortunay/Sezer, sf. 166-167

¹¹¹ Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinimi hususunda Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü nezdinde bir karşılıklılık listesi tutulmaktadır. Bu liste çeşitli aralıklarla güncellenerek Türkiye çapında tüm tapu dairelerine gönderilmekte ve ancak bu listede Türkiye ile karşılıklılık bulunduğu belirtilen ülkelerin vatandaşlarının taşınmaz edinim talepleri -diğer kanuni kısıtlamalara uymak koşuluyla- olumlu karşılanmaktadır. Bkz. Tapu Kanunu md. 35-36.

uygun olacağı düşüncesindeyiz. Böylece Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin 1. (b)8 fıkrasında yapılacak değişiklik ile; Kamu İhale Kurumu, gerek yabancıların kamu ihalelerine katılımı, gerekse yerli istekliler lehine uygulanacak avantajlar ile ilgili olarak karşılıklılık listesini hazırlamak, güncellemek ve idareler ile paylaşmakla görevli kılınarak karşılıklılık ilkesinin fiilen uygulanması mümkün olabilir.

SONUÇ

Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen ihale usul ve şartları (asgari istekli/aday şartı, ihalelerin ilan edilme zorunluluğu v.s.), kamu ihalelerinin rekabetçi bir ortamda gerçekleştirilmesi ve kamu alımlarının ekonomik açıdan en avantajlı şekilde yapılması amacını esas almaktadır. Bu amaca uygun olarak; ihale süreci tamamlanıncaya kadar Kamu İhale Kanunu'ndaki şartlar dahilinde öncelikle ihaleye çıkan idareye şikayet başvurusunda bulunmak, idarenin bu başvuruyu reddi üzerine de Kamu İhale Kurumu'na itirazın şikayet talebinde bulunmak suretiyle ihale sürecindeki rekabet eksikliklerinin giderilmesi ve rekabete aykırı eylem ve işlemlerin önüne geçilmesi sağlanabilmektedir. Böylece Kamu İhale Kurulu, ihaleye katılan istekliler veya adayların ihale sürecindeki fiillerinin yanısıra ihaleye çıkan idarenin işlem ve eylemlerini de ihale sürecinde rekabetin sağlanması amacıyla denetlemektedir. Bu denetimin neticesinde Kamu İhale Kurulu, ihale süreci tamamlanmadan olası rekabet eksiklikleri ve ihlallerinin giderilmesi ve bu mümkün değilse ihalenin iptali yoluyla kamu ihale sürecine müdahale edebilmektedir. Bu imkan, ihale piyasalarında Kamu İhale Kurulu vasıtasıyla ex ante rekabet denetiminin temelini oluşturmaktadır.

Kamu İhale Kurulu'nun ihaleye çıkan idare yönünden gerçekleştirdiği rekabet denetimi özellikle "fırsat eşitliği ilkesi"ne dayanmaktadır. Kamu İhale Kanunu'nda yer alan "fırsat eşitliği ilkesi"nin rekabet hukukundaki karşılığı "ayrımcılık yasağı"dır. İdarelerin ihale sürecindeki işlem ve eylemleri Rekabet Kanunu kapsamında olmasa da; Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen genel (fırsat eşitliği) ve özel (örneğin teknik şartnamenin belli bir marka veya modeli işaret etmemesi) ilkeler yoluyla rekabet hukukundaki "ayrımcılık yasağı"na benzer bir denetim, ihaleye çıkan idareler açısından işletilebilmektedir. Böylece idarelerin ayrımcı işlem ve eylemleri neticesinde birtakım teşebbüslerin ihale süreci dışında kalmasının önüne geçilebilmekte ve idarelerin ihale sürecindeki bu tür işlem ve eylemlerinin pazara giriş engeli yaratması ihtimali de bertaraf edilebilmektedir.

Öte yandan, ihaleye katılan istekliler veya adayların ihale sürecindeki rekabete aykırı faaliyetlerinin Kamu İhale Kurulu'nun ex ante denetimi sırasında tespit edilmesi daha güç görünmektedir. Zira teşebbüslerin rekabete

aykırı davranıp davranmadıklarının tespiti, Rekabet Kanunu'nda öngörülen usuli sürecin (önaraştırma/soruşturma) yürütülmesini gerektirmekte ve ihale piyasalarındaki olası rekabet ihlalleri ancak bu önaraştırma/soruşturma süreci neticesinde elde edilecek bilgi ve bulgulara dayanarak ortaya çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla, belirli bir ihalede Rekabet Kanunu'nun ihlal edildiği gerekçesiyle ihale süreci henüz tamamlanmadan Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikayet neticesinde Kamu İhale Kurulu'nun ne yönde bir karar vermesi gerektiği belirsiz ve tartışmalıdır. Kanaatimizce Rekabet Kurulu'nun soruşturma açma kararı verdiği ihalelere ilişkin olarak Kamu İhale Kurulu nezdinde itirazın şikayet süreci devam ediyor ise; Rekabet Kurulu'nun soruşturma açma kararını Kamu İhale Kurumu'na iletmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nun bu kararının Kamu İhale Kurulu'nca ihalede rekabetin oluşup oluşmadığının incelenmesi için yeterli bulunmalıdır. Böyle bir uygulama kanaatimizce, daha etkin bir ex ante rekabet denetimi açısından yerinde olacaktır. Ancak bu tür bir denetimin, Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında daha yakın bir işbirliğini zorunlu kıldığı da dikkate alınmalıdır.

Ayrıca Kamu İhale Kanunu ve Rekabet Kanunu'nun kamu ihalelerinde rekabetin sağlanması ve korunması (ex ante ve ex post denetim) açısından birbirini tamamlayacak şekilde uygulanmasının büyük önem taşıdığını düşünüyoruz. Bu amaçla, yürürlükteki mevzuat kapsamında Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu arasındaki işbirliği imkanlarının (ihtiyari görüş talebi gibi) daha sıklıkla kullanılması gerektiği ve bu işbirliğini artırmaya yönelik çeşitli yeni mekanizmaların (zorunlu öngörüş gibi) yasalaştırılmasının da faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak; ihalenin sadece yerli isteklilere açık olması ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulama imkanlarının Rekabet Kanunu'na aykırı olmasının yanısıra, Kamu İhale Kanunu'ndaki rekabet ve fırsat eşitliği ilkeleri ile de çeliştiği kanaatindeyiz. Her ne kadar iktisadi gerekçelerle belirli bir eşğin altındaki ihalelerin sadece yerli isteklilere açık olması makul karşılanabilse de, bu durum esasen iktisadi verimlilik ve etkinlik ile ilgilidir. Bu noktada; yerel teşebbüslerin korunması amacı gözetiliyor ise, her iki olanağın da fiilen uygulanabilir bir karşılıklılık ilkesi bağlanması daha yerinde olabilir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, T., “Anadolu Cam Kararı ve Koşut Başvuru Yasağı”, Rekabet Forumu, Sa. 26
- Altıparmak, C., “Devlet İhalesine Fesat Karıştırma Suçu (YTCK. M. 235)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79 Sa. 2005/4
- Atasayar, K. “İhale Piyasalarında Rekabet Kurumu’nun Yetkisi”, Rekabet Haber Bülteni, Sa. 16
- Aslan, İ. Y., Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, 2007
- Bilir, H., İhale Piyasalarında Rekabet Politikaları: Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Rekabet Kurumu Yayını, 2004
- Çelen, A., Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Yayını, 2003
- Emek, U., Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, DPT Yayını, 2002
- Kara, A. F., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler, Rekabet Kurumu Yayını, 2003
- Kayıhan, L., Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu Yayını, 2003
- Kortunay, A./Sezer, Y., “Kamu İhale Kanunu’nun 63. Maddesinin AB Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C.56 Sa. 3, 2007
- Naipoğlu S., “Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, 2007
- Sanlı, K. C., Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayını, 2000
- Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, Beta, 2000
- Topçuoğlu, M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayını, 2001

KARARLAR

1- REKABET KURULU KARARLARI

Rekabet Kurulu'nun

- 1) 19.12.2008 tarih ve 08-74/1180-455 sayılı (4. Tıbbi Sarf Malzemeleri) Kararı
- 2) 30.10.2008 tarih ve 08-61/996-388 sayılı (Roche-Beşer) Kararı
- 3) 14.02.2008 tarih ve 08-15/149-51 sayılı (Birim-GE) Kararı
- 4) 07.02.2008 tarih ve 08-12/129-45 sayılı (Karayolları Gen. Müd.) Kararı
- 5) 11.07.2007 tarih ve 07-59677-236 sayılı (3. Tıbbi Sarf Malzemeleri) Kararı
- 6) 16.03.2007 tarih ve 07-24/236-76 sayılı (2. Tıbbi Sarf Malzemeleri) Kararı
- 7) 20.12.2006 tarih ve 06-92/1172-350 sayılı (HPO İhalesi) Kararı
- 8) 13.07.2006 tarih ve 06-51/655-183 sayılı (Roche-EİP-Beşer) Kararı
- 9) 28.07.2005 tarih ve 05-49/706-193 sayılı (Ameliyat İpliği) Kararı
- 10) Rekabet Kurulu'nun 01.12.2004 tarih 04-76/1086-271 sayılı (Anadolu-Marmara Cam) Kararı
- 11) 06.06.2002 tarih ve 02-36/396-164 sayılı (1.Tıbbi Sarf Malzemeleri) Kararı

2- KAMU İHALE KURULU KARARLARI

Kamu İhale Kurulu'nun

- 1) 07.10.2008 tarih ve 2008/UY.III-4057 sayılı Kararı
- 2) 12.12.2007 tarih ve 2007/UH.Z-476 sayılı Kararı
- 3) 20.08.2007 tarih ve 2007/UM.Z-2789 sayılı Kararı
- 4) 10.11.2003 tarih ve 2003/UK.Z-680 sayılı Kararı

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.dpt.gov.tr>

<http://www.ihale.gov.tr>

<http://www.oib.gov.tr>

<http://www.rekabet.gov.tr>

<http://www.tcmb.gov.tr>

<http://www.tuik.gov.tr>

YOĞUNLAŞMALARIN KONTROLÜNDE TAAHHÜT ve KOŞULLU İZİN YAKLAŞIMLARI

Av. Gönenç GÜRKAYNAK¹, Av. Bora İKİLER²,
Stj. Av. Arın Gül YENİARAS³

İÇİNDEKİLER

1. GİRİŞ
2. GENEL OLARAK KOŞULLU İZİN
3. TÜRK REKABET HUKUKU'NDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN
 - 3.1. Türk Rekabet Hukuku Mevzuatında Taahhüt ve Koşullu İzin
 - 3.2. Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin: On Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler
 - 3.3. Türk Rekabet Hukuku'ndan Örnek Olarak Seçilen On Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler
4. AVRUPA TOPLULUKLARI REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN
 - 4.1. Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Mevzuatında Taahhüt ve Koşullu İzin
 - 4.1.1. Genel Olarak
 - 4.1.2. Farklı Taahhüt Tiplerinin Somut Olaya Uygunluğu Sorunu
 - 4.1.3. Taahhüt Çeşitleri
 - a) Bir iş kolunun elden çıkarılması
 - b) Rakiplerle olan bağlantıların ortadan kaldırılması
 - c) Diğer taahhütler
 - 4.2. Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin: Üç Grup Altında Toplam On Sekiz Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler

¹ Avukat, ELİG Ortak Avukat Bürosu

² Avukat, ELİG Ortak Avukat Bürosu

³ Stajyer Avukat, ELİG Ortak Avukat Bürosu

- 4.2.1. Elden Çıkarma (Divestiture): On Üç Adet Örnek Karar
 - 4.2.2. İş kolunun Devri: Dört Adet Örnek Karar
 - 4.2.3. Kapasite Devri: Bir Adet Örnek Karar
 - 4.3. AT Toplulukları Rekabet Hukuku'ndan Örnek Olarak Seçilen On Sekiz Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler
 5. ABD REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN
 - 5.1. ABD Rekabet Hukuku Uygulamalarında Taahhüt ve Koşullu İzin: Dokuz Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler
 - 5.2. ABD Rekabet Hukuku'nda Örnek Olarak Seçilen Dokuz Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler
 6. YOĞUNLAŞMALARDAKİ KAYGILARIN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARıyla AŞILABİLMESİ İÇİN “REKABET HUKUKU’NDA UZLAŞMA VE SULH” PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRMELER
 7. YOĞUNLAŞMALARDAKİ KAYGILARIN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARıyla AŞILABİLMESİ HALİNDE REKABET OTORİTESİ TARAFINDAN BUNUN TEŞHİS EDİLEBİLMESİNİN VE GEREĞİNİN YAPILMASININ İKTİSADİ ETKİNLİK DOĞURUCU ÜSTÜN TERCİH OLDUĞU HUSUSUNDA SOMUT ÖRNEKLER İŞİĞİNDA “HUKUK VE İKTİSAT” PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRMELER
 8. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARININ İŞLETİLMESİNDEKİ MEVCUT DURUM BAKIMINDAN GÖZLENEN BAŞLICA KAYGI, EKSİKLİK VE PROBLEMLER
 9. TÜM SOMUT ÖRNEKLER VE DEĞERLENDİRMELER İŞİĞİNDA TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASI İÇİN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARININ ETKİN İŞLETİLEBİLMESİ İÇİN SOMUT ÖNERİLER
 10. SONUÇ
- KAYNAKÇA

1. GİRİŞ

İnsan yaşamının çeşitli alanları üzerinde son yıllardaki büyük artışı neticesinde toplumları ve toplumlar arası ilişkileri doğrudan etkileyen küreselleşme, ekonomi alanında da sınırların kaldırılmasını kolaylaştırmaktadır. Teşebbüsler bir yandan ekonomik anlamda varlık gösterme ve bu varlıklarını güçlendirme (yeni ürün pazarlarına, yeni coğrafi pazarlara girmek ve mevcut ürünleri teknolojik olarak ilerletip rekabette üstünleştirmek gibi) bir yandan da rekabet ortamının dinamiklerine uygun bir duruş sergileyerek uzun vadede varolabilme kaygısı içindedirler.

Küreselleşmenin ve ekonomik parametrelerin değişkenliğine paralel olarak, piyasada daha dirençli olabilmek yahut potansiyelleri rakiplerine kaptırmak istemeyen teşebbüsler çok farklı ana motivasyonlarla yoğunlaşma işlemlerinin tarafı olabilmektedirler.

Yoğunlaşma işlemleri bir yandan taraf teşebbüsleri işlemin ana amacına ulaştırıyor olmaları yönünden sorgulanamaz ve kendiliğinden varsayılabilen bir rasyonel etkinlik argümanını barındırırken beri yandan rekabet parametreleri üzerindeki doğrudan etkileri ile toplumsal refaha ait ekonomik dengeleri zedeleme riskini de taşıyabilmektedir.

Bu noktada devreye giren rekabet hukuku kuralları ve rekabet otoritelerinin uygulamadaki çeşitli tercihleri ise, çeşitli düzenlemeler ve/veya gerçekleşmesi beklenen işlem özelinde sergiledikleri yaklaşımlar aracılığı ile hassasiyetlerin sınırlarını belirginleştirmektedirler.

Bir yoğunlaşma işleminin gerçekleştirilmesinin rekabet hukuku kaygılarıyla tamamen engellenmesi veya işleme taraflarca beklenen tüm faydanın sağlanacağı biçimde izin verilmesi rekabet otoritesinin karar çizelgesindeki iki uçtur. Bu iki uç nokta arasındaki alternatifler dizilimi ne kadar uzun, manevra sahası ne kadar genişse, hem ilgili rekabet otoritesinin hem de ülkedeki rekabet hukuku uygulayıcılarının ve akademisyenlerinin somut olaylar karşısında iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın en çoklaştırılmasını sağlayacak biçimde kıvraklık gösterme imkanları o kadar yüksek olacaktır.

Aksi halde, yoğunlaşmaların kontrolü alanındaki uygulamacı faaliyeti kısa sürede bir “ya tutarsa”lar dünyasında cereyan etmeye başlayacak, rekabet otoritesi yoğunlaşmalar dünyasını bilinçli politika tercihleri çerçevesinde rengarenk bir tabloda sanatını göstererek değil siyah-beyaz bir resimde gücünü göstererek yönetmeye başlayacak ve akademisyenler de incelenmeye değer içerikler bulmak için başka rekabet otoritelerinin yaklaşımlarına yönelmeye devam edecekleri yıllar boyunca neden kendi ülkelerinde hiç eldeki olayın

somut ihtiyaçlarına göre dikilmiş birer elbise gibi oturan kararlar ıkamadığına anlam vermeye gayret eden teorik tartışmaların tarafı olmak zorunda kalacaklardır.

Bu alışma, herşeyden önce, hem taraf teşebbüslerin işlem yoluyla edinecekleri menfaatleri koruyan hem de rekabet hukukunun toplumsal refahı en oklaştırma amacından taviz vermeyen kararlar alanına düzenlenen bir keşif gezisidir. Türk rekabet hukuku yönünden manevra sahasını büyütmenin ve karar spektrumunu genişletmenin en iyi yolu öncelikle ABD, AT ve Türk rekabet otoritelerinin bugüne kadarki taahhüt ve koşullu izin içeren kararlarından seçtiğimiz toplam otuz beş adet örnek karar bazında şekillenen kolektif aklın belirlediği mevcut manevra sahasını tüm yönleriyle gezmek ve ardından da bunu daha da öteye götürecektir biçimde genişletmek için birer ilk adım niteliğindeki değerlendirmeleri yapmaktır.

Bu değerlendirmeler yapılırken elde tutulacak en önemli meşale “rekabet hukukunun amacı”dır. Dolayısıyla, hem kararların değerlendirilmesi hem de bir bütün olarak yoğunlaşmaların kontrolünde taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarının tercih edilebilirliğinin değerlendirilmesi bakımından “hukuk ve iktisat” disiplininin gereçlerine ve yöntemlerine başvurulacaktır.

Yazarın rekabet hukuku uygulaması tecrübesinde özel teşebbüsler arasındaki pek çok işlemin nihai incelemeye alınarak yahut alınmaksızın koşullu izinle veya taahhütle çözümlenmesi söz konusu olmuş olduğu gibi, çok yakın tarihte güncel bir gelişme yaşanmış ve bir işlem karşılıklı mutabakat sağlanamayarak nihai inceleme esnasında feragat ile olumsuz sonuçlanmıştır. Bu tecrübeler de esas alındığında, esas ve usul yönünden ihtiyaç duyulan berraklıklar değerlendirilirken, “uzlaşma ve sulh” yöntemlerinin etkin kullanılabilmesi için gerekli mevzuat altyapısı ve asgari koşullar hakkındaki düşüncelere de yer verilecektir.

2. GENEL OLARAK KOşULLU İZİN

Rekabet otoriteleri, birleşme-devralma sonucunda ortaya çıkması muhtemel rekabet sorunlarını bertaraf etmeye yönelik olarak, onayladıkları önlemlerin alınmış olması şartına bağlı izin vermekte ve bu yolla “koşullu izin” kurumunu işletmektedirler. Bir başka ifade ile, koşullu izin ile, bir birleşme-devralma işleminin tamamen yasaklanarak gerçekleşmemesinden – ve teşebbüslerin fayda sağlayacakları hiçbir sonuç doğmamasındansa – yasaklanması gereken bir birleşme-devralma işlemine belirli ölçüler içinde gerçekleşme şansı verilmesi söz konusu olmaktadır.

Teşebbüsler bakımından böylesine hayat kurtarıcı bir rol üstlenmiş olmasının yanı sıra koşullu izin mekanizmasının(i) hangi birleşme-

devralmalarda uygulanacağı, (ii) uygulanmasında etkin rol oynayacak ölçütler, (iii) koşul ve yükümlülüklerin tür ve kapsamı, (iv) koşul yerine getirildikten sonraki (şirketlerden ayrılan iş kollarının ne olacağı, koşula konu mal varlığının elden çıkartılmasının sonuçları, koşulun yerine getirilme denetiminin yapılma usulü) sürecin nasıl işleyeceği gibi birçok belirsizlik ve uygulama zorlukları da mevcuttur.

Gerek Türk Rekabet Hukuku gerekse Avrupa Topluluğu rekabet hukuku (“AT Rekabet Hukuku”) tecrübesi ışığında, yoğunlaşma sonucunda normal şartlarda doğacak olan rekabet hukuku kaygılarını yapısal yahut davranışsal tedbirlerle ıslah ettikten sonra işlemin ilgili pazar üzerindeki sonuçlarını serbest bırakan bir mekanizma olarak tanımlanabilecek olan koşullu izin, rekabet otoritesinin uygun gördüğü değişikliklerden sonra işlemin hayata geçirilebilmesi olarak uygulanmaktadır. Son dönemde Türk Rekabet Hukuku uygulamalarında yer alan koşullu izin içeren kararlara AT Rekabet Hukuku’nda sıkça rastlanmıştır ve bu mekanizmaların orta vadede Türk rekabet hukuku uygulamasının tanıdık birer unsuru haline geleceğine şüphe yoktur.

Rekabet Kurulu (“Rekabet Kurulu” veya “Kurul”), verdiği kararlara bakıldığında koşullu izin müessesesini iki başlık altında toplamaktadır. Birinci başlık, bir işi/faaliyeti elden çıkarma ya da işi/faaliyeti durdurma/devretme gibi halleri kapsamaktadır. İkinci başlık altında ise, yan sınırlamaların ilgili yasal düzenleme ve ölçütlere uygun hale getirilmesi koşulunu içeren kararlar bulunmaktadır. Bu çalışmanın konusunu, sayısı oldukça fazla olan ikinci başlık altındaki kararlardan ziyade, daha nadir uygulanma alanı bulan birinci tip kararlar oluşturmaktadır.

3. TÜRK REKABET HUKUKU’NDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN

3.1. Türk Rekabet Hukuku Mevzuatında Taahhüt ve Koşullu İzin

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (“4054 Sayılı Kanun”), Rekabet Kurulu’nun yoğunlaşma işlemlerine koşullu izin verebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 12.08.1997 tarih ve 23078 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in (“1997/1 Sayılı Tebliğ”) 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında şu ifade yer almaktadır: “*Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerin uyulması koşuluyla izin verebilir*”. Görüldüğü üzere, Türk Rekabet Hukuku’nda koşullu izin hakkındaki yasal düzenleme, yalnızca 1997/1 Sayılı Tebliğ’de yer alan “...gerekli gördüğü tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerin uyulması koşuluyla izin verilebilir.”

ifadesinden ibarettir. Bu tanımlama, Rekabet Kurulu'nun koşullu izin kararını hangi durumlarda vereceği ya da "bazı yükümlülükler" den ne anlaşılması gerektiği gibi bilgilerden yoksundur. Bu noktada, koşullu izin karar gerekçelerinin yeknesaklık arz edebilmesi için uygulanacak ölçütlerin belirlenmesinde Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar vermiş olduğu bazı kararlardaki duruma özgü tespit ve değerlendirmeleri önem kazanmaktadır.

3.2. Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin: On Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler

Rekabet Kurulu, bugüne kadar çeşitli birleşme- devralma başvurularına koşullu izin vermiştir. Bunlardan bir kısmına ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmektedir.

3.2.1. Kurul, 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı *DSM N.V. – Roche Holding AG* kararında "anılan devralma işlemiyle, işlemi gerçekleştirecek tarafların ortak faaliyet alanları olan "yem enzimleri" piyasasında rekabetin kısıtlanmasının söz konusu olabileceğine, ancak, aynı işlem için Avrupa Komisyonu'na ("Komisyon") da başvuran DSM N.V.'nin söz konusu işleme izin verilebilmesi amacıyla, "yem enzimleri" piyasasıyla ilgili kendi faaliyetlerini, Komisyon'un da onaylayacağı başka bir firmaya devretmeyi taahhüt ettiği dikkate alındığında; başvuru konusu devralma işlemine ilişkin verilen taahhütlerin gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu işlem sonucunda 4054 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilen, bir hakim durumun yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olmayacağına, dolayısıyla DSM'nin BASF ile olan ittifak anlaşmalarını feshetmesi ve DSM/BASF ittifakı uyarınca yürüttüğü, ilgili fikri mülkiyet hakları, gıda enzimi materyalleri, tescil veri paketleri, tescil hakları, Ar-Ge projeleri ve yem enzimleriyle ilgili tüm alakalı anlaşmalar ve belgeleri de kapsayan tüm "yem enzimleri" işini, Komisyon'un da sonradan onayladığı şekliyle, verilen taahhütler çerçevesinde yapılan "Geçici Tedarik Anlaşması" ve "Ayrılma ve Geçici Destek Sözleşmesi" uyarınca söz konusu şirkete satması koşuluyla anılan devralma işlemine izin verilmesine oybirliği ile karar verilmiştir."

3.2.2. 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı *Syngenta Crop Protection AG – Astrazeneca Holdings B.V – Koninklijke Venderhave Groep B.V.* kararının "değerlendirme" kısmında Kurul şu ifadeye yer vermiştir, "4054 sayılı Kanun'un devralmaları düzenleyen 7. maddesi, ilgili pazarda bir hakim durum yaratarak veya bunu güçlendirerek rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurabilecek nitelikteki devralma işlemlerini yasaklamaktadır. Bu hükmün ışığında, ayçiçeği tohumu pazarında devralma öncesi ve sonrasındaki

pazar paylarında görülen artış neticesinde bir hakim durum doğması mümkün ise de yukarıda da açıklandığı üzere devralma işleminin tarafları söz konusu işleme izin verilebilmesi için ilgili makamlarca öne sürülebilecek, Advanta'ya ait Avrupa işleri'nin (Avrupa işleri içinde Türkiye de yer almaktadır) elden çıkarılmasını da içeren şartlara uymayı "Hisse Alım Anlaşması"nın 2.3. maddesi uyarınca kabul etmektedir." Anılan kararın sonuç kısmında ise, "başvuru konusu işlemin ayçiçeği tohumu piyasası açısından bir hakim durum yaratabileceği, bununla birlikte taraflar arasındaki "Hisse Alım Anlaşması"nın 2.3.maddesinde belirtilen taahhütler uyarınca ayçiçeği tohumu işinin üçüncü bir teşebbüse devredilmesi halinde ilgili ürün piyasasındaki rekabetin etkilenmeyeceği anlaşıldığından, bildirim konu devralma işlemine bu koşulla izin verilmesine oybirliği ile karar verilmiştir." değerlendirmesi yapılarak işleme izin verilmiştir.

3.2.3. 8.9.2005 tarih ve 05-55/836-228 sayılı The Procter & Gamble Company ("P&G") – Aquarium Acquisition Corporation – The Gillette Company kararında, P&G Türkiye'nin pilli diş fırçaları pazarındaki faaliyetlerinden çekilmesi halinde, devralma işleminin 4054 Sayılı Kanun'un 7.maddesi kapsamındaki sakıncalarının ortadan kalkacağına görüldüğü ifade edilmiştir.

Komisyon'un konuya ilişkin vermiş olduğu izin kapsamında taraflar Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde "Spinbrush" markası altında pazarlanan pilli diş fırçası faaliyetlerini elden çıkarmayı taahhüt etmişlerdir. Taraflar bu taahhütleri kapsamında, (i) en azından Avrupa Ekonomik Bölgesi dahilinde "Spinbrush" ticari markası altında pazarlanan pilli diş fırçası işini tecrit etmeyi, (ii) Avrupa Ekonomik Bölgesi'nde Spinbrush markalı diş fırçalarında kullanılan ortak markalara ilişkin ("Crest", "Blend- a- dent", "Blend- a- Med", "Blendi" ve "AZ") iki yıllık münhasır lisans vermeyi, bu lisans sözleşmelerinin sona ermesinden sonra en az dört yıllık bir süre içerisinde bunların verildiği ülkelere lisanslı markaları yeniden sokmamayı (yasaklı dönem) ve şayet lisans sahibinin iki yıllık dönem boyunca lisansı kullanmaması durumunda, toplam altı yıllık bir koruma dönemi sağlamak amacıyla yasaklı dönemin süresinin uzatılacağını, (iii) sadece dört aylık bir ilk mahrumiyet süresini kabul etmeyi ve "mücbir sebep" haricindeki nedenlerle taahhütlerde öngörülen sürelerin uzatılmasını talep etme hakkından vazgeçmeyi taahhüt etmişlerdir.

Kararın neticesi itibariyle alıcı P&G'nin, sahip olduğu Spinbrush diş fırçası ürününe ilişkin Komisyon'a verilen taahhütlerin Türkiye pazarında da uygulanması ile Kanun'un 7.maddesi kapsamındaki sakıncalar ortadan kalkacaktır.

3.2.4. 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı Deutsche Lufthansa AG - Condor Flugdienst GmbH kararında, Güneş Express Havacılık A.Ş.'nin

("Güneş Express") %50 oranında hissesinin Deutsche Lufthansa AG ("Lufthansa") tarafından Condor Flugdienst GmbH'den devralınması işlemine izin verilmesi talebinde bulunulmuştur.

Kurul, uçuş sayılarının dondurulmasının ilgili pazara girişi kolaylaştıracağı düşüncesiyle, tarafların tarifeli seferlerde uçuş sayılarını dondurmaları ve buna bağlı olarak da, piyasadaki arzı sınırlandırmaları koşulu ile işleme bireysel muafiyet tanımıştır. Kurul'a göre, arz kısıtlaması işleme izin verilmesi için yeterlidir. (Kısıtlamanın konusunu, "Lufthansa ve bağlı kuruluşları, THY ve Güneş Express'in toplam pazar paylarının belli bir seviyeyi aştığı İzmir-Köln, İzmir-Münih, İzmir-Stuttgart, İzmir-Berlin, İstanbul Atatürk Havalimanı-Frankfurt hatlarında, Lufthansa ile bağlı kuruluşları, Güneş Express ve Türk Hava Yolları tarafından icra edilen tarifeli seferlerin adet olarak en az iki yıllığına dondurulması" teşkil etmektedir.)

3.2.5. 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı *Greencastle Drinks Limited – Jak AMRAM – Leon AMRAM – Filip AMRAM – Lolita AMRAM* kararının konusunu, Cadbury Schweppes Plc kontrolündeki Greencastle Drinks Limited tarafından, Jak AMRAM, Leon AMRAM, Filip AMRAM ve Lolita AMRAM'ın sahibi bulunduğu, Intergum Gıda San. ve Tic. A.Ş., Dandy Sakız Şekerleme ve Tic. A.Ş., Intergum North America Inc ve Falım Sakız San. ve Tic. A.Ş.'nin kontrolünün devralınması işlemine izin verilmesi teşkil etmektedir. Kararda, Kent'in Nazar markasının lisansını devretmesi ile işlem öncesi Intergum'a ait olan Falım markası Kent'e geçmekte, Kent'e ait olan Nazar'ın lisansının ise bir başka teşebbüse devri şartı getirilmektedir. İşleme taahhüdün kabulüyle izin verilmesi halinde, işlemin şekeriz sakız pazarında yoğunlaşma doğurucu etkisi olmayacaktır. Bu marka devri (Nazar markasının lisansının devri) markaya ait ambalaj, vb. tasarımlar ve üretim için gerekli bilgilerin de devrini içermekte; ancak üretimde kullanılan araçların devrini içermemektedir. Taahhütlerin süresi içinde yerine getirilmemesi halinde, verilen izinin geçersiz sayılacağı ifade edilmektedir.

3.2.6. Rekabet Kurulu'nun, örnekleri yukarıda sunulan çeşitli kararlarında, marka lisansının devri, faaliyet veya işin devri veya elden çıkarılması gibi taahhütlere bağlı olarak koşullu izne karar verilirken, 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı T.C. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı – Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararı itibarıyla dikkat çekici bir farklılık ortaya çıkmaktadır.

21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı T.C. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı – Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararında Kurul, Sümer Holding A.Ş.'ye ait Mazıdağı Fosfat Tesislerinin "satış" ve "işletme hakkının verilmesi" yöntemleri birlikte uygulanarak bir bütün halinde özelleştirilmesi

yoluyla Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye devredilebilmesi işleminin, kompoze ürün pazarında Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'yi hakim duruma getireceğine ve bu hakim durumun kompoze gübre pazarında rekabeti önemli ölçüde azaltacağına; bu nedenle işleme Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin toplam fosforik asit üretiminin, 3 yıl sonunda tekrar değerlendirilmek üzere, hali hazırda Samsun Gübre tesislerinde kurulu bulunan 148.500 ton/yıl kapasite ile sınırlandırılması koşuluyla izin verilmesine oybirliği ile karar vermiştir. Rekabet Kurulu'nun, diğer örneklere göre farklılık arz eden bu kararında ne bir elden çıkarma ne de bir faaliyet durdurma vardır. Burada söz konusu olan, faaliyetin/işin devamı ancak bu devamlılığın sınırlarının daraltılmasıdır.

3.2.7. 20.3.2008 tarihli ve 08-25/254-83 sayılı karar, Cookson Group Plc'nin Foseco Plc'yi devralması işlemine ilişkindir.

Cookson Group Plc, “dünya çapında seramik, elektronik ve değerli metal endüstrilerinde faaliyet gösteren bir şirkettir. Cookson'un seramik bölümü, pek çok endüstriye refrakter sağlamaktadır” Foseco Plc, “demir ve çelik üretiminde kullanılan refrakter ürünlerinin sağlayıcısıdır. Türkiye'de demir ve çelik üretiminde kullanılan refrakterleri ve dökümhanede kullanılan tüketim mallarını tedarik etmektedir.”

Devralma işlemi ile Cookson, Foseco'nun sermayesinin tamamını ve dolayısıyla Foseco'nun bütün iştiraklerinin kontrolünü izostatik sıkıştırılmış ürünler (“İSÜ”) pazarında tamamen devralacaktır. Taraflar söz konusu devralma işlemine izin verilmesi için Avrupa Komisyonu'na İSÜ işini ellerinden çıkarmayı taahhüt etmişlerdir. Değerlendirmeler sonucu, söz konusu işlemin İSÜ pazarında bir yoğunlaşma meydana getirmeyeceği tespit edilerek pazardaki mevcut rakip firmaların ortaya çıkacak pazar gücünü dengeleyemeyeceği belirtilmiş ancak yine de ilgili işlemin rekabeti engellemeyeceği sonucuna varılmıştır.

“Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu söz konusu işlem ile ilgili yaptığı değerlendirmede, pazar lideri ve aynı zamanda pazarda çok güçlü bir konumu olan Foseco ile en yakın rakibi Cookson'un birleşmesinin pazardaki mevcut teşebbüsler tarafından yaratılacak zayıf rekabet baskısıyla dengelenemeyeceği ve dolayısıyla ilgili pazarda rekabetin engelleneceği sonucuna ulaşmakla birlikte, tarafların taahhüdünü dikkate alarak ilgili pazarda rekabetin engellenemeyeceğine karar vermiştir.”

Avrupa Birliği'ne verilmiş ve Kurul tarafından da benimsenen taahhütler çerçevesinde Kurul, Foseco Plc'nin izostatik sıkıştırılmış ürünler işini ve Cookson Group PLC'nin sünger filtreler işini devralma taraflarıyla ilgili

olmayan üçüncü kişilere devretmesi koşuluyla, söz konusu devralma işlemine izin vermiştir.

3.2.8. 7.2.2008 tarih ve 08-12/130-46 sayılı MGS Marmara Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Hacı Ömer Sabancı Holding A.Ş. – Exsa Export Sanayi Mamülleri Satış ve Araştırma A.Ş. – Tursa Sabancı Turizm ve Yatırım İşletmeleri A.Ş. – Teknosa İç ve Dış Ticaret A.Ş. – Temsa Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Kordsa Global Endüstriyel İplik ve Kord Bezi San. ve Tic. A.Ş.’ye ilişkin devralma kararının konusunu, Sabancı Grubu’nun iştiraki olan Gıdasa Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin sermaye paylarının %99,68’inin Marmara Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye (MGS) devredilmesi oluşturmaktadır.

Kurul tarafından, endüstriyel margarin pazarında tarafların ulaştıkları pazar payları, pazar yapısı, ürün niteliği ve alıcıların üreticiler karşısındaki konumları gibi etkenler nedeniyle bildirim konu işleme bu pazar bakımından mevcut haliyle izin verilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır. Kararın sonuç kısmında, izin verilmemiş olan devralma işlemine hangi koşullar altında izin verileceği şu şekilde ifade edilmektedir: “ “Endüstriyel Margarin” pazarı bakımından, devralma işlemi 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında hakim durum yaratılmasına neden olacağından:

a) MGS Marmara Gıda Sanayi ve Ticaret A.S. tarafından (.....) ve (.....) ticari markalarının lisanslarının Kurul gözetim ve denetiminde üçüncü kişilere devredileceği taahhüdü çerçevesinde izin verilmesine, bu taahhüdün;

i. Söz konusu ticari markaların lisanslarının münhasır ve süresiz olarak, bahse konu markaları rekabetçi bir güç olarak tutabilecek ehliyete sahip ve Topbaş-Ülker ekonomik bütünlüğü ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilere gerekçeli kararın tebliği tarihinden itibaren 1 yıl içinde devredilmesi,

ii. Rekabet Kurulu’nun gerekçeli kararının tebliğinden itibaren 30 gün içinde, taahhüdün yerine getirilmesini sağlamak üzere bağımsız bir “Denetleyici Uzman” atanması ve atamanın onay için Rekabet Kurulu’na bildirilmesi,

iii. Denetleyici uzmanın “Kurulca belirlenen süre içinde bahse konu markaların lisansının devredilememesi durumunda marka lisanslarını 6 ay içinde herhangi bir asgari fiyat gözetmeksizin devretmek üzere” yetkilendirilmesi,

iv. Söz konusu markaların lisanslarının devrine ilişkin olarak Rekabet Kurulu’ndan izin alınması, şartlarına uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğine,

b) Taahhüdün yukarıdaki şartlara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde verilen iznin geçersiz sayılacağına,

c) Taahhüdün yerine getirilmesi ve denetleyici uzmanın atanıp onaylanmasına ilişkin işlemlerin denetlenmesine ilişkin olarak Başkanlığa yetki verilmesine, karar verilmiştir.”

Görüldüğü üzere, Kurul, taahhüdün yerine getirilmesini denetime tabi tutmuştur. Taahhüdün sayılan şartlara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde ise, verilen izin geçersiz sayılacaktır.

3.2.9. Taahhütte bulunmak suretiyle koşullu izin talebine örnek olabilecek başka bir karar ise, Rekabet Kurumu kayıtlarına, 7.11.2007 tarih ve 7324 sayı ile intikal etmiş olan, *Bilecik Hazır Beton İnşaat Nakliye Madencilik Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti.’nin (“BHB”) çeşitli malvarlıklarının ÇimSA Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. (“ÇimSA”) tarafından devralınması işleminde izin verilmesi* talebine ilişkindir.

Rekabet Kurumu tarafından söz konusu devralma işleminin bazı coğrafi pazarlar bakımından ciddi yoğunlaşma artışı yaratma ihtimali bulunduğu dile getirilmiştir. Bu çerçevede, ÇimSA tarafından, 17.1.2008 tarih ve 395 sayı ile kayıtlara giren yazı ekinde, ÇimSA’nın Bilecik merkez ilçede kurulu olan ve Mayıs 2007’de Pınar Beton Yapı Elemanları İnşaat San. Ve Tic A.Ş.’den devralınan hazır beton tesisinin, bildirim konusu iznin alınması amacıyla belirli bir süre boyunca elden çıkarılmasına yönelik adımlar atılması; ilgili tesisin söz konusu süre içerisinde elden çıkarılmaması durumunda ise, ilgili coğrafi pazarın sınırları dışına taşınmasının usul ve esaslarını düzenleyen bir taahhütname taslağı rekabet kurumuna sunulmuştur. Taahhütname taslağı hakkındaki yazı, ÇimSA’ya iletilmiş, yeni ve nihai taahhüt metni hazırlanmış ve bu metin de 12.2.2008 tarih ve 1006 sayı ile kuruma sunulmuştur.

ÇimSA tarafından verilen taahhütlerin incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda, ÇimSA tarafından 12.2.2008 tarihinde sunulmuş olan nihai taahhütnamenin, bildirim konusu işleme izin verilmesi için yeterli şartları taşımadığı sonucuna varılmıştır.

Bunun üzerine, konunun bir taahhütname çerçevesinde çözüme ulaştırılması fikrinden vazgeçilerek, 22.5.2008 tarihinde Rekabet Kurumu kayıtlarına giren değişiklik protokolü imzalanmıştır. İlgili protokolün hükümleri çerçevesinde, ÇimSA ile BHB (ve BHB ile aynı kontrol çatısı altında yer alan bir diğer şirket) Bilecik’in merkez ilçesinde bulunan ÇimSA’ya ait hazır beton tesisi ile, BHB’ye ait ve yine Bilecik’in merkez ilçesinde bulunan hazır beton tesisini karşılıklı olarak trampa etme taahhüdünde bulunmuşlardır. Kurul, ilgili protokol ile getirilen değişiklikler neticesinde, devralma işlemine izin vermiştir.

3.2.10. “Rekabet Kurulu, 10.3.2008 tarih ve 08- 23/237-75 sayılı kararıyla, Vatan gazetesinin Doğan Grubu tarafından devralınmasına koşullu izin vermiştir. Anılan dosyada raportörler;

“Vatan gazetesinin Doğan Grubu tarafından devralınması işlemi sonrasında, Doğan Grubu’nun ulusal günlük siyasi gazeteler pazarındaki mevcut hakim durumu güçleneceğinden, işlemin 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi yasağı kapsamında olduğu,

Ancak, Vatan gazetesinin sürekli olarak zarar etmesi ve sermayesinin mevcut borç stokunu karşılama açısından yetersiz olması nedeniyle – yeni bir sermaye girişi olmaksızın – faaliyetlerine devam etmesinin olanaksız olduğu ve işleme izin verilmediği takdirde teşebbüsün iflas etmesinin kaçınılmaz olduğu,

Vatan gazetesinin söz konusu borç stokunun büyük çoğunluğunun Doğan Grubu’na ait yükümlülüklerden oluştuğu, ancak bu durumun Doğan Grubu’nun kârlı bir teşebbüsü 4054 sayılı Kanunu dolanarak devralması amacıyla muvazaalı olarak gerçekleştirildiğine dair herhangi bir kanıt ulaşılamadığı, bilakis Vatan gazetesinin mali tablolarından teşebbüsün kuruluşundan bu yana Doğan Grubu’nun desteği ile varlığını sürdürdüğünün anlaşıldığı, Vatan gazetesi yöneticilerinin gerek bireysel olarak gerekse Deutsche Bank aracılığıyla Vatan gazetesini satma yönünde girişimlerde bulunduğu, ancak söz konusu çabalara rağmen Doğan Grubu dışında herhangi bir alıcı bulunamadığı,

Yeni bir sermaye girişi olmadığı takdirde, ya da işleme izin verilmediği takdirde Vatan gazetesinin iflas edeceği ve piyasadan çıkacağı, bu durumun okuyucular ve reklam verenler açısından alternatif bir “markanın” piyasadan çıkması anlamına geleceği,

İnsan kaynaklarının batan teşebbüs savunması çerçevesinde piyasadan çıkacak varlıklar arasında yer almaması gerektiği, yeniden yapılanma aşamasında olası personel tasarruflarının gündeme gelebileceği, ancak iflas durumunda işsiz kalacak personelin kıdem tazminatı dahi alamayacak durumda olması nedeniyle işleme izin verilmesinin izin verilmemesine oranla tercih edilebileceği,

Reklam yeri satışlarını grup bazında tekelden yapılmaması ve önceliklerinin farklı olması nedeniyle reklam verenlerin işlem sonrasında oluşacak yapılanmayı ciddi bir risk olarak görmedikleri, dikkate alındığında, “batan teşebbüs savunması”nın kabul edilebilir nitelikte olduğu,

Diğer yandan, işlemin yalnızca Vatan gazetesinin Doğan Grubu’na devri ile sınırlı olduğu ve işlem sonrasında Vatan Dergi Grubu tarafından yayımlanan

dergilerin Doğan Grubu tarafından yayımlanan dergilerle etkin bir şekilde rekabet etmesinin beklendiği ve Zafer MUTLU'nun işlem sonrasında Vatan gazetesinde (ya da Doğan Grubu'na bağlı bir diğer şirkette) görev yaparken bir yandan da Vatan Dergi Grubu'nda yöneticilik yapmasının rakip teşebbüsler arasında koordinasyon riski yaratacak olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca sakıncalı olduğu dikkate alınarak, Zafer MUTLU'nun Vatan Dergi Grubu'ndaki ya da devredilen şirketlerdeki yöneticilik görevini sona erdirmesi ve bu teşebbüsü kontrol edecek miktarda veya nitelikte hisse sahibi olmaması koşuluyla işleme izin verilebileceği" yönünde görüş beyan etmiştir.

Raportörlerin yukarıda özetlenen görüşünü esas itibariyle kabul eden Rekabet Kurulu, Doğan Grubu'nun hakim durumda bulunması ve batan firma savunması çerçevesinde piyasadaki rekabetçi yapının korunmasına yönelik olarak, şu koşulları da ilave etmiştir:

“1.1. İzin verilmesini izleyen 2 (iki) yıl içinde Doğan Grubu tarafından Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının tüm borç ve yükümlülüklerinden arındırılarak, tüm gerçek ve tüzel kişi ortaklar dahil olmak üzere, Doğan Grubu'nun veya Doğan Grubu'nun doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği (mevcut veya yeni kurulacak) teşebbüslerden herhangi birisi dışındaki kişilere devredilmesi ve söz konusu devir işleminin, 1997/1 sayılı Tebliğ'deki eşikler gözetilmeksizin Rekabet Kurulu'nun onayına tabi olması,

1.2. İşleme izin verilmesini izleyen 2 (iki) yıl içinde Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde satılamaması halinde, ikinci yılın bitimini izleyen iki ay içinde söz konusu marka ve imtiyaz hakkının Rekabet Kurulu'nun gözetiminde ihale yöntemi ile satılması,

1.3. Bu ihale sürecinde de anılan marka ve imtiyaz hakkının satılamaması durumunda ise, ihaleyi takip eden üç yıl boyunca, Doğan Grubu'nun Vatan Gazetesi markasına ve imtiyaz hakkına sahip olmaya devam etmesi, bunların hukuki varlığı için gerekli yükümlülükleri yerine getirmesi, fakat Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkını herhangi bir süreli yayında kullanmaması, söz konusu süre boyunca anılan marka ve imtiyaz hakkına talep olması durumunda, bu taleplerin Rekabet Kurumu'nun onayına tabi olarak değerlendirilmesi, bu süre dolduktan sonra marka ve imtiyaz hakkı satılamamış ise, Doğan Grubu'nun marka üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olması,

1.4. İlgili devir işlemine taraf olan Doğan Grubu, Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının belirtilen koşullar çerçevesinde satılmasına kadar geçen süre içinde ve madde 1.1 ve 1.3 çerçevesinde gerçekleşecek satışı takip eden üç yıl boyunca veya satış gerçekleşemez ise, madde 1.2'de öngörülen

ihaleyi takip eden üç yıl boyunca, içinde “Vatan“ kelimesi geçen veya 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde Vatan markası ile karıştırılabilecek nitelikte olan markaları tescil ettirmemesi, kullanmaması, bu tür markaların tescilini engellemek için gerekli hukuki girişimlerde bulunması ve halihazırda devre konu şirketler veya ortakları üzerine veya Doğan Grubu bünyesinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler adına tescil edilmiş olan ve “Vatan” sözcüğünü içeren markaların da süreli yayınlar üzerinde kullanılmaması,

1.5. Rakip marka yaratılmaması ve mevcut markanın korunmasına ilişkin madde 1.4.’de belirtilen yükümlülüklerin, işlem öncesinde Vatan gazetesinin ortakları olan gerçek ve tüzel kişiler için de geçerli olması,

Yukarıda belirtilen koşullara uyulmaması durumunda, haklarında 4054 sayılı Kanun’un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem tesis edileceğinin taraflara bildirilmesi.”

Buna karşılık, Kurul üyesi Sıraç ASLAN, karşı oy yazısında, Kurul kararında, 4054 sayılı Kanun’un usul ve esasına ilişkin hükümlerine aykırılık bulunduğunu ifade etmiştir. Aslan’ın karşı oy yazısında “Usule Yönelik Yasaya Aykırılıklar” başlığı altında yer verilen görüşler özetle şunlardır:

“1. Talep edilen bilgilerin Rekabet Kurumu’na 11.9.2007 tarihinde ulaşmasıyla Rekabet Kurumu’nun karar verme sürecinin 11.9.2007 tarihinde başladığı, buna rağmen Rekabet Kurulu’nun nihai inceleme kararını 9.10.2007 tarihinde alarak 4054 sayılı Kanun’un 10. maddesinde belirlenen 15 günlük süreyi aştığı ve kararını bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde de ilgililere tebliğ etmemesi nedeniyle bildirim konusu işlemin kendiliğinden hukuki

geçerlilik kazanmış olduğu,

2. Benzer başvurular bir ya da en geç 3 aylık süre içinde karara bağlanırken ilgili olayda işlemlerin gereğinden fazla uzatıldığı; bu çerçevede örneğin soruşturmalarda teşebbüslere verilmesi gereken birinci, ikinci, üçüncü yazılı savunma hakkının nihai incelemelerde verilmesinin gerekmediği.”

Aslan’ın karşı oy yazısında “Esasa İlişkin Yasaya Aykırılıklar” başlığı altında yer verilen görüşler özetle şunlardır:

“1. Batan teşebbüs savunması Kurul tarafından kabul edilmesine rağmen, benzer başvurularda, örneğin Uzel ve Erciyas Bira kararlarında devir işlemlerine koşulsuz izin veren Kurul’un, önceki içtihadının dışına çıkarak, hatalı bir kabulle işleme koşullu izin vermesi,

2. Getirilen koşulların 4054 sayılı Kanunun Kurula tanımadığı yetkileri içermesi.”

Benzer şekilde, Kurul üyesi Süreyya ÇAKIN, karşı oy yazısında, “batan firma savunması yerinde bulunduğu literatürde, ABD ve AB Komisyon uygulamalarında ve Kurulun önceki kararlarında değerlendirilen ve öngörülen hususun devralmaya izin verilmesi olduğunu; buna karşılık kararda benimsenen koşulların baştan itibaren yapılan değerlendirmeleri yeniden tartışılır hale getirebilecek bir çelişki yarattığını” belirterek koşullu izin verilmesine karşı çıkmıştır. Keza Rekabet Kurulu İkinci Başkanı Tuncay SONGÖR, “getirilen koşulların 4054 sayılı Kanuna ve ikincil düzenlemelere uygun olmadığını, ayrıca; karışık ve karmaşık bir çerçeve çizdiğini; bu çerçevede batan teşebbüs olgusunun kabul edildiği işleme koşulsuz izin verilmesi gerektiğini” belirtmiştir.”⁴

3.3. Türk Rekabet Hukuku’ndan Örnek Olarak Seçilen On Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler

Türk Rekabet Hukuku mevzuatında henüz yazılı bir düzenlemede lafzî itibarıyla yer bulmuş olmasa da, uygulamada - 3.2 numaralı başlık altındaki örnek kararlarda da ifade edildiği üzere – Rekabet Kurulu, taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarının etkin biçimde işleminin temellerini atmıştır.

Kararların bütününde, rekabet kaygılarının giderilmesinde, işlemin, faydalı ve olası zararlı etkilerinin hep birlikte ortadan kaldırılmasındansa yalnızca faydayı azaltacak ya da zarara doğrudan sebep olabilecek unsurlar tespit edilmiş ve bu unsurlar muhatap teşebbüs/teşebbüslere bildirilmiş ve bu unsurların iyileştirilmesi, rekabet hukuku ve rekabet kanununa uygun hale getirilmesi için belirli koşullar ileri sürülmüş ve nihayet bu koşulların hayata geçmesi için belirli süreler öngörülmüştür.

(i) Hakim durum yaratma kaygısı yaratan bir işlem özelinde Kurul’un vermiş olduğu bir kararda muhatap teşebbüse ait belirli bir bölgedeki bir faaliyetin elden çıkarılması (Syngenta Kararı),

(ii) Belirli bir piyasada yürüttüğü faaliyetin bölge ayrımı yapılmaksızın bütünüyle devri (Roche Kararı),

(iii) Belirli süreler dâhilinde (yasaklı dönemlerde) belirli markaların ülkelere giriş çıkışlarını sınırlamayı ve yine aynı kararda muhatap teşebbüsün ilgili faaliyeti elden çıkarması (Procter & Gamble Kararı),

⁴ Rekabet Kurumu Araştırma Bülteni, Rekabet Kurumu Basım ve Yayın Müdürlüğü, Sayı:3, (2008)

(iv) Tarifeli seferlerin ve hava taşımacılığının konu olduğu bir kararında, uçuş sayılarının dondurulması suretiyle diğer teşebbüslerin pazara girişinin kolaylaşacağı düşüncesi ile piyasadaki arzın sınırlandırılması (ve toplam pazar payları hâlihazırda belli bir seviyeyi aşan uçuş hatlarındaki faaliyetin bu yolla rekabete açılması) (Lufthansa Kararı),

(v) Kurul, marka lisansının devri koşulunu getirdiği bir kararda, devir suretiyle işlemin, şekersiz sakız pazarında yoğunlaşma doğurucu etkisinin, markaya ait ambalaj, vb. tasarımlar ve üretim için gerekli bilgilerin devri ile ortadan kaldırılacağı (Intergum Kararı) gerekçesiyle işlemi bu yönden koşullu izne konu etmiştir,

(vi) Kurul'un sayılan örneklere nazaran farklı olarak nitelendirilebilecek özelleştirme yoluyla devre ilişkin bir kararı, ne bir faaliyetin durdurulması ne de bir iş kolunun devri taahhüdünü içermektedir. Bu kararda Kurul "kapasite sınırlandırılması" ile koşullu izin müessesesine önemli bir alt başlık oluşturmuştur (Mazıdağı Kararı). Kapasite sınırlandırması yürütülen faaliyetin durdurulması yerine yine yürütülmesi ve fakat üretim kapasitesinin daraltılması suretiyle olası rekabete aykırı davranışların engellenmesi amacına hizmet etmektedir. Kapasite sınırlamasının koşullu izne konu edildiği kompoze gübre pazarına ilişkin bu kararda Kurul, hâkim durum yaratılarak rekabetin engellenmesi ile işleme izin verilmesi hallerini siyah ve beyaz olarak görmekten uzaklaşarak titizlikle bir inceleme yapmış ve rekabeti korumakla iktisadi etkinliği artırmak arasında örnek teşkil edecek bir denge kurmuştur.

(vii) Kurul bir başka kararında, gerçekleşmesi beklenen işlem gerçekleştikten sonra ortaya çıkacak resimde, rakipler oldukça silik kaldığı ve etkin rekabet anlayışından uzaklaşıp yalnızca fiili anlamda rakip olan ve fakat tam anlamıyla rekabetçi davranışı yaşatma imkânı olmadığı görülen teşebbüsleri de gözeterek, iş kolunun devralma işlemine taraf olmayan üçüncü kişilere devri koşulu ile işleme izin vermiştir (Cookson Kararı),

(viii) Ticari marka lisansının devrine ilişkin verilmiş olan bir koşullu izin kararı da, devir için bir yıllık süre öngörmüş ve bu süre içinde devrin gerçekleşmemesi halinde sürenin bitiminden itibaren 6 aylık süre içinde marka lisanslarının herhangi bir asgari fiyat gözetmeksizin devrinin gerçekleşmesi yaptırımını getirmiştir. Aynı karar özelinde Kurul, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Uygulamalarında ve Amerikan Rekabet Hukuku Uygulamalarında da sıkça görüldüğü üzere bir denetçi atanmasına ve denetleyici uzmanın ilgili yaptırımını uygulamasına karar vermiştir (Marmara Gıda Kararı).

(ix) Kurul'un koşullu izin kararına konu olan bir başka işlemde, ilgili beton tesisinin belirli bir süre içinde elden çıkarılması, bu süre bitiminde hala

elden çıkarma gerçekleşmemişse, tesisin ilgili coğrafi pazar sınırları dışına taşınması teklif edilmiştir. Fakat muhatabın buna ilişkin usul ve esasları içeren taahhünamesi Kurul tarafından yeterli görülmemiştir. Bu noktada yeni bir taahhütname metni Kurum'a sunulmuş ve bunun da kabul edilmemesi üzerine taraflar bir değişiklik protokolü imzalamıştır. Protokol, ilgili tarafların ellerinde bulunan tesislerin trampa edilmesi yoluyla işleme izin verilmesi için imzalanmış ve sunulmuştur. Son tahlilde sunulan protokolün içerdiği değişiklikler ile Kurul'un protokolün içeriğindeki taahhütleri yeterli bulması neticesinde koşullu olarak izin verilmiştir. Bu karar, rekabet otoritesi ile muhatap teşebbüslerin uyumlu adımlarını ifade etmesi bakımından hatırdaki kalacak bir örnek niteliğindedir. Gerek taraflar arası iç ilişkide yakalanan uyum gerekse muhatap teşebbüsler ve rekabet otoritesi arasındaki iletişim, nihai amaçlardan birinin iktisadi etkinlik ve işleminden doğacak faydaya dayandığı hukuk anlayışına hizmet etmektedir. Her bir taraf işlemin gerçekleşmesi yolunda gerekli adımları atmaktan çekinmemiş ve süreç farklı aşamalarda açılan yeni kanallar ile işleyişine devam etmiştir.

(x) Bu çalışmanın iktisat ve hukuk perspektifinden taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarının işletilmesine ilişkin bölümünde detaylarıyla görülecek olan iktisadi etkinlik ve bu etkinliğin hukuki işlemler eliyle nihai amaç olarak korunması anlamında önemli bir koşullu izin kararı da ulusal günlük siyasi gazeteler pazarına ilişkindir (Vatan Gazetesi Kararı). Kurul bu noktada, batan firma savunmasını, rekabet hukukunun etkin bir şekilde işlemesi ve iktisadi etkinliğe uygun bir karar verilmesi yolunda koşullu izin mekanizması içerisinde ön plana çıkarmış ve bu bakış açısı ile ele almıştır. Hatta Kurul yaptığı incelemenin karar metnine yansıyan kısmında "Teori ve Uygulama Açısından Batan Teşebbüs Savunması" başlığı altında önemli bir adım atmış ve Rekabet hukukunun nihai amacı, toplumsal refahın artırılması ya da en azından toplumsal refahı azaltacak eylem ve işlemlerin önlenmesi şeklinde bir değerlendirmeye yer vermiştir. "İktisadi etkinliğin sağlanması ve rekabete aykırı davranışların yasaklanması bu amaca hizmet eden araçlardır." demekle, rekabete aykırı koşulları barındıran işlemlerin engellenmesinin yalnızca bir araç olduğunu, bunun nihai hedef olmadığını, dolayısıyla nihai amaç toplumsal refah ve iktisadi etkinlik olduğuna göre, engellemelerin ancak ve ancak bu nihai amaca hizmet ettiği ölçüde makul olduğunu ifade etmiştir. Ve bu noktada, Kurul'un karar metninde "Bu açıdan bakıldığında, bazı durumlarda işleme taraf olan teşebbüslerden biri hâkim duruma gelecek veya hâkim durumunu güçlendirecek olsa dahi işleme izin verilmesi, toplumsal refah açısından işleme izin verilmemesine oranla daha tercih edilebilir niteliktedir." ifadelerine yer veriyor olması genel rekabet hukuku anlayışı ve ekonomi- hukuk ilişkisinde amaçlanan ideali ve bu anlamda bir reformu somut olarak hayata geçirmek

yolunda kuşkusuz oldukça önemli bir adımdır. Kararın “Batan Teşebbüs Savunmasının Devre Konu İşlem Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı kısmında Kurul, başvuruya konu teşebbüsün batan firma savunmasını gerek Avrupa Topluluğu Rekabet hukuku gerekse Türk Rekabet Hukuku prensip ve ölçütleri⁵ çerçevesinde titizlik ve özenle değerlendirmiştir. Değerlendirmeler neticesinde Kurul;

“İzin verilmesini izleyen 2 (iki) yıl içinde Doğan Grubu tarafından Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının tüm borç ve yükümlülüklerinden arındırılarak, tüm gerçek ve tüzel kişi ortaklar dahil olmak üzere, Doğan Grubu’nun veya Doğan Grubu’nun doğrudan veya dolaylı olarak kontrol ettiği (mevcut veya yeni kurulacak) teşebbüslerden herhangi birisi dışındaki kişilere devredilmesi ve söz konusu devir işleminin, 1997/1 sayılı Tebliğ’deki eşikler gözetilmeksizin Rekabet Kurulu’nun onayına tabi olması,

İşleme izin verilmesini izleyen 2 (iki) yıl içinde Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının yukarıda belirtilen koşullar çerçevesinde satılamaması halinde, ikinci yılın bitimini izleyen iki ay içinde söz konusu marka ve imtiyaz hakkının Rekabet Kurulu’nun gözetiminde ihale yöntemi ile satılması,

Bu ihale sürecinde de anılan marka ve imtiyaz hakkının satılamaması durumunda ise, ihaleyi takip eden üç yıl boyunca, Doğan Grubu’nun Vatan Gazetesi markasına ve imtiyaz hakkına sahip olmaya devam etmesi, bunların hukuki varlığı için gerekli yükümlülükleri yerine getirmesi, fakat Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkını herhangi bir süreli yayında kullanmaması, söz konusu süre boyunca anılan marka ve imtiyaz hakkına talep olması durumunda, bu Rekabet Kurumu’nun onayına tabi olarak değerlendirilmesi, bu süre dolduktan sonra marka ve imtiyaz hakkı satılamamış ise, Doğan Grubu’nun marka üzerinde her türlü tasarruf hakkına sahip olması,

İlgili devir işlemine taraf olan Doğan Grubu, Vatan Gazetesi markası ve imtiyaz hakkının satılmasına kadar geçen süre içinde ve gerçekleşecek satışı takip eden üç yıl boyunca veya satış gerçekleşemez ise, ihaleyi takip eden üç yıl boyunca, içinde “Vatan“ kelimesi geçen veya 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde Vatan markası ile karıştırılabilecek nitelikte olan markaları tescil ettirmemesi, kullanmaması, bu

⁵(i) Olası muvazaa Risklerinin Bertaraf Edilmesi, (ii)Teşebbüsün iflas etmesinin kaçınılmaz olması, (iii) Piyasadaki rekabetçi yapı açısından daha iyi bir alternatif alıcının bulunamaması, (iv) Teşebbüsün malvarlıklarının kaçınılmaz olarak piyasa dışına çıkması veya teşebbüsün pazar payının devralana geçmesi, (v) İşleme izin verilmesi durumunda piyasada ortaya çıkacak rekabeti kısıtlayıcı etkilerin işleme izin verilmemesi durumunda da gerçekleşecek olması.

tür markaların tescilini engellemek için gerekli hukuki girişimlerde bulunması ve halihazırda devre konu şirketler veya ortakları üzerine veya Doğan Grubu bünyesinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler adına tescil edilmiş olan ve “Vatan” sözcüğünü içeren markaların da süreli yayınlar üzerinde kullanılmaması,

Diğer yandan, işlemin yalnızca Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik A.Ş.’nin Doğan Grubu’na devri ile sınırlı olduğu ve işlem sonrasında Vatan Dergi Grubu A.S. tarafından yayımlanan dergilerin Doğan Grubu tarafından yayımlanan dergilerle etkin bir şekilde rekabet etmesinin beklendiği ve Zafer MUTLU’nun işlem sonrasında Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.S.’de (ya da Doğan Grubu’na bağlı bir diğer şirkette) görev yaparken bir yandan da Vatan Dergi Grubu A.S.’de yöneticilik yapmasının rakip teşebbüsler arasında koordinasyon riski yaratacak olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi uyarınca sakıncalı olduğu dikkate alınarak, Zafer MUTLU’nun Vatan Dergi Grubu A.Ş.’deki ya da devredilen şirketlerdeki yöneticilik görevini sona erdirmesi ve bu teşebbüsü kontrol edecek miktarda veya nitelikte hisse sahibi olmaması koşulları” ile işleme oyçokluğu ile izin vermiştir⁶. (Vatan Kararı)

Görüldüğü üzere Türk Rekabet Kurumu bünyesindeki Kurul kararları ile, uygulamada, rekabet hukukunun nihai amaçlarına uyum sağlama yolunda bir ilerleme kaydedilmektedir.

4. AVRUPA TOPLULUKLARI REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN

4.1. Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Mevzuatında Taahhüt ve Koşullu İzin

Avrupa Topluluğu (“AT”) rekabet mevzuatında birleşme-devralmalar, 139/2004 Sayılı “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü”nde⁷ (“139/2004 Sayılı Tüzük”) düzenlenmiştir. Ayrıca Komisyon, yoğunlaşmalarda göz önünde bulundurulacak prensipler hakkında da duyurular yayınlamıştır. Tarafların taahhütleri ve bu taahhütlerin uygulanmasına ilişkin temel ilkeler bu duyurular eliyle açıklanmaktadır.

⁶ Karşı Oy yazılarının detayları, kararın objektif olarak ele alındığı “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin: On Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler” başlıklı bölüm altında yer almaktadır.

⁷ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJEU 29.1.2004, L 24/1.

4.1.1. Genel Olarak

139/2004 Sayılı Tüzük'ün 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde, özellikle hâkim durum yaratılması veya mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi suretiyle, etkin rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğurmayacak yoğunlaşma işlemlerinin ortak pazar ile uyumlu olarak addedileceği düzenlenmektedir⁸. Benzer şekilde aynı maddenin 3. fıkrası da yukarıda ifade edilen etkileri doğuran yoğunlaşma işlemlerinin ortak pazar ile uyumlu addedilemeyeceğini düzenlemektedir⁹.

139/2004 Sayılı Tüzük'ün 30 numaralı giriş paragrafında da ifade edildiği üzere, 139/2004 Sayılı Tüzük'ün 2. maddesinin 3. fıkrası kapsamına giren bir yoğunlaşma işlemine ilişkin olarak, yoğunlaşmanın taraflarının işlemin ortak pazara uyumunu sağlamak adına çeşitli taahhütlerde bulunarak yoğunlaşma işleminde değişikliğe gitmeleri halinde, Komisyon'un işlemin değiştirilmiş halinin ortak pazar ile uyumlu hale geldiğine karar verebilme imkânı bulunmalıdır. Şu kadar ki, söz konusu taahhütler işlem sonucu doğacak rekabet hukuku endişelerini ortadan kaldırma konusunda orantılı olmalı ve söz konusu endişeleri tamamen ortadan kaldırmalıdır.

139/2004 Sayılı Tüzük'ün 6. maddesinin 2. fıkrası, Komisyon'un, ortak pazar ile uyumu konusunda ciddi şüpheler bulunan bir yoğunlaşma işlemine taraf olan teşebbüslerin, işleme ilişkin olarak yaptıkları değişiklikler üzerine, söz konusu şüphelerin ortadan kalktığına kanaat getirmesi halinde ilgili işlemin ortak pazar ile uyumlu olduğuna karar verebileceğini düzenlemektedir¹⁰. Ayrıca aynı madde, Komisyon'un, teşebbüslerin taahhütlerine uyulmasını teminen vereceği kararda şart ve yükümlülükler öngörebileceğini de ifade etmektedir¹¹.

⁸ Maddenin orijinal metni; “A concentration which would not significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared compatible with the common market.”

⁹ Maddenin orijinal metni; “A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market.”

¹⁰ Maddenin orijinal metni; “Where the Commission finds that, following modification by the undertakings concerned, a notified concentration no longer rises serious doubts within the meaning of paragraph 1 (c), it shall declare the concentration compatible with the common market pursuant to paragraph 1 (b).”

¹¹ Maddenin orijinal metni; “The Commission may attach to its decision under paragraph 1 (b) conditions and obligations intended to ensure that the undertakings concerned

Aynı şekilde 139/2004 Sayılı Tüzük'ün 8. maddesinin 2. fıkrası da ortak pazar ile uyumlu olmayan bir yoğunlaşma işleminde tarafların çeşitli taahhütler vererek işlemi 139/2004 Sayılı Tüzük'ün 2. maddesi ile uyumlu hale getirmeleri halinde işleme izin verileceğini düzenlemektedir.

İşte, ortak pazar ile uyumlu olmayan bir yoğunlaşma işlemi için tarafların verebileceği taahhütlere ilişkin prensipler “Birleşme Tüzüğü Kapsamında Verilecek Taahhütlere İlişkin Duyuru”¹² (“Duyuru”) ile detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Komisyon, 139/2004 Sayılı Tüzük uyarınca bir yoğunlaşma işleminin ortak pazar ile uyumunu değerlendirirken, ilgili işlemin Topluluk içerisindeki rekabetçi yapı üzerindeki etkilerini dikkate almaktadır. Söz konusu uyumun değerlendirilmesinde kullanılan test, bir yoğunlaşma işleminin ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde, özellikle hâkim durum yaratmak veya mevcut bir hâkim durumu güçlendirmek suretiyle, etkin rekabetin önemli ölçüde sınırlanmasına neden olup olmadığını değerlendirmektedir. Duyuru ile de, bir yoğunlaşmanın rekabet hukuku kaygılarına sebebiyet verdiği durumlarda, tarafların işlem yapısında söz konusu rekabet hukuku endişelerini giderici değişiklikler yaparak ilgili işleme izin almasının mümkün olacağı düzenlenmiştir.

139/2004 Sayılı Tüzük kapsamında, bir yoğunlaşma işlemi sonrasında rekabetin önemli ölçüde azalacağını ortaya konması Komisyon'un sorumluluğundadır. Tarafların Komisyon'un doğabilecek rekabet hukuku kaygılarına ilişkin görüşlerini dikkate alarak uygun taahhüt teklifleri hazırlayabilmeleri için, Komisyon, görüşlerini taraflara göndermektedir. Daha sonra taraflar taahhüt tekliflerini komisyona iletmektedirler. Komisyonun, tek taraflı olarak iznin bağlı olacağı şartlara karar vermesi söz konusu olmamaktadır. Komisyon, tarafların taahhüt tekliflerini aldıktan sonra bu tekliflerin rekabet hukuku kaygılarını giderici nitelikte olup olmadığını değerlendirmekte ve yaptığı bu ilk değerlendirmeyi taraflarla paylaşmaktadır. Ancak, tarafların rekabet hukuku endişelerini giderici taahhüt teklifleri sunmadığı durumlarda, Komisyon'un yalnızca işleme ilişkin olarak yasaklama kararı vermesi söz konusu olmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Komisyon, taahhüt tekliflerinin rekabet hukuku kaygılarını giderici nitelikte olup olmadığını değerlendirmek

comply with the commitments they have entered in to vis-à-vis the Commission with a view to rendering the concentration compatible with the common market.”

¹² Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004

durumundadır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için en güvenilir veriler tarafların elinde olduğu için, ilgili değerlendirmeyi yapması için Komisyon'a taahhüt tekliflerinin içeriğine ilişkin olarak ihtiyacı olan bilgileri vermek ve sunulan tekliflerin etkin rekabetin önemli ölçüde sınırlanmasını önleyici tedbirler olduğunu göstermek tarafların sorumluluğundadır. Ancak her ne kadar, taahhüt teklifleri sunmak ve bu tekliflerin uygunluğunu gösteren bilgileri sağlamak tarafların sorumluluğundaysa da, sunulan taahhütlerin yetersiz olması durumunda yoğunlaşma işleminin etkin rekabeti önemli ölçüde sınırladığının tespitini yapmak Komisyon'un sorumluluğundadır.

Birleşme Tüzüğü uyarınca, Komisyon'un yalnızca yoğunlaşmaları ortak pazar ile uyumlu hale getirebilecek taahhütleri kabul etmesi gerekmektedir. Taahhütlerin, rekabet hukuku endişelerini tamamen ortan kaldırması ve her açıdan etkin olması şartları aranmaktadır. Bunların yanı sıra, taahhütlerin kısa bir süre içerisinde etkin bir şekilde uygulanabilir olması da gerekmektedir.

Komisyon, taahhüt tekliflerinin rekabet hukuku endişelerini giderici nitelikte olup olmadıklarını değerlendirirken, taahhüdün bizatihi kendisine ilişkin bütün ilgili faktörleri, (taahhüt teklifini tipi, kapsamı da dâhil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere) rekabet hukuku kaygılarının doğduğu pazarın yapısını (tarafların ve rakiplerinin pazardaki durumları da dâhil olmak üzere) dikkate alarak değerlendirecektir.

Taahhütlerin uygunluğu değerlendirilirken, söz konusu taahhütlerin etkin bir şekilde uygulanabilme imkânı ve taahhütlere uyulup uyulmadığını denetlemeye yönelik mekanizmaların mevcudiyeti de göz önüne alınacaktır. Zira elden çıkarma taahhüdü dışındaki taahhütlere uyulup uyulmadığının denetlenmesi, bu taahhütlerin etkilerinin taraflarca azaltılması veya ortadan kaldırılması hallerinde önem arz etmektedir. Taahhütlere uyulmadığı hallerde, etkin denetleme mekanizmalarının yokluğu nedeniyle tarafların sunduğu taahhütlerin bağlayıcı yükümlülüklerden ziyade yalnızca tarafların irade beyanlarına dönüşmesi muhtemeldir.

Taahhüt tekliflerinin tam olarak uygulanıp uygulanmayacağı kesin olarak belirlenemediğı çok kapsamlı ve karmaşık taahhüt teklifleri söz konusu olduğunda, Komisyon'un bu teklifleri söz konusu taahhütlerin uygulamasının etkin bir şekilde denetlenemeyeceğı ve bu durumun taahhütlerin etkilerini ortadan kaldıracabileceğı ve azaltabileceğı gerekçesiyle reddetmesi mümkündür.

4.1.2. Farklı Taahhüt Tiplerinin Somut Olaya Uygunluğu Sorunu

Komisyon, teşhis edilen rekabet hukuku endişelerini gidermek için hangi taahhüt çeşidinin daha uygun olduğuna ilişkin değerlendirmenin somut olay özelinde yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.

Adalet Divanı'nın içtihatları da taahhüt mekanizmasının ana amacının pazarların rekabetçi yapılarını korumak olduğunu ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, nitelik itibarıyla yapısal taahhütler (örn. İş kolunun devri) 139/2004 Sayılı Tüzük'ün rekabet hukuku endişelerini gidermek yönündeki amacına daha uygundur. Zira bu tip taahhütler yoğunlaşma işlemi ile doğabilecek rekabet hukuku endişelerini kalıcı olarak ortadan kaldırmakta ve orta veya uzun vadeli denetim mekanizmaları gerektirmemektedir. Ancak bu, diğer taahhüt çeşitlerinin etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasını önleyemeyeceği anlamına gelmemektedir.

Taahhüt çeşitlerini kendi aralarında; (i) elden çıkarma taahhütleri, (ii) altyapı tesislerine ve girdilere erişim sağlanması gibi diğer yapısal taahhütler ve (iii) yoğunlaşma işlemi sonucunda oluşacak teşebbüsün gelecekteki davranışlarına ilişkin taahhütler (davranışsal taahhütler) olarak üçe ayırmak mümkündür. Elden çıkarma taahhütleri, rekabet hukuku endişelerini ortadan kaldırmak için en uygun taahhüt çeşididir. Diğer yapısal taahhütlerin de, etkileri itibarıyla elden çıkarma taahhütleri ile eşdeğer etkiler doğurmaları halinde uygun olabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, yoğunlaşma işlemi sonucunda oluşacak teşebbüsün gelecekteki davranışlarına ilişkin taahhütler, istisnai olarak çok özel durumlarda kabul görebilecektir. Özellikle, fiyatları yükseltmeme, ürün çeşitliliğini azaltmama gibi taahhütlerin yatay yoğunlaşmalardan doğan rekabet hukuku kaygılarını genellikle ortadan kaldıramayacağı kabul edilmektedir. Bu tip taahhütler ancak, etkin uygulama tedbirleriyle işlerliklerinin sağlandığı ve uygulanabilirliklerinin denetlenmesi için uygun izleme mekanizmalarının temin edildiği durumlarda kabul edilebilmektedirler.

4.1.3. Taahhüt Çeşitleri

a) Bir iş kolunun elden çıkarılması

Bir yoğunlaşma işleminin etkin rekabeti önemli ölçüde azalttığı durumlarda, yasaklama kararına alternatif olarak etkin rekabeti sağlamaya en elverişli araç, ilgili pazarda yeni bir rakip teşebbüsün faaliyet gösterebilmesi için uygun koşulları yaratmak veya yoğunlaşma işlemi taraflarınca yapılacak elden çıkarmalarla mevcut rakiplerin konumlarını güçlendirmektir.

b) Rakiplerle olan bağlantıların ortadan kaldırılması

Yoğunlaşma işlemi ile ortaya çıkan rekabet hukuku endişelerinin taraflar ve rakipleri arasındaki yapısal bağlardan kaynaklandığı durumlarda, bu bağların ortadan kaldırılması da taahhüt tekliflerinin konusunu oluşturabilmektedir. Bir ortak girişimdeki azınlık hisselerinin devri veya bir rakibin azınlık hissedarı olunan durumlarda bu hissedarlığın devri önemli rakiplerle olan yapısal bağların ortadan kaldırılması için uygun vasıtalar olarak ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar yukarıda ifade edilen alternatifler en uygun çözüm olarak görünmekteyse de, istisnai durumlarda bir rakipteki azınlık hissedarlığı dolayısıyla sahip olunan haklardan (örn. yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, veto hakları, bilgi edinme hakları) feragat edilmesi de taahhüdün konusunu oluşturabilmektedir. Rekabet hukuku endişelerinin rakip teşebbüsler arasında imzalanmış olan anlaşmalardan (örn. rakipler arasındaki dağıtım anlaşmaları, ticari davranışların koordine edilmesine imkan veren anlaşmalar) kaynaklanıyor olması durumunda ise, bu anlaşmaların feshedilmesi taahhüde konu yapılabilecektir.

c) Diğer taahhütler

Yukarıda da ifade edildiği üzere elden çıkarma taahhütleri en etkin taahhüt türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bazı istisnai durumlarda önerilen taahhütlerin elden çıkarma ile aynı etkileri doğurması koşuluyla Komisyon diğer taahhüt tekliflerini de kabul etmektedir.

Komisyon çeşitli kararlarında önemli altyapı tesislerine, şebekelere, teknolojilere, patent, know-how veya diğer fikri sınaî haklara ve önemli girdilere erişim sağlanmasını öngören taahhüt tekliflerini yeterli bulmuştur.

Altyapı tesislerine ve şebekelere erişim sağlanmasını öngören taahhüt teklifleri rakiplerin pazara girişini kolaylaştırmak amacıyla verilmektedir. Bu tip taahhütlerin Komisyon tarafından kabul edilmesi, etkin rekabetin önemli ölçüde azalmasının önüne geçebilecek pazara girişlerin olacağını açıkça görülebilir olduğu durumlarda mümkündür. Zira bu tip taahhütler pazara girişleri kolaylaştırdıkları ölçüde elden çıkarma taahhütleri ile benzer etkiler doğurmaktadır.

Benzer şekilde, kilit teknolojinin veya sınaî hakların yoğunlaşma sonucu ortaya çıkacak teşebbüsün elinde toplanacak olmasının kapatma etkisi yaratacağı durumlarda da, rakiplere söz konusu bilgiye erişim imkânı tanınması rekabet hukuku endişelerini ortadan kaldıracaktır. Bu tip durumlarda, ilgili lisansların veya gerekli bilgilerin ihtiyaç duyacak bütün üçüncü kişilere

münhasır olmayacak şekilde sağlanacağını ve sağlanan bilginin kullanılabilir olacağını taahhüt edilmesi önem taşımaktadır.

Bir yoğunlaşma işlemi neticesinde pazar yapısında meydana gelebilecek değişikliklerin, işlemin taraflarının mevcut anlaşmalarının etkin rekabeti etkilemesi sonucunu doğurduğu durumlarda, mevcut anlaşmaların sona erdirilmesi veya değiştirilmesi de rekabet hukuku endişelerini ortadan kaldıracak taahhütler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, özellikle uzun süreli, münhasır tedarik anlaşmaları için geçerlidir. Zira bu tip anlaşmaların üst pazarı veya alt pazarı kapatma riski mevcuttur.

Yukarıda ifade bulan yapısal taahhütlerin yanı sıra, çok istisnai bazı durumlarda davranışsal taahhütlerin de Komisyon tarafından kabul edildiği gözlenmektedir.

4.2. Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin: Üç Grup Altında Toplam On Sekiz Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler

Tıpkı Türk Rekabet Hukuku'nda olduğu gibi AT rekabet hukukunda da, yoğunlaşmanın engellenmesinde, tamamen yasaklamaya alternatif bir çözüm olarak, taahhütte bulunulması suretiyle koşullu izin verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

AT'de yoğunlaşmalara getirilen koşullar ve ilgili koşulların uygulamaları şu şekilde sınıflandırılabilir:

4.2.1. Elden Çıkarma (Divestiture): On Üç Adet Örnek Karar

- 9 Nisan 2002 tarihli COMP/M.2568 sayılı Komisyon kararının konusunu Haniel ile Ytong arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon yaptığı incelemede Haniel'in, perde duvarlar için yapı malzemeleri pazarında Hollanda'da %50'nin üzerinde bir pazar payı ile hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Komisyon, Haniel'in Ytong'u devralmasına Ytong'un Hollandalı iştirakini bağımsız bir başka şirkete satması koşuluyla izin vermiştir.

- 17 Nisan 2002 tarihli COMP/M.2547 sayılı Komisyon kararının konusunu Bayer ve Aventis arasındaki devralma işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda devralma işleminin; tohum tedavisi ve bahçe zararlılarının kontrolü için geliştirilen ürünler de dahil olmak üzere zararlı otların, zararlı böceklerin ve mantarların önlenmesine yönelik

ürünlerde ve bazı hayvan sağlığı ürünlerinde rekabet hukuku problemleri çıkarabileceği sonucuna ulaşmıştır.

Komisyon, Bayer'in Aventis'i devralmasına Aventis'in böcek ilaçları ve mantar ilaçları işinin elden çıkarılması koşuluyla izin vermiştir.

- 23 Şubat 2006 tarihli COMP/M.3946 sayılı Komisyon kararının konusunu Solvay ile Renolit arasındaki işlem oluşturmaktadır.

Komisyon devralma işleminin, esnek teknik PVC filmleri pazarında yüksek pazar paylarına ulaşılmasına sebebiyet vereceği ve parçalanmış ve yüksek giriş engelleri olan bu sektörde rakiplerin rekabetçi baskısının azalacağı değerlendirmesini yapmıştır.

Komisyon, Solvay'ın endüstriyel folyo işinin Renolit tarafından devralınmasına Renolit'in iki üretim santralini ve bir çok malvarlığını elinden çıkarması koşuluyla izin vermiştir.

- 14 Mart 2006 tarihli COMP/M.3868 sayılı Komisyon kararının konusunu DONG'un Danimarkalı elektrik üreticileri ve tedarikçilerini devralması işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon, devralma işleminin Danimarka'daki gaz ve elektrik pazarları üzerindeki etkisini analiz etmiş ve bildirim konu işlemin etkin rekabeti birçok doğal gaz pazarında önemli ölçüde engellediği neticesine varmıştır. Komisyon, özellikle devralma işleminin toptan ve perakende gaz pazarlarında potansiyel rekabetin ortadan kaldırılması sonucu doğuracağını, bu pazarlara giriş engelleri oluşturacağını, doğal gaz bakımından Danimarka'dan gelen taleplerin önemli bir bölümünü kapatacağını ve DONG'un rakiplerinin depolama maliyetlerini yükseltme kabiliyetini güçlendireceğini ifade etmiştir.

Bu nedenlerle, Komisyon, söz konusu devralma işlemine DONG'un Danimarka'daki doğal gaz depolama tesislerinden en büyük ikisini elinden çıkarması şartıyla izin vermiştir.

- 4 Temmuz 2006 tarihli COMP/M.4000 sayılı Komisyon kararının konusunu Kanadalı maden şirketleri ve Falconbridge arasındaki devralma işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon, bildirim konu devralma işleminin, Avrupa Ekonomik Topluluğu'ndaki nikelaj ve elektroforming endüstrilerine nikel tedariki pazarında, kritik güvenlik parçalarında kullanılan süper alaşımların üretiminde kullanılan yüksek saflıktaki küresel nikel tedariki pazarında ve kritik güvenlik parçalarında kullanılan süper alaşımların üretiminde kullanılan yüksek saflıktaki küresel kobalt tedariki pazarında etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği

kanaatine ulaşmıştır. Komisyon'un incelemesi, yeni teşebbüsün, önemli bir rekabet kısıtlamasının yokluğunda bu pazarlardaki fiyatları artırma kabiliyeti ve isteği olabileceğini ortaya koymaktadır.

Komisyon, söz konusu devralma işlemine Falconbridge'in sahip olduğu tek nikel rafinerisini ve ilgili malvarlığını LionOre'a devretmesi koşuluyla izin vermiştir.

- 18 Temmuz 2006 tarihli COMP/M.3796 sayılı Komisyon kararının konusunu J.M.Huber'in sahadaki kağıt kaplayıcı mineral işinin (PCC) Omya tarafından devralınması oluşturmaktadır.

Komisyon, devralma işleminin, Avrupa Ekonomik Topluluğu'ndaki etkisinin, Güney Finlandiya'daki kağıt sektöründe kağıt kaplama çözümleri sunabilecek bir rakibin PCC sektöründen çıkması olacağını ifade etmiştir.

Komisyon, bu devralmaya Omya'nın sahadaki PCC fabrikalarından Kuusankoski fabrikasını ve PCC kaplama teknolojisini elinden çıkarması koşuluyla izin vermiştir.

- 21 Eylül 2006 tarihli COMP/M.4318 sayılı Komisyon kararının konusunu Cleanaway Holdings Limited ve Veolia ES arasındaki devralma işlemi oluşturmaktadır.

Yapılan pazar araştırması, devralma işleminin tehlikeli endüstriyel ve ticari atıkların yakılması sektöründe rekabetin önemli ölçüde azalmasına sebep olacağını ortaya koymuştur.

Komisyon, işleme, Veolia'nın Fawley'deki yüksek ısı fırınlarını (HTI-high temperature incinerator) elinden çıkarması koşuluyla izin vermiştir.

- 16 Ekim 2003 tarihli COMP/M.2698 sayılı Komisyon kararının konusunu Promatech ve Sulzer arasındaki devralma işlemi oluşturmaktadır.

Yapılan pazar araştırması, Promatech'in, Batı Avrupa'da rapiyerli dokuma tezgâhları pazarında çok yüksek pazar payı ile hakim durumda olacağını ve Avrupa Birliğindeki diğer rakipleri, Belçika'daki Picanol ve Almanya'daki Dornier'in Promatech ile mukayese edildiğinde çok düşük pazar paylarına sahip olacaklarını ortaya koymaktadır.

Bu nedenlerle, Komisyon, devralma işlemine, Promatech'in Zuchwil'deki (İsviçre) ve Schio'daki (İtalya) rapiyerli dokuma tezgâhı ünitelerini satışa sunması koşuluyla izin vermiştir.

- 9 Kasım 2006 tarihli COMP/M.4242 sayılı Komisyon kararının konusunu Thermo ile Fisher arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon, yeni şirketin, santrifüjlü buharlaştırıcılar pazarı hariç olmak üzere devralma işleminin konusunu teşkil eden ürünlerin üretimine ilişkin olarak güçlü ve etkin rakiplerle karşılaşmaya devam edeceğini ifade etmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında, Komisyon, Thermo'nun Fisher'ı devralmasına, Thermo'nun santrifüjlü buharlaştırıcılar işini elinden çıkarması koşuluyla izin vermiştir.

- 31 Ekim 2007 tarihli COMP/M.4842 sayılı Komisyon kararının konusunu Danone ile Numico arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır.

Avrupa Komisyonu, devralma işleminin bebek maması ve bebek sütü pazarlarındaki rekabetçi etkilerini incelemiştir. İnceleme sonucunda, Fransa'daki bebek formülü ve 6 aylıktan büyük bebekler için kullanılan süt pazarında ve bebek içecekleri pazarında, Belçika'daki bebek yemekleri, bebek büyüme sütleri, bebek abur cuburları ve bebek içecekleri pazarında ve Hollanda'daki bebek yiyecekleri ve bebek abur cuburları pazarında rekabet hukuku kaygıları doğabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Komisyon, Danone'nin Numico'yu devralmasına, Danone'nin, devralacağı Numico'nun Fransa pazarındaki bebek sütü işini elinden çıkarmayı taahhüt etmesi koşuluyla izin vermiştir. Ayrıca, Belçika ve Hollanda pazarlarına ilişkin olarak da Blédina markasının lisanslanmasına ilişkin bir paket öngörülmüştür.

- 4 Mart 2008 tarihli COMP/M.4961 sayılı Komisyon kararının konusunu Cookson ile Foseco arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır.

Devralma işlemi sonrasında IPP işi ile ilgili olarak Cookson açık farkla pazar lideri haline gelecek ve geriye kalan sınırlı sayıdaki rakipler ise Cookson ile rekabet etmekte yetersiz kalacaktır. Devralma işlemi, filtrelele ilişkin olarak Foseco'nun pazarda güçlü bir konumu olduğu bölgelerde halihazırda pazar liderleri olan ve kalite, servis ve inovasyon açısından en yakın rakip konumundaki iki teşebbüsün birleşmesine yol açacaktır. Avrupa Komisyonu, rakiplerden gelecek yetersiz baskı dolayısıyla devralma işleminin etkin rekabeti önemli ölçüde sınırlandıracağına karar vermiştir.

Bu nedenle, Komisyon, Cookson'un Foseco'yu devralmasına, Cookson'un filtre işini elinden çıkarmayı taahhüt etmesi koşuluyla izin vermiştir.

- 4 Mart 2008 tarihli COMP/M.4898 sayılı Komisyon kararının konusunu Saint-Gobain ile Maxit arasında gerçekleştirilen devralama işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon, Almanya'da doğal alçı taşı pazarında, Avusturya'da doğal anhydrite pazarında, Avusturya, Belçika, Almanya ve Hollanda'da alçı taşı bazlı yarı-bitmiş ürünler ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'ndaki seramikler için alçı taşı bazlı sıva pazarlarında ciddi rekabet hukuku sorunları tespit etmiştir. Devralma işlemi, ilgili pazarlarda, monopollerin veya monopol benzeri yapıların oluşmasına sebebiyet vererek, müşterilerin rakipler ile iş yapabilmesini engelleyecektir.

Komisyon, Saint-Gobain'in Maxit'i devralmasına, Saint-Gobain'in sıva temelli alçı pazarındaki iki iştirakini elinden çıkarmayı taahhüt etmesi koşuluyla izin vermiştir.

- 4 Haziran 2008 tarihli COMP/M.4513 sayılı Komisyon kararının konusunu Arjowiggins ile M-Real Zanders arasında gerçekleştirilen devralama işlemi oluşturmaktadır.

Komisyon incelemeler sonucunda, bildirim konu işlemin, Avrupa Ekonomik Topluluğundaki karbonsuz kağıt pazarında rekabeti önemli ölçüde engellemek anlamında ciddi bir risk taşıdığını tespit etmiştir. Komisyon, halihazırda yoğunlaşmış olan pazarda Arjowiggins'in çok yüksek pazar payı elde edeceğini ki bununla, pazarda ulaşılabilir kağıdın kalitesini sınırlandıracağını ve fiyatları yükselteceğini ifade etmiştir.

Komisyon, Arjowiggins'in, M-Real Zanders'ın Reflex kağıt fabrikasını devralmasına, Arjowiggins'in ilgili fabrikadaki karbonsuz kağıt bölümünü elinden çıkarmayı taahhüt etmesi koşuluyla izin vermiştir.

4.2.2. İş kolunun Devri: Dört Adet Örnek Karar

- 7 Nisan 2000 tarihli, COMP/M.1874 sayılı Komisyon kararının konusunu Lafarge ile Blue Circle arasında gerçekleştirilen işlem oluşturmaktadır.

Komisyon, Aalborg ve Lafarge'nin çatı kaplaması işinin dikey bütünleşmesinin ciddi rekabet hukuku sıkıntıları doğuracağına kanaat getirmiştir. Bu nedenle, Lafarge'ın, Blue Circle'ı devralmasına, çatı kaplaması pazarındaki işini elinden çıkarması koşuluyla izin vermiştir.

- 8 Ocak 2002 tarihli, COMP/M.2621 sayılı Komisyon kararının konusunu SEB ve Moulinex arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır. Komisyon, devralma işleminin, Almanya, Avusturya, Danimarka, Norveç, İsveç, Portekiz, Yunanistan, Belçika, Hollanda'daki küçük elektrikli ev aletleri pazarlarında rekabeti önemli ölçüde azaltacağına karar vermiştir.

Komisyon, bu gerekçe ile, SEB'in Moulinex'in tamamen kontrolünü ele geçirmesine küçük elektrikli ev aleti satımında Moulinex markasının kullanımı için beş yıl süreyle dokuz ülkede münhasır lisans yetkisi verilmesi koşuluyla izin vermiştir.

- 30 Temmuz 2003 tarihli COMP/M.3149 sayılı Komisyon kararının konusunu Proctor&Gamble ile Wella arasında gerçekleştirilen devralma işlemi oluşturmaktadır.

Devralma İşlemi'nin, Norveç, İsveç, İrlanda'daki saç bakım ürünleri pazarlarında rekabeti önemli ölçüde azalttığı gerekçesiyle, Komisyon, Proctor&Gamble'in Wella'yı devralmasına P&G'nin 5 yıl süreyle münhasır lisans yetkisini (i) "Herbal Essences" adlı saç bakım ürününü İrlanda, Norveç, ve İsveç'te tüm saç bakımı ürünlerinde, (ii) "Loving Care", "Lasting Color", "Glints", "Borne Blonde" ve "Highlights" ürünlerini İrlanda'da ve (iii) Wella'nın şekillendirici markası "Catzy"yi devretmesi koşuluyla izin vermiştir.

- 31 Mart 2005 tarihli COMP/M.3686 sayılı Komisyon kararının konusunu Novar'ın Honeywell tarafından devralınması işlemi oluşturmaktadır.

Devralma İşlemi'nin İtalya'daki yangın alarmı sistemleri pazarında etkin rekabeti sınırlayacağı gerekçesiyle, Komisyon, Honeywell'in Novar'ın İtalya'daki yangın alarmı işini devretmesi koşuluyla söz konusu işleme izin vermiştir.

4.2.3. Kapasite Artırımı: Bir Adet Örnek Karar

- 19 Mart 2002 tarihli COMP/M.2684 sayılı Komisyon kararının konusunu Hidrocantábrico'nun EnBW, EDP ve Cajastur'un ortak kontrolüne geçmesi teşkil etmektedir.

Komisyon, devralma işlemine, EnBW'nin ortak kontrolüne sahip EDP ve Fransız elektrik idaresi EDF-RTE'nin Fransa ve İspanya arasındaki elektrik bağlantısının ticari kapasitesini artırması koşuluyla izin vermiştir.

Sonuç olarak, şartlı izin müessesinin AT Rekabet Hukuku uygulamasında yerleşmiş olduğunu ve bu müessesenin işletilmesinin usule ve esasa ilişkin çerçevesinin "Birleşme Tüzüğü Kapsamında Verilecek Taahhütlere

İlişkin Tebliğ” ile tatmin edici bir biçimde çizildiğini ve uygulamanın da bu doğrultuda yapıldığını söylemek mümkündür.

4.3. AT Toplulukları Rekabet Hukuku’ndan Örnek Olarak Seçilen On Sekiz Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler

Rekabet Hukuku uygulamalarının, Avrupa Toplulukları hukukunda bir olarak ve ayrı ayrı üye devletlerin hukuki uygulamalarında, Türk Rekabet Hukuku uygulamaları ve Amerikan Rekabet Hukuku uygulamalarına nazaran, ilgili rekabet otoritelerinin yaklaşımları bakımından bir takım farklılıklara sahip olduğu gözlemlenmektedir. Bu noktada, Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamalarında taahhütlerin içeriklerine göre farklı alt başlıklar göze çarpmaktadır. Bu çalışmanın 4.1.3 başlığı altında kapsamlı olarak ele alınan taahhüt çeşitleri, (i) “bir iş kolunun elden çıkarılması”, (ii) “rakiplerle olan bağlantıların ortadan kaldırılması” ve (iii) “diğer taahhütler” olarak sınıflandırıldığı gibi ilk iki taahhüt çeşidinin yapısal taahhüt sınıfına dâhil olduğunu bir kez daha anımsatmak isteriz.

Yukarıda ifade edilen sınıflandırmaya ek olarak bir başka farklılık, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin üye devletlerdeki büyük firmalarla rekabette çaresiz durumda kalmasına Avrupa Topluluğu’nda ilgili rekabet otoriteleri tarafından getirilen korumadır. “Genel olarak Alman rekabet hukukunda küçük teşebbüslerin ayrı süljeler olarak görülmesi ve rekabet hukuku hükümlerinin uygulanmasında farklılık gözetilmesi dolayısıyla, Alman rekabet hukuku düzenini küçük teşebbüslerin korunmasını amaçlayan rejimlere bir örnek olarak verebiliyoruz” (Gürkaynak, 2003; 29).

Kuşkusuz rekabet hukuku uygulayıcılarının yaklaşımlarının ilgili rekabet otoritelerinin verdikleri kararlara yansması ile sistemler arası ortaya çıkan farklılıklar sayılanlardan ibaret değildir. Avrupa Toplulukları rekabet hukukuna özgü olan ve Türk rekabet hukuku uygulamasında da görülmesi ile rekabet hukukunun amaçlarına daha iyi hizmet edilebileceği inancını taşıdığımız unsurlar işbu çalışmanın önerilere ilişkin kısmında ifade edilmektedir¹³.

Elden çıkarmaya konu olan kararlarında Avrupa Topluluğu rekabet otoritesi, belirli malvarlıklarının elden çıkarılmasının yanı sıra (Solvay – Renolit Kararı), hakim durumun ortaya çıkacağı endişesi ile muhatabın bir iştirakinin bağımsız bir başka firmaya devrini (Haniel – Ytong Kararı) ya da muhatap teşebbüsün işkolunun elden çıkarmasını koşul olarak getirebilmiştir (Beyer – Aventis Kararı). Bir başka kararında Komisyon, muhatap teşebbüsün doğal gaz

¹³ Öneriler için bkz., bu çalışmanın 9’uncu başlığı olan “Tüm Somut Örnekler ve Değerlendirmeler Işığında Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Taahhüt ve Koşullu İzin Mekanizmalarının Etkin İşletilebilmesi İçin Somut Öneriler”

depolama tesislerinden en büyük ikisinin elden çıkarılması yoluyla, potansiyel rekabetin ortadan kaldırılma sonucunu engellemeyi hedeflemiştir (Dong – Danimarkalı elektrik üreticileri ve tedarikçileri kararı). Elden çıkarma kararlarına bir başka örnek de, Komisyon’un muhatap teşebbüsün elindeki tek nikel rafinerisini ve ilgili malvarlığını devretmesi koşulu ile işleme izin verdiği bir karardır (Kanadalı maden şirketleri – Falconbridge Kararı). Komisyonun üretim cihaz veya tesislerinin elden çıkarılması koşulu ile işleme izin verdiği kararlar da bulunmaktadır (J.M. Huber – Omya, Cleanaway Holdings Limited – Veolia ES, Promatech – Sulze, Thermo – Fisher, Danone –Numico).

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında da yer alan bir karar olan Cookson–Foseco kararında Komisyon, Avrupa Toplulukları rekabet hukukunda amaçlandığını bu bölümün başında da ifade edildiği şekli ile ele aldığımız; küçük teşebbüslerin daha büyük ölçekli teşebbüsler karşısında silinmemesi için sergilediği yaklaşımı bu kararda da somutlaştırmıştır. Komisyon’un bu noktada elden çıkarmayı koşul olarak dayatma sebebi, devralma işlemi neticesinde rekabetçi bir pazar yapısı için rakiplerden gelecek baskının yetersiz kalmasıdır. Bu durumu önlemek için Cookson’un filtre işini elden çıkarılması koşulu getirilmiştir.

Karbonsuz kağıt pazarına ilişkin bir kararda, işlemin “pazarda ulaşılabilir kağıdın kalitesini sınırlanacağı” ve işlem neticesinde “fiyatların yükseleceği” kaygısından hareketle Komisyon, muhatap teşebbüsün ilgili fabrikadaki karbonsuz kağıt bölümünü elden çıkarması koşulunu getirmek suretiyle devralma işlemine izin vermiştir.

Bir başka sınıf olarak nitelendirilen “iş kolunun devri”nin koşul olarak getirildiği kararlar (Lafarge–Blue Circle, SEB–Moulinex, Procter&Gamble, Novar–Honeywell) bakımından Komisyon için amaç, etkin rekabetin sınırlandırılmasını önlemek ve bu suretle de iş kolunun devredilmesi yoluyla, işlemin tamamen engellenmesinden bu iş kolunun devrinin ardından işlemin gerçekleşmesini sağlamaktır. Bu noktada, muhatap teşebbüsün yapısında bir değişim meydana gelecektir. Daha sonraki bölümlerde açıklanacağı üzere, iş kolunun devri koşulu gibi işletmenin yapısında değişiklik yaratacak koşullar, gerçekleştirilmesi daha kolay ve uzun vadede akıbeti kontrol edilebilir koşullardır.

Son olarak Avrupa Topluluğu rekabet hukuku uygulamalarında yapılan sınıflandırmaya ilişkin üçüncü başlık: “kapasite artırımı”dır. Kapasite artımına ilişkin olarak çalışma bakımından ele alınan örnek kararda Hidrocantabrico’nun EnBW, EDF ve Cajastur’un ortak kontrolüne geçmesine Komisyon’un koşullu izin vermesi söz konusudur. Bu noktada Komisyon, rekabetçi yapının artması amacıyla EnBW’nin ortak kontrolüne sahip EDF ve Fransız elektrik idaresi

EDF-RTE'nin Fransa ve İspanya arasındaki elektrik bağlantısının ticari kapasitesini artırması koşuluyla izin vermiştir.

Görüldüğü üzere, Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulamasında koşullu izin müessesesi, belirli sınıflandırmalar ve kuşkusuz bu sınıflandırmaların esas kaynağı olan Birleşme Tüzüğü ile yasal bir çerçeveye oturmuş haldedir. Yasal düzenlemeler ve uygulamada da bu düzenlemelere sadık kalma kaygısı ile gösterilen özenle, teşebbüslerin faaliyetleri ve bu faaliyetlerin bir işleme konu olması neticesinde piyasada rekabeti etkin hale getirecek sonuçlar hedeflenmiştir.

5. ABD REKABET HUKUKUNDA YOĞUNLAŞMALARDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN

Elden çıkarma, Federal Ticaret Komisyonu ("Federal Trade Commission", "FTC") veya Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ("Department Of Justice", "DOJ") tarafından karşılıklı müzakereler ile tespit edilen bir çözümdür. Bu çözüm, rekabet otoritelerinin söz konusu birleşme veya devralmaya izin vermeleri için şirketlerin rekabete aykırı olabilecek fiilleri karşısında ya belirli bir pazardaki işlerinin tamamını ya da sadece kısıtlı sayıda malvarlıklarını ellerinden çıkarmaları şartını ihtiva etmektedir.

5.1. ABD Rekabet Hukuku Uygulamalarında Taahhüt ve Koşullu İzin: Dokuz Adet Örnek Kararın Dinamikleri ve İçeriğiyle İlgili Objektif Bilgiler

5.1.1. 06 Ekim 2008 tarih ve 1:08-cv-0107 sayılı kararda, Enodis plc'nin ihraç edilmiş ve ihraç edilecek bütün adi hisse senetlerinin Manitowoc tarafından devralınmasına yönelik işlemin, Birleşik Devletler'deki ticari küp buz makinelerinin gelişimi, üretimi, dağıtımı ve satışı pazarlarında rekabeti önemli ölçüde azaltacağına kanaat getirilmiştir.

Bu gerekçeyle, ilgili devralma işlemine, Manitowoc'un Enodis'in buz makineleri işini üçüncü bir kişiye devrederek elden çıkartması koşuluyla izin verilmiştir.

5.1.2. 28 Ağustos 2008 tarih ve 1:08-cv-01510 sayılı kararın konusunu; Raycom'un halihazırda CBS Broadcasting Inc.'in bağlı şirketi olan WTVR-TV, the Richmond, Virginia'ya sahipken National Broadcasting Corporation'in bağlı şirketi olan WWBT-TV, the Richmond, Virginia'yı devralmasının Clayton Kanunu'nun 7. bölümünün ihlaline sebebiyet vereceği yönündeki iddia oluşturmaktadır. İddialara göre, devralma işleminin gerçekleşmesi neticesinde, Raycom, Richmond pazarındaki en büyük dört televizyon istasyonundan ikisine sahip olacaktır. Bu da, Raycom'un 2008 yılındaki tüm televizyon yayınlarının

spot reklam gelirlerinin yarısından fazlasına sahip olması anlamına gelecektir. Raycom'un WWBT-TV ve WTVR-TV'nin her ikisine de sahip olması, Richmond, Virginia'da ve çevresinde televizyon spot reklam yayıncılığı satışında rekabeti önemli ölçüde azaltacaktır.

Bu nedenlerle, devralma işlemine WTVR-TV faaliyetlerinde kullanılan tüm maddi ve gayri maddi varlıkların elden çıkarılması koşuluyla izin verilmesine karar verilmiştir. Bu sayede Richmond pazarındaki rekabet hukuku kaygılarının ortadan kalkacağı belirtilmektedir.

Elden çıkarma gerçekleşene kadar, Raycom, WTVR-TV'yi, WWBT-TV de dahil olmak üzere Richmond'daki diğer televizyon yayın istasyonlarının rakibi olacak şekilde muhafaza edecektir.

5.1.3. 28 Kasım 2007 tarih ve 1:07-cv-00640 sayılı kararın konusunu Cemex'in Rinker'i devralması oluşturmaktadır. Cemex ve Rinker, hazır beton, mıcır ve beton blok ürünlerini de kapsayan ancak bunlarla sınırlı olmayan çeşitli inşaat malzemelerini dünya çapında üretmekte ve satmaktadır. Cemex ve Rinker'in birleşmesinin dünyanın en büyük inşaat malzemesi firmalarından birinin oluşmasına sebebiyet vereceği ifade edilmektedir.

Kararda, devralma işleminin hazır beton üretim ve dağıtımında rekabeti önemli ölçüde azaltacağı belirtilmektedir. Ayrıca, müdahale edilmediği takdirde devralma işleminin, diğer etkilerinin yanı sıra aşağıdaki rekabete aykırı etkileri de doğuracağı ifade edilmektedir.

a. Hazır beton, beton blok ve mıcır üretimi ve dağıtım pazarlarında ilgili coğrafi pazarlar dâhilinde Cemex ve Rinker arasındaki mevcut ve potansiyel rekabet ortadan kalkacaktır.

b. İlgili coğrafi pazarlarda, hazır beton, beton blok ve mıcır üretim ve dağıtımındaki rekabet genel olarak azalacaktır,

c. İlgili coğrafi pazarlarda, hazır beton, beton blok ve mıcır üretim ve dağıtımındaki fiyatlar yükselecektir.

Bu nedenlerle, devralma işlemine Cemex'in çeşitli bölgelerdeki hazır beton, beton blok ve mıcır tesislerini elinden çıkarması koşuluyla izin verilmiştir.

5.1.4. 23 Mayıs 2008 tarih ve 1:2008cv00389 sayılı kararın konusunu Cookson Group Plc'nin Foseco Plc'yi devralması oluşturmaktadır. Karar kapsamında yapılan incelemede, Cookson'un Foseco'yu devralması halinde, kepçe örtüleri ve durdurma çubukları pazarlarında önemli ölçüde yoğunlaşma yaşanacağı görülmüştür. Cookson ve Foseco'nun toplam pazar payı yaklaşık

yüzde 75 olacaktır. Devralma işlemi neticesinde her iki pazardaki HHI oranları yaklaşık 700 puan artarak 6000 puanın üzerine çıkacaktır. Görüldüğü üzere, devralma işlemi tüketicilerin ikinci tercihi olan tedarikçi ile birinci tercihi olan tedarikçi arasındaki rekabeti ortadan kaldırmaktadır.

Bu nedenle, devralma işlemine Foseco'nun izolastik olarak sıkıştırılmış refrakter ürünlerin geliştirilmesi, tasarımı, üretimi, dağıtımı ve satışı ile iştigal eden iş kolunu elinden çıkarması koşuluyla izin verilmiştir.

5.1.5. 24 Eylül 2008 tarih ve 1:08-cv-00322 sayılı kararın konusunu United Health Group'un Sierra Health Services'i devralmasına yönelik işlem oluşturmaktadır. Kararda yapılan değerlendirmede, ilgili ürün pazarının yüksek düzeyde yoğunlaşmış olduğu ve devralma işlemi neticesinde bu yoğunlaşmanın önemli ölçüde artacağı ifade edilmektedir. Sierra, Las Vegas bölgesindeki Medicare Advantage üyelerinin yaklaşık yüzde 60'ını bünyesinde bulundurmaktadır. United ise, aynı bölgedeki üyelerin %34'ünü bünyesinde bulundurmaktadır. Görüldüğü üzere, birleşme sonrasında tarafların toplam pazar payı yüzde 94 olacaktır.

Devralma işlemi, rakiplerin birbirine uyguladığı ve düşük fiyatlara ve yüksek kalitede sağlık hizmetleri sağlanmasına sebebiyet veren baskıyı ortadan kaldırarak rekabeti sonlandıracaktır.

Bu nedenlerle, devralma işlemine Clark ve Nye ilçelerindeki Medicare ve Medicaid Hizmet Merkezlerinin işletilmesi, satışı ve pazarlaması için kullanılan bütün maddi ve gayri maddi varlıkların elden çıkarılması koşuluyla izin verilmiştir.

5.1.6. 18 Nisan 2005 tarih ve 1:04cv01494(JDB) sayılı kararın konusunu, Connors Bros.'un Bumble Bee'yi devralması işlemi oluşturmaktadır. Connors ve Bumble Bee Birleşik Devletler'de sardalye mezesi satımı ile iştigal etmektedir. Devralma işlemi sonrasında, tarafların toplam pazar payı %75 olacakken, en yakın rakibin pazar payı ise %5'in altında kalacaktır. Devralma işlemi HHI oranını yaklaşık 1600 puan yükselterek kayda değer rekabet hukuku kaygıları doğuracaktır.

İddialara göre, devralma işlemi sonrasında Bumble Bee'nin bağımsız bir rakip olarak pazarda yer almayacak olması, devralma işlemi sonucunda oluşacak şirkete, diğer rakiplerden bağımsız olarak tek taraflı fiyat artışı yaparak kar elde etme imkanı tanıyacaktır.

Nihai karar uyarınca, devralma işlemine izin verilebilmesi için, Connors'un, Port Clyde markasını ve çeşitli küçük çaplı markalarını (Commander, Posum, Bulldog, Admiral ve Neptune) ve bu markaları devralanın

Birleşik Devletler'deki sardalye satışında geçerli ve aktif bir rakip haline gelebilmesi için ilgili varlıklarını elden çıkarması gerekmektedir. Karar uyarınca, Connors, Port Clyde markasının ticari değerini, marka Birleşik Devletler'in kabul ettiği bir alıcıya devredilecek biçimde elden çıkarılana dek koruyacaktır.

5.1.7. 22 Şubat 2005 tarih ve 1:03cv02012-GK sayılı kararın konusunu Alcan Inc. ve Pechiney S.A.'nın birleşmesine yönelik işlem oluşturmaktadır. İşlem ile Kuzey Amerika'daki pirinç kaplama sacları satışı yapan önemli teşebbüslerin sayısı dörtten üçe inecek ve bu da teşebbüsler arasında pirinç kaplama sacları fiyatlarının tüketiciler aleyhine artırılmasına yönelik zımni veya açık koordinasyon ihtimalini artıracaktır.

İddialara göre, yoğunlaşmanın yüksek olduğu pirinç kaplama sacları satışı pazarında Alcan ve Pechiney'in birleşmesi: (i) Kuzey Amerika'da pirinç kaplama sacları geliştirilmesi, üretimi ve satışında rekabetin önemli ölçüde azalmasına, (ii) Alcan ve Pechiney arasında pirinç kaplama sacları işinde mevcut ve potansiyel rekabetin ortadan kalkmasına ve (iii) Kuzey Amerika'daki pirinç kaplama sacları pazarında fiyatların yükselmesine ve mevcut kalite düzeyinin ve yeniliklerin azalmasına sebep olacaktır. Devralma işlemi sonrasında oluşacak teşebbüs ve diğer bir üretici Kuzey Amerika'daki pirinç kaplama sacları satışlarının yüzde 80'ine hakim olacaklardır.

Bu nedenlerle, devralma işlemine, Alcan'ın veya Pechiney'in pirinç kaplama sacları işinin Birleşik Devletler'in uygun göreceği bir alıcıya devredilmesi suretiyle elden çıkarılması koşulu ile izin verilmiştir.

5.1.8. 07 Mart 2000 tarih ve 992706 sayılı kararın konusunu, Pandrol'un çeşitli varlıklarının Harsco tarafından devralınması oluşturmaktadır. Kararda yer alan değerlendirme uyarınca, devralma işlemi, Harsco ve Pandrol arasındaki tüketicinin yarar sağladığı doğrudan rekabeti ortadan kaldıracak ve fiyatların yükselmesine yol açacaktır. Buna ek olarak, anahtar ve geçitlerin ve transit çarkların üretim ve satışı pazarlarına yeni giriş zorlaşacaktır.

Bu nedenlerle, devralma işlemine Harsco'nun Pandrol'den devralacağı anahtar ve geçit çarkları varlıklarını bu işte etkin rekabet edebilecek yönetsel, operasyonel ve finansal kabiliyeti haiz ve Harsco ile arasında, Harsco'nun makul olmayan bir biçimde masrafları artırmasına veya etkinliği azaltmasına imkân verecek sözleşmesel bir ilişki olmadığı üçüncü bir kişiye devretmesi koşuluyla izin verilmiştir. Ayrıca kararda, öngörülen elden çıkarma gerçekleşene kadar, Harsco'nun, anahtar ve geçit çarkları varlıklarını bağımsız olarak rekabet edebilecek bir iş olarak işletmesi de öngörülmüştür.

5.1.9. 24 Ocak 2001 tarih ve 001818 sayılı kararın konusunu, Ingersoll-Dresser Pump Company ile Flowserve arasındaki devralma işlemi

oluşturmaktadır. Kararda yer alan değerlendirme uyarınca, devralma işlemi, belirli tip pompaların satışında rekabeti önemli ölçüde azaltacaktır. Birleşik Devletler'deki yağ rafinerileri projelerinde kullanılacak API 610 pompaları için yapılan ihalelerin çoğunluğuna teklif verebilecek (Flowserve ve IDP de dahil olmak üzere) yalnızca dört rakip bulunmaktadır. Aynı şekilde, Birleşik Devletler'deki elektrik üretim tesislerinde kullanılmak üzere üretilen pompalar için yapılan ihalelerin çoğunluğuna teklif verebilecek (Flowserve ve IDP de dahil olmak üzere) yalnızca dört rakip bulunmaktadır.

İddialara göre, devralma işlemi sonrasında diğer pompa üreticilerinin API 610 pompaları ve elektrik üretim tesislerinde kullanılmak üzere üretilen pompalar pazarlarına girmeleri zorlaşacak ve bu nedenle devralma işlemi rekabet hukuku sıkıntıları doğuracaktır.

Bu nedenlerle devralma işlemine, Flowserve'in SCE, VLT, VMT, HQ, HX ve WX'deki pompa hatlarında ve IDP'nin J ve CGT pompa hatlarında üretim ve satış yapmayı sağlayacak süresiz, telif ücretsiz, devri mümkün, transfer edilebilir lisansları ve Flowserve'nin Tulsa, Oklahoma'daki pompa tesisini ve IDP'nin Batavia, Illinois ve La Mirada, Kaliforniya'daki servis merkezlerini üçüncü bir kişiye devretmesi koşuluyla izin verilmiştir.

5.2. ABD Rekabet Hukuku'nda Örnek Olarak Seçilen Dokuz Adet Karar Bazında Spesifik ve Genel Değerlendirmeler

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında ve Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku uygulamasında olduğu gibi ABD Rekabet Hukuku kararlarında da işlemlerin potansiyel risklerinin giderilmesi ve fakat bu riskler giderildikten sonra da somut sonuçlarını doğuracak şekilde hayata geçebilmesi için "koşullu izin" mekanizmasının işletildiğini görmekteyiz. Rekabetin azalacağı endişesi ile ilgili rekabet otoritesi işlemi yasaklamaktansa elden çıkarma ya da iş kolunun devri gibi koşullar getirerek işlemin ayakta kalmasına imkân vermiştir.

Rekabetin önemli ölçüde azalacağı sonucunun tespit edildiği noktada ABD rekabet otoritesi çeşitli çözüm yolları üreterek işleme izin vermiştir. Bir kararda (Raycom–Richmond), işlem sonrasında muhatap teşebbüsün 2008 yılındaki tüm televizyon yayınlarının spot reklâm gelirlerinin yarısından fazlasına sahip olması rekabeti önemli ölçüde azaltabileceğinden, belirli faaliyetlerinde kullanılan tüm maddi ve gayri maddi varlıklarının elden çıkarılması koşulu getirilmiştir.

Bir başka kararda (Cemex–Rinker), mevcut ve potansiyel rekabetin ortadan kalkacağı, hazır beton, beton blok ve mıcır üretim ve dağıtımındaki rekabetin genel olarak azalacağı ve fiyatların yükseleceği gerekçeleri ile işleme,

muhatap teşebbüsün çeşitli bölgelerdeki hazır beton, beton blok ve mıcır tesislerini elden çıkarması şartı ile izin verilmiştir.

Rekabetin ortadan kalkacağı kaygısı ile koşullu izne konu olan bir başka kararda da HHI ölçümü ile devralma neticesindeki rakamsal pazar değerleri tespit edilmiş ve işleme iş kolunun devri koşulu ile izin verilmiştir (Cookson – Foseco).

Tarafların pazar paylarının birleşme sonrası %94 olacağı bir işlemde rekabet otoritesi rekabetin sonlanacağı endişesi ile yine koşullu izin mekanizmasını devreye sokmuş ve maddi ve gayri maddi varlıkların elden çıkarılmasını koşul olarak getirmiştir (United Health Group – Sierra Health Services).

HHI oranının işlem sonrası yükseleceği ve bu yükselişin rekabet hukuku anlamında kaygılar yaratacağı ifade edilen bir kararda (Connors Bros. – Bumble Bee), yükselme neticesinde devralma işlemine taraf teşebbüslerin toplam pazar paylarının %75, en yakın rakibin pazar payının ise %5 olacağı anlaşıldığından işleme koşullu olarak izin verilmiştir. Buna göre muhatap teşebbüsün bazı markaları ve ilgili mal varlıklarını elden çıkarması gerekmektedir.

Rekabetin önemli ölçüde azalacağı kaygısı yaratan ve fiyatların yükselmesine ve mevcut kalite düzeyinin ve yeniliklerin azalmasına sebep olacağı anlaşılan bir işlem özelinde (Alcan Inc.–Pechiney S.A.) rekabet otoritesi, muhatap teşebbüslerden birinin pirinç kaplama sacları işini elden çıkarmasını koşul olarak getirmiştir. Bu elden çıkarma Birleşik Devletler'in uygun göreceği bir alıcıya devir sureti ile gerçekleşecektir. Anılan işlemde birleşme neticesinde belirli bir bölgede yürütülen bir faaliyetin %80'ine sahip konuma gelineceği kaygısını Amerikan Rekabet otoritesi yine koşullu izin mekanizmalarını işleterek yenmiştir.

Fiyatların yükselmesi ve rekabetin ortadan kalkması gibi rekabet hukuku kaygıları yaratan bir başka işlem hakkında verilen kararda (Pandrol - Harsco) da yine koşullu izin mekanizması işlemi ayakta tutan bir işlev görmüştür.

Rekabetin önemli ölçüde azalacağı kaygısı yaratan bir başka kararda (Ingersoll – Dresser Pump Company – Flowserve) rekabetin azalmasının önlenmesi ve pazara giriş engellerinin kalkması amacıyla yine koşullu izne karar verilmiş ve ilgili tesislerin üçüncü kişiye devri koşulu ile işleme izin verilmiştir.

Amerikan rekabet hukuku uygulamalarında, koşullu izin müessesesinin işleyişi yasal bir sistem üzerinden gerçekleştiğinden, koşullu izin verilmekle süreç tamamlanmayıp, bu koşulun gerçekleşmesine kadar geçen süre ile ilgili olarak, muhatap teşebbüslere kılavuzluk edecek önlemler alınmakta ve süreç

ekonomik hayattaki ortaya çıkan etkiler de dâhil olmak üzere izlenmektedir. Bu noktada, koşullu iznin yalnızca lafzı ile yasal düzenlemelerin bir parçası olmasının yeterli olmadığı ve doğru ve etkin işletimi için gerekli alt yapının oluşturulması gerekliliğinin bir kez daha altı çizilmelidir.

6. YOĞUNLAŞMALARDAKİ KAYGILARIN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARıyla AŞILABİLMESİ İÇİN “REKABET HUKUKU’NDA UZLAŞMA VE SULH” PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRMELER

Hukuk sistematığı içinde, özellikle de uygulamada önemli rol oynayan toplumsal ihtiyaçlar diğer hukuk dallarının yanı sıra rekabet hukuku alanında da birçok kuralın oluşumu bakımından belirleyicidir. Bir başka açıdan bakıldığında, hukuki uygulamalar ve bu uygulamalar ile giderileceği umulan toplumsal ihtiyaçlar eşleştirmesi yapılırken, uygulamanın dayandığı kuralın neyi amaçladığı ve amaca ulaşmada kullanılan yöntem büyük önem arz etmektedir. Yoğunlaşmalardaki kaygıların taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarıyla aşılabılmesinde, uzlaşmacı bir tavır sergileyen otorite – teşebbüs ikilisinin rekabet hukuku kültürü içindeki konumu da bu anlamda tartışılır olma özelliğini sürdürmektedir.

Yoğunlaşmalarda, taahhüt ve koşullu izin mekanizmasının daha hızlı ve etkin bir biçimde işlemesinin ideal kabul edildiği varsayımından hareketle, böyle bir etkinlik, ortaya çıkması rekabet hukukunun temel amaçlarına hizmet eden “toplumsal refaha ulaşmak” yolunda, önemli bir adım sayılacaktır. Bu önemli adımı atmak kuşkusuz her iki ayağın – otorite – teşebbüs – uyumlu hareketi ile doğrudan bağlantılıdır. Ayaklardan birinin diğerine göre uyumsuz hareketi bu eylemi aksatacak, daha açık bir ifade ile, rekabet otoritesi ve/veya teşebbüsün, uzlaşma çabasına uygun olmayan davranışı, uzlaşmadan kaçınıldığı izleniminin doğmasına sebep olacaktır. İlerleyen bölümlerde uzlaşma ve sulh müessesesinin eksiksiz işlemesinin öngörülen faydaları anlatılırken uyumlu adım atma prensibinin ne kadar etkili olacağı da ifade edilecektir.

Yoğunlaşmalardaki kaygıların taahhüt ve koşullu izin mekanizmaları ile aşılabılması için rekabet hukukunda uzlaşma ve sulh müessesesinin varlığının bir yazılı düzenlemeden ibaret kalmaması ve fakat etkin işleyen bir sistem olarak gelenekselleşmesinin faydaları ilk olarak iktisadi sahada gözlemlenir. İktisadi etkinlik ve toplumsal refahın sağlanmasını nihai amaç olarak belirlemiş otorite-teşebbüs ayaklarının uyumlu hareketi ile yapısal reformlar hayata geçecek, bu uyum soruşturmaya konu olan yoğunlaşma işleminin otoritenin onayına sunulması ile nihai karar arasındaki süreçte pazar dinamiklerinin bozulması riskine karşı bir fren görevi görecektir.

Hukuki sistemin gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku alanında düzenli bir seyir halinde olması için gerekli olan temel unsurlar arasında, hukuka aykırı olanın ivedilikle teşhisi ve teşhisin akabinde çözüm üretmek ve hatta sonraki uygulamalarda bu süreci bir deneyim sayarak, tedbir niteliğinde davranışlar ortaya koymak şüphesiz, rekabet hukuku için de geçerli ve amaca uygun bir politikadır. Uzlaşma ve sulh müessesesi bu itibarla, rekabet otoritesinin, hukuka aykırılık tespitinin ardından, - aykırı olanı tamamen ortadan kaldırarak yarar-zarar dengesini tehlikeye atmaktansa- aykırı olanı ehlileştirmek ve tam da bu noktada yaşama değil sancıya son vermek saikiyle işletmekten yana olacağı bir müessesedir.

Hukuki belirliliğin sağlanması, soruşturma neticesinde aleyhinde dava açılacak karardan daha iyi bir sonuca ulaşmak, ticari açıdan ölçüsüz yükler getiren çözümlerin ikame edilebilir alternatiflerini sunabilme kaygısı, rekabet otoritesi ile kurulacak iyi niyetli bir iletişimin ileride teşebbüsün yükümlülüklerini yerine getirirken karşılaşacağı yorum sorunlarını aşmakta yardımcı olması, teşebbüsün kaynaklarının optimal kullanımı, teşebbüsler bakımından rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma ve sulh eğiliminin başlıca gerekçeleridir (Gürkaynak, Ocak 2004; 70).

Rekabet otoritesi bakımından ise, yine kaynakların optimal kullanımı, uzlaşmanın paretoçu anlamda üstün seçenek olması, hukuki belirliliğin sağlanması aciliyeti, ihlal tipinin yeni ve alışılmadık olması sebebiyle eğitim amacının ön plana çıkması, ihlale yol açan unsurların karmaşıklığı halinde soruşturma esnasında rekabet otoritesi ile muhatap arasındaki iletişimin artması ve uzlaşma platformunun kuvvetlenmesi, pazarın yahut ihlalin özellikleri, çözümün teşebbüsün pozitif davranışını gerektirmesi, tek taraflı analiz sonucunda verilecek kararın ticari gerekçelerle ve rekabet hukuku uygulamasının amacına aykırı düşmesi olasılığının yüksekliği, rekabet otoritesinin de alacağı tedbirin sınırlı, süreli ve kontrolü altında olmasını tercih etmesi rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma ve sulh eğiliminin başlıca gerekçeleri olarak sayılmalıdır (Gürkaynak, Ocak 2004; 67).

Görüldüğü üzere, uzlaşma ve sulh eğiliminin gerekçeleri, her iki ayağın, yani bir tarafta otoritenin diğer tarafta teşebbüsün, birbirine uyumlu bir adım atabilmesine zemin hazırlamaktadır. Uygulamanın rekabet hukukunun nihai amaçlarına hizmet eder niteliğinin muhafazası doğrultusunda beklentiler karşılıklı olarak örtüşmektedir. Bu uyumun ardından uzlaşma ve sulh müessesesinin işletimi sürecinde unutulmaması gereken hatta ötesinde birincil olan, ceza verme kaygısının yerini, işlemi, gerekli koşulların rekabet otoritesi tarafından ileri sürülmesi ve/veya teşebbüs tarafından taahhütte bulunması suretiyle gerçekleştirmek ve işlem sonucunda ortaya çıkacak yeni değeri,

ekonomiye ve kamu menfaatine kazandıracak olan hukuka aykırılığın giderilmesi mantığı olacaktır.

Giderilen hukuka aykırılığın ardından, işlemin yaşamaya devam etmesi saiki hem rekabet otoritesi hem de muhatap teşebbüs bakımından, toplum refahına giden yolda öncelikli amaç olarak kabul edildiği anda iktidar, tek yanlı olarak dayatılan bir silah olmaktan çok uzaklaşacak ve nihayet taraflardan biri değil taraflar üstü ve tamamen toplumun ekonomik çıkarlarına hizmet eden bir araç halini alacaktır. Çünkü bu noktada iktidar bir teşebbüs ya da kurumun kostümünü giyinmiş olmayacak, kamu menfaatinin üstünlüğünü temsil eden bir yaklaşım olacak ve taraflar kendilerine yakıştırır ise her iki tarafça da giyilebilecektir.

7. YOĞUNLAŞMALARDAKİ KAYGILARIN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARıyla AŞILABİLMESİ HALİNDE REKABET OTORİTESİ TARAFINDAN BUNUN TEŞHİS EDİLEBİLMESİNİN VE GEREĞİNİN YAPILMASININ İKTİSADİ ETKİNLİK DOĞURUCU ÜSTÜN TERCİH OLDUĞU HUSUSUNDA SOMUT ÖRNEKLER İŞİĞİNDA “HUKUK VE İKTİSAT” PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRMELER

Yoğunlaşmalardaki kaygıların taahhüt ve koşullu izin mekanizmaları ile aşılabilmesi halinde bu durumun iktisadi ve hukuki anlamda ayrı ayrı ve bir arada - yani hukuk ve iktisat arasındaki bağlardan hareketle - rekabet otoritesine ve/veya muhatap teşebbüse somut yansımalarının neler olabileceği ve bu aşamada kural ve bunlara dayanan işlemlerin oluşturduğu sistematığın, hizmet verdiği topluma ne kadar faydalı olabileceği tartışmasına ışık tutmak için ilk etapta incelemekte fayda bulunan husus, böyle bir kaygının giderilmesinin rekabet hukuku amaçları ile ne kadar bağdaştığı, rekabet hukuku sisteminin dinamiklerine ne kadar hizmet ettiği.

“Rekabet hukukunun toplumsal mühendisliğe müsait bir alan olup olmadığı halen tartışma konusu olmakla beraber, sosyoekonomik şartlardaki değişimlerin rekabet hukuku yaklaşımlarını doğrudan etkilediğine ve etkilemesi gerektiğine zaten şüphe yoktur. Rekabet hukuku alanına fayda getirecek ve rekabet hukukunun amacına ulaşma olanaklarını arttıracak bir düşüncenin, en az hukuki düşünce tarzına bağlı kaldığı ve özen gösterdiği kadar iktisat biliminin esaslarına da uygun olması gerekliliğinin ana sebebi de bu etkileşimdir.”(Gürkaynak, Temmuz 2003; 6)

Rekabet hukukunun amacının ne olduğu tartışmalarına konumuz çerçevesinde değinecek olursak, gerek Türk Rekabet Hukuku doktrininde,

gerekse Amerikan Rekabet Hukuku doktrininde amaca yönelik çeşitli tanımlar yapıldığı ve bu tanımların kaynaklarında kuşkusuz farklı yaklaşımlar olduğu görülecektir. Rekabet hukukunun hedefini salt iktisadi etkinlik olarak kabul eden görüş, Amerikan Hukuku sahasında, uygulamadaki çeşitli kararlarda¹⁴ yer almış, “iktisadi etkinliğin korunması” unsurunun yanı sıra başkaca unsurların da var olduğuna ilişkin bir diğer görüş de yine çeşitli kararlarda yer almak suretiyle uygulamada yer bulmuştur.

Türk Rekabet Hukuku açısından yapılacak bir değerlendirmede konu, mevzuata ilişkin bir düzenlemeden örnekle daha da netleştirilebilir. Düzenleme, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Genel Gereğesi’nde yer almakta ve rekabet hukukunun amacını; (i) dağılım etkinliği, (ii) toplumsal refah, (iii) maliyet etkinliği, (iv) dinamik etkinlik, (v) tüketici refahı ve toplumsal refah, (vi) küçük teşebbüslerin korunması, (vii) piyasada doğruluk ve dürüstlüğün yaygınlaştırılması – hakçılığın özendirilmesi, (viii) enflasyonla mücadele ve (ix) girişimciliğin teşvik edilmesi unsurlarını ulaşılacak amaçlar olarak saymaktadır. (Gürkaynak, Temmuz 2003; 9) Rekabet Kanunu’nun gereğesinde sayılan amaçlar arasında iktisadi etkinliğe, ifade edilen kavramların yapısı ve ruhundan ulaşmak son derece kolaydır.

Yoğunlaşmalardaki kaygıların taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarıyla aşılabilmesi halinde rekabet otoritesi tarafından bunun teşhis edilebilmesinin ve gereğinin yapılmasının iktisadi etkinlik doğurucu üstün tercih olduğu hususu, gerek rekabet otoritesinin uygulamalarına dayanak teşkil eden kanunun gereğesinde, gerekse iktisadi etkinliği rekabet hukukunun yegâne amacı ya da amaçlarından biri sayan görüşlerde ifade edilmiştir.

“Ekonomi bilimi, toplumsal kaynakların piyasalar aracılığı ile tahsis edildiğinden yola çıkarak, sosyal refah sorununa piyasaları temel alarak yaklaşır. Amaç, kaynaklardan maksimum fayda sağlanmasıdır. Bu ise (en azından) iki şekilde gerçekleşebilir. Kaynaklar verimli kullanılır ve kişilerin tercihlerini azami ölçüde tatmin edecek şekilde tahsis edilirse, refah maksimize olur. Kaynakların verimli kullanımı, “üretim etkinliği”ni, azami faydayı sağlayacak şekilde tahsis edilmese de “tahsis etkinliği”ni ifade eder.

Kişinin rasyonel olarak faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu ve kendi menfaati hakkında en doğru kararları verdiği kabul edilirse, yaptığı

¹⁴ *United States v. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (1974); *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977); *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 (1977); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978); *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1 (1979); *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979)

seçimlerin faydasını artırdığı söylenebilir. Bu açıdan kişi davranışlarının izlenmesi en akılcı ve güvenilir yöntemdir.

Mübadeleler, kaynakların, daha fazla fayda sağlayan kullanımlara tahsis edilmesinde güvenli bir vasıta¹⁵. Mübadeleler her iki tarafın rızasını alarak, kaynakların daha fazla fayda sağlayan kullanımlara tahsis edilmesini sağlamaktadır. Bir an için tüm kaynakların mübadeleler yoluyla tahsis edileceğini varsaydığımız zaman, pareto ilerlemeler vasıtasıyla sosyal refahın maksimize olacağını kolaylıkla söyleyebiliriz.” (Sanlı, Mayıs 2007; 45) Kişilerin mübadelelerde bulunmaya meyletmesi ve genel anlamda bu yönde var olan iradenin sürekliliği için bu mübadelelere girildikleri vakit bundan sağlayacakları faydanın öngörülebilir olması icap eder.

Bir başka ifade ile faydasını maksimize etme eğiliminde olan kişi bunu mübadele yapmak suretiyle gerçekleştirme arzusunda ise ve bu da rekabet hukuku amaçlarından toplumsal refahı artıracak ise ya da en azından böyle bir potansiyelin varlığı öngörülebiliyorsa, rekabet otoritesi maksimum faydanın sağlanacağı zemini taahhüt ve koşullu izin gibi iyileştirici mekanizmalar eliyle hazırlamalıdır. Bu alt yapının kurulması ile, kişi ya da teşebbüsler piyasada etkinlik sağlayıcı faaliyette bulunmak anlamında çekimser değil girişimci davranacaklardır.

Sözleşmelerin, taraf iradelerinin ortak bir ürünü olması, bir başka ifade ile, irade uyumlarından doğan düzenlemeler olmasından hareketle, bu ortak iradenin ayakta tutulması ve buna yönelik yasal düzenlemeler yapılıyor olması bir ihtiyaçtır. Tarafların iradelerinin uyumunda ortaya çıkan değer, iktisadi anlamda bir etkinlik yaratacağından, amaç, etkinlik neticesine ulaşmak için gereken dinamiklerin, sözleşme etkisini gösterene dek korunmasıdır. Ancak şüphe yok ki bu koruma her bir işlem özelinde mutlak geçerli olmayacaktır. Tam da bu noktada devreye, rekabet otoritesinin mevcut hali ile doğrudan izin vermekten imtina ettiği bir işlemin yaratacağı etkinliğin ortadan kalkmaması

¹⁵ Mübadelelerin ekonomik anlamda taşıdığı önem bu noktada dikkat çekicidir. Mübadelelerin ekonomik analizinden önce hangi amaca hizmet ettiği, gerçekleştirilmeleri neticesinde hangi faydanın doğacağı tartışması yapılmak yerinde olacaktır. Mübadelelerin yapılmasında mübadelenin taraflarının yalnızca birinin değil ve fakat karşılıklı olarak her ikisinin de fayda sağlaması esastır. Bunun önemli bir nedeni, üretkenlik ya da kaynakların görece olarak mutlak daha verimli kullanılması fırsatıdır. Mübadele veya ticaret, herkesin mukayeseli avantajının olduğu faaliyetlerde uzmanlaşmasını teşvik etmekte, bu da üretkenliği arttırmaktadır. Dolayısıyla son tahlilde, üretkenliğin arkasında, büyük ölçüde üretim etkinliği yatmaktadır. (SANLI, Mayıs 2007; 45)

için, işletilmesi fayda sağlayacak taahhüt ve koşullu izin mekanizmaları girecektir.

İşlemin ve dolayısıyla olası iktisadi etkinliğin tamamen ortadan kalkmaması için¹⁶ rekabet hukuku amaçlarını üst norm olarak kabul eden rekabet otoritesi, işlemi rekabet yasalarına aykırı hale getiren unsurları titizlikle tespit edecek ve bu unsurlar iyileştirildiği takdirde işlemin yaşama şansı varsa kabiliyeti ölçüsünde muhatap teşebbüse gerekli bildirimde bulunacak¹⁷ ve muhatap teşebbüs de işlemi iyileştirme yolunda kullanabileceği imkânları rekabet otoritesine taahhütte bulunmak suretiyle geri bildirecektir.

Nitekim bu durum Türk Özel Hukuku Mevzuat'ında, 4 Ekim 1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Butlan" başlıklı 20'inci maddesinde yasal bir çerçeveye oturtulmuştur. Borçlar Hukuku'nun genel prensiplerinden yola çıkarak madde metninde, bir sözleşmenin hangi hallerde batıl sayılacağı¹⁸ ve butlan söz konusu olduğunda sözleşmenin geçerliliği hususu, "*Akdin muhtevi şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılamayacağı meczum bulunduğu takdirde akitler tamamıyla batıl addolunur.*" ifadesi ile açıklanmıştır. Bir başka deyişle, noksanlığın (bu noktada noksanlığın, sözleşmenin hukuka aykırılık teşkil eden hükmü ya da hükümleri olduğunun kabulü doğru olacaktır), kural olarak akdin

¹⁶ Burada amaç, işlemi tamamen ortadan kaldırmadan ya da gerçekleştirilmesi rekabet otoritesince engellenmeden işlemi sakatlayan unsurların tespiti ve bu unsurların iyileştirilmesi ile işlemi ayakta tutmaktır. İşlemin ayakta tutulması neticesinde, işlemin gerçekleşmesi ile doğacak etkinlik, rekabet hukukunun toplumsal refahın ve iktisadi etkinliğin sağlanması gibi faydacı amaçlarına hizmet etmektedir.

¹⁷ Nitekim Türk Rekabet Kurulu'nun 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 Sayılı ve kararlar kısmındaki örnekler arasında, bu çalışma özelinde de yer bulmuş olan Vatan Gazetesi kararında, "Doğan Grubu'nun halihazırda başka alıcı bulamayan, borçlarını ifa etmesi talep edildiği takdirde kaçınılmaz olarak iflas etmek durumunda kalacak olan Vatan Gazetesi'ni yeni sermaye girişi ve etkin bir yönetim yapısı oluşturarak takviye edebileceği dikkate alındığında, Vatan Gazetesi'nin iflas etmesi yerine markanın güçlendirilerek belirli bir süre sonra üçüncü kişilere satılması koşuluyla işleme izin vermek, hem işlem ile öngörülen Bağımsız Gazeteciler'in rehabilitasyonu fonksiyonunu yerine getirecek, hem de işlem sonrasındaki oluşacak rekabet kısıtlamalarını giderecektir." demekle, işlemin ayakta tutuluyor olmasının sağlayacağı muhtemel faydaya değinmiştir. Kurul'un titizlikle yaptığı incelemenin yegane sebebinin işlemin gerçekleşmesi halinde ekonomik platformda doğacak faydalar olduğu karar metninde farklı yönlerden ele alınmak suretiyle sıkça vurgulanmıştır.

¹⁸ Konumuzla doğrudan ilgili olmamakla beraber, butlan sebebi teşkil eden haller, Borçlar Kanunu'nun 20'inci maddesi birinci fıkrasında " bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır" ifadesi ile belirtilmiştir.

tamamını ortadan kaldırmadığı ve fakat yalnızca ilgili olduğu hükmün/hükümlerin geçersizliğine sebep olacağı anlaşılmaktadır. Bu ayırım kuşkusuz bir tesadüften ibaret değil yasa koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünüdür. Yasa koyucu hukuka aykırı hüküm/hükümler içeren bir sözleşmeyi butlana konu edip tamamen geçersiz sayabileceği yerde, iradelerin uyuşması ve bunun ifadesine hukuka aykırılık teşkil eden noktalar çıkarıldıktan sonra aynı değeri vermeye ve bu irade birliğini o işlem özelinde korumaya devam etmektedir.

“Bu nedenle yoğunlaşma sonucunda iktisadi etkinliğin sağlanıp sağlanmadığı dikkate alınmalıdır. Örneğin yoğunlaşmalar büyük pazar paylarına neden olsalar bile eğer verimliliği artırıyor, iktisadi etkinliğe, ekonomik verimliliğe neden oluyorsa yasaklanmamalıdır. Gerçekleştirilen yoğunlaşmalar, maliyetin azalması, kaynakların daha verimli kullanılması, mal ya da hizmetin daha kaliteli ve ucuza sunulması, üretimden dağıtımına kadar olan süreçte iyileştirmenin, gelişmenin sağlanması gibi verimlilik artışına neden olabilirler.

“Etkinlik kriteri” ya da “verimlilik kriteri” olarak adlandırılan kriterlere göre; gerçekleştirilen birleşme, devralma ya da ortak girişimler (yoğunlaşmalar) rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmakla birlikte; maliyetlerin düşmesi, firmaların etkinliğinin artması rekabet güçlerinin artması, kaynakların kullanımında etkinlik ve bunların sonucunda toplumsal refahın artması gibi bazı yararlar oluşturmakta ise etkinliğin/verimliliğin sağlanması söz konusu olmaktadır. Bu şekildeki bir etkinliğin olmaması halinde yasaklanacak olan yoğunlaşmalara, işlem sonrasında ortaya çıkacak olan etkinliklerin mevcut olması halinde izin verilebilmektedir. Diğer bir ifade ile değerlendirme aşamasında rekabeti sınırlayıcı etkiler de dâhil olmak üzere bütün etkilerle birlikte verimlilik/etkinlik kriteri de dikkate alınmakta ve bütün unsurların değerlendirilmesi sonucunda rekabetin önemli ölçüde azaltılıp azaltılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Burada yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkacak olan etkinliğin, rekabetin sınırlandırılmasının yarattığı olumsuz etkileri ortadan kaldırabilecek güçte olması gerekmektedir. Genel olarak söylersek, işlem sonucu oluşacak verimlilik/etkinlik/yarar, işlem sonrasında rekabet düzeni üzerinde oluşacak zarardan daha fazla olmalıdır.

Buna göre bazen izin verilmemesi gereken bir birleşme veya devralma işlemine, iktisadi etkinliği sağladığından izin verilebilmektedir. Kısa veya uzun vadede iktisadi etkinlik sağlanacak olabilir.”(Güven, 2008; 513)¹⁹

¹⁹ “Dinamik etkinliğin (yahut bazı durumlarda maliyet etkinliğinin) sağlanması amacıyla belli rekabet kısıtlamalarına izin verildiğinde, bunun tüketici refahı üzerinde ilk anda

Hukuk ve iktisat arasında kurulan bağın oluşum gerekçesi, birinin uygulanma ihtiyacının diğerinin uygulanması neticesinde doğduğu olabileceği gibi (örnekse, sözleşmeler hukuku anlamında “sözleşmeler, kaynakların etkin bir şekilde tahsis edilmesinin temel aracı olduğuna göre, bunu kolaylaştıran kurallar sosyal refahı arttırmaktadır” (Sanlı, Mayıs 2007; 39). Ve sosyal refahı arttırmak da rekabet hukuku amaçlarından biri ise, iktisadi etkinliğin artışında ortaya çıkacak ekonomik fayda, sosyal refaha katkıda bulunacak, böylece ilk işlemde (sözleşmenin hayata geçmesi) başlayıp ortaya çıkan etkiye (sosyal/toplumsal refah, iktisadi etkinlik) - aradaki bağlantı noktaları bir an için flu hale getirilip - düz bir çizgi çekildiğinde, sözleşmelerin uygulanmasının karşılığı olarak iktisadi etkinlik (daha sonra da toplumsal refah) sonucuna ulaşılmış olmak açıkça görülecektir), her ikisinin uygulamasında gerekçelerin ortak payda teşkil etmesi de olabilir.

Ekonomik etkinliğin rekabet hukuku anlamında düşün dünyasından gerçek yaşama ayak bastığı an, iktisadi niteliği haiz dinamiklerin – ki bunlar bir hukuki işlemin içinde gizleniyor da olabilir - kendi içinde ya da birbirleri arasındaki yer değişimleri/devinimleri ve bunların dış dünyadaki gözle görülür etkilerinin ortaya çıktığı andır. Daha somut bir ifade ile, uyuşmazlıkların çözümünde ortaya çıkan masraflar ve bunların karşılanması ya da yapılan bir birleşme–devralma işleminin akabinde işlemin gerçekleştiği ekonomik topluluktaki etkiler dışarıdan kolayca tespit edilebilecek rakamsal değerleri işaret etmektedir. Yukarıda ifade edilen uzlaşma ve sulh müessesesinin işlerlik kazanması neticesinde ya da bir uyuşmazlığın mahkeme kanalıyla çözülme çabasının içinde, hukuk sistemlerinin ait oldukları toplumların ekonomik dinamiklerine etki edecek masraflar mevcuttur (Backhaus, 1999; 219).

Ekonomik etkinliğin varlığının ve düzeyinin tespit edilmesi rakamsal değerlerin ve dolayısıyla bu etkinlik ile arasında nedensellik bağı kurulacak unsurların tespit edilmesi bakımından önem arz eder. O halde hangi ölçüt kullanılacaktır?

yaratacağı etki olumsuz olabilir. Yine de, kanımızca, bu durumlarda da tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin korumak adına kısıtlamayı yasaklamak değil, söz konusu kısıtlamaya dinamik etkinliğin veya maliyet etkinliğinin sağlanması için gerekli olduğu ölçüde izin vermek gereklidir. Bu şartlar altında rekabet hukuku analizi yürütürken, kısıtlamanın ortaya konulan dinamik etkinliği veya maliyet etkinliğini sağlamak için gerekenden fazla olmamasına dikkat edilmesi, alınabilecek en yerinde tedbirdir. Gerçekten de tüketicinin kısa vadedeki menfaatinin uzun vadedeki menfaati adına feda edilmekte olduğundan emin olmanın tek yolu, ulaşılan yeni etkinlik düzeyinde faaliyet gösterilmeye başlandığında yaratılacak olan artı değer, gelecekte bu yeni şartlar altında oluşacak rekabet tarafından tüketiciye yansıtılacağından emin olmaktır.” (Gürkaynak, Temmuz 2003; 79)

Ekonomistler, bir işlemde olumsuz etkilenen tarafın bundan doğan zararının telafisinde, olumlu etkilenecek tarafın kazancı potansiyel olarak yeterli ise, olumlu olan tarafça gerçekleştirilen telafi etme neticesinde refah elde ediliyorsa, “Kaldor–Hicks” ölçütüne göre işlemin etkinlik yarattığını kabul etmektedirler (Cooter ve Ulen, 2004).

Kaldor–Hicks ölçütünün dört temel özelliği bulunmaktadır: (i) prensip olarak değerlendirilmede kişilerin tercihlerinin esas alınması, (ii) tercihlerin ödeme gücü ile desteklenmesi zorunluluğu, (iii) olumsuz etkilenen kişilerin fiilen telafi edilmemesi, (iv) değerlendirmede farklı referans noktalarının esas alınması. Kaldor–Hicks ölçütü özelliklerinin, iktisadi etkinlik analizi bakımından en tartışmalı olan ve aynı gerekçe ile burada ele alınacak özelliği, tercihlerin ödeme gücü ile desteklenmesi zorunluluğudur. Tercihlerin “destek sağlayacak bir ödeme gücü” kaynağından yoksun kaldığı durumda, malvarlığına sahip olmayan kişiler sosyal refah içerisinde her hangi bir yer edinemeyecekler ki bu da rekabet hukukunun amaçları ile ters düşecektir (Sanlı, Mayıs 2007; 56) Yapılan analiz “Eğer başkalarının kaybı olsaydı elinde hala fazladan bir fayda kalır mıydı?” sorusu çerçevesinde yapılmakta ve olumlu cevap verilebiliyorsa söze konu işlemin Kaldor–Hicks etkin olduğuna karar verilmektedir (Gürkaynak, 2003; 65).

Bir başka ölçüt ise kullanım alanındaki darlık gerekçesi ile yalnızca bir anımsama olarak konu edilecektir. Bu ölçüt, “pareto ölçütü”dür. “Bir değişikliğin pareto ölçütüne göre etkin olması, bunun kimseyi olumsuz etkilememesine veya herkesin onayına bağlıdır. Fakat gerçek hayatta, kimsenin olumsuz etkilenmediği ya da herkesin onay verebileceği işlem, politika veya kararların sayısı sınırlıdır. Hatta tipik örnek olan mübadeleler dahi, üçüncü kişileri olumsuz etkileyebilir. Ama daha önemlisi, pareto ölçütünün hukuk alanında uygulanma kabiliyeti neredeyse yok gibidir” (Sanlı, Mayıs 2007; 48)

Ekonomi biliminin en genel verileri açısından bakıldığında, fayda ve refah arasında doğrudan bir ilişki kurulmaktadır. Kaynaklardan azami fayda elde edildiği, yani “ekonomik etkinlik” sağlandığı takdirde “sosyal refah” maksimize edilecektir” (Sanlı, Mayıs 2007; 39).

Taahhüt ve koşullu izin mekanizmaları ile rekabet hukukunun amaçlarından, iktisadi etkinliğe ulaşmak ve iktisadi etkinliğe ulaşmaktaki yararları her bir işlem özelinde gözetmek, birleşme devralma işlemlerinin doğacak neticelerinden tüketicinin en etkin biçimde faydalanmasını sağlayacaktır. “Firmalar, belli bir kalite ve miktar için ayrı ayrı ulaşamayacakları düşük maliyetleri birleşerek elde edebilirler. Birleşme sonucunda ulaşılan etkinlikler, fiyatlarda düşme ürün kalitesinde artma ya da yeni ürünler yaratma gibi motivasyonlar yoluyla birleşen firmanın rekabet

gücünü artırabilir. Örneğin yüksek maliyetlerle çalışan iki firma birleşerek etkin çalışan bir firma haline gelebilirler. Birleşmelerin koordinasyon etkileri açısından, birleşerek maliyetlerinde azalma yaratan firmanın koordinasyon unsuru olacak şekilde fiyatları yukarı çekme motivasyonu azalacaktır. Tek taraflı etkiler açısından ise, benzer şekilde marjinal maliyetlerdeki düşme firmanın fiyatları yukarı çekme isteğini azaltabilir” (Kalkan, 2004)

Rekabet hukukunun amaca uygun uygulanması ve uygulandığı işlemlerin en çok fayda sağlaması için, incelemelerde uzmanlaşmış iktisatçıların görüşlerine yer verilmeli, işlemlerin değerlendirilmesi ve bir karara varılması aşamasında, işlemin kurallardan oluşan düzen ile uyum içinde olması ihtiyacı karşılanmaya çabalanırken, kurallardan ve hatta kuralların yaratıcısı olan birey ve kurumlardan da üstte bulunan evrensel hukuk anlayışı (ve hukukun farklı alanlarında bu çalışmaya konu olan amaçlar) ve bu anlayışın somut örnekleri daima, her an kullanılabilecek yakınlıkta ve fakat hiç bir kural ve karardan zarar görmeyecek kadar da yüksekte tutulmalıdır.

8. TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARININ İŞLETİLMESİNDEKİ MEVCUT DURUM BAKIMINDAN GÖZLENEN BAŞLICA KAYGI, EKSİKLİK VE PROBLEMLER

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarının işletilmesinde her geçen gün pazar dengelerinin değişimi, ekonomik gelişmeler ve yeni amaçların ortaya çıkışı ile yeni kaygılar doğmaktadır. Kaygıların giderilmesinde birincil çözüm olarak bir hukukçunun başvuracağı yer kuşkusuz evrensel hukuk anlayışı ve mantığı ile birlikte yasalardır.

Türk Rekabet Hukuku mevzuatında taahhüt ve koşullu izin mekanizmalarının etkin biçimde işleyebilmesinde kaygılanmaya sebep en önemli husus mevzuattaki boşluk yani bu müessese üzerine çökmüş karanlıktır. Gerekli yasal düzenlemeler yapılmadığı takdirde hukukçunun adımlarını takip etme telaşı içinde olan her bir teşebbüs, kişi veya kurum her an çukura düşeceği tehlikesi ile adım atmaya korkacaktır.

Taahhüt ve koşullu izin işlemlerinde rekabet otoritesi, pazarın yapısını çok iyi değerlendirmeli ve isabetli tespitler neticesinde işlemin akıbetine ilişkin çözümler üretilebilmesine yardımcı olacak değerlendirmeler yapmalıdır.

Eksiksiz uygulanması için öncelikle taahhüt ve koşullu izin müesseselerini öngörülebilir kılan bir yasal çerçeve gereklidir. Bu düzenleme ile taahhüt verilmesine ilişkin usul ve esaslar (Rekabet Kurumu ile görüşmeler

gerçekleştirilmesi, ilgili süreler vs.), taahhüt tekliflerinin kabul edilebilirliğine ilişkin standartlar, tarafların inceleme süreci içerisindeki hak ve yükümlülükleri, gerekli görüldüğü takdirde denetleyici uzman atanması usulü ve bu uzmanın görevleri, taahhütlere uyulmamasının yaptırımları detaylı bir şekilde düzenlenmelidir.

9. TÜM SOMUT ÖRNEKLER VE DEĞERLENDİRMELER IŞIĞINDA TÜRK REKABET HUKUKU UYGULAMASI İÇİN TAAHHÜT VE KOŞULLU İZİN MEKANİZMALARININ ETKİN İŞLETİLEBİLMESİ İÇİN SOMUT ÖNERİLER

Türk Rekabet Hukuku'na Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar ile giren ve fakat kendine özgü herhangi bir yasal zemini bulunmayan koşullu izin müessesesi, bu eksikliğin giderilmemesi halinde varlığını içi boş bir biçimde sürdürmeye ve bu sebeple aslında hiçbir sofistike çözüm platformu yaratmazken yalnızca kavramsal olarak varolmaya mahkûm olacaktır. Yasal düzenleme noksanlığının yarattığı boşluk ve belirsizlik, uygulamada yeknesaklıktan uzak kararlarla dolu bir birikim yaratacaktır.

Amerika ve Avrupa Rekabet Hukuku Mevzuatları'nda yer alan düzenlemelere kıyasla taahhüt ve koşullu izin müesseseleri Türk Hukuku'nda birer misafir gibi görülebilir. Hane içindeki varlıkları hiçbir kayıt ile güvence altında değildir. Daha açık bir ifade ile uygulandıkları işlem özelinde karar metninde beliren sonrasında ise belirlediği gibi karar metninde kalan ve işleme misafir olan bir müessese konumundadırlar. Hâlbuki bu çalışmanın konusu çerçevesinde yer yer detayları ile ifade edildiği üzere, gerek rekabet hukukunun amaçlarına hizmet etmekte gerekse girişimcilerin elde etmeyi umdukları faydanın hayat bulmasında taahhüt ve koşullu izin müesseselerinin doğru, sürekli ve usulüne uygun biçimde işletilmesinin yadsınamaz bir önem ve önceliği bulunmaktadır.

Yukarıda etraflıca toplum ve girişimci bakımından mekanizmanın önemini anlattığımız için tekrarlardan mümkün olduğunca kaçınarak bu başlık altında, bu önemin varlığı bilincinin yerleştiği kabulü ile gerek akademisyen gerekse uygulamacı sıfatını haiz rekabet hukukçularının ortak bir platformda buluşması suretiyle müessesenin yasalaşması gerekliliği ve nedenlerini ele alacağız.

Avrupa Toplulukları Rekabet Hukuku'nda ya da Amerikan Rekabet Hukuku'nda, örnek kararlar ve bu kararları veren rekabet otoritelerinin bağlı oldukları sistemler incelendiğinde, koşullu izin müessesesinin, kişi ve kuralları önceden belirlenmiş bir sistem olduğu fark edilmektedir. “Bir rekabet hukuku rejiminde birleşme ve devralmalarla ilgili olarak toplumsal refahı sağlamak,

birleşme ve devralmaların iktisadi etkinlik amacına yönelmesini ve iktisadi etkinliği sağlamasını teminat altına alarak olur” (Gürkaynak, 2003; 41). Dolayısıyla, birleşme devralma işlemlerinin karar metinlerinde, Türk Rekabet Hukuku’nda, Rekabet Kurulu’nun - özellikle yakın tarihte aldığı bazı kararlarda - iktisadi etkinlik ve toplumsal refah gibi nihai amaçlara önem atfetmesi bir rastlantı değil ise, işlemler gerçekleştirilirken bu amaçlara ulaşmakta kullanılabilecek en geçerli ve güvenli yolun araştırılması ve tespiti halinde en ince detaylarına kadar bir sistem haline getirilmesi olmazsa olmaz bir şarttır.

Bu noktada yukarıda saydığımız üzere, hem otorite hem de muhatap teşebbüsün çeşitli yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi yolunda motivasyonu sağlayacak olan da yine gerek muhatap teşebbüs gerekse ilgili rekabet otoritesinin tam anlamda itimat ettiği ayakları yere basan bir yasal düzenlemedir.

Örneğin, rekabet otoritesi ve muhatap teşebbüsün nihai amaca yönelik parametreleri oluşturmak üzere sürekli ve yeterli iletişim içinde olması gerekliliği bugün hemen herkesin mutabık olduğu bir husus iken, kurulması gereken iletişimde teşebbüs tarafından sunulan bilginin, uzlaşma sağlanamaması halinde akıbetinin ne olacağı aydınlatılmaya muhtaçtır.

Benzer biçimde, müzakereler esnasında rekabet otoritesi ile paylaşılan bilginin iletişimin kilit taşı olduğu düşünülürse, muhatap teşebbüs bilgi vermek ve kendi iddialarını ortaya koymak konusunda korkutulduğu takdirde kilit taşı çıkarılmış yapı, ilk sarsıntıda yıkılacaktır.

Tıpkı diğer hukuk dallarında olduğu gibi rekabet hukukunda da önce içtihatla zımnen kuralın konulması sonrasında da genel ve yetersiz bir yasal düzenleme getirilmesi sadece rasyonel olmamakla kalmayıp, aynı zamanda büyük tehlike arz etmektedir.

Teşebbüslerin taahhüdü rekabet otoritesine hangi usul ile vereceği, bu taahhüdün ne kadar sürede yerine getirileceği, taahhüt bu sürede yerine getirilmezse teşebbüslerin ve/veya rekabet piyasasının nasıl etkileneceği, taahhütte bulunulması ile başlayan ve taahhüdün yerine getirilmesine dek geçen sürede teşebbüslerin izne konu işlem özelinde nasıl bir tavır sergilemesi gerektiği, bu ara süreçte ülke ekonomisinin sürecin değerlendirilme biçiminden ne kadar ve hangi noktalarda etkileneceği, taahhütte bulunulması sonrasında rekabet otoritesinin alınması gereken tedbirlerin alınıp alınmadığına ilişkin kontrol mekanizmalarının nasıl çalışacağı, bu kontroller neticesinde taahhüdünü yerine getirmeyen teşebbüse/teşebbüslere uygulanacak yaptırımın içeriği, teşebbüsün taahhüdünün kabul edilmemesinin ya da son tahlilde taahhüdünü yerine getirip getirmediği konusunda çıkması muhtemel ihtilafların hangi yolla

çözüleceği gibi Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku mevzuatında yer alan ve fakat Türk Rekabet Hukuku Mevzuatı'nda özlem duyulan yasal düzenlemeler bir an önce getirilmelidir.

Avrupa Topluluğu'nda yer alan yapısal ve davranışsal taahhütler, Türk Rekabet Hukuku'nda aynı ayrıma gidilmeksizin kararlar bazında mevcuttur. Şöyle ki, Türk Rekabet Hukuku kapsamında, Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu elden çıkarma, iş kolunun devri gibi koşullu izinler, muhatap teşebbüsün organik yapısında değişim yaratma niteliğini haiz kararlar olduğundan Avrupa Toplulukları Hukuku'nda "yapısal taahhütler/şartlar" olarak nitelendirilirken, idari davranışların konu olduğu taahhütler "davranışsal taahhüt/şartlar" olarak nitelendirilmektedir.

Yapısal taahhütler/şartlar davranışsal olanlara göre daha çok güven telkin eden ve uzun vadede kontrolü daha rahat bir seyir izler. Rekabet hukuku kaygılarını elindeki bir tesisi ya da iş kolunu devretmek suretiyle gideren bir teşebbüsün bu işleminin somut sonuçları ve işlem sonrası oluşacak parametreleri takip etmek kuşkusuz kapasite sınırlaması taahhüdünde bulunan bir teşebbüsün bu davranışını kontrol etmekten çok daha kolay olacaktır. Davranışsal taahhüt/şart sınıfında değerlendirilen kapasite sınırlaması gibi taahhütler, gerçekleşip gerçekleşmediğinin takibi ve denetimi oldukça zor ve netice itibariyle şüpheye yer bırakmayacak ölçüde güvence sağlaması beklenemeyecek taahhütlerdir.

Avrupa'da yasal bir düzenlemeye konu olan ve fakat Türk Rekabet Hukuku mevzuatının henüz tanışmadığı bir başka husus da, denetleyici uzmanın belirlenmesi, görevleri, yetkileri gibi konuların her bir ayrıntısını içerecek şekilde kaleme alınmasıdır. Denetleyici uzmanın kimlik ve nitelikleri rekabet otoritesi ile muhatap teşebbüsler arasında bir iletişim hattı özelliğini haizdir. Bu hattın işlerliğinin zayıflaması ya da kopması noktasında iletişim de kesilecektir. Denetleyici uzman hakkında getirilecek yasal düzenleme bu bakımdan göz ardı edilemez niteliktedir.

Bu başlık özelinde ve çalışmanın bütününde belirli noktaların konu edilmiş olmasının gerekçesi, rekabet hukukunun amacı sayılan unsurlara erişmede, en ideal yöntemi bulma kaygısıdır. Yöntem arayışı içine girilip kaybolmamak için her bir noktada tüm rekabet hukukçularının bir nefes almak için başlarını sudan çıkarıp hedefe olan uzaklıklarını tespit etmeleri gerekir. Böylece hem yol alınacak hem de motivasyon mantık çerçevesi içinde istikrar kazanacaktır.

10. SONUÇ

Çeşitli hukuk sistemlerinde rekabet otoritelerinin, koşullu izin müessesesini farklı kararları aracılığı ile uyguladığı görülmektedir. Teşebbüslerin gerçekleştirmeyi umdukları işlemleri yasaklayabilecekken belirli şartlara bağlı olarak ve gerekli denetim yapılarak, koşullu izin verilen karar sayısı artmakta ve gün geçtikçe koşullu iznin ölçütleri yine kararlarda yer vermek suretiyle belirginleşmektedir. Kanımızca, Türk rekabet hukuku uygulamasında koşullu izin verilen devralma işlemlerinin çoğalmakta olduğu da dikkate alındığında, rekabet hukuku uygulaması açısından önemli bir müessese olan koşullu iznin, (i) hangi yoğunlaşmalarda uygulanacağı, (ii) uygulanmasında etkin rol oynayacak ölçütler, (iii) koşul ve yükümlülüklerin tür ve kapsamı, (iv) koşul yerine getirildikten sonraki (şirketlerden ayrılan iş kollarının ne olacağı, koşula konu mal varlığının elden çıkartılmasının sonuçları, koşulun yerine getirilme denetiminin yapılma usulü) sürecin nasıl işleyeceği gibi belirsizliklerin, tebliğ gibi somut düzenlemelerle giderilmesi bu müessesinin daha etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacaktır.

Connors Bros–Bumble Bee kararına bakıldığında, HHI endeksindeki yükselme neticesinde devralma işlemine taraf teşebbüslerin toplam pazar paylarının %75, en yakın rakibin pazar payının ise %5 olacağı anlaşıldığından işleme koşullu olarak izin verildiği görülebilmektedir. Buna göre muhatap teşebbüsün bazı markaları ve ilgili mal varlıklarını elden çıkarması gerekmiş ve bu şartla işleme izin verilmiştir. Bu son derece yüksek pazar payı ve HHI endeksi rakamlarının yarattığı şartlar altında dahi bir koşullu izin zemini bulunabilmiş olması, modern uygulamada yoğunlaşma işlemlerinin koşullu izin gereği kullanılmaksızın çöktürülmesinden ne kadar ciddi ölçüde kaçınıldığını ve ancak tüm olanaklar tükendiğinde red işlemi tesis edildiğini göstermektedir.

Nitekim, ABD’de mahkemenin 1976 yılında ifade ettiği hususu ilk olarak 24 Ocak 2004 tarihinde yazarın bir Rekabet Kurumu Perşembe Konferansı’nda vurguladığı üzere, “Kamu menfaati, uyumsuzlukların muhakeme sonucunda değil uzlaşma ile çözülmesini kuvvetle destekler”. (ARO Corp. Kararı) Bu “uyumsuzluk” eğer aslında temiz beyaz bir sayfaya beraberce yazı yazılmasının esas olduğu yoğunlaşmalar alanında tezahür ediyorsa, söz konusu yaklaşım farklılıklarının uzlaşma ile giderilmesi suretiyle işlemin en makul çerçevesinde ayakta tutulabilmesi yönündeki kamu menfaati en bariz ve kuvvetli olduğu noktadadır. Bizatihi taraflarca bu işleme girişilmesi dahi ortada uzlaşma için korunmaya değer menfaat testini kendiliğinden aşan bir etkinlik olduğunu göstermektedir. Muhatap iletişimsizlikler ve tedirginlikler sonucu bıktırılarak işlemde feragat de sürüklense, sonuç olarak işleme izin verilmemesi suretiyle işlem rekabet otoritesi eliyle çöktürülmüş de olsa, meydana getirilen etkinsiz

sonuç ayndır. Sonuçta tarafların iradesi bu işlemi yerine getirmek olduğuna göre, bu tercihin beraberinde getirebileceği iktisadi etkinliğe sahip çıkılması esas olmalıdır. Ancak “hiçbir davranışsal ve/veya yapısal tedbirle ıslah edilemez” durumdaki işlemlerin, bir tür mahcubiyet ve mağlubiyet hissiyle beraber, hepten kapı dışarı edilmesi söz konusu olabilmelidir. Eğer meseleye hakim olan esaslar ve hisler bu yönde değilse, pazarın çağırıldığı pek çok yapısal dönüşüm suni olarak baltalanmış yahut daha doğamadan ürkütölmüş olacaktır. Bu da rekabet hukukunun bir sosyal politika aracı olarak haddini aşma potansiyeli olan yüzlerinden biri olarak iyi tanınmalıdır. Doğrudan fiyat regölasyonuna yönelik rekabet hukuku uygulaması ne kadar çekilmez ve yüzüne bakılmaz bir snobluk içerisinde görölecekse, olduğu gibi izin verilmesinde 7. maddenin ölçütleri altında sakınca hissedilen yoğunlaşmaları derhal hasım ilan eden ve muhataplarını da bu bilinmezler ve tedirginlikler dünyası içinde örseleyip yıldınlığa sürökleyen bir rekabet hukuku uygulaması da aynı ölçüde ekonomik ihtiyaçlardan kopuk kalacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- **Backhaus, J.G.** (1999), The Elgar Companion To Law And Economics, Edward Elgar
- **Cooter, R. ve T. Ulen,** (2004) Law and Economics, 4. Baskı, Pearson Addison Wesley Publishing
- **Gürkaynak, G.** (Temmuz 2003), Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını
- **Güven, P.** (2008) , “Rekabet Hukuku”, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları
- **Kalkan, E.** (2004), Yatay Birleşmelerin İncelenmesinde İktisadi Tekniklerin Kullanılması, Uzmanlık Tezleri Serisi No:64, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını
- **Polinsky, M.,** (2003), An Introduction to Law and Economics“, 3. Baskı, New York: Aspen Publishers
- **Posner, R.** (2007), Economic Analysis of Law, 7. Baskı, New York: Aspen Publishers
- **Sanlı, K.** (Mayıs 2007), Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.
- **Shavell, S.** (2004), Foundations of Economic Analysis of Law, Cambridge, Harvard University Press
- **Ulu, H.** (Mayıs 2004), “Birleşme ve Devralmalarda Ortaya Çıkan Rekabet Sorunları ve Koşullu İzin”, Rekabet Kurumu Yayınları, 3. Dönem Rekabet Uzmanları Tezleri, Ankara

TEBLİĞLER ve MAKALELER (KONFERANSLAR ve SEMPOZYUMLAR)

- **Gürkaynak G.** (2003), “Rekabet Politikası ve Yoğunlaşmaların Kontrolü Sempozyumu” “Rekabet Hukukunda Yoğunlaşmaların Kontrolü: “Neden ve Nasıl Üzerine Düşünceler Tebliğ Metni”, Ankara
- **Gürkaynak G.,** AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, (Ocak 2004)

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- Avrupa Komisyonu İnternet Sitesi (Merger Cases) <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/>
- Federal Ticaret Komisyonu (US Fedaral Trade Commission) İnternet Sitesi <http://www.ftc.gov/>

REKABET KURULU KARARLARI

- 11.9.2003 tarih ve 03-60/730-342 sayılı, DSM N.V. – Roche Holding AG kararı,
- 29.7.2004 tarih ve 04-49/673-171 sayılı, Sygenta Crop Protection AG – Astrazeneca Holdings B.V – Koninklijke Venderhave Groep B.V. kararı,
- 8.9.2005 tarih ve 05-55/836-228 sayılı, The Procter & Gamble Company (“P&G”) – Aquarium Acquisition Corporation – The Gillette Company kararı,
- 11.4.2007 tarih ve 07-31/323-119 sayılı, Deutsche Lufthansa AG - Condor Flugdienst GmbH - Güneş Express Havacılık A.Ş. kararı,
- 23.8.2007 tarih ve 07-67/836-314 sayılı Greencastle Drinks Limited – Jak AMRAM – Leon AMRAM – Filip AMRAM – Lolita AMRAM kararı,
- 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı, T.C. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı – Toros Tarım Sanayi ve Ticaret A.Ş. kararı,
- 20.3.2008 tarih ve 08-25/254-83 sayılı, Cookson Group Plc. - Foseco Plc. kararı,
- 7.2.2008 tarih ve 08-12/130-46 sayılı, MGS Marmara Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Hacı Ömer Sabancı Holding A.Ş. – Exsa Export Sanayi Mamülleri Satış ve Araştırma A.Ş. – Tursa Sabancı Turizm ve Yatırım İşletmeleri A.Ş. – Teknosa İç ve Dış Ticaret A.Ş. – Temsa Sanayi ve Ticaret A.Ş. – Kordsa Global Endüstriyel İplik ve Kord Bezi San. Ve Tic. A.Ş. kararı,
- 02.06.2008 tarih ve Bilecik Hazır Beton İnşaat Nakliye Madencilik Otomotiv San. Tic. Ltd. Şti. (“BHB”) - ÇimSA Çimento Sanayi ve Ticaret A.Ş. (“ÇimSA”) kararı,
- 10.3.2008 tarih ve 08- 23/237-75 sayılı Vatan gazetesi kararı.

AT KOMİSYONU KARARLARI

- 9 Nisan 2002 tarih ve COMP/M.2568 sayılı Komisyon kararı,

- 17 Nisan 2002 tarih ve COMP/M.2547 sayılı Komisyon kararı,
- 23 Şubat 2006 tarih ve COMP/M.3946 sayılı Komisyon kararı,
- 14 Mart 2006 tarih ve COMP/M.3868 sayılı Komisyon kararı,
- 4 Temmuz 2006 tarih ve COMP/M.4000 sayılı Komisyon kararı,
- 18 Temmuz 2006 tarih ve COMP/M.3796 sayılı Komisyon kararı,
- 21 Eylül 2006 tarih ve COMP/M.4318 sayılı Komisyon kararı,
- 16 Ekim 2003 tarih ve COMP/M.2698 sayılı Komisyon kararı,
- 9 Kasım 2006 tarih ve COMP/M.4242 sayılı Komisyon kararı,
- 31 Ekim 2007 tarih ve COMP/M.4842 sayılı Komisyon kararı,
- 4 Mart 2008 tarih ve COMP/M.4961 sayılı Komisyon kararı,
- 4 Mart 2008 tarih ve COMP/M.4898 sayılı Komisyon kararı,
- 4 Haziran 2008 tarih ve COMP/M.4513 sayılı Komisyon kararı,
- 7 Nisan 2000 tarih ve COMP/M.1874 sayılı Komisyon kararı,
- 8 Ocak 2002 tarih ve COMP/M.2621 sayılı Komisyon kararı,
- 30 Temmuz 2003 tarih ve COMP/M.3149 sayılı Komisyon kararı,
- 31 Mart 2005 tarih ve COMP/M.3686 sayılı Komisyon kararı,
- 19 Mart 2002 tarih ve COMP/M.2684 sayılı Komisyon kararı,

ABD REKABET HUKUKU KARARLARI

- 06 Ekim 2008 tarih ve 1:08-cv-0107 sayılı Manitowoc/Enodis kararı,
- 28 Ağustos 2008 tarih ve 1:08-cv-01510 sayılı Raycom Media, Inc. kararı,
- 28 Kasım 2007 tarih ve 1:07-cv-00640 sayılı Cemex, S.A.B. de C.V. ve Rinker Group Limited kararı,
- 23 Mayıs 2008 tarih ve 1:2008 CV 00389 sayılı Cookson Group, PLC, Cookson America Inc., Foseco PLC, ve Foseco Metallurgical Inc. kararı,
- 24 Eylül 2008 tarih ve 1:08-cv-00322 sayılı UnitedHealth Group Incorporated ve Sierra Health Services, Inc. kararı,
- 18 Nisan 2005 tarih ve 1:04 CV 01494 (JDB) sayılı Conors Bros./Bumble Bee kararı,

- 22 Şubat 2005 tarih ve 1:03 CV 02012 – GK sayılı Alcan Inc., Alcan Aluminum Corp., Pechiney, S.A., ve Pechiney Rolled Products, LLC kararı,
- 07 Mart 2000 tarih ve 992706 sayılı Harsco Corp., Pandrol Jackson Limited ve Pandrol Jackson, Inc. kararı,
- 24 Ocak 2001 tarihli ve 001818 sayılı Ingersoll-Dresser Pump Company, Ingersoll-Rand Company and Flowserve Corporation kararı,
- ARO Corp. V. Allied Witan Co., 531 F. 2d 1368, 6. Daire, 1976

REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

M. Haluk ARI, Esin AYGÜN, H. Gökşin KEKEVİ*

GİRİŞ

Gelişmiş rekabet hukuku sistemlerinde “taahhüt” ile “ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma” uygulamaları giderek yaygınlık kazanmaktadır. Taahhüt mekanizması çerçevesinde, rekabet otoritesinin yürüttüğü soruşturma, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona erebilmektedir¹. Genellikle kartel soruşturmasında kullanılan uzlaşma yetkisinde ise, ihlali kabul edenlere verilecek cezalarda, başvuru sıraları, uygulanabilecek azami yaptırım gibi ölçütler çerçevesinde belirlenen indirimler yapılmaktadır. İlgililerin, çok maliyetli bir soruşturma süreci sonunda, ticari sıralarının ortaya çıkması, kamuoyundaki imajlarının bozulması ve en önemlisi başta azami ceza olmak üzere daha ağır yaptırımlara maruz kalmak gibi olasılıklardan kaçınmak için kabul ettikleri taahhüt ve uzlaşmanın, rekabet otoriteleri bakımından da yararları bulunmaktadır. Çünkü bu işbirliğinin, dosyaların gereksiz yere uzamasını önlemek, rekabet otoritelerinin kesin deliller elde etmesine imkân vermek gibi faydaları, kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlamaktadır. Ancak bu faydalarına rağmen taahhüt ve uzlaşmaya yönelik eleştiriler de mevcuttur. Savunma haklarının zedelenmesi, caydırıcılığın azalması, değerlendirilmesi gereken eleştirilerden sadece birkaçıdır.

Bu çerçevede Tebliğ’in birinci ve ikinci bölümlerinde, ABD ve AB’de taahhüt ve uzlaşma incelenerek, konuya ilişkin genel bir bakış açısı

*Rekabet Uzmanı. Çalışmadaki görüşler yazarlara ait olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamamaktadır.

¹ Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve özellikle de Avrupa Birliği’nde (AB), yoğunlaşma işlemleri neticesinde ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesi amacıyla verilebilecek taahhütler ayrı düzenlemelere ve açıklayıcı kılavuzlara konu olmaktadır (ABD için bkz. <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>; AB için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>). Benzer bir yaklaşım, halen Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) gündeminde bulunan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda (4054 sayılı Kanun veya RKHK) değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısında da benimsenmiştir. Bu çerçevede, Tebliğ’de “taahhüt” konusuna ilişkin olarak, yalnızca yoğunlaşma işlemleri dışında ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler incelenecektir.

sağlanacaktır. Bu bölümler aynı zamanda, taahhüt ve uzlaşmanın, faydalarına ve eleştiri konusu yönlerine giriş niteliği taşıyacaktır.

Üçüncü bölümde, önce, Türk ceza ve vergi hukukundaki uzlaşma benzeri uygulamalar incelenecektir. İkinci olarak, Rekabet Kurulu'nun, başta 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası çerçevesinde olmak üzere, taahhüt benzeri uygulamalar şeklinde nitelendirilebilecek kararlarına yer verilecektir. Üçüncü olarak, Kurul'un ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaptığı kararları hakkında bilgi verilecektir. Bütün bunların ışığında, 4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısındaki taahhüde ilişkin düzenleme ile Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği)² ve Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'teki (Pişmanlık Yönetmeliği)³ uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler hakkında değerlendirmelerde bulunulacak; Türk rekabet hukukunda olması gerekenler üzerine görüşler ortaya konacaktır.

² 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³ 15.2.2009 tarih ve 27142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

1. BÖLÜM

ABD REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

1.1. TAAHHÜT

Taahhüt, Federal Ticaret Komisyonu-*Federal Trade Commission* (FTC)'nin tüm, Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi-*Department of Justice Antitrust Division* (Adalet Bakanlığı veya DOJ)'in ise karteller dışındaki⁴ tüm soruşturmalarında⁵, bu soruşturmaların %90'ından fazlasını⁶ sona erdirmek üzere kullanılan bir mekanizmadır⁷. ABD rekabet hukukunda yaklaşık olarak bir asırdan beri kullanılan⁸ bu mekanizmanın ana hatlarına, ayrıntılarına daha sonra girmek üzere aşağıda yer verilmiştir:

- FTC veya karteller dışındaki soruşturmalarında Adalet Bakanlığı, rekabet yasalarının ihlal edildiğine ilişkin emareler tespit eder.
- İlgililer, çok maliyetli bir dava sürecinden sakınmak, soruşturma konusu eylemlerden zarar gördüğünü iddia edenlerin açacakları tazminat davalarının etkilerini en aza indirmek gibi nedenlerle

⁴ ABD'de, karteller, diğer rekabet ihlallerinden farklı olarak ceza soruşturmalarının konusunu teşkil etmektedir. Münhasıran Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen bu ceza soruşturmalarında taahhüt süreci yerine, "1.2. İhlalin Kabulü ve İşbirliği Karşılığında Cezalarda İndirim Yaparak İlgililerle Uzlaşma" başlığı altında incelenecek süreç işlemektedir.

⁵ DUCORE, D.P. (2006), "Settlement of Competition Conduct Violations at the US Antitrust Agencies and at the EC—Some Observations", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.234; FURSE, M. (2004), "The Decision to Commit: Some Pointers from the US", *European Competition Law Review*, Vol:25(1), s.8.

⁶ Ducore 2006, s.228; GEORGIEV, G.S. (2007), "Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. Style Antitrust Settlements in EU Law", <http://ssrn.com/abstract=1115120>, Erişim Tarihi: 30.3.2009, s.1006-1007.

⁷ İlgililerin rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütleri çerçevesinde, FTC'nin, kendi bünyesinde yürüttüğü soruşturmaları sonlandıran kararlarına "consent order"; mahkemelerin, Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmaları sonlandıran kararlarına, "consent decree" veya "consent judgment" denilmektedir. Bkz. ANDERSON, L.C. (2007), "Mocking the Public Interest: Congress Restores Meaningful Judicial Review Of Government Antitrust Consent Decrees", *Vermont Law Review*, Vol:31, s.593; Georgiev 2007, s.1006.

⁸ Georgiev 2007, s.1006; HIMES, J.L. (2007), "Judicial Review of Justice Department Consent Decrees: Is the Tunney Act Glass Half Empty or Half Full?", http://www.oag.state.ny.us/bureaus/antitrust/pdfs/COMPTEL_Remarks.Final.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.1.

kendiliğinden veya rekabet otoritesinden aldıkları işaret üzerine⁹, ihlal olarak değerlendirilme olasılığı bulunan rekabet sorunlarını giderecek taahhütleri vermek için soruşturmayı yürüten rekabet otoritesiyle görüşmelere başlar. Bu görüşmeler neticesinde, soruşturma muhatabı ilgililerden bir kısmı veya tamamı, ihlalde bulduklarını kabul etmeksizin¹⁰, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler verebilir. Taahhüdün konusunu esas itibarıyla rekabet sorunları ortaya çıkardığı düşünülen ve rekabet otoritesinin inceleme konusunu oluşturan eylemlerden sakınılması teşkil eder. Bunun dışında bir yaptırım uygulanması, örneğin para cezası verilmesi söz konusu değildir¹¹. Taahhüde ilişkin çeşitli örneklerle aşağıda yer verilmiştir:

- Tabipler Birliği gibi meslek örgütlerinin fiyat belirlemekten sakınması¹²,
- Patentlerin rekabeti sınırlayacak şekilde kötüye kullanılmaması, bu çerçevede, patenti korumak için açılan davalardan feragat edilmesi¹³,
- Rakiplerin piyasada faaliyet gösterebilmesi için gerekli girdileri elde edebilmelerini engelleyen münhasır tedarik anlaşmalarına son verilmesi¹⁴,
- Borsa simsarlarının hisse senedi fiyatlarının yükselmesini ve böylece elde ettikleri komisyonların artmasını sağlayan bilgi değişimine son

⁹ STEPHAN, A. (2007), “The Direct Settlement of EC Cartel Cases”, http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/astephan.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.18.

¹⁰ Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.6.

¹¹ ATWOOD, J.R. (2006), “Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States”, B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.193-194. Adalet Bakanlığı’ndan farklı olarak FTC’nin yürüttüğü soruşturmalarda, çok istisnai hallerde, ihlal olarak değerlendirilme olasılığı bulunan eylemlerden sakınılması şeklindeki taahhüdün yanında, mahkeme kararıyla kabul edilecek bir başka taahhülle bu eylemlerden zarar görenlere tazminat ödenmesi de söz konusu olabilir (Atwood 2006, s.194; Ducore 2006, s.227-228 ve 237-240). Taahhüde konu olan eylemden zarar gördüğünü iddia edenlerin bu zararlarını kendi açacakları özel hukuk davalarında ispatlayarak tazminat alabilecek olmaları, rekabet otoritesinin taahhüt ile birlikte tazminat istemesinden sakınmasına ve bu tedbire çok istisnai hallerde başvurmasına yol açmaktadır (Ducore 2006, s.229).

¹² Örnek olarak bkz. *Partners Health Network, Inc* kararı (Ducore 2006, s.229).

¹³ Örnek olarak bkz. *Union Oil Co. of Cal.* kararı (Ducore 2006, s.229-230).

¹⁴ Örnek olarak bkz. *FTC v. Mylan Labs.* kararı (Ducore 2006, s.238-239).

vermesi ve bunu belgelendirmek için aralarındaki görüşmeleri kaydederek, olası tazminat davalarında davacıların erişimine kapalı olmak ve delil olarak kullanılmamak kaydıyla, rekabet otoritesinin denetimine sunması¹⁵,

- İlgililerin, rekabet otoritesine verilen taahhüdü, taahhüt konusu eylemlerden zarar görme olasılığı bulunanlara duyurması¹⁶.
- İlgililerin verdiği taahhütler, üçüncü kişilerin görüşlerini almak üzere kamuoyuna duyurulur.
- Üçüncü kişilerin görüşleri alındıktan sonra taahhütler kabul edilip, taahhüt sahibi ilgililer bakımından soruşturma sona erdirilebilir.
- Genellikle 10 yıl süreyle geçerli olan¹⁷ taahhütlere uyulup uyulmadığının tespiti için ilgililer, sorumlu rekabet otoritesine bilgi aktarımına; rekabet otoritesi de gözetime devam eder¹⁸. Verilen taahhütlerde değişiklik yapılması sadece ilgililerin pazar koşullarında değişiklik ve benzeri gerekçeleri ispatlaması halinde mümkündür¹⁹.

Yukarıda ana hatlarına yer verilen taahhüt sürecine daha ayrıntılı olarak bakıldığında, Adalet Bakanlığı ve FTC tarafından kullanılan taahhüt mekanizmasının ilkeler bazında aynı olduğu ama bazı ufak farklılıklar da içerdiği görülmektedir. Bu nedenle her iki rekabet otoritesi bakımından ayrı değerlendirme yapılabilir:

Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmalardaki taahhüt sürecini²⁰, 2004 yılında çeşitli değişiklikler yapılan 1974 tarihli Tunney Yasası²¹ şu şekilde düzenlemiştir:

Taahhüt süreci genelde ilgililerin Adalet Bakanlığı'na gelip taahhütte bulunmak istediklerini söylemesiyle başlar. Adalet Bakanlığı çalışanları ile ilgililer arasında yapılan görüşmeler neticesinde üzerinde uzlaşılan taahhütler,

¹⁵ Örnek olarak bkz. *US v. Alex. Brown & Sons, Inc* 963 F. Supp. 235 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd sub nom, US v. Bleznak*, 153 F.3d 16 (2d Cir. 1998) kararı (Anderson 2007, s.604-606).

¹⁶ Örnek olarak bkz. *Partners Health Network, Inc* kararı (Ducore 2006, s.229).

¹⁷ Atwood 2006, s.194.

¹⁸ Ibid, s.194.

¹⁹ Ibid, s.194.

²⁰ Bu sürece ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. DOJ (2008), DOJ Antitrust Division Manual, <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/index.htm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

²¹ 15 U.S.C. § 16(b)-(h). Tunney Yasası'nın resmi adı, Antitröst Prosedürleri ve Cezaları Yasası-*Antitrust Procedures and Penalties Act*'tir.

karar vermesi için mahkemeye sunulur. Bu aşamadan sonra artık ilgililerin taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmesi mümkün değildir²²; buna karşılık, Adalet Bakanlığı mahkemenin nihai kararına kadar ilgililerin verdiği taahhütleri kabulden vazgeçebilir²³. Mahkemeye başvurulurken, ilgililer, taahhütlerine ilişkin olarak kamu görevlileri ile yapmış oldukları yazılı ve şifahi tüm görüşmelere ilişkin bilgileri sunar²⁴. Adalet Bakanlığı ise, mahkemeye başvurusu sırasında, Resmi Gazete-*Federal Register* ile kısa bir özeti Washington Post gibi gazetelerde²⁵ ilan edilmek üzere Rekabet Etki Analizi-*Competitive Impact Statement* (CIS)'i sunar. CIS temel olarak şu hususları içermek zorundadır²⁶:

- Soruşturmanın içeriği ve amacı,
- İhlal iddiasına esas teşkil eden uygulamalar,
- İlgililer tarafından verilen taahhütlere ve bu taahhütlerin rekabet sorunlarını nasıl giderebileceğine ilişkin açıklamalar,
- İlan konusu taahhütlerin, Adalet Bakanlığı tarafından göz önünde bulundurulmuş ama tercih edilmeyen alternatiflerine ilişkin açıklamalar,
- Üçüncü kişilerin zararlarının tazmini için başvurabilecekleri seçenekler,
- Sürecin nasıl işleyeceğine ilişkin bilgiler.

Resmi Gazete ile basındaki ilanın ardından 60 gün içinde üçüncü kişiler mahkemeye görüşlerini sunar. Dosyaya giriş hakkı, taahhüt verenlere tanınmadığı gibi, üçüncü kişilere de tanınmaz²⁷. Kısmen bunun da etkisiyle, 600'ün üzerinde görüşün sunulduğu *AT&T*²⁸ veya 30.000'in üzerinde görüşün sunulduğu *Microsoft II*²⁹ gibi dosyalar nadirdir; çoğu durumda üçüncü kişilerden herhangi bir yorum gelmemekte, gelen durumlarda ise sayısı az

²² Atwood 2006, s.196.

²³ DOJ 2008, s.IV-60.

²⁴ Atwood 2006, s.195; Furse 2004, s.6.

²⁵ DOJ 2008, s.IV-57; Stephan 2007, s.19.

²⁶ Atwood 2006, s.195; DOJ 2008, s.IV-55; Ducore 2006, s.236; Furse 2004, s.6.

²⁷ Ducore 2006, s.235.

²⁸ *US v. AT&T*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom, Maryland v. US*, 460 US 1001 (1983) (*AT&T*) için bkz. Furse 2004, s.9.

²⁹ *US v. Microsoft Corp.*, 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002), *aff'd sub nom, Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199 (D.C.Cir.2004) (*Microsoft II*) için bkz. Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.8.

olmaktadır³⁰. Üçüncü kişileri görüş sunmanın ötesine geçirek müdahil dolayısıyla da taraf sıfatı kazandırmak ve bir duruşmada dinlemek mahkemenin takdirindedir³¹. Ancak hedef, üçüncü kişilerin görüşleri alınarak daha sağlıklı bir karar verilebilmesi ama bunun yan etkisi olarak sürecin uzatılmaması ve karmaşıklaştırılmaması olduğundan, genelde üçüncü kişilere müdahil olma imkânı verilmez³².

Yukarıda belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı, mahkemeye sunulmasından sonra taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmeleri mümkün olmayan ilgililerin aksine, mahkemenin nihai kararına kadar bu taahhütleri kabulden vazgeçebilir³³. Bu durumun gerçekleşme ihtimalinin en yüksek olduğu aşama, üçüncü kişilerin görüşlerinin mahkemeye sunulması sonrası olsa da, uygulamada Adalet Bakanlığının taahhütleri kabulden vazgeçmesiyle hemen hiçbir zaman karşılaşılmamaktadır³⁴.

Mahkemeler, Resmi Gazete’de de yayımlanan üçüncü kişilerin görüşleri ile Adalet Bakanlığı’nın bunlara verdiği çoğunlukla ayrıntı içermeyen, toplu yanıtları³⁵ değerlendirip, ilgililer tarafından verilen taahhütlerin kamu yararına uygun olup olmadığını karara bağlar. Mahkeme, kamu yararına uygunluk değerlendirmesi yaparken, taahhüdün ilgili pazardaki rekabete, genel olarak kamuoyuna, özel olarak ise ihlal iddiasına konu olan eylemden zarar görebilecek kişilere etkilerine bakar. Bu çerçevede, taahhüdün, ihlal iddiasına konu olan eylemleri sona erdirip erdirmediğini, süresini, belirsizlik yaratıp yaratmadığını, diğer taahhüt alternatiflerinin olası etkilerini ve benzeri hususları göz önünde bulundurur³⁶.

Belirtmek gerekir ki, taahhütlere ilişkin üçüncü kişilerin görüş sunmasından daha nadir olan durum, mahkemelerin, ilgililer tarafından verilen taahhütlerin, kamu yararı sağlamadığı sonucuna ulaşmasıdır³⁷. Mahkemelerin,

³⁰ BRANFMAN, E.J., “Antitrust Consent Decrees: A Review and Evolution of the First Seven Years Under the Antitrust Procedures and Penalties Act”, *Antitrust Bulletin*, Vol:27, s.323’ten aktaran Furse 2004, s.9.

³¹ Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.4.

³² Furse 2004, s.9. Mahkemelerin üçüncü kişilere müdahil olma imkanı verdiği, *US v. Gillette Co.*, 406 F. Supp. 713 (D.Mass. 1975) gibi az sayıdaki karar örneği için bkz. Georgiev 2007, s.1010.

³³ DOJ 2008, s.IV-60.

³⁴ Georgiev 2007, s.1012.

³⁵ DOJ 2008, s.IV-58.

³⁶ DOJ 2008, s.IV-56.

³⁷ Georgiev 2007, s.1009-1010; Himes 2007, s.5. Mahkemelerin Adalet Bakanlığı tarafından kabul edilen taahhütleri yetersiz bulduğu başta *US v. AT&T*, 552 F. Supp. 131

Microsoft II davası gibi Adalet Bakanlığı'nın kabul ettiği taahhütlere çok sayıda ve iyi gerekçelendirilmiş muhalefetin bulunduğu³⁸ durumlarda dahi, ilgililer ile Adalet Bakanlığı arasında görüşmelerin yeniden başlamasına neden olacak bir müdahaleden kaçınmasının iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, *Microsoft I*³⁹ davasında Adalet Bakanlığı'nın kabul ettiği taahhütleri kamu yararını sağlamadığı için reddeden alt derece mahkemesi kararını, Adalet Bakanlığı ve Microsoft'un talebi üzerine bozan temyiz mahkemesi örneğindeki gibi üst mahkeme kararlarında açıkça vurgulanan, anayasadan kaynaklanan kuvvetler ayrılığı ilkesine saygı gereğidir⁴⁰. Bu ilke uyarınca, mahkemeler, Adalet Bakanlığı'nın daha geniş taahhütler verilmesini sağlayabilecek şekilde soruşturmasını genişletmesi gerektiği şeklinde bir gerekçeyle taahhütleri reddedememektedir çünkü soruşturmanın kapsamını belirlemek yargıcın değil de yürütmenin ve savcının geniş takdir yetkisinin içinde görülmektedir⁴¹. Mahkemelerin müdahaleden sakınmasının ikinci sebebi ise, aşırı derecede müdahale edilmesinin veya en azından böyle bir izlenim yaratılmasının, ilgilileri masaya oturmaktan caydıracak ve böylece taahhüt mekanizmasının getireceği faydaların sağlanamayacak olmasıdır⁴². Bu nedenle, mahkemeler kamu faydasını geniş tanımlamakta⁴³, örneğin, taahhütten beklenenin Adalet Bakanlığı'nın kesin bir zafer sağlaması değil, rekabet sorunlarını bir şekilde gidermesi olduğunu vurgulamaktadır⁴⁴. Bu iki gerekçeden dolayı, taahhütlerin, belirsiz, yerine getirilmesinin güç veya üçüncü kişilere zarar verebilecek niteliğinin, mahkemeyle alay edildiği hissi uyandıracak kadar açık olduğu durumlar haricinde, kamu faydasına uygun olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Mahkemelerin, taahhütlere müdahale konusundaki bizatihi mahkeme kararlarından kaynaklanan

(D.D.C. 1982), *aff'd sub nom, Maryland v. US*, 460 US 1001 (1983) olmak üzere az sayıdaki karar örneği için bkz. Anderson 2007, s.599 ve Georgiev 2007, s.1010.

³⁸ Himes 2007, s.8.

³⁹ *US v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995), *rev.d, US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d. 1488 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Anderson 2007, s.598-600; Himes 2007, s.8-9.

⁴⁰ Anderson 2007, s.598-600; Himes 2007, s.8-9.

⁴¹ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1462 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Anderson 2007, s.600; Atwood 2006, s.196; DOJ 2008, s.IV-56; Furse 2004, s.7.

⁴² *US v. Bechtel Corp.*, 648 F.2d 660 (9th Cir. 1981) için bkz. DOJ 2008, s.IV-56.

⁴³ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. DOJ 2008, s.IV-56.

⁴⁴ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1461 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Atwood 2006, s.196.

⁴⁵ *US v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1462 (D.C.Cir.1995) (*Microsoft I*) için bkz. Furse 2004, s.7 ve *US v. SBC Commc'ns, Inc.*, 489 F.Supp.2d 15 (D.D.C. 2007) (*SBC*) için bkz. DOJ 2008, s.IV-57.

bu isteksizliklerini aşmak için Tunney Yasası 2004 yılında değiştirilmiştir. Bu doğrultuda, *Microsoft I* davasında temyiz mahkemesinin konuya ilişkin yorumunun yanlış olduğu vurgulanarak, mahkemelerin taahhütlerin kamu yararına hizmet edip etmediğine ilişkin değerlendirme yaparken bakması gereken hususlar daha detaylı olarak zikredilmiş ve bunlara bakılması zorunlu hale getirilmiştir⁴⁶. Ancak bu düzenlemeler de, geçmişe kıyasla çok büyük bir değişiklik yaratmamış ve yasama organını amacına ulaştıramamıştır⁴⁷. Çünkü yapılan değişiklikler, mahkemelerin Adalet Bakanlığı'nın kabul ettiği taahhütlere müdahaleden sakınmasına yol açan nedenleri ve takdir yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte değildir⁴⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, FTC'nin yürüttüğü soruşturmalarda da benzer bir süreç söz konusudur⁴⁹. Genelde ilgililerin FTC çalışanlarına taahhütte bulunmak istediklerini belirtmesiyle başlayan görüşmeler neticesinde uzlaşılan taahhütler, FTC'nin karar organı olan Komisyon'a sunulur. Komisyon, ilgililer ile FTC çalışanları arasında uzlaşılan taahhütleri, üçüncü kişilerin görüşlerini sunabilmeleri için yayımlanmak üzere Resmi Gazete'ye gönderirse, artık ilgililerin taahhütlerini tek taraflı olarak geri çekmesi mümkün değildir⁵⁰.

Resmi Gazete'de yapılan ilanda, ihlal iddiasına esas teşkil eden uygulamalar ile Kamuoyunun Görüş Sunmasına Yardım Edecek Analizler-*Analysis to Aid Public Comment* adı verilen, ilgililer tarafından sunulan taahhütlerin rekabet sorunlarını nasıl ortadan kaldırabileceğine ilişkin açıklamalara yer verilir⁵¹. Bu ilanla genelde 60 gün süren ve Kamuoyu Görüş Süreci-*Public Comment Period* olarak bilinen süreç başlar. Bu sürecin esas amacı, üçüncü kişilerin görüşleri alınarak daha sağlıklı bir karar verilebilmesi ama bunun yan etkisi olarak sürecin uzatılmaması ve karmaşıklaştırılmaması olduğundan, üçüncü kişilere FTC'nin soruşturmasına müdahil olma imkânı vermez. Bu çerçevede, örneğin üçüncü kişilere dosyaya giriş hakkı sağlamaz⁵².

⁴⁶ Anderson 2007, s.606-612; Atwood 2006, s.196; Himes 2007, s.6.

⁴⁷ Georgiev 2007, s.1011.

⁴⁸ Anderson 2007, s.606 ve 614; Georgiev 2007, s.1011. Mahkemelerin yasadaki değişikliğine rağmen geniş takdir yetkisini hala koruduğuna ilişkin bir karar örneği için bkz. *US v. SBC Commc'ns, Inc.*, 489 F.Supp.2d 11 (D.D.C. 2007) (*SBC*) (DOJ 2008, s.IV-57).

⁴⁹ Bu sürece ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. FTC (2007), FTC Administrative Staff Manuals, <http://www.ftc.gov/foia/adminstaffmanuals.shtm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

⁵⁰ Ducore 2006, s.232.

⁵¹ Ibid, s.236.

⁵² Ibid, s.235. Taahhüt verenlerin de dosyaya giriş hakkı bulunmamaktadır (Ducore 2006, s.235).

Adalet Bakanlığı'ndaki sürece benzer şekilde, çoğu durumda üçüncü kişilerden herhangi bir yorum gelmemekte, gelen durumlarda ise sayısı az olmaktadır. Ancak eğer görüş gelmişse, FTC çalışanları bu görüşleri dikkate alarak nihai kararı vermek üzere Komisyona önerilerini sunar⁵³. Komisyonun bu aşamadaki karar alternatifleri arasında, kamuoyu görüşüne sunulan taahhütlerin aynen veya küçük değişikliklerle kabul edilmesi, taahhütlerde önemli değişiklikler yapılması için ilgililerle yeniden görüşülmesi⁵⁴ ve taahhütlerin reddedilerek soruşturmanın devam ettirilmesi yer almaktadır⁵⁵. Ancak Komisyonun kamuoyu görüşüne sunulan taahhütleri reddetmesi veya önemli değişiklikler yapılması gerektiği sonucuna ulaşması nadirdir. Taahhütlerin kabul edilmesi kararının sonucu, ilgilinin taahhütleri arasında standart bir işlem olarak Komisyonun bu kararının iptali istemiyle mahkemeye başvurmadan feragat de yer aldığı için, dosyanın kapanması olacaktır. Bu nedenle Komisyon kararının sonuçları itibarıyla mahkeme süreci neticesinde verilen kararlardan farkı bulunmamaktadır⁵⁶.

Bu aşamada akla gelebilecek bir soru, ilgililerin verdiği taahhütlere uymamalarının yaptırımının ne olduğudur. Adalet Bakanlığı'nın yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımı, mahkeme kararına uyulmamasına ilişkin tüm dosyalarda olduğu üzere, ilgililere para ve hapis cezası verilmesidir⁵⁷. FTC'nin yürüttüğü soruşturmalar çerçevesinde verilen taahhütlere uyulmamasının yaptırımı ise, uyulmayan her bir taahhüt ve her bir gün için ayrı ayrı olmak üzere, 11.000 ABD Dolarına kadar para cezası verilmesidir⁵⁸.

Bu başlık altında son olarak, taahhüt mekanizmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına yer verilmelidir. Taahhüde konu olan eylemlerden zarar gördüğü iddiasıyla dava açmak isteyenler için bir kötü bir de iyi haber bulunmaktadır. Kötü haber, Clayton Yasası'nın⁵⁹ 5 inci maddesi uyarınca, ilgililer tarafından duruşma aşamasında ifade alınmadan önce verilen taahhütlerin, ihlalin kabulü söz konusu olmadığından tazminat davalarında

⁵³ Atwood 2006, s.197; Ducore 2006, s.230.

⁵⁴ Taahhütlerde ilgililerle görüşülerek önemli değişiklikler yapılması kamuoyu görüş sürecinin yeniden başlatılmasını zorunlu kılmaz; konu FTC'nin takdirindedir. Bkz. FTC 2007, s.13.

⁵⁵ Ducore 2006, s.230. Tazminat ödenmesi söz konusu olacaksa, tazminata ilişkin taahhüt mahkeme kararı gerektirmektedir (Georgiev 2007, s.999).

⁵⁶ Ducore 2006, s.230-231.

⁵⁷ Ibid, s.232.

⁵⁸ Ibid, s.232.

⁵⁹ 15 U.S.C. § 16(a).

karine (*prima facie evidence*) teşkil etmemesidir⁶⁰. Keza, taahhüt mekanizmasında, olası bir dava sürecine kıyasla daha az bilgi ve belgenin kamuoyunun bilgisine sunulması, tazminat davası açmak isteyenlerin işini zorlaştıran diğer bir etken⁶¹, ilgililerin de taahhüt vermeyi tercih etmelerinin temel nedenlerinden birini teşkil etmektedir.

İyi haber ise, Adalet Bakanlığı veya FTC'nin taahhüt ile sonuçlanan bir soruşturma başlatmasının, her ne kadar ihlalin kabulü söz konusu olmasa da, ihlal olasılığının yüksek olduğu konusunda geçimini tazminat davalarından sağlayan avukatlara güçlü bir mesaj göndermesidir⁶². Buna paralel olarak, taahhüt verilmesini takiben açılması kuvvetle muhtemel tazminat davalarında davacı avukatları, mahkeme kanalıyla, davalıların Adalet Bakanlığı veya FTC'nin soruşturması sırasında sundukları tüm bilgi ve belgeleri talep ederek, tazminat iddialarını güçlendirebilmektedir⁶³.

1.2. İHLALİN KABULÜ VE İŞBİRLİĞİ KARŞILIĞINDA CEZALARDA İNDİRİM YAPARAK İLGİLİLERLE UZLAŞMA

ABD'de, karteller, diğer rekabet ihlallerinden farklı olarak ceza soruşturmalarının konusunu teşkil etmektedir. Münhasıran Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen bu soruşturmalarda taahhüt süreci yerine, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma⁶⁴ şeklinde adlandırılabilir bir süreç işlemektedir.

Uzlaşma sürecinin açıklanabilmesi için öncelikle ABD'de taraf oldukları kartelin ortaya çıkarılmasına yardımcı olmak üzere, pişmanlık programına ilk sırada başvurup, programda öngörülen koşulları sağlayanlara cezalardan bağışıklık sağlandığı ifade edilmelidir. Pişmanlık programına ilk sırada başvurmak için yapılan yarış kaybedenler, ilk sırada başvuru yapıp da bu başvurusu Adalet Bakanlığı'nın elinde karteli ispatlamak için yeterli delil olduğu gerekçesiyle kabul edilmeyenler, programda belirtilen koşulları kartelin kurulması için rakiplerini zorladığı gibi nedenlerle sağlamayanlar veya masum olduklarına inananlar bakımından ise geriye iki yol kalmaktadır. Birinci yol,

⁶⁰ Atwood 2006, s.190 ve 194; Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.9. Buna karşılık, taahhüt duruşma aşamasında ifadeler alınmaya başladıktan sonra verilirse, takiben açılacak tazminat davalarında ihlalin bulunduğu yönünde karine teşkil eder (Atwood 2006, s.190; Georgiev 2007, s.1006).

⁶¹ Georgiev 2007, s.1006.

⁶² Atwood 2006, s.194-195; Ducore 2006, s.241; Furse 2004, s.6.

⁶³ Atwood 2006, s.195.

⁶⁴ *Plea agreement/settlement/negotiation* kavramlarının karşılığı olarak kullanılmıştır.

azami cezaya çarptırılma riskini alarak⁶⁵, çok maliyetli bir dava sürecinden suçlu olmadıkları kararını çıkarmaktır⁶⁶. İkinci yol ise, karteli kabul edip, Adalet Bakanlığı savcılarıyla işbirliği yaparak, cezalardan indirim kazanmaktır.

Kartel soruşturmasına muhatap olan tüzel kişilerin tamamına yakını, gerçek kişilerin ise %90'ından fazlası bu ikinci yolu tercih etmekte⁶⁷, kendiliğinden veya Adalet Bakanlığı savcılarından aldıkları işaret üzerine⁶⁸, cezalarda indirim karşılığında kartele taraf olduklarını kabul etme teklifinde bulunmaktadır. Bu teklifin ardından ilgililer ile Adalet Bakanlığı savcıları arasında ceza indiriminin büyüklüğü, para cezasının taksitle ödenip ödenemeyeceği⁶⁹, ilgililer tüzel kişi ise hangi çalışanlarının soruşturma haricinde tutulup, bağışlıktan yararlanacağı, gerçek kişi ise, hapisane tercihleri ve benzeri konularda pazarlık başlamaktadır⁷⁰. Bu çerçevede, ilgililer, ihlalin daha kısa sürdüğü, daha az ürünü veya daha küçük bir coğrafi alanı etkilediği gibi konularda Adalet Bakanlığı savcılarını ikna etmeye çalışmaktadır⁷¹. Adalet Bakanlığı'nın pazarlıklardaki tavrını ise, soruşturmanın hangi aşamasında, kaçınıcı sırada başvurulduğu, sunulan işbirliğinin niteliği ve benzeri hususlar belirlemektedir⁷². Buna göre, soruşturmanın erken

⁶⁵ *Lysine* kartelindeki kimi şahısların dava yoluna başvurma riskini alıp, azami cezaya muhatap kaldıkları bir örnek için bkz. GRIFFIN, J.M. (2001), "An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels", *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, Konkurrensverket, Sweden, s.37-38 ve HAMMOND, S.D. (2005), "Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1", <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.3.

⁶⁶ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KLAWITER, D.C. (2001), "After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Vol:69(5/6), s.760-762.

⁶⁷ OECD (2007), "Plea Bargaining", Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/dataoecd/12/36/40080239.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009, s.222.

⁶⁸ HAMMOND, S.D. (2006), "The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All", OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009, s.9; Stephan 2007, s.20.

⁶⁹ SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, Vol:26(3), s.448.

⁷⁰ Hammond 2006, s.4 ve 13.

⁷¹ Atwood 2006, s.192; Hammond 2006, s.9-10.

⁷² Klawiter 2001, s.754-755; LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol:27(1), s.85.

aşamalarında, kartelin diğer üyelerinden önce başvurulmuş olması daha fazla indirim kazanılmasını sağlamaktadır⁷³. İşbirliği çerçevesinde yapılabilecekler arasında, pişmanlık programına başvuranlara benzer şekilde, kartele ilişkin bilgi ve belgeler sunulması, büyük jüri soruşturmaları ile duruşmalarda, eski çalışanlar da dahil olmak üzere, ifade verilmesi yer almaktadır⁷⁴. Savcılar, bu işbirliğinin dosyaya önemli katkı sağlayacağı durumlarda daha fazla indirimi kabul edebilmekte⁷⁵; keza, işbirliği kapsamında sağlanan bilgi, belge ve ifadelerin, ihlalin süresinin uzaması ve benzeri nedenlerle işbirliğinde bulunanlara verilecek cezayı arttırmakta kullanılamayacağını da uzlaşanlara bir güvence olarak sunmaktadır⁷⁶. Bu tür ölçütler çerçevesinde indirim tespit edilirken önceden belirlenmiş, sabit bir oranının bulunmadığı belirtilmelidir. Örneğin, iki teşebbüslü bir kartelde ikinci sırada başvurana, beş teşebbüslü bir kartelde ikinci sırada başvurandan daha az indirim yapılmaktadır. Adalet Bakanlığı çalışanları bu durumu daha fazla şeffaflık için orantılılık ilkesinin feda edilmemesi ile açıklamaktadır⁷⁷. Bu tür ölçütler çerçevesinde belirlenen ceza miktarı (veya aralığı) ile bundan sağlanan indirimden ilgililer tatmin olursa, karteli kabul etmekte ve işbirliği yapmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın Antitröst Birimi dışındaki birimlerinin yürüttüğü ceza soruşturmalarında, yukarıda incelenen taahhüt mekanizmasına benzer şekilde “*nolo contendere plea*” olarak adlandırılan belli bir yaptırımın ihlalde bulunulduğu reddedilerek kabul edilmesi mümkündür. Ancak kartel soruşturmalarında bu tür uzlaşma talepleri istikrarlı olarak reddedilmekte; uzlaşmadan yararlanmak isteyen kartel soruşturması muhataplarının karteli kabul etmesi şart koşulmaktadır⁷⁸. İşbirliği yapılması gibi uzlaşma koşullarının yerine getirilmemesi halinde ilgililer indirimden yararlanamayacak; üstelik sundukları bilgi ve belgeler Adalet Bakanlığı tarafından aleyhlerinde delil olarak kullanılabilir⁷⁹.

⁷³ Hammond 2006, s.4 ve 9.

⁷⁴ Ibid, s.15.

⁷⁵ Ibid, s.4.

⁷⁶ O'BRIEN, A. (2008), “Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions”, 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.4.

⁷⁷ Hammond 2006, s.4.

⁷⁸ Atwood 2006, s.191; Hammond 2006, s.6.

⁷⁹ Hammond 2006, s.7.

Kartel soruşturmasının muhatapları ile Adalet Bakanlığı arasındaki bu uzlaşmaların mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁰. Bunun için, kartelin etkilediği ürün ve coğrafi pazar, kartele taraf olanlar ve benzeri bilgileri özetleyen uzlaşma metni, karar verebilmesine yardımcı olmak üzere mahkemeye sunulur. Metnin özet niteliğinde olmasının iki temel nedeni bulunmaktadır. Birinci neden, uzlaşma metninin sunulduğu mahkeme tarafından konuya ilişkin olarak halka açık bir duruşma yapılacağından, kartelin diğer tarafları için devam etmekte olan soruşturmanın sıhhatini tehlikeye düşürmemektir⁸¹. Soruşturmanın sıhhatinin tehlikeye düşmemesi gibi gerekçelerin varlığı halinde mahkeme duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir⁸² ancak halka açık duruşmanın, bir Adalet Bakanlığı yetkilisinin ifade ettiği üzere⁸³, kartelin diğer taraflarını uzlaşma masasına oturtmak konusunda ikna etmek gibi bir faydası bulunmaktadır. İkinci neden ise, dava sürecine kıyasla, olası tazminat davalarında kullanılacak daha az bilginin ortaya çıkmasının, kartel taraflarını uzlaşma masasına oturmaya ikna etmesidir⁸⁴.

Mahkemenin yetkileri uzlaşmanın B ve C tipi olmasına göre değişmektedir⁸⁵:

B tipi uzlaşmalar mahkeme bakımından bağlayıcı nitelik taşımaz. Mahkeme, tarafların üzerinde uzlaştığı ve Adalet Bakanlığı savcısının önerdiği cezadan (veya ceza aralığından) daha fazla bir cezaya hükmedebilir. Böyle bir durumda daha fazla cezaya çarptırılan ilgilinin uzlaşmadan geri adım atabilmesi mümkün değildir⁸⁶. Ancak son yirmi yılda bu tür uzlaşmaların %99'unda mahkeme, savcının önerdiği cezayı kabul etmiştir⁸⁷.

C tipi uzlaşmalarda ise, mahkemenin yetkisi tarafların üzerinde uzlaştığı ve Adalet Bakanlığı savcısının önerdiği cezayı kabul veya reddetmekle sınırlıdır. Mahkemenin tarafların üzerinde ulaştığı cezayı kabul etmemesi halinde, ilgilinin uzlaşmadan geri adım atabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda işbirliği kapsamında sunulan hiçbir bilgi ve belge kullanılamaz⁸⁸.

⁸⁰ ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), “A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission’s New Leniency Notice”, *European Competition Law Review*, Issue:1, s.12.

⁸¹ Hammond 2006, s.11.

⁸² Ibid, s.7.

⁸³ O’Brien 2008, s.8.

⁸⁴ OECD 2007, s.223; Stephan 2007, s.22-23.

⁸⁵ Hammond 2006, s.8.

⁸⁶ Hammond 2006, s.8.

⁸⁷ OECD 2007, s.220-221.

⁸⁸ Hammond 2006, s.9.

Ancak bugüne kadar ki yüzlerce dosyadan yalnızca birinde, bir yargıç, Antitröst Birimi'nin tavsiye ettiği cezayı az bulup, varılan uzlaşmayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine, yeniden tespit edilen miktara ilişkin karar duruşmasında, Antitröst Birimi başsavcı düzeyinde temsil edilmiş ve anılan yargıç, düşük bir oranda artışa ikna edilmiştir⁸⁹.

Mahkemenin kararıyla uzlaşan gerçek veya tüzel kişi tarafından kapanan dosyalar, pek çok olayda, soruşturma muhataplarının tamamı bu yolu tercih ettiğinden⁹⁰ soruşturmanın da kapanmasını sağlamaktadır.

Konuya ilişkin olarak somut örnekler verecek olursak, Rhone-Poulenc'in pişmanlık programından yararlanıp ceza almadığı *Vitamin* kartelinde, kartelin diğer taraflarından HLR'in cezası Cezalandırma Rehberi'ne göre 1,3-2,6 milyar \$ arasında olacakken 500 milyon \$; BASF'in cezası ise, 409-818 milyon \$ arasında olacakken 250 milyon \$ olmuştur⁹¹.

Graphite Electrodes kartelinde, pişmanlık programına başvuranın ardından uzlaşma anlaşması yapan Showa Denko 32,5 milyon \$, UCAR 110 milyon \$, sonuncu SGL ise 135 milyon \$ ödemek zorunda kalmıştır⁹².

Rubber Chemical kartelinde, pişmanlık programına başvuranın ardından uzlaşma anlaşması yapan Crompton'ın ödediği cezada, Cezalandırma Rehberi uyarınca ödemesi gereken asgari cezadan %59 oranında indirim yapılmış; bunun miktar olarak karşılığı 70 milyon \$'dan fazla olmuştur⁹³. Crompton'ın bu işbirliğinin diğer bir ödülü sadece üç üst düzey yöneticinin ceza soruşturmasına muhatap olmak üzere ayrılması (*carving out*); diğer çalışanlarına ise bağışıklık sağlanmasıdır⁹⁴. Buna karşılık aynı karteğe taraf olan ve uzlaşma masasına üçüncü sırada oturan Bayer AG, bu gecikmesinin bedelini beş üst ve orta düzey

⁸⁹ Hammond 2006, s.23-24.

⁹⁰ Örneğin *Lysine*'de, şirketlerin tamamı uzlaşmaya varmıştır. Bkz. HAMMOND, S.D. (2001), "The Fly on the Wall Has Been Bugged—Catching an International Cartel in the Act", *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.7.

⁹¹ Levy ve O'Donoghue 2004, s.85.

⁹² JOSHUA, J.M., M. LOW ve G. SPRATLING (2001), "International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain", *Global Competition Review*, February/March 2001, s.21 ve 24.

⁹³ ICN (2008), "Cartel Settlements", Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.14.

⁹⁴ Ibid, s.14.

çalışanının ceza soruşturmasına muhatap olmasıyla ödemiş; ödülünü ise diğer çalışanlarına bağışıklık sağlanması ile almıştır⁹⁵.

Benzer şekilde *DRAM* kartelinde, uzlaşma masasına ikinci sırada oturan Infineon'un dört çalışanı ceza soruşturmasına muhatap olurken, bu rakam üçüncü sırada gelen Hynix'de beşe, dördüncü sırada gelen Samsung'da ise yediye çıkmıştır⁹⁶.

Uzlaşma mekanizmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına bakıldığında, uzlaşmaya konu olan kartelden zarar gördüğü iddiasıyla dava açmak isteyenler için bir iyi bir de kötü haber görülmektedir. İyi haber, ihlalin kabulü söz konusu olduğundan, uzlaşmanın, taahhüt sürecindekinden farklı olarak, tazminat davalarında suçluluk karinesi (*prima facie evidence*) teşkil etmesidir⁹⁷.

Ancak tazminat davası açmak isteyenler için birkaç kötü haber de söz konusudur ki bunlar aynı zamanda kartel soruşturmasına muhatap tüzel kişilerin uzlaşma masasına oturmak istemelerindeki en önemli nedenler arasındadır. Bu çerçevede, ilk olarak, ilgililerin, ihlalin daha kısa sürdüğü, daha az ürünü veya daha küçük bir coğrafi alanı etkilediği gibi konularda Adalet Bakanlığı savcılarını ikna edebilmelerinin açılacak özel hukuk davalarında ödenecek tazminat miktarını da azaltabileceği belirtilmelidir⁹⁸. Keza, olası bir dava sürecine kıyasla tazminat talebinde bulunacakların yararlanabileceği daha az bilgi ve belgenin kamuoyunun bilgisine sunulması⁹⁹, tazminat davası açacakların işlerini biraz daha zorlaştırmaktadır.

⁹⁵ Ibid, s.14.

⁹⁶ Ibid, s.14.

⁹⁷ Kartel kabul edilmeksizin uzlaşmaya varma imkânı olsaydı, ilgililer tazminat davalarından bir ölçüde korunabilirdi ancak yukarıda belirtildiği üzere, Adalet Bakanlığı kartel soruşturmalarında *nolo contendere plea* olarak adlandırılan bu tür uzlaşma taleplerini kabul etmemektedir (Atwood 2006, s.191; Stephan 2007, s.22-23).

⁹⁸ Atwood 2006, s.192.

⁹⁹ OECD 2007, s.223; Stephan 2007, s.22-23.

2. BÖLÜM

AB REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

2.1. TAAHHÜT

Taahhüt¹⁰⁰ mekanizması Avrupa Komisyonu (Komisyon) uygulamasına 1/2003 sayılı Tüzüğün¹⁰¹ 9 uncu maddesi ile girmiştir. Aslında 17 sayılı Tüzüğün¹⁰² uygulandığı dönemde de ihlal iddialarının teşebbüslerce verilen taahhütlere bağlı olarak sonuçlandırıldığı gözlenirse de, o dönemde konuyu düzenleyen açık kuralların ve taahhütlere uyulmaması halinde sonucun ne olacağını öngörülmemiş olması, etkin işleyen bir taahhüt mekanizmasının bulunduğu saptamasının yapılmasını güçleştirmektedir¹⁰³. 17 sayılı Tüzük dönemindeki uygulama gerek doğrudan menfaati olan 3. kişiler gerekse iş çevreleri bakımından yeterli şeffaflığı sağlamaktan da uzak kalmıştır¹⁰⁴. Bu yönde bir mekanizmanın olmayışı Komisyon'a esneklik sağlamış, ancak öngörülebilirliği azaltması noktasında eleştirileri de beraberinde getirmiştir¹⁰⁵. İşte 1/2003 sayılı Tüzük, 9 uncu maddesi ve taahhütlere uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımları düzenleyen maddeleri ile bu sakıncaları gidermek üzere kurgulanmıştır¹⁰⁶.

9 uncu maddede Komisyon'un, bir ihlalin sona erdirilmesine yönelik karar alacağı ve ilgili teşebbüslerin soruşturma açılması kararı ile kendilerine yöneltilen rekabetçi sorunlara cevap vermek üzere taahhütler sunmaları halinde, Komisyon'un, alacağı kararlar, bu taahhütleri teşebbüsler üzerinde bağlayıcı

¹⁰⁰ “Commitment” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

¹⁰¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

¹⁰² OJ 013, 21.6.1962 (17/62 sayılı Tüzük).

¹⁰³ GIPPINI-FOURNIER, E. (2008), “The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, Community Report to the Fide Congress 2008, <http://ssrn.com/abstract=1139776>, Erişim Tarihi: 29.3.2009, s.28.

¹⁰⁴ WILS, W.P.J. (2006), Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, *World Competition*, Vol:29(3), s.5. Aslında Komisyon'un teşebbüslere menfi tespit belgesi vermek veya muafiyet tanımak için koşullar öne sürmesi ve bunun karşılığında uyumsuzlukları klasik soruşturma usulü izlemeksizin sonuçlandırması da taahhüt çerçevesinde değerlendirilmiştir. Uzun süren soruşturmalar ve karmaşık hakim durum ihlallerinde de bu yola başvurulduğuna dikkat çekilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Georgiev 2007.

¹⁰⁵ Georgiev 2007, 996.

¹⁰⁶ Modernleşme paketinin bir ürünü olan taahhüt mekanizmasının, yeterli tartışmalar yapılmaksızın kabul edildiğini öne süren ve uygulamanın yol açtığı sonuçları bunun bir parçası olarak gören yaklaşım için bkz. Georgiev, 2007.

kılabileceği yer almaktadır. Alınan taahhüt kararlarında, taahhütlerin geçerli olacağı bir süre belirlenebilmekle birlikte bu yönde bir zorunluluk yoktur¹⁰⁷. Taahhüt kararının alınması ile birlikte ihlal iddiasına yönelik olarak başka bir işlem yapılmasına gerek kalmamakta¹⁰⁸ ve ihlal saptaması yapılmadan olay sonuçlandırılmaktadır¹⁰⁹. Taahhüt kararları ihlal bulgusu içermese de, Komisyon'un karara konu eylemi tasvip ettiği yönünde bir sonuca da ulaşmaktadır. Dolayısıyla taahhüt kararı muafiyet kararı olarak kabul edilmemektedir. Bu uygulama teşebbüsün önerisi ve Komisyon'un kabul etmesine bağlı olarak Komisyon'un öncelikleri çerçevesinde varılan bir mutabakat olarak kabul edilebilir¹¹⁰.

Hangi tür ihlaller bakımından bu mekanizmanın öngörüldüğü, etkilerinin neler olduğu ve üçüncü kişilerin sürece dahil olup olamayacakları gibi soruların cevapları ise ikincil bir düzenlemeye konu olmamıştır ve mekanizmanın esasları Tüzük'te yer verilen düzenlemelerle şekillenmiştir. Bu çerçevede taahhüt kararları, Tüzüğün 7 nci maddesinde düzenlenen ihlal bulgusu ve ihlalin sonlandırılmasını içeren kararlara alternatif bir yol getirmektedir. Bununla birlikte taahhüt kararları ihlal bulgusu içermediğinden ceza ile sonuçlanabilecek olan uyuşmazlıklar bakımından uygun değildir¹¹¹. Ancak bu ifadenin çok katı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği, ceza uygulanması ihtimali olan herhangi bir uyuşmazlığın taahhüt ile çözümlenemeyeceği yönünde yapılan bir saptamanın mekanizmayı büyük ölçüde kısıtlayacağı, böyle bir durumda teşebbüsler bakımından da taahhütte bulunmak yönündeki teşvikin azalacağı öne sürülmektedir. Bu açıklamayı taahhüt mekanizmasının açık ihlaller özellikle karteller bakımından uygun olmadığı şeklinde dar olarak yorumlamak gerektiği vurgulanmaktadır¹¹².

Mekanizmanın kullanılması için gerekli koşullar esneklik ve Komisyon'un hangi olaylarda buna başvurabileceğine ilişkin olarak takdir hakkı mevcuttur. Soruşturma açılması kararında öngörülen rekabetçi kaygıların giderilmesine yönelik olarak teşebbüslerin taahhüt altına girmeyi göze aldıkları ve Komisyon'un da ihlal bulgusu içeren bir karar almak yerine etkin bir uygulama için bu taahhütleri taraflar üzerinde bağlayıcı kılarak süreci

¹⁰⁷ SCHWEITZER, H. (2008), "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", EUI Working Papers, s.3.

¹⁰⁸ 1/2003 sayılı Tüzük, 9(1).

¹⁰⁹ 1/2003 sayılı Tüzük, 13 numaralı paragraf.

¹¹⁰ Frequently Asked Questions and Answers (FAQ), Brussels, 17 September 2004.

¹¹¹ 1/2003 sayılı Tüzük, 13 numaralı paragraf.

¹¹² Gippini-Fournier 2008, s.29.

sonlandırmayı kabul ettiği işlemler bakımından mekanizmanın işletilmesi uygun kabul edilmektedir. Taahhütler yapısal veya davranışsal olabilmektedir¹¹³.

Taahhüt mekanizması, açık ihlaller ve özellikle karteller dışındaki tüm ihlal iddiaları bakımından öngörülebilmektedir. Komisyon'un mevcut uygulaması dahilinde rastlanılan örnekler çeşitlilik göstermektedir. Örneğin, taahhüt mekanizmasının işletilmesinin, daha çok Komisyon'un 82 nci maddesi ile düzenlemiş olduğu hakim durumun kötüye kullanılması ihlalleri bakımından elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Aslında taahhüt kararları bir davranışın kötüye kullanma olup olmadığını söylemekte yetersiz kalsa da, davranışın yol açtığı sorunların çözümlenmesinde devreye girmektedir. Genellikle bu ihlaller bakımından esas önemli olan ağır yaptırımlar uygulayarak teşebbüsleri caydırmak değil, bu teşebbüslerin pazardaki rekabetin tesisini teminen neleri yapıp neleri yapamayacaklarının belirginleştirilmesidir. Uyuşmazlıkların ağır yaptırımlar yerine etkin bir çözümlerle sonuçlandırılması her iki taraf için de tercih edirliliği arttırmaktadır. Özellikle yüksek teknoloji endüstrileri bakımından bu kararların sonuca ulaşmayı hızlandırdığı belirtilmelidir. Zira klasik usul altında yürütülen bir soruşturmanın senelerce sürdüğü dikkate alındığında, bu süreç sonunda alınan kararın değişen piyasa yapısı karşısında bir değeri olmayabilmektedir¹¹⁴. Buna ek olarak teşebbüs birlikleri gibi çok sayıda tarafın bulunduğu bazı işlemlerde taahhüt kararı alınması, klasik usulle yürütülen bir soruşturmada karşılaşılan sorunları ortadan kaldırarak hızlı çözüm alınmasını sağlamak ve birlik üyeleri üzerinde bağlayıcı olmaktadır¹¹⁵.

Taahhüt kararlarının yeni karşılaşılan, karara bağlanması zor kararlar yerine açık ancak çok ciddi olmayan ihlaller bakımından öngörülmesi ayrıca mekanizmaya sıklıkla başvurularak caydırıcılığın azaltılmaması da tartışılan bir diğer konudur. İhlalin belirsiz veya niteliğinin açık olmadığı durumda bu yolla ulaşılan bir çözüm, teşebbüslere katlanmaları gerekenden daha fazla bir yükümlülük yükleme riski taşımakta, rekabetçi bir davranışı caydırma ihtimalini gündeme getirmektedir¹¹⁶. Sonuç olarak taahhüt kararlarının optimal kullanımı;

¹¹³ FAQ, s.2. Bununla birlikte Komisyon'un denetim ve gözetim gerektirmeyen taahhütler almayı tercih edeceği tartışılmaktadır. Komisyon, kendisine düzenli rapor verilmesini de isteyebilir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. LANG, J.T. (2005), "Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.286.

¹¹⁴ LANG, J.T. (2003), "Commitment Decisions Under Regulation 1/2003:Legal Aspect Of a New Kind of Competition Decision", *European Competition Law Review*, Vol:24(8), s.352-353.

¹¹⁵ Lang 2006, s.275.

¹¹⁶ Gippini-Fournier 2008, s.42.

ihlalin hızlı bir şekilde sona erdirilmesi ile elde edilen avantajların, klasik bir usulün takibi ile elde edilecek caydırıcılığın sağlanması, haksız kazancın geri alınması, tazminat davalarının takibinin kolaylaşması gibi avantajlara ağır bastığı durumlarda mümkün olacaktır¹¹⁷.

Taahhüt süreci Komisyon'un hakkında işlem başlattığı taraflara soruşturma açma kararının (*Preliminary Assessment*) gönderilmesiyle başlamaktadır¹¹⁸. Bu bildirim içeriğine ilişkin bir belirlilik olmasa da, soruşturma raporuna benzer şekilde Komisyon'un ilk değerlendirmelerini içermesi ve teşebbüslere cevap verme imkânı tanınması gerekmektedir¹¹⁹. Taahhüt mekanizmasını işletmek isteyen teşebbüsler, kendilerine ulaşan bildirimce cevaben taahhüt önerilerini Komisyona sunmaktadırlar. Bu süreçte taahhütler üzerinde uzlaşmak amacıyla Komisyon ile teşebbüsler arasında görüşmeler yapılmaktadır¹²⁰. Komisyon soruşturma başlatıldığını internet sayfasında ilan etmekte, arkasından teşebbüslerin kabul ettiği taahhütleri kamuoyu ile paylaşarak yayınladığı bir duyuru aracılığı ile ilgili olan üçüncü kişileri görüş göndermeye davet etmektedir¹²¹. Sürece menfaati olan üçüncü kişilerin dahil olması, Komisyon'un kararın özetini, esaslı noktalarını ve verilen taahhütleri yayınlaması ile mümkün olmaktadır. Bu gereklilik, Tüzüğün 27 inci maddesinde yer alan Komisyon'un 9 uncu madde çerçevesinde bir karar

¹¹⁷ Taahhüt mekanizmasının optimal kullanımı esnasında dikkat edilmesi gereken hususlar için bkz. Wils 2006, s.8-10.

¹¹⁸ Komisyon'un yapmış olduğu bildirim, soruşturma raporu şeklinde olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Lang 2003, 347. Aksi yönde bkz. Gippini-Fournier 2008, s.34. Gippini-Fournier bu bildirim soruşturma raporuna benzediğini ancak büyük ölçüde onun özeti olduğunu savunmaktadır. Aksi yöndeki bir varsayım mekanizmanın cazibesini azaltacaktır. Ayrıca bkz. Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 Relating to the Conduct of Proceedings by the Commission Pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty (773/2004 sayılı Tüzük), madde 2.

¹¹⁹ COOK, C.J. (2006), "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9", *World Competition*, Vol:29(2), s.215.

¹²⁰ Örneğin *Coca-Cola* kararında (Case COMP/A.39.116/B2), teşebbüs yetkilileri ile Komisyon arasında taahhüt önerileri üzerinde uzlaşmak amacıyla birkaç ay öncesinde görüşmeler başlamış ve belirli taahhütler üzerinde mutabakata varılmıştır. Komisyonun gönderdiği soruşturma açma kararının tebliğinden kısa bir süre sonra Coca Cola tarafından taahhüt önerileri gönderilmiştir. Cook, buradan yola çıkarak soruşturma açma kararının esasen bir formaliteden ibaret olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. Cook 2006, s.216. Taahhüt mekanizmasına ilişkin kuralların net olmamasının Komisyon'a hareket alanı sağladığı tartışılmaktadır. Bkz. Georgiev 2007, s.1019.

¹²¹ FERRO, M.S. (2005), "Committing to Commitment Decisions—Unanswered Questions on Article 9 Decisions", *European Competition Law Review*, Vol:26(8), s.457.

almadan önce olayın özetini, verilen taahhütlerin veya çözüm yolunun esaslı noktalarını yayınlayacağına yönelik düzenlemeden kaynaklanmaktadır. İlgisi olan üçüncü şahısların, Komisyon tarafından belirlenen ve bir aydan az olmayacak bir süre içerisinde gözlemlerini sunabileceği, bu yayının teşebbüslerin, ticari sırlarının korunmasındaki meşru menfaatini dikkate alacağı da 27 inci maddede hüküm altına alınmıştır¹²². İlgili tarafların yorum yapabilmeleri için bir aylık süre tanındığı ve “Pazar testi” olarak da adlandırılan bu sürecin, alınan taahhüt kararının sakıncalı yönlerinin bulunduğu işaret etmesi durumunda Komisyon alınan taahhüt kararını yeniden değerlendirmek veya kaldırarak inceleme başlatmak seçeneklerine yönelebilmektedir¹²³. Mevcut uygulamalar Komisyon’un özellikle bazı dosyalarda çok fazla sayıda görüş aldığı ve bu görüşleri nihai kararında dikkate aldığı göstermektedir¹²⁴.

Topluluk hukukunun genel prensipleri uyarınca, kendilerini bağlayıcı taahhütler altına giren teşebbüslerin buna dayanak teşkil eden kararı temyize götürmeleri mümkündür¹²⁵. Ancak tarafların kendi isteği ile bu sürece girmeleri karşısında mahkemeye başvurmanın sadece istisnai hallerde söz konusu olacağı söylenebilir. Böyle bir durum bakımından ilk akla gelen örnek, Komisyon’un teşebbüslerin kabul ettiği daha fazla kısıtlamayı içeren bir karar alması halidir¹²⁶. Komisyon’un uyuşmazlığa ilişkin ayrıntılı bir karar yayınlamamasının yargı denetimini güçleştirebileceği savunulmaktadır. Bununla birlikte taahhütlerin kısa süreler için verilmesi ve pazar koşullarının kararda yer alması, sakıncaları giderici olarak görülmektedir¹²⁷. Üçüncü kişilerin temyiz haklarının olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. İlgisi olan üçüncü kişilerin, uyuşmazlığın klasik soruşturma usulü ile sonuçlandırılmaksızın taahhüde bağlanmasını mahkemeye götürebilecekleri kabul edilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte bu imkânın mekanizmanın etkinliğini zayıflatacağı, karardan memnun olmayan üçüncü kişilerin özel hukuk davaları aracılığı ile zararlarını tazmin etmelerinin daha uygun olduğu tartışılmaktadır¹²⁹.

Tüzüğün 9 uncu maddesinde, karara dayanak teşkil eden gerçeklerden herhangi birinde önemli bir değişiklik olduğu, ilgili teşebbüslerin taahhütlerine

¹²² 1/2003 sayılı Tüzük, madde 27 (4).

¹²³ FAQ, s.2 Bundan başka Komisyon Danışma Kurulu’nun (*Advisory Committee*) ve Sözlü Savunma Görevlisinin (*Hearing Officer*) de görüşlerini almaktadır.

¹²⁴ Cook 2006, s.217. Bu yöndeki kararlar için bkz. De Beers-Alrosa, Coca Cola, Repsol.

¹²⁵ Taahhüt mekanizmasında temyize gitmenin yaratacağı sakıncalar için bkz. Cook 2006, s.222-223.

¹²⁶ Wils 2006, s.22.

¹²⁷ Ferro 2005, s.458.

¹²⁸ Wils 2006, s.22.

¹²⁹ Georgiev 2007, s.1023.

aykırı hareket ettiği veya kararın, taraflarca temin edilen eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayandırılmış olduğu hallerde, Komisyon'un talep üzerine veya re'sen, yeniden işlem başlatılabileceği¹³⁰ düzenlenmektedir. Yeniden işlem başlatılmasını takiben Komisyon; ihlal bulgusuna ulaşarak ihlal konusu davranış için ve/veya taahhütlere uyulmadığı için yaptırım uygulayabilmekte, yeni bir taahhüt kararı alabilmekte ya da ilk taahhüt kararının geçersiz olduğu sonucuna ulaşabilmektedir. Bundan başka, taahhüt kararına uyulmamasının teşebbüsler açısından para cezası ile sonuçlanabilecek bir süreci beraberinde getireceği belirtilmelidir. Tüzüğün para cezalarını düzenleyen 23 üncü maddesinde, 9 uncu madde uyarınca verilen bağlayıcı taahhütlere uymayan teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bir önceki yıl cirolarının %10'una kadar para cezası verilebileceği belirtilmektedir. Süreli para cezalarını düzenleyen 24 üncü maddede teşebbüs veya teşebbüs birliklerine taahhütlere uyulmayan her gün için, bir önceki iş yılındaki ortalama günlük cirolarının % 5'ini geçmeyen ve kararın belirlediği tarihten itibaren hesaplanan miktarda süreli para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak taahhütlere uyulmaması Komisyon'un süreci yeniden başlatmasına neden olabileceği gibi, böyle bir işlem başlatılmaksızın uymama davranışının da para cezası ile cezalandırılması mümkündür. Zira burada uymama davranışının kendisi bir ihlal halinde gelmektedir. Bununla birlikte uymama davranışına karşı soruşturma başlatılırken aynı anda para cezası ve/veya süreli para cezası uygulanıp uygulanamayacağı da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce, uymama davranışı, ayrı bir ihlal teşkil ettiği için soruşturma başlatılmasıyla eş zamanlı olarak para cezası uygulanması önünde bir engel yoktur. Zira soruşturma süreci sonucunda alınacak karar ihlal kararı olacaktır. Ayrıca, süreli para cezası da teşebbüslerde verilen taahhütlere uygun davranma yönünde bir tehdit oluşturması nedeniyle uygulanabilmelidir¹³¹.

Taahhüt mekanizması, ihlal bulgusu içermediğinden böyle bir kararın özel hukuk yaptırımları alanında ne gibi etkilerinin bulunduğu ayrıca

¹³⁰ Bununla birlikte Georgiev, Komisyon ve tarafların birlikte karar vermesi veya sadece tarafların talebi üzerine taahhütlerin değiştirilip değiştirilemeyeceğine veya bunun nasıl bir usul altında mümkün olacağına dair düzenlemeye yer verilmediğine işaret etmektedir. Bkz. Georgiev 2007, s.1020.

¹³¹ Bu kanaatimiz kısmi olarak W. Wils tarafından da paylaşılmaktadır. Kendisine konuya ilişkin olarak yönelttiğimiz soruya aldığımız cevap, soruşturma başlatılması ile para cezasının eş zamanlı uygulanabilmesi önünde bir engel olmadığı yönündedir. Bununla birlikte W. Wils, süreli para cezasının uygulanmasının tartışmalı olduğu, süreli para cezalarının amacı dikkate alındığında, bu cezanın uymama davranışının caydırılması için işletilmesi gerektiği ve bu nedenle soruşturma başlatılması ile aynı anda uygulanamayacağı görüşündedir.

değerlendirilmelidir. Taahhüt kararları teşebbüslerin davranışlarının rekabeti ihlali olup olmadığı konusunda sessiz kalmakta, yani bu kararlarla ihlal bulgusu yapılmamaktadır. Uygulamada tüketicilerin veya rakip teşebbüslerin özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını temin etmek amacıyla mahkemeye başvurmaları esnasında, davranışın ihlal teşkil ettiğine ilişkin bir karar tercih edilmektedir. Dolayısıyla alınan bu kararların özel hukuk uygulamaları üzerindeki etkisinin ihlal kararlarına göre daha zayıf olacağı söylenebilir.

Taşıdığı belirsizliklere rağmen taahhüt mekanizması, kabulü ile birlikte Komisyon tarafından sıklıkla kullanılmıştır. Alınan kararların bir kısmı 17 sayılı Tüzük uyarınca başlatılan incelemelere yönelik olmuştur. 81 inci madde uyarınca alınan kararlardan *Buma ve Sabam*¹³², *CISAC*¹³³ ve *Cannes Anlaşması*¹³⁴ müzik lisanslamasını konu edinen kararlardır. Her üç kararda da Komisyon tarafından rekabete aykırı olabileceği değerlendirilen hükümleri kaldırmaya yönelik taahhütler verilmiştir. Cannes anlaşmasının indirimlere ve rekabet etmemeye ilişkin hükümlerinin Komisyon tarafından 81 inci maddeye aykırı olabileceği değerlendirilmiş ve bu iki maddenin değiştirilmesine yönelik olarak verilen taahhütler üzerine dosya sonuçlandırılmıştır. *Deutsche Bundesliga*¹³⁵ ve *FA Premier League*¹³⁶, futbol maçları yayın haklarının satışına ilişkin olarak alınmış, *Bundesliga* Kararında maç yayın haklarının şeffaf ve ayrımcı olmayan bir usulle farklı paketler altında sunulacağı belirtilerek bu paketlerin detayları tespit edilmiştir. *Austrian Airlines/SAS İşbirliği Anlaşması*¹³⁷ uçuş programları ve slotlara erişim sağlanması taahhütlerini içermiştir. Bu kararlar, Komisyon ve teşebbüslerin klasik soruşturma usulü dışında daha esnek bir mekanizmaya ihtiyaç duyduğunun göstergesi olmuş ve muafiyet kararlarına benzer bir işleve sahip olmuştur¹³⁸. 81 inci madde kapsamında alınan diğer dört karar *DaimlerChrysler*, *Toyota*, *General Motors* ve *Fiat* hakkındadır¹³⁹. Kararlar, bu teşebbüslerin bağımsız tamircilere teknik bilgi sağlamaya ilişkin taahhüt üstlenmelerini içermiştir. Büyük ölçüde birbirine benzeyen bu taahhütler, teknik bilginin neleri içerdiğine ve teknik bilginin bağımsız tamircilere de ayrımcılık yapılmaksızın verilmesi gerektiğine ilişkindir. Buna ek olarak bağımsız tamircilerin bilgiye ulaşımının nasıl sağlanacağı, bu çerçevede nasıl bir fiyatlandırma politikasının elverişli olacağı da

¹³² COMP/39.152, COMP/39.151.

¹³³ COMP/38.698.

¹³⁴ COMP/38.681.

¹³⁵ COMP/37.214.

¹³⁶ COMP/38.173.

¹³⁷ COMP/37.749.

¹³⁸ Schweitzer 2008, s.5-6.

¹³⁹ http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html

sağlayıcıların dikkate alması gereken konular olarak belirlenmiştir. *Repsol* kararı¹⁴⁰ ise, Repsol'ün akaryakıt dağıtım sistemi bünyesindeki bayilerinin daha serbest koşullar altında faaliyet göstermelerini içeren taahhütler üstlenmesini karara bağlamıştır.

82 nci madde bakımından ise farklı ihlal iddiaları taahhüt kararlarına konu olmuştur. 82 nci maddenin belirsiz kabul edilebilecek ifadelerinin, taahhüt kararlarını bu ihlal türleri bakımından cazip hale getirdiği kabul edilmektedir¹⁴¹. *Coca-Cola* kararında¹⁴², The Coca Cola Company (TCCC)'nin münhasır anlaşmalar, hedef indirimleri ve bağlama anlaşmaları yaparak hakim durumunu kötüye kullandığına yönelik olarak yapılan şikayetler üzerine Komisyon inceleme başlatmış, taahhüt mekanizması işletilerek TCCC tarafından verilen taahhütlerin 2010 yılına kadar bağlayıcı kılınması ve incelemenin sona erdirilmesi şeklinde nihai karar alınmıştır. *Coca Cola* kararında belli istisnalar haricinde münhasır anlaşmalar yapılmamasına, müşterilere yapılacak indirimlere, soğutucu dolapların kullanımına ve bağlama uygulamalarına gidilmemesine yönelik olarak taahhütler verilmiştir¹⁴³. *Distrigaz* kararı¹⁴⁴ ise Distrigaz tarafından akdedilen uzun dönemli tedarik anlaşmalarının pazarı kapatma ihtimaline karşılık olarak alınmış, taahhütler dört yıl için getirilmiş ve pazarın alternatif sağlayıcılara açılması temin edilmeye çalışılmıştır.

Diğer 82 nci madde kararı olan *De Beers/Alrosa*¹⁴⁵ ise yargı aşamasında İlk Derece Mahkemesi'nin yapmış olduğu değerlendirmeler çerçevesinde ayrı bir öneme sahip olmuştur. Dünyanın en büyük ham elmas tedarikçisi olan De Beers'in, dünyanın ikinci en büyük elmas üreticisi olan Alrosa'dan yaptığı yüksek miktardaki işlenmemiş elmas alımlarının, pazardaki diğer teşebbüslerin hammadde kaynaklarını ortadan kaldırmak suretiyle rekabeti sınırladığı ve De Beers'in pazardaki hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle yürütülen inceleme kapsamında Komisyon, taraflara iki ayrı soruşturma raporu göndermiş, teşebbüsler dosyaya erişim ve sözlü savunma haklarını kullanmıştır. Mayıs 2004'te 1/2003 sayılı Tüzük'ün yürürlüğe girmesinin ardından, teşebbüsler aralarındaki işlenmemiş elmas ticaretinin hacmini azaltacak nitelikte taahhütler sunmuştur. Böylelikle daha önce gönderilmiş olan soruşturma raporu, teşebbüslerin sundukları taahhütlere temel teşkil etmiştir. Komisyon 2005 yılının Haziran ayında bu taahhütleri üçüncü kişilerin görüşüne açmış, ancak

¹⁴⁰ COMP/38.348.

¹⁴¹ Schweitzer 2008, s.9.

¹⁴² COMP/A.39.116/B2.

¹⁴³ COMP/A.39.116/B2.

¹⁴⁴ COMP/B-1/37966.

¹⁴⁵ COMP/B-2/38.381.

gelen görüşlerde taahhütlerin yetersiz olacağı yönünde değerlendirmeler yer almıştır. Bunun üzerine De Beers, 2009 yılından itibaren Alrosa'dan doğrudan veya dolaylı olarak yapacağı işlenmemiş elmas alımlarını durduracağı konusunda taahhütte bulunmuştur. Komisyon, Şubat 2006'da, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 9 uncu maddesi kapsamında aldığı kararda bu taahhütleri teşebbüs üzerinde bağlayıcı kılmış ve incelemeyi sonlandırmıştır.

Alrosa alınan taahhüt kararının tarafı olmasa da karardan etkilenmiş, karara karşı dava açmış, sözlü savunma hakkının ihlal edildiğini, belirsiz süre için üstlenilen taahhütlerin orantısız olduğunu ve sözleşme yapma özgürlüğüne aykırı bir karar alındığını iddia etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, taahhüt kararını iptal etmiştir¹⁴⁶. Mahkeme 9 uncu madde kararlarında Komisyon'un ihlali ortaya koyma zorunluluğu bulunmadığını ancak taahhüt kararına esas olan rekabetçi kaygılarının dayanağını göstermesi gerektiğini belirtmiş, yapılacak pazar analizinin ve ihlal değerlendirmesinin ihlal bulgusu içeren kararlardan daha az detaylı olabileceğini ancak taahhütlerin orantılı olup olmadığının denetlenmesine yetecek bir netliğe sahip olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁴⁷. Alrosa'nın ve De Beers'in dosya bakımından hukuki statüleri ve bu çerçevede sahip oldukları haklar da değerlendirilmiştir. De Beers'in işlemin tarafı olan "ilgili teşebbüs" (*undertaking concerned*) olduğu¹⁴⁸, Alrosa'nın ise 82 nci madde bakımından yürütülen işlemin tarafı olmasa da karardan etkilendiği, bu nedenle dosyanın özel koşulları dikkate alınarak ilgili teşebbüsle aynı haklara sahip olması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁹. Topluluk hukukunun genel prensiplerinden hareket edilerek tarafların dosyaya giriş ve sözlü savunma haklarına sahip oldukları sonucuna ulaşılmıştır¹⁵⁰.

Mahkeme ayrıca De Beers tarafından kabul edilen taahhütlerin ulaşılmak istenilen amaçlarla orantılı olup olmadığını da değerlendirmiştir. Mahkeme Komisyon'un istediği takdirde taahhütleri kısmi olarak bağlayıcı kılabilceğini, taahhüdün teşebbüs tarafından gönüllü olarak verilmesinin Komisyon'un yeterlilik ve gereklilik değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü kaldırmadığını belirtmiştir¹⁵¹. Ayrıca Komisyon'un daha az kısıtlayıcı

¹⁴⁶ Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007. Komisyon kararı temyiz etmiştir ancak dava henüz sonuçlanmamıştır.

¹⁴⁷ Par. 100, 125.

¹⁴⁸ Par. 176.

¹⁴⁹ Par. 187.

¹⁵⁰ Par. 188-191, 196-197.

¹⁵¹ Par. 139 ve 143.

ihtimallerin varlığı halinde bunların ihtiyacı karşılayıp karşılamayacağıının değerlendirilmesinin orantısallık ilkesinin gereği olduğu karara bağlanmıştır¹⁵².

Alrosa kararı, pek çok yönüyle tartışmalara konu olmuştur. Anlaşmanın ve taahhüt kararının doğrudan tarafı olmayan, dolayısıyla kararla bağlı olmayan Alrosa'nın kararın iptali yerine sözleşme ilişkisinin zarar görmesinden hareketle özel hukuk yoluyla çözüm araması gerektiği savunulmuştur¹⁵³. İlk Derece Mahkemesinin Alrosa kararı ile taahhüt mekanizmasını uzlaşma aracı yerine kamusal uygulama aracı olarak gördüğü, Komisyon'a rekabetçi kaygılarını açık bir şekilde formüle etmesi gerekliliğini ve tarafların savunma haklarının tam olarak korunması zorunluluğunu da getirdiği, bu standartlar altında, taahhüt kararlarının kabul ediliş amacına uygun olarak kullanılmayacağı belirtilmiştir¹⁵⁴.

Taahhüt kararları kapsamında, son olarak geçtiğimiz günlerde alınan bir karara değinmek yerinde olacaktır. Komisyon 2007 yılında MasterCard'ın çok taraflı takas komisyonu işlemleri bakımından 81 inci maddeyi ihlal ettiği ancak gerekli değişikliklerin yapılması halinde işleme muafiyet tanınabileceği yönünde bir karar almıştır. MasterCard'a altı aylık bir süre tanınmış, 2008 yılının Haziran ayında MasterCard sınır ötesi takas işlemleri bakımından sürdürdüğü uygulamayı sonlandırmıştır. Ancak, 2008 yılının Ekim ayından itibaren Karara aykırı eylemlerde bulunmuştur. Bununla birlikte, Nisan ayında yapılan bir basın duyurusu ile MasterCard'ın 2009 yılının Temmuz ayından itibaren uygulayacağı sisteme ilişkin vermiş olduğu taahhütler sonucunda hakkında işlem başlatılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşıldığı açıklanmıştır. Dolayısıyla ödemeli kart pazarında etkin bir sistemin işletilmesine yönelik olarak verilen taahhütler kabul edilmiş, pazara hızlı bir müdahalenin yapılması sağlanmıştır¹⁵⁵.

2.2. İHLALİN KABULÜ VE İŞBİRLİĞİ KARŞILIĞINDA CEZALARDA İNDİRİM YAPARAK İLGİLİLERLE UZLAŞMA

Komisyon soruşturma sürecini hızlandırmak suretiyle etkin bir uygulama sağlamak amacıyla 2008 yılının Temmuz ayında yaptığı

¹⁵² Par. 131. İlkeye ilişkin diğer değerlendirmeler için ayrıca bkz. par. 103, 141, 149.

¹⁵³ Gippini-Fournier 2008, s.49.

¹⁵⁴ Schweitzer 2008, s.1. Bununla birlikte Komisyon ve teşebbüslerin davranışlarının sınırlanması ve rekabetin korunmasının ötesine geçilmemesi bakımından yargı denetiminin gerekliliği de vurgulanmıştır.

¹⁵⁵ Antitrust: Commissioner Kroes takes note of MasterCard's decision to cut cross-border Multilateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases, IP/09/515, Brussels, 1st April 2009.

düzenlemelerle kartellere yönelik olarak uzlaşma¹⁵⁶ mekanizmasını kabul etmiştir. Böyle bir yeniliğin en önemli nedeni uzayan soruşturma ve temyiz süreçleridir. Özellikle ABD ve AB’de farklı soruşturmalara tabi olan teşebbüsler bakımından yapılan karşılaştırmalar, ABD’de uyuşmazlıkların daha hızlı sonuçlandırıldığı somutlaştırmaktadır. Uzayan bu süreçler beraberinde yüksek uygulama maliyetlerini de getirmektedir. İşte zaman ve kaynak tasarrufunu sağlamak suretiyle bu ihtiyaçlara yönelik bir uzlaşma paketi kabul edilmiştir¹⁵⁷. Uzlaşma süreci ile birlikte kendilerine yöneltilen iddialar hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanan teşebbüslere ihlali kabul etmelerine bağlı olarak almaları muhtemel olan para cezalarından %10 oranında indirim yapılmaktadır. İhlalin kabulünün ve diğer bazı savunma haklarından vazgeçilmesinin soruşturmaları hızlandırması, böylece kaynakların diğer soruşturmalara aktarılması beklenmektedir. Her ne kadar klasik soruşturma usulünün yürütülmesi esnasında da teşebbüslerin kimi haklarından vazgeçmeleri ve ihlali kabul etmeleri karşılığında ceza miktarında indirim almaları mümkün olsa da, bu tercih tüm teşebbüsler veya en azından çoğu teşebbüs tarafından kullanılmadığında, soruşturma sürecinin hızlanması anlamında bir yol kat edilememektedir. Dolayısıyla Komisyon uzlaşma mekanizması ile tüm teşebbüsler tarafından izlenebilecek bir yöntem sunarak usul etkinliğinin sağlanması yönünde bir adım atmaktadır¹⁵⁸.

Sadece karteller bakımından alınabilecek uzlaşma kararları, bu yönü ile taahhüt kararlarından farklılaşmaktadır. “2.1. Taahhüt” başlığı altında taahhüt kararlarının, 1/2003 sayılı Tüzüğün 9 uncu maddesi ile düzenlendiği ve ihlal tespiti veya ceza uygulanmasını içermeksizin, ihlal şüphesinin teşebbüs tarafından verilecek taahhütlerle giderilmesini ve bu taahhütlerin teşebbüs üzerinde bağlayıcı kılınarak dosyanın sonuçlandırılmasını içerdiği belirtilmişti. Dolayısıyla taahhüt mekanizmanın karteller bakımından işletilmesi ve örneğin ihlalin tekrarına esas teşkil etmesi mümkün değildir. Buna karşılık, uzlaşma kararları 1/2003 sayılı Tüzüğün 7 inci ve 23 üncü maddelerinde dayanağını bulmaktadır, ihlal tespitini içerdiğinden ihlalin sona erdirilmesini ve ceza uygulanmasını gerektirmekte, ayrıca ihlalin tekrarına esas teşkil edebilmektedir¹⁵⁹.

Komisyon tarafından öngörülen mekanizma delil elde edilmesi veya cezanın pazarlığından çok usul etkinliğinin sağlanmasına yönelik olarak

¹⁵⁶ “Settlement” kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır.

¹⁵⁷ Stephan 2007, s.6.

¹⁵⁸ TIERNO CENTELLA, M.L. (2008), “The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases”, *Competition Policy Newsletter*, No:3, s.30.

¹⁵⁹ FAQ, MEMO/08/458, s.3.

kurulanmıştır¹⁶⁰. Bununla birlikte, teşebbüslerin uzlaşma mekanizması çerçevesinde sürece dahil olmalarının, teşebbüslere sonuç üzerinde etki etme imkanı sağladığı kabul edilmektedir¹⁶¹.

Karteller bakımından öngörülen bu mekanizmanın nasıl işlediği 773/2004 sayılı Tüzükte yapılan değişiklikler¹⁶² ve kabul edilen bir Duyuru (Komisyon Duyurusu)¹⁶³ ile belirlenmiştir. Tüzük ve Duyuruda genel bazı açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, klasik soruşturma usulünden farklı olarak, uzlaşma mekanizmasının işletildiği dosyalarda, şikâyetçiye soruşturma raporunun ticari sırlardan arındırılmış versiyonunun gönderilmeyeceği, bunun yerine şikâyetçinin olay ve izlenen usul hakkında bilgilendirileceği ve görüşünün alınacağı, hüküm altına alınmaktadır¹⁶⁴. Bundan başka taraflar, her aşamada savunma haklarının etkin bir şekilde kullanılmasını teminen Sözlü Savunma Görevlisine başvurabilmektedir¹⁶⁵. Ayrıca, tarafların Komisyon'un izni olmaksızın uzlaşma sürecinde yapılan tartışmaları veya incelenen belgelerin içeriğini, üçüncü kişilere açıklamaları yasaklanmaktadır. Bu yasaklamanın ihlali, teşebbüsün uzlaşma sürecini sona erdirebileceği gibi, bunun nihai cezanın miktarının belirlenmesinde ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınması veya pişmanlık programı kapsamında yapılan işbirliğinin eksik olduğunun kabul edilmesine yol açması gündeme gelebilmektedir¹⁶⁶.

Uzlaşma mekanizmasının işletilmesi, öncelikle ihlal iddiası ile soruşturma başlatılmış olmasına bağlıdır¹⁶⁷. Komisyon, böyle bir inceleme başlatmasının ardından hangi durumlarda uzlaşmanın işletilebileceği, hangi teşebbüslerle uzlaşma yapılacağı, etkinliği dikkate almak suretiyle soruşturmaya

¹⁶⁰ Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartel cases, IP/08/1056.

¹⁶¹ Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartel cases-frequently asked questions, MEMO/08/458.

¹⁶² Commission Regulation (EC) No 622/2208 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases.

¹⁶³ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decision pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases.

¹⁶⁴ Tüzük, madde 6.

¹⁶⁵ Komisyon Duyurusu par. 18.

¹⁶⁶ Komisyon Duyurusu, par. 7.

¹⁶⁷ Bununla birlikte pişmanlık programının işletilmesi veya bilgi-belge isteme ve yerinde inceleme yetkilerinin kullanılmasının ardından uzlaşmanın uygun olup olmayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla uzlaşma mekanizmasının işletilmesinde öncelikle ihlale ilişkin olarak belirli bir bilgi düzeyine ulaşılmaktadır. Bkz. Tierno Centella 2008, s.32. Ancak soruşturma raporunun tebliğinden önce sürecin başlatılması gerekmektedir. Bkz. Komisyon Duyurusu, par. 9.

devam edilip edilmeyeceği veya bazı teşebbüsler bakımından uzlaşma sürecinin sonlandırılabilmesi gibi konularda karar verme yetkisine sahiptir¹⁶⁸. Komisyon'a tanınan geniş takdir hakkına rağmen, uzlaşma sürecinin ancak tarafların bu konudaki yazılı talepleri ile başlayabileceği, Duyurunun 5 inci paragrafında düzenlenmektedir. Sürecin hangi dosyalarda işletileceğinin belirlenmesinde, ortak bir anlayışa ulaşmanın mümkün olup olmayacağı, tarafların sayısı, ihlalin kapsamı ve uzlaşma ile elde edilebilecek kazanımlar dahil pek çok unsur dikkate alınabilmektedir.

Duyuruda öngörülen usul uyarınca Komisyon, dosya konusu uyuşmazlığın uzlaşma için elverişli olduğu kanaatine varması halinde, iki haftadan az olmamak kaydıyla bir süre belirlemekte ve teşebbüsler bu süre içerisinde uzlaşma talebini içeren yazılı bir başvuru yapmaktadırlar. Bununla birlikte bu açıklama ihlalin kabulü anlamına gelmemektedir¹⁶⁹.

Tarafların talebinin ardından Komisyon yetkilileri ve taraflar arasında karşılıklı görüşmelerle süreç başlamaktadır. Görüşmeler Komisyon ve teşebbüs arasında iki taraflı olarak yürütülmekte, ayrıntılara girilmeyen görece kısa toplantılarla teşebbüse özgü koşullar dikkate alınarak uzlaşmanın faydalı olup olmayacağı değerlendirilmektedir¹⁷⁰. Bu süreçte taraflar, kendilerine karşı yöneltilen iddialara ve bu iddiaları destekleyen delillere, mümkün olduğu ölçüde kendileri hakkında düzenlenmiş belgelerin ticari sırlardan arındırılmış versiyonlarına erişebilmekte ve uygulanması olası para cezası aralığı hakkında bilgilendirilmektedir¹⁷¹. Dolayısıyla taraflar ihlalin türü ve niteliği, ağırlığı ve süresi, öngörülebilecek ceza miktarı ve deliller hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Bu bilgi, tarafların kendilerine yöneltilen iddialar hakkında açıklama yapmalarına ve uzlaşma kararını alıp almayacaklarını belirlemelerine yardımcı olmaktadır¹⁷².

İhlalin kapsamına ve uygulanacak ceza miktarına ilişkin olarak fikir birliğine varıldıktan ve Komisyon'un uzlaşma sağlanmasıyla etkinlik yaratılacağı izlenimini edinmesinin ardından, Komisyon, nihai uzlaşma

¹⁶⁸ Değişiklik Tüzüğü, par. 4, 773/2004 sayılı Tüzük, madde 10(a)(4).

¹⁶⁹ Tüzük 10(a)(1), Komisyon Duyurusu, par. 11-12. Komisyon'un aynı ekonomik bütünlük altındaki farklı teşebbüsler hakkında soruşturma yürütmesi halinde, usule ilişkin kolaylığın sağlanması bakımından, bu teşebbüslerden ortak bir temsilci atanması ve sürecin bu şekilde yürütülmesi istenmektedir.

¹⁷⁰ Tierno Centella 2008, s.32.

¹⁷¹ Tüzük, madde 10(a)(2).

¹⁷² Komisyon Duyurusu, par. 16.

önerisinin¹⁷³ bildirilmesi için taraflara 15 iş gününden az olmayan ve tarafların talebi üzerine uzatılabilecek bir süre tanınmaktadır¹⁷⁴. Tarafların uzlaşma önerisi sunmamaları durumunda, uyuşmazlık genel usul ve esaslar çerçevesinde sonuçlandırılmaktadır¹⁷⁵.

Duyuruda, tarafların sunmaları gereken uzlaşma önerisinin hangi unsurları içermesi gerektiğine yer verilmiştir. Bu çerçevede;

- Teşebbüslerin ihlali gerçekleştirdiklerine, ihlalin kapsamı ve süresine ilişkin verecekleri bilgi,
- Teşebbüslerin kendilerine uygulanacağını düşündükleri ceza miktarı ile uzlaşma neticesinde kabul edecekleri en yüksek ceza miktarı,
- Teşebbüslerin kendileri hakkında yöneltilen iddialar hakkında yeterli bilgi sahibi olduklarının ve yeterince açıklama yapmaya fırsat bulduklarının kabulü,
- Uzlaşma önerilerinin kabulü halinde dosyaya giriş hakkı ve sözlü savunma taleplerinden vazgeçecekleri¹⁷⁶
- Soruşturma raporu ile nihai kararın kararlaştırılan dilde yayınlanacağını kabulü,

öneride yer alması gereken unsurlardır. Teşebbüsler, Komisyon tarafından aksi yönde bir karar alınmadıkça uzlaşma önerisiyle bağlıdırlar ve önerilerini geri çekme hakları bulunmamaktadır¹⁷⁷.

Bu sürecin arkasından soruşturma raporu gönderilmektedir. Bununla birlikte, soruşturma raporunda teşebbüslerin uzlaşma önerileri kabul edilmeyebilmekte, bu durumda genel usulün izlenmesine devam edilerek nihai karar alınmaktadır. Komisyon'un uzlaşma önerisini kabul eden bir bildirim

¹⁷³ Uzlaşma önerileri yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilmektedir. Bu durumda yapılan öneri kayıt altına alınmakta ve teşebbüslere doğruluğunun kontrol edilebilmesi imkânı tanınmaktadır. Komisyon Duyurusu, par. 38.

¹⁷⁴ Tarafların uzlaşma önerisi sunmalarına ilişkin sürenin dolmasının ardından yapılan önerilerin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir (Tüzük 10(a)(2)).

¹⁷⁵ Komisyon Duyurusu par. 14-19

¹⁷⁶ Soruşturma raporunun uzlaşma önerilerini yansıtmaması hali hariç olmak üzere. Bununla birlikte, Tierno Centella bu aşamaya gelinmeden teşebbüslerin zaten dosyanın gerekli bölümlerine eriştiklerini ve ikili tartışmalarla sözlü savunma haklarını kullandıklarını ifade etmektedir (Tierno Centella 2008, s.34).

¹⁷⁷ Komisyon Duyurusu par. 20-22. Ancak böyle bir yükümlülüğün yüklenebilmesi, soruşturma raporunda ve nihai kararda uzlaşma önerilerine paralel hususların karara bağlanmasına bağlıdır.

yapması halinde ise bildirim yapılmasının ardından teşebbüsler en az iki haftalık bir zaman dilimi içerisinde cevap göndermekte ve bildirim uzlaşma önerilerini karşıladığını ve vermiş oldukları taahhütlere bağlı olduklarını bildirmektedirler. Bu cevabın gönderilmesi sürecin devamlılığı için zorunludur, aksi halde Komisyon süreci sonlandırabilmektedir¹⁷⁸.

Tarafların uzlaşma sürecinin devamına yönelik olarak cevap göndermeleri durumunda, dosyaya giriş hakkı ve sözlü savunma aşamaları gerçekleştirilmeksizin nihai karar alınmaktadır. Bu aşamada da Komisyon'un uzlaşmadan vazgeçme hakkı saklı olmakla birlikte, durumun yeni bir bildirimle teşebbüse açıklanması ve savunma haklarının kullanılmasına imkân verilmesi gerekmektedir. Bu durumda uzlaşma önerisi çekilmiş sayılmakta ve teşebbüs tarafından yapılan açıklamalar teşebbüsün aleyhinde kullanılmamaktadır. Nihai kararın alınması aşamasında ceza belirlenirken uzlaşma sürecini tamamlayan teşebbüsler %10 oranında indirim kazanmaktadır¹⁷⁹. Uzlaşan tarafın pişmanlık programı kapsamında da başvuru yapmış olması halinde, uzlaşma nedeniyle elde edilen indirimin pişmanlık programı kapsamında edinilen indirimle ekleneceği kabul edilmektedir¹⁸⁰.

Uzlaşma sürecinin sonunda alınan karar, yargı denetimine tabidir¹⁸¹. Uzlaşma sürecinin tarafların temyiz hakkını ortadan kaldırmamasına rağmen, Komisyon temyize giden dosya sayısında azalma beklemektedir. Aslında teşebbüslerin soruşturma raporunun hazırlanması sırasında Komisyon ile "ortak anlayış"a ulaştığı göz önüne alındığında, tarafların üzerinde uzlaştıkları bir kararı yargıya götürmeleri daha ender rastlanacak bir durum olacağından davaların azalacağı söylenebilir¹⁸². Ayrıca, Komisyon'un teşebbüse uzlaşılan kararı mahkemeye taşınması halinde mahkemeden daha fazla ceza talep edeceğini belirtmesinin de önünde bir engel yoktur.

Uzlaşma sürecinin özel hukuk yaptırımları üzerinde iki yönlü bir etkisinin ortaya çıkabileceği söylenebilir. Uzlaşma süreci ihlalin kabulünü içerdiğinden özel hukuk yaptırımlarına da olumlu etki etmesi beklenebilir. Ancak süreç çerçevesinde hazırlanan soruşturma raporunun kısa oluşu, özel

¹⁷⁸ Tüzük, madde 10(a)(3), 17(3). Komisyon Duyurusu par. 23-27.

¹⁷⁹ Komisyon Duyurusu par. 28-32. Caydırıcılığın sağlanması bakımından cezanın arttırılmasının öngörülmesi halinde de, çarpanın 2'den fazla olamayacağı kabul edilmektedir.

¹⁸⁰ Komisyon Duyurusu, par.33.

¹⁸¹ Komisyon Duyurusu par.41.

¹⁸² Temyizin esasen cezanın hesaplanmasına ilişkin olduğu ve uzlaşma sürecinde sabit bir ceza miktarı üzerinde anlaşılmadığından, temyiz başvurularının azalmasının söz konusu olmayacağı yönündeki bir görüş için bkz. Stephan 2007, s.49.

hukuk davalarını olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Bununla birlikte uzlaşma sürecinin sonunda hazırlanan soruşturma raporunun dahi ABD uygulamasına göre daha fazla bilgi içereceği dikkate alındığında, bu handikabın aslında çok büyük olmadığı da söylenebilir¹⁸³.

¹⁸³ Stephan 2007, s.48.

3. BÖLÜM

TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA

3.1. CEZA VE VERGİ HUKUKUNDA TAAHHÜT VE UZLAŞMA BENZERİ UYGULAMALAR

İlgililerin, çok maliyetli bir soruşturma süreci sonunda, ticari sırlarının ortaya çıkması, kamuoyundaki imajlarının bozulması ve en önemlisi başta azami ceza olmak üzere daha ağır yaptırımlara maruz kalmak gibi olasılıklardan kaçınmak için kabul ettikleri rekabet hukukundaki taahhüt ve uzlaşmanın, ceza hukukundaki izdüşümü, önödeme; vergi hukukundaki izdüşümü ise, uzlaşma kurumudur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Dava ve Cezanın Düşürülmesi başlıklı Dördüncü Bölümünde 75 inci maddede düzenlenmiş olan önödeme, mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla belirli ağırlık derecesine ulaşmayan suçlar açısından ceza muhakemesinin bazı aşamalarından sarfınazar edilmesi gereği ile ortaya çıkmıştır¹⁸⁴. Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar için kabul edilmiş olan önödeme kurumunun hukuki mahiyetine ilişkin olarak sulh sözleşmesine benzediği, bir yargılamasız cezalandırma şekli olduğu, önödeme prosedürünün işletilmesi ile ceza hukuku kapsamında olan bir suçun idari suç haline dönüştüğü gibi görüşler bulunmaktadır¹⁸⁵. Failin belirli bir para cezasını yargılanmaksızın ödemeyi kabul etmesi ile bu tür suçlar suç olmaktan çıkmakta ve idari suç niteliği kazanmaktadır. Böylece, kanun koyucunun, kamu davası açılmamasını veya davanın düşürülmesini sağlayarak yargının işini azaltmayı, suçluyu cezaevi ortamından uzak tutarak suçun bulaşıcılığını gidermeyi, daha da önemlisi kişiyi tüketici konumuna sokmayarak hem bireysel hem de kamusal bakımdan ekonomik, toplumsal ve siyasal yararlar elde etmeyi amaçladığı belirtilmiştir¹⁸⁶.

¹⁸⁴ ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.544.

¹⁸⁵ Önödemenin hukuki mahiyetine ilişkin bkz. Özgenç 2006, s.545; HAFIZOĞULLARI, Z. (2007), *Türk Ceza Hukuku Ders Notları*, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2007-2008, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc> s.700, Erişim Tarihi: 11.4.2009, s.700; MAHMUTOĞLU, F.S. (1995), *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı, İstanbul, s.148-149.

¹⁸⁶ Hafizoğulları 2007.

Vergi hukukuna 1963 yılında girerek, vergiye ilişkin uyuşmazlıkların alternatif yollardan çözülmesini amaçlayan¹⁸⁷ uzlaşma kurumu ise, bir tarafında idarenin bulunması nedeniyle rekabet hukukuna en iyi örnek teşkil edecek olan sistemdir. Uzlaşmanın vergi uyuşmazlığının yargıya gidilmeden her iki tarafın rızasıyla çözülebilmesini sağlayan barışçıl çözüm yollarından biri olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁸. Uzlaşmanın mükellefi vergi yargısına gitmekten alıkoyarak, yargı organlarının işleyişini hafifletmek ve verginin bir an önce tahsil edilmesini sağlamak gibi amaçlarla ortaya çıktığı belirtilmektedir¹⁸⁹. Yargıya gitmenin maliyetinin yüksekliği, sonucunun belirsiz olması, gecikme zamlarının yüksekliği gibi etkenlerin mükellefleri uzlaşmaya yönelttiği de bu kurum lehine değinilen diğer faydalardır¹⁹⁰. Uzlaşmanın hukuki niteliği konusunda Şenyüz bir anlamda özel hukuktaki sulh sözleşmesine benzediğini belirtmekle birlikte, öndeme ve idari sözleşme kurumları ile de karşılaştırmasını yaparak nihai tahlilde vergi hukukunun kendine has bir müessesesi olduğunu kabul etmek gerektiği sonucuna ulaşmıştır¹⁹¹.

Uzlaşma kurumu, 1963 yılında Vergi Usul Kanunu (VUK)'a eklenen Ek 1 ile 12 nci maddeler arasında düzenlenmiştir. Vergi ziyanının ortaya çıktığı durumlarda başvurulabilen uzlaşmaya, genel ve özel usulsüzlük suçları söz konusu olduğunda gidilememektedir¹⁹². Uzlaşmada vergi ve/veya ceza miktarının ne oranda düşürülebileceği konusunda, VUK'da ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde bir hüküm mevcut değildir. İndirim oranının takdiri, uzlaşma komisyonuna bırakılmıştır ve uzlaşma komisyonları Maliye Bakanlığı'nın belirlediği çerçevede karar vermektedir. Uygulamada uzlaşma görüşmelerinde genellikle vergi borcunun %10'a, cezaların ise %90'a varan oranlarda indirildiği belirtilmektedir¹⁹³. Uzlaşma sonucunda mükellefin vergi borcu ile bunların cezaları uzlaşılan oran ölçüsünde sona ermektedir. Uzlaşmanın en önemli

¹⁸⁷ Anılan Kanun'un gerekçesinde, uzlaşmanın getiriliş amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

"... Vergi ihtilaflarının süratle halli ve böylece mükelleflerin tereddütlerinin bir an evvel giderilerek huzura kavuşmalarının temini, amme alacağının vaktinde hazineye intikali ve nihayet itiraz ve temyiz mercilerinin işlerinin hafifleterek ihtilaflar üzerine daha titizlikle eğilmelerine imkan sağlanması maksadıyla kanuna uzlaşma müessesesi ithal olunmuştur. Böylece, mükellefle idare arasında da vergi yönünden zuhur edecek ihtilafların yine kendi aralarında görüşülerek halli yolu açılmış bulunmaktadır".

¹⁸⁸ ŞENYÜZ, D. (2005), *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

¹⁸⁹ Şenyüz 2005, s.191; BİLİCİ, N. (2008), *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 113.

¹⁹⁰ BATIR, D., Vergileme Sistemimizde Uzlaşma Müessesesi, Erişim Tarihi: 11.4.2009, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/vrg_sistemi.doc.

¹⁹¹ Şenyüz 2005, s.191.

¹⁹² Bilici 2008, s. 113.

¹⁹³ Bilici 2008, s.115.

sonuçlarından biri de uzlaşmaya varılması halinde artık dava yolunun kapanmasıdır. VUK'nun "Uzlaşma komisyonu muamelelerinin kesinliği" başlıklı Ek 6 ncı maddesinde, üzerinde uzlaşılan ve tutanakla tespit olunan hususlar hakkında dava açılmayacağı ve hiçbir merciye şikâyetle bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır¹⁹⁴.

Vergi hukukunda uzun yıllardır uygulanan ve vergi uyuşmazlıklarını çözmeye "asli kurum" niteliğinde olduğu belirtilen¹⁹⁵ uzlaşma kurumu, vergi adaletini zedelediği, devletin vergileme yetkisinin pazarlık konusu yapıldığı, vergilerin kanuniliği ilkesine ters düştüğü, yükümlülere ödün verildiği gibi açılardan eleştiri konusu yapılsa da, genel olarak vergi uyuşmazlıklarının yargı dışı yollarla çözümünde başarılı sonuçlar ürettiği belirtilmektedir¹⁹⁶.

Farklı hukuk dallarında uygulama alanı bulan uyuşmazlık çözümüne ilişkin dava yoluna alternatif olarak kullanılan bu yolların ortak özelliği, uzlaşmaya varılması ile dava yolunun kapanmasıdır. Böylece süreç kısaltılarak bir an önce belirlilik sağlanmaktadır. Ceza hukukundaki önödeme ile vergi hukukundaki uzlaşma kurumlarının farklılığı ise, önödemede, fail, tek taraflı olarak tespit edilmiş bulunan bir miktarı peşinen ödemeyi kabul veya reddetmek durumundayken, uzlaşmada hakkında vergi cezası kesilen veya kesilecek yükümlü uzlaşma komisyonu ile pazarlık yaparak ödenecek meblağı belirleme olanağına sahip olmaktadır.

3.2. TAAHHÜT

TBMM gündemindeki 4054 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına dair Kanun Tasarısı'ndaki gibi, ABD ve AB bölümlerinde aktarıldığı anlamda taahhüt uygulanmasına olanak tanıyan açık bir hüküm¹⁹⁷ bulunmasa da, mevcut

¹⁹⁴ Tarhiyat sonrası uzlaşma için geçerli olan bu hükmün benzerine, tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin Ek 11 inci maddede de yer verilmiştir.

¹⁹⁵ ÇETİNKAYA, O. Vergi Hukukunda Uzlaşma, Erişim Tarihi: 11.4.2009, http://www.legalisplatform.net/ozel_dosyalar/Vergi%20Hukukunda%20Uzlaşma.pdf.

¹⁹⁶ ARMAĞAN, R. (2007), Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, *Maliye Dergisi*, Sayı 153, Temmuz-Aralık 2007. Yazar çalışmasında Isparta ili özelinde uzlaşmaya konu olan dosyaların %95'ler oranında uzlaşma ile sonuçlandığı, dolayısıyla mükellefler tarafından genellikle memnuniyet verici olarak algılandığını söylemenin mümkün olduğunu, Türkiye açısından da durumun benzerlik arz ettiğini ifade etmektedir.

¹⁹⁷ "Taahhüt

MADDE 44- Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin 4 veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermeleri ve bu taahhütlerin Kurul

Kanun'un 16 ncı ve 17 nci maddelerinde taahhüde ilişkin ifadeler rastlanmaktadır. Kanun'un 5728 sayılı Kanun ile değişik 16 ncı maddesinin beşinci fıkrasında para cezaları belirlenirken dikkate alınacak hususlar arasında "verilen taahhütlere uyup uymaması" hali yer alırken, "Nispi idari para cezaları" başlığını taşıyan 17 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde de verilen taahhütlere uyulmaması halinde süreli para cezaları uygulanabileceği hükme bağlanmıştır. RKKHK'de yer alan bu ifadeler yanında, "Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir." şeklindeki 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının varlığı ve Kurul'un geçmişte bu hükme istinaden almış olduğu bazı kararlara bakıldığında, açık bir hükmün yokluğuna rağmen taahhüt benzeri uygulamalar ile bazı rekabetçi sorunların giderilmesi mümkündür.

9 uncu maddenin gerekçesinde "Maddede Kurulun bu kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde ihlale son verebilmek için nasıl hareket edeceği düzenlenmekte..." ifadesine yer verilmiştir. Buna göre söz konusu fıkranın ihlale son verme şekillerinden biri olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının nihai kararı işaret ettiği dikkate alınır, nihai karardan önce ihlal şüphesi olan davranışa son verilmesine dair bir görüş yazısı gönderilmesi hususunda Kurul'a yetki verildiği kabul edilmelidir. Böylece kanun koyucu Kurul'a rekabete ilişkin bazı sorunları sona erdirmek için, soruşturma gibi uzun ve maliyetli bir sürece alternatif bir yol sağlamıştır. Teşebbüslerin Kurul tarafından dikkat çekilen uygulamalara son vermeyi kabul etmeleri ile birlikte de, yukarıda ABD ve AB örneklerinde görülen anlamda taahhüt uygulaması ile aynı sonuçlara ulaşılmamasının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Danıştay'ın 7. Bölge Bursa Eczacı Odası tarafından açılan davadaki 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ilişkin olarak yaptığı değerlendirme de bu sonucu desteklemektedir: *İdari işlemlerin yukarıda belirtilen niteliği ve dava konusu işlemin içeriği birlikte değerlendirildiğinde; dava konusu Kurul kararının ve Kurum işleminin, kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı, buna karşılık takdirin TEB ve Birliğe bağlı odalarda olmak üzere, Kanun'un 4. maddesine aykırı görülmesi nedeniyle,*

tarafından kabul edilmesi durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmayabilir ya da açılmış olan soruşturmaya son verilebilir.

Kurul, birinci fıkraya göre karar verdikten sonra,

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir unsurda değişiklik olması,

b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranışları,

c) Kararın yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması,

hallerinden birinin varlığı durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açabilir ya da soruşturmaya kaldığı yerden devam edebilir."

reçete dağıtım sisteminden vazgeçilmesi konusunda uyarılmasına ve bilgi verilmesine yönelik bir işlem olduğu anlaşılmaktadır¹⁹⁸.

Kanun'un 9 uncu maddesinin mehzazı, 17/62 sayılı Tüzüğün "İhlale son verme" başlığını taşıyan 3 üncü maddesidir. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrası "Bu Tüzüğün diğer hükümlerini ihlal etmeksizin, birinci paragrafa göre bir karar almadan önce, Komisyon ihlalin sona erdirilmesine ilişkin görüşlerini teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bildirebilir." şeklindedir. Tavsiye kararı olarak adlandırılan bu tür kararların, birinci paragrafta düzenlenen bağlayıcı bir karar almadan önce dosyayı kapatmak için kullanılabilmesi belirtilmektedir¹⁹⁹. Bağlayıcı olmayan ve R.A.'nın 173 üncü maddesi uyarınca mahkemeye gitme olanağı bulunmayan bu tür kararlara ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri tarafından uyulmaması halinde ise yapılacak olan dosyanın tekrar açılmasıdır²⁰⁰. ATAD'ın bu hükmeye ilişkin olarak değerlendirme yaptığı *Camera Care*²⁰¹ dosyasıyla ilgili kararında, 17 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesinin Komisyon'a rekabet ihlali niteliğini taşıyan bir eyleme son vermek için iki türlü karar alma yetkisi tanıdığını altı çizilmiştir. Mahkeme bunlardan ilkinin "Karar" olduğunu²⁰² ve R.A.'nın 189 uncu maddesi uyarınca muhataplarının bu karara uymak zorunda olduğu, Tüzüğün 15 ve 16 ncı maddeleri uyarınca da bu karara idari ve süreli para cezalarının eşlik edebileceği yorumunu yaparken, ikinci bir tür ihlale son verme yolu olarak Komisyon'un her zaman bağlayıcı bir karar almadan önce 3(3) üncü madde uyarınca "ihlale nasıl son verileceği ile ilgili tavsiyelerde bulunma" yetkisi olduğunu belirtmiştir. ATAD, Tüzüğün 3(3) üncü maddesi hükmünün amacının, taraf teşebbüsleri, bağlayıcı bir karar alma yoluna hemen başvurmak yerine, onları kendi görüşleri doğrultusunda hareket etmeye ikna etmek için, inceleme konusuna bir başka deyişle ihlale ilişkin olarak Topluluk Hukuku karşısında Komisyon'un kendi değerlendirmesinden haberdar etmek olduğunu açık bir biçimde ifade etmiştir. Mahkeme, ayrıca, bu durumun,

¹⁹⁸ Danıştay Onüçüncü Dairesi, 11.6.2008 tarih ve E.2008/1686, K.2008/4778 sayılı karar.

¹⁹⁹ RITTER, K.L. BRAUN, W.D. ve RAWLİNSON, J.F. (2000), *EEC Competition Law-A Practitioner's Guide*, Kluwer Law, The Hague-London-Boston, s.691; KERSE, C.S. (1998), *E.C. Antitrust Procedure*, 5. Baskı, Sweet&Maxwell, s.272-273.

²⁰⁰ Kerse 1998, s.272.

²⁰¹ Case 792/79 R. Order of the Court of 17 January 1980. *Camera Care Ltd v Commission of the European Communities*, par. 16.

²⁰² Mahkeme'nin "Karar" diye nitelendirdiği bu yetki 17 sayılı Tüzüğün üçüncü maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır ve 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına karşılık gelmektedir: "Where the Commission, upon application or upon its own initiative, finds that there is infringement of Article 85 or Article 86 of the Treaty, it may by decision require the undertakings or associations of undertakings concerned to bring such infringement to an end."

Tüzüğün 3 üncü maddesinin esası olan, bağlayıcı karar almanın getirdiği yollardan yararlanılmasını sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmasına neden olamayacağını belirtmiştir. 17/62 sayılı Tüzüğün 3 üncü maddesinin birinci ve üçüncü paragraflarının, 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında büyük ölçüde karşılık bulduğu dikkate alındığında, mehaza ilişkin olarak ATAD tarafından yapılan bu yorum, 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası çerçevesinde, teşebbüslerden taahhüt alınarak soruşturma açmaksızın dosyanın sonuçlandırılabilmesine dair görüşü desteklemektedir.

Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kullanılmak suretiyle ihlale son verilebileceğine dair görüşlere doktrinde de rastlanmaktadır. Örneğin İnan, 1/2003 sayılı Tüzüğün henüz taslak aşamasında olduğu bir dönemde, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının söz konusu Taslak Tüzük'te bulunan ve taahhüt hükmünü içeren 9 uncu madde uygulamasına yakın bir şekilde kullanılabilceğini, Kurul'un ihlalin sona erdirilmesine ilişkin tavsiyelerini göndererek buna uyulması halinde soruşturma açmaksızın incelemenin sonlandırılabilceğini belirtmektedir²⁰³. Benzer bir görüşe sahip olan Aslan ise teşebbüsler Kurul'un görüşlerini kabul ederek davranışlarını değiştirirlerse ihlal ortadan kalkacağı için soruşturmanın düşmesi gerektiğini ifade etmiş, ancak soruşturmanın düşmesinin soruşturma sonucunda sadece ihlale son verilme kararı verilecekse mümkün olmasını, buna karşılık para cezası verilebilecek hallerde ise geçmiş ihlaller için incelemeye devam edilmesi gerektiğini savunmuştur²⁰⁴.

Gerek 9 uncu maddenin mehazdaki amacı ve kullanımı gerekse bunu destekleyen doktrindeki görüşler dikkate alındığında 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının taahhüt almak suretiyle ihlale son verilmesi amacıyla kullanılabilmesine yönelik yeterli hukuki zemin bulunmaktadır. Nitekim bu yaklaşımın çeşitli kararlarında Kurul tarafından da benimsendiği gözlenmektedir. *Kablo Tv Operatörleri*²⁰⁵ ve *Türk Telekom*²⁰⁶ dosyalarında raportörlerin soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca gönderilebilecek ihlale ne şekilde son verileceğine dair Kurul görüşüne uymayı tarafların taahhüt etmeleri

²⁰³ İNAN, N. (2001), AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001, s.106-107. Söz konusu konferansın tarihi itibarıyla Kurul'un bu yolu kullanmadığını belirten İnan, "bu tavsiye kararı olanağı şu anda, fazla dalga yapmadan rekabet ihlallerinin giderilmesi için kullanılacak en önemli araçtır Rekabet Kurulu'nun elinde" demektedir.

²⁰⁴ ASLAN, İ.Y. (2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Ekin Kitabevi, s.924.

²⁰⁵ Kablo Tv Operatörleri, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.

²⁰⁶ Türk Telekom, 8.1.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar.

durumunda soruşturma açılmasına gerek olmadığı önerisi Kurul tarafından kabul edilmiştir. *Kablo Tv Operatörleri* kararında "ortada bir zorunluluk bulunmamasına karşın kullanıcıları uç cihazlarını kendilerinden temin etmek zorunda bırakmaları ve bu durumun operatörler tarafından sağlanan cihazlara rakip cihazların satışı önünde engel teşkil etmesi" gerekçeleriyle kablo operatör firmaları Aktif Kablo, İnteraktif, Kablonet ve Topaz hakkında soruşturma açılabilmesi kanaatine varılmış, ancak açılması olası bir soruşturma sonunda alınacak kararın etkileri, usul ekonomisi, tarafların ihlal teşkil edebilecek eylemlerine derhal son vermeleri halinde elde edilecek faydalar dikkate alınarak taraflara Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bahse konu uygulamalara son verilmesi yönünde yazılı görüş gönderilmesine karar verilmiş ve yazılan yazılar üzerine adı geçen teşebbüslerce kararda belirtilen hususların kabul edildiğinin ve buna uygun uygulamalara başlanıldığının bildirilmesi üzerine soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir. *Türk Telekom* dosyasında ise Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ)'nin internet erişim hizmetleri piyasasındaki faaliyetlerinin rekabet koşullarını bozduğu iddiası üzerine yürütülen önaraştırma sonucunda²⁰⁷, ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin TTAŞ'ye bir yazı yazılarak 30 gün içinde öngörülen hususların yerine getirilerek tevsik edilmesi aksi takdirde soruşturma açılacağı bildirilmiştir. TTAŞ, süresi içinde verdiği cevapta ve bu cevabın ardından gönderdiği açıklayıcı nitelikte iki yazıda, sorunlu olarak görülen alanlardan biri olan internet toptan erişimine yönelik olarak iki ayrı çözüm önerisinde bulunmuş ve söz konusu önerilere ilişkin olarak raportörler tarafından Tüm İnternet Derneği'nin görüşü alınmak ve bazı teknik araştırmalar yapılmak suretiyle hazırlanan Bilgi Notu çerçevesinde Kurul'un nihai görüşü oluşturulmuş ve TTAŞ hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bir başka örnek olan *Kale Pazarlama*²⁰⁸ dosyasında ise raportörler incelemeye konu teşebbüs yetkilileri ile görüşerek taahhütleri belirlemişlerdir. Söz konusu dosyada, raportörler önaraştırma sırasında ihlal teşkil edebileceği kabul edilen hususlara ilişkin olarak Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca Kale grubu vekili ile görüşmüşler, müvekkil şirket yetkililerinin de onayı alınarak kabul edilen bazı koşulların yerine getirilmesi halinde Kale

²⁰⁷ Raportör görüşü, TTAŞ'nin davranışlarının ihlal teşkil edebileceği ve bu nedenle soruşturma açılabilmesi ancak soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerinde ağır bir yük getirdiği göz önünde bulundurulduğunda, TTAŞ'nin soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanun'un 9/3. maddesi hükmü uyarınca gönderilebilecek "ihlallere son verilmesi yönünde Kurul Görüşü"ne uymayı taahhüt etmesi durumunda, ayrıca soruşturma açılmasına gerek olmadığı, yönündedir.

²⁰⁸ Kale Pazarlama, 13.6.2005 tarih ve 05-39/548-125 sayılı karar.

Seramik ve Kalekim unvanlı teşebbüslere soruşturma açılmayabileceği önerisi ile Kurul'a gitmişlerdir. Bu görüş Kurul tarafından da benimsenmiş ve 60 günlük süre içerisinde öngörülen düzeltmelerin yapılarak Kurum'a bildirilmesi halinde soruşturma açılmayacağına karar verilmiştir.

Bu verilen örnekler, izlenen yöntemler farklı olmakla birlikte 9 uncu maddenin taahhüt alınarak ihlale son verilmesi amacına yönelik kullanımının somut halleridir. Teşebbüs/teşebbüs birliklerinin aktif katılımları sağlanacağı için uygulamaya daha iyi yansıtacak çözümlere ulaşılabileceği ve böylece sürecin de daha kısa olabileceği düşüncesiyle, *Kale Pazarlama* örneğinde olduğu üzere, raporörlerin inceleme sırasında hakkında inceleme yapılanlarla taahhütleri görüşmelerinin ardından Kurul'a teşebbüsün önerisini sunmalarının tercih edilmesi gereken yöntem olduğu belirtilmelidir.

“Soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerine ağır bir yük getirmesi”, “ tarafların ihlal teşkil edebilecek eylemlerine derhal son vermeleri halinde elde edilecek faydalar”, “soruşturma ile elde edilebilecek sonuca ulaşılabilmesi”, “rekabetin korunması amacına daha kısa sürede ulaşılacağı” gibi gerekçeler yanında, “teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları”, “anlaşmanın piyasadaki etkisinin sınırlı olması”, anlaşmanın uygulanmamış olması” gibi gerekçeler de dikkate alınarak Kanun'un 9 uncu maddesinin kullanılması yolu ile ihlale son verilmesi Kurul tarafından son yıllarda sıklıkla tercih edilmiştir. Sayısal olarak ifade edilecek olursa, 1999 yılında *Çaykur*²⁰⁹ dosyası ile görece erken denebilecek bir zamanda kullanılmaya başlanmakla birlikte, bu kararı takip eden dört yıl boyunca soruşturma dosyaları haricinde dikkate alınmamış, ancak 2003 yılında iki, 2004 yılında yedi, 2005 yılında sekiz, 2006 yılında 12, 2007 yılında 13 ve 2008 yılında 10 dosyada bu yola başvurulmuştur.

Sıklıkla başvurulmasına karşın söz konusu hükme Kurul'un yaklaşımına ilişkin değerlendirmeye yer verilen sadece iki karar karşımıza çıkmaktadır. Soruşturma açılmasına dair bildirim ile birlikte Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderilmiş olan *PÜİS/TABGİS*²¹⁰ dosyasında sınırlı ölçüde de olsa bu hükme ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır:

Kurul'un 9/3 üncü madde kapsamında bildireceği "yazılı görüş", Kanun'un 51/3 maddesi hükmünde yer alan "tavsiye niteliğindeki kararlar" arasına girmektedir. Başka bir ifadeyle, mezkur maddede yer alan "yazılı görüş"ün işlevi, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapılan bir "işbirliği çağrısı" ve "tavsiye" niteliğindedir. Bu nedenle, her ne kadar söz konusu

²⁰⁹ Çaykur, 22.6.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karar.

²¹⁰ PÜİS/TABGİS, 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.

maddenin sonunda "bildirir" ifadesi yer alsa da, her olayda Kurul'un 9/3 üncü maddesi kapsamında yazılı görüş bildirmek zorunda olması söz konusu değildir.

Kurul'un bu konuya ilişkin en kapsamlı değerlendirmesi ise *MAİS*²¹¹ dosyasında karşımıza çıkmaktadır. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün savunmasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı gönderilmesi gerektiğini ileri sürmesi nedeniyle, bu maddenin amacı ve uygulanması üzerine AB uygulamalarıyla paralellik kurularak, Kanun'un 9 uncu maddesinin kaynağının 17 sayılı Tüzüğü'nün 3 üncü maddesinde aynı başlıkla düzenlenen ihlale son verme maddesi olduğu ve son fıkra hariç neredeyse aynen tercüme niteliği taşıdığını belirten Kurul, Kanun'un 9 uncu maddesinin son fıkrasının ise, AT Hukukuna ATAD'ın *Camera Care* davasında vermiş olduğu karar ile girmiş olan ihtiyati tedbir kararının bir yansıması olarak aktarıldığı değerlendirilmesini yapmıştır. Kararda *Camera Care* davasına ilişkin olarak kısaca bilgi verildikten sonra 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ışık tutacak nitelikte şu değerlendirmenin yapıldığı görülmektedir:

Görüldüğü üzere ATAD'ın yorumu herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek ölçüde açık ve kesindir. Buna göre 4054 sayılı Kanun'un 9(3) üncü maddesine kaynaklık teşkil eden AT'nin 17 sayılı Tüzüğü'nün 3(3) üncü maddesi, Komisyon'un bağlayıcı bir karar almadan olayı çözümlenmenin çeşitli nedenlerle daha etkin olacağını düşündüğü hallerde, ihlale nasıl son verileceğine ilişkin tavsiyelerini taraflara iletmek suretiyle dosyayı kapatma yetkisinin saklı olduğu, ancak bunun bir zorunluluk olmadığı biçiminde yorumlanmaktadır. Rekabet Kanunu'nun 9(3) üncü maddesinin de aynı doğrultuda yorumlanmasının doğru olacağı düşünülmüştür.

*PÜİS/TABGİS ile MAİS kararlarında yapılan değerlendirmeler ve Kablo Tv Operatörleri, Türk Telekom, Kale Pazarlama, Bilişim Ürünleri*²¹² gibi kararlarda taahhüt ibarelerine vurgu yapılmasına karşın, Kurul bu hükmü *Nevşehir Eczacılar Odası*²¹³, *Kastamonu Tüp*²¹⁴ örneklerinde olduğu gibi sona ermiş ihlaller için, *Diyarbakır Kömür*²¹⁵, *Dizi Yapımcıları*²¹⁶, *Fida Film I*²¹⁷,

²¹¹ MAİS, 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı karar.

²¹² Bilişim Ürünleri, 20.5.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.

²¹³ Nevşehir Eczacılar Odası, 18.1.2005 tarih ve 05-06/44-17 sayılı karar.

²¹⁴ Kastamonu Tüp, 7.4.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.

²¹⁵ Diyarbakır Kömür, 3.2.2005 tarih ve 05-07/59-26 sayılı karar.

²¹⁶ Dizi Yapımcıları, 28.7.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar.

²¹⁷ Fida Film I, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı karar. "Perde reklamcılığı pazarı"nda faaliyet gösteren tek teşebbüs olan Fida Film'e yazı yazılmasına şu gerekçeyle karar verilmiştir: *Pazarda faaliyet gösteren tek firma olması sebebiyle Fida Film'in eşit durumdaki teşebbüslere arasında ayrımcılık yapması veya teşebbüslere fahiş*

*HPO İhalesi*²¹⁸ örneklerinde olduğu gibi ihlal tespiti yapılmamasına karşın teşebbüsleri kanuna uygun davranmak konusunda uyarmak için de kullanılmaktadır. Bu şekilde farklı işlevler için kullanılması söz konusu hükmün taahhüt almak yoluyla dosyaların sonuçlandırılması için kullanılıp kullanılmayacağı hususunda tereddüt oluşturduğu gibi, 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının teşebbüsler üzerindeki etkisini de zayıflatmakta ve hukuken tartışmalı durumlar da ortaya çıkarmaktadır. İhlalin sona erdiği durumlarda ihlale son verilmesini istemek bu tartışmalardan ilk akla gelendir. Bu nedenle bu hükme ilişkin olarak bir an önce, aşağıda yer verilecek olan hususlar da dikkate alınmak suretiyle, bir politika geliştirilerek uygulamaya tutarlılık kazandırılması gerekmektedir.

Türkiye uygulamasına yönelik olarak teori ve uygulamaya ilişkin bu bilgilerden sonra Kurul'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin uygulamalarının ABD ve AB uygulamaları ile karşılaştırması yapılarak gerek Kanun'un mevcut halinde gerekse Kanun Tasarısı'nda yer verilen taahhüde ilişkin hükmün kabul edilmesi halinde uygulamada dikkat edilmesi gereken hususların neler olduğuna dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

Öncelikle ABD ve AB uygulamalarında taahhüt mekanizmasının kartellere uygulanmadığı, en ciddi rekabet kısıtlaması olarak kabul edilen bu tür ihlaller bakımından uzlaşma mekanizmasının kullanıldığı görülmektedir. Ancak Kurul, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını kartel olarak nitelendirilebilecek dosyalarda dahi kullanılmaktadır. *Bilişim Ürünleri, Ankara Kitap Dağıtım*²¹⁹, *Ankara Yapı Laboratuvarları*²²⁰, *Kastamonu Tüp, Dizi Yapımcıları, Padok Turizm I*²²¹ ve *II*²²², *Alanya Tekne Turu*²²³, *Yurtdışı*

fiyatlardan hizmet sunması, bir sinema salonuna hizmet sunarken aynı koşullardaki bir başka salona reklam sağlamaması ya da orantısız koşullar karşılığında bu hizmeti sağlaması, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde yasaktır. Fida Film'e bu hususları dikkate alması gerektiğini bildirmek bakımından Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir yazı yazılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. 4.7.2007 tarih ve 07-56/637-219 sayılı Fida Film II dosyasında ise Adana'da faaliyet gösteren Odeon tarafından yapılan şikayet üzerine alınan kararda şikayetin reddine karar verilirken, Fida film'in 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca alınan karardan sonra sözleşme teklif etmiş olması da dikkate alınmıştır.

²¹⁸ HPO İhalesi, 20.12.2006 tarih ve 06-92/1172-350 sayılı karar.

²¹⁹ Ankara Kitap Dağıtım, 24.6.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.

²²⁰ Ankara Yapı Laboratuvarları, 1.4.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.

²²¹ Padok Turizm I, 15.9.2005 tarih ve 05-58/858-233 sayılı karar.

²²² Padok Turizm II, 2.3.2006 tarih ve 06-16/189-49 sayılı karar.

²²³ Alanya Tekne Turu, 22.6.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.

*Eğitim*²²⁴, *Denizli Dershane*²²⁵, *Tokat Akaryakıt İstasyonları*²²⁶, *Atık Ambalaj*²²⁷, *Adana Otobüs*²²⁸ kararları fiyat anlaşması, pazar ve müşteri paylaşımı gibi kartel unsurları içeren konularda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulandığı kararlardır. Bu tür dosyalarda, genel olarak bölgesel pazarlarda gerçekleşmesi nedeniyle soruşturma gibi maliyetli bir sürece girmek yerine Kurul tarafından; “anlaşmanın piyasada uygulanmamış olması ve dolayısıyla gerçekleştirilmeye çalışılan eylemin pazarda herhangi bir etki doğurmamış olması”, “anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları ve anlaşmanın piyasada hiç uygulanmamış olduğu”, “uygulamanın çok yeni olması”, “anlaşmanın kısa bir süre uygulanmış olması” gibi gerekçeler de kullanılmak suretiyle dosyanın kapatılması yoluna gidilmektedir. Özellikle sürücü kursları, ekmek ve yolcu taşımacılığı gibi pazarlarda gerçekleştirilen ihlallere yönelik yürütülen soruşturmanın, toplumun hayatına doğrudan etki eden konulara ilişkin olması nedeniyle Kurumun saygınlık, bilinirlik ve toplumsal destek kazanmasına katkı sağlayacağı açıktır. Ancak bölgesel özellik gösteren bu tür pazarlara müdahale edilmesinin, sadece yolcu taşımacılığı pazarında yapılan şikâyetler göz önüne alındığında dahi, Kurumun kaynaklarının tamamının tahsis edilmesi halinde bile mümkün olamayacağı da bir gerçektir. Nitekim bu durum nedeniyle çelişkili kararlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin yolcu taşımacılığı pazarında *Bartın Otobüs*²²⁹, *Sakarya Otobüs*²³⁰, *Konya Otobüs*²³¹, *Kastamonu Otobüs*²³² gibi ceza uygulanan dosyalar yanında, *Adana Otobüs* örneğindeki gibi bir 9 uncu madde uygulaması ve çok sayıda reddedilen şikâyet bulunmaktadır.

Bu gerçek nedeniyle Kurul’un bu tür kartel dosyaları bakımından Kanun’un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasını kullanmaya yönelmesinin bazı sakıncalarına dikkat çekilmelidir. Bunların en başında bazı dosyalarda kartelin varlığını gösteren açık belgelere karşın soruşturma açılmaması ile ortaya çıkan çelişkinin, başka kartel dosyalarında teşebbüsler tarafından savunma olarak ileri

²²⁴ Yurtdışı Eğitim, 11.4.2007 tarih ve 07-31/325-120 sayılı karar. Bu dosyada da *Bilişim Ürünleri*’nde olduğu gibi usul ekonomisi ve rekabetin etkin bir şekilde sağlanması gerekçelerine vurgu yapılmıştır.

²²⁵ Denizli Dershane, 9.5.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.

²²⁶ Tokat Akaryakıt İstasyonları, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1162-454 sayılı karar.

²²⁷ Atık Ambalaj, 5.6.2008 tarih ve 08-37/498-179 sayılı karar.

²²⁸ Adana Otobüs, 23.10.2008 tarih ve 08-60/963-381 sayılı karar.

²²⁹ Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.

²³⁰ Sakarya Otobüs, 25.7.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.

²³¹ Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar

²³² Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar

sürülmesi gelmektedir²³³. Yine gerekçelerde yer verilen “ortaya çıkan zararın büyük olmaması”, “anlaşmanın uygulanmamış olması” şeklindeki ifadeler de kartellerin *per se* yasak kabul edilmesi yaklaşımı ile çelişmektedir. Bir diğer sakınca ise yukarıda görüldüğü üzere bu tür dosyaların kendi içerisinde dahi çelişkili kararların alınmasına yol açmasıdır. Bu sakıncalar dikkate alındığında her ne kadar belirli faydaları sağlasa da söz konusu dosyalara yönelik olarak tutarlı bir yaklaşım benimsenmesi adına, Kanun’un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması yerine, diğer rekabet otoritelerinin bu tür konuları *prosecutorial discretion* kapsamında değerlendirmesi örneğinde olduğu gibi takdir yetkisinin kullanılarak konunun tamamen inceleme dışında tutulması; *Bilişim Ürünleri*, *Yurtdışı Eğitim* gibi dosyalar bakımından ise soruşturma açılarak teşebbüslerle uzlaşma yolu ile dosyanın sonuçlandırılması yoluna gidilmesi daha uygun olacaktır.

Taahhüt mekanizmasına ilişkin ABD ve AB uygulamalarında görülen bir diğer husus ihlal bulgusunun kesin bir dille yapılmaması, bir başka deyişle teşebbüslerin ihlalin varlığını kabul etmemeleridir. Bu durumun temel nedeni, ihlalin teşebbüs tarafından kabul edilmesinin özel hukuk davalarını tetikleyebileceği ve böyle bir sonucun da taahhüt uygulamasını sekteye uğratacağı endişesidir. Gerçekten de böyle bir sonuç karşısında taahhüt kurumundan beklenen faydaların ortaya çıkmayacağı açıktır. İhlal bulgusu yapılmasının bir diğer sakıncası ise taahhütte bulunan teşebbüs/teşebbüs birliğinin daha sonra başka bir ihlal gerçekleştirmesi halinde, tekerrür nedeniyle cezanın artırılması riskinin ortaya çıkmasıdır. Zira Ceza Yönetmeliği’nde tekerrür halinde temel cezanın yarısından bir katı oranına kadar artırılması gibi ağır bir sonuç öngörülmüştür ve bu hüküm uygulanması için sadece ihlal bulgusunun yapılmış olması yeterlidir. Buna karşılık Kurul’un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasını uyguladığı kararlara bakıldığında bazılarında ihlalin varlığına ilişkin kesinlik derecesinde ifadelerin mevcut olduğu, bazı kararlarda ise “ihlal olabilir” gibi daha esnek ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Yukarıda yer verilen kartel kararlarının yanında, *Çaykur*, *JTI Tütün Ürünleri*²³⁴, *Philip Morris/BTA*²³⁵, *İstanbul Fotoğrafçılar Odası*²³⁶, *Giresun Eczacı Odası*²³⁷,

²³³ Örneğin, 26.7.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı *Konya Süt* kararından, bazı teşebbüslerin *Ankara Yapı Labotatuvarları* ve *Ankara Kitap Dağıtım* kararlarını örnek göstererek, küçük ölçekli, anlaşmanın uygulanmadığı hallerde soruşturma açılmadığını, kendilerinin durumlarının da bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği savunmasını yaptıkları görülmektedir.

²³⁴ JTI Tütün Ürünleri, 3.3.2004 tarih ve 04-18/152-34 sayılı karar.

²³⁵ Philip Morris/BTA, 3.3.2004 tarih ve 04-18/153-35 sayılı karar.

²³⁶ İstanbul Fotoğrafçılar Odası, 22.5.2006 tarih ve 06-35/439-111 sayılı karar.

²³⁷ Giresun Eczacı Odası, 7.6.2006 tarih ve 06-41/512-134 sayılı karar.

Otokar²³⁸, Adana Eczacı Odası I²³⁹, Hamidiye Suları²⁴⁰, Kuralkan²⁴¹, Tekhnelogos²⁴², Eskişehir Fotoğrafçılar²⁴³, Türk Eczacılar Birliği²⁴⁴ kararları bu şekilde kesin olarak ihlal bulgusunun yapılmasının ardından 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı yazılmasının yeterli olacağı sonucuna ulaşılan kararlardır. Yukarıda yer verilen sakıncalar bağlamında, ABD ve AB uygulamalarına paralel olarak, gerek Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının taahhüt mekanizması olarak kullanılmasına yönelik dosyalarda, gerekse Kanun Tasarısı'ndaki taahhüde ilişkin hükmün yasallaşması halinde ihlalin varlığına ilişkin olarak kesin bir dil kullanılmaması uygun olacaktır.

Bu noktada akla gelebilecek bir soru Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının lafzı nedeniyle böyle bir uygulamaya gidilip gidilemeyeceğidir. Zira söz konusu fıkra "…ihlale ne şekilde son vereceklerine…" ifadesi yer almaktadır. Bu soruya cevap verilirken, öncelikle 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası, birinci fıkra ile birlikte düşünülmelidir. Zira üçüncü fıkra "…birinci fıkraya göre bir karar almadan önce…" denilmekte ve birinci fıkra ise "…ihlal edildiğini tespit ederse…" ifadesi kullanılmaktadır. Buradan ihlal tespitinin esas olarak birinci fıkra düzenlenilen karar ile ortaya çıktığı kabul edilirse, üçüncü fıkradaki aşamanın henüz ihlalin tam olarak ortaya konulmamış olduğu bir duruma işaret ettiği anlaşılmaktadır. Birinci fıkranın nihai kararın alındığı Kanun'un dördüncü kısmına işaret ettiği ve kanun koyucunun da aynı amaca yönelik olarak aynı madde içerisinde birden fazla fıkra düzenlemeyeceği açık olduğuna göre, ihlale ilişkin kesin tespit ancak birinci fıkra yapılabileceği, bunun dışındaki hallerde ise ancak tavsiye niteliğinde görüş bildirilebileceği anlaşılmaktadır. Bu ise, yukarıda mehz mevzuatın aktarıldığı bölümde değinildiği üzere, üçüncü fıkranın, esas itibarıyla, kesin olarak ihlal tespitinde bulunulmasına gerek olmaksızın ihlal teşkil edebileceği şüphesi bulunan eylemlere yönelik olarak tavsiye niteliğinde bir görüş olduğu sonucuna götürmektedir. Nitekim Kurul'un da *PÜİS/TABGİS* ve *Mais* kararlarında fıkra yer alan *bildirir* ifadesine karşın, burada söz konusu olanın tavsiye niteliği taşıyan görüş değerlendirmesini yapmış olduğu da hatırlandığında, hükmün lafzına karşın ihlale yönelik kesin bir dil kullanılmasının bir zorunluluk olmadığı kabul edilmelidir.

²³⁸ Otokar, 22.6.2006 tarih ve 06-45/571-155 sayılı karar.

²³⁹ Adana Eczacı Odası I, 28.9.2006 tarih ve 06-67/900-257 sayılı karar.

²⁴⁰ Hamidiye Suları, 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı karar.

²⁴¹ Kuralkan, 27.5.2008 tarih ve 08-35/462-162 sayılı karar.

²⁴² Tekhnelogos, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı karar.

²⁴³ Eskişehir Fotoğrafçılar, 18.9.2008 tarih ve 08-54/859-345 sayılı karar.

²⁴⁴ Türk Eczacılar Birliği, 27.11.2008 tarih ve 08-67/1095-427 sayılı karar.

Taahhüt uygulaması bakımından dikkat edilmesi gereken bir başka konu ise incelemenin aşamasına ilişkindir. Yapılan bir önaraştırma sonucunda verilen *DHMİ-I*²⁴⁵ kararının ardından tekrar gündeme gelen bir konu üzerine alınan *DHMİ-II*²⁴⁶ kararı bir kenara bırakılırsa aralarında *Kastamonu Tüp, Konya Tüp*²⁴⁷, *Tekstil Makineleri Fuarı*²⁴⁸, *İstanbul Fotoğrafçılar Odası, Otokar, Adana Eczacı Odası I, Uşak Kahveciler Odası*²⁴⁹, *Konya-Karapınar Otobüs*²⁵⁰, *Hamidiye Suları, Türk Eczacılar Birliği* gibi kararların da olduğu 18 dosyada ilk inceleme aşamasında 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması yolu ile dosyanın sonuçlandırılması tercih edilmiştir²⁵¹. *Reklamcılar Derneği*²⁵², *PÜİS/TABGİS* dosyalarında soruşturma bildirimini, *Ankara Yapı Laboratuvarları, Lineer Aktuatör*²⁵³ gibi dosyalarda ise önaraştırma aşamasında bu yetki kullanılmıştır. Bilindiği üzere ilk inceleme olarak ifade edilen aşama 4054 sayılı Kanun'da mevcut değildir ve esas itibarıyla şikâyet veya ihbar dilekçesinde yer alan veriler ve Kanun'un 14 ve 15 inci maddelerinde düzenlenmiş olan yetkiler kullanılmaksızın elde edilmiş olan bilgiler ışığında dosya sonuca bağlanmaktadır. Henüz incelemeye konu davranışa ilişkin olarak açık bir tespit yapılmadığı, yeterli inceleme olanaklarına sahip olunmayan bir safhada bu yetkinin kullanılmasının doğru olmadığı belirtilmelidir. Zira bu tür kararların, teşebbüs/teşebbüs birliklerine, varlığı henüz tespit edilmemiş veya ihlal niteliği muğlak olan bir davranış için gereğinden fazla bir yük getirilmesi gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması ihtimal dahilindedir. Bu konuda verilebilecek en iyi örnek *Adana Eczacı Odası I ve II* dosyalarıdır. *Adana Eczacı Odası I* dosyasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca görüş yazısı gönderilmiştir. Ancak Adana Eczacı Odası'nın bu görüşe cevaben gönderdiği yazıda, şikâyete konu uygulamanın Sağlık Bakanlığı Genelgeleri, Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan ilgili Tedavi Yardımı Tebliği ve TEB Merkez Heyeti'nin Sosyal Güvenlik Kuruluşları ile yaptığı sözleşmelerin gereği

²⁴⁵ DHMİ-I, 4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı karar.

²⁴⁶ DHMİ-II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/737-265 sayılı karar.

²⁴⁷ Konya Tüp, 15.8.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar.

²⁴⁸ Tekstil Makineleri Fuarı, 6.10.2005 tarih ve 05-65/934-254 sayılı karar.

²⁴⁹ Uşak Kahveciler Odası, 2.8.2007 tarih ve 07-63/778-284 sayılı karar.

²⁵⁰ Konya-Karapınar Otobüs, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1156-449 sayılı karar.

²⁵¹ Buna karşılık 33 dosyada önaraştırma sonucunda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilmiştir. Ayrıca *Padok Turizm II* dosyasında ise geri bildirim üzerine yapılan muafiyet değerlendirmesi neticesinde ikinci kez 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilmiştir.

²⁵² Reklamcılar Derneği, 25.7.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar.

²⁵³ Lineer Aktuatör, 8.3.2007 tarih ve 07-19/188-60 sayılı karar.

olduğunun ileri sürülmesi üzerine, söz konusu yazının gereğinin yapılmaması nedeniyle önaraştırma açılmış ve *Adana Eczacı Odası II*²⁵⁴ dosyasında önaraştırma aşamasında Adana Eczacı Odası yetkililerinin Kurul'un aksine hükmetmesi halinde uygulamaya son vereceklerini raportörlere belirtmeleri üzerine bu kez 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına atıfta bulunulmaksızın ihlal teşkil edebilecek uygulamalara son verilmesi yönünde yazı yazılmasına karar verilmiştir.

Diğer yandan ilk inceleme aşamasında bu yola gidilmesi çelişkili uygulamaların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin *Amasya Kuyumcular*²⁵⁵ dosyasında Amasya Kuyumcular Derneği'nin internet sitesindeki dernek fiyatları başlığı altında tavsiye veya maksimum nitelikte olduğuna dair herhangi bir ibareye yer verilmeksizin altın alış ve satış fiyatlarına ilişkin olarak, Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, yayımlanan listenin tavsiye veya maksimum fiyat niteliği taşıdığını açıkça ortaya koyan bir ifadenin 30 gün içinde internet sitesinde yayımlanarak Kuruma tevsik edilmesi yönünde görüş yazısı gönderilmesine karar verilmiştir. Oysa Kurul birçok kuyumcu odasına aynı uygulama nedeniyle ceza tatbik etmiştir²⁵⁶. Her ne kadar *Amasya Kuyumcular* kararında soruşturma sonucunda ceza uygulanan diğer kuyumcu dosyalarında, dernek/odaların fiyatlara uymayan üyeleri cezalandırdığına değinilmiş ise de sadece şikâyetçiden alınan bilgiler çerçevesinde söz konusu fiyat listesinin uygulanmasına yönelik üyelerine herhangi bir zorlayıcı ve yaptırım uygulayıcı eylemin mevcut olduğuna dair somut bir delile ulaşılamaması nedeniyle incelemeye konu dosyada yazı yazılması yoluna gidilmesinin tutarsızlığa neden olduğu ifade edilmelidir. Nitekim muhtemelen bu sakıncalar nedeniyle Kanun Tasarısı'nda da "yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma" denilmek suretiyle, taahhüdün gerçekleşeceği aşama isabetli bir şekilde önaraştırma ya da soruşturma olarak belirlenmiştir.

Geçmiş uygulamaya yönelik bu tespit ve değerlendirmelerden sonra gerek mevcut uygulamalar gerekse Kanun Tasarısı'nda bulunan hüküm bakımından, ABD ve AB uygulamaları çerçevesinde dikkat edilmesi gereken bazı noktalar olduğu belirtilmelidir. Bunlardan birincisi üçüncü kişilerin sürece dahil edilmesidir. ABD ve AB uygulamalarında görüldüğü üzere, teşebbüsler tarafından verilen taahhütler üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması amacıyla duyurulmaktadır. Türk hukukunda mevcut durumda üçüncü kişilere duyuru

²⁵⁴ Adana Eczacı Odası II, 5.4.2007 tarih ve 07-30/291-108 sayılı karar.

²⁵⁵ Amasya Kuyumcular, 25.12.2008 tarih ve 08-75/1187-456 sayılı karar.

²⁵⁶ Örnek olarak bkz. 19.9.2007 tarih ve 07-73/892-336 sayılı *Denizli Kuyumcular Odası*, 07-73/894-338 sayılı *Balıkesir Kuyumcular Derneği*, 07-73/895-339 sayılı *Isparta Kuyumcular Derneği* kararları.

yapılmasına ilişkin bir yöntem benimsenmediği gibi Kanun Tasarısı'nda da buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. ABD ve AB'ye ilişkin bölümlerde görüldüğü üzere, üçüncü kişilerin sürece dahil edilmesinin taahhütlerden daha olumlu sonuçlar elde edilmesine yardımcı olması gibi avantajları yanında, katılımın fazla olmadığı hallerde sürecin uzamasına neden olması gibi dezavantajları bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun tercihine bağlı olarak, Komisyon örneğinde olduğu gibi taahhütlerin Kurum internet sitesinde ilan edilmesi veya ABD örneğindeki gibi Resmi Gazete'de ilan şeklinde bir yöntem benimsenebilir²⁵⁷. Ancak her halde görüş bildirme süresinin uzun olmaması, 30-60 gün arasında tutulması yerinde olacaktır.

Taahhüt konusuna ilişkin önemli bir sorun ise, taahhüde uyulmaması halinde ne yapılması gerektiğidir. Taahhüt alınması ile soruşturma açılmaması veya yürütülen soruşturmanın ceza uygulanmaksızın sona erdirilmesi söz konusu olacağı için, teşebbüsün taahhütlerine uymaması halinde soruşturma mı açılıp yaptırım uygulanacağı yoksa doğrudan para cezası mı tatbik edileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında yazı gönderilmesine dair uygulamalara bakıldığında istikrarlı bir çizgi izlendiğini söylemek mümkün olmadığı gibi uygulamaya ışık tutacak bir noktaya da ulaşamamaktadır. *Çaykur* dosyasında öngörülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde soruşturma açılacağı ve 17 nci maddenin (a) bendinin tatbik edileceğine hükmeden Kurul, *PÜİS/TABGİS* kararında *ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bildirilen yazılı görüşe uyulmaması durumunda, 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü her hangi bir yaptırım mevcut değildir* değerlendirmesini yapmıştır. Her ne kadar Kurul'un son zamanlardaki kararlarında cezaya ilişkin hükümlere atıfta bulunulmaksızın "4054 sayılı Kanun uyarınca işlem başlatılacağı" ifadesinin kullanılması ağırlık kazansa da *Philip Morris/BTA*, *JTI Tütün Ürünleri*, *Padok Turizm I*, *Kuralkan* gibi örneklerde görüldüğü üzere, öngörülen değişikliklerin gerçekleştirilmemesi veya ihlale son verilmemesi halinde soruşturma açılacağı ve 16 ncı ve 17 nci maddeler uyarınca işlem yapılacağı vurgulanmıştır. Öte yandan *Konya Sürücü Kursları I*²⁵⁸ dosyasında Konya'da faaliyet gösteren 32 sürücü kursunun Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilecek nitelikteki kurs ücretlerinin belirlenmesine yönelik eylemlerine ilişkin olarak soruşturma açmak yerine 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bu davranışlarına ne şekilde son verileceğine ilişkin yazı yazılmasına karar verilmesinin ardından, yaklaşık 27 ay sonra gelen bir şikâyet üzerine, aralarında

²⁵⁷ Buna karşılık üçüncü kişilere dosyaya giriş gibi haklar tanınmasına gerek bulunmamaktadır.

²⁵⁸ Konya Sürücü Kursları I, 3.3.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.

daha önce yazı gönderilenlerin de bulunduğu teşebbüsler tarafından aynı davranışlara devam edildiği iddiası ile yürütülen soruşturma sonucunda ihlal bulgusu yapılmasına karşın, ceza uygulanmamıştır²⁵⁹. Ayrıca *Adana Eczacı Odası II, Padok Turizm II* kararları da öngörülen koşullar karşılanmamasına rağmen herhangi bir yaptırım uygulanmayarak ikinci kez yazı yazılmasına ve 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilen diğer örneklerdir. Bu örneklerde görüldüğü üzere ihlale son verilmesine dair yazıların gereklerinin yerine getirilmemesine rağmen yaptırım uygulanmayarak tekrar yazı yazılması yolunun tercih edilmesi taahhüt kurumunu zayıflatacaktır. Bu uygulamanın *Padok Turizm II* dosyasındaki karşı oylarda eleştiri konusu olduğunun altı çizilmelidir.

Teşebbüslerin verdikleri taahhütlere uygun davranmalarını temin etmeye yönelik caydırıcı mekanizmalar olmadıkça bunlara uyulmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Her ne kadar Kanun'un 17 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan, “verilen taahhütlere uyulmaması” ifadesine dayanılarak süreli para cezası uygulanabileceği söylenebilirse de Kanun'da taahhüde ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle bu cezanın uygulanamayacağı da ileri sürülebilecektir. Buna karşılık soruşturma açılarak cezanın ağırlaştırılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Kanun Tasarısı'nda da bu yöntemin benimsendiği görülmektedir. Öte yandan bu yöntem, süreci uzatacak ve m.17/1(a)'daki süreli para cezasını anlamsızlaştırabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, AB mevzuatına paralel şekilde, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına (e) bendi olarak yapılacak ve en az binde beş oranında olacak bir ekleme ile taahhüde uyulmaması halinde süreli para cezasının yanında ilave bir ceza verilebilmesine imkan veren bir düzenleme bulunmalıdır²⁶⁰. Bu çerçevede, ihlalin bulunup bulunmadığının tespiti için soruşturma açmak yerine, taahhüde uyulup uyulmadığının tespiti için inceleme yapılmalıdır. Değişiklik tasarısında yoğunlaşma işlemleri için öngörülen gibi hızlandırılmış bir sürecin sonunda, ilgilinin yazılı savunmasını alıp eğer taahhüde uyulmadığı tespit edilirse, 16 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca ceza verilmelidir. Bunun yanı sıra, m.17/1(a) çerçevesinde de, taahhüde uyulmayan her bir gün için süreli para cezası uygulanmalıdır.

Tasarıya yapılabilecek bir ekleme ile giderilebilecek diğer bir eksiklik, istisnai hallerde ilgililerin taahhütlerinin yanında uzlaşılacak bir miktarda ceza

²⁵⁹ Konya Sürücü Kursları II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar.

²⁶⁰ Bu uygulama, yerinde incelemenin engellenmesi nedeniyle 16 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca ceza tatbik edilmesinin ardından, yerinde incelemeye izin verilmesini sağlamak amacıyla 17 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca süreli para cezası uygulanmasına benzetilebilir.

da ödemelerine imkân veren bir düzenleme yapılmasıdır. Böyle bir durumda, teşebbüsler ihlali kabul etmeyerek tazminat davalarında karşılaşılabilecekleri bir olumsuzluktan kurtulmuş olacak; buna karşılık Rekabet Kurumu da istediği sonucu ceza ile birlikte elde edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu tür bir uygulama karteller için geçerli olmamalıdır çünkü kartellerdeki uzlaşma sürecinde ihlalin kabulüyle uzlaşmayanlara karşı delil elde etme saiki de bulunmaktadır.

Taahhüt mekanizmasının uygulanmasında dikkat edilmesi gereken unsurlardan birinin de verilen taahhütlerin yerine getirilip getirilmediğinin takip edilmesi olduğuna değinilmelidir. Bugünkü uygulamada Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ihlale son verilmesine dair getirilen koşulların yerine getirilip getirilmediğinin takip edilip edilmediğine ilişkin somut bir bilgi bulunmamaktadır. Her ne kadar taahhüde ilişkin kararın üçüncü kişilere duyurulması yoluyla, gelebilecek ihbar veya şikâyetlerle izlemenin kolaylaştırılması mümkün ise de bu takibin bizzat Kurum tarafından yapılması daha uygun olacaktır.

Bu başlık altında, 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulandığı dosyalara benzetmekle birlikte yazı yazılması şeklinde bir sonuca bağlanan Kurul kararları da değerlendirilmelidir. Kurul bazı dosyalarda Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına atıfta bulunmaksızın, görüş yazısı yazılmasına karar vermiştir. Kanun'un Kurul'un yetkilerini düzenleyen maddelerinde Kurul'a bu yönde açık yetki veren bir hüküm bulunmamaktadır. Toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 51 inci maddenin son fıkrasında "nihaî karar haricindeki diğer kararlar ve özellikle tedbir ve tavsiye niteliğindeki kararlar" ifadesi yer almakla birlikte, tavsiye niteliğindeki kararlardan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Buna tekabül edebilecek tek hüküm Kanun'un Kurul'un yetkilerini düzenleyen İkinci Bölümünde yer alan 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasıdır. Ancak Kurul, söz konusu kararları bu hükme atıfta bulunmaksızın almış olduğu için bunların hukuki dayanağının ve değerinin ne olduğu bir soru işaretidir.

Herhangi bir hükme atıfta bulunulmaksızın ihlale son verilmesine dair yazı yazılan söz konusu kararların uygulandığı dosyalar ile Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının uygulandığı kararlar arasında çoğu zaman bir ayırım yapma olanağı dahi bulunmamaktadır. Aynı konuda Kurul'un farklı davranışlarda bulunması çelişkiye neden olmaktadır. Bu durumun çok açık bir örneği olarak *Adana Eczacı Odası I* ve *II* kararlarını göstermek mümkündür. *Adana Eczacı Odası I* dosyasında ilk inceleme aşamasında Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uygulanmış, Odanın karara uymaması üzerine açılan önaraştırma sonucunda ise bu kez aynı konuya ilişkin olarak yazı

gönderilmesine karar verilmiştir. Hakim durumunda olduğu belirlenen teşebbüslere yapılan uyarılarda, *Tüpraş*²⁶¹ dosyasında yazı yazılması yolu, *Fida Film I* dosyasında ise 9 uncu maddenin üçüncü fıkrası kullanılmıştır. Odalar tarafından belirlenen ücretlerin sabit veya asgari bir fiyata dönüşmemesi gerektiği, tavan fiyat olarak kabul edilmesi yönünde duyuruların yapılması istenen dosyalardan *Uşak Kahveciler Odası*, *Kırşehir Kahveciler Odası*²⁶² gibi kararlarda Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına atıfta bulunulurken, *Antalya Fırıncılar*²⁶³ dosyasında sadece yazı yazılmasına karar verilmiştir. Ayrıca *Alanya Tekne Turu*, *Denizli Dershane*, *Yurtdışı Eğitim*, *Atık Ambalaj* gibi dosyalarda önaraştırma sonucunda 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına karar verilirken, *Kaş Dalış Merkezleri*²⁶⁴ dosyasında ihlalin varlığına işaret eden açık kartel belgelerine karşın ilk inceleme aşamasında ihlale ne şekilde son verileceğine dair yazı yazılmasına karar verilmiştir.

Bu şekildeki farklı uygulamalara önaraştırma neticesinde, sözleşmelerde bazı değişiklikler yapılarak ve/veya bazı davranışlarda bulunulması istenerek grup muafiyeti tebliğleri ile getirilen muafiyetten yararlanılmasının öngörüldüğü dosyalarda da rastlanmaktadır. *JTI Tütün Ürünleri*, *Philip Morris/BTA*, *Kale Pazarlama*, *Padok Turizm I ve II*, *Akaryakıt Dağıtım*²⁶⁵, *Frito Lay*²⁶⁶, *Bizimgaz*²⁶⁷ dosyalarında bu tür değişikliklerin yapılması Kanun'un 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca istenirken, *Türk Şeker*²⁶⁸, *Renault Trucks*²⁶⁹, *Roche*²⁷⁰, *Alfa Laval*²⁷¹, *Vira Kozmetik*²⁷², *Amadeus Rezervasyon Sistemleri*²⁷³ dosyalarında benzer değişiklikler muafiyet başvurularında izlenen yöntemle sadece yazı yazılması yolu ile istenmiştir. Nitekim bu çelişkiye, *Alfa Laval* dosyasındaki bir üyenin karşı oyunda, "...hiçbir gerekçe gösterilmeksizin ve bir yıldan fazla uygulanmış bir ihlal için, üstelik grup muafiyetinden yararlanmayacağı ve bildirmeme cezası verilmesi oybirliğiyle kabul edildikten sonra, sadece bildirilmiş sözleşmelerde uygulanan bir yöntemle süre tanınarak

²⁶¹ Tüpraş, 16.4.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı karar.

²⁶² Kırşehir Kahveciler, 10.1.2008 tarih ve 08-04/39-15 sayılı karar.

²⁶³ Antalya Fırıncılar, 12.6.2003 tarih ve 03-42/465-204 sayılı karar.

²⁶⁴ Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar.

²⁶⁵ Akaryakıt Dağıtım, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1059-306 sayılı karar.

²⁶⁶ Frito Lay, 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı karar.

²⁶⁷ Bizimgaz, 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı karar.

²⁶⁸ Türk Şeker, 1.4.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karar.

²⁶⁹ Renault Trucks, 12.8.2004 tarih ve 04-52/692-176 sayılı karar.

²⁷⁰ Roche, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı karar.

²⁷¹ Alfa Laval, 8.7.2004 tarih ve 04-46/587-142 sayılı karar.

²⁷² Vira Kozmetik, 2.8.2007 tarih ve 07-63/767-275 sayılı karar.

²⁷³ Amadeus Rezervasyon Sistemleri, 3.1.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı karar.

ve 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrası hükmüne atıf yapılmayarak soruşturma açılmaması şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.” ifadeleri ile dikkat çekilmiştir.

Kanun’da herhangi bir dayanağı bulunmayan bu uygulama 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasının uygulanmasına ilişkin olarak da tereddüde neden olmaktadır. Şayet yukarıdaki örneklerde görüldüğü üzere önaraştırma sürecinin sonunda ihlale ilişkin bulgular tespit edilmişse, bildirim konu olan anlaşmalardan farklı olarak değişiklikler Kanun’un 9 uncu maddesi uyarınca taahhüt alınması yoluyla gerçekleştirilmeli, bunun dışındaki hallerde uyulmaması durumunda bir yaptırım uygulanamayacağı için sadece yazı yazılması yönünde bir karar alınmamalıdır.

Benzer gerekçelerle, Kanun tasarısında eleştiri konusu olabilecek bir fazlalık bulunduğu söylenebilir. Bu fazlalık, taahhüde ilişkin açık düzenlemenin yanı sıra, değiştirilecek 9 uncu maddede, “*Kurul, 4 veya 6 ncı maddenin ihlaline ilişkin emarelerin varlığı halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine konuyla ilgili görüş bildirebilir*” şeklinde bir hükmün korunmasıdır. Amacı anlaşılabilen bu düzenlemenin Kurul kararlarında halihazırda görülen çelişkili uygulamaları, Kanun değişikliği sonrasında da devam ettirme olasılığı bulunmaktadır.

Taahhüt mekanizması çerçevesinde son olarak, Kanun değişikliği yapıp yapılmaması fark etmeksizin, konuya ilişkin olarak bir bölümü veya tamamı kamuoyuna açık bir kılavuzla düzenlenme yapılmasının önem arz ettiği belirtilmelidir.

3.3. İHLALİN KABULÜ VE İŞBİRLİĞİ KARŞILIĞINDA CEZALARDA İNDİRİM YAPARAK İLGİLİLERLE UZLAŞMA

4054 sayılı Kanun’da uzlaşmaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kurul, *Trafik Sinyalizasyon*²⁷⁴, *Yonga Levha I*²⁷⁵, *Yonga Levha II*²⁷⁶ ve *Gazbeton*²⁷⁷ gibi kararlarında, ihlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yapmıştır. 4054 sayılı Kanun’un 16 ncı maddesinde 5728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasının ardından ise, Ceza ve Pişmanlık Yönetmeliklerinde uzlaşma olarak nitelendirilebilecek hükümlere yer verilmiştir.

²⁷⁴ Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar.

²⁷⁵ Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.

²⁷⁶ Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.

²⁷⁷ Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.

4054 sayılı Kanun'da 5728 sayılı Kanun ile yapılan değişlikle, 16 ncı maddenin altıncı fıkrasında Kurum ile aktif işbirliği yapılması halinde cezalarda indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Kartellere uygulanmak üzere çıkarılmış olan Pişmanlık Yönetmeliği'nin 5 inci ve 6 ncı maddelerindeki düzenlemeler ise uzlaşmayı çağırılmaktadır. Zira söz konusu hükümler uyarınca indirim elde edebilmek için esas itibarıyla ihlalin kabul edilmesi ve karteğe ilişkin temel bazı bilgilerin verilmesi yeterli olmaktadır. Gerçekten de mehz mevzuat diyebileceğimiz AB Pişmanlık Programı'nda indirim uygulanabilmesi için "*significantly added value*" olarak geçen ve ilave deliller sağlanmasını gerektiren bir yöntem benimsenmiş olmasına karşın, Pişmanlık Yönetmeliği'nde takdire dayanan böyle bir sistem tercih edilmemiştir. Bu yönüyle ABD'deki uzlaşma müessesine benzerlik gösteren düzenleme, 4054 sayılı Kanun'da yargı yolunu kapatan açık bir hükmün yokluğu nedeniyle de AB uygulamasına benzerlik göstermektedir. Ancak indirim elde edilmesinin ihlalin kabulüne bağlanmış olması dolayısıyla nihai karar sonrasında konunun yargıya taşınması halinde davanın esası bakımından davacının aleyhine sonuçlanması muhtemeldir. Diğer taraftan, pişmanlık başvurusunun teşebbüs tarafından yapılmasının bir sonucu olarak, ihlali kabul ederek Kurumla aktif işbirliği yapan yönetici ve çalışanlara verilecek cezalarda indirim yapılmaması veya hiç ceza verilmemesine dair düzenlemeler de uzlaşma kapsamında değerlendirilmelidir.

Karteller dışında kalan ihlaller bakımından ise Ceza Yönetmeliği'nde uzlaşma benzeri bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında bağışıklık veya indirim elde edilmesi bakımından Kanun'da karteller ve diğer ihlaller arasında bir ayırım yapılmamıştır. Gerek bu durumun bir sonucu olarak gerek Pişmanlık Yönetmeliği'nin sadece kartelleri kapsamaması nedeniyle, Ceza Yönetmeliği'nin 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında diğer ihlaller bakımından ihlalin kabul edilmesi halinde cezalarda indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır ki bu da yukarıda belirtilen anlamda bir uzlaşmadır.

Görüldüğü üzere Ceza ve Pişmanlık Yönetmeliklerinde uzlaşma mekanizması olarak kullanılmaya elverişli hükümler bulunmaktadır. Ancak ABD uygulaması ve Türk vergi hukukundaki uzlaşma kurumuyla kıyaslandığında, temel bir eksikliğin olduğu belirtilmelidir. Bu ise yargı yolunun kapatılmamış olmasıdır. Zira uzlaşma kurumundan beklenen, ihlalin kabul edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıktığı için artık yargı yerlerinin de meşgul edilmemesi ve dava yükünün azaltılmasıdır. İhlalin varlığını kabul eden bir teşebbüs tarafından açılan bir davanın esas bakımından kazanılma olasılığı düşük olacaktır. Bu durumda sadece şekil denetimi nedeniyle yargı yoluna gidilmesini kabul etmek, süreci uzatacağı gibi yargı yerlerine de gereksiz bir iş

yükü getirecektir. Bu nedenle uzlaşmadan azami faydayı elde edebilmek adına yargı yoluna gidilmesinin engellenmesi yerinde olacaktır²⁷⁸.

4054 sayılı Kanun'da değişiklik öngören Kanun Tasarısı'nda taahhüde ilişkin bir hüküm bulunmasına karşın, uzlaşmaya yönelik olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yukarıda yer verilen gerekçelerle ABD uygulamaları paralelinde bir uzlaşma kurumunun Türk rekabet hukukuna dahil edilmesi yerinde olacaktır. Bunun için VUK'dakine benzer şekilde uzlaşmaya varılması halinde artık yargı yoluna gidilemeyeceğine dair açık bir hüküm 4054 sayılı Kanun'a konulmalıdır. Bunun dışındaki, uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma tutanağı gibi usule ilişkin konuların düzenlenmesi ise yönetmeliğe bırakılmalıdır.

Uzlaşma konusu çerçevesinde son olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17 nci maddesi ile bağlantılı bir öneriye yer verilmelidir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında “kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idari para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile getirilen olanağın, uzlaşma yolunu tercih eden teşebbüslere öncelikli olarak tanınması halinde, uzlaşmayı teşvik edici bir sonuç elde edilebilecektir.

SONUÇ

Taahhüt mekanizması çerçevesinde, rekabet otoritesinin yürüttüğü karteller dışındaki soruşturmalar, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermekte; bu taahhütlere uyulmaması halinde yaptırımlar uygulanmaktadır. RKHK'nin 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası, 17 nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki “verilen taahhütlere uymayanlara nispi para cezası verilebileceği” ve 16 ncı maddenin beşinci fıkrasındaki “verilen taahhütlere uyulup uyulmadığının para cezasının takdirinde dikkate alınabileceği” düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, taahhüt mekanizmasının kullanımına imkân sağlamaktadır. Özellikle m.17/1(a)'daki “9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde süreli para cezası verilebileceğine” dair düzenlemenin 2008 yılında kaldırılıp, “verilen taahhütlere uymayanlara nispi para cezası verilebileceğinin” açıkça zikredilmesi, bu imkânı kuvvetlendirmiştir. Nitekim bu yasa değişikliğinden önce dahi, çeşitli Rekabet Kurulu kararlarıyla, yürütülen önaraştırma ve soruşturmalar, muhataplarının m.9/3 çerçevesinde rekabet

²⁷⁸ Vergi hukukundaki uzlaşmanın gerekçesinde bu hususa vurgu yapılmıştır. Bkz. dipnot 187.

sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermiştir. Bu kararlar olumlu olsa da, Kurul uygulamalarında, ABD ve AB örneğinden hareketle, eleştirilebilecek ve geliştirilebilecek yönler mevcuttur.

Bu çerçevede, en başta, Kurul'un 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasını taahhüt mekanizması olarak görmeyen ve bu yöndeki uygulamalarıyla da çelişen kararlarının bulunduğu belirtilmelidir. Keza, taahhüt mekanizmasına benzer uygulamaların, m.9/3'e atıf yapılmaksızın, hukuki değeri tartışmalı bir yazı gönderilmesiyle yapılması yönünde Kurul kararları da mevcuttur. Bu tür uygulamalar, Türk rekabet hukukunda taahhüt mekanizmasının mevcudiyeti ile bu mekanizmanın yasal dayanağının RKHK m.9/3 olduğu konusunda şüphe uyandırmakta ve bu yöndeki Kurul kararları ile çelişmektedir. Dolayısıyla m.9/3'ün taahhüt mekanizması olarak kullanılmasına istikrar kazandırılmalı; m.9/3'e atıf yapılmaksızın hukuki değeri tartışmalı aynı içerikte bir yazı gönderilmesi gibi uygulamalara son verilmelidir.

Kurul'un RKHK m.9/3'e dayanarak veya dayanmadan verdiği taahhüt benzeri kararlar, gelişmiş rekabet hukuku sistemlerindeki, "karteller dışındaki soruşturmanın, soruşturma muhataplarının ihlali kabul etmeksizin, rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermesiyle sona ermesi; bu taahhütlere uyulmaması halinde yaptırımlar uygulanması" şeklindeki ilke çerçevesinde değerlendirildiğinde de, düzeltilmesi gereken çeşitli sorunlar göze çarpmaktadır.

İlk olarak, Kurul'un konuya ilişkin bazı kararlarında ilgililerden rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak taahhüt alındığı ama bazı kararlarında aynı amaç güdülmesine rağmen böyle bir uygulamanın yapılmadığı görülmektedir. Bu çerçevede ilgililerden taahhüt alınması uygulamasına istikrar kazandırılmalıdır.

İkinci olarak, Kurul'un konuya ilişkin bazı kararlarında ihlal tespitinin yapıldığı görülmektedir. Özel hukuk alanında sonuçlar doğurabilecek bu konuda, ABD ve AB uygulamalarına paralel olarak, böyle bir tespitten kaçınılması yerinde olacaktır.

Üçüncü bir sorun, Kurul kararının ardından taahhüt veya yazı konusu eylemin sona erdirildiğinin takip edilmesindeki eksikliklerdir. Kaldı ki, eyleme son verilmediğinin tespit edilip, yaptırım uygulanmadığı durumlar da mevcuttur. Oysa taahhüt konusu eylemlerin sona erdirilip edilmediği takip edilmeli, edilmemişse yaptırım uygulanmalıdır.

Dördüncü ve belki de en önemli sorun, taahhüt mekanizmasının, ABD ve AB'den farklı olarak, karteller için üstelik çelişkili şekilde uygulanmasıdır. Örneğin, otobüsle yolcu taşımacılığı pazarındaki aynı niteliği taşıyan bazı

kartellere soruşturma neticesinde ceza verilirken, bazılarında taahhüt mekanizması uygulanmıştır. Benzer şekilde, küçük ve orta büyüklükteki işletmelere yönelik bazı soruşturmalar neticesinde para cezası uygulanırken, bazı dosyalarda, muhatapların bu niteliği m.9/3'ün kullanılmasının gerekçesi olmuştur. Taahhüt mekanizmasının karteller için kullanılmaması, uygulamada yapılması en elzem değişikliklerden biridir.

Beşinci olarak, çeşitli örnekleri bulunan ilk inceleme aşamasında taahhüt benzeri uygulamalar yapılmasından, bu aşamada değerlendirme için gerekli bilgi ve belgeyi toplamak imkânsız olduğundan, sakınılmalıdır.

Taahhüt konusu çerçevesinde halen TBMM gündeminde bulunan RKHK'de değişiklik yapılmasına dair tasarı hakkındaki görüşlere de yer verilmelidir. Anılan tasarı konuya ilişkin tartışmaları sonlandıracak açık bir düzenleme getirmesiyle olumludur. Ancak tasarıya ilişkin olarak birkaç eksiklik ve bir fazlalıktan söz edilebilir:

Tasarıda benimsenen sistem, taahhütlere uyulmaması halinde soruşturmanın yeniden açılması ve m.16/5 ile buna paralel olarak çıkarılan Ceza Yönetmeliği birlikte düşünüldüğünde, bu soruşturma sonucunda ihlal sonucuna ulaşırsa cezanın ağırlaştırılmasıdır. Öngörülen bu sistem, süreci uzatacak ve m.17/1(a)'daki süreli para cezasını anlamsızlaştırabilecek niteliktedir. Bu çerçevede, AB mevzuatına paralel şekilde, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına (e) bendi olarak yapılacak ve en az binde beş oranında olacak bir eklemeye, taahhüde uyulmaması halinde süreli para cezasının yanında ilave bir ceza verilebilmesine imkân veren bir düzenleme bulunmalıdır. Bu çerçevede, ihlalin bulunup bulunmadığının tespiti için soruşturma açmak yerine, taahhüde uyulup uyulmadığının tespiti için inceleme yapılmalıdır. Değişiklik tasarısında yoğunlaşma işlemleri için öngörülen gibi hızlandırılmış bir sürecin sonunda, ilgilinin yazılı savunmasını alıp eğer taahhüde uyulmadığı tespit edilirse, 16 ncı maddenin birinci fıkrası uyarınca ceza verilmelidir. Bunun yanı sıra, m.17/1(a) çerçevesinde de, taahhüde uyulmayan her bir gün için süreli para cezası uygulanmalıdır.

Tasarıya yapılabilecek bir eklemeye ile giderilebilecek diğer bir eksiklik, istisnai hallerde ilgililerin taahhütlerinin yanında uzlaşılacak bir miktarda ceza da ödemelerine imkân veren bir düzenleme yapılmasıdır. Böyle bir durumda, teşebbüsler ihlali kabul etmeyerek tazminat davalarında karşılaşılabilecekleri bir olumsuzluktan kurtulmuş olacak; buna karşılık Rekabet Kurumu da istediği sonucu ceza ile birlikte elde edebilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu tür bir uygulama karteller için geçerli olmamalıdır çünkü kartellerdeki uzlaşma

sürecinde ihlalin kabulüyle uzlaşmayanlara karşı delil elde etme saiki de bulunmaktadır.

Tasarıya yapılabilecek diğer bir ekleme, taahhütte bulunanlar bakımından yargı yolunun kapanması olabilir. Her ne kadar Rekabet Kurumu ile yaptıkları görüşmelerin ardından haklarında yürütülen soruşturmanın kapanması için taahhütte bulunanların yargıya başvurmayacakları beklense de böyle bir düzenlemenin yapılması taahhütten beklenen avantajları perçinleyecektir.

Kanun tasarısında eleştiri konusu olabilecek fazlalık ise, taahhüde ilişkin bir düzenleme yapılmışken, “Kurul, 4 veya 6 ncı maddenin ihlaline ilişkin emarelerin varlığı halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine konuyla ilgili görüş bildirebilir” şeklinde bir düzenlemenin korunmasıdır. Amacı anlaşılamayan bu düzenlemenin Kurul kararlarında halihazırda görülen çelişkili uygulamaları, Kanun değişikliği sonrasında da devam ettirme olasılığı bulunmaktadır.

Taahhüt mekanizması çerçevesinde son olarak, Kanun değişikliği yapıp yapılmaması fark etmeksizin, konuya ilişkin olarak bir bölümü veya tamamı kamuoyuna açık bir kılavuzla düzenlenme yapılmasının önem arz ettiği belirtilmelidir.

İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma mekanizmasının da Türk rekabet mevzuatında yeri bulunmaktadır. RKHK m.16/6 ve 7 ile bunlara dayanılarak çıkarılan Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri bu amaç için kullanılabilir niteliktedir. Pişmanlık Yönetmeliği’nde, Kurulun önaraştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, Yönetmelikte belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ve koşulları yerine getiren, ancak ceza verilmemesine ilişkin düzenlemeden yararlanamayanlara verilecek para cezalarının indirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, AB’deki pişmanlık programından farklı olarak, indirimden yararlanmak için katma değer yaratan delil istenmemekte, karteli kabul eden ve Yönetmelikte öngörülen temel bilgileri sunan herkese, ABD uygulamasındaki uzlaşma müessesine paralel şekilde indirim sağlanmaktadır. Pişmanlık Yönetmeliği’nin 5 inci maddesindeki, teşebbüslerin ihlali kabul eden ve işbirliğinde bulunan yöneticileri ve çalışanlarına verilecek cezaların indirileceği veya ceza verilmeyebileceği yönündeki düzenleme de ABD uzlaşma müessesindeki *carving out* politikasına paralellik arz etmektedir. Çünkü işbirliğinde bulunan teşebbüslerin çalışanlarından bir kısmına veya tamamına, teşebbüsün işbirliğinin karşılığı olarak ceza verilmeyebilmektedir. Buna karşılık anılan düzenlemelerde ABD uygulamasından farklı, AB uygulamasına paralel

olarak yargı yolu kapatılmamıştır. Ancak ihlalin kabulü halinde yargı yoluna başvurmanın çok fazla fayda sağlamayacağı düşünülmektedir.

Karteller dışındaki ihlaller içinse benzer bir düzenleme Ceza Yönetmeliği m.7/3'te yapılmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde ihlali kabul eden ilgililere indirim yapılmaktadır. Ancak kartel dosyalarına benzer şekilde, Rekabet Kurumu'nun karar alma sürecinin kısılması ya da yargı yolunun kapatılması en azından doğrudan mümkün değildir.

İhlalin kabulü ve işbirliği karşılığında cezalarda indirim yaparak ilgililerle uzlaşma mekanizmasına ilişkin olarak getirilebilecek önerilerin başında, RKHK'de yapılacak bir değişiklikle, uzlaşanlar bakımından, vergi mevzuatına paralel şekilde, yargı yolunun kapatılması gelmektedir. Her ne kadar ihlali kabul edenler tarafından ilgili Kurul kararına karşı açılacak bir iptal davasında, cezanın esasa dayanan gerekçelerle iptal edilme ihtimali çok düşük olsa da, usulden iptal ihtimali mevcuttur. AB uygulamasında böyle bir durumda Komisyonun verilen indirimi geri alabilmesi mümkünken Türkiye'de bunun yapıp yapılamayacağı açık değildir. Kaldı ki, uzlaşmadan kaynaklanan etkinliğin sağlanması için böyle bir düzenleme fayda sağlayacaktır.

Getirilebilecek diğer bir öneri, Kabahatler Kanunu m.17/2'de düzenlenen cezaların taksitle ödenmesi imkânının öncelikli olarak uzlaşanlara tanınması konusuna istikrar kazandırılmasıdır. Böylece, ABD uygulamasına paralel şekilde, cezada indirim yapılmasına ilave bir teşvik aracı sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- ANDERSON, L.C. (2007), "Mocking the Public Interest: Congress Restores Meaningful Judicial Review Of Government Antitrust Consent Decrees", *Vermont Law Review*, Vol:31, s.593-614.
- ARMAĞAN, R. (2007), Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, *Maliye Dergisi*, Sayı 153, Temmuz-Aralık 2007.
- ARP, D.J. ve C.R.A. SWAAK (2003), "A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice", *European Competition Law Review*, Issue:1, s.9-18
- ASLAN, İ.Y.(2007), Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Ekin Kitabevi.
- ATWOOD, J.R. (2006), "Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.189-198.
- BATIR, D., Vergileme Sistemimizde Uzlaşma Müessesesi, http://www.kobiline.com/docs/AATax/article/vrg_sistemi.doc, Erişim Tarihi: 11.4.2009.
- BİLİCİ, N. (2008), *Vergi Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin, Ankara.
- COOK, C.J. (2006), "Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9", *World Competition*, Vol:29(2), s.209-228.
- ÇETİNKAYA, O. Vergi Hukukunda Uzlaşma, http://www.legalisplatform.net/ozel_dosyalar/Vergi%20Hukukunda%20Uzlaşma.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.
- DOJ (2008), DOJ Antitrust Division Manual, <http://www.usdoj.gov/atr/public/divisionmanual/index.htm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.
- DUCORE, D.P. (2006), "Settlement of Competition Conduct Violations at the US Antitrust Agencies and at the EC – Some Observations", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s.227-242.
- FERRO, M.S. (2005), "Committing to Commitment Decisions – Unanswered Questions on Article 9 Decisions", *European Competition Law Review*, Vol:26(8), s.451-459.
- FURSE, M. (2004), "The Decision to Commit: Some Pointers from the US", *European Competition Law Review*, Vol:25(1), s.5-10.

FTC (2007), FTC Administrative Staff Manuals, <http://www.ftc.gov/foia/adminstaffmanuals.shtm>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

GEORGIEV, G.S. (2007), “Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. Style Antitrust Settlements in EU Law”, <http://ssrn.com/abstract=1115120>, Erişim Tarihi: 30.3.2009.

GIPPINI-FOURNIER, E. (2008), “The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003”, Community Report to the Fide Congress 2008, <http://ssrn.com/abstract=1139776>, Erişim Tarihi: 29.3.2009.

GRIFFIN, J.M. (2001), “An Inside View of a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels”, *Fighting Cartels—Why and How?* içinde, Swedish Competition Authority, Konkurrensverket, Sweden, s.29-55

HAFIZOĞULLARI, Z. (2007), Türk Ceza Hukuku Ders Notları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2007-2008, <http://www.abchukuk.com/dersnotlari/cezagenel2.doc> s.700, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2001), “The Fly on the Wall Has Been Bugged—Catching an International Cartel in the Act”, *International Law Congress 2001, EU Competition Law, Dublin, Ireland, UK*, www.usdoj.gov/atr/public/speeches/8280.htm, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2005), “Transcript of Testimony of Scott D. Hammond before the United States Sentencing Commission Concerning Proposed 2005 Amendments to §2R1.1”, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/209071.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009.

HIMES, J.L. (2007), “Judicial Review of Justice Department Consent Decrees: Is the Tunney Act Glass Half Empty or Half Full?”, http://www.oag.state.ny.us/bureaus/antitrust/pdfs/COMPTEL_Remarks.Final.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

ICN (2008), “Cartel Settlements”, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/Cartels/Cartel_WG_1.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

İNAN, N. (2001), AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) Yenilikler, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, Şubat-Mart 2001

JOSHUA, J.M., M. LOW ve G. SPRATLING (2001), "International Cartels, International Exposure: How to Contain the Pain", *Global Competition Review*, February/March 2001, s.16-24.

KERSE, C.S. (1998), *E.C. Antitrust Procedure*, 5. Baskı, Sweet&Maxwell.

KLAWITER, D.C. (2001), "After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment, and Other Penalties in the Age of International Cartel Enforcement", *The George Washington Law Review*, October/December 2001, Vol:69(5/6), s.745-765.

LANG, J.T. (2003), "Commitment Decisions Under Regulation 1/2003: Legal Aspect Of a New Kind of Competition Decision", *European Competition Law Review*, Vol:24(8), s.347-356.

LANG, J.T. (2005), "Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law", B.E. Hawk (der.), *2005 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* içinde, s. 265-324.

LEVY, N. ve R. O'DONOGHUE (2004), "The EU Leniency Programme Comes of Age", *World Competition*, Vol:27(1), s.75-99.

MAHMUTOĞLU, F.S. (1995), *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı, İstanbul.

O'BRIEN, A. (2008), "Cartel Settlements in the U.S. and EU: Similarities, Differences & Remaining Questions", 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop, Florence, Italy, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/235598.pdf>, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

OECD (2007), "Plea Bargaining", Policy Roundtables 2006, DAF/COMP(2007)38, <http://www.oecd.org/dataoecd/12/36/40080239.pdf>, Erişim Tarihi: 4.4.2009.

ÖZGENÇ, İ. (2006), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara.

RITTER, L., W. D. BRAUN ve F. RAWLINSON (2000), *EEC Competition Law- A Practitioner's Guide*, Kluwer Law, The Hague-London-Boston.

SCHONEVELD, F.R. (2003), "Cartel Sanctions and International Competition Policy: Cross-Border Cooperation and Appropriate Forums for Cooperation", *World Competition*, Vol:26(3), s.433-471.

SCHWEITZER, H. (2008), "Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law", EUI Working Papers.

STEPHAN, A. (2007), "The Direct Settlement of EC Cartel Cases", http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/astephan.pdf, Erişim Tarihi: 11.4.2009.

ŞENYÜZ, D. (2005), *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

TIERNO CENTELLA, M.L. (2008), "The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases", *Competition Policy Newsletter*, No:3, s.30-35.

WILS, W.P.J. (2006), Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No 1/2003, *World Competition*, Vol:29(3).

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

- US v. Gillette Co., 406 F. Supp. 713 (D.Mass. 1975)
- US v. Bechtel Corp., 648 F.2d 660 (9th Cir. 1981)
- US v. AT&T, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom*, Maryland v. US, 460 US 1001 (1983)
- US v. Microsoft Corp., 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995), *rev.d*, US v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1488 (D.C.Cir.1995)
- US v. Alex. Brown & Sons, Inc 963 F. Supp. 235 (S.D.N.Y. 1997), *aff'd sub nom*, US v. Bleznak, 153 F.3d 16 (2d Cir. 1998)
- US v. Microsoft Corp., 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002), *aff'd sub nom*, Massachusetts v. Microsoft Corp., 373 F.3d 1199 (D.C.Cir.2004)
- US v. SBC Commc'ns, Inc., 489 F.Supp.2d 15 (D.D.C. 2007)

AVRUPA BİRLİĞİ

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları

- Case 792/79 R. Order of the Court of 17 January 1980. Camera Care Ltd v Commission of the European Communities.

İlk Derece Mahkemesi Kararları

- Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007

Komisyon Kararları

- Deutsche Bundesliga, COMP/37.214
- FA Premier League, COMP/38.173
- Buma ve Sabam, COMP/39.152, COMP/39.151
- Cannes Agreement, COMP/38.681
- CISAC, COMP/38.698
- Austrian Airlines/SAS, COMP/37.749
- Repsol, COMP/38.348
- Coca-Cola, COMP/A.39.116/B2
- Distrigaz, COMP/B-1/37966
- De Beers/Alrosa, COMP/B-2/38.381

TÜRKİYE

Danıştay 13 üncü Dairesi Kararı

- 11.6.2008 tarih ve E.2008/1686, K.2008/4778 sayılı karar

Rekabet Kurulu Kararları

- Çaykur, 22.6.1999 tarih ve 99-31/277-167 sayılı karar.
- PÜİS/TABGİS, 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı karar.
- MAİS, 2.11.2000 tarih ve 00-42/453-247 sayılı karar.
- Tüpraş, 16.4.2002 tarih ve 02-24/244-99 sayılı karar.
- Reklamcılar Derneği, 25.7.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı karar.
- Yonga Levha I, 06.09.2002 tarih ve 02-53/685-278 sayılı karar.
- Yonga Levha II, 25.02.2003 tarih ve 03-12/135-63 sayılı karar.
- Kablo Tv Operatörleri, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.
- Türk Telekom, 8.1.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar.
- JTI Tütün Ürünleri, 3.3.2004 tarih ve 04-18/152-34 sayılı karar.
- Philip Morris/BTA, 3.3.2004 tarih ve 04-18/153-35 sayılı karar.
- Konya Sürücü Kursları I, 3.3.2004 tarih ve 04-18/154-36 sayılı karar.
- Ankara Yapı Laboratuvarları, 1.4.2004 tarih ve 04-23/251-55 sayılı karar.

- Türk Şeker, 1.4.2004 tarih ve 04-23/250-54 sayılı karar.
- Yurtdışı Eğitim, 11.4.2007 tarih ve 07-31/325-120 sayılı karar.
- Bilişim Ürünleri, 20.5.2004 tarih ve 04-36/414-105 sayılı karar.
- Antalya Fırıncılar, 12.6.2003 tarih ve 03-42/465-204 sayılı karar.
- Ankara Kitap Dağıtım, 24.6.2004 tarih ve 04-43/533-130 sayılı karar.
- Alfa Laval, 8.7.2004 tarih ve 04-46/587-142 sayılı karar.
- Renault Trucks, 12.8.2004 tarih ve 04-52/692-176 sayılı karar.
- Konya Otobüs, 18.08.2004 tarih ve 04-55/751-188 sayılı karar.
- Roche, 19.11.2004 tarih ve 04-72/1042-257 sayılı karar.
- Nevşehir Eczacılar Odası, 18.1.2005 tarih ve 05-06/44-17 sayılı karar.
- Diyarbakır Kömür, 3.2.2005 tarih ve 05-07/59-26 sayılı karar.
- Trafik Sinyalizasyon, 10.03.2005 tarih ve 05-13/156-54 sayılı karar.
- Kastamonu Tüp, 7.4.2005 tarih ve 05-22/259-75 sayılı karar.
- Kale Pazarlama, 13.6.2005 tarih ve 05-39/548-125 sayılı karar.
- Dizi Yapımcıları, 28.7.2005 tarih ve 05-49/710-195 sayılı karar.
- Konya Tüp, 15.8.2005 tarih ve 05-51/753-204 sayılı karar.
- Padok Turizm I, 15.9.2005 tarih ve 05-58/858-233 sayılı karar.
- Tekstil Makineleri Fuarı, 6.10.2005 tarih ve 05-65/934-254 sayılı karar.
- Kastamonu Otobüs, 09.02.2006 tarih ve 06-11/143-33 sayılı karar.
- Padok Turizm II, 2.3.2006 tarih ve 06-16/189-49 sayılı karar.
- İstanbul Fotoğrafçılar Odası, 22.5.2006 tarih ve 06-35/439-111 sayılı karar.
- Gazbeton, 30.05.2006 tarih ve 06-37/477-129 sayılı karar.
- Giresun Eczacı Odası, 7.6.2006 tarih ve 06-41/512-134 sayılı karar.
- Kaş Dalış Merkezleri, 07.06.2006 tarih ve 06-41/507-132 sayılı karar.
- Alanya Tekne Turu, 22.6.2006 tarih ve 06-45/570-154 sayılı karar.
- Otokar, 22.6.2006 tarih ve 06-45/571-155 sayılı karar.
- Sakarya Otobüs, 25.7.2006 tarih ve 06-55/713-203 sayılı karar.
- Konya Süt 26.7.2006 tarih ve 06-56/714-204 sayılı karar.

- Adana Eczacı Odası I, 28.9.2006 tarih ve 06-67/900-257 sayılı karar.
- Akaryakıt Dağıtımı, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1059-306 sayılı karar.
- Fida Film I, 15.11.2006 tarih ve 06-84/1069-311 sayılı karar.
- HPO İhalesi, 20.12.2006 tarih ve 06-92/1172-350 sayılı karar.
- Bartın Otobüs, 26.12.2006 tarih ve 06-94/1191-357 sayılı karar.
- Frito Lay, 11.1.2007 tarih ve 07-01/12-7 sayılı karar.
- Lineer Aktuatör, 8.3.2007 tarih ve 07-19/188-60 sayılı karar.
- Adana Eczacı Odası II, 5.4.2007 tarih ve 07-30/291-108 sayılı karar.
- Bizimgaz, 5.4.2007 tarih ve 07-30/292-109 sayılı karar.
- Denizli Dershane, 9.5.2007 tarih ve 07-39/420-166 sayılı karar.
- Fida Film II 4.7.2007 tarih ve 07-56/637-219 sayılı
- DHMİ-I, 4.7.2007 tarih ve 07-56/668-231 sayılı karar.
- Konya Sürücü Kursları II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/761-263 sayılı karar.
- DHMİ-II, 26.7.2007 tarih ve 07-62/737-265 sayılı karar.
- Vira Kozmetik, 2.8.2007 tarih ve 07-63/767-275 sayılı karar.
- Uşak Kahveciler Odası, 2.8.2007 tarih ve 07-63/778-284 sayılı karar.
- Balıkesir Kuyumcular Derneği, 19.9.2007 tarih ve 07-73/894-338 sayılı karar.
- Denizli Kuyumcular Odası, 19.9.2007 tarih ve 07-73/892-336 sayılı karar.
- Isparta Kuyumcular Derneği, 19.9.2007 tarih ve 07-73/895-339 sayılı karar.
- Tokat Akaryakıt İstasyonları, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1162-454 sayılı karar.
- Konya-Karapınar Otobüs, 13.12.2007 tarih ve 07-90/1156-449 sayılı karar.
- Amadeus Rezervasyon Sistemleri, 3.1.2008 tarih ve 08-01/6-5 sayılı karar.
- Kırşehir Kahveciler, 10.1.2008 tarih ve 08-04/39-15 sayılı karar.
- Hamidiye Suları, 20.5.2008 tarih ve 08-34/451-158 sayılı karar.
- Kuralkan, 27.5.2008 tarih ve 08-35/462-162 sayılı karar.
- Atık Ambalaj, 5.6.2008 tarih ve 08-37/498-179 sayılı karar.

- Tekhnelogos, 11.9.2008 tarih ve 08-52/791-320 sayılı karar.
- Eskişehir Fotoğrafçılar, 18.9.2008 tarih ve 08-54/859-345 sayılı karar.
- Adana Otobüs, 23.10.2008 tarih ve 08-60/963-381 sayılı karar.
- Türk Eczacılar Birliği, 27.11.2008 tarih ve 08-67/1095-427 sayılı karar.
- Amasya Kuyumcular, 25.12.2008 tarih ve 08-75/1187-456 sayılı karar.

SORU ve CEVAPLAR

Av. Oğuzkan GÜZEL- Sorum Gönenç Beye olacak. Güzel tebliği için teşekkür ederiz. Birleşme ve devralmalarda taahhüt mekânizması, uzlaşmayla koşullu izinde biraz karıştırılan bir müessese. Sizin tebliğde ve sunumda verdiğiniz Rekabet Kurulu örneklerinde aslında bir nevi, koşullu izin ve aslında Avrupa Birliği'nde taahhüt mekânizmasının işletilip ülkemizde onun paralel olarak koşullu izne bağlandığı dosyalar var. Bunun dışında, Intergum olsun, MGS olsun ve sizin “Çimento kararı” olsun, burada taahhüt mekânizmasının işleyebildiği alanlar.

Siz sunumunuzda zaman kısıdından biraz hızlı geçtiğiniz bir alan vardı; bu, bir fluluk, önünüzü görememe hususu. Bununla ilgili Avrupa Birliği mevzuatıyla da paralel bir açıklık getirebilir misiniz? Taahhüt ne zaman verilecek, taahhüde nasıl uyulacak, Trustee'lerin atanması, onların yaptıkları işler nelerdir? Eksik kalmasını bakımından bu kısmı tamamlamanızı rica edeceğim. Teşekkürler.

Av. Sibel YILMAZ- Benim Vatan gazetesi kararıyla ilgili sorum değil, bir ek bilgim var.

Bizim açtığımız iptal davasında Danıştay, o kararın yürütmesini durdurdu. Aslında Danıştay'ın temel gerekçesi; koşulların belirli olmadığı, uygulanabilir olmadığı ve açıkça koşul getirme izinin verilmemiş olmasıydı. Biz dilekçelerimizde hep ısrarla, batan teşebbüs savunması kabul edildiğinde artık işleme rekabet sorunu arasındaki illiyet bağının kesildiği iddia ettik. Danıştay bu konuya zaten hiç girmedi. Siz de sanırım tebliğinizde buna değindiniz. Herhâlde tam olarak bunu demek istediniz değil mi; siz de, illiyet bağının kesildiğini düşünüyorsunuz.

Oturum Başkanı- Yılmaz Hoca buyurun.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz Aslan- Uzman arkadaşlara söyleyecek bir şey yok; her zaman çok yetkinler zaten. Onlara çok teşekkür ediyorum.

Özel olarak Sinan ve Gönenç'e teşekkür etmek isterim. Gerçekten bu belki de ilk defa oluyor; stajyer avukat arkadaşları da tebliğlerine katıp buraya çıkarmış olmaları, onları cesaretlendirmek ve rekabet hukukuna yönlendirmek, nefer kazandırmak açısından çok önemli. Onun için bir kere teşekkür ediyorum; tebliğleriniz için de teşekkür ediyorum tabii ki.

Benim esasen Sinan arkadaşıma bir sorum var. Çok önemli bir konuyu inceledi; ihale hakikaten önemli. Fakat, Rekabet Kurulunun ihalelerle ilgili benim gördüğüm en enteresan kararına değinmediniz. Karar şuydu: “Şişecam kararı”, daha doğrusu “Anadolu Cam-Marmara Cam kararı, Rakı Şişesi kararı.” Gökşin oradan gülüyor. Çok ilginç bir şekilde, ihale TEKEL tarafından öyle bir tasarlanmış ki, sadece iki firma girebiliyor, başkası giremiyor. İki ihale yapılıyor. İlk ihalede, -birçok içki şişesi ihalesi aslında bu- Marmara Cam sadece rakı şişesine ihale veriyor, pey sürüyor, -diğer şişeleri zaten yapamıyor- ve onu kazanıyor. Diğer şişeler Anadolu Camda kalıyor. 2 ay sonra bir ihale daha yapılıyor; bu seferki, ihtiyaç için 10 aylık bir ihale. Bu kez, daha önce Marmara Camın verdiği ihalenin, peyin miktarını bildiği için Anadolu Cam, onun biraz altında bir ihale veriyor, pey veriyor, diğer ürünlerde de (votka şişesi vesaire şişelerde) fiyatları biraz arttırıyor. Böylece ihalenin tamamını alıyor. Bunun üzerine Marmara Cam Rekabet Kuruluna gidiyor. Rekabet Kurulu da, “bu bir seçici fiyat uygulamasıdır, bu şekilde, diğer ürünlerde ona rakip olmadığımız, rakibiniz bulunmayan ürünlere fiyat koyarak, rakip olan ürünlerde de fiyatı düşürerek ihalede pey sürmeniz seçici fiyatlamadır ve hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır” deyip ceza veriyor. Bu seçici fiyatlamayla ilgili olarak belki dünyada ilk ihalede seçici fiyatlama.

Dolayısıyla, belki de, bahsedilmesi gereken, kararda özellikle de ihale tasarımıyla ilgili olarak bir konuya değinilmemiş olması yönüyle de önemli bir karar olduğunu düşünüyorum, çünkü hakikaten orijinal bir karar. Bizim birkaç tane daha böyle dünyada tek olabilecek kararlarımız vardır; bu, onlardan birisi. Hâlihazırda tabii görüşülüyor. Ne olacak bilmiyorum. En azından bu orijinalitesi tebliğinizde yer almayı hak ettiriyordu. Onun için bir ekleme yapmak istiyorum. Belki de bilerek koymamış olabilirsiniz. Bu kararla ilgili bir yorumunuz varsa da almayı çok isterim. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Hilal Hanım buyurun.

Hilal YILMAZ (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Benim sorum Gönenç Beye olacak. Mazıdağı kararını eleştirirken, -ben Mazıdağı kararının raportörlerindenim- o dönem için dünyadaki tarımsal ürünlerdeki ve de bunların hammaddelerindeki fiyat artışlarını incelediniz mi; öncelikle onu soracağım. O dönem hammadde temininde yaşanan sorunlara ilişkin incelemeniz oldu mu? Daha sonrasında, karar alındıktan sonra, yani geçen yıldan bu yıla kadar sektördeki fiyatlardaki değişimleri takip ederek mi eleştirdiniz, yoksa bu tür bir kararın yanlış olacağı ezberiyle mi böyle bir eleştiride bulundunuz; onu öğrenmek isterim. Çünkü o dönemde olağanüstü koşullar geçerliydi.

Rekabet Kurulunun 2 yıllığına böyle bir şartı verip daha sonrasında kendiliğinden gözden geçireceğine kendisi karar vermişken ve bu dönemde

ayrıca, tarafların pazardaki koşullarının değişmiş olması nedeniyle her zaman Kurula başvuru ve inceleme talebinde bulunabilecekleri, bunun da bir denetim mekânizması olabileceğini göz önüne almış mıydınız diye soracağım.

Pazarda giriş engellerinin çok yüksek olduğu, -siz de biliyorsunuzdur, bu konularda pek çok dosyanız oldu- Çimento ve Gübre gibi, standartları çok katı olan ve fiyat dışında da rekabet aracı kalmayan, -bunlar homojen ürünler- ayrıca da, mobilitesi olmadığı için bölgesel hâkimiyetlerin olduğu pazarlar ve bunlar dar oligopoller. Böyle pazar yapılarında yapısal sorun oluşturacak bir kararı aldıktan sonrasında Ex-post denetim yapmanın ne derece etkili olacağını soracağım.

O dönem bizim dört tane alternatif koşulumuz vardı (raporda, gerekçeli kararda da olması lazım.) Yalnız, o dört koşul da, uygulanabilirliği neredeyse olmayacak, çok zor koşullar olduğu için, hiç izin vermemenin alternatifi olarak koşullu izin verildi. Bunları belirtmek istedim.

Can AKÇAOĞLU- İlk başta Gökşin Beye, Haluk Beye ve Esin Hanıma sunumları için teşekkür ediyorum.

Sorum Haluk Beye olacak. Eğer yanlış anlamadıysam, özetle, 9/3'te yer alan mekânizmanın, aslında kanunda, yani mevcut durumda yer almayan "De minimis" in, bir şekilde Kurumun işlem maliyetini ve gücünü azaltmak için ağırlıklı olarak küçük işletmelere uygulandığı gibi bir izlenim aldım. Eğer tasarının kanunlaşmaması gibi bir durum olursa gene montanı küçük işletmeler üstünde de mi bunun devam etmesi gerektiği, yoksa her türlü işletme için de bunun uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki görüşlerinizi rica edeceğim.

Salim AYDEMİR (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Benim her ekibe bir sorum olacak. Öncelikle Sinan Beylere sormak istiyorum. Yılmaz Hocam da bahsetti, siz de sunumda belirttiniz; ihale şartnamelerinin hazırlanma sürecinde Rekabet Kurumunun değerlendirmesi, etkisi ne olabilir?

Şunu sormak istiyorum: İhale hazırlayan özellikle kamu teşebbüsleri bakımından Rekabet Kurumu sürece nasıl dahil olabilir, hangi araçları kullanarak böyle bir müdahale ya da bu işe dahil olması söz konusu olabilir, burada ne öngörüyorsunuz?

İkinci sorum Sayın Gürkaynak'a. Sayın Gürkaynak aslında sunuşunda çok açıkça ifade etmemekle birlikte, çeşitli defalar, Kurumun taahhüt sürecinde iletişim eksikliği içinde olmamasını, tabiri caizse, karşı tarafa her zaman elindeki balyozu indirebileceği gibi bir tehdit göstermemesi gerektiğini söyledi. Örneğin, bu, süreçte de yaşansa dahi, Rekabet Kurumunu yanlış yönlendirmeyi amaçlayabilecek, çeşitli şekilde yanlış bilgiler verilmesi gibi durumlarda

teşebbüslerin cezaya maruz kalabilecekleri kanaatimce açık. Bunun dışında, özellikle birleşme ve devralmalar bakımından, taahhüt sürecinde karşılıklı görüşmelerde, hangi aşamalarda nasıl bir tehdit unsuru olabilir? Hangi süreçler için hangi belirsizliklerden bahsediyor; onu da biraz açabilirse sevinirim.

Son olarak da Kurumdan arkadaşlarımıza sormak istiyorum. Bizim yeni Ceza Yönetmeliğinin 7/3'üncü maddesinde, kartel dışındaki diğer ihlaller bakımından da bir uzlaşma öngörülüyor. Halbuki sunuşunuzun her yerinde, uzlaşma prosedürünün sadece karteller bakımından söz konusu olduğunu söylediniz; bu konuya ilişkin görüşleriniz nedir?

H. Gökşin KEKEVİ (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Taahhüt, uzlaşma da var.

Salim AYDEMİR (Rekabet Kurumu Uzmanı)- Ama 9/3'ün taahhütte de uygun olduğunu söylediniz

H. Gökşin KEKEVİ- Hayır.

Salim AYDEMİR- O zaman, ben bunu yanlış anladım, geriye çekiyorum. Şunu da yanlış anladıysam onu da düzeltelim: Bizim yeni Ceza yönetmeliğinin 7/3'üncü maddesinde, diğer ihlaller bakımından da (kartel dışındaki) bir uzlaşma öngördüğü, bu yanlış değil, değil mi? Halbuki, sunuşunuzun her yerinde, uzlaşma prosedürünün sadece karteller bakımından söz konusu olduğunu söylediniz; eğer burada da yanlış değilsem bu konuya ilişkin görüşleriniz nedir?

Oturum Başkanı- Ayhan Bey buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNER (Pamukkale Üniversitesi Öğretim Üyesi)- Ben de herkes gibi öncelikle sunumlar için teşekkür ediyorum.

İlk sorum, daha doğrusu bir tespitim Sinan Beylere olacak. Biz 2 sene önce İhale Kanununun 63'üncü maddesinin yerli istekliler lehine getirdiği düzenlemenin rekabet hukuku açısından sorunlar yaratabileceğine dair bir tebliğ göndermiştir, bu tebliğimiz dereceye girememiştii; o zaman üzümüştük tabii. Daha sonra bu çalışmayı meslektaşım Yasin Sezer arkadaşım ile beraber genişlettik ve 2007 yılında Ankara Hukuk Fakültesi dergisinde yayımlandı. Orada şu sonuca vardık: Yerli istekli lehine yapılacak düzenlemeler, malların serbest dolaşımı, hizmetlerin serbest dolaşımı ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu için Avrupa Birliği hukukunda kesin yasak. ATAD kararlarını orada detaylı olarak incelemiştik. Türk hukuku bakımından şu sonuca varmıştık: Böyle bir düzenleme ileride AB'yle müzakere konusunda karşımıza çıkabilir, dolayısıyla, ele alınması lazım demiştik. Bir de, yerli istekli lehine düzenlemenin iktisaden savunulamayacağını, çünkü bir yabancı isteklinin daha

aşağı teklif vermesi hâlinde, sırf yabancı istekli olduğu için reddedilmesinin iktisaden savunulamayacağını söylemiştik. Burada bu görüşleri tekrar özetlemek istedim. Ayrıca, bu düzenleme Anayasanın eşitlik ilkesine ne derece uygun; o da tartışılır, çünkü ayrımcılık yasağını ihlal ediyor. Dolayısıyla, bu düzenlemenin ciddi bir şekilde gözden geçirilmesi lazım.

İkinci tespitim ya da sorum Gönenç Beye olacak. Birleşme ve devralmalarda, bir başka sektörde, pazarda oluşabilecek pozitif etkiler acaba dikkate alınabilir mi veya ne ölçüde alınabilir? Uygulamada Kurul kararlarında böyle bir tespit söz konusu mu?

Üçüncü ve son sorum da Haluk Bey ve arkadaşlarına olacak. “Taahhüde ilişkin raporda ihlale yönelik kesin ifadelerden kaçınılması lazım, yoksa tazminat davalarında sorun oluşabilir” dediniz. Acaba, taahhütten sonra bir teşebbüs, ihlal var mı yok mu diye, tazminat davası açmak amacıyla Kurula başvursa ve “ben bunu ileride tazminat davasında kullanacağım” dese, Kurul acaba soruşturmayı nihayete erdirmekten kaçınacak mı, nasıl bir tavır sergileyecek ya da “taahhülle bu iş kapandı mı” denilecek? Dolayısıyla, üçüncü şahısların tazminat talepleri ne olacak? Onların hak kayıpları söz konusu olabilir. Tekrar teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Usul İcra Anabilim Dalı Öğretim Üyesi)- Kurumdan arkadaşlar Gökşin Bey ve Esin Hanımın söylediği bir-iki söz üzerine bir açıklama talep edeceğim.

Gökşin Bey, “Prima facie evidence”, Türk hukukunda, tırnak içerisinde “karine” olarak söyledi. Yanlış hatırlamıyorsam Esin Hanım da şöyle bir ifade kullandı: Eğer uzlaşma beyanı olursa, bu, açılacak tazminat davalarında karine olarak kullanılabilir. Burada acaba karine mi, yoksa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 236’ncı maddesinin 4’üncü fıkrası anlamında, mahkeme dışı ikrar mı olması gerekir? Zira, mahkeme dışı ikrar olması durumunda, emarelerle ya da diğer takdiri delillerle bunun ispatlanması söz konusu. Ben bu konuda açıklama rica edeceğim. Arkadaşlara teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Hocam son soruyu sizden alalım.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi)- Teşekkür ederim. Eninde sonunda iş hep mahkemede bittiği için sonu usulcülere geldi gene.

Ayşe Odman Boztosun Hocamız başlangıçta, rekabet hukukunu ihlal edenleri organize suç örgütlerine benzetti ve sonra Haluk Bey de aynı şeyi

tekrarları; iktisadi düzende yaratabilecekleri sonuçların vahameti bakımından gönülden katılıyorum. Tabii, teknik bakımdan, ceza hukuku bakımından bunlar organize suç örgütü değil. Şimdi o kapsamda, Tıbbi Sarf Malzemeleri kararının ikincisiyle ilgili Sinan Bey'e bir sorum var. Orada, ikinci kararın birincisinden farklı olmasının sebeplerinden biri olarak, savcılık nezdindeki delillerin de değerlendirildiği söyleniyor ve o meyanda da, telefon dinleme kayıtları... Acaba telefon dinleme kayıtlarının bu şekilde dikkate alınması mümkün müdür, mümkün olmalı mıdır? Çünkü, Türk hukukunda, malum, ancak ceza yargılamalarında ve belirli suçlar için dinlenen telefon kayıtlarının delil kabul edilmesi mümkün. Acaba rekabet hukuku soruşturmalarında bu mümkün olmalı mıdır?

Belki bununla dolaylı olarak bağlantılı, son tebliğiyle ilgili işaret etmek istediğim yahut yeniden Haluk Bey'in ya da diğer arkadaşların görüşlerini almak istediğim konu da şu: Uzlaşma konusunda yargı yolunun kapatılması hakikaten bir ihtiyaç mıdır? İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması ilkesiyle bağdaşır mı? Bu konuda ne düşünüyorlar? Bir örnek olarak Vergi Usul Kanununu zikrediyorlar ama, Rekabet Kurulu kararlarından da örnekler verirlerken söyledikleri gibi, mevzuatta da misaller ve suimisaller var. Acaba Vergi Usul Kanunundaki mevzuat kısmı bir iyi misal midir ve rekabet hukukunda da benimsenmeli midir?

Oturum Başkanı- Peki Hocam. Teşekkür ederiz. İsmail Hakkı Bey buyurun.

İsmail Hakkı KARAKELLE (Rekabet Kurulu üyesi)- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Başlı başına bir soru değil. Evvela bütün tebliğ sahiplerine çok teşekkür ediyorum. Her birinizden ayrı ayrı çok şey öğrendik. Sağ olun.

Taahhütte ihlalinin kabulü yok, uzlaşmada var; tamam, bu, olması gereken hukuk bakımından böyle. Her şeyden önce, uzlaşma bizim kanunumuzda yok.

Bizim 9/3'ün yeterli olmadığını sizin sözlerinizden de anlıyoruz. Evet yeterli değil. Değişiklik öneriliyor. "Değişiklik olmasa da 9/3 uygulanabilir" dediniz. Evet, eksikleriyle uyguluyoruz zaten. Yalnız, 9/3 bakımından ihlal söylenmemeli. "Taahhüt yerine 9/3'ü kullanalım" diyoruz. Bugünkü bizim 9/3'ün lafzını dikkate aldığımızda, ihlal demeksizin bunu nasıl yapacağız?

Hepimiz biliyoruz ki, 9/3 kötü kaleme alınmış. Eskilerimiz, "kanun koyucu abesle iştigal etmez" derler ama, kötü kaleme alınmış. Eski 17 sayılı tüzükteki bir düzenlemenin kötü kaleme alınarak Türkçeye kazandırılmış hâli; hepimiz bunu biliyoruz. Ama netice itibarıyla da bununla bağlıyız. Olması

gereken hukuku konuşurken acaba olan hukukta bir hata mı yapıyoruz diye düşünüyorum.

Bugünkü 9/3'ün lafzıyla, “ihlal yok” demeksizin nasıl şöyle şöyle yap diye görüş ortaya koyarız?

Olması gereken hukuk bakımından tereddüt yok, ama olan hukuk bakımından bir sıkıntı yaşamaz mıyız diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz. Şimdi cevaplara geçiyoruz. Önce, tebliğ sırasıyla Sinan Beylerden başlıyoruz. Buyurun Sinan Bey.

Av. Sinan NAİPOĞLU- Teşekkür ederim. Öncelikle Yılmaz Hocanın sorusuyla başlayayım. Şişecam kararını, -klasik avukat savunuculuğuna girmeyeyim- açıkçası, Roche, EİP kararıyla bağlantılı olarak düşündüğüm için detayına girmedik ve detayını bilmiyorum. Ama Hocanın anlattığı kadarıyla çok enteresan bir karar. Anlattığınızdan anladığım kadarıyla Hocam, Anadolu Cam pazarda hâkim durumda. Pazarda hâkim durumda olduğu için bu seçici fiyatı rekabet kurallarına aykırı bulunmuş ve tabii ki, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiş. İhalelerle bağlantılı olması açısından eklenebilirdi. Nihai metine ekleyeceğimden emin olabilirsiniz.

“İhale hazırlığıyla ilgili kamu kurumları sürece nasıl dahil edilebilir” diye bir soru geldi. Aslında şöyle bir şey var: İdareler bakımından bir mevzuat değişikliği gerekiyor; burada hiçbir şüphe yok. Şu anki sistem bunu karşılamıyor. Daha da enteresanı; daha önce Kamu İhale Kurumunun, mesela aralarında bir birbirlerini tetikleme durumu vardı; daha önce verdiğim örneklerde olduğu gibi, şimdi bu imkân da ortadan kalktı. Rekabet Kurumu artık, gördüğü bir ihlali, önaraştırma sonucunda bulduğu ciddi bir şeyi Kamu İhale Kurumuyla paylaşırsa bile buradan bir hareket ettiremiyor; artık bu imkân ortadan kalktı, çünkü Kamu İhale Kanununda yeni bir değişiklik oldu. Kanunun son hâli açısından, Kamu İhale Kurumunun hem resen araştırma yapma yetkisi elinden alındı, hem de sadece taleple sınırlılık ilkesi benimsendi. Dolayısıyla, Rekabet Kurumunun da bunu yapma imkânı büyük ölçüde elinden alındı.

Ankara Hukuk Fakültesinde sizin yerli isteklilerle ilgili söylediğiniz bir konu vardı. Burada tabii çok net bir ayrımcılık var. O ayrımcılığı Anayasa anlamında ne kadar değerlendirebiliriz bilemiyorum, çünkü Anayasa sonuçta Türkiye Cumhuriyeti vatandaşların gerçek ve tüzel kişilerini bağlayıcı bir şey. Ama, iktisadi rekabetin sınırlayıcı bir şey olduğu kesin. Bizim buradaki önerimiz zaten o yüzden, en azından karşılıklılık ilkesi, Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci gerçekleşinceye kadar bunun karşılıklılık ilkesi çerçevesinde yürütülmesi.

Bugün ben size gayrimenkul elde edilmesi konusundaki uygulamayı söyleyeyim. Türk vatandaşlarına kendi ülkesinde gayrimenkul edinme hakkı tanıyan ülke vatandaşlarına biz de Türkiye’de gayrimenkul edinme hakkını tanıyoruz. Dışişleri Bakanlığı tarafından bir liste hazırlanıyor ve bu sürekli güncelleniyor; daha adil bir çözüm üretmek adına, buna benzer bir şeyin kamu ihale mevzuatı açısından ya da Kamu İhale Kurumu bakımından da yapılabileceği düşüncesindeyim. Tabii, bunun zorlukları var, farkındayım ama, daha adil ve daha gerçekçi bir düzen kurmak adına bu katlanılabilir bir çaba diye düşünüyorum.

Hatırlarsanız Ali Hocam, telefon dinleme kayıtlarının rekabet hukuku açısından delil olup olmayacağı konusu, Ejder Hocanın da burada olduğu 2 sene önceki şeyde tartışılmıştı.

Rekabet Kanunu Rekabet Kurumuna, usulüne göre toplanan her türlü delili kullanabileceği konusunda bir imkân tanımış; Rekabet Kurulu da, bu imkândan faydalanarak bunu kullanmış. Bu konu kararda gündeme de gelmiş ve böyle bir cevap verilmiş. Ben aslında bu cevabın yerinde olduğu kanaatindeyim. Herkese katkıları için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Buyurun Gönenç Bey.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Teşekkürler, sağ olun. Oğuzkan Bey, “belirsizliğin olduğu noktalar nereleridir, nasıl gidermek lazımdır ve uygulamada neler görünüyor” diye sordu.

En fazla, -yine kendi tecrübemden yola çıkarak söyleyebileceğim- irtibatsız muhatap kimdir konusunda belirsizlik oluyor; birleşme ve devralma taahhüt verilirken, alınan değer üçüncü kişiye satılacak ya, o satacağım kişinin yeterince benden uzak olduğu nokta neresidir, o çizgiyi nereden çekelim konusunda ciddi sıkıntı oluyor. Sonuç itibarıyla iş adamı her zaman, “aa, bizim şu vardı, ona verelim”, “tamam tamam, onlar bizi üzmez” filan gibi bir yaklaşım da geliştirebileceğinden, gerçek bir çözüm olsun, samimiyetle bir amaca hizmet etsin diye bu adımın atılması gerekiyor; bir orada sıkıntı var. “Hıssım, akraba, kaçınıcı dereceye kadar, nereye kadar üçüncü kişidir, nereye kadar değildir”, “Sayın Rekabet Kurumu, ben üçüncü kişiye sattım, onaylayın devam edelim” vesaire noktalarında olan problem. Biliyorsunuz, Avrupa Birliği’nde zaten “Eligibility analizi” yapılıyor. “Bu adam benim kastettiğim üçüncü kişi mi, bu kişiye bunu devrederek rekabet hukuku çözümü getirmiş, piyasaya bir rekabet sokmuş oluyor muyuz” diye araya ayrı bir karar giriyor. Aynı Türkiye’de de benimsenebilir.

Belirsizliğin olduğu yer şurası: Eğer sadece alınan kararda, teşebbüse tebliğ edilen kararda, “muhatabın kabul edilebilirliği Rekabet Kurumu

tarafından ayrıca karara bağlanmak üzere” denilip geçilirse, işte belirsizlik orada başlıyor. Dolayısıyla, kriterleri, şartları ortaya koymakta, belli şartları sağlayan muhatapları Rekabet Kurumunun kabul edeceğini hissettirmekte fayda var. Özellikle de asgari fiyat kabul edilmeyecekse ve “6 ay denedin satamadın, 1.5 yıl ihale yöntemiyle denedin satamadın, o zaman sana artık önüne gelene satma mükellefiyeti veriyorum, 2 yıl içinde öyle ya da böyle elden çıkarmış olacaksın” gibi bir yöntem benimsenecekse, teşebbüslerin bir risk analizi yapabilmeleri, gereğinde işlemde cayabilmeleri için, “tarif edilen gibi birisine hakikaten ben bunu satabilir miyim, böyle bir alıcı var mıdır yok mudur” bunu anlayabilmeleri için bir defa o belirsizliğin giderilmesi lazım.

İkinci belirsizlik zamanlama ile ilgili; çok sıklıkla karşılaşılabilen bir problem. Hangi zamanlamayla hangi adımın atılması lazım, ne noktadan itibaren hangi mükellefiyet doğuyor; onun çok net hâle getirilmesi lazım.

Üçüncü aşama da, üçüncü kişi teşebbüsü özel bir niteliği aranacaksa, o. Çok özellikli bir pazarda, satışı o pazarla hiç alakası olmayan teknoloji pazarındaki bir devir işlemi esnasında elden çıkarma, rekabet hukuku çözümü getirici şekilde elden çıkarma esnasında gofret üreticisi bir şirkete doğru yapıyorsanız, bu adamın bunu yürütemeyeceği ve piyasaya gerçek bir rekabet sokamayacağı ayan beyan görüldüğü bir durum varsa, burada ne olacaktır? Demeyiniz ki, “bu adam bunu alıyorsa buna karışmak Rekabet Kurumuna düşmez, alıyor, demek ki bir bildiği var.” Hilal Hanımın kendi sorusu vasıtasıyla söylediği noktaya pekâlâ gelinebilir; yani, “artık olaydan sonraki denetim hiçbir işe yaramıyor, elimiz kolumuz bağlandı ve bu yapı gözümüzün önünde çöküyor” denilebilir.

Bir ufak düzeltme yapayım. Çimentodaki, bir taahhüt verilerek yapılan bir çözüm olmadı sonunda. Çimsa’daki çözüm, bir trampa çözümü oldu; yani, Bilecik’teki bir beton santralini Bilecik dışına taşıyamıyor, öbürünü de alamıyor, ama öbürünü çok istiyor, “sen seninkini bana ver, ben benimkini sana vereyim” çözümü olmuş oldu en sonunda. Aşağı yukarı, Rekabet Kurumuyla beraber hukukun doğuşu anında var olan sözleşme tipine döndük ve bir takas, trampa işlemi yapıldı, herkes memnun, mesut yaşıyor. Orada da mesela yine aynı kaygılar güdülebilir. Etrafında da başka tesisler vardı, orada tek bir tesis yaşayabilecek mi yaşayamayacak mı; buna bakılabilir. Oğuzkan Beyin sorusunun cevabı böyle.

Batan teşebbüs savunmasıyla ilgili olarak illiyet bağı kesilir mi? Benim terminolojimde ve zihnimde ona “illiyet bağı” diyeyim gelmiyor. Daha ziyade kendi sözlerimle onu, batan teşebbüs ile koşul bir arada barınmaz diye söylüyorum. Eğer batan teşebbüs savunması gerçek anlamıyla, bizim rekabet hukukunda bildiğimiz, öğrendiğimiz şekliyle kabul edilmiş ise, bu hakikaten

batan teşebbüs savunmasıdır. “Batan teşebbüs olduğu için belli bir sosyal faydayı himaye etmek adına ben buna izin veriyorum” deniliyorsa artık orada mırın kırın etmek, “ama şöyle olsun”, “bir dakika, fakat burası böyle olsun” demek radikaldir, çünkü batan teşebbüste çok acul bir durum var. Üstelik de, onun etkinliği zaten kendi içinde mündemiç, yani iktisadi etkinlik bir şekilde başka bir perspektiften çıkacak. Eğer, “bu işlem koşulları kaldırır, bu koşulları da taşır” diyorsanız, muhtemelen, batan teşebbüs savunması gerçek anlamda değil, yani o bir faktör ve adamlar da güç durumda ama batan teşebbüs savunması değil. Birinden biri olması lazım. Burada sanki ikisi bir araya gelmiş gibi görünüyor.

Mazıdağı kararıyla ilgili Hilal Hanımın söylediklerinde pek çok soru bir arada. Bir bölümü, gerçek soru değil, çok haklı bir tespit ihtiyacı diye hissediyorum.

Hayır, dünya tarımsal hammadde fiyatlarını incelemedim ve zaten incelemediğimi de tebliğim esnasında belirttim, “Rekabet Kurumunun elinde olan ve/fakat bende olmayan bazı gereçler konuyu böyle bir yere getirmiş olabilir” dedim. Fakat, dünya tarımsal hammadde fiyatlarının böyle bir dosyayı bu noktaya nasıl getirebileceğini öğrenmeyi, dinlemeyi çok isterim.

Sektördeki fiyatların nasıl seyrettiğini de incelemedim. Bunların önemli parametreler olduğunu düşünüyorum.

Burada esas, gerçekten de akademik anlamda bir tespit yapılabilecek konulardan bir tanesi, “gözden geçirileceğine zaten 2 yıl içerisinde karar vermiş ise, üstelik teşebbüsler de her zaman başvurabiliyorlarsa bu kendi kendine yeterli bir mekânizma değil midir” konusu. Bu bir mekânizmadır; ama Türkiye’de ilkleri yapmakta olduğumuz bir ortamda dahası da yapılabilir, orada bir kaygı duymak lazım diye hissediyorum. Bu türden koşullar daha evvel hiç yapılmamış şeyler, Türkiye’de hiç denenmemiş, hiç test edilmemiş; sonuçları kötü gidiyorsa, hemen görülmesi gereken, hemen bir merhem sürülmesi gereken, gereğinin yapılması gereken konular. “2 yıl, ticaret hayatında da, insan ömründe de pek uzun bir süre değil zaten, dolayısıyla, yeterli tedbirdir bu” deniliyorsa söylenecek bir şey yok. Ama, ben kendi hesabıma, data görebilseydim büyük bir merakla bakıyor olurdum. 1 yılın sonunda, -Mazıdağı’ndan burada bahsedeceğimi biliyorum- ne olmuş acaba’ya bakabilmeyi çok isterdim. O bence önemli.

“Bu pazarlarda giriş engelleri yüksek, mobilite yok”; haklısınız, benim de tanış olduğum türden pazarlar bunlar.

Ex-post denetim çok bir işe yaramayabilir; zaten aynı madalyonun öbür tarafında da maalesef, giriş engelleri yüksek olduğu için arz kısıtlaması da bir

işe yaramayabilir ve tuhaf bir rekabet hukuku kararına da dönüşebilir diye düşünüyorum.

“Burada, -hakikaten bu çok ilginç bir karar- hiç izin vermemenin alternatifini düşünülüyor ve bu koşullarla izin verildi” denilen tespit, tabii, gerekçeli kararda yer almasa da, insan okumayı bitirdiğinde zaten o hisle ayrılıyor. Artık çaresizlik belli bir noktaya gelmiş ve buna ret vereceğiz ama, bu sefer de başka bir sosyal kayıp doğacak, bu reddi vermemek adına böyle bir tedbir alalım; ama, tehlikeli işte, çünkü sonuçta arz kısıtlaması diye bir kapı açılmış oluyor. Sayın Oturum Başkanı haklı olarak, “kendi hayatından çok fazla şeyler söyledi” diye bir tespit yaptı ama ben kendi bakış açımdan görebildiğim kadarıyla, birdenbire ona tutunan, sarılan, onu haddinden öteye götüren ve böylesi bir kararı birdenbire, “Gönenç Bey, tamam, kapatalım tesisi, başka yere taşıyalım, alalım ondan sonra yıkalım, hurdacıya satalım” vesaire yaklaşımlarını çok körüklemeye olası olduğu olabiliyor. Orada bir “Cost benefit analiz” var.

Salim Beyin sorusu, Salim Beyle beraber yürütmüş olduğumuz bahtsız bir dosyaya da işaret ediyor aslında; biz bu şekilde göz kırpmış oluyoruz. Yanıltıcı bilgi vermeyi amaçlayan bir şirkete yanıltıcı bilgiden ceza verilmesi gerekeceğine hiç şüphe yok; bu bir akademi tartışma konusu bile değil. Dolayısıyla, o şirketin o cezayı alması gerekir. Vaka böyle midir değil midir vesaire; bunlar da Salim Beyin de, benim de şu anda tartışmak isteyeceğimiz şeyler değildir nasıl olsa. “Bunu bir tarafa koyduğunuz takdirde tehdit nasıl olur” denirse, “tehdit” kelimesini ben kullanmışsam, fazla bir kelime kullanmışım. Tebliğ bakımından daha ziyade kastettiğim, elinde en konvansiyonel silahlar olduğuna göre, muhatabı hep titreterek müzakerede bulunmamanın önemi idi. O da şu (yanıltıcı bilgi konusu zaten bir tarafta olunca): Yine benim tecrübemden, -sadece Türk Rekabet Otoritesi değil, genel bir şey söylüyorum- “ben kendim yürürüm, yola ben kendim devam ederim, senden bana hayır gelmiyor” bir tehdit unsuru hâlini alabiliyor; yani Otoritenin hızına yetişemiyorsunuz yahut da dosyaya layıkıyla bir türlü giremiyorsunuz. Türkiye için söylüyorum; “nihai incelemeye alırsanız ha” gibi bir ürkütme noktası hâlini alabilir, özellikle de, nihai inceleme mutlaka üç yazılı, bir sözlü usule tabi kılınmak zorunda olan bir şey gibi anlaşılırsa. Çünkü, bir birleşme ve devralma dosyası bunları zaten kaldıramıyor, yani zamanlamalar dolayısıyla problem oluyor. 100 günü, 120 günü bulan dosyada tarafların zaten artık iflahı kesiliyor ve işlemi yapacak dermanları kalmıyor. Bu yönden de, “nihai incelemeye aldım alıyorum, verdin mi taahhüdünü, yoksa nihai incelemeye alıyoruz, bir kere bu karar çıktığı zaman, artık ondan sonra üç tane yazılı, bir tane sözlü işlem sizi işi kurtarır mı bilemeyeceğim” durumu da bir korku olabilir. Genel olarak da, “bu

senin problemin, sen bana kendini anlat” durumu, sizin bahsettiğiniz türden sıkıntı olabilir.

Bana sorulan son soruya gelelim. “Birleşme ve devralma, bir başka pazardaki olumlu etki dikkate alınarak haklı çıkartılabilir mi”; bunu şöyle okuyorum: Kendi ilgili olduğu ilgili ürün pazarında bir hâkim durum yaratıyor veya bu hâkim durumu güçlendiriyor ve bu suretle rekabeti önemli ölçüde kısıtlıyor, ama bir başka pazarda da, -herhâlde bu bir komşu pazar olsa gerek, “...” bir alaka var- olumlu bir etki yaratıyor. Benim cevabım “hayır.” O pazarda olumlu bir etki yaratması ne güzel bir şey ama, herhangi bir ilgili ürün pazarında 7’nci madde altında yasaklanması emredilen bir işlemi yasaklamama sonucuna götürecektir bir yan pazar etkisi ben bilmiyorum, benim tecrübemde yok.

Oturum Başkanı- Gönenç Bey teşekkür ederiz. Haluk Bey buyurun.

M. Haluk ARI- Teşekkürler. Dört soruya ben, iki soruya da Gökşin Bey cevap verecek.

Can Beyin sorusundan başlayayım. Bizim önerimiz, 9/3’ün bir *de minimis* uygulaması gibi kullanılması değil. Ancak nasıl kullanılmaması gerektiği noktasında bir kırmızı çizgimiz var: kartellerde uygulanmamalı. Bunun dışında ölçeği ne olursa olsun her dosyada 9/3’ün uygulanabileceği, taahhüt alınabileceği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu açıdan *de minimis* uygulamasından farklıdır. Tebliğ hazırlıkları sırasında da bu konuyu tartıştık ve geldiğimiz nokta, karteller hariç olmak üzere ve özellikle 6. Maddeye ilişkin olan küçük-büyük tüm dosyalarda kullanılabilirliği oldu. Sizin “De minimis” diye nitelendirdiğiniz dosyalar bakımından ise biz sunumda da buna değindiğimiz üzere takdir yetkisinin kullanılarak hiç bakılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bu tür dosyalarda 9/3 kapsamında yazı gönderip “bir şekilde ihlal var ama ben buna müdahale etmiyorum” demek, büyük dosyalarda önümüze çok daha ciddi bir engel olarak geliyor. Tebliğ metninde örneklerini göreceksiniz, teşebbüs bu farklı uygulamaları bir savunma olarak getiriyor. Bu nedenle, belirttiğiniz türden dosyalar bakımından hiç inceleme yapılmaması gerektiğini, ama taahhüt uygulamasının (büyüklüğü dikkate alınmaksızın her dosyanın alternatif bir yolla nihayetlendirilmesi için kullanılabilirliğini savunuyoruz. Umarım bu açıklama yeterlidir.

Sayın Ali Cem Budak Hocamızın sorusu, Yargı yolunun kapatılmasına ihtiyaç mı idi? Hocam, ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz ve bunun gerekçesinin de işin esası bakımından ihlalin varlığı kabul edilmiş iken, artık yargı yerlerinin meşgul edilmemesi olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki teşebbüs inceleme aşamasında ihlalin varlığını kabul etmiş. Aslında bu aşamadan sonra biz teşebbüsün büyük olasılıkla yargıya gitmeyeceğini bekliyoruz. Ancak “esası

kabul ettim, ama şansımı usule ilişkin iptal gerekçelerinde deneyeyim” gibi bir yaklaşımla yargıya giderse, sırf bu nedenle alınan karar iptal edilsin istemiyoruz. Zira işin esası bakımından ihlal belirlenmiş ise usule ilişkin eksiklik tamamlanıp yeni karar uygulamaya konulacak. Bugüne kadarki uygulamaya baktığımızda 1999’ dan bu yana on yıl geçtiği halde, henüz kesinleşmiş, yani yargısal anlamda kesinleşmiş kararımız olmadığını görüyoruz. Böyle bir ortamda, süreçte usulden dolayı -ki soruşturmacı üyeden 2001 yılında verilen kararlar 7 yıl sonra dahi döndü- beklemeye gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Nitekim vergi hukukunda dava yolunun kapatılmasının gerekçesi de, bu şekildedir: verginin bir an önce tahsil edilmesi ve yargı yerlerinin gereksiz yere meşgul edilmemesi. İhlalin esası kabul edildikten sonra şekle ilişkin eksiklikler nedeniyle bu süreç uzamasın deniliyor ve bizim açımızdan da buna ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz.

Bu arada, organize suçlar bakımından desteğinize memnun olduk. Her ne kadar sınırlı bir destek olsa da, en azından ciddi bir ihlal olduğu konusunda mutabıkız.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Jhering’in 19’uncu yüzyılda söylediği bir söz var: “Şekil keyfilğin can düşmanı, hürriyetin ikiz kardeşidir.”

M. Haluk ARI- Elbette, bir hukukçu olarak ben de aynı şeyi savunuyorum, ama belki burada artık belki tartışılması gereken şekle ilişkin ihlallerin neler olabileceği ve teşebbüsün gerçek anlamda bir hak kaybına uğrayıp uğramadığı olmalıdır. Bizim bugüne kadar karşılaştığımız şekle ilişkin iptal gerekçelerine baktığımızda “karşı oy yazısının gönderilmemiş olması, soruşturmacı üye” gibi hallerle karşılaşıyoruz ve üzerinde uzlaşmaya varılmış olan para cezasının sırf tahsilini geciktirmek için dava yolunun kullanılmasının bir iyi niyet olmayacağını düşünüyoruz.

Ayhan Hocamızın sorusuna ilişkin olarak, arkadaşlarım sunumlarında taahhüt yolunun kullanılması halinde - “bir iyi, bir kötü haber var” derken kötü haberin tazminat davası açmak isteyen üçüncü kişiler için olduğunu söylemişlerdi hatırlatması ile başlayayım. Aslında burada ispat yükünün artık tamamen üçüncü kişilere düştüğünü ve, işlerinin oldukça zorlaştığını kabul etmek gerekiyor. Zira ihlali sona erdirmek için taahhüt mekanizmasının kullanılması hâlinde, tebliğimizde de önerdiğimiz üzere ihlalin varlığına ilişkin kesin ifadeler kullanılmayacağı için, tazminat davasında artık Kurul kararı dayanak gösterilmek yerine, dava konusu edilen davranışa ilişkin bütün olguların ortaya konulması suretiyle talepte bulunulması söz konusu olacaktır. Bu nedenle özel hukuk yolu ile talepte bulunacak olan üçüncü bize gelseler dahi bizden ihlalin mevcudiyetine ilişkin olarak bir cevap alamayacaklar ne yazık ki.

Bu noktada Kanun'un etkili bir şekilde uygulanmasını destekleyici olması açısından özel hukuk uygulamasını biz de savunuyor ve destekliyoruz, ancak ülkemizde tazminat davalarının henüz yaygınlaşmadığını da dikkate aldığımızda önceliğin bizim kendi uygulamamıza ilişkin sorunları nasıl çözebiliriz ve kendi uygulamamızı en etkili hale nasıl getirebiliriz noktasında olması gerektiğini düşünüyoruz.

Benim açımdan en zor soru sona kaldı: Kurul üyemiz İsmail Beyin "9/3'ün lafzının bu uygulamaya uygun olup olmadığı" Hemen belirteyim ki Kurul Üyesi olarak sizi bu konuda ikna etmek tabii zor olacak, bunda hiçbir şüphe yok.

Sizin de hatırlayacağınız üzere MAİS kararında Kurul 9/3'e ilişkin AB uygulamalarına atfen şu değerlendirmeyi yapıyor: "Komisyon, bağlayıcı bir karar almadan olayı çözümlenmenin çeşitli nedenlerle daha etkin olacağını düşündüğü hâllerde, ihlale nasıl son verileceğine ilişkin tavsiyelerini taraflara iletmek suretiyle dosyayı kapatma yetkisinin saklı olduğu, ancak bunun bir zorunluluk olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır, Rekabet Kanununun 9/3'üncü maddesinin de aynı doğrultuda yorumlanmasının doğru olacağı düşünülmüştür". Buradan da gördüğümüz üzere aslında Kurul'un kendisi de bir zamanlar tavsiyede bulunmak suretiyle dosyanın kapatılabileceğini savunmuş ve nitekim diğer dosyalarda da benzer şekilde karar vermiş.

Burada belki ihlalin hangi aşamada ortaya çıktığını tartışmak gerekiyor. Hatırlarsanız, ilk Çaykur kararı iptal edildiğinde Danıştay şu gerekçeyi göstermişti: "İhlal kararı soruşturma sonunda verilir, siz, önceki bir aşamada ihlal kararı veremezsiniz." Bu açıdan bakıldığında soruşturma açılmasına dair karar bu anlamda bizim açıımızdan bir ihlal kararı değil ve zaten mevcut uygulamada kullandığımız dil de, soruşturma konusu davranışın ihlal teşkil edebileceği şeklinde. Ancak bizim önerimizde ihlalin önaraştırma aşamasında belirlenmesi söz konusu oluyor ki aslında uygulamada da durumun bu şekilde olduğunu görüyoruz. Ben bu noktada Danıştay'dan biraz farklı düşünüyorum ve ihlalin ortaya konulması için mutlaka soruşturma aşamasından geçilmesi gerektiği kanaatinde değilim. Bana göre soruşturma açılması, idari para cezası uygulanabilmesi için savunma alınması gereği üzerine oluşturulmuştur. Bu görüşümü desteklemek üzere de muafiyet sisteminin varlığını söyleyebiliriz. Hepimizin bildiği üzere muafiyet verilebilmesi için 4. maddeye aykırılığın tespit edilmiş olması gerekiyor. Ancak muafiyet vermek için yapılan incelemede, 4. maddeye aykırılığı saptamak için biz soruşturma açmaya ihtiyaç duymuyoruz. Buna karşılık benzer bir davranış nedeniyle idari para cezası uygulamak için, Kanun'da özel bir usul öngörülmüş olması nedeniyle soruşturma açmak zorundayız. Bunları dikkate alarak, taahhüt mekanizması kullanılırken ihlale

ilişkin bir tespit yapabilmenin mümkün olduğunu ve daha esnek bir dil kullanılabileceğini söylemek kanaatimce mümkündür.

Ben Kanun'un 9'uncu maddesinin lafzının kötü kaleme alınmış olduğu hususunda sizinle hemfikirim. Ancak mevcut hüküm içerisinde 9/1'in nihai karar olduğunu düşünüyorsak, 9/3'ün, ondan önceki bir aşamada, aslında ihlalin nihai karar ile ortaya çıkmadığı bir aşamada verilen bir karar olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle de kullanılan dilin ihlalin varlığına ilişkin kesin bir ifade şeklinde değil de, sunumda örnek verdiğimiz kararlarda görüldüğü üzere, "ihlal teşkil edebileceği" şeklinde olması gerekiyor. Böylece önaraştırma soruşturma açılması yerine "taahhüt alınarak dosyanın kapatılmasının uygun olacağı" denilebilecek. Kabul etmek gerekir ki Kanun'un lafzına aynen sadık kalınırsa biraz zorlama bir yorum ve soruşturma aşamasında uygulanması halinde biraz daha tartışmalı olabilecek. Ancak Tebliğ'de de belirttik ve biraz önce de söylediğim üzere, 9 uncu maddenin yorumu ve mehzadaki uygulaması, soruşturmaya gidilmeksizin ihlalin sona erdirilmesine yönelik bir tavsiye kararının alınmasıdır. Tüm bunları dikkate alarak, soruşturma açılmasına dair kararın da bir ara karar olduğunu göz önünde bulundurarak, "inceleme konusu davranışın ihlal teşkil edebileceği ve teşebbüsten alınan taahhütle dosyanın kapatılabileceği" kanaatindeyiz. Umarım bu konuda haklı çıkarız.

Oturum Başkanı- Gökşin Bey buyurun.

Bir Katılımcı- Bir firmaya soruşturma açmaksızın mesela "siz hâkim durumdasınız" demek mevzuatımız çerçevesinde mümkün mü?

M. Haluk ARI- Tabii bu tartışma şu anlamda çok daha derinleştirilebilir: Biraz önce de söylediğim gibi biz muafiyet kararlarında da aynı sonuca ulaşıyoruz ve soruşturma süreci olmaksızın diyoruz ki, "senin bu davranışın kanunun 4'üncü maddesi kapsamına girmektedir." 4'üncü madde kapsamına girmek ne demek? İhlalin varlığı demek. Ama bu davranışa doğrudan muafiyet veriyoruz veya belirli koşulları yerine getirmesi kaydıyla muafiyet veriyoruz. Bu açıdan baktığımızda biz muafiyet kararında ihlal tespitini mutlak anlamda yapıyoruz. Dolayısıyla soruşturma açılmaksızın ihlal tespiti gibi hakim durum tespiti yapmak da mümkündür.

Bu arada Gökşin de beni uyardı ve belki bu konuda bizim ekip de bölünebilir ancak sizin söylediğiniz konu kartellerde uygulanmamak kaydıyla yapılabilir. Başkanlık tarafından bir yazı yazılarak, teşebbüsler tarafından gerçekleştirilen davranışların ihlal teşkil edebileceğinin belirtilerek uyarılmaları mümkün olabilir. Bu tür kararları Kurul aldığı anda ortaya çelişkili sonuçlar çıkıyor. Hemen hemen aynı nitelikteki dosyalarda ihlal yok dendiğini, yazı

yazılmasına, 9/3 kapsamında yazı yazılmasına ve soruşturma sonucunda para cezası verilmesine karar verildiğini görüyoruz. Böyle farklı uygulamalar ihlal ile orantılı ceza verilmesini veya bir başka deyişle gerçekten ağır cezalar verilmesini de engelliyor. Sayın Whish'in sabahki sunumunda da belirttiği üzere, karteller için cezaların "iş yapmanın maliyetini" olarak görülmeyecek şekilde olması gerekiyor. Ancak bu tür uygulamalar etkili bir yaptırım politikasını da sekteye uğrattırıyor.

Buna karşılık bu yazıları sizin önerdiğiniz gibi Başkanlık yaparsa durum farklılaşıyor. Bu durumda Kurul'un önüne, çelişkili dosyalar getirilemeyecek ve yapılan farklı uygulamalar Kurul'a atfedilemiyor olacak. Dolayısıyla, karteller dışındakiler bakımından bu yapılabilir, hiçbir engel olmadığını düşünüyoruz. Zannederseniz bu kadardı. Teşekkürler.

H. Gökşin KEKEVİ- Öncelikle hepsi birbirinden iyi olan ve kendimizi geliştirmemiz için büyük fırsat sağlayan sorular için çok teşekkür ediyorum.

Salim'in "niye dünya uygulamalarından farklı olarak uzlaşma prosedürü kartellerle sınırlı değil; diğer ihlaller için de uzlaşma prosedürü var?" şeklindeki sorusundan başlamak lazım. Bunun çok açık bir cevabı var. 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin 6'ncı fıkrası karteller ve diğer ihlaller bakımından ayırım yapmamış; "kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla gelen teşebbüslere, yönetici ve çalışanlarına ceza verilmeyebilir veya indirim yapılabilir" şeklinde düzenleme yapmış. O yüzdendir ki, Kurul bunu Ceza Yönetmeliğinin 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına koydu. Bunun faydası da olabilir. Pek uygulanacağını zannetmiyoruz ama örneğin bir hâkim durum soruşturmasında veyahut da bir dikey kısıtlama soruşturmasında teşebbüsün biri gelir; "ben Kanunu ihlal ettim, bu süreç fazla uzamasın" der. Siz de 16'ncı maddenin 6'ncı fıkrasını kullanırsınız, 6'da 1'le 4'te 1 arasında indirim yaparsınız.

Ahmet Beyin sorusuna cevap vereyim. *Prima facie evidence*'in karşılığı karine midir? Başka bir öneri olabilir ama "mahkeme dışı ikrar" bana şu açıdan çok doğru gelmedi: *Prima facie evidence*'in kullanıldığı Amerikan hukukunda bir mahkeme kararı var zaten. Karteller bakımından ceza soruşturmasının sonucunda ya da diğer ihlaller bakımından hukuk soruşturmasının sonucunda mahkeme ihlal kararı veriyor. Böyle bir karar olduğu zaman davacılar ihlalin bulunduğunu göstermek zorunda kalmıyor. İspatlamak zorunda oldukları sadece ve sadece yapılan ihlalden ne kadar zarar gördükleri. Bunun üç katı kadar tazminat isteyebiliyorlar. Davalı konumunda olanlar ise, ihlalde bulunmadıklarını ve/veya iddia edildiği kadar zarar vermediklerini göstermeye çalışıyor. Rekabet otoritesinin soruşturması çerçevesinde verilmiş bir mahkeme kararı olduğu zaman, takdir edersiniz ki, işleri hayli zorlaştırıyor. O yüzdendir ki,

çoğu durumda bu tazminat davaları, davacı ile davalı arasındaki uzlaşmayla neticeleniyor.

Biliyorum bitirmem gerekiyor, Haluk da çok güzel cevapladı ama Cem Beyin sorusuna ilişkin cevaba kısa bir ekleme yapmak istiyorum. Bizde şöyle bir sorun var: Avrupa Birliği'nde, ilk derece mahkemesi ya da ATAD, olası bir uzlaşmanın ardından Komisyon kararını usul eksikliklerinden dolayı iptal ederse, Komisyonun yeniden aldığı kararda uzlaşmadan dolayı sağladığı indirimini geri alabilmesi ve daha yüksek bir ceza uygulayabilmesi mümkün. Ancak bizde, benzer bir durumda Rekabet Kurulu'nun daha yüksek ceza uygulayıp uygulayamayacağı tartışmalı. Dolayısıyla, ihlali kabul etmiş teşebbüslerin veyahut da bireylerin usul eksiklikleri iddiasıyla yargıya başvurma yolunun kapatılması bu açıdan fayda sağlayabilir. Bir de şunu vurgulamak lazım: Vergi mevzuatında, yanlış biliyorsam düzeltin, üç tane hesap uzmanı ya da maliyenin denetim elemanları, mükellefle toplanıp, pazarlık yapıyorlar. Rekabet Kurulu uygulamasında ise, yedi farklı ekolden gelen Kurul üyesi, savunma haklarının ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği bir sürecin ardından bu kararı veriyor ve bu karar, gerekçeli olarak yayınlanıyor. Bu kadar açık bir süreçte bence uzlaşma yöntemi, yani indirimli ceza karşılığında ihlali kabul edenlere yargı yolunun kapanması gibi bir durum söz konusu olabilir.

Son olarak, İsmail Beyin, "başkanlık görüşü gönderilmesi" konusundaki görüşüyle ilgili bir cümlem olacak. Beni en çok rahatsız eden husus, kartel dosyalarında, "görüş", "9/3" gibi araçlarla çelişkili uygulamalarda bulunulması. Bunun yapılmaması, bu sorunun tebliğde yaptığımız açıklamalar çerçevesinde çözülmesi gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Ben, İsmail Beyin önerisi hakkında, Bakın, başkanlık daha önce bireysel muafiyet yazıları vermiştir. Dolayısıyla, siz bu yolu, "başkanlık bir yazı göndersin" dediğiniz zaman, başkanlığın ne zaman Kurulun yetkilerini ihlal edeceği, ne zaman ona bir güvence sağlayacağı, muhatabına yeterli güvence sağlayıp sağlamayacağı konuları problem olacaktır. Onun için, Başkanlıktan, rekabet ihlali konusuyla ilgili birtakım yazıların istenmesi çok risklidir diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Peki, bir cümle olsun.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Konuya ilişkin fikrimi söylemeden önce izninizle, Erdal Hocanın uyarısıyla öğleden önceki konuşmama da açıklık getirmem gerekiyor. Böyle bir salonda herkesin aynı şekilde algılayacağını varsayıp biraz da zaman baskısıyla insan hızlı konuşunca ve ulaşmak istediği amacın dışına çıkıyor. Öğleden önce Topluluk, bizi grup muafiyeti tebliğleri çıkarmaya zorluyor, Bulgaristan'a, Makedonya'ya yaptığı muameleyi bize

yapıyor, oysa bu bizde ihtiyaç değil, bu bir yöntem sorunudur diye söylediğimde, başta Erdal Hocam olmak üzere, belki başka dinleyiciler de, “Topluluk iyi bir şey söylüyor da, acaba biz bunu mu yapmıyoruz?” Bazı bakanlıkların, topluluğun, Türkiye için istediği son derece yararlı bir dizi düzenlemeye direnmesi gibi bizde de bir direnme mi var diye anlaşılabilir. Böyle değil. Herkes biliyor ki, bir yöntem sorunudur. Bunu isterseniz bireysel muafiyetle, isterseniz grup muafiyetiyle yaparsınız; hiçbir bağlayıcılığı da yoktur. Siz, kendi ülkeniz için ihtiyaç duyuyorsanız yaparsınız bunu. Nitekim, sözü de şununla bağladım (hızlı bağlamışım, örneğin bunu Erdal Hoca duymamış, ben kürsüden söylediğimi hatırlıyorum): Topluluk tarafını zaten ikna ettik. Her yıl “İlerleme Raporları”nın Rekabet Fasıllarında tekrar edildiği üzere Türkiye’nin anti-tröst alanında sorunu yok. Devlet yardımlarında var.

Konuya dönersek, benim söylediğim, başkanlığın, Kurulun yerine geçmesi değil; o büyük tehlike, onu biliyoruz. Danıştay da o noktada bize, kararıyla deyim yerindeyse, tokat gibi gereğini söylemiştir. Burada söylediğim, iddia Kurulun önüne gidiyor, Kurul herhangi bir işlem tesis etmiyor, yani reddediyor ya da işlem tesis etmiyor, “yapılacak bir işlem yoktur” diyor; öyle kararlarımız da var. Kanun kapsamında bulmuyor ya da kanun kapsamında bulmakla birlikte, başvuruyu reddediyor. Başkanlık, rekabet savunuculuğu anlamında bizden bağımsız, -“biz” derken Kurulu kastediyorum- bizden ayrı, Kurul kararına bağlanmaksızın muhtemel gelişmelere yönelik niye bir uyarı yazısı yazmasın dedim; kastım bu. Yoksa, Kurulun yerine geçerek değil.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- O zaman, idari işlemle ilgili dava açılabilir.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Bu, Türk idaresinin kullandığı bir şeydir, bunu yaparsın, yeter ki, Kurul kararının yerine geçmesin, bir, ikincisi de, arkadaşlara katılıyorum, Kurul kararında lehte ya da aleyhte bu konuda bir şey olmasın; zaten olmamalı.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII**

*17-18 Nisan 2009
KAYSERİ*

III. OTURUM

*Oturum Başkanı
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR*

Prof. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR (*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*)- Sempozyumun Üçüncü Oturumu “Sözleşme Özgürlüğü ve Rekabet Hukuku” başlığını taşıyor.

Bugün bu oturumda konuşacak değerli arkadaşlarımızdan Ali Demiröz Rekabet Uzmanı, Akın Ünal da Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

Sayın Demiröz’ün konusu, “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları.”

Sayın Demiröz, bir Rekabet Uzmanı olarak, sözleşme özgürlüğünün medeni hukuk veçhesine girmeyecek, konusunu daha çok rekabet perspektifinden anlatacak. Sayın Ünal ise, “Rekabet Hukukunun Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Müdahalesi”ni bir medeni hukukçu gözüyle değerlendirecek.

SÖZLEŞME YAPMAYI REDDETME BAĞLAMINDA HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLERİN SINIRLARI

Ali DEMİRÖZ*

GİRİŞ

Hakim durumdaki¹ teşebbüslerin, diledikleri teşebbüslerle birlikte iş yapmayı seçmeleri ve diğer teşebbüslerle sözleşme yapmayı² reddetmeleri olağan ve yaygın bir durumdur.³ Hatta, hakim durumda olsalar bile, teşebbüslerin genellikle anayasal düzeyde korunan sözleşme yapma özgürlüklerinin⁴, diledikleri teşebbüslerle sözleşme yapmama özgürlüğünü de kapsadığı kabul edilmektedir.⁵ Genel olarak, çok sayıda teşebbüsün verimli bir üretim unsurunu paylaşmaları yerine, her bir teşebbüsün kendi üretim kaynaklarına sahip olmasının rekabete daha fazla katkıda bulunacağı ifade edilmektedir.⁶

Bununla birlikte, rekabet hukukunda, bazı durumlarda, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri, rekabeti bozucu/dışlayıcı bir davranış olarak değerlendirilebilmektedir. Ancak hangi

* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Kurum'u bağlamaz. Çalışmaya yaptıkları eleştirileri ve katkılarından dolayı meslektaşlarım Yaşar Tekdemir, H. Gökşin Kekevi, Yüksel Kaya, Çiğdem Ünal, Ümit Nevruz Özdemir ve Ş. Demet Kaya'ya teşekkürü borç bilirim.

¹ Hakim durum kavramı bu çalışmada, AB ve Türk rekabet hukuku terminolojisindeki anlamına ek olarak ABD'deki tekel gücü kavramını da kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

² "Sözleşme yapma" bu çalışmada, mal veya hizmet sağlamayı ve üretim ya da hizmet sunumunda kullanılan her türlü maddi ya da maddi olmayan varlıktan yararlandırmayı içerecek şekilde geniş anlamda kullanılmıştır.

³ OECD (2007); "Roundtable on Refusal to Deal Background Note by Secretariat", DAF/COMP (2007)29, s. 1.

⁴ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 48 ("Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.").

⁵ Gürzumar, O.B. (2006); *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin, s. 42.

⁶ Hovenkamp, H.J. (2008); "Unilateral Refusals to Deal, Vertical Integration and the Essential Facility Doctrine", University of Iowa Legal Studies Research Paper, Number 08-31, July 2008, s. 35, <http://ssrn.com/abstract=1144675>.

durumlarda hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmaktan ya da mevcut bir sözleşmeyi sürdürmekten kaçınmasının rekabeti bozucu/dışlayıcı bir davranış olarak değerlendirileceği üzerinde fikir birliğine varılmış olmadığı gibi, bu konu, rekabet hukukunun en zor ve tartışmalı alanlarından birisi olarak nitelendirilmektedir.⁷

Bu durumun üç önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlardan *ilki*, yüzyılı aşkın bir geçmişi olmasına rağmen ABD antitröst uygulamasında ve nispeten daha kısa süreli AB uygulamasında, hakim durumdaki teşebbüsler bakımından getirilen genel nitelikli yasaklamalara ilişkin standart(lar)ın tatmin edici seviyede tanımlanamamış olmasıdır.⁸ Nitekim, hakim durumdaki teşebbüslerin tabi olacağı yasaklamaların belirlenmesinin de aynı şekilde zor ve tartışmalı bir konu olduğu kabul edilmektedir.⁹ Rekabet hukukunu takip edenlerce bilineceği üzere, dünyadaki iki önemli gelişmiş uygulama alanı olan ABD ve AB ile bazı uluslararası örgütlerin son dönemdeki faaliyetlerinin önemli bir parçasını, tek taraflı dışlayıcı uygulamalara ilişkin standart getirme çabası oluşturmaktadır. *İkincisi*, dışlayıcı davranışların tespiti konusundaki standart sorununa paralel olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı tek taraflı olarak açıkça reddetmeleri hakkında yapılacak rekabet hukuku analizinin gelişmiş ve sorunsuz olduğunu söylemenin güç olmasıdır. Sözleşmeye konu olan varlık, unsur ya da hakkın niteliği, hangi şartların varlığı altında reddetmenin ihlal kabul edileceği, muhtemel haklı sebeplerin varlığı, varsa ilgili pazardaki düzenlemelerin (regülasyonların) etkisi ve alınacak tedbirlerin yönetilebilir olup olmadığı gibi hususların her birisi, sözleşme yapma yükümlülüğünün sorgulandığı her bir dava özelinde ciddi tartışmalara neden olmaktadır. *Üçüncüsü* ve belki de en önemlisi, hakim durumdaki teşebbüsün üzerine sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin ciddi politika endişelerini ya da çatışmalarını ortaya çıkarmasıdır. Bu çerçevede ilk olarak, hakim durumdaki teşebbüse getirilecek yükümlülüğün serbest piyasa ekonomisinin temelinde yer alan sözleşme özgürlüğüyle ve temel mülkiyet haklarıyla çelişmekte olduğu ifade edilmelidir.¹⁰ İkinci olarak, sözleşme yapma yükümlülüğünün, *ex ante* ve *ex post* etkinlikler bakımından farklı sonuçlar ortaya çıkardığı belirtilmelidir. Bu sonuçların değerlendirilmesi ise rekabet otoriteleri ile mahkemeler açısından oldukça hassas ve zor bir konu haline gelmektedir.

⁷ Whish, R. (2008); *Competition Law*, Oxford, Sixth Edition. s. 687.

⁸ Werden, G. (2007); "Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules", 2006 Fordham Competition Law Institute, s. 509.

⁹ Whish, dn. 7, s. 188-189.

¹⁰ O'Donoghue, R. ve Padilla J.A. (2006); *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, s. 407.

Söz konusu zorluklar ve tartışmalar nedeniyle, ABD’de ve AB’de son dönemde sözleşme yapmayı reddetme konusunda ortaya çıkan davalarda, hakim durumdaki teşebbüslere getirilebilecek yükümlülüklerin, bir başka ifadeyle hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarına birtakım yasaklamalar getiren mevzuat hükümlerinin (Sherman Yasası 2. bölüm ve AT Anlaşması 82. madde) *sınırları* tartışma konusu yapılmaktadır.¹¹ Dolayısıyla, sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği şartların doğru tanımlanmasının, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen yasaklamaların genel olarak kapsamını ve sınırlarını doğrudan ilgilendirdiği görülmektedir.

Ancak, söz konusu tartışmalara ve ortaya çıkan önemli sayıdaki karara rağmen, hakim durumdaki teşebbüslere hangi durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğü getirileceği konusundaki tartışmaların sona ermediği, ABD uygulamasında özellikle Yüksek Mahkeme’nin *Trinko*¹² kararı sonrasında hakim durumdaki teşebbüslere getirilen sözleşme yapma yükümlülüğünün şartlarının oldukça sıkı hale geldiği, AB uygulamasının ise ABD’ye göre nispeten daha müdahaleci bir yaklaşım içerisinde olduğu, söz konusu iki uygulama alanının hem mahkeme kararları hem de bu alandaki reform çalışmaları kapsamında benimsenen ilkeler ve uygulama öncelikleri bakımından son dönemde kısmen farklı yönere doğru gittikleri, Microsoft’a yönelik olarak alınan karar¹³ nedeniyle AB’nin ABD’deki antitröst uygulayıcılarının eleştirisini çektiği¹⁴ görülmektedir. Benzer bir şekilde akademik çevrelerde de konu üzerinde bir konsensüs sağlanabildiğini söylemek zordur.

Bu çerçevede, bu çalışmanın amacı, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetme davranışlarını iktisadi ve hukuki yönleriyle ele alarak, hangi durumlarda teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmelerinden dolayı sorumlu tutulabileceğine ilişkin tartışmaları bütüncül bir bakış açısıyla ortaya koymaktır.

Bu amaçla birinci ve ikinci bölümde sırasıyla sözleşme yapma yükümlülüğünün kavramsal çerçevesi ve iktisadi boyutu ele alınacaktır. Üçüncü

¹¹ Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Trinko* kararı (Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)) ve Geradin, D. (2004); “Limiting the Scope of Article 82 EC, What Can EU Learn From the U.S. Supreme Court’s Judgement in *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?”, *Common Market Law Review* 41:1519-1553.

¹² *Trinko*, dn. 11.

¹³ Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] 5 CMLR 846 (İDM (İlk Derece Mahkemesi) *Microsoft*).

¹⁴ İDM’nin Avrupa Komisyonu’nun *Microsoft* kararını onaylamasından sonraki basın açıklaması için bkz. http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

bölümde ise ABD ve AB rekabet hukuku uygulamalarında ilgili içtihadın gelişimi ile uygulayıcı otoritelerin bu alandaki politikaları genel olarak değerlendirilecektir. Son bölümde ise, Rekabet Kurulu'nun kararları çerçevesinde ülkemizdeki uygulama incelenecektir.

1. Sözleşme Yapmayı Reddetme: Kavramsal Çerçeve

Rekabet hukukunda hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri çeşitli şekillerde sınıflandırılabilen ve bu sınıflandırma şekilleri zaman zaman söz konusu davranışların rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmelerini de farklılaştırabilmektedir. Bu nedenle sözleşme yapmanın reddedilmesine ilişkin kavramların ve sözleşme yapmayı reddetmenin ortaya çıkış şekillerinin, çalışmanın devamındaki inceleme ve değerlendirmelere temel olacak olması nedeniyle, kısaca ele alınmasında fayda görülmektedir.

Öncelikle, bu çalışmada sözleşme kavramının geniş bir şekilde kullanılacağı ve bir firmanın ürettiği mal ya da hizmetler ile sahibi olduğu maddi ya da gayri maddi işletme unsurlarının diğer teşebbüslere sağlanmamasının veya diğer teşebbüsler tarafından kullanılmasına izin verilmemesinin, sözleşme yapmayı reddetme olarak nitelendirileceği tekrar belirtilmelidir. Gelecek bölümlerde ele alınacağı üzere, bu çalışmada kullanılacak olan “varlık” ya da “unsur” kavramları, hammadde niteliğindeki fiziksel ürünler, belli hizmetlerin sağlanabilmesi için gerekli altyapılar (liman, telekomünikasyon şebekeleri gibi), ürünlerin dağıtımını için gerekli sistemler, fikri mülkiyet hakları ile korunan ya da korunmayan gayri maddi işletme unsurları ya da bilgiler gibi sözleşme yapma talebine konu olabilecek tüm unsurları içine alacaktır.

Sözleşme yapmayı reddetme iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlk olarak, hakim durumdaki teşebbüs, sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin açıkça reddedebileceği gibi (*outright refusal*), buna eşdeğer şekilde aşırı fiyat gibi makul olmayan koşullar öne sürerek ya da oyalama taktikleriyle sözleşme yapmayı dolaylı olarak reddedebilmektedir (*constructive refusal*).¹⁵ Bu çerçevede, Avrupa Komisyonu, 2009 yılının başında 82. maddenin dışlayıcı davranışlara uygulanmasına ilişkin çıkardığı Kılavuz'da¹⁶,

¹⁵OECD, dn. 3, s. 2.; Humpe, C. ve Ritter C. (2005); “Refusal to Deal”, (GCLC Research Papers on Article 82 EC içinde), Temmuz 2005, s. 134, <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>. Avrupa Komisyonu'nun, bu konudaki kararları ışığında, sözleşme yapmayı reddetme kavramını geniş yorumladığı yönündeki görüşler için bkz. O'Donoghue ve Padilla; dn. 10, s. 434-435.

¹⁶Communication from the Commission Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by

makul olmayan ertelemeler, ürün arzının azaltılması ve makul olmayan şartlar ileri sürülmesi gibi davranışları dolaylı reddetmenin örnekleri olarak saymakta, aynı zamanda fiyat sıkıştırmasını da sözleşme yapmayı reddetme olarak kabul edilebilecek bir davranış olarak nitelendirmektedir. İkinci olarak, ilk bakışta önceki ayrıma benzetilebilecek ancak değerlendirme bakımından önemli bir fark yaratabilen bir başka ayrıma göre ise, reddetme koşulsuz (*unconditional*) ya da koşullu (*conditional*) olabilmektedir.¹⁷ Hakim durumdaki teşebbüsün herhangi bir şart öne sürmeksizin sözleşme yapmayı reddetmesi koşulsuz reddetme iken, hakim durumdaki teşebbüsün sadece (alt pazarda) kendisiyle rakip olmayan teşebbüslerle sözleşme yapması ya da kendisinin rakibiyle iş yapan bir teşebbüsle sözleşme yapmayı reddetmesi koşullu reddetmeye örnektir.¹⁸ Sözleşme yapmanın koşullu olarak reddedilmesi genel itibarıyla hakim durumdaki teşebbüslere getirilen yasaklama kapsamındaki diğer dışlayıcı davranışlar (örneğin, bağlama ya da münhasırlık¹⁹) altında değerlendirildiğinden²⁰, bu çalışmada sözleşme yapmanın koşulsuz olarak reddedildiği haller üzerine odaklanılacaktır.

Hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri, reddedilen teşebbüslerin hakim durumdaki teşebbüsün müşterisi ya da (potansiyel veya mevcut) rakibi olmalarına göre de sınıflandırılmaktadır. Sözleşme yapma talebi reddedilen teşebbüsün rakip ya da müşteri olmasının farklı durumlar yaratacağı ve aynı kural ve ilkelerin her iki duruma uygulanamayacağı belirtilmektedir.²¹ Bu çerçevede, hakim durumdaki

Dominant Undertakings (82. Madde Kılavuzu ya da Kılavuz), 9.2.2009, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_en.pdf, par. 78-80.

¹⁷ OECD, dn. 3, s. 7.

¹⁸ Age, s. 9-11.

¹⁹ *United Brands* (Case 27/76, *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, par. 182-183) kararında ATAD, *United Brands*'in rakip muz üreticisinin ürünlerini sattığı gerekçesiyle dağıtıcısına mal vermeyi kesmesini hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Komisyon'un Rekabet Genel Müdürlüğü tarafından 2005 yılında yayımlanan Tartışma Metni'nde ("DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", December 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, par. 208) bu gibi durumlarda mal vermenin reddedilmesi münhasırlığın bir aracı olarak değerlendirilmektedir.

²⁰ 82. Madde Kılavuzu, dn. 16, par. 77; US DOJ(2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act* (DOJ Raporu), September 2008, s. 119.

²¹ Humpe ve Ritter, dn. 15, s. 138-139. Gürzumar (dn. 5, s. 161), müşterilere yönelik anlaşma yapmayı reddetme hallerini rakiplere yapılandan ayrı tutmakta ve zorunlu unsur doktrininin bu durumlara uygulanamayacağını belirtmektedir.

teşebbüsün herhangi bir pazarda dikey bütünleşmeye gitmediği, dolayısıyla mal ve hizmet sağladığı teşebbüsle rakiplik ilişkisi bulunmadığı durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin antitröst rasyoneli olmadığı ifade edilmektedir.²² Bununla birlikte, AB uygulamasında konu tartışmalı olup, rakiplik ilişkisi olmamasına rağmen hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmaktan kaçınmasının kötüye kullanma olarak değerlendirildiği ve ilgili teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirildiği kararlar bulunmaktadır. Bu çalışmada, genel olarak hakim durumdaki teşebbüslerin rakiplerinin sözleşme taleplerini reddetmeleri üzerine yoğunlaşılacaktır.

Sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili bir başka ayırım, sözleşme yapılmasının reddinin tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine yöneliktir. Hakim durumdaki tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen sözleşmenin reddi tek taraflı (*unilateral*) bir ret olarak nitelendirilmekte ve birden fazla teşebbüs tarafından birlikte (*concerted*) sözleşme yapılmasının reddedilmesinin değerlendirilmesinden farklılaşmaktadır.²³ Birden fazla teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin nadiren ortaya çıkan bir uygulama olması²⁴ ve rekabet hukuku altındaki değerlendirmesinin büyük ölçüde anlaşma ve uyumlu davranışların yasaklanması altında yapılması nedeniyle, çalışmada sadece tek taraflı reddetme eylemleri ele alınacaktır.

Yukarıdaki sınıflandırmalara ek olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmeleri değişik şekillerde ortaya çıkabilmekte ve özellikle AB uygulamasında, ortaya çıkma şekillerine göre reddetme eylemlerinin değerlendirilmesinde farklı standartların getirilip getirilemeyeceği tartışma konusu yapılmaktadır. Bu çerçevede, hakim durumdaki teşebbüs; (a) alt pazardaki rakiplerden en az birisiyle sözleşme yapılmışken başka bir rakibin sözleşme yapma talebini reddedebilir, (b) ilk kez bir sözleşme yapılması talebini reddedebilir, (c) mevcut bir sözleşmenin devam etmesini reddedebilir.²⁵ Zaman zaman, fikri mülkiyet haklarıyla ilgili olarak lisans vermenin reddedilmesi ve birlikte işlerlik bilgilerinin sağlanmaması da ayrı kategoriler olarak bu sınıflandırmaya dahil edilebilmektedir.²⁶

²² Örneğin bkz. Hovenkamp, dn. 6, s. 2-3.

²³ Humpe ve Ritter, dn. 15, s. 139.

²⁴ Areeda, P. (1989/90); "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", 58 Antitrust L.J. 841.

²⁵ Commission's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector (Erişim Tebliği), [1998] O.J. C 265/2, par. 84.

²⁶ Tartışma Metni, dn. 19.

Bu sınıflandırmaya paralel olarak, sözleşme yapmayı reddetme konusu ele alınırken, kullanılan terminoloji konusundaki tutarsızlıkların önemli bir sorun oluşturduğu ve akademik tartışmaları tetiklediği vurgulanmalıdır.²⁷ Terminoloji konusundaki problem temel olarak sözleşme yapmayı reddetme ile pazardaki rakiplerin faaliyeti için zorunlu ve ikamesi bulunmayan bir varlığa sahip teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğünü öngören zorunlu unsur doktrini²⁸ arasındaki ilişkinin tanımlanmasında ortaya çıkmaktadır. Bazı durumlarda zorunlu unsur doktrini, sözleşme yapmayı reddetme ile aynı anlamda kullanılırken, zaman zaman bu iki kavramın farklı anlamlarda da kullanıldığı görülebilmektedir. Örneğin bazı yazarlar, zorunlu unsur doktrininin sadece bir teşebbüsle ilk kez sözleşme yapılması durumunda geçerli olacağını, diğer iki durumun (mevcut sözleşmenin sona erdirilmesi ve halihazırda başka bir teşebbüsle sözleşme yapılmış olması) klasik sözleşme yapmayı reddetme ve ayrımcılık içtihadı çerçevesinde ele alınacağını vurgulamaktadır.²⁹ Kısmen bu yaklaşıma paralel bir şekilde ancak farklı bir gerekçeyle, iki ayrı ilgili pazarın bulunduğu ve bu pazarlardan birinde hakim durumda olan teşebbüsün, diğer pazarda güç kazanmak amacıyla bu pazardaki rakipleriyle sözleşme yapmayı reddettiği durumların sözleşme yapmayı reddetme, ancak tek bir pazarın bulunduğu durumda hakim durumdaki teşebbüsün elinde bulundurduğu varlıkların kullanımını reddetmesinin zorunlu unsur doktrini ile ele alınması gerektiğini iddia edenler de bulunmaktadır.³⁰ Gürzumar ise, zorunlu unsur doktrininin sözleşme yapmayı reddetme başlığı altında değerlendirmekle birlikte, hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu varlığın alt pazardaki faaliyete özgülenen bir işletme unsuru olması ve söz konusu unsurun başka teşebbüslere kullandırılmasının hakim durumdaki teşebbüsün iştigal alanına girdiğinin kabul edilmediği durumları “gerçek (dar) anlamda zorunlu unsur” kabul etmekte ve bu durumlarda, ilgili varlığın alt pazar faaliyetine özgülenen bir işletme unsuru olmayıp, diğer teşebbüslere kullandırılmasının teşebbüsün iştigal alanına girdiğinin kabul edildiği durumlara (“geniş anlamda zorunlu unsur”) göre daha

²⁷ Nagy, C.I. (2007); “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Framework”, *European Law Review*, s. 664.

²⁸ Doktrinle ilgili daha geniş bilgi için bkz. Gürzumar, dn. 5; Tekdemir, Y. (2003); *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:2; Ölmez, H.S. (2003); *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:33.

²⁹ Larouche, P. (2000); *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, s. 165-166.

³⁰ Nagy, dn. 27, s. 665.

sıkı şartlar uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.³¹ Avrupa Komisyonu ise, 82. Madde Kılavuzu'nda, zorunlu unsura erişimin de sözleşme yapmayı reddetme kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir.³² Bu noktada, sözleşme yapmayı reddetme ve zorunlu unsur doktrininin ayrı içtihatlar ya da tek bir içtihat bütünü olduğu yönünde gerekçeler bulunabilecek olmakla birlikte, söz konusu iki uygulamaya ilişkin içtihadın zaman içinde ekonomik temeli daha güçlenerek gelişen tek bir içtihat zincirinin parçaları olduğu görüşü³³ isabetli bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bu paralelde, AB uygulamasında konuyla ilgili yer verilecek olan son görüş ise, zorunlu unsur doktrininin “*AB rekabet hukuku bakımından yeni ve ayrı bir kural getirmediği, temel olarak hakim durumdaki teşebbüslerin ne zaman başka bir teşebbüsle sözleşme yapmaya zorlanacağı sorusunun ortaya çıktığı davalar için uygun bir etiket olduğu*” görüşüdür.³⁴ ABD uygulaması bakımından da benzer tartışmalar bulunmakla birlikte, sadece Hovenkamp'ın, zorunlu unsur doktrininin odak noktasını suçlanan teşebbüsün davranışı ya da niyetinden ilgili teşebbüsün sahip olduğu ve şikayetçinin paylaşmak istediği varlık ya da unsura doğru yönelttiği, neredeyse kusursuz olduğu halde tekeli sorumlu tutma yolunu açtığı, ancak Yüksek Mahkeme'nin *Trinko* kararıyla birlikte tek taraflı sözleşme yapmayı reddetmeler için iki ayrı kural bütününe ihtiyaç kalmadığı şeklindeki görüşüne³⁵ yer vermekle yetinilecektir. Bu çerçevede, çalışmada, özel olarak belirtilmedikçe, sözleşme yapmayı reddetme kavramı zorunlu unsur doktrininin de içine alacak şekilde kullanılacaktır.

2. İktisadi Açıdan Sözleşme Yapmayı Reddetme

Hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları diğer teşebbüslere tek taraflı ve koşulsuz bir şekilde kullandırmayarak sözleşme yapmayı reddetmelerinin ortaya çıkaracağı ekonomik sonuçların ortaya konması, antitröst otoriteleri ya da mahkemeler tarafından verilen kararların anlamlı bir şekilde değerlendirilmesi için gereklidir. Ancak, sözleşme yapmayı reddetmenin çok çeşitli iktisadi meseleleri gündeme getirmesi ve söz konusu meseleler bakımından ekonomistler arasında zıt görüşlerin ortaya çıkması nedeniyle, konunun detaylı bir biçimde incelenmesinin bu çalışmanın amacını

³¹ Gürzumar, dn. 5, s. 156-162.

³² 82. Madde Kılavuzu, dn. 16, par. 78.

³³ Humpe and Ritter, dn. 15, s. 140.

³⁴ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 408. Sorunun semantik olabileceği, ATAD'ın zorunlu unsur sahibi teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmelerini daha önceki kararlarında kötüye kullanma olarak kabul ettiği yönündeki benzeri görüş için bkz. Geradin, dn. 11, s. 1526.

³⁵ Hovenkamp, dn. 6, s. 34.

aştığı belirtilmelidir. Bu sınırlar altında, sözleşme yapmayı reddetmeyle ilgili temel meseleler üzerindeki tartışmalar ana hatlarıyla aşağıda ele alınacaktır.

2.1. Sözleşme Yapmayı Reddetmenin Farklı İktisadi Etkileri

Hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek muhtemel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün birbirine zıt iki temel sonucunun olabileceği görülmektedir. Hem ABD hem de AB antiröst uygulayıcılarının konuya ilişkin olarak yayımladıkları metinlerde, teşebbüslere varlıklarını rakipleriyle paylaşmaları yükümlülüğü getirilmesinin, kısa vadede söz konusu varlık kullanılarak faaliyet gösterilen pazarda rekabeti artıracak olması nedeniyle tüketicilere faydalı olabileceği, dolayısıyla tahsis etkinliğinin artacağı, ancak böyle bir yükümlülüğün uzun vadede teşebbüslerin yatırım ve inovasyon güdülerinin azalmasına yol açarak tüketicilere zararlı olabileceği, bir başka ifadeyle dinamik etkinliğin azalacağı belirtilmektedir.³⁶ Ancak, muhtemel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün ortaya çıkarabileceği bu iki sonuç konusunda iktisatçılar arasında farklı görüşler bulunmakta olup, bu tartışmalara kısaca yer verilmesinde fayda görülmektedir.

Bu çerçevede öncelikle hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetmelerinin rekabeti bozucu sonuçlara yol açacağı dolayısıyla tüketicilere zarar verebileceği, bir başka ifadeyle, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin tüketicilere fayda sağlayabileceği konusundaki tartışmalara değinilecektir. Bazı yazarlar, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin kısa vadede tüketicilere fayda sağlayabileceğine şüpheyi yaklaşmaktadır. Bu kapsamda, hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin, yükümlülük getirildikten sonra ortaya çıkacak fiyat ve çıktı, ilgili varlığı hakim durumdaki işletmecinin tek başına kullanması durumunda geçerli olacak fiyat ve çıktıdan farklı olmayacağı için tüketicilere fayda sağlamayacağı, ancak varlığın fiyatının rekabetçi koşullardaki fiyata yakın belirlenebilmesi durumunda aksinin düşünülebileceği fakat bunun da fiyat regülasyonundan farklı bir çözüm olmadığı iddia edilmektedir.³⁷ Chicago Okulu tarafından benimsenen “tek tekeli karı” yaklaşımına benzeyen bu yaklaşıma göre, bir pazardaki tekele sahip firmanın tekel karını tekel olduğu pazarda elde etmesi nedeniyle, ilgili pazardaki tekeli ikinci bir pazara taşımasının ve sözleşme yapmayı reddetmesinin tekeli olmayan başka saiklerle yapılacağı dolayısıyla bundan tüketicilerin zarar görmeyecekleri iddia edilmektedir.³⁸ Benzer bir şekilde, ancak farklı bir gerekçeyle, sözleşme yapma yükümlülüğü sonrasında, teşebbüslerin önceki çıktı seviyelerinde anlaşabilecekleri, sonucun varlık

³⁶ 82. Madde Kılavuzu, dn. 16, par. 74-75; DOJ Raporu, dn. 20, s. 119.

³⁷ Hovenkamp, dn. 6, s. 4.

³⁸ OECD, dn. 3, s. 15.

sahibinin teknelci karını azaltmak yerine, söz konusu karın varlık sahibi ile rakip arasında yeniden paylaşılması olabileceği, bunun da tüketicilere fayda sağlamayacağı iddia edilmektedir.³⁹

Buna karşılık, Chicago sonrası yaklaşımlar tek teknelci karı yaklaşımının her zaman geçerli olmayabileceğini göstermiştir.⁴⁰ Bu çerçevede, sözleşme yapmayı reddetmenin çeşitli nedenlerle rekabet karşıtı olabileceğini, dolayısıyla engellenmesinin tüketicilerin yararına olacağını iddia eden yazarlar bulunmaktadır. Örneğin Salop'a göre, sözleşme yapmayı reddetme ve fiyat sıkıştırması tüketicilere ve rekabete çeşitli yollarla zarar vermektedir.⁴¹ Bunlardan ilki, (pazar koşulları nedeniyle fiyat farklılaştırmasının zorluğu, fiyat düzenlemeleri gibi) çeşitli nedenlerle fiyatını teknelci fiyat seviyesine yükseltmeyen hakim durumdaki varlık sahibi için sözleşme yapmayı reddetme yoluyla alt pazardaki rekabeti azaltmak istemenin ikinci en iyi çözüm olmasıdır. İkincisi, alt pazara giren rakibin diğer alt/komşu pazarlarda hatta paylaşılan unsurun yer aldığı pazarda zamanla varlık sahibinin gücünü azaltacak şekilde rekabeti artırabilecek olmasıdır. Dolayısıyla reddetme bunu engellemeye yönelik bir çözüm olabilir.⁴² Üçüncüsü, üst pazardaki varlık sahibinin, teknel gücüne sahip olmadığı durumda, sözleşme yapmayı reddederek rakiplerinin rekabetçi olmayan fiyat seviyelerinden yeni müşteri kazanmasına imkan sağlayarak, önce varlığın bulunduğu pazardaki fiyatların artmasına daha sonra da alt pazarda fiyatların artmasına yol açabilmesidir. Üst pazarda hakim durumda olan firmanın kaybettiği müşteriler dolayısıyla üst pazarda katlandığı kaybın, alt pazardaki fiyat yükselmesi sonucu elde edeceği kazançtan düşük olması halinde söz konusu strateji başarılı olacaktır. Sonuncusu, düzenleyici otoritenin ya da mahkemenin paylaşılacak unsurun fiyatını düşük tutma yönünde karar aldığı durumlarda sözleşme yapmayı reddetmeyle, getirilen fiyat denetiminin etkisinin ortadan kaldırılabilmesidir. Elhauge⁴³ ise rakiplere sadece

³⁹ Cotter, T.F. (2008); "Essential Facilities Doctrine", University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper No. 08-18, s.11., (Hylton K.N. (1991); "Economic Rents and Essential Facilities", 1991 BYU L. REV. 1187'ye atfen).

⁴⁰ Chicago ve Chicago sonrası okulların bu konudaki görüşleri için bkz. Lao, M. (2005), "Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and "Sacrifice"", Antitrust Law Journal, Vol. 73, s. 177-180.

⁴¹ Salop, S. C. (2006); "The Controversy over the Proper Antitrust Standard for Anticompetitive Exclusionary Conduct", B.Hawk (ed.), International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2006, s. 495-496.

⁴² Hovenkamp (dn. 6, s. 5), bu tür uzun vadeli etkilerin spekülatif olduğunu ve böyle bir etki mümkünse varlığın zorunlu olmadığını ortaya çıkacağını iddia ederek, bu görüşe karşı çıkmaktadır.

⁴³ Elhauge, E. (2003); "Defining Better Monopolization Standards", Stanford Law Review, Vol. 56, s. 256.

ayrımcı bir şekilde mal vermenin reddedildiği durumlarda, rekabetin bozulabileceğini belirtmektedir. Konuya fikri mülkiyet hakları açısından bakıldığında ise, hakim durumdaki fikri mülkiyet hakları sahibine getirilecek lisans verme zorunluluğunun tüketici refahını hem kısa dönemde ve ilgili hak yeni ürünlerin geliştirilmesini kolaylaştırıyorsa hem de uzun dönemde artılabileceği iddia edilmektedir.⁴⁴

Sözleşme yapma yükümlülüğünün uzun vadede teşebbüslerin yatırım ve inovasyon yapmaları güdüsünü azaltacağı konusu da benzer şekilde tartışmalara neden olmaktadır. Son dönemde inovasyonun önemli bir yer tuttuğu, firmaların pazar içinde değil daha çok pazar için rekabet ettiği ve büyümeye önemli katkı sağlayan bilgi ve iletişim teknolojileri gibi dinamik endüstrilerde hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarına getirilen sınırlamaların inovasyon güdülerini azaltmayacak şekilde uygulanması gerektiği yönündeki değerlendirmeler⁴⁵ çerçevesinde, konu ciddi bir önem taşımaktadır. Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilerek kısa vadede rekabetin ve tüketici refahının artırılacağı şeklindeki *ex post* yaklaşımın, firmaların bir varlığa yatırım yapmalarındaki en önemli güdü olan diğer firmaları dışlayıp tekeli fiyatlandırma yapma ve kar elde etme ihtimalini ortadan kaldıracak şekilde gerçeğini dikkate almadığı iddia edilmektedir.⁴⁶ Bu noktada sadece varlık veya hak sahibi ile potansiyel olarak bu alana yatırım yapmak isteyen diğer teşebbüslerin yatırım ve inovasyon güdülerinin yanında, Hovenkamp'ın da belirttiği gibi, varlığı paylaşan rakiplerin kendi varlıklarını geliştirmeleri yönündeki güdülerini de azaltılacaktır.⁴⁷ Bir başka ifadeyle, yatırım riskine ve maliyetlerine katlanmak

⁴⁴ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 420.

⁴⁵ Ahlborn, C., Denicolò, V., Geradin, D. ve Padilla, A.J. (2006); "DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries", <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf>.

⁴⁶ Elhauge, E., dn. 43, s. 296. Bu noktada, ekonomistler arasında uzlaşmanın olmadığı, Schumpeter'in inovasyonu tekeli pazar yapısının teşvik edeceğine ilişkin iddiaları ile Arrow'un bu iddiaya getirdiği itirazlar bir başka tartışma konusunu gündeme getirirse de, Elhauge'nin belirttiği üzere Schumpeter'in iddialarının *ex post* güdülerle ilgisi olması nedeniyle, konu esas itibarıyla farklıdır (s. 298).

⁴⁷ Fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanması konusunda benzer endişeler için bkz. Spulber, D.F. (2008), "Competition Policy and the Incentive to Innovate: The Dynamic Effects of *Microsoft v. Commission*", <http://ssrn.com/abstract=1146451>.

istemeyen firmalar, yatırım yapmak yerine ortaya çıkan varlıklardan yararlanmayı bekleyecek ve bir bedavacılık sorunu yaşanacaktır.⁴⁸

Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesine yönelik yukarıda belirtilen dinamik etkinlik endişelerinin, özellikle önemli yatırımın ve ar-ge'nin söz konusu olduğu endüstrilerde genel itibarıyla kabul gördüğü söylenebilir. Ancak bazı durumlarda, sözleşme yapmayı reddetme nedeniyle ilgili endüstride inovasyon ve yatırım güdüsünün azalabileceği durumların ortaya çıkabileceği gündeme gelmektedir. Örneğin Baker'in tekelci bir yapının inovasyonu destekleyici faydaları olacağı yönündeki görüşe iki nedenle karşı çıktığı görülmektedir.⁴⁹ İlki, antitröst müdahalelerine maruz kalmanın inovasyon güdüsünü etkilemeyeceği çünkü firmaların inovasyon yapmaları için başka (ilk giriş avantajları, tamamlayıcı ürünlerin satışı, marka bilinirliği gibi) birçok güdünün bir arada olduğudur. İkincisi ise, hakim durumdaki teşebbüsün rakiplerin kilit varlıklara ulaşmasını engelleme gibi dışlayıcı davranışlarının, rakiplerin inovasyonunu dolayısıyla endüstrinin toplam inovasyonunu azaltıcı etkisi olacaktır. Özellikle tamamlayıcı ve sıralı yeniliğin (*follow on innovation*) söz konusu olduğu durumlarda fikri mülkiyet haklarının inovasyonu azaltıcı bir şekilde kullanılabilmesine yönelik görüşler bulunmaktadır.⁵⁰ Yatırım ve inovasyon güdüsüyle ilgili bir diğer tespit ise, bazı varlıkların risk alma ya da ciddi yatırımdan ziyade, başka kaynaklardan (zayıf fikri mülkiyet hakları, kamu kaynağı, kullanıcı katılımı ve şebeke etkileri, *spin-off*⁵¹ products) ortaya çıktığı ya da değerli hale geldiği, bu gibi durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin yatırım ve inovasyonu caydırıcı etki yaratmayacağıdır.⁵²

2.2. Farklı İktisadi Etkilerin Değerlendirilmesi ve Politika Seçimi

Yukarıda kısaca yer verilen tartışmalardan görüldüğü üzere, sözleşme yapmayı reddetmenin rekabete ve tüketici refahına katkısı açısından uzun ve kısa vadede çelişkili etkiler ortaya çıkarması, bu etkilerin nasıl

⁴⁸ Ahlborn, C., Evans, D.S. ve Padilla A.J. (2005); "The Logic & Limits of the "Exceptional Circumstances Test" in Magill and IMS Health", Fordham International Law Journal, [Vol. 28:1109 2005], s. 1131; Ölmez, dn. 28, s. 62.

⁴⁹ Baker, J. (2008), "Dynamic Competition Does Not Excuse Monopolization", Competition Policy International, Volume 4, Number 2, Autumn 2008, s. 248-249.

⁵⁰ Yavuz, Ş. (2005); "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar", Rekabet Dergisi, Sayı 25, s. 27-28.

⁵¹ Başka bir mal ya da hizmet üretimi sonucunda ortaya çıkan ürünler (örneğin, televizyon yayıncılarının ürettikleri programların bilgileri).

⁵² Rooijen, A.V. (2008); "The Role of Investments in Refusals to Deal", World Competition 31(1): 63-88.

değerlendirileceği ve nasıl bir politika seçimi yapılacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

İlk olarak, söz konusu etkilerin rekabet otoriteleri ve mahkemeler tarafından tam anlamıyla değerlendirilmesinin çok zor olduğu belirtilmelidir. Bunun en önemli nedenlerinden birisi, yukarıda belirtildiği üzere iktisatçılar arasında sözleşme yapmayı reddetmenin etkileri konusunda uzlaşma bulunmaması ve söz konusu etkilerin değerlendirilerek rekabete ve tüketicilere zarar veren sözleşme yapmayı reddetme hallerini diğerlerinden ayıracak standartlar konusunda farklı fikirlerin varlığıdır.⁵³ Söz konusu standartların ekonomik teori yönünden zayıflığı ve bilgi eksikliği nedeniyle uygulanmasını gerçekçi bulmayan, dolayısıyla niyete yönelik kanıtların da dikkate alınması gerektiğini iddia eden akademisyenler bulunmaktadır.⁵⁴

İkinci olarak, rekabet otoriteleri söz konusu değerlendirmeyi yaparken, bir davranışın etkilerini kısa ve uzun vade ile *ex post* ve *ex ante* etkinlikler açısından ele almalıdır.⁵⁵ Daha önce de değinildiği gibi, kısa vadede tahsis etkinliğini artırabilecek bir sözleşme yapma yükümlülüğü, uzun vadede yatırım güdüsünü dolayısıyla dinamik etkinliği azaltabilecektir.⁵⁶ Aynı şeyi farklı bir açıdan söylemek gerekirse, bir varlığı *ex post* bir değerlendirmeyle rakiplerin kullanımına açmak, firmaların *ex ante* yatırım ve inovasyon güdüsünü azaltacaktır. Bu ilişkinin fikri mülkiyet hakları söz konusu olduğunda daha keskin bir biçimde ortaya çıktığı iddia edilmekte⁵⁷ ve bazı yazarlarca hukuki belirliliğin ve yatırım güdüsünün korunması için zorunlu lisans yerine *ex ante* düzenleme getirilmesi gerektiği öne sürülebilmektedir.⁵⁸

Konuyla ilgili olarak AB’de Komisyon ve mahkemeler açısından bir değerlendirme yapan Geradin, *ex ante* dinamik etkinliklerin önemine karşın, tahsis etkinliğine daha çok odaklanıldığını, bunun nedenlerinin tahsis

⁵³ Genel olarak bu konuda kullanılacak standartlar için bkz. OECD, dn. 3, s. 15-23. Ayrıca, sözleşme yapmayı reddetmenin değerlendirilmesinde kullanılacak standartlar bakımından bkz. Salop, dn. 41; Werden, dn. 8; Lao, dn. 40; Melamed, D.A. (2005); “Panel: Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal”, 20 Berkeley Tech. L.J. 1247 ve Elhauge, dn. 43.

⁵⁴ Lao, dn. 40, s. 198.

⁵⁵ Ahlborn et al., dn. 48, s. 1130.

⁵⁶ Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint [1998] ECR I-7791.(*Oscar Bronner*), Genel Savcı Jacobs’un Görüşü, par. 57.

⁵⁷ Geradin, dn. 11, s. 1541.

⁵⁸ Toth, A. (2008); “Protection of Investments in European Abuse of Dominant Position Cases”, 2008 E.C.L.R., Sayı 12.

etkinliğinin sonuçlarının dinamik etkinlikten daha kolay ölçülebilir olması ve rekabet otoritelerinin yöneticilerinin kısa süreler için atanmaları ve bir an önce uygulama sonuçlarını görmek istemeleri olduğunu belirtmektedir.⁵⁹

Üçüncü olarak, sözleşme yapmayı reddetmenin ekonomik etkilerinin değerlendirilmesinde, mülkiyet hakları ile sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi arasındaki ilişki üzerindeki tartışmalara değinilmelidir. Rekabet hukuku çerçevesinde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesine yönelik eleştirilerden biri, mülkiyet haklarının getirdiği dışlama yetkisinin, burada tartışılan yatırım yapma güdüsü ile rekabetin korunması arasındaki dengelemeyi *ex ante* olarak içerdiği, bir çeşit regülasyon olduğu ve ikinci bir defa *ex post* olarak söz konusu dışlamanın ele alınmasına gerek olmadığıdır.⁶⁰ Hatta fikri mülkiyet hakları söz konusu olduğunda böyle bir yaklaşımın Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde imzalanan TRIPs Anlaşması ile öngörülen yükümlülüklerin ihlalini gündeme getirebileceği ifade edilmektedir.⁶¹ Buna karşılık, mülkiyet haklarının tek başına rekabet hukukunun uygulamasını dışlamadığı konusunda genel bir kabul olduğu söylenebilir. Örneğin, konunun daha çok tartışıldığı fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak Drexl, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hakları arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi bulunduğunu, bu çerçevede fikri mülkiyet haklarının dinamik etkinliği sağlayamadığı durumlarda zorunlu lisans yoluyla en azından tahsis etkinliğinin sağlanabilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶² Benzer bir şekilde, ABD’de otoriteler, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının tek taraflı reddini antitröst ihlali kabul etmek konusunda oldukça ihtiyatlı davranmakla birlikte, ilgili hakları düzenleyen kanunlarda açık bir hüküm bulunmadıkça, söz konusu dışlayıcı hakların tek başına ilgili hakka sahip teşebbüsleri antitröst uygulamasından muaf tutamayacağını belirtmektedir.⁶³

Bu çerçevede, mülkiyet haklarının kullanımına rekabet hukuku yoluyla müdahale edilebileceğinin kabulü, maddi varlıklar ile gayri maddi varlıkların sahiplerine sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin şartları bakımından, özellikle fikri mülkiyet hakları lehine, farklı kurallar gerekip gerekmediği

⁵⁹ Geradin, dn. 11, s. 1540.

⁶⁰ O’Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 413.

⁶¹ Age, s. 412.

⁶² Drexl, J. (2004); “IMS Health and Trinko- AntiTrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal to Deal Cases”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, IIC 2004, 35(7), 788-808. Benzer bir görüş için bkz. Odman, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Seçkin, s. 75-76, 172.

⁶³ US DOJ ve FTC (2007); *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, s. 27 (FTC/DOJ Raporu).

şeklindeki bir başka tartışmayı daha gündeme getirmektedir.⁶⁴ Bu noktada, bazı yazarların fikri mülkiyet haklarının diğer mülkiyet haklarına göre farklı özellikler içerdiğini, dolayısıyla sözleşme yapmayı reddetmenin bu haklar bakımından uygulanmaması gerektiğini iddia ettikleri⁶⁵; bazı yazarların ise sözleşme yapma yükümlülüğü getirilirken fikri mülkiyet haklarına farklı davranılması gerektiğini iddia ettikleri görülmektedir.⁶⁶ Ancak, maddi varlıklar ile gayri maddi varlıkların farklı muameleye tabi tutulması için ileri sürülen argümanların benzerlerinin maddi varlıklar için de geçerli olduğu, dolayısıyla fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasında maddi varlıkların erişime açılmasından farklı bir standart bulunmasına gerek olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.⁶⁷ Bu yaklaşımın önceki yaklaşımlara göre daha fazla kabul gördüğünü söylemek mümkündür.

Dördüncü olarak, sözleşme yapmayı reddetmenin ekonomik sonuçlarının doğru değerlendirilmesi konusundaki tartışma ve belirsizliklerin doğal bir sonucu olarak, uygulayıcıların hata yapma ihtimalinin yüksek olması, sözleşme yapmayı reddetmenin etkilerinin ele alınması aşamasında dikkate alınması gereken bir başka sorunu oluşturmaktadır. Bu noktada hatalı negatif⁶⁸ ve hatalı pozitif⁶⁹ olarak adlandırılan iki hata türü ortaya çıkabilecektir. Hatalı negatif kararlar rekabet otoritesi veya mahkemenin rekabetçi olmayan bir davranışı yasal bularak müdahale etmediği ve tüketici zararına yol açtığı durumlarda ortaya çıkarken, hatalı pozitif kararlar ise, rekabet otoritesi ya da mahkemenin rekabetçi olan bir davranışı yasal bulmayarak cezalandırdıklarında ortaya çıkmaktadır.⁷⁰ Uygulayıcıların politika seçimi yaparken toplumsal refaha daha zararlı gördükleri hata türünden kaçındıkları, bu çerçevede, ABD'nin hatalı

⁶⁴Ritter, C. (2005); "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?", World Competition 28(3):281-298.

⁶⁵Lipsky, A.B. ve Sidak, J.G. (1999); "Symposium: Essential Facilities", 51 Stan. L.Rev. 1187, s. 1218-1219.

⁶⁶Forrester, I.S. (2005); "Article 82: Remedies in Search of Theories?", Fordham International Law Journal, Vol. 28, s. 938-939.

⁶⁷Özellikle bkz. Ritter, dn. 64. Ritter buna ilişkin nedenleri şu şekilde sıralamaktadır: hukuki olarak söz konusu mülkiyet haklarının eşit derecede korunması ve dolayısıyla farklı muamelenin yasal dayanağı bulunmaması, farklı muamele durumunda, bundan yararlanmak için mülkiyet sahiplerinin fiziksel varlık içine fikri mülkiyet eklemeye çalışacak olmaları, fikri mülkiyet haklarının paylaşılmaya daha müsait olması ve belli fikri mülkiyet haklarını sınırlamanın düşünülen aksine inovasyonu caydırmaması. Aynı yönde bkz. O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 421-423.

⁶⁸False negative. Tip 1 hata olarak da adlandırılabilir.

⁶⁹False positive. Tip 2 hata olarak da adlandırılabilir.

⁷⁰Whish, dn. 7, s. 190.

pozitif kararlar almaktan, AB'nin ise hatalı negatif kararlar almaktan kaçınan uygulama örnekleri oluşturdukları belirtilmektedir.⁷¹ Hangi tür hatanın tüketicilere ve rekabete daha fazla zarar vereceği konusunda bazı iktisatçıların genel itibarıyla hatalı pozitif kararları daha zararlı buldukları söylenebilir. Örneğin, Werden'e göre, tüm ekonomiyi ilgilendiren sonuçları olacağından hatalı pozitif kararlar, zararı sadece ilgili olduğu pazardaki dışlayıcı davranış bakımından sonuçlar doğuran hatalı negatif kararlardan daha yüksek zarara neden olacaktır.⁷² Söz konusu zararın özellikle rekabetin dinamik bir süreç olarak görüldüğü durumda daha açık olduğunu ifade eden yazar, uzun vadede ekonomik büyümenin yeniliğe bağlı olduğu düşünüldüğünde, hatalı pozitif kararların kısa dönemli statik yararlarının, yenilik rekabetinin getireceği kazançların azalmasının yol açacağı zararlar nedeniyle ortadan kalkacağını belirtmektedir.⁷³ Ancak bazı yazarlar ise, sözleşme yapmayı reddetme açısından her zaman iki tip hatanın da maliyetli olabileceğini belirtirken, genel olarak sözleşme yapmayı reddetmenin yeni ürünler ortaya çıkmasını engellemediği durumlarda hatalı pozitif kararların daha maliyetli olacağını ifade etmektedir.⁷⁴ Bu görüşlere rağmen hangi durumlarda hangi hatanın gündeme geleceği net olmadığından, hatalı pozitif uygulamadan daha çok endişe duyduğu öne sürülen ABD'de uygulayıcıların standartları belirlerken hatalı negatif ve hatalı pozitif kararların maliyetleri ile diğer idari maliyetlerin bir arada dikkate alınması gerektiğini belirtmeleri⁷⁵ ihtiyatlı bir yaklaşım olarak görülmektedir.

Son olarak, sözleşme yapmayı reddetme bağlamında değinilmesi gereken bir diğer nokta, sözleşme yapma yükümlülüğü getirildiğinde, uygulayıcıların sözleşmeye ilişkin şartların, özellikle fiyatın belirlenmesi konusundaki yeterliliklerinin önemli tartışmalara yol açmasıdır. Hatta özellikle ABD'de "açıklanamayacak ya da yeterli ve anlamlı bir şekilde denetlenemeyecek" sözleşme yapma yükümlülüklerinin getirilmemesi gerektiği ifade edilmekte⁷⁶ ve antitröst mahkemelerinin fiyat düzenleyicisi haline dönüşeceği endişesi taşınmaktadır. Ayrıca, sözleşme yapma yükümlülüğünün bazı durumlarda karar alma ve uygulama maliyetleri, pazarda yaratılan belirsizliğin maliyeti ve yenilenen dava süreçlerinin getirdiği maliyetler nedeniyle uygulayıcılara ciddi maliyetler çıkaracağı, muhtemel bir müdahalenin fayda-maliyet analizinde söz konusu maliyetlerin de dikkate alınması gerektiği

⁷¹ Age, s. 190-191.

⁷² Werden, dn. 8, s. 518.

⁷³ Age, s. 519.

⁷⁴ Ahlborn et al., dn. 48, s. 1142,

⁷⁵ DOJ Raporu, dn. 20, s. 18.

⁷⁶ Areeda, dn. 24.

belirtilmektedir.⁷⁷ Sözleşme fiyatının hangi esasa göre belirlenmesi gerektiği konusunda ise iktisatçılar arasında bir uzlaşma bulunmadığı belirtilmelidir.⁷⁸

Yukarıda yer verilen tartışmalardan anlaşılacağı üzere, sözleşme yapmayı reddetmenin rekabete ve tüketicilere etkileri konusunda fikir birliği sağlanan bir yaklaşım bulunmadığı gibi, konu, rekabet hukukunun mülkiyet hakları, yatırım ve yenilik güdöleri gibi diğer politika alanlarıyla etkileşimini ve bu anlamda hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek yükümlülüklerin sınırlarını da gündeme getirmesi nedeniyle oldukça karmaşık bir hale gelmiştir. Bunlara ek olarak dışlayıcı davranışların belirlenmesine yönelik standartlar konusunda iktisatçıların üzerinde uzlaştığı net bir yaklaşımın da bulunmaması⁷⁹ nedeniyle, sözleşme yapmayı reddetme konusu da benzer standart eksikliğinden nasibini almaktadır⁸⁰. Bu noktada, genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesi ve söz konusu yükümlülüğün dikkatli ve istisnai şartlarda uygulanması gerektiği yönündeki genel yaklaşım dışında, üzerinde hemfikir olunan bir yaklaşım bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda rekabet otoriteleri, tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinin *per se* yasal bulunması yönündeki görüşler bir yana bırakılırsa, getirilecek çok sıkı bir standardın bazı varlıkların topluma maliyetli olacak şekilde duplike edilmesine yol açarak toplumsal refahı azaltacağını, çok gevşek bir standardın da dinamik etkinliğe zarar vereceğini⁸¹ akılda tutarak, bir standart oluşturma gayreti içinde bulunacaktır.

3. ABD ve AB Uygulamaları

Hakim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme eylemlerine yönelik olarak dünyadaki uygulamaların nasıl bir seyir izleyerek bugünkü halini aldığını gösterebilmek bakımından, bu bölümde ABD ve AB uygulamaları incelenecektir.

⁷⁷ Larouche, dn. 29, s. 201-202.

⁷⁸ Bu konuda bkz. OECD, dn. 3, s. 12-13.

⁷⁹ Elhauge'nin ifadesiyle bu alanda "Kral çıplaktır" ve bu durum rekabet otoriteleri ve mahkemelerinin belirsiz ve tutarsız karar vermelerine yol açmaktadır (dn. 43, s. 342-343).

⁸⁰ Sözleşme yapmayı reddetme bağlamında kullanılabilir standartlar ve bu konudaki yaklaşımlar için bkz. OECD, dn. 3, s. 15-23.

⁸¹ Cotter, dn. 39, s. 12 (Bergman M. A (2005), "When Should an Incumbent Be Obligated to Share Its Infrastructure with an Entrant under the General Competition Rules", 5 j. Ind. Comp.&Trade 5'e atfen).

3.1. ABD Uygulaması

Sözleşme yapılmasının tek tarafı reddedilmesi, ABD’de Sherman Kanunu’nun teşebbüslerin tek tarafları davranışlarını düzenleyen 2. bölümü kapsamında ele alınmaktadır. İlgili bölüm tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklamaktadır. Hükmün genel bir yasaklama olması nedeniyle hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının ne zaman ilgili yasak kapsamına gireceği mahkemelerin yorumları ile zamanla ortaya çıkmıştır. Aşağıda, çalışmanın kapsamı çerçevesinde, ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin ve bazı temyiz mahkemelerinin özellik arz eden kararları, söz konusu kararlara ilişkin yorumlar ve uygulayıcı kurumların görüşleri ışığında ele alınacaktır.

Yüksek Mahkeme Kararları

ABD’de sözleşme yapma yükümlülüğü bakımından hala geçerli olan⁸² içtihat, Yüksek Mahkeme’nin 1919 yılında aldığı *Colgate*⁸³ kararıdır. Söz konusu kararda Mahkeme,

*“Bir tekel oluşturmak ya da bir tekeli korumak amacı olmaması durumunda, yasa ...bir tacir ya da üreticinin, kimlerle anlaşma yapacağı konusundaki uzun süredir kabul gören kendi bağımsız iradesini özgürce kullanma hakkını sınırlamaz...”*⁸⁴

ifadesiyle, hem sözleşme özgürlüğüne vurgu yapmış hem de ne zaman sözleşme özgürlüğüne müdahale edilebileceğinin sınırlarını çizmiştir.

ABD’de sözleşme yapma yükümlülüğüyle ve dolaylı olarak zorunlu unsur doktriniyle ilişkilendirilen en eski kararlar 1912 tarihli *Terminal Railroad*⁸⁵ ve 1945 tarihli *Associated Press*⁸⁶ kararlarıdır. Mahkeme *Terminal Railroad* kararında, St. Louis bölgesindeki terminal, köprü gibi altyapıların kontrolünü ele geçiren ve rakip demiryolu şirketlerinden oluşan konsorsiyumun, çeşitli nedenlerle (özellikle coğrafi nedenler) söz konusu altyapıların benzerinin kurulmasının mümkün olmaması gerekçesiyle, ilgili altyapıları kullanmak zorunda olan tüm şirketleri içine almaması durumunda Sherman Kanunu’nun 1. ve 2. bölümlerinin ihlali olacağını belirtmiştir. *Associated Press (AP)* kararında ise, 1200’den fazla yayıncının katılımıyla oluşturulan birlikten oluşan bir haber ajansı olan AP’nin, üye olmayan yayıncılara haber verilmesini yasaklamasının

⁸² Karar Yüksek Mahkeme’nin yakın tarihli kararlarında da zikredilmektedir. Örneğin bkz. *Trinko*, dn. 11.

⁸³ U.S. v. *Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

⁸⁴ Agk, s. 307.

⁸⁵ U.S. v. *Terminal Railroad Ass’n of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

⁸⁶ *Associated Press v. U. S.*, 326 U.S. 1 (1945).

ve üyelerine rekabet halinde oldukları üye olmayan yayıncıların birliğe alınmalarını engelleme hakkı vermesinin Sherman Kanunu'nu ihlal edip etmediği Mahkeme tarafından ele alınmıştır. Söz konusu oluşumun ve hakların üyelere avantaj, üye olmayanlara ise dezavantaj getirdiğini belirten Mahkeme, AP'nin, AP üyelerinin rakiplerine, haberleri ayrımcı olmayan bir şekilde sağlaması gerektiğini ifade ederek alt mahkemenin bu yöndeki kararını onaylamıştır.⁸⁷

Yukarıda yer verilen iki karar, görülebileceği üzere, daha çok bu çalışmanın kapsamına alınmayan, birlikte sözleşme yapmayı reddetme kategorisine girmektedir.⁸⁸ Özellikle ilki olmak üzere, bu iki karar, açıkça ismi zikredilmese de zorunlu unsur doktrininin ilk uygulandığı kararlar olarak yorumlanabilmektedir.⁸⁹ Ancak özellikle AP kararının, *Terminal Railroad* kararının aksine, AP üyeliğinin yayıncılar açısından zorunlu olmaması sebebiyle zorunlu unsur doktrini kapsamına girmesinin zor olduğu belirtilmektedir.⁹⁰

Otter Tail⁹¹ kararı Yüksek Mahkeme'nin tek taraflı sözleşme yapmayı reddetme nedeniyle Sherman Kanunu'nun ihlaline hükmettiği, 1973 yılında alınan bir karardır. Otter Tail, ABD'nin belli bir bölgesinde yerleşik elektrik üreticisi, ileticisi ve dağıtıcısı olarak faaliyet gösteren dikey bütünleşik bir şirkettir. Yerel yönetimlerin sağladığı imtiyazlar yoluyla faaliyet gösteren Otter Tail, ilgili bölgedeki elektrik dağıtımının %91'ini elinde tutmaktadır. İmtiyaz sürelerinin sonunda kendi yerel dağıtım şebekelerini işletmek isteyen bazı yerel birimler, Otter Tail'den toptan düzeyde elektrik satın almayı ya da bölge dışındaki başka üreticilerden alınan elektriğin kendilerine iletimini talep etmişler ancak bu talepleri reddedilmiştir. Mahkeme kararında, Otter Tail'in düzenlemeye tabi olmasının ve ilgili düzenleyici otoritenin Otter Tail'e (toptan satışla ilgili) anlaşma yapma yükümlülüğü getirecek sınırlı yetkileri bulunmasının antitröst kurallarının uygulanmasını engellemeyeceğini, Otter Tail'in talep edilen hizmetleri sağlamasını engelleyecek teknik bir gerekçe olmadığını, reddetmenin şirketin sahip olduğu tekel gücünün yerel olarak kurulan sistemler tarafından azaltılmamasını amaçladığını belirtmiş ve Otter Tail'in ilgili düzenleyici otoritenin onaylayacağı şartlarda anlaşma yapmasını emretmiştir. Karar'a yönelik yorumlarda, zorunlu unsur doktrinine atıf

⁸⁷ Agk, s. 17-18, 22-23.

⁸⁸ Cotter, dn. 39, s. 2-3.

⁸⁹ Örn. bkz. Pitofsky, R. (?), "The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law" <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>, s. 3.

⁹⁰ Lipsky ve Sidak, dn. 65, s. 1201.

⁹¹ Otter Tail Power Co. v. U.S., 410 U.S. 366 (1973).

yapılmaksızın sözleşme yükümlülüğü getirildiği, doğal tekel niteliğinde bir pazara ilişkin bir karar olması nedeniyle emredilen yükümlülüğünün şartlarını belirlemenin ve gözetiminin kolay olduğu, ancak kararın 3'e karşı 4 oyla alınmış olması nedeniyle çeşitli tartışmalara yol açtığı belirtilmektedir.⁹² Hovenkamp'ın karara ilişkin yorumları içinde, Mahkeme'nin o dönemdeki düzenleyici otoritenin yetki eksikliğinden kaynaklanan “düzenleyici boşluğu doldurmak amacıyla antitröstü kullandığı” tespiti ve bu yönüyle, ileride değinilecek olan, *Trinko* kararından farklılaştığını iddia etmesi dikkat çekicidir.⁹³

Aspen⁹⁴ Yüksek Mahkeme'nin tek taraflı sözleşme yapılmasının reddedilmesini (mevcut sözleşme ilişkisinin devam ettirilmemesi) Sherman Kanunu'nun ihlali olarak nitelendirdiği 1985 yılına ilişkin karardır. Mahkeme'nin 2004 yılındaki *Trinko* kararında yer verilmesi ve sözleşme yapmayı reddetmeye ilişkin bazı hususların bu karar üzerinden tartışılması nedeniyle, karar günümüzde de birçok çalışma ve tartışmaya konu edilmektedir.

Mahkeme bu davada, bir kayak bölgesinde 3 dağ üzerine kurulu bir kayak tesisi işleten Aspen Skiing'in aynı bölgede tek dağ üzerinde kayak tesisi işleterek kendisiyle rekabet eden Highlands'le birlikte uzun süredir uyguladıkları 4 dağ için ortak bilet uygulamasını *sona erdirerek*, benzer bir 6 günlük indirimli bilet sistemini kendisinin uygulamaya devam etmesinin Sherman Kanunu'nun ihlali olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, kararında, Aspen Skiing'in dilediğiyle sözleşme yapma hakkını genel bir hak olarak tanımakla birlikte, bu hakkın kullanımının Kanun'u ihlal edebileceğini, şirketin rekabetçi diğer coğrafi pazarlarda bu tür bilet organizasyonlarına katılmaya devam ettiğini, Aspen Skiing'in tüm Aspen bölgesini kapsayan bilet satışı durdurmasının pazarın yapısını değiştirmeye yönelik olduğunu, rakibin rekabet edebilme yeteneğini etkilediğini, kendi bilet sistemini kurmakta zorlandığını ve pazar kaybettiğini, Aspen Skiing'in söz konusu davranışı için *haklı gerekçesi* olmadığını, niyetinin müşterilerin rakiple iş yapmamasını sağlamak olduğunu, bunun için de kısa dönemdeki karını uzun vadede rakibin zarar görmesi için feda ettiğini belirterek, söz konusu davranışın Sherman Kanunu'nun 2. bölümünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Karar, alt mahkemenin zorunlu unsur doktrinine dayanarak almış olduğu kararının temyiziyle ilgili olmasına rağmen, zorunlu unsur doktrinini referans almamıştır. Ancak karar, zorunlu unsur doktrinine destek veren bir karar olarak yorumlanabildiği gibi⁹⁵, teşebbüsün niyetine ve amacına odaklanan ve bu

⁹² Cotter, dn. 39, s. 3.

⁹³ Hovenkamp, dn. 6, s. 13.

⁹⁴ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

⁹⁵ Cotter, dn. 39, s. 4, Gürzumar, dn. 5, s. 81-82.

amaçla kısa dönem karından vazgeçmesinin de bunun kanıtı olarak ele alındığı bir karar olarak da değerlendirilebilmektedir.⁹⁶ Bununla birlikte, karar, Mahkeme'nin ilgili davranışı, sözleşme yapmayı reddetme yerine, uygulanan doğrusal olmayan fiyatlama yoluyla rekabetçi zararı ortaya çıkarıp çıkarmadığına göre değerlendirmedir.⁹⁷ Bir tekelin kendisi için karlı olmayan bir sözleşmeye devam etmesini emrettiği için antitröstün amacına hizmet etmediği⁹⁸ ve söz konusu satış sistemine devam etmenin teşebbüsler arası fiyat tespiti riskini dikkate almadığı⁹⁹ nedenleriyle eleştirilmektedir.

1992 yılında Yüksek Mahkeme'nin aldığı **Kodak**¹⁰⁰ kararı bir başka tek taraflı sözleşme yapmayı reddetme davasıdır. Kararda Kodak'ın üst pazarda sattığı cihazların ardıl pazarındaki bakım ve servisi alanında rekabet ettiği bağımsız servis veren şirketlere yedek parça satmayı reddetmesi konusundaki alt mahkeme kararı bozulmuştur. Mahkeme, daha çok bağlama uygulamalarına yönelik olan bu kararda, tek taraflı sözleşme yapmayı reddetmeye yönelik olarak, “*bir teşebbüsün rakibiyle sözleşme yapmama hakkının bulunduğunu, ancak haklı ticari gerekçeler olmaması durumunda söz konusu hakkın mutlak olmadığını*” ifade etmiştir.¹⁰¹ Dolayısıyla, haklı ticari gerekçelerin bulunmadığı durumlarda, hakim durumdaki teşebbüslere sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilecektir.

Yüksek Mahkeme'nin 2004 yılında aldığı **Trinko**¹⁰² kararı ise, ABD'de hem tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme davranışının Sherman Kanunu altında değerlendirilmesi hem de tek taraflı dışlayıcı davranışların yorumlanması bakımından geniş yankı uyandıran bir karardır. Davalı, New York eyaletinde yerleşik sabit telefon operatörü olan Verizon, 1996 Telekomünikasyon Yasası'nın getirdiği kurallar çerçevesinde şebeke unsurlarını ayrıştırılmış bir şekilde rakip telefon işletmecilerine kullanıma zorunda olan bir teşebbüstür. Bunun yanında yerleşik operatör olarak Verizon, ara bağlantı anlaşmalarının bir gereği olarak, rakiplerin müşteri iş emirlerini operasyon destek sistemi vasıtasıyla almakta ve uygulamaya sokmaktadır. Rakipler, müşterilerine yönelik iş emirlerinin yerine getirilmemesi nedeniyle,

⁹⁶ Lao, dn. 40.

⁹⁷ Carlton, D.C. (2001); “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak Are Misguided”, 68 Antitrust L.J. 659.

⁹⁸ Lopatka, J.E. ve Page, W.H. (2005); “Bargaining and Monopolization: In Search of the Boundary of Section 2 Liability” between Aspen and Trinko”, Antitrust Law Journal, Vol. 73, s. 151.

⁹⁹ Hovenkamp, dn. 6, s. 18.

¹⁰⁰ Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Svcs., 504 U.S. 451 (1992).

¹⁰¹ DOJ Raporu, dn. 20, s. 121.

¹⁰² *Trinko*, dn. 11.

düzenleyicilere şikayette bulunmuş, bunun sonucunda Verizon ilgili eyaletin Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından çeşitli cezai müeyyidelere tabi tutulmuş ve söz konusu taleplerin yerine getirilmesi sağlanmıştır. Ancak, söz konusu rakiplerden birinin müşterisinin aynı konuya ilişkin Sherman Kanunu kapsamındaki tazminat talebi nedeniyle konu, Yüksek Mahkeme'ye kadar taşınmıştır.

Mahkeme, kararında öncelikle 1996 Telekomünikasyon Yasası'nın antitröst kuralları üzerindeki etkisini ele almış, yasada getirilen ayrıntılı yükümlülüklerin, antitröst bağışıklığı getirilmesine uygun bir model olmakla birlikte, yasada yer alan açık hüküm nedeniyle antitröst bağışıklığına hükmedilemeyeceğini ancak söz konusu hükmün sadece mevcut antitröst standartlarında sorumluluğu koruduğunu, dolayısıyla yeni bir yükümlülük ortaya çıkarmayacağını belirtmiştir.¹⁰³ Daha sonra, tekel gücünün ve bu güçten kaynaklanan tekelci fiyatın yasal olduğunu belirterek söz konusu tekel fiyatının inovasyon ve ekonomik büyüme için önemine işaret etmiş ve “inovasyon güdüsünün korunması amacıyla, bir antirekabetçi davranış unsuruyla birlikte bulunmadıkça tekel konumuna sahip olmanın yasadışı olmayacağını” ifade etmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme, tekel konumundaki teşebbüslere, onlara pazarda önemli bir yer kazandıran varlıklarını rakipleriyle paylaşmaları yükümlülüğü getirilmesinin üç önemli sakıncasına işaret etmiştir: Hem tekelin hem de rakibinin yatırım güdüsünün azalması, antitröst mahkemelerini merkezi planıcı/fiyat regülatörü haline getirmesi, antitröst hukukunun temel endişesi olan rakipler arası anlaşmayı kolaylaştırması.

Bununla birlikte Mahkeme *Aspen*'e atıfta bulunarak, “belli şartlarda rakiplerle işbirliği yapmayı reddetmenin 2. bölümü ihlal eden antirekabetçi bir davranış olabileceğini” ifade etmiş, ancak *Aspen*'in “2. bölüm sorumluluğunun sınırında” bir karar olduğunu belirterek, *Aspen*'de gönüllü bir işbirliğinin kısa dönem karı feda edilmek suretiyle rekabetçi olmayan bir amaçla sona erdirildiğini, mevcut olayda ise önceden gönüllü bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı için Verizon'un niyeti konusunda fikir sahibi olunamayacağını, dolayısıyla Telekomünikasyon Yasası'yla getirilen sözleşme yapma yükümlülüğünün *Aspen* ve *Otter Tail*'den farklılık arz ettiğini ifade etmiştir.

Mahkeme, Verizon'un rakiplerinin müşteri emirlerini yetersiz bir şekilde yerine getirmesinin mevcut sözleşme yapmayı reddetme standartları içinde 2. bölümün ihlali olmadığını, zorunlu unsur doktrini dikkate alınsa da sonucun değişmeyeceğini, zorunlu unsur doktrinini kabul etmek ya da reddetmek ihtiyacı hissetmediğini, ancak doktrinle ilgili olarak “erişimin

¹⁰³ Agk.

mümkün olduğu durumlarda doktrinin amacına hizmet etmeyeceğini”, savunma tarafın zorunlu unsur ile ilgili iddialarının 2. bölümün genel kapsamından farklılaştığı için reddedildiğini açıklamıştır. Mahkeme daha sonra düzenlemelerin ilgili pazardaki etkilerinin dikkate alınmasına ilişkin içtihadına atıfta bulunarak, rekabetçi zararı ortadan kaldırmaya dönük düzenlemeler bulunduğu antitröstün katkısının sınırlı olacağını, hatta hatalı pozitif ihtimali ve düzenlemelere benzer olası tedbirlerin gözetimi gibi maliyetlerin ortaya çıkacağını belirtmiştir.

Trinko kararı sadece ABD’de değil tüm dünyada rekabet hukukunun uygulanması bakımından yankı uyandırmıştır. Karar, Mahkeme’nin bir önceki bölümde yer verilen sözleşme yapma yükümlülüğünün dinamik etkinliğe getireceği zararlara ve yükümlülüğün ortaya çıkaracağı diğer maliyetlere önem verdiğini göstermiştir. Karar, özellikle Yargıç Scalia tarafından kaleme alınması nedeniyle, muhafazakar olduğu¹⁰⁴, Chicago Okulu iktisadi düşüncesini yansıttığı¹⁰⁵ ve *Aspen* içtihadını doğru aktarmadığı¹⁰⁶ gerekçesiyle eleştirilmektedir. Buna karşın Kovacic, kararın Harvard ve Chicago Okullarının ortak bir ürünü olduğunu iddia etmektedir.¹⁰⁷ Kararın sonuçları bakımından genel olarak kabul gören yaklaşımın ise, kararın tek taraflı sözleşme yapma yükümlülüğünü sınırladığı ve tek başına zorunlu unsuru antirekabetçi amaç ve davranış olmaksızın sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi için yeterli görmediği şeklindeki yaklaşım¹⁰⁸ olduğu söylenebilir. Hatta, kararın gönüllü sözleşme ilişkisi üzerine yaptığı vurgu da dikkate alınarak ortaya çıkan sonuç şu şekilde ifade edilmektedir: “Çok açık bir kuralla karşı karşıyayız, tekele sahip teşebbüslerin, kendileri başlatmadıkları sürece, rakiplerine yardım etme yükümlülükleri bulunmamaktadır.”¹⁰⁹

Trinko kararının bir başka özelliği de antitröst hukuku ile düzenlemeler arasındaki ilişkilere yönelik hükümler getirmesi ve rekabetçi zararı önleyecek düzenlemelerin varlığı durumunda antitröst müdahalesinin katkısının sınırlı olacağını açıklamasıdır. Mahkeme 2009 yılında aldığı *Linkline*¹¹⁰ kararında da

¹⁰⁴Fox, E.M. (2005); “A Tale of Two Jurisdictions and an Orphan Case: Antitrust, Intellectual Property and Refusal to Deal”, Fordham International Law Journal, Vol. 28, s. 958.

¹⁰⁵ Drexl, dn. 62, s. 795.

¹⁰⁶ Lao, dn. 40, Lopatka ve Page, dn. 98.

¹⁰⁷ Kovacic, W.E. (2007), “The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, Columbia Business Law Review, [Vol. 2007 No.1:1], s. 62-69.

¹⁰⁸ Bkz. Hovenkamp, s. 34; Lao, dn. 40.

¹⁰⁹ Lopatka ve Page, dn. 98, s. 152.

¹¹⁰ Pacific Bell Tel. Company, DBA AT&T California, at all v. Linkline Communications Inc. 555 U.S. - (2009)

benzer yaklaşımını sürdürmüş, tek taraflı sözleşme yapmayı reddetmenin sınırlı şartlarda antitröst yükümlülüğüne sebep olacağını belirtmiş ve düzenleyici kurallarla getirilen sözleşme yapma yükümlülüğü bulunsa bile, bir tekelin antitröst yükümlülüğü bulunmuyorsa, uyguladığı fiyat ve şartlar bakımından sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. İleride görüleceği üzere, AB'nin 82. Madde Kılavuzu bu konuda tam tersi bir yaklaşımı benimsemektedir.

Temyiz Mahkemeleri Kararları

Yüksek Mahkeme'nin sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin yukarıda ele alınan kararlarının yanında, temyiz mahkemelerinin de sözleşme yapma yükümlülüğü ile ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararlardan özellik arz edenlere aşağıda kısaca yer verilecektir.

Bunlardan 7. Temyiz Mahkemesi'nin 1983 tarihli *MCI/AT&T*¹¹¹ kararı, özellikle zorunlu unsur doktrininin şartlarını sistematik bir şekilde açıklayan ilk karar olması ve sıkça atıfta bulunulması nedeniyle¹¹², ABD'de sözleşme yapmayı reddetme uygulaması bakımından ele alınması gereken bir karar niteliğindedir. Dava, ABD'de yerleşik sabit telefon işletmecisi AT&T'nin, uzun mesafe telefon hizmetleri hizmeti veren MCI'ya yönelik davranışlarıyla ilgili olup, söz konusu davranışlar içerisinde AT&T'nin ara bağlantı yapmaması ya da ara bağlantıyı zorlaştırması çalışmanın konusu olan sözleşme yapmayı reddetme bakımından önemlidir.

Mahkeme, AT&T'nin ara bağlantı yapmayı reddetmesinin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ele alınacağını ve *Terminal Railroad*'a atıfta bulunarak antitröst kanunlarının zorunlu unsur sahibine zorunlu unsuru ayrımcı olmayan şekilde kullandırma yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir. Kararda daha sonra zorunlu unsur doktrini altında bir yükümlülük doğması için gereken şartlar şu şekilde belirlenmiştir: (i) Zorunlu unsurun tekel tarafından kontrolü, (ii) zorunlu unsurun rakip tarafından duplike edilmesinin mümkün olmaması, (iii) rakibin zorunlu unsurdan faydalanmasının reddedilmesi, (iv) unsurun kullanılmaya uygun olması. Mahkeme (i) ve (ii). şartları değerlendirirken *Otter Tail*'le benzerlik kurmuş ve doğal tekel niteliğindeki unsurun rakibin faaliyeti açısından zorunlu olduğunu ve duplikasyonunun imkansız olduğunu belirtmiştir. Mahkeme (iv). şartı ele alırken ise unsurun rakibin kullanması için uygun olduğunu, AT&T'nin aksi yönde bir ticari ya da teknik gerekçe (örn. yeterli yer olmaması, rakibin finansal yetersizliği, öncelikli erişim talebi ya da unsur sahibinin unsuru rakibe bırakması gibi) göstermediğini belirtmiştir. Kararla ilgili belirtilmesi gereken önemli bir diğer nokta ise, Yüksek Mahkeme'nin

¹¹¹ MCI Com. Corp v. AT&T. Co. 708 F.2.d 1081 (7th Cir. 1983)

¹¹² Gürzumar, dn. 5, s. 90; Cotter, dn. 39, s. 5.

Otter Tail kararında olduğu gibi, Mahkeme'nin düzenlemelerin etkilerinin analiz edilmesini kabul ederken düzenlemelere tabi bir şirket olması nedeniyle AT&T'nin antitröst kurallarından bağışık tutulması taleplerini kabul etmemesidir.

MCI/AT&T kararı ile şartları açıklanan zorunlu unsur doktrini daha sonra birçok temyiz mahkemesi tarafından çeşitli sözleşme yapmayı reddetme davalarında karara dayanak edilmiş ve söz konusu şartlar “*ya aynen ya da daha detaylı olarak somutlaştırılmak, geliştirilmek suretiyle*” uygulama alanı bulmuştur.¹¹³ Bu kararlardan çoğunda mahkemeler tarafından, aranan şartlardan biri ya da birkaçı bulunmadığı için sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemiştir.¹¹⁴ Örneğin; *Olympia*¹¹⁵ kararında, teleks hizmetleri veren ve aynı zamanda teleks ekipmanı satan/kiralayan Western Union'ın satış noktalarındaki satış ekipleri tarafından, teleks ekipmanı satışı alanında faaliyet gösteren Olympia'nın ürünleri için satış hizmeti vermekten vazgeçmesi, kararı alan 7. Temyiz Mahkemesi tarafından, Olympia'nın da kendi satış ekibini kurduğuna/kurabileceğine, dolayısıyla Western Union'a söz konusu hizmeti kesmesi nedeniyle bir yükümlülük getirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Yine, 9. Temyiz Mahkemesi “*antitröst kurallarının belli rakiplerden çok, genel rekabetçi şartları korumak için dizayn edildiğini*” vurgulayarak başladığı *Alaska Airlines*¹¹⁶ kararında, havayolu şirketlerinin aynı zamanda rakibi oldukları iki havayolu şirketinin rezervasyon sistemlerini kullanmaları için yüksek fiyatlar istedikleri şeklindeki iddiaları, ancak “*bir firmanın bir unsurdan rakiplerini dışlama gücü, unsura sahip firmaya unsurun bulunduğu pazarın alt pazarındaki rekabeti dışlama gücü veriyorsa*” kabul edilebileceğinden bahisle reddetmiştir. Bu çerçevede, Federal Temyiz Mahkemesi *Intel/Intergraph*¹¹⁷ kararında, Intel ile Intergraph arasında rakiplik ilişkisi bulunmaması nedeniyle, Intel'in Intergraph'a önceden sağladığı ürün bilgilerini sağlamayı kesmesinin ne zorunlu unsur doktrini ne de sözleşme yapmayı reddetme içtihadı altında dışlayıcı bir davranış olarak ele alınacağına hükmetmiştir.

ABD'de sözleşme yapmayı reddetmeyle ilgili üç temyiz mahkemesi kararı, sözleşme yapmanın reddedilmesine konu varlığın fikri mülkiyet hakkı içermesi durumunda mahkemelerin yaklaşımını göstermek açısından önemlidir.

¹¹³ Gürzumar, dn. 5, s. 91. Söz konusu kararlar için bkz. age, s. 92-95.

¹¹⁴ Cotter, dn. 39, s. 5.

¹¹⁵ *Olympia Equipment Leasing Company v. Western Union Telegraph Company*, 797 F.2d 370 (7th Cir.1986).

¹¹⁶ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc, et.al*, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991).

¹¹⁷ *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 195 F.3d 1346 (Federal Cir. 1999).

Bunlardan ilki olan *Data General*¹¹⁸ kararında 1. Temyiz Mahkemesi, Data General'in ürettiği bilgisayarların servisinde kullanılan teşhis programının lisansını ve diğer materyalleri aynı ürünlere servis vermek için faaliyette bulunan Grumman'a vermeyi sona erdirmesini/reddetmesini ele almıştır. Fikri mülkiyet hakları ile antitröst hukukunun korumaya çalıştığı çıkarlar arasında bir denge kurmaya çalışan Mahkeme, tek taraflı lisans vermeyi reddetmenin dışlayıcı davranış olabileceğini ancak varlık sahibinin fikri mülkiyet hakkına konu varlığı rakiplerin kullanımından dışlamasının da geçerli bir haklı gerekçe karinesi oluşturduğunu belirtmiş ve Grumman'ın, *Aspen* kararının örnek alınarak geçmiş uygulamaların sona erdirilmesi iddiası da dahil olmak üzere, söz konusu karineyi ortadan kaldıracak bir teori ortaya koyamadığını belirtmiştir. *Kodak*¹¹⁹ kararında ise 9. Temyiz Mahkemesi, Kodak'ın ardıl pazarında kendisiyle rekabet eden rakiplerine fikri mülkiyet haklarına konu parçaları satmak istememesinin benzer bir haklı gerekçe karinesini gündeme getirebileceğine ancak söz konusu gerekçenin bir "bahane" olduğuna dair kanıt olması durumunda söz konusu karinenin ortadan kalkacağına hükmederek 1. Temyiz Mahkemesi'nden farklı bir karar vermiştir. *Kodak* kararı, getirdiği subjektif niyet testi nedeniyle, ABD'de çoğunlukla eleştirilmektedir.¹²⁰ Son olarak Federal Temyiz Mahkemesi *CSU/Xerox*¹²¹ davasında, 9. Temyiz Mahkemesi'nin *Kodak* kararını eleştiren ve 1. Temyiz Mahkemesi'nin *Data General* kararındaki yaklaşımını benimseyen bir karar alarak, fikri mülkiyet haklarının yasal olmayan bir şekilde elde edildiği ya da hakkın kapsamını aşan bir şekilde tekel gücü kullanıldığı durumlar haricinde, Xerox'un ardıl pazardaki rakibine teşhis yazılımını ve diğer manuellere vermemesinin ya da lisanslamamasının antitröst kurallarını ihlal etmeyeceğini açıklamıştır.

Değerlendirme

ABD'de tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme uygulaması yukarıda görüldüğü üzere az sayıda ihlal kararına konu olmuştur. Özellikle *Trinko* kararından sonra, sözleşme yapmayı reddetmenin daha istisnai bir şekilde antitröst kurallarına aykırılığı gündeme getireceği düşünülmektedir.¹²²

¹¹⁸ Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp. 36 F.3d 1147 (First Cir. 1994).

¹¹⁹ Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).

¹²⁰ FTC/DOJ Raporu, dn. 63, s. 17-18.

¹²¹ CSU, L.L.C. et al. v. Xerox Corporation, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

¹²² *Trinko* kararı sonrası mahkemelerin bazı mevcut sözleşme ilişkilerinin kesilmesi dışındaki davalar haricinde sözleşme yapmayı reddetmeyi ihlal olarak görmedikleri ifade edilmektedir. Bkz. OECD (2007), Roundtable on Refusals to Deal- Note by the United States, DAF/COMP/WD(2007)99 (OECD ABD Notu). Bu çerçevede, Covad Communications Company et al. v. Bell Atlantic Corporation kararında (398 F.3d 666 (D.C. Cir. 2005)) tek taraflı sözleşme yapmayı reddetme davranışı, daha önce Bell

Trinko kararı açıkça reddetmese ve geçerliliğinin hala sürdüğü konusunda görüşler olsa da¹²³, zorunlu unsur doktrininin tek başına sözleşme yapma özgürlüğüne bir istisna oluşturabilmesi zor görünmektedir. ABD Adalet Bakanlığı Antitröst Bölümü de tek taraflı koşulsuz sözleşmeyi reddetme uygulamalarının antitröst uygulaması içinde anlamlı bir yeri olmayacağını belirtmektedir.¹²⁴ Yine ABD’de antitröst otoritelerinin özellikle tek taraflı sözleşme yapmanın reddinin ihlal olarak kabul edilmesi durumunda getirilecek antitröst tedbirlerinin (*remedies*) düzenleyici tedbirlere benzemesi nedeniyle endişeli oldukları görülmektedir.¹²⁵

Bu noktada ABD’de ortaya çıkan temel belirsizlik, tek taraflı dışlayıcı uygulamaların tümünde olduğu gibi hangi standardın uygulanacağıdır ve bu konuda henüz, antitröst otoriteleri arasında bile (FTC ve DOJ), bir sonuca ulaşamadığı ortadadır.¹²⁶ Bu çerçevede *Trinko* ile korunan *Aspen* içtihadında ortaya konan testin daha önce mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesildiği durumlar haricinde özellikle ilk defa sözleşme yapma talepleri karşısında nasıl uygulanacağı da önemli bir belirsizlik kaynağıdır. Dolayısıyla, ABD’de hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek tek taraflı sözleşme yapma yükümlülüğünün *sınırları* olabildiğince daraltılmış olmakla ve düzenlemeyle sözleşme yapma yükümlülüğünün getirildiği alanlarda Sherman Kanunu’nun 2. bölümü kullanılarak sözleşme yapma yükümlülüğü getirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte, ihlal olabilecek istisnai davranışların daha net bir şekilde tanımlanması arayışının süreceği görülmektedir.

Ayrıca yukarıda yer verilen üç temyiz mahkemesi kararından anlaşılacağı üzere, ABD’de temyiz mahkemeleri arasında fikri mülkiyet haklarının koşulsuz tek taraflı lisanslanmasının reddi konusunda içtihat birliği bulunmamaktadır. Ayrıca, genel itibarıyla sözleşme yapmayı reddetme davranışına aynı şekilde muamele etme eğilimi bulunmakla birlikte, kararlardan görüleceği üzere mahkemelerin, fikri mülkiyet haklarının verdiği dışlama hakkını diğer mülkiyet haklarına oranla daha fazla ön plana çıkardıkları düşünülmektedir. Uygulayıcılar fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının tek

Atlantic tarafından gerçekleştirilmiş gönüllü bir sözleşme ilişkisi bulunmaması nedeniyle, *Trinko*’daki yaklaşıma paralel olarak geçerli bir antitröst iddiası olarak değerlendirilmemiştir.

¹²³ Fox, dn. 104; Gürzumar, dn. 5, s. 102.

¹²⁴ DOJ Raporu, dn. 20, s. 129.

¹²⁵ OECD ABD Notu, dn. 122.

¹²⁶ ABD’deki antitröst uygulayıcısı kurumlardan biri olan DOJ’un Sherman Yasası’nın 2. bölümüne ilişkin yayımladığı raporda bu konuda net bir sonuca ulaşamadığı gibi (DOJ Raporu, dn. 20, s. 46-47), bir diğer kurum olan FTC’nin üyelerinin çoğunluğu söz konusu Rapor’un içeriğine katılmadıklarını kamuoyuna duyurmuşlardır.

tarafli koşulsuz reddedilmesinin antitröst ve fikri mülkiyet hakları etkileşimi bakımından anlamlı bir alan olmayacağını ifade etmektedir.¹²⁷ Dolayısıyla, başta patentler olmak üzere fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasını tek tarafli ve koşulsuz bir şekilde reddetme hakkının neredeyse mutlak olarak görüldüğü¹²⁸ ABD’de, lisans vermeyi reddetmenin antitröst ihlali kabul edilmesi oldukça zor görünmektedir.

3.2. Avrupa Birliği Uygulaması

AB rekabet hukuku uygulamasında genel olarak teşebbüslerin, hakim durumda olsunlar ya da olmasınlar, varlıklarını istedikleri gibi kullanmakta ve istedikleri kişilerle paylaşmakta serbest oldukları kabul edilmekle birlikte¹²⁹, hakim durumdaki teşebbüslerin tek tarafli sözleşme yapmayı reddetmeleri, belli şartların varlığı altında, 82. madde çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir. AB’de sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına yönelik içtihat Komisyon ve mahkemeler tarafından zaman içinde geliştirilmiş, sözleşme yapmayı reddetme halleri birbirinden bağımsız kategoriler (mal vermeyi kesme, yeni müşterilerle sözleşme yapmayı reddetme, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi ve birlikte işlerlik bilgilerinin verilmemesi) içinde ve her bir kategoriye farklı standart uygulanarak incelenegelmıştır.¹³⁰ Ancak Komisyon, 2009 yılında yayımladığı Kılavuz¹³¹ ile sözleşme yapmayı reddetme hallerine daha bütüncül bir yaklaşım açısından önemli bir adım atarak, tüm sözleşme yapmayı reddetme halleri için tek bir standart/analiz getirmeye çalışmıştır.

Aşağıda öncelikle AB’de Komisyon’un ve mahkemelerin tek tarafli koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme davranışı ile ilgili özellik arz eden kararları kısaca ele alınarak içtihadın gelişimi aktarılmaya çalışılacaktır. Daha sonra Komisyon’un kılavuzlarında konuya ilişkin olarak yer verdiği açıklamalara kısaca değinilecektir. Son olarak ABD uygulaması ile karşılaştırmalı genel bir değerlendirmeye yer verilecektir.

¹²⁷ FTC/DOJ Raporu, dn. 63, s. 32.

¹²⁸ Areeda, P.E. ve Hovenkamp, H. (2002), *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol III, Second Edition, Aspen Law&Business, s. 709.

¹²⁹ 82. Madde Kılavuzu; dn. 16, par. 75.

¹³⁰ Tartışma Metni, dn. 19, s. 60-68.

¹³¹ 82. Madde Kılavuzu, dn. 16.

Mahkeme ve Komisyon Kararları

ATAD'ın 1973 yılında aldığı *Commercial Solvents*¹³² kararı AB rekabet hukukundaki sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili en eski ve temel içtihat niteliğindedir. Söz konusu kararda ATAD, Commercial Solvents'in, ürettiği bir hammaddeyi, söz konusu hammaddeyi kullanarak türev ürünler üreten müşterisine, kendisi ilgili türev ürün pazarına girmesi nedeniyle, vermeyi kesmesini 82. maddenin ihlali olarak görmüştür. Mahkeme, hakim durumdaki hammadde üreticisinin, kendisi türev ürün pazarına girdiği için, türev ürün üreten önemli üreticilerden birini pazardan dışlayacak şekilde hareket edemeyeceğini ve hammaddeyi alt pazardaki kendi üretimi için rezerve etmesinin mal verilmeyen müşteriden gelecek rekabeti tümüyle ortadan kaldırma riski taşıdığını belirleyerek Komisyon'un konuyla ilgili kararını ve getirilen mal verme yükümlülüğünü onaylamıştır.¹³³ Karar, etkinlikleri dikkate almadığı ve rekabetten çok rakibi koruduğu yönünde eleştirilmiştir.¹³⁴ ATAD'ın *Commercial Solvents* sonrası aldığı *United Brands*¹³⁵ ve *Telemarketing*¹³⁶ kararları sözleşme yapmayı reddetme içtihadı içerisine dahil edilebilecek olmakla birlikte, sözleşme yapmanın koşullu olarak reddedilmesi kapsamında ele alınması gereken kararlar olduklarından bu çalışmada içeriklerine yer verilmesine gerek görülmemiştir.

ATAD'ın 1988 yılında aldığı *Volvo/Veng*¹³⁷ ve *Cicra/Renault*¹³⁸ kararları fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi ile ilgili ilk kararlar niteliğindedir. Söz konusu iki kararda otomobil yedek parçası üretmek isteyen üçüncü kişilerin otomobil üreticilerinden bunun için gerekli lisansı talep etmeleri ve reddedilmeleri ele alınmaktadır. ATAD bu kararlardan *Volvo/Veng*'de, dizayn hakkı sahibinin söz konusu hakkı üçüncü kişilere lisanslamayı, makul bir ücret karşılığında bile olsa, reddetmesinin tek başına 82. maddenin ihlali olmayacağını, söz konusu hakkın kullanımının ise yedek parçanın bağımsız tamircilere keyfi bir şekilde tedarik edilmesinin reddi, yedek parçaların haksız seviyede fiyatlanması ya da dolaşımda bulunan araba modelleri için yedek parça üretimini durdurması gibi kötüye kullanmanın varlığı durumunda

¹³² Cases 6, 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. v. Commission (*Commercial Solvents*), [1974] ECR 223.

¹³³ Agk, par. 25.

¹³⁴ Jones, A. ve Sufrin, B. (2008); *EC Competition Law*, OUP, s. 532; Korah, V. (2007), *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing, s. 173.

¹³⁵ *United Brands*, dn.19.

¹³⁶ Case 311/84, *Télémarketing v. CLT and IPB* [1985] ECR 3261.

¹³⁷ Case 238/87, *Volvo v. Veng* [1988] ECR 6211.

¹³⁸ Case 53/87, *Cicra and Maxicar v. Renault* [1988] ECR 6039.

yasaklanabileceğini belirtmektedir.¹³⁹ Cibra/Renault'da da ATAD benzer şekilde karar vermiştir.¹⁴⁰

Sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili olarak, 1980'lerin sonu ile 1990'lı yılların başları, özellikle ulaştırma endüstrisinde, Komisyon tarafından teşebbüslere varlıklarını paylaşma yükümlülüğü getirilen kararlara sahne olmuştur. Havayolu taşımacılığı sektöründeki *London European/Sabena*¹⁴¹ kararında bilgisayar rezervasyon sisteminin rakibe kullandırılmasının reddedilmesi¹⁴² ve *British Midland/Aer Lingus*¹⁴³ kararında rakibe *interlining* hizmeti sunulmasının sona erdirilmesi hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Komisyon bu dönemde liman kararları olarak anılan bir dizi kararında ise, aynı zamanda hem liman işletmecisi olan hem de limanı kullanarak taşımacılık yapan teşebbüslerin¹⁴⁴ taşımacılık yapan rakip teşebbüsleri limanlarından faydalandırmamalarını ya da faydalanmalarını zorlaştırmalarını kötüye kullanma olarak kabul etmiştir. Söz konusu kararların ilki olan *B&I plc/Sealink Harbours*¹⁴⁵ kararında Komisyon ilk kez zorunlu unsur kavramını kullanmış ve arkasından gelen kararlarda da bu karardaki yaklaşımını sürdürmüştür¹⁴⁶. Bu kararlarda rakiplerin alt pazarda faaliyet gösterebilmeleri için gerekli varlıklar (liman) zorunlu unsur olarak kabul edilmiş ve rakiplere ayrımcı olmayan bir paylaşım yükümlülüğü getirilmiştir. Komisyon'un söz konusu kararlarıyla benimsenen zorunlu unsur doktrininin genel itibarıyla ilgili endüstrideki serbestleşmeyle yakından ilişkili olduğu ve Komisyon tarafından rekabete açılan sektörlerde rekabeti artırmak için kullanıldığı ifade edilmektedir.¹⁴⁷

¹³⁹ Case 238/87, Volvo v. Veng [1988] ECR 6211, par. 8-12

¹⁴⁰ Söz konusu iki karar hakkındaki açıklamalar için bkz. Kaya, Y. (2003); *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:15, s. 15-17.

¹⁴¹ [1988] OJ L 317/47.

¹⁴² Bu kararda reddin gerekçesinin yer hizmetlerinin hakim durumdaki şirketten alınmamış olması nedeniyle, davranış aynı zamanda bir bağlama olarak değerlendirilmiştir (Jones ve Suftrin, dn. 134, s. 537)

¹⁴³ [1988] OJ L 96/34.

¹⁴⁴ Söz konusu kararlar içinde bulunan Irish Continental Group/CCI Morlaix ([1995] 5 CMLR 177) kararında, liman işletmecisinin alt pazardaki feribot işletmeciliğinde kayda değer bir faaliyeti yoktur (Gürzumar, dn. 5, s. 124-125).

¹⁴⁵ [1995] 5 CMLR 255.

¹⁴⁶ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 425.

¹⁴⁷ Jones ve Suftrin, dn. 134, s. 542.

ATAD'ın 1995 yılında aldığı *Magill*¹⁴⁸ kararı, AB'de mahkemelerin fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddini kötüye kullanma olarak onayladıkları ilk karardır.¹⁴⁹ Kararda İrlanda'da ve Kuzey İrlanda'da seyredilen televizyon kanallarına sahip işletmecilerin, günlük olarak gazetelere verdikleri ve kendilerinin ayrı ayrı haftalık yayınladıkları program bilgilerini, bu bilgileri bir araya toplayıp haftalık bir rehber yayınlamak isteyen bir teşebbüse vermeyi reddetmeleri ele alınmaktadır. ATAD, ilgili ülkelerde telif hakkı çerçevesinde korunan bilgilerin kullanılmasına yönelik eylemlerin 82. madde altında incelenemeyeceğine yönelik iddialar karşısında, öncelikle fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddinin tek başına ihlal olmayacağını belirttikten sonra, söz konusu hakkın kullanımının reddinin, *istisnai şartlarda* kötüye kullanma oluşturacağına hükmetmiştir. Söz konusu istisnai şartlar ise; (i) fikri mülkiyet hakkına konu varlığın (yayın bilgilerinin) alt pazarda potansiyel tüketici talebi bulunan yeni bir ürünün (haftalık televizyon dergisi) sunulması için vazgeçilmez olması ve söz konusu varlığın lisanslanmasının reddinin yeni ürünün sunulmasını engellemesi, (ii) böyle bir reddetme için haklı bir gerekçenin bulunmaması, (iii) hak sahiplerinin rekabeti tümüyle ortadan kaldırarak alt pazarı kendilerine ayırması olarak sıralamış ve İDM'nin 82. maddenin ihlali olduğu yönündeki kararını onaylamıştır.¹⁵⁰ Söz konusu şartlar bakımından öne çıkan husus ise ilk defa getirilen yeni ürün şartı ile daha önceden rakipten kaynaklanan rekabetin engellenmesi yerine pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırılmasının aranmasıdır.¹⁵¹ Bu kararla getirilen *istisnai şartlar testi*, özellikle şartların kümülatif ve tahdidi olup olmadığı, olay bazındaki başka şartların da istisnai kabul edilip edilmeyeceği sorularını ortaya çıkarmıştır.¹⁵² Aşağıda *IMS* ve *Microsoft* kararları incelenirken görüleceği üzere, söz konusu şartlar sonraki kararlarda mahkemeler tarafından yeniden açıklanacaktır.

*Oscar Bronner*¹⁵³ kararı, ATAD'ın 1998 yılında aldığı bir karardır ve hakim durumdaki teşebbüslere getirilen sözleşme yapma yükümlülüğüne önemli kısıtlamalar getiren bir içtihat olarak anılmaktadır.¹⁵⁴ ATAD, söz konusu kararında Avusturya'da gazete yayıncılığı alanında faaliyet gösteren ve aynı zamanda kendisinin ve rakip bir gazetenin yayınlarını dağıtan eve dağıtım

¹⁴⁸ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, RTE and ITP v. Commission [1995] ECR I-743 (*Magill*).

¹⁴⁹ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 427.

¹⁵⁰ *Magill*, dn. 148, par. 50-57.

¹⁵¹ OECD, dn. 3, s. 25.

¹⁵² Korah, dn. 134, s. 177

¹⁵³ *Oscar Bronner*, dn. 56.

¹⁵⁴ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 426.

sisteminin sahibi olan bir teşebbüsün, gazete yayıncılığı alanındaki başka bir rakibinin gazetelerini dağıtmayı reddetmesi ile ilgili olarak yerel mahkemenin ön karar talebini ele almaktadır. Söz konusu karar yorumlanırken, Genel Savcı Jacobs'un zorunlu unsur doktrinine ilişkin görüşlerine de zaman zaman atıfta bulunmaktadır. Genel Savcı görüşünde, zorunlu unsur doktrininin de dikkate alarak, sözleşme özgürlüğüne ve mülkiyetin kullanılması hakkına müdahalenin dikkatli bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiğini, müdahalenin kısa dönemde rekabeti artırırken uzun dönemde azaltabileceğini, 82. maddenin amacının rakibin değil rekabetin korunması olduğunun unutulmaması gerektiğini belirterek, müdahalenin ancak ilgili unsurun benzerinin ortaya çıkarılmasının fiziksel, teknik ya da yasal nedenlerle mümkün olmadığı ya da çok zor olduğu durumlarda gerekçelendirilebileceğini belirterek, mahkemenin önündeki olayda 82. maddenin ihlal edilmeyeceğini belirtmiştir.¹⁵⁵ Mahkeme kararında 82. madde kapsamında bir ihlalin bulunması için; (i) reddedilen unsurun (hizmetin) alt pazardaki faaliyet için vazgeçilmez nitelikte olması, mevcut ya da potansiyel alternatifinin bulunmaması, (ii) reddin haklı bir gerekçesinin olmaması, (iii) reddin alt pazardaki rekabetin tümünü ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğine hükmederek¹⁵⁶, söz konusu olayda bu şartların gerçekleşmediğine karar vermiştir. Söz konusu karar bakımından belirtilmesi gereken en önemli husus, Mahkeme'nin bir unsurun zorunlu olup olmadığını belirlerken dikkate alacağı eşiği yükseltmesi ve duplikasyonun mümkün olup olmadığının belirlenmesinde erişim sağlanmak istenen unsur sahibi büyüklüğündeki bir rakip tarafından benzeri bir unsurun duplike edilip edilemeyeceğini sorgulamasıdır.¹⁵⁷

Oscar Bronner'den sonra sözleşme yapmayı reddetme konusundaki bir başka önemli karar olan *IMS*¹⁵⁸ kararında ATAD, bir Alman yerel mahkemesinden gelen ön karar talebiyle, endüstri standardı haline gelmiş bir tür veri tabanının (1860 Brick Structure- Yapı taşı oluşumu¹⁵⁹) telif hakkına sahip olan IMS'in söz konusu veri tabanının lisansını almak isteyen rakiplerinin bu taleplerini reddetmesinin 82. maddenin ihlali olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Karara konu uzlaşmazlık, aynı zamanda Komisyon'un önüne bir şikayet olarak da gelmiş, Komisyon söz konusu şikayete yönelik olarak telif hakkı sahibine lisans verme yükümlülüğü getiren bir geçici tedbir kararı almış¹⁶⁰, söz konusu tedbir kararı İDM tarafından askıya alınmış, daha sonra

¹⁵⁵ *Oscar Bronner*, dn. 56, Genel Savcı Görüşü, par. 56-70.

¹⁵⁶ *Oscar Bronner*, dn. 56, par. 41.

¹⁵⁷ Larouche, dn. 29, s. 195.

¹⁵⁸ *IMS Health v. NDC Health*, 2004 ECR I-5039 (*IMS*).

¹⁵⁹ Gürzumar, dn. 5, s. 126.

¹⁶⁰ Case COMP D3/38.044 . *NDC Health/IMS Health: Interim Measures (IMS:Interim Measures)*.

Komisyon söz konusu tedbir kararını geri çekerek konu hakkındaki incelemesine son vermiştir¹⁶¹. Komisyon, geçici tedbir kararında, *Magill*'i, *Ladbroke*¹⁶² ve *Oscar Bronner* ışığında değerlendirerek, yeni ürün şartına gerek olmaksızın fikri mülkiyete konu hakkın zorunlu olması durumunda sözleşme yapma yükümlülüğü getirebileceğini¹⁶³ ve iki ayrı pazara gerek bulunmadığını¹⁶⁴ belirtmektedir.

Mahkemede tarafların *Magill* kararına atıfta bulunarak dile getirdikleri iddialarından söz konusu karardaki şartları farklı yorumladıkları anlaşılmaktadır. ATAD *Magill*'deki üç şartı tekrar ederek, fikri mülkiyet hakkına konu bir varlığın lisansının verilmesinin reddedilmesinin kötüye kullanma sayılabilmesi için söz konusu şartların *kümülatif* bir şekilde varlığının yeterli olduğunu¹⁶⁵, alt pazarda rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığı şartı için ayrı bir üst pazarın tanımlanması gerektiğini, ancak söz konusu pazarın “*potansiyel ya da hipotetik bile olabileceğini*”, birbiriyle bağlantılı “*üretim aşamalarının (stages of production)*” varlığının yeterli olacağını¹⁶⁶ ifade etmiştir. Mahkeme, yeni ürün şartına ilişkin olarak ise, söz konusu şartın fikri mülkiyet haklarının ve sözleşme özgürlüğünün korunması amacıyla rekabetin korunması amacının dengelenmesinde, ikincisinin (rekabetin korunmasının) ancak reddetme ile yeni ürünün ortaya çıkması engellendiğinde tercih edileceğinden bahisle, “*lisans talep edenin kendini temel olarak fikri mülkiyet hakkı sahibinin halihazırda ürettiği ürün ve hizmetlerin duplikasyonu ile sınırlama niyetinin olmaması, fakat hak sahibinin üretmediği ve potansiyel müşteri talebi olan ürünleri üretmeye niyetinin olması*” durumunda yeni ürün şartının gerçekleşmiş olacağına hükmetmiştir.

Görüleceği üzere ATAD, kararında, Komisyon'un yeni ürün ve ayrı pazarlar hakkındaki değerlendirmelerini geri çevirmiş, *Magill*'deki şartların *kümülatif* olduğunu belirtmiştir. Ancak, ATAD'ın yeni ürün kavramında ısrar etmesi hem kavramın içeriğinin belirsizliği sebebiyle hem de politika olarak olumlu¹⁶⁷ ve olumsuz¹⁶⁸ yönde eleştirilere neden olmuştur. Benzer bir şekilde iki

¹⁶¹ Commission Decision of 13 August 2003 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (*IMS:Interim Measures*, dn. 160).

¹⁶² Case T-504/93, *Tiercé Ladbroke v. Commission* [1997] ECR II-923.

¹⁶³ *IMS: Interim Measures*, dn.160, par. 180.

¹⁶⁴ Agk, par. 184.

¹⁶⁵ *IMS*, dn. 158, par. 38.

¹⁶⁶ Agk, par. 44-45.

¹⁶⁷ Örneğin, Ahlborn et al (dn. 48, s. 1156), yeni ürün şartının doğru bir politika olduğunu, hatta tüm sözleşme yapmayı reddetme kararlarında dikkate alınması gerektiğini iddia etmektedir.

ayrı ürün pazarı konusundaki ifadeler de belirsizliklere neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁶⁹

İDM'nin *IMS* kararını açıklamasından yaklaşık bir ay önce, Komisyon sözleşme yapmayı reddetme bağlamında *IMS*'teki tartışmaları da içinde barındıran *Microsoft*¹⁷⁰ kararını açıklamıştır. Aynı zamanda rekor bir para cezasının da söz konusu olduğu kararda, Microsoft'un birlikte işlerlik bilgilerini rakiplerine sağlamayı kesmesi ve reddetmesi 82. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹⁷¹ Komisyon kararında, kişisel bilgisayar işletim sistemleri pazarında hakim durumda bulunduğu Microsoft'un aynı zamanda iş grubu sunucuları işletim sistemleri pazarında da hakim duruma geldiğine, sunucu işletim sistemlerinin kişisel bilgisayar işletim sistemleri içerisindeki bazı kodları kullanması nedeniyle, iş grubu sunucuları işletim sistemleri ile kişisel bilgisayar işletim sistemlerinin birlikte işlerlik bilgilerinin birbiriyle ilişkili olduğuna değinerek, Microsoft'un rakip sunucu işletim sistemleri sağlayan üreticilere aktardığı işlerlik bilgilerini vermeyi azalttığına ve rakibi Sun'ın taleplerini geri çevirdiğine yer vermektedir. Bu çerçevede, Komisyon, mahkemelerin önceki içtihatlarına da değinerek, daha önceki kararlarda yer verilen *istisnai şartlar* dışındaki istisnai özelliklerin de dikkate alınabileceğini belirterek, daha önceki kararlarda yer verilen *istisnai şartların tahdidi olmadığını* belirtmiş ve reddetmeyle ilgili şartları bir bütün halinde değerlendireceğini ifade etmiştir.¹⁷² Bu çerçevede Komisyon, birlikte işlerlik bilgilerinin rakipler için mevcut ve potansiyel bir alternatifinin olmadığını, söz konusu işlerlik bilgilerinin Microsoft'a önemli bir avantaj getirdiğini, bu sayede sunucu işletim sistemleri pazarında Microsoft'un hakim duruma geldiğini, söz konusu pazarda inovasyonu ve teknik gelişmeyi dolayısıyla tüketici refahını azalttığını ve rekabetin ortadan kaldırılması riskinin bulunduğunu tespit etmiştir.¹⁷³ Microsoft'un davranışına gösterdiği en önemli haklı gerekçenin Windows üzerindeki fikri mülkiyet hakkı olduğunu belirten Komisyon, kararındaki

¹⁶⁸ Örneğin, Korah (dn. 134, s. 182) yeni ürünün her bir vakada aranmasının doğru olmadığı yönünde eleştiride bulunurken (bkz. aynı yönde Drexl, dn. 62, s. 800-803; Gürzumar, dn. 5. s. 214-216), Geradin (dn. 11, s. 1530-1532) yeni ürün kavramıyla kastedilenin net olmadığını belirtmektedir.

¹⁶⁹ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 447, Ahlborn et al., dn. 45, s. 44-45.

¹⁷⁰ Case COMP/C-3/37.792 (*Komisyon'un Microsoft Kararı*)

¹⁷¹ Karar (Agk)'da ayrıca Microsoft'un bağlama uygulaması nedeniyle de 82. maddeyi ihlal ettiği belirlenmiş olmakla birlikte, çalışmada, birlikte işlerlik bilgilerinin sağlanmasının reddedilmesi ele alınacaktır.

¹⁷² Agk, par. 555-558.

¹⁷³ Agk, par. 779-782.

“güdülerin dengelenmesi testi¹⁷⁴” (*incentive balance test*) olarak dilimize aktarılabilir olan testi şu ifadelerle ortaya koymuştur:

“... tartıldığında, getirilecek anlaşma yapma yükümlülüğünün (Microsoft dahil) tüm endüstrinin inovasyon seviyesine yapacağı olumlu etkisi, Microsoft’un inovasyon güdüsünde yol açacağı muhtemel olumsuz etkiden daha ağır basacaktır...”¹⁷⁵

Dolayısıyla, Komisyon, toplamda endüstrinin inovasyon güdülerini üzerinde daha fazla olumsuz etkisi olacağına karar vererek, davranışı nedeniyle Microsoft’un 82. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiş, Microsoft’a birlikte işlerlik bilgilerini rakiplerine, makul, ayrımcı olmayan şartlarda ve “Microsoft’un bilgisayar işletim sistemleri pazarındaki gücünün stratejik değerini yansıtmayacak bir ücret karşılığında” sağlamasını emretmiş, söz konusu yükümlülüklerin gözetimi için bir denetleme mutemedi (*monitoring trustee*)¹⁷⁶ atanmasına karar vermiştir.¹⁷⁷ Komisyon’un kararından sonra Microsoft’un yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle alınan kararların çokluğu, getirilen yükümlülüğün gözetiminin ne kadar zor olduğunu göstermektedir. Bu çerçevede Komisyon, 2005 yılında aldığı bir kararla, Microsoft’un kararda getirilen yükümlülüklerle uymaması halinde süreli para cezası verileceğini açıklamış¹⁷⁸, 2006 yılında aldığı bir kararla Microsoft’un yükümlülüklerle uymadığını tespit ederek karara kadar geçen süreye ilişkin süreli para cezasını tespit etmiş ve gelecek dönemde yükümlülüklerle uyulmaması halinde uygulanacak para cezası miktarını artırmış¹⁷⁹ ve 2008 yılında yeniden bir karar alarak yükümlülüklerine uymadığı için Microsoft’a 899 milyon Euro para cezası kesmiştir.¹⁸⁰

Komisyon’un *Microsoft* kararı değerlendirildiğinde, *IMS*’te açıklanan ve *kümülatif* olduğu belirtilen *istisnai şartları* dikkate almadığı, yeni ürün kavramına yer vermediği, rekabetin ortadan kaldırılmasını aramak yerine buna yönelik risk bulunmasını ele aldığı ve daha çok 82 (b) maddesinin “*teknik*

¹⁷⁴ “Özendirici unsur dengeleme testi” olarak da Türkçe’ye çevrilmiştir. Bkz. Ünver, M.B. ve Tözer, A. (2008); “AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda AT Anlaşmasının 82. Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI, 4-5 Nisan 2008.

¹⁷⁵ *Komisyon’un Microsoft Kararı*, dn. 170, par. 783.

¹⁷⁶ Gürzumar, dn. 5, s. 134.

¹⁷⁷ *Komisyon’un Microsoft Kararı*, dn. 170, par. 1005-1010, 1043 vd.

¹⁷⁸ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/art24_1_decision.pdf.

¹⁷⁹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/art24_2_decision.pdf.

¹⁸⁰ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/decision2008.pdf>.

gelişmenin engellenmesi” ifadesine odaklandığı görülmektedir. Komisyon, İDM önünde, söz konusu kararın üç nedenle *IMS*’ten farklı olduğunu belirtmiştir. Birincisi, kararın Microsoft ürünleriyle birlikte işleyen ürünlerin geliştirilmesini sağlamaya yönelik olduğu, ancak önceki kararların bundan farklı olarak korunan ürünün rakiplerin geliştirecekleri ürünün içine, birlikte işlerliğin ötesindeki nedenlerle, katılımıyla ilgili olmasıdır. Bu kapsamda sektörde şebeke dışsallıklarının önemli olduğu ve ayrıca kanun koyucunun birlikte işlerliğin/uyumluluğun toplum için yararlı olduğuna karar vermesi de dikkate alınmaktadır. İkincisi, kararda Microsoft’un kişisel işletim sistemlerindeki gücünü sunucu işletim sistemleri pazarına aktardığına yer verilmesi, bu durumun Microsoft’un alt pazarda rekabeti ortadan kaldırmaya ve giriş engelleri oluşturarak ana pazardaki gücünü korumaya yönelik olması ve yeni ürünlerin ortaya çıkmasını engelleyerek tüketicilere zarar verdiğinin gösterilmesidir. Üçüncüsü, Microsoft’un daha önce söz konusu bilgileri sağlamasının, söz konusu bilgilerin rakiplerle paylaşılmasının inovasyon güdüsünü azaltmayacağını göstermesi, söz konusu bilgilerin verilmesinden vazgeçilmesinin diğer pazarın rekabete kapatılması amacıyla gerçekleştirilmesidir.¹⁸¹

İDM, Komisyon’un **Microsoft** kararına ilişkin temyiz talebini 2007 yılında karara bağlamıştır.¹⁸² İDM, temel olarak ATAD’ın *IMS*’te *kümülatif* olarak aradığı *istisnai şartları* tekrar etmiştir. Ancak, söz konusu *istisnai şartların* “özellikle” bulunmasından bahsederek, *istisnai şartların tahdidi olmadığını* kabul etmiş görünmektedir.¹⁸³ Rekabetin ortadan kalkma riski şartı konusunda ise İDM şu ifadeleri kullanmaktadır:

“[Komisyon] *pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkacağını göstermek zorunda da değildir. 82. maddenin ihlalini göstermek için önemli olan, olaydaki reddetme eyleminin pazardaki etkin rekabeti ortadan kaldıracak nitelikte olması ya da kaldırma ihtimalini taşımasıdır. Hakim durumdaki teşebbüslerin rakiplerinin pazarın marjinal alanlarında sınırlı varlıklarının bulunmasının, böyle bir rekabet olduğunu göstermeye yetmeyeceği gerçeğinin netleştirilmesi gerekmektedir.*¹⁸⁴”

Yeni ürün şartına ilişkin olarak ise, İDM, “*Madde 82 (b) kapsamında davranışın tüketici zararına yol açmasının tek parametresinin, Magill ve IMS’te olduğu gibi, yeni ürün ortaya çıkmasının engellenmesi olmayacağını, pazarların ve ürünlerin kısıtlanmasının yanında teknik gelişmenin*

¹⁸¹ Agk, par. 305-307.

¹⁸² Bkz. dn.13.

¹⁸³ Agk, par. 332.

¹⁸⁴ Agk, par. 563.

*kısıtlanmasıyla da tüketicilerin zararının ortaya çıkabileceğini*¹⁸⁵ belirterek, Komisyon'un teknik gelişmeye odaklanmasını haklı bulmuş ve bu çerçevede rakiplerin inovatif ürünler üretmediklerine dolayısıyla yeni ürün şartının da mevcut olduğuna hükmetmiştir.¹⁸⁶

Sonuç olarak İDM, *Magill* ve *IMS*'teki *istisnai şartların* Komisyon'un kararında var olduğunu belirleyerek temyiz talebini, sadece ihlalin ortadan kaldırılması için denetleme mutemedi atanması hariç olmak üzere, reddetmiştir. Microsoft'un İDM'nin kararını ATAD'a götürmeyeceğini açıklamasıyla karar kesinleşmiş durumdadır.¹⁸⁷

Komisyon'un ve İDM'nin kararlarını bir arada değerlendirmek gerekirse şu önemli noktaların belirtilmesi gerekmektedir. İlk olarak, fikri mülkiyet haklarına dair lisans verilmesi taleplerini reddetmenin söz konusu olduğu bir durumda, İDM'nin, her ne kadar söz konusu şartların varlığının ilgili olayda bulunduğunu ifade etse de, Komisyon kararını onaylamasıyla *Magill* ve *IMS*'te ortaya çıkan *istinai şartların*, özellikle yeni ürün şartı bakımından, *tahdidi* olmadığını¹⁸⁸ kabul ettiği ya da en azından söz konusu koşulları esnettiği¹⁸⁹ kabul edilmektedir. Bir yazarın ifade ettiği üzere, "*IMS testi artık bir gösterge seti (set of proxies) haline dönüşmüştür*".¹⁹⁰ İkinci olarak, *Microsoft* kararı AB'de Komisyon ve mahkemelerin sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin teşebbüslerin inovasyon güdülerine etkisini değerlendirirken, bir dengeleme testi uyguladıklarını, söz konusu dengelemede, reddetmenin endüstrinin inovasyon güdüsü ile varlık sahibinin inovasyon güdüsü üzerindeki etkilerini birlikte dikkate alacaklarını göstermektedir. Dolayısıyla, fikri mülkiyet haklarının kullanımına müdahale edilmesinin inovasyon güdüsünü olumsuz etkilediği şeklinde bir yaklaşım her zaman kabul görmemektedir. Bu çerçevede, sunucu işletim sistemleri arasında da birlikte işlerliğe önem verilmesi nedeniyle, sıralı yeniliğe önem verileceği, dolayısıyla, pazar *içinde* rekabetin kimi durumlarda pazar *için* rekabete tercih edileceği görülmektedir.¹⁹¹ Üçüncü olarak, *Microsoft* kararında Komisyon'un istisnai şartların yanında, daha önce verilen işlerlik bilgilerinin kesilmesi, söz konusu davranışın daha geniş bir dışlayıcı

¹⁸⁵ Agk, par. 647.

¹⁸⁶ Agk, par. 643-665.

¹⁸⁷ <http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.mspxbkz>.

¹⁸⁸ Bu yönde bkz. Larouche, P. (2008), "The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation", TILEC Discussion Paper, Tilburg University, s. 10-11; Ünver ve Tözer, dn. 174.

¹⁸⁹ Vickers, J. (2008) A Tale of Two EC Cases: *IBM* and *Microsoft*, Competition Policy International, Volume 4, Number 1, Spring 2008.

¹⁹⁰ Larouche, dn. 188, s. 13.

¹⁹¹ Age, s. 8.

davranış şeklinin bir parçası olması ve ayrımcılık gibi diğer unsurlara yer vermesi¹⁹², Komisyon'un tek başına sözleşme yapmayı reddin sonuçlarını değil, söz konusu davranışın antirekabetçi bir amaçla yapılıp yapılmadığına ilişkin tespitleri de analize katacağını göstermektedir. Bu nedenle, *Microsoft* kararı, *Commercial Solvents* ve ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Trinko* kararlarındaki analizlere benzetilebilmekte, hatta istisnai şartlar ile diğer unsurları bir arada içeren "melez" bir karar olarak görülebilmektedir.¹⁹³ Son olarak ise, ilgili pazardaki rekabetin ortadan kaldırılması şartının, rekabetin ortadan kaldırılmasına yönelik risk ya da ihtimal bulunduğu da geçerli olacak şekilde yumuşatıldığı belirtilmelidir.¹⁹⁴

Bu çerçevede, çeşitli eleştiriler, tereddütler¹⁹⁵ ve karşı görüşler bulunmakla birlikte¹⁹⁶, *Microsoft* kararının, hem ilgili pazardaki rekabet şartlarının özelliklerini (şebeke etkileri, sadece işlerlik bilgilerinin talebi gibi) ortaya koyduğu hem de pazarın yapısına ilişkin bu özelliklerin yanında rekabeti dışlayıcı niyeti ve davranışı gösteren diğer unsurları da eklediği, dolayısıyla özellikle zorunlu unsur doktrinine getirilen, herhangi bir kusurlu davranış olmadan teşebbüslere sorumluluk yükleneceği ve geleneksel yaklaşımın sözleşme yapmayı reddetme olaylarının değerlendirilmesine yeteceği şeklindeki¹⁹⁷ eleştirileri de karşılayan bir yaklaşımın izlerini yansıttığı, bu nedenlerle önemli ve doğru bir karar olduğu düşünülmektedir.¹⁹⁸

Komisyon'un ve mahkemelerin, hakim durumdaki teşebbüslerin müşterileriyle sözleşme yapmayı tek taraflı koşulsuz reddetmelerine ilişkin yaklaşımının gösterilmesi açısından *Clearstream* ve *Syfait* kararlarına değinilecektir. *Clearstream*'de Komisyon zorunlu unsura sahip bir teşebbüsün alt pazarında müşterisi konumunda olan bir teşebbüse hizmet sağlamayı reddetmesini 82. maddenin ihlali olarak görmüştür.¹⁹⁹ *Syfait*'te ise ATAD, hakim durumdaki ilaç üreticisinin, paralel ithalatı durdurmak amacıyla

¹⁹² O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 432.

¹⁹³ Age, s. 431.

¹⁹⁴ Söz konusu unsurun daha düşük bir standart getirdiğine yönelik olarak bkz. Gürzumar, dn. 5, s. 181-182.

¹⁹⁵ Örn. bkz. Vezosso, S. (2006); "The Incentive Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation "Economics-Based" Approach?", E.C.L.R., Issue 7.

¹⁹⁶ Örneğin bkz. Forrester, dn. 66.

¹⁹⁷ Hovenkamp, dn. 6, s. 34.

¹⁹⁸ Benzer şekilde bkz. Leveuqe, F. (2005) "Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case", World Competition 28(1):71-91. Ancak Yazar'ın istisnai şartlar ya da zorunlu unsur ile aktarmayı birbirine ikame analizler olarak gösterdiği ve buna katılmadığı belirtilmelidir.

¹⁹⁹ Case Comp 38/096. O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 467.

toptancıların olağan taleplerini karşılamayı reddetmesinin 82. maddenin ihlali olabileceğini belirtmektedir.²⁰⁰ Bununla birlikte, belirtilen istisnalar dışında ve AB'deki genel yaklaşımın özellikle dağıtım ile ilgili olarak sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesi yönünde olduğu belirtilmelidir.²⁰¹

Komisyon'un Kılavuzlarındaki Konuya İlişkin Açıklamaları

Komisyon'un sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına yönelik olarak yayımladığı iki resmi belge bulunmaktadır. Bunlar, Erişim Tebliği²⁰² ve 82. Madde Kılavuzu'dur²⁰³. Birincisi Komisyon tarafından 1998 yılında telekomünikasyon sektöründeki erişim anlaşmalarında ortaya çıkan sorunlara yönelik olarak yayımlanmış olup, diğerlerinin yanında, zorunlu unsur doktriniyle ilgili açıklamalara da yer vermektedir. İkincisi ise, Komisyon'un 82. madde uygulamasına iktisadi bir yaklaşım getirmek amacıyla başlattığı danışma süreci sonunda hazırlanan ve 2009 yılında yayımlanan bir kılavuzdur. Birinci metnin, hala yürürlükte ve atıf yapılan bir rehber olmakla birlikte, hem telekomünikasyon sektöründeki düzenlemelerde hem de sözleşme yapmayı reddetmeye ilişkin içtihatla ortaya çıkan gelişmeler karşısında güncelliğini yitirdiği düşünüldüğünden, aşağıda sadece 82. Madde Kılavuzu'ndaki açıklamalar ele alınacaktır.

Komisyon, Kılavuz'da, 82. madde kapsamında temel uygulama amacının rakiplere pazarı kapatan dolayısıyla tüketici refahına zarar veren dışlayıcı davranışların önlenmesi olduğunu belirtmektedir.²⁰⁴ Kılavuz'da sözleşme yapmayı reddetmenin ve fiyat sıkıştırmasının ayrı bir bölüm altında incelendiği görülmektedir. Komisyon bu bölümde ilk olarak teşebbüslerin genel olarak sözleşme yapma ve mülkiyetini kullanma özgürlüğünden bahsederek, söz konusu haklara müdahalenin dikkatli yapılması gerektiğini, böyle bir müdahalenin uzun vadede tüketicilerin lehine olmayabileceğini ifade etmektedir. Komisyon Kılavuz'da tipik rekabet problemlerinin hakim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakibiyle sözleşme yapmayı reddettiği

²⁰⁰Joined Cases C-468/06 to C-478/06; <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=judgements&numaff=C%25&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=CONC&mots=&resmax=1000>.

²⁰¹ Müşteri konumundaki teşebbüsle sözleşme yapmayı reddin farklılığı ve ancak sözleşme yapmayı reddetmenin ceza ya da tehdit olarak kullanılması durumunda rekabetçi tehdit oluşturacakları görüşü için bkz. Humpe and Ritter, dn. 15, s. 138-139; Lang, J.T. (2008), "Reprisals and Overreaction by Dominant Companies as an Anti-competitive Abuse under Article 82(b)", 29 E.C.L.R. (2008) 11-15, s. 12.

²⁰² Erişim Tebliği, dn. 25.

²⁰³ 82. Madde Kılavuzu, dn. 16.

²⁰⁴ Age, par. 19.

durumda ortaya çıktığını²⁰⁵, *IMS* kararına da atıfta bulunarak, reddedilen ürünün mevcut durumda ticaretinin yapıyor olmasının önemli olmadığını, potansiyel talebin ve dolayısıyla potansiyel pazarın bulunmasının yeterli olduğunu belirtmektedir.²⁰⁶ Komisyon sözleşme yapma yükümlülüğü kavramı içine giren fiyat sıkıştırması dahil olmak üzere tüm davranışların aşağıdaki üç *kümülatif* şartı içermesi durumunda uygulama önceliği içine gireceğini belirtmiştir; (i) reddetme alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için gerekli/vazgeçilmez olan ürün ya da hizmete ilişkin olmalı, (ii) reddetme alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılması ihtimaline yol açmalı, (iii) reddetme tüketici zararına sebep olma ihtimalini taşımalı.²⁰⁷

Ancak Komisyon, bazı durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin varlık sahibinin yatırım ve inovasyon güdülerini olumsuz etkilemeyeceğinin açık olduğu durumlarda, yukarıda belirtilen üç şartı dikkate almaksızın antirekabetçi kapama etkisini genel uygulama standartlarıyla gösterebileceğini belirtmektedir. Bu durumların ise özellikle, düzenlemelerin ilgili teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiği ve ilgili otorite tarafından yükümlülüğün yatırım ve inovasyon güdeleri üstündeki etkilerinin dikkate alındığının açık olduğu ya da söz konusu varlıkların özel veya münhasır hakların koruması altında ya da devlet kaynaklarıyla geliştirildiği durumlar olduğu belirtilmektedir.²⁰⁸

Komisyon daha sonra Kılavuz'da getirilen üç şartı ayrı ayrı açıklamaktadır. İlk olarak, varlığın vazgeçilmez olması şartının, söz konusu varlığın alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için objektif olarak gerekli görülmesi halinde gerçekleşeceği, ancak gerekliliğin söz konusu varlık olmadan alt pazara herhangi bir rakibin girememesi ya da pazardaki varlığını devam ettirememesi anlamına gelmediği, dikkate alınacak hususun uzun vadede reddetmenin olumsuz sonuçlarına karşılık rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri varlığın mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması ya da söz konusu varlığın rakiplerce duplike edilmesinin mümkün olmaması olduğu belirtilmiştir.²⁰⁹ Komisyon ayrıca, yukarıda belirtilen üç şartın mevcut bir sözleşmenin sona erdirilmesi ya da ilk defa sözleşme yapılmasının reddi durumlarına da uygulanacağını belirlemekle birlikte, mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi durumunda söz konusu varlığın vazgeçilmez bulunma ihtimalinin ilk defa sözleşme yapmanın reddedilmesi durumlarına göre daha

²⁰⁵ Age, par. 76.

²⁰⁶ Age, par. 79.

²⁰⁷ Age, par. 78-81.

²⁰⁸ Age, par. 82.

²⁰⁹ Age, par. 83.

fazla olduğunu ifade etmektedir.²¹⁰ İkinci olarak, rekabetin ortadan kaldırılma ihtimalinin yüksek olduğu durumlar örneklendirilmektedir.²¹¹ Üçüncü olarak, tüketici zararının ortaya çıkıp çıkmayacağını değerlendirilmesinde ise, bir tür dengeleme testi ortaya konmakta ve tüketiciler için reddetmenin olumsuz etkilerinin yükümlülük getirmek suretiyle ortaya çıkan olumsuz etkilerden fazla olması durumunda, Komisyon'un konuyu gündemine alacağı belirtilmektedir. Bu çerçevede, tüketici zararının reddetmeyle rakiplerin pazara yeni ürün ve hizmetler getirmelerinin engellendiği ya da sıralı/tamamlayıcı inovasyonun kısıtlandığı durumlarda ortaya çıkacağı, teknik gelişmeye katkıda bulunan ya da potansiyel müşteri talebinin bulunduğu yeni ürün ve hizmetlerin ortaya çıkmasının engellendiği durumların bunun en önemli örneği olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca Komisyon, varlığın bulunduğu pazardaki fiyatın düzenlendiği, alt pazarında ise düzenlenmediği durumlarda, varlığa erişim reddedilirse tüketici zararının ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.²¹² Son olarak ise getirilen etkinlik savunmalarının Komisyon tarafından nasıl ele alınacağı belirlenmiş ve özellikle sözleşme yapma yükümlülüğünün olumsuz etkilerinin gösterilmesi konusunda ispat yükünün varlık sahibinde olacağı belirtilmiştir.²¹³

İçeriğinden ve dipnotlarında atıf yapılan kararlardan görüleceği üzere, Kılavuz'un sözleşme yapmayı reddetmeyle ilgili bölümü büyük oranda Komisyon'un İDM tarafından onaylanan *Microsoft* davasındaki yaklaşımları üzerine kurulmuştur. Kılavuz, sözleşme yapmayı reddetme hallerinin tümüne tek bir standart getirme çabasında bulunmakla birlikte, mevcut sözleşme ilişkisinin kesilmesi ve düzenlenen pazarlar bakımından istisnalar getirmektedir. Ayrıca, getirilen *kümülatif* üç şarttan görüldüğü üzere, daha önce *IMS* ve *Magill*'de fikri mülkiyet hakkı sahibine lisans verme yükümlülüğü getirilmesinin temel gerekçesi olan yeni ürün şartı, artık tüketici zararına yol açan durumlardan birisi olarak yer almaktadır. Ayrıca Komisyon'un sıralı yeniliğe vurgu yapması da, daha önce *Microsoft* kararı ile ilgili yorumlarda yer verildiği üzere, pazar içinde rekabete önem verdiğini dolayısıyla daha müdahaleci bir yaklaşımı benimsediğini göstermektedir.

Kılavuz'daki düzenlemelere yönelik ifadelerin, AB'de düzenlemeler ile rekabet hukukunun tamamlayıcı rolüne verilen önemden kaynaklandığı düşünülmektedir. Söz konusu hükümler ABD'de *Trinko* ve *Linkline* kararlarıyla getirilen, düzenlemelerin yükümlülük getirdiği durumda antitröst yükümlülüğü getirmenin faydasının minimal olacağı, antitröst yükümlülüğünün olmadığı

²¹⁰ Age, par. 84.

²¹¹ Age, par. 85.

²¹² Age, par. 88.

²¹³ Age, par. 89-99.

pazarda ise fiyat sıkıştırmasının söz konusu olmayacağı şeklinde özetlenebilecek yaklaşımla çelişmektedir. Ancak, AB'nin hem birlik olarak yapısı hem de düzenleyici çerçevelerinin ABD'den daha fazla bir şekilde rekabet hukukuyla paralellik ve tamamlayıcılık içermesi²¹⁴ nedeniyle, söz konusu hükümler AB'ye özgü olarak nitelendirilebilecektir.

Değerlendirme

Yukarıda yer verilen Komisyon ve mahkeme kararları ile özellikle 82. Madde Kılavuzu dikkate alındığında AB'de sözleşme yapmayı reddetme davranışının ele alınması, ABD uygulaması da göz önünde tutularak, çeşitli yönleriyle, aşağıda değerlendirilecektir.

İlk olarak, Komisyon ve mahkeme kararları ışığında içtihadın genel gelişimi ele alınırsa, AB'de sözleşme yapmayı reddetme hallerinin çok değişik şekillerde Komisyon ve mahkemelerin önünde uzlaşmazlık konusu yapıldığı görülmektedir. ATAD'ın *Commercial Solvents* kararı ile başlayan içtihadın gelişimi, ortaya çıkan sorunlara da cevap bulunması amacıyla zaman içerisinde birtakım değişikliklere uğramıştır. Ayrıca, söz konusu içtihadın farklı sözleşme yapmayı reddetme türlerine göre farklı kurallar benimsenmesi suretiyle parçalı bir şekilde geliştiğini söylemek mümkündür. Zira, mevcut sözleşme ilişkisinin sona ermesi²¹⁵, ilk defa sözleşme yapma talebinin reddi²¹⁶, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi²¹⁷, birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddi²¹⁸ gibi davranışların kısmen farklı şartlar altında kötüye kullanma olduğuna ya da olabileceğine hükmedildiği görülmektedir. Bu durum, Komisyon'un geçmiş dönemde 82. maddeyi "şekilci" uyguladığı yönündeki eleştirilerin²¹⁹ haklılığını göstermektedir. Hatta söz konusu yaklaşım 2005 yılı sonunda yayımlanan Tartışma Metni'nde de devam etmiş ancak, belki de *Microsoft*'ta getirilen şartların İDM'de kabulünün verdiği cesaretle, Kılavuz'da söz konusu yaklaşım büyük ölçüde terk edilerek, tüm sözleşme yapmayı reddetme hallerinin tek bir analiz altında değerlendirilmesi yaklaşımı benimsenmiştir. Bu yaklaşımın esas itibarıyla, her ne kadar genel bir standart sorunu bulunsa da, tüm sözleşme yapmayı reddetme hallerini tek bir

²¹⁴ Telekomünikasyon endüstrisinde bu durumun analizi için bkz. Demiröz, A. (2003); "Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü", Rekabet Dergisi, Sayı 15, s. 15-40.

²¹⁵ Örn. *Commercial Solvents*, dn.132.

²¹⁶ Örn., *Oscar Bronner*, dn. 56..

²¹⁷ Örn., *Magill*, dn. 148; *IMS*, dn. 158.

²¹⁸ Örn., *Microsoft*.

²¹⁹ Madan, Z. (2007); "Roma Anlaşması'nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi", Rekabet Dergisi, Sayı 31, s. 3-4.

yaklaşım/analiz altında ele almaya çalışan ABD uygulamasıyla uyumlu olduğu öne sürülebilir.

İkinci olarak, içtihadın geldiği son aşamada, çalışmanın “Kavramsal Çerçeve” bölümünde de geniş bir şekilde yer verildiği üzere, mahkemelerce şimdiye kadar hiç kullanılmadığı ancak bazı kararlarda esaslarının dikkate alındığı öne sürülen²²⁰ zorunlu unsur doktrininin, AB uygulamasında sözleşme yapmayı reddetme içtihadı içinde bağımsız ve ayrı bir yere sahip olmayacağı düşünülmektedir. Geçmiş dönemde, zorunlu unsur doktrini dikkate alınarak incelenen konular ile klasik sözleşme yapmayı reddetme halleri olarak görülen *Commercial Solvents* davasına benzer durumların, birbirlerinden pazar tanımı, kaygı duyulan rekabetçi sorun, müdahalenin gerekçesi ve ihlalin ortadan kaldırılması bakımından getirilen tedbirler nedeniyle farklılaştıkları ve zorunlu unsur doktrininin klasik sözleşme yapma yükümlülüğünün sınırlarını hem daraltan hem de genişleten yönü olduğu iddia edilmiş olsa da²²¹, *Microsoft* kararındaki unsurların Kılavuz’a taşınmasıyla, zorunlu unsur doktrininde yer alan vazgeçilmezlik kriterinin, Kılavuz’da sayılan diğer iki unsurla birlikte, *Microsoft*’ta uygulandığı şekliyle tüm sözleşme yapmayı reddetme hallerine uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, İDM’nin *Microsoft* kararının sözleşme yapmayı reddetme içtihadı bakımından dönüm noktası niteliği taşıdığı söylenebilir. Larouche’un ifade ettiği üzere;

“... *Microsoft mal vermeyi reddetmeye (ve daha geniş olarak inovasyon ve dinamik etkinlik ile ilgili uzun dönemli endişelerin söz konusu olduğu davalara) uygun analitik bir çerçeve bulma konusunda AT hukukunun uzun mücadelesinin bir başka adımı olarak görülmelidir. Bu mücadelenin bir kısmı kötü ünlü “zorunlu unsur doktrini”nin ayrı bir şekilde varlığını sona erdirmeyi ve analizin 82. maddenin geri kalanıyla tutarlı olarak sağlam ilkeler üzerine bina edilmesini içermektedir.*”²²²

Bu çerçevede *Microsoft* kararında ve söz konusu içtihadın büyük çoğunlukla aktarılması yoluyla Kılavuz’da benimsenen, ortaya çıkan sözleşme yapmayı reddetme davranışının 82. madde çerçevesi içinde ve davranışa odaklı bir şekilde ele alınması yaklaşımının, zorunlu unsur doktrinine getirilen kusurlu bir davranış olmaksızın sorumluluk getirdiği şeklindeki eleştiriyi²²³ ortadan kaldıracak ve ABD uygulamasındaki analiz yöntemine daha yakın bir yaklaşım

²²⁰ Gürzumar, dn. 5, s. 152.

²²¹ Larouche, dn. 29, s. 203-212.

²²² Larouche, dn. 188, s. 13.

²²³ Bkz. dn. 197.

getirecek nitelikte olduğu iddia edilebilir. Ancak Kılavuz ile getirilen söz konusu yaklaşıma, mahkemelerin ve özellikle ATAD'ın tepkisi halihazırda belirsizdir.

Üçüncü olarak, mevcut durumda AB'de sözleşme yapmayı reddetme davranışının hangi hallerde kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğine değinilecektir. Kılavuz'da getirilen ve *Microsoft*'la birlikte İDM tarafından da kabul edildiği söylenebilecek olan şartlar kısaca tekrarlanacak olursa, bir sözleşme yapmayı reddetme davranışı; (i) reddetme alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için vazgeçilmez/gerekli olan ürün ya da hizmete ilişkinse, (ii) reddetme alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılması ihtimaline yol açıyorsa, (iii) reddetme tüketici zararına sebep olma ihtimalini taşıyorsa, Komisyon'un öncelikleri arasında yer alacaktır.²²⁴ Bir başka ifadeyle, söz konusu şartları taşıyan davranışların kötüye kullanma olarak değerlendirilme ihtimali yüksektir.

Komisyon'un, tüm reddetme davranışlarını yukarıda açıklanan üç *kümülatif* şartın varlığı çerçevesinde değerlendirecek olmakla birlikte, geçmiş dönem içtihadını da bir şekilde analize dahil ettiği görülmektedir. Bu çerçevede Komisyon, mevcut bir sözleşmeyi sona erdirmeyi, ayrı bir kötüye kullanma kategorisi olarak ele almak yerine, bir varlığın vazgeçilmez olup olmadığının değerlendirilmesinde ele alınacak unsurlardan birisi olarak belirlemiştir. Hatta bu tür durumlarda, redde konu varlığın alt pazar için vazgeçilmez olarak bulunma ihtimalinin ilk defa sözleşme talebinin reddedilmesi durumuna göre yüksek olduğunu belirterek²²⁵, sözleşme yapmayı kesmeye ayrı bir önem vermiştir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Trinko*'da *Aspen*'i yorumlarken mevcut sözleşme ilişkisinin kesilmesini antirekabetçi amaç ve niyetin göstergesi olarak değerlendirdiği dikkate alındığında, her ne kadar analizde farklı amaçlarla kullanılsa da, mevcut sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesinin hem AB'de hem de ABD'de benzer şekilde daha çok endişe edilen reddetme türü olduğu iddia edilebilir. Ancak mevcut sözleşmelerin kesilmesine daha müdahaleci yaklaşıma ciddi eleştiriler yöneltildiği de belirtilmelidir.²²⁶

Bu çerçevede, Komisyon'un sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından arayacağı ilk şart, reddetmeye konu varlığın vazgeçilmez olup olmadığıdır. Ancak söz konusu değerlendirme yapılırken iki husus vurgulanmalıdır. İlki, Komisyon'un, ATAD'ın *IMS*'teki yaklaşımını koruyarak, reddetmeye konu varlığın ayrı bir pazar olmasına gerek görmemesi ve potansiyel talebi (pazarı) yeterli görmesidir. Söz konusu husus belirsizlik

²²⁴ 82. Madde Kılavuzu, dn. 16., par. 81

²²⁵ Age, par. 84.

²²⁶ O'Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 459-461

yarattığı gerekçesiyle ciddi eleştirilere uğramakla birlikte, Komisyon'un *Microsoft*'ta lisans verilmesi reddedilen varlığın ayrı ya da potansiyel/hipotetik bir pazar olup olmadığı konusu üzerinde durmaması da dikkate alındığında²²⁷, daha çok, varlığın bulunduğu pazara odaklanacağı düşünülebilir. İkincisi ise, vazgeçilmezliğin uzun vadede dinamik bir şekilde ele alınacağıdır. Dolayısıyla kısa vadede pazarda rakiplerin varlığının bulunması, ilgili pazarda rekabet edebilmek için vazgeçilmez unsurlar bulunmadığı anlamına gelmemektedir.

Komisyon'un Kılavuz'da yer verdiği ikinci şart, reddetmenin alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılması ihtimaline yol açmasıdır. Daha önceki kararlarda reddedilen rakipten kaynaklanacak rekabetin ya da tüm rekabetin ortadan kaldırılması şartları aranırken, söz konusu şartın Kılavuz'daki haliyle, pazarların dinamik gelişimini dikkate almak üzere, özellikle şebeke dışsallıkları gibi özellikler gösteren pazarlarda, önemli bir varlığa ulaşamadıkları için zamanla pazarın tek bir firmanın egemenliğine bırakılmasını önleme amacına hizmet etmesinin öngörüldüğü düşünülmektedir. Ancak bu yaklaşım, daha önce özellikle zorunlu unsur doktrini altında alınan kararlardaki rekabetin ortadan kaldırılması şartını yumuşatan bir şart olarak değerlendirilmektedir.²²⁸

Komisyon Kılavuz'da, tüketicilerin zarar görme ihtimalini, sözleşme yapmayı reddetme değerlendirmesinde dikkate alacağı üçüncü ve son şart olarak belirlemiştir. Söz konusu şart ile ilgili olarak birkaç noktaya değinilmesi gerekmektedir. İlk olarak, Komisyon reddetmenin tüketiciye getireceği olumsuz etkiler ile sözleşme yapma yükümlülüğünün getireceği olumsuz etkileri tartmayı hedefleyen bir test önermektedir. Bir başka ifadeyle, tahsis etkinliği ve dinamik etkinlik bakımından ortaya çıkacak sonuçlar dengelenmeye çalışılmaktadır. Ancak böyle bir test, bazı yazarlarca sözleşme yapmayı reddetme davranışları için en uygun test olarak nitelendirilirken²²⁹, bazı yazarlarca belirsizliği, hatalı pozitif sonuçlar üreteceği ve uygulanmasının zorluğu gibi nedenlerle eleştirilmektedir²³⁰. Söz konusu testin ABD'de Adalet Bakanlığı'nca dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinde benimsenmediği de belirtilmelidir.²³¹ İkinci olarak, *Microsoft* kararına uygun bir şekilde, *IMS* ve *Magill*'de fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi için getirilen ek bir şart olan yeni ürün şartı, teknik gelişmeyi de içine alacak şekilde genişletilerek, tüm sözleşme yapmayı reddetme türleri için tüketici zararının gösterilmesi bakımından örnek olarak belirlenmiştir. Buna paralel bir şekilde üçüncü olarak, sıralı yenilik kavramına

²²⁷ Gürzumar, dn. 5, s. 182.

²²⁸ Age, s. 181-182.

²²⁹ Salop, dn. 41, s. 504-505,

²³⁰ Örn. bkz. Werden, dn. 8, s. 534-539; Geradin, dn. 11, s. 1542-1543.

²³¹ DOJ Raporu, dn. 20, s. 36-38.

atıfta bulunulması, daha önce de belirtildiği üzere, özellikle fikri mülkiyet haklarının söz konusu olduğu durumlar bakımından daha müdahaleci bir yaklaşımı işaret etmektedir. Ancak ABD uygulamasında fikri mülkiyet haklarına yaklaşım, büyük ölçüde bunun tersidir ve *Trinko*'da yer verildiği üzere, inovasyon güdüsünün azalması ve hatalı pozitif kararlar almama endişesi daha ön plandadır.

Komisyon tarafından kümülatif üç şart içinde gösterilmemekle birlikte, dışlayıcı davranışların değerlendirilmesinin genel çerçevesi içinde, etkinlikler ve haklı gerekçelerin sözleşme yükümlülüğüne karşı ileri sürülebileceği de belirtilmelidir.

Dördüncü olarak, sektöre özgü düzenlemeler ve rekabet hukuku uygulaması ilişkisi çerçevesinde, düzenlemelerle getirilen/getirilebilecek sözleşme yapma yükümlülüğü karşısında 82. maddenin nasıl uygulanacağı konusuna değinilmelidir. Öncelikle, AB'de Komisyon ve mahkemeler, ABD uygulamasına benzer olarak, bir sektörde düzenlemelerin bulunmasını, doğrudan antitröst bağımsızlığı için yeterli görmemektedir ve ayrıca antitröst bağımsızlığı getirilmesine genel olarak karşıdırlar. Ancak, düzenlemelerin varlığının antitröst uygulamasına etkisi değerlendirilirken, AB ve ABD farklı yaklaşımları benimsemiş görünmektedir. ABD uygulamasına ilişkin bölümde *Trinko* kararı anlatılırken belirtilen, Yüksek Mahkeme'nin, rekabetçi zararı ortadan kaldırmaya dönük düzenlemeler bulunduğu antitröstün katkısının sınırlı olacağına ilişkin yaklaşımına rağmen, AB, düzenlemeler mevcut iken rekabet hukuku müdahalesini kullanmaktan geri durmamıştır. Komisyon'un *Deutsche Telekom*²³² kararı bu yaklaşımın en önemli örneği olarak görülmektedir.²³³ Erişim Tebliği'nde de, sektör spesifik mevzuat ve rekabet hukukundan herhangi birine uygunluğun, diğer kurallar bütünüyle getirilen yükümlülüklerden bağımsızlık sağlamayacağı açık bir şekilde ifade edilmektedir.²³⁴

ABD ile AB arasındaki yaklaşım farklılıklarını telekomünikasyon alanındaki iki kararı (*Trinko* ve *Deutsche Telekom*) karşılaştırarak yapan Geradin'e göre bu farklılıkların dört nedeni bulunmaktadır. Bunlar, antitröst uygulaması bakımından ABD'nin mahkeme sistemini, AB'nin idari sistemi benimsemesi; düzenlemelerin ABD'de çok detaylı, AB'de daha genel nitelikli olması; *Trinko*'da düzenleyici sorunu çözmüş iken, *Deutsche Telekom*'da Alman düzenleyicinin sorunu çözememesi; ABD'de düzenlemeler ve Sherman Kanunu eşit düzeyde yasalar iken, AB'de 82. madde ile üye ülke ulusal düzenlemelerinin

²³² Deutsche Telekom AG, Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, OJ L 263/9, 14.10.2003.

²³³ Geradin, dn. 11, s. 1547; Gürzumar, dn. 5, s. 118.

²³⁴ Erişim Tebliği, dn. 25, par. 22.

hiyerarşik olarak eşit olmamasıdır.²³⁵ Sonucu neden çok önemlidir, zira AB’de sektörel düzenlemelerin genellikle harmonizasyon kuralları çerçevesinde üye ülkeler tarafından yerine getirilmesi nedeniyle, söz konusu kurallarla hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi amacıyla 82. maddenin Komisyon tarafından tamamlayıcı olarak kullanıldığı düşünülmektedir. Bu çerçevede, 1990’lı yılların ortasında liman ve havayolu kararlarının gündeme gelmesi, ulaştırma sektöründeki liberalizasyon çabasıyla; 1998 yılındaki Erişim Tebliği, 1998 yılında AB’de telekomünikasyon alanında münhasır ve özel hakların tamamen kaldırılmasıyla ilişkilendirilmektedir.²³⁶ Son dönemde, Komisyon’un enerji sektörüne odaklanmasına paralel olarak, benzer müdahaleleri enerji alanında görmek mümkündür.²³⁷

Bu çerçevede, ABD uygulamasında *Trinko* ve *Linkline* kararlarından görüleceği üzere, düzenlemelerle erişim ya da sözleşme yükümlülüğü getirilmesine bakılmaksızın, Sherman Kanunu’nun 2. bölümü bağlamında bir sorumluluk doğabilmesi için söz konusu madde standartlarında yükümlülüğe karar verilmesi gerektiği, ancak düzenlemelerle getirilen bir yükümlülüğün varlığı durumunda antitröst yükümlülüğü getirilmesine gerek bulunmadığı şeklinde bir yaklaşım geliştirilmiştir. AB’de ise, düzenlemelerle getirilen sözleşme yapma yükümlülüğü varsa, bu durum, 82. madde altında sözleşme yapma yükümlülüğü olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından yapılacak olan, getirilecek yükümlülüğün, özellikle yatırım güdeleri üzerindeki, etkileri analizinin yerine geçecek şekilde kullanılacaktır. Dolayısıyla fiyat sıkıştırması gibi sözleşme yapmayı reddetme olarak değerlendirilebilecek vakalarda Komisyon, düzenlemelerle getirilen sözleşme yapma yükümlülüğünü veri kabul edebilecek ve fiyat sıkıştırması yoluyla söz konusu yükümlülüğün ortadan kaldırıldığını iddia edebilecektir. Bu durum esas itibarıyla, AB rekabet hukuku ile düzenlemeler arasındaki daha önce belirtilen ilişkiye ek olarak, özellikle telekomünikasyon alanındaki düzenlemelerde AB’nin düzenleyici çerçevesinin, çoğunlukla toptan seviyede sektör spesifik müdahaleyi öngörürken, etkin rekabetin bulunduğu alanlarda (çoğunlukla perakende pazarlarda) sadece rekabet hukuku müdahalesini öngörmesinden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede,

²³⁵ Geradin, dn. 11, s. 1548-1552.

²³⁶ Jones ve Sufrin, dn. 134, s. 542.

²³⁷ Örneğin, Komisyon en son, RWE aleyhine başlattığı ve gaz iletiminde rakip firmalarla sözleşme yapmayı reddetme ve fiyat sıkıştırması iddialarını içeren soruşturmasını, ilgili şirketin gaz iletim şebekesini devretmeyi taahhüt etmesiyle sona erdirmiştir. Bu karar bakımından ilginç olan, Komisyon’un sözleşme yapma yükümlülüğü getirmek yerine, altyapının devrini içeren bir tedbire başvurmuş olmasıdır. Bkz. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/410&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

ABD’de *Linkline* kararı ile AB’deki *Deutsche Telekom ve Telefonica*²³⁸ kararları esas itibarıyla iki uygulama alanındaki farklılaşmayı işaret etmektedir.

Son olarak, ihlallerin sona erdirilmesinin sözleşme yapmayı ret hallerinde sözleşmenin tesis edilmesini gerektirdiğinden hareketle, ihlal sonucunda getirilecek tedbirler (*remedies*) konusuna değinilmelidir. Çalışmanın ikinci bölümünde belirtildiği üzere, sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinde getirilecek tedbirlerin, özellikle fiyatın belirlenmesi hem çok zor hem de mahkeme ve otoriteler bakımından oldukça külfetlidir. Dolayısıyla ABD söz konusu zorluklar ve maliyetler nedeniyle, tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme davranışlarını ihlal olarak kabul etmeye oldukça soğuk bakan bir yaklaşım sergilemektedir. AB’de ise, sözleşme yapma yükümlülüklerinin getireceği sorunlar bağlamında, *Microsoft*’ta Komisyon’un getirdiği tedbirlerin gerçekleştirilmesi konusundaki sorunlara değinilmiştir. Her ne kadar Komisyon’un gözetim işinin bir kısmını denetleme mutemedine bırakması, fiyat düzenleyicisi olmak istemediği şekilde değerlendirilse de²³⁹, İDM’nin temel olarak Komisyon’un bağımsız bir kişiye, getirdiği tedbirlerin gözetimi görevini veremeyeceği ve bunun maliyetlerini yükümlülüğe muhatap teşebbüslere yükleyemeyeceği şeklinde gerekçesi nedeniyle iptal edilmesi²⁴⁰, Komisyon’un sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiğinde tedbirlerin gözetiminden ve denetiminden kaçamayacağını göstermektedir.²⁴¹

Sonuç olarak, esasen hem ABD’de hem AB’de dışlayıcı tek taraflı davranışların değerlendirilmesi konusunda sağlıklı bir standardın oluşmadığı dikkate alındığında, benzer sorunun tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme uygulamaları bakımından da geçerli olduğu ve AB’nin ve ABD’nin kısmen birbirine benzeşen, kısmen birbirinden ayrılan yaklaşımlar benimsedikleri görülmektedir. Özellikle ABD’de hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek yükümlülüklerin *sınırından* da bahsedilmekle birlikte, söz konusu kararların bu *sınırları* net bir şekilde tanımladığını söylemek oldukça güçtür. AB’de ise *Microsoft* kararı ve bunun yansıması olan Kılavuz ile gelinen noktada, 82. maddenin genel çerçevesi içerisinde tüm sözleşme yapmayı reddetme davranışları için tek bir şartlar seti getirilse de, AB açısından da benzer bir muğlaklığın özellikle detaylarda devam ettiği söylenebilecektir.

²³⁸Case COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica, 4.7.2007.

²³⁹ Geradin, dn. 11, s. 1546.

²⁴⁰ *İDM Microsoft*, dn. 13, par. 1251, 1278.

²⁴¹ *Microsoft* kararının tedbirlerine ilişkin yaşanan sorunlar için bkz. O’Donoghue ve Padilla, dn. 10, s. 724-725.

4. Türkiye Uygulaması

ABD ve AB uygulamasına paralel bir şekilde, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetme davranışları, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (4054 sayılı Kanun ya da Kanun)'un hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesi kapsamında ele alınmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un mehzaz olarak AB mevzuatını esas alması nedeniyle, 82. maddeye benzer bir şekilde, Kanun'un 6. maddesi, yasaklamayı düzenlemekte ve yasaklamaya konu olabilecek halleri tahdidi olmayan bir şekilde saymaktadır. Ancak, 82. maddede örnek olarak sayılan haller ile 6. maddede sayılan haller birtakım farklılıklar taşımakta ise de, Rekabet Kurulu'nun 6. maddedeki haller dışındaki davranışları da kötüye kullanma sayması nedeniyle, bu farklılıkların hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesinde değişiklik yaratmayacağı kabul edilmektedir.²⁴² Ancak, söz konusu farklılıkların Kurul'un sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili davranışları incelerken, davranışın 6. maddede sayılan kötüye kullanma hallerinden hangisine dayanacağı konusunda farklı kararlar almasına neden olduğu öne sürülmektedir.²⁴³ 6. maddede sayılan kötüye kullanma hallerinin genel ifadeleri nedeniyle, aynı davranışın birden fazla bent kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, AB uygulamasında da olduğu gibi²⁴⁴ söz konusu bentlerin örnek niteliği çerçevesinde Kurul'un 6. maddeyi bir bütün olarak ele aldığı söylenebilir.²⁴⁵

Rekabet Kurulu, 4054 sayılı Kanun'u uygulamaya başladığı ilk aylardan itibaren sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına yönelik şikayetlerle karşı karşıya kalmış²⁴⁶ ve bugüne kadar bu konuda önemli sayıda karara imza atmıştır. Bu nedenle çalışmanın kapsamı çerçevesinde hakim durumdaki teşebbüslerin (mevcut ya da potansiyel) rakiplerinin sözleşme yapma taleplerini tek taraflı ve

²⁴² Gürzumar, dn. 5, s. 218-219.

²⁴³ Aslan, E.F. (2009); "AB 82. Madde Reform Çalışmaları Işığında Mal Vermeyi Reddetme ve Benzeri İhlallerden Ayrılması", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl 4, Sayı 16. Yazar, Kurul'un bazı kararlarında 6. maddenin 2. fıkrasındaki (a) bendiyle birlikte (b), (d), (e) bentlerinden birini dayanak olarak kullandığını, bazı kararlarında ise herhangi bir bende dayanmadan davranışı genel olarak 6. madde kapsamında değerlendirdiğini belirtmektedir.

²⁴⁴ *IDM Microsoft*, dn. 13, par. 861.

²⁴⁵ Bkz. 5.6.2007 tarihli ve 07-47/506-181 sayılı *Solmaz Mercan* kararı.

²⁴⁶ Örn. bkz. 20.11.1997 tarihli ve 40/257-13 sayılı *Cine 5* kararı. Söz konusu kararda televizyon yayıncılığı alanında faaliyet gösteren bir teşebbüs (Cine5), yeni kurduğu kanallarına ait ilanları *Hürriyet Gazetesi*'nde yayınlamak istemiş ancak söz konusu talep reddedilmiştir. Kurul, "*konunun 4054 sayılı Kanun ile ilgisinin bulunmadığı*" gerekçesiyle şikayeti reddetmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. Gürzumar, dn. 5, s. 303, 304.

koşulsuz reddetmesiyle ilgili kararlara odaklanılmak suretiyle, başta soruşturma sonucunda alınanlar olmak üzere, özellik arz eden kararlar kısaca ele alınacaktır. ABD ve AB uygulamasından farklı olarak, Danıştay'ın sözleşme yapmayı reddetmeye ilişkin esastan kararlarının azlığı nedeniyle, Türkiye uygulamasının değerlendirilmesi daha çok Kurul kararları dikkate alınarak yapılacaktır.

Kurul'un Sözleşme Yapmayı Reddetmeyle İlgili Önemli Kararları

Rekabet Kurulu'nun 2000 yılında aldığı **Biryay II**²⁴⁷ kararı, sözleşme yapmayı reddetmenin de konu edilmesi ve zorunlu unsur doktrininin kullanılıp kullanılmadığı tartışmalarına yol açması nedeniyle ele alınması gereken kararlardan birini oluşturmaktadır. Karara konu şikayette, gazete yayıncısı bir teşebbüsün (Ulusal Basın) çıkardığı gazeteyi kendi dağıtım şirketi (Medya Pazarlama) aracılığıyla dağıtırmak istediği ancak gazete ve dergi yayıncılığı pazarında faaliyet gösteren BBD, Yaysat ve Biryay tarafından söz konusu gazetenin dağıtılmasının bayi kanalına baskı yapılmak suretiyle engellendiği iddia edilmiştir. Kurul, kararında, gazete ve dergi dağıtım piyasasında, birlikte hakim durumda bulunduğu BBD, Biryay ve Yaysat'ın,

“sürekli olarak, mal tedarik ettikleri, son satıcıları, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünler arasında, tercih yapmaya zorlamak ve rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri, teşhir edip satan, son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, bu noktalara, mal tedarikini kesmek veya bu yönde tehdit ya da uygulamalarda bulunmak, dolayısıyla piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmamak”

suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir. Görüleceği üzere, burada şikayetçinin temel endişesi son satış noktalarında kendisinin ürünlerinin satışının engellenmesidir. Esas itibarıyla, olaydaki sözleşme yapmayı reddetme davranışı koşullu bir reddetme davranışdır ve temel amacı da bayilerin rakip dağıtıcılarla çalışmasını engellemektir. Dolayısıyla, söz konusu davranışlar münhasırlığı temin etmeye yönelik olduğundan, sözleşme yapmayı reddetme kategorisi içerisine almaya gerek bulunmamaktadır.²⁴⁸ Hatta, BBD ve Yaysat'ın bağımsız teşebbüsler olmaları ve karara konu davranışların birlikte gerçekleştirildiğine yönelik deliller bulunması nedeniyle, konunun 4. madde kapsamında ele alınmasının

²⁴⁷14.12.2000 tarihli ve 00-49/529-291 sayılı *Biryay II* kararı. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 02.08.2007 tarih ve 07-63/777-283 sayı ile yeniden karar almıştır.

²⁴⁸ Aynı yönde bkz. Aslan, E.F, dn. 243.

daha doğru bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.²⁴⁹ Ancak, Karar'da özellikle büyük şehirlerde belediyeler tarafından kiralanan son satış noktalarına Biryay'ın sahip olması ve BBD ve Yaysat dışından gelen yayınların dağıtılmamasının ele alınması, söz konusu kararda raportör olan iki Rekabet Uzmanı'nın yaptıkları çalışmalarda kararda zorunlu unsur doktrininin kullanıldığını iddia etmeleri²⁵⁰ sözleşme yapmayı reddetme bağlamında tartışmalara neden olmuştur.²⁵¹ Hatta kararın *Oscar Bronner* ile karşılaştırılması²⁵² son satış noktalarının zorunlu unsur olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği tartışmasına yol açabilecek olmakla birlikte, kararın bu çalışmada incelenen şekliyle sözleşme yapmayı reddetme davranışını içermemesi²⁵³ nedeniyle daha detaylı bir şekilde tartışılmasına gerek görülmemiştir.

Kurul'un 2000 yılında aldığı bir başka karar *Bor*²⁵⁴ kararıdır. Kararda Ceytaş adlı teşebbüs, Türkiye'de bor madenini arama ve işleme yetkisine sahip tek teşebbüs olan Eti Holding'in bor madeni cevherlerinden biri olan kolemanit cevherini konsantre halde sağlamayı reddetmesini şikayet etmektedir. Kurul pazarı borun nihai ürün haline gelme süreçlerini içine alacak şekilde belirlemiş ve Eti Holding'in hakim (tekel) durumda olduğunu tespit etmiştir. Kurul, hakim durumda olan Eti Holding'in hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını değerlendirirken öncelikle sözleşme özgürlüğüne vurgu yapmış ve söz konusu özgürlüğe müdahalenin sınırlı olması gerektiğini belirtmiştir. Daha sonra, hakim durumdaki teşebbüslere ancak iki durumda satış yapma zorunluluğu getirilebileceğini belirterek, bu iki durumun ilkinin "*hakim durumda olan teşebbüsten mal talebinde bulunan müşterinin, hakim durumdaki teşebbüsün sürekli alıcısı durumunda bulunması*" ikincisinin ise, "*bir teşebbüsün belli bir faaliyette bulunabilmesinin zorunlu unsuru olan temel kaynak faaliyetine hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip bulunması*" olduğunu ifade etmiştir. Kurul'a göre "*bir temel kaynak faaliyete sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır.*" Ancak Kurul "*temel kaynak faaliyeti ile söz konusu faaliyetten yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarda söz konusu olabilir. Şöyle ki, temel kaynak faaliyetine sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya*

²⁴⁹ Benzer görüş için bkz. age. Kurul benzer bir davranışın söz konusu olduğu 17.7.2000 tarihli ve 00-26/292-162 sayılı *Biryay I* kararında 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

²⁵⁰ Ölmez, dn. 28, s. 24-25; Ekdi, B. (2004) "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- II, 9 Nisan 2004, s. 123.

²⁵¹ Bu konuda detaylı bir tartışma için bkz. Gürzumar, dn. 5, s. 315-327.

²⁵² Ölmez, dn. 28, s. 25, 26.

²⁵³ Bkz. dn.248.

²⁵⁴ 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı *Bor* kararı.

benzer bir faaliyette bulunmak veya temel kaynak faaliyeti niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan temel kaynak faaliyetinin üretimi ile ilgili olacağından zorunlu unsur olmayacaktır.” şeklinde ifade ettiği gerekçe ile, Ceytaş’ın Eti Holding’in tek bir pazar olarak kabul edilen boru nihai ürün olarak talep edebileceğine, ancak borun üretim süreçlerinin herhangi bir aşamasındaki nihai olmayan bir ürünü talep edemeyeceğine karar vermiştir. Bu noktada, Kurul, dolaylı olarak, Eti Holding’in boru kullanarak ürün üreten teşebbüslerle sözleşme yapma zorunluluğunda olduğunu da söylemiş bulunmaktadır. Kurul, ayrıca bu değerlendirmeyi yaparken, ilgili boru cevherinin (konsantre kolemanit) yurtdışına satılıyor olmasını dikkate almamış, bu hususu ayrımcılık olarak değerlendirmemiştir.

Bu noktada, Kurul’un kararda sözleşme yapma yükümlülüğü bakımından mevcut sözleşmelerin kesilmesi ile ilk defa sözleşme yapmayı reddetmeyi farklı değerlendirdiği, rakiplik ilişkisi olmaksızın zorunlu unsurun mevcudiyeti durumunda hakim durumdaki teşebbüslere müşterileriyle sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebileceğine hükmettiği görülmektedir. Ayrıca, borun üretim aşamalarının ayrı pazarlar oluşturmadıkları da kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu noktada, kararın bu şekliyle, ATAD’ın *IMS*’te birbiriyle bağlantılı “*üretim aşamalarının (stages of production)*” varlığının ayrı bir pazar olması için yeterli olacağı şeklindeki yaklaşımından farklılık oluşturduğu görülmektedir.

Kurul’un bu kararı ulaşılan sonuç bakımından, bazı yazarlarca sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi gereken bir durum var olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.²⁵⁵ Bazı yazarlar ise sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesini doğru bulmaktadır.²⁵⁶ Gürzumar ise Eti Holding’in sahip olduğu kanuni tekel hakkı çerçevesinde konunun Kanun kapsamında olmaması gerektiğini ifade ederek, kararı farklı bir açıdan ele almaktadır.²⁵⁷

2001 yılında aldığı *Turkcell*²⁵⁸ kararında ise Kurul, GSM hizmetleri piyasasında hakim durumda olan Turkcell’in mevcut durumda rakibiyle de çalışan bir dağıtıcıya mal vermeyi kesmesini incelemiş ve ATAD’ın *United Brands* kararına atıfta bulunarak “*Mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor*

²⁵⁵ Aslan, E.F, dn. 243.

²⁵⁶ Ölmez, dn. 28, s. 27.

²⁵⁷ Gürzumar, dn. 5, s. 340.

²⁵⁸ 20.7.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı *Turkcell* kararı. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayı ile yeniden karar almıştır.

*olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için başka bir haklı sebebin olmaması” gerektiğini belirtmiştir. Bu noktada, Kurul’un, herhangi bir zorunluluktan bahsetmeksizin hakim durumdaki teşebbüsün dağıtıcısına mal vermeyi kesmesini ihlal olarak nitelendirmesi dikkat çekicidir. Ancak, söz konusu tespitlerin Turkcell’in münhasırlığı sağlamaya yönelik davranışları çerçevesinde değerlendirilmesi nedeniyle, esas itibarıyla kararın, *Biryay II*’de olduğu gibi koşullu bir reddetme eylemi olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, sözleşme yapmanın koşulsuz reddedildiği durumlara örnek olamayacağı düşünülmektedir.²⁵⁹*

2002 yılında alınan *Türk Telekom/Tissad*²⁶⁰ kararı, Kurul’un zorunlu unsur doktrinine açıkça atıfta bulunduğu ve değerlendirme ölçütü yaptığı kararlardan birisidir.²⁶¹ Kararda Türk Telekom’un dar ve genişbant internet erişim altyapıları pazarlarındaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiaları ele alınmaktadır. Kurul değerlendirmelerinde Türk Telekom’un hakim durumundan ve zorunlu unsur sahibinin bu unsur kullanılarak faaliyette bulunulan alt pazarda rekabeti tehdit edebileceğinden ve bu durumlarda unsur sahibine sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebileceğinden bahsederek, Türk Telekom’un sahip olduğu altyapıların zorunlu unsur niteliği taşıdığını açıklamıştır. Bu çerçevede, kararda zorunlu unsur doktrininin uygulanma esasları aşağıdaki şekilde sıralanmaktadır:

- “1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü,*
- 2. (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/ üretmesinin imkansız olması,*
- 3. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,*
- 4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması”*

Ancak söz konusu esaslar içerisinde, sözleşme yapılmasının reddinin alt pazara etkisi konusunda herhangi bir açıklama getirilmemesi nedeniyle karar, AB içtihadındaki örneklerden eksik bir yönü bulunduğu yönünde eleştirilmektedir.²⁶² Buna ek olarak, kararda zorunlu unsur doktrininin

²⁵⁹ Benzer görüş için bkz. Aslan, E.F, dn. 243.

²⁶⁰ 2.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı *Türk Telekom/Tissad* kararı. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayı ile yeniden karar almıştır.

²⁶¹ Gürzumar, dn. 5, s. 342-343.

²⁶² Age, s. 373.

davranışların ihlal olarak değerlendirildiği analizin neresinde yer aldığı konusunda bir belirsizliğin bulunduğu belirtilmelidir. Zira karar sonucunda açıkça bir erişim yükümlülüğü de getirilmemektedir. Karar sonucunda ihlal bulunan hallere bakıldığında, Türk Telekom'un yerel kullanıcılara sunulan dar bant internet erişim hizmetleri piyasasında yıkıcı fiyat uygulamasının sözleşme yapmanın reddedilmesiyle bir ilgisinin bulunmadığı görülmektedir. Kararda ihlal olduğu tespit edilen diğer iki davranış ise, Türk Telekom'un kurumsal müşterilere uyguladığı genişbant internet erişim hizmetleri altyapısı pazarındaki fiyatlarının perakende fiyatların altında kalması (fiyat sıkıştırması) ve uydu üzerinden uzak mesafe veri taşınması pazarındaki, başta fiyat artışı olmak üzere, uygulamalardır. Söz konusu davranışların tek başlarına mı ihlal oluşturdukları yoksa bu davranışların sözleşme yapmayı reddetme sonucunu mu ortaya çıkardığı açık değildir. Zorunlu unsur doktrinine yer verilmesi nedeniyle Kurul'un ikincisini benimsediği ihtimali daha güçlü görünmektedir.

Rekabet Kurulu'nun *Ulusal Dolaşım*²⁶³ kararı telekomünikasyon sektörü ile ilgili olarak alınan ve başlı başına sözleşme yapmayı reddetmeyi ele alan bir karardır. Kararda GSM sektöründe faaliyet gösteren Turkcell ve Telsim'in, bu alana lisans alarak yeni giren İŞ-TIM'in, şebekelerinden yararlanma talebini reddetmeleri ele alınmaktadır. Kurul söz konusu kararda rekabet hukukunun en zor ve tartışmalı iki kavramı sayılabilecek "zorunlu unsur doktrini" ve "birlikte hakim durum" kavramlarını birlikte kullanmakla kalmamış, kanunen taraflara böyle bir yükümlülük yüklenmiş ve ilgili düzenleyici kurum kendi mevzuatı çerçevesinde olaya müdahil olmuş olmasına rağmen 4054 sayılı Kanun'u uygulamıştır.

Kurul söz konusu kararda, öncelikle GSM altyapı hizmetleri ve GSM hizmetleri olmak üzere iki ayrı pazar tanımlamıştır. Daha sonra, ulusal dolaşım konusundaki gelişmeleri özetleyen Kurul, ulusal dolaşım ile ilgili telekomünikasyon mevzuatında bulunan ulusal dolaşım sağlama yükümlülüğüne ve Telekomünikasyon Kurumu (TK)'nin bu amaçla yapabileceği müdahalelere değinmiş, bu konuda TK tarafından yayımlanan uzlaştırmaya yönelik usul ve esaslar ile ulusal dolaşımın usul ve esaslarını belirleyen yönetmeliğe, Telekomünikasyon Kurulu'nun ulusal dolaşım konusunda belirlediği hüküm ve şartlara, bu hüküm ve şartlara karşılık Turkcell ve Telsim'in mahkemelerden aldıkları ihtiyati tedbir kararlarına ve açtıkları uluslararası tahkim davasına yer verilmiştir. Ardından, telekomünikasyon mevzuatı hükümlerini detaylı bir şekilde aktaran Kurul, 4054 sayılı Kanun'u ulusal dolaşım uzlaşmazlığına uygulamasının önünde bir engel olmadığına ve soruşturma açma ve ceza verme konusunda yetkili olduğuna karar vermiştir.

²⁶³ 9.6.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı *Ulusal Dolaşım* kararı.

Bu çerçevede, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki analizine geçen Kurul, daha önce herhangi bir ekonomik faaliyete konu olmamış olan GSM altyapı pazarında arz ve talep koşullarını değerlendirerek Turkcell ve Telsim'in ilgili pazarda birlikte hakim durumda olduğunu tespit etmiştir. Hakim durumda olan teşebbüslerin rakipleri için zorunlu olan varlıklara erişim sağlamamalarının zorunlu unsur doktrini altında incelenmesi gerektiğini söyleyen Kurul, zorunlu unsur doktrininin uygulanması için gerekli şartları²⁶⁴ sıralamıştır. Bu şartlar şunlardır:

1. *Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi.*
2. *Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması.*
3. *Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması.*
4. *Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması.*
5. *Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.'*

Bu noktada, Kurul'un söz konusu şartları sıralamakla birlikte, kararının gerekçesinde bu unsurların hepsini tek tek ele almadığı görülmektedir. Kurul bu şartlardan zorunluluk şartını incelerken İŞ-TİM'in bir an önce pazara girmesinin şart olduğunu, işletmecinin %100 kapsama alanına ulaşmadan abone kaydı yapamayacağını dolayısıyla rakipleriyle rekabet edemeyeceğini, imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde 5 yıl içinde söz konusu altyapıyı kuracak olmasının bu zorunluluğu ortadan kaldırmadığını²⁶⁵ ifade etmiştir. Kurul talep edilen altyapının benzerinin kurulmasının imkansızlığını sadece zamana bağlı olarak değerlendirmiştir. Kurul ayrıca Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşım için yüksek fiyat talep ettiklerini ve teknik kısıtları öne sürerek erişim sağlamayı dolaylı olarak reddettiklerini, reddetme için de herhangi bir haklı gerekçe sunmadıklarını belirtmiş, her iki teşebbüsün savunmalarını da kabul etmeyerek,

²⁶⁴ Kararda atıf yapılmamakla birlikte söz konusu şartlar, AB Komisyonu'nun Erişim Tebliği'nde konuya ilişkin olarak sıraladığı şartlardır.

²⁶⁵ Kurul, 9.1.2003 tarihli ve 03-03/25-7 sayılı *Türkiye Denizcilik İşletmeleri* kararında ise alternatif altyapının kurulması için üç yıllık izin süreci gerekmesi ve altyapının inşasının daha uzun sürebileceği hususunu, erişim istenen altyapının alternatifsiz olduğunu göstermeyeceği şeklinde değerlendirerek farklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Turkcell ve Telsim'in hakim durumlarını birlikte davranışlar ile kötüye kullandıklarına karar vermiştir. Söz konusu ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik tedbir bakımından ise, Kurul;

“Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla 4054 sayılı Kanun'un 9/1. maddesi doğrultusunda ilgili taraflara bildirilmesine”

karar vermiştir. Bu haliyle, getirilen tedbirin ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Otter Tail*'de aldığı, sözleşmenin düzenleyici tarafından onaylanan şartlarda gerçekleştirilmesi şeklindeki tedbire benzediği görülmektedir. Ancak karşı oylarda da belirtildiği üzere, Kurul'un aldığı tedbirin şartlarını belirlemeyi TK'ya havale etmesi ve tekrar kendisinin onayını şart koşması akıllara Areeda'nın daha önce yer verilen *“açıklanamayacak ya da yeterli ve anlamlı bir şekilde denetlenemeyecek”* yükümlülüklerin getirilmemesi yönündeki görüşlerini akla getirmektedir. Bu noktada, Kurul'un hem reddetme eyleminin varlığı hem de ihlalin ortadan kaldırılması için gereken tedbirler bakımından düzenleyici kurumun şartlarını dikkate almasının bir diğer sakıncası, Danıştay 10. Dairesi'nin Rekabet Kurulu'nun ulusal dolaşım kararının yürütmesinin durdurulmasına ilişkin kararının gerekçesinde görülmektedir. Danıştay'ın ilgili dairesi, TK tarafından ulusal dolaşım için belirlenen hüküm ve şartlara yönelik düzenlemenin yürütmesinin durdurulması nedeniyle, bu hüküm ve şartları esas alan Rekabet Kurulu kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.²⁶⁶

Kurul'un bu kararda benimsediği yaklaşım bazı yazarlarca büyük ölçüde onay görülürken²⁶⁷, bazı yazarlar tarafından ciddi bir şekilde eleştirilmiştir.²⁶⁸

Kurul'un 2003 yılında aldığı **ÇEAŞ**²⁶⁹ kararı, *Türk Telekom/Tissad* ve *Ulusal Dolaşım* kararlarına benzer bir şekilde zorunlu unsur doktrini

²⁶⁶ Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 28.12.2004 tarih ve 2004/10382 Esas No'lu kararı.

²⁶⁷ Bkz. örneğin Gürzumar, dn. 5, s. 403-424.

²⁶⁸ Bkz. örneğin, Aslan, İ.Y. (2007); *Rekabet Hukuku Teori – Uygulama – Mevzuat*, Ekin, 4. Baskı, s. 503.

²⁶⁹ 10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı ÇEAŞ kararı. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 8.2.2007 tarih ve 07-13/101-30 sayı ile yeniden karar almıştır.

kullanılarak alınmış kararlardan bir diğeri. Kararda Türkiye'nin belli bir bölgesinde (Adana- Mersin çevresi) elektrik dağıtım ve üretim imtiyazına sahip olan ÇEAŞ'ın, aynı bölgede otoprodüktör olarak elektrik üretimi yapan şirketlerin elektrik iletim ve satış taleplerini reddetmesi ele alınmaktadır. Kurul, kararında, *Türk Telekom/Tissad* kararında olduğu gibi, zorunlu unsur doktrininin uygulanması için gereken 4 şartı tekrar etmiştir. Bu çerçevede, kararda elektriğin depolanamayan ürün olması nedeniyle iletim altyapısının zorunlu olduğu ve söz konusu altyapının alternatifinin kurulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Kurul, sonuç olarak, ÇEAŞ'ın Enerjisa adlı şikayetçinin nakil taleplerini Aralık 2001-Ağustos 2002 tarihleri arasında karşılamayı reddettiğini, Toros adlı şikayetçinin elektrik naklini mevcut sözleşme sürerken 21.6.2002 tarihinde kestiğini ve 8.8.2002 tarihinde yeniden başlattığını belirterek, söz konusu davranışlar yoluyla elektrik üretimi alanında tekelleşmek amacıyla alt pazardaki hakim durumunu üst pazarda kötüye kullandığına hükmetmiştir. Karar, kısmen ABD'de Yüksek Mahkeme'nin *Otter Tail* kararına benzetilebilecektir. Ancak, kararda farklı olan nokta, kararın sonucunda bir sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesidir. Çünkü zaten, karara konu olayda, Kurul karar almadan önce, Enerjisa ilgili Bakanlığın ÇEAŞ'a talimatı sonucu ihtilaftan yaklaşık 8 ay sonra, Toros ise yaklaşık iki ay içinde mahkeme kararıyla elektrik nakil imkanına kavuşmuştur. Karar ayrıca rekabet hukuku dışında düzenleyici araçlarla müdahale imkanı bulunabilecek olması yönüyle, Kurul'un ulusal dolaşım kararına da benzetilebilecektir.

Kurul'un sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin bir diğeri ise 2005 yılında alınan *Kablo TV*²⁷⁰ kararıdır. Söz konusu kararda, Kablo TV altyapısına sahip olan Türk Telekom'un bu altyapı üzerinden genişbant internet hizmetleri sunumunu sadece kendisinin gerçekleştirmesi, rakip internet servis sağlayıcılarına bu imkanı kullandırmaması ele alınmaktadır. Kararda zorunlu unsurdan bahsedilmesine rağmen doktrin uygulanmamıştır. Ayrıca, bir şebekenin rakiplerin kullanımına açılmasının reddedilmesinin kötüye kullanma olup olmadığını tespiti bakımından iki ayrı pazar tanımı yapılmaksızın tek bir pazar tanımı üzerinden inceleme ve değerlendirme yapılmıştır.²⁷¹ Bu şekliyle kararın ABD Yüksek Mahkemesi'nin özellikle *Trinko*'daki yaklaşımına benzediği söylenebilir. Kararda daha çok altyapı sahibi Türk Telekom'un davranışının ön plana çıkarıldığı, davranış sonucunda kötüye kullanmanın piyasaya etkisinin nasıl ortaya çıktığı üzerine odaklanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede kararda, rekabetçi zarar ön plana çıkarılmış, rekabetçi zarar düzenlemelerle ortadan kaldırılmamışsa ve rekabet hukukunun süregelen

²⁷⁰ 10.2.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı *Kablo TV* kararı.

²⁷¹ Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Gürzumar, dn. 5, s. 464-467.

standartları çerçevesinde bir dışlayıcı davranış varsa kötüye kullanmadan bahsedilebileceği vurgulanmıştır. Kurul, sonuç olarak davranışın tekel gücünü korumak ve devam ettirmekten başka bir ekonomik anlamı olmadığına ve reddetme eylemi için teknik bir gerekçe de bulunmadığına, dolayısıyla davranışın hakim durumun kötüye kullanılması niteliği taşıdığına karar vermiştir. Ancak Kurul, kararında ihlal tespit etmesine ve Kanun'un 9/1. maddesi uyarınca Türk Telekom'a Kablo TV şebekesi üzerinden internet hizmetini diğer internet servis sağlayıcılarına açarak ihlale son vermesi gerektiğini bildirme yönünde bir karar almasına rağmen ceza uygulanmasına gerek görmemiştir.

Kurul'un *Kablo TV* kararına genel olarak bakıldığında, sözleşme yapmayı reddetme davranışının amacı ve etkilerine (rekabetçi zarar) odaklanması, davranışın rekabetçi olup olmadığı değerlendirmesine yönelik genel bir standart bulma çabası (davranışın ekonomik anlamı olup olmaması/kardan mahrumiyet) ve sektörel düzenlemelerin dikkate alınması gerektiğine yönelik ifadeleri nedeniyle, yukarıda belirtilen benzeri kararlardan farklılık arz ettiği görülmektedir. Bu yönüyle Kurul'un ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Trinko* kararındaki yaklaşımının etkilerini yansıttığı söylenebilir.²⁷² Karara getirilen en önemli eleştirilerden biri daha önceki kararlarla karşılaştırıldığında ortaya çıkan söz konusu yaklaşım farklılığının gerekçelerinin kararda yer almıyor olmasıdır.²⁷³ Ayrıca Kurul'un ihlal olduğu tespit edilen davranışın ortadan kaldırılmasına ve bunun denetlenmesine yönelik detaylara kararında yer vermediği görülmektedir. Bu nedenle sözleşme yapmayı reddetme bakımından önemli bir tartışma konusu olan rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin ihlalin ortadan kaldırılması ve özellikle sözleşme yapılması koşullarının tespiti konusundaki yeterlilikleri bakımından değerlendirme yapılması imkanı bulunmamaktadır.

Kurul'un telekomünikasyon sektörü ile ilgili olarak 2005 yılı sonunda aldığı *UMTH*²⁷⁴ kararı ise, Türk Telekom'un sözleşme yapmayı reddetme olarak nitelenebilecek davranışlarına yönelik iddiaların "*telekomünikasyon mevzuatı çerçevesinde işletmecilere getirilen yükümlülüklerle ilişkili olduğu, şikayet konusu uygulamalar neticesinde ortaya çıkabilecek rekabetçi zararı önlemeye yönelik spesifik düzenlemelerin ve Telekomünikasyon Kurulu kararlarının bulunduğu, bazı uygulamaların Telekomünikasyon Kurulu onayıyla*

²⁷² Aynı yönde görüş için bkz. Gürzumar, dn. 5, s. 297.

²⁷³ Gürzumar, dn. 5, s. 467.

²⁷⁴ 22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı *UMTH* kararı. Danıştay 13. Dairesi tarafından kararın iptal edilmesi üzerine Kurul, aynı konuya ilişkin olarak 03.07.2008 tarih ve 08-43/586-219 sayı ile yeniden karar almıştır.

gerçekleştirildiği gerekçesiyle reddedilmesine yöneliktir. Kurul'un söz konusu kararını, *Kablo TV* kararı ile ilk işareti verilen, rekabetçi zararı önlemeye yönelik sektörel düzenlemeler varken 4054 sayılı Kanun kapsamında müdahil olunmaması gerektiği yönündeki yaklaşımın somutlaştığı ilk karar olarak yorumlamak mümkündür.

Rekabet Kurulu'nun, hakim durumdaki bir teşebbüsün alt pazardaki rakibine bu pazarda hammadde niteliğinde olan ürün arzını geçmişte olduğundan düşük seviyelere çekmesini ele alan, *Solmaz Mercan*²⁷⁵ kararı, Danıştay tarafından esastan ele alınan ve yürütmesi durdurulan bir karar olması nedeniyle, sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına yönelik ülkemiz uygulamasının değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Kurul aldığı kararda, ilgili pazarları "cam ambalaj" ve "cam ev eşyası" pazarları olmak üzere tanımlamış, hakkında soruşturma yürütülen Anadolu Cam'ın cam ev eşyası pazarında ara malı olarak kullanılan cam ambalaj pazarında hakim durumda olduğuna karar vermiş, cam ev eşyaları pazarında faaliyet gösteren Solmaz Mercan'ın Anadolu Cam ile aynı grupta bulunan Paşabahçe'ye rakip hale gelmesiyle mal tedarikinin düşük seviyelere indirildiğini belirtmiştir. Kurul böyle bir davranışın hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için 4 şartın asgari olarak sağlanması gerektiğine işaret etmiştir:

- *Mal vermeyi reddeden şirketin hakim durumda olması,*
- *(Mal vermeyi) reddetme" davranışının olması,*
- *Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,*
- *Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması."*

Kurul soruşturmaya konu olan iddia bakımından ilk üç unsurun sabit olduğuna, ancak dördüncü unsur olan rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Bu noktada Kurul'un soruşturmayı yürüten raportörlerin görüşlerinden farklı bir karar aldığı görülmektedir. Kurul söz konusu kararına iki temel gerekçe öne sürmektedir. *İlki*, Solmaz Mercan'ın Anadolu Cam tarafından arzın azaltılmasından sonra bir diğer üretici olan Marmara Cam'dan ve ithalat yoluyla yurtdışından mal sağlayabilmesidir. Kurul, bu noktada bazılarının yukarıda da yer verilen kararlarında açıkça zikrettiği zorunluluk/vazgeçilmezlik unsurunu üstü kapalı bir biçimde ele almaktadır. Marmara Cam'ın Solmaz Mercan'ın tüm taleplerini karşılayamaması, Solmaz Mercan'ın bundan olumsuz etkilenmesi ve karşılaşılan kalite problemlerinin ihlal için yeterli görülmemesi, Kurul'un Anadolu Cam'ın ürünlerinin Solmaz Mercan'ın piyasada faaliyet gösterebilmesi için zorunlu/vazgeçilmez olmadığına

²⁷⁵ 5.6.2007 tarihli ve 07-47/506-181 sayılı *Solmaz Mercan* kararı.

karar verdiğini göstermektedir. *İkincisi*, Kurul'un ilgili pazardaki fiyat seviyesinin dolayısıyla rekabetin söz konusu davranıştan etkilenmediği ve pazardaki fiyatların rekabetçi olabilecek seviyelerin üzerinde bulunduğuna yönelik bir bulgu olmadığı yönündeki tespitleri ışığında, soruşturulan davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisi olmamasıdır. Bu çerçevede Kurul, ilgili davranışın hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olmadığına karar vermiş ancak bu tür eylemlerin "ihlale dönüşme riski taşıdığı" gerekçesiyle hakkında soruşturma yürütülen teşebbüse görüş gönderilmesine karar vermiştir.

Kurul'un söz konusu kararının iki açıdan eleştiriye açık olduğu belirtilmelidir. *Birincisi*, sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının değerlendirilmesi bakımından rekabet hukuku analizlerinde kritik olan reddedilen unsurun rakip için zorunlu/vazgeçilmez olması şartının, kararda, kanaatimizce isabetli bir şekilde ele alınıyor olmasına ve Kurul'un birçok kararında yer almasına rağmen, açıkça ayrı bir unsur/şart olarak sayılmamasıdır. Bu durum genel itibarıyla Kurul'un uygulamada sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının hangi hallerde kötüye kullanma sayacağına dair istikrarlı bir şartlar bütününe ortaya koyamadığını göstermektedir. *İkincisi* ise kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyen bir davranışın ihlale dönüşme riskinden bahsedilmesinin soruşturmaya muhatap teşebbüsler bakımından hukuki belirsizlik yaratmasıdır.

Kurul'un *Solmaz Mercan* kararının yürütmesi Danıştay 13. Dairesinin kararıyla²⁷⁶ durdurulmuş, söz konusu karara karşı yapılan itiraz ise İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir.²⁷⁷ Danıştay 13. Dairesi temel olarak Kurul'un kararında yer verdiği 4. unsur olan, davranışın rekabeti kısıtlayıcı etkisi olup olmadığına ilişkin gerekçelerine katılmayarak, davranışın Kanun'un 6/2. maddesinin (a) ve (d) ve bentlerindeki eylemler kapsamında olduğu ve pazardaki fiyat seviyesinin rekabetçi olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, ayrıca Kurul'un davranışların ihlale dönüşme riskinden bahsederek teşebbüse görüş gönderilmesi sonucuna ulaşmasının gerçekte Kurulca da ihlalin kabulü anlamına geldiği gerekçeleriyle Kurul kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Danıştay'ın kararı kanaatimizce, sözleşme yapmayı reddetme eylemleri bakımından sıkça eleştiri konusu yapılan, rekabetin değil rakibin korunması odaklı bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda Kurul kararına getirilen eleştiriye de paralel olarak, Kurul'un sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinin değerlendirilmesi bakımından zorunluluk/vazgeçilmezlik ile davranışın rekabet üzerindeki etkisi kriterlerindeki bakış açısını tam olarak

²⁷⁶ Danıştay 13. Dairesi'nin 24.4.2008 tarih ve 2007/13574 Esas No'lu kararı.

²⁷⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.2.2009 tarih ve 2008/1242 No'lu kararı.

gerçekleştirememesinin böyle bir yaklaşımda önemli bir payı olduğu düşünülmektedir.

Kurul'un sözleşme yapmayı reddetme bakımından aldığı önemli kararlardan bir diğeri **CNR/NTSR**²⁷⁸ kararıdır. CNR, İstanbul'da hem fuar alanı işleten hem de fuar organizasyonu yapan bir teşebbüstür. NTSR ise fuar organizasyonu yapan ve özellikle yatçılık ve su sporları üzerine odaklanmış bir teşebbüstür. CNR ile 13 yıl süren bir iş ilişkisi mevcut olan NTSR, 2007 yılında düzenleyeceği fuar için, CNR'nin fuar alanı kirası için kabul edilmesi mümkün olmayan şartlar öne sürdüğünü iddia etmektedir. Kurul, ilk olarak şikayete ilişkin bir tedbir kararı olarak 2007 yılında düzenlenecek fuar için uygulanacak fiyata yönelik müdahalede bulunmuştur.²⁷⁹ Kurul, yürüttüğü soruşturma sonucunda ise detaylı bir şekilde analiz ettiği ilgili pazarları oldukça dar bir şekilde tanımlamış, CNR'yi fuar alanı işletmeciliği pazarında hakim durumda bulmuş ancak CNR tarafından yapılan, kira için istenen fiyatların (kira artışının) artırılmasının geçmiş yıllardaki düşük fiyatların makul seviyelere çekildiği yönündeki savunmayı kabul etmiştir. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin kanıt bulunmadığına hükmederek dosya konusu şikayeti reddetmiştir.

Kurul'un, kararın ilgili pazar ve hakim durum analizi bölümlerinde bir ölçüde üst pazardaki hizmetin (fuar alanı) alt pazar için vazgeçilmez olduğu ve alternatifinin kurulmasının zor olduğu yönünde ifadeler bulunmakla birlikte, hukuki dayanak ve gerekçe bölümünde "*Mal vermeyi reddetme eyleminin hakim durumu kötüye kullanma sayılıp rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için makul bir gerekçeye dayanmaması gerekmektedir.*" diyerek sadece hakim durumun varlığını ve makul gerekçe olmamasını sözleşme yapma yükümlülüğü için yeterli gördüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. Hatta bu yükümlülük, vazgeçilmezlik kriteri dikkate alınmaksızın eşit durumdaki tüm teşebbüsler için geçerli olacaktır. Bu çerçevede, kararda unsur sahibinin sözleşmenin devamı için talep ettiği fiyat artışının haklı gerekçelere dayandığı tespitinin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte;

"...ilgili pazarda hakim durumda olduğu anlaşılan CNR'nin bu faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan ya da dolaylı olarak engel olunmasını ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerden kaçınmasını ve bu faaliyet alanındaki alıcılara aynı ve

²⁷⁸ 19.9.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı CNR/NTSR kararı.

²⁷⁹ 6.11.2006 tarihli ve 06-81/1036-300 sayılı CNR/NTSR Geçici Tedbir kararı.

eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapmaması yönünde görüş yazısı gönderilmesine'

denilerek, 4054 sayılı Kanun'un 6/2. maddesinin (a) ve (b) bentlerine yer verildiği görülmektedir. Kötüye kullanma olmadığına karar verilen bir dosyada 4054 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin genel bir şekilde hatırlatılması ve belirsiz bir şekilde ilgili teşebbüse yükümlülük getirilmesi, Kurul'un önüne konuyla ilgili yeni şikayetler getirmektedir.²⁸⁰ Yukarıda açıklandığı üzere *Solmaz Mercan* kararının yürütmesinin durdurulma gerekçelerinden birisi, bu şekilde bir uyarıya gerek duyulmasının Kurul'un gerçekte ihlali kabul ettiği şeklinde değerlendirilmesidir.

Kurul'un 2008 yılında aldığı *TTNet*²⁸¹ kararı ise, fiyat sıkıştırması uygulamasının sözleşme yapmayı reddetme kategorisi içerisinde değerlendirilmesinden dolayı değinilmesi gereken kararlardan biridir. Kurul, ilgili kararında, Türk Telekom ve TTNNet'ten oluşan ekonomik bütünlüğün, toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki hakim durumunu perakende genişbant internet erişim hizmetleri pazarında fiyat sıkıştırması uygulayarak kötüye kullandığı gerekçesiyle cezalandırılmasına karar vermiştir. Gerekçesi yayınlanınca daha iyi analiz edilebilecek olan karar, davranış ve davranışın gerçekleştiği pazar bakımından ABD ve AB'de farklı yaklaşımlara konu olan bir alanda Kurul'un AB yaklaşımını tercih ettiğini göstermektedir. Ayrıca kararın, biri düzenlemeye tabi diğeri düzenlemeye tabi olmayan pazarlarda gerçekleşen bir davranışın söz konusu olması nedeniyle, düzenlemelerin rekabet hukuku analizlerinde dikkate alınması bakımından Kurul'un yaklaşımının değerlendirilmesi noktasında önemli olduğu belirtilmelidir.

Kurul'un yukarıda yer verilen kararları, hakim durumdaki teşebbüslerin mevcut ya da potansiyel rakipleriyle sözleşme yapmayı reddetme davranışlarını ele almaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere bu çalışma rakip olmayan teşebbüsler arasındaki sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına odaklanmamaktadır. Bununla birlikte, aşağıda Kurul'un şimdiye kadar²⁸² ihlal kararı vermediği bu alana ilişkin yaklaşımına kısaca yer verilecektir.

²⁸⁰ 14.2.2008 tarihli ve 08-15/155-M sayılı *CNR/NTSR II* kararına konu tedbir talebi.

²⁸¹ 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı *TTNet* kararı. Sempozyum tarihinde gerekçeli kararı henüz yayınlanmamıştır. Karara ilişkin duyuru için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=646>

²⁸² Sempozyum tarihi itibarıyla. Kurul'un Kanun'un 9/3. maddesi çerçevesinde aldığı kararlar (Örn. 15.11.2006 tarihli ve 06-84/1069-311 sayılı *Fida Film* kararı) ihlal kararı olarak değerlendirilmemiştir.

Kurul'un özellikle hakim durumdaki teşebbüsün, faaliyetinin bulunmadığı alt pazardaki müşterileri/bayileri ile sözleşme yapmayı reddetmesi ya da mevcut sözleşme ilişkisini kesmesi ile ilgili çok sayıda şikayeti karara bağladığı görülmektedir. Bu noktada Kurul'un bu konudaki şikayetleri reddederken değişik hususları dikkate aldığı belirtilmelidir. Bu hususların başında, uzun süreli sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı ve söz konusu sözleşme ilişkisinin kesilmesinin haklı gerekçelere dayanıp dayanmadığı gelmektedir²⁸³. Bu kararlardan bazılarında sözleşme yapmayı reddeden ile sözleşme yapma talebi reddedilen teşebbüsler arasında rakiplik ilişkisi bulunup bulunmadığı ele alınan unsurlardan sadece biri olmakta²⁸⁴, bazı kararlarda ise söz konusu ilişki hiç dikkate alınmamaktadır.²⁸⁵ Kurul'un bazı kararlarında ise rakiplik ilişkisi kararın gerekçesinin merkezinde yer almaktadır.²⁸⁶ Kurul bazı kararlarında da sözleşme yapılmasının reddinin ya da sözleşme ilişkisinin kesilmesinin ayrımcılık olup olmadığı noktasına odaklanmakta ve mal verilmesinin reddini, sözleşme ilişkisi içinde olan teşebbüslerin rakip olup olmadıklarına bakmaksızın ve reddedilen ya da kesilen sözleşmenin ilgili teşebbüsün pazardaki faaliyeti için zorunlu olup olmadığına bakılmaksızın "ayrımcılık" olarak nitelendirebileceğine dair ifadeler kullanmaktadır.²⁸⁷ Buna karşılık, Kurul'un tedarikçinin bayileri dışındaki müşterilere mal vermeyi reddetmesinin ayrımcılık olmayacağına yönelik kararları da bulunduğu belirtilmelidir.²⁸⁸

Değerlendirme

Yukarıda ele alınan Rekabet Kurulu kararları ışığında, sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından ülkemiz uygulaması zaman zaman AB ve ABD uygulaması ile karşılaştırılarak aşağıda çeşitli açılardan değerlendirilecektir.

²⁸³Örneğin, 20.11.2001 tarihli ve 01-56/554-130 sayılı *POAŞ* kararı; 19.10.2004 tarihli ve 04-66/949-227 sayılı *Türkiye Kömür İşletmeleri* kararı.

²⁸⁴ *Türkiye Kömür İşletmeleri* kararı, dn. 283.

²⁸⁵ Örneğin, 18.1.2005 tarihli ve 05-06/48-20 sayılı *Warner Bros* kararı; 5.4.2007 tarihli ve 07-30/302-115 sayılı *Bausch&Lomb* kararı; 14.12.2006 tarihli ve 06-90/1142-338 sayılı *Batı Anadolu Çimento* kararı; 19.10.2004 tarihli ve 04-66/946-224 sayılı *Doğal Gübre* kararı.

²⁸⁶ Örneğin, 20.3.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı *Gillette* kararı; 14.12.2006 tarihli ve 06-90/1146-340 sayılı *Akmerkez* kararı.

²⁸⁷ *Fida Film* kararı, dn. 282.

²⁸⁸ *Gillette* kararı, dn. 286.

Öncelikle, 4054 sayılı Kanun'un uygulanmaya başlamasından itibaren sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının Kurul'un önüne geldiği ve konuyla ilgili olarak içinde ihlal kararları da bulunan önemli sayıda karar alındığı belirtilmelidir. Bu kararlarda, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi hariç olmak üzere, genel itibarıyla sözleşme yapılmasının reddine yönelik değişik davranış türlerinin ve bunlara ilişkin tartışmaların Kurul'un önüne geldiği görülmektedir. Söz konusu kararlar incelendiğinde, Kurul'un çoğunlukla AB olmak üzere, AB ve ABD'deki konuya ilişkin uygulamaları takip ettiği ve bu uygulamaları örnek aldığı/almaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Kurul, belli şartların varlığı altında, hakim durumdaki teşebbüslerin rakiplerinin sözleşme yapma taleplerini açıkça ya da dolaylı bir şekilde reddetmelerini hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirebilmektedir.

İkinci olarak, Kurul'un, bazıları ihlal kararı olmak üzere bu konuda önemli sayıda karar almakla birlikte, sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından istikrarlı bir uygulama ve içtihat oluşturamadığı, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının hangi hallerde kötüye kullanma sayılacağı konusunda dikkate aldığı unsurların karar bazlı olarak değişebildiği görülmektedir. Örneğin, Kurul'un 2003 yılında aldığı iki ihlal kararında (*ÇEAŞ* ve *Ulusal Dolaşım*), esas itibarıyla genel yaklaşımı benzer olmakla birlikte, kötüye kullanma için farklı unsurları dikkate aldığı görülmektedir. Yine, Kurul'un 2005 yılında aldığı *Kablo TV* kararında, daha önceki kararlarından farklı bir üslup ve yaklaşım tarzı (ABD uygulamasına yakın) benimsediği görülmektedir. Ayrıca, değişik türdeki sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından (ilk defa sözleşme yapılmasının reddi, mevcut bir sözleşme ilişkisinin kesilmesi, rakip olmayan teşebbüslerle sözleşme yapılmasının reddi gibi) farklı standartlar uygulanıp uygulanmayacağına da belirsiz olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle ülkemiz uygulaması açısından hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek sözleşme yapma yükümlülüğünün *sınırları* konusunda netlik olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu çerçevede, hem iktisadi hem de hukuki yönden çok zor ve tartışmalı bir konu olduğu daha önce belirtilen sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından, AB ve ABD gibi daha gelişmiş ve tecrübeli uygulama alanlarında bile uygulayıcıların benzer eleştirilere muhatap olduğu dikkate alınarak, karşılaştırılan uygulama alanlarına göre daha yeni olan ülkemiz uygulaması açısından yapılan bu eleştirinin erken olduğu iddia edilebilecekse de, Kurul'un belli bir uygulama politikası çerçevesinde kararlarında istikrarı ve tutarlılığı sağlamasına ihtiyaç olduğu belirtilmelidir. Bu ihtiyaca yönelik olarak, AB ve ABD uygulamalarında son zamanlarda görüldüğü üzere, sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının da içinde bulunduğu hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesine yönelik uygulamaların gözden geçirilmesine ve

uygulanacak standartlar ya da uygulama öncelikleri konusunda açıklamaları içeren metinlerin ya da kılavuzların yayınlanmasına yönelik çalışmalara başlanması gerekmektedir.

Üçüncü olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin hangi hallerde, ne tür yükümlülüklerle karşılaşacakları noktasındaki belirsizliğin teşebbüslerin yatırım güdülerini etkileyebilecek olması nedeniyle, tüm sözleşme yapmayı reddetme halleri bakımından, AB'nin 82. Madde Kılavuzu'nda benimsediği yaklaşıma benzer bir şekilde, tek bir standardın sağlanması ihtiyacının bulunduğu belirtilmelidir. Kurul'un soruşturma sonucunda aldığı en son kararlardan biri olan *Solmaz Mercan* kararında sayılan şartlara bakıldığında, zorunluluk/vazgeçilmezlik unsurunun ihlal için gerekli şartlar arasında sayılmadığı görülmektedir. Özellikle AB uygulamaları ışığında, söz konusu unsurun bu konuda belirlenecek hukuki testin en önemli unsurlarından biri olması gerektiği düşünülmektedir. Bu çerçevede, diğer uygulama alanları bakımından da önemli bir sorun olan zorunlu unsur doktrininin söz konusu davranışların analizi içindeki yeri konusunda da belirlilik sağlanabilecektir. Kurul kararlarına bakıldığında, AB ve ABD'de mahkemelerin doğrudan kararlarına dayanak olarak almadıkları zorunlu unsur doktrininin kullanıldığı görülmekle birlikte, hangi durumlarda doktrinin kullanılacağı, zorunlu unsur niteliğinde olmayan varlık ya da unsurlar söz konusu olduğunda, sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının başkaca şartların varlığı altında (örneğin, uzun süreli sözleşme ilişkisi) kötüye kullanma olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda belirlilik bulunmamaktadır. Bu noktada, AB'nin 82. Madde Kılavuzu'nda benimsediği gibi, tüm sözleşme yapmayı reddetme davranışları bakımından tek bir şartlar bütünü belirlenmesi ve sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının farklılık arz eden yönlerinin (fikri mülkiyet hakkı içeren bir unsurun söz konusu olması, zorunlu unsur, mevcut bir ilişkinin varlığı gibi) de bu şartlar yorumlanırken dikkate alınması şeklinde bir yaklaşım belirlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Dördüncü olarak, hakim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğünün daha spesifik bir düzenleme yoluyla getirildiği durumların varlığı halinde de, Kurul'un 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında müdahalede bulunduğu görülmektedir. *Ulusal Dolaşım* kararı bu yaklaşımın en açık örneğidir. Bu örneğin aynı zamanda rekabet otoritelerinin sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiklerinde, bu yükümlülüklerin şartlarını belirleme ve denetleme konusunda karşılaşılabilecekleri problemleri gösteren bir karar olduğu düşünülmektedir. Uygulama politikası olarak, sözleşme yapma yükümlülüğünün spesifik bir düzenlemeyle öngörüldüğü durumlarda, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde sözleşme yükümlülüğü getirme ya da söz konusu yükümlülüğün şartları konusundaki uyuşmazlıklar bakımından Kurul'un

müdahaleden kaçınması gerektiği düşünülmektedir. Kurul'un müdahale kararı almakla birlikte *Kablo TV* kararındaki düzenlemelerin dikkate alınması gerektiğine yönelik ifadelerini ve *UMTH* kararında şikayet konusu iddialar için düzenleyici mevzuatı ve kurumu adres göstermesini *Ulusal Dolaşım* kararındaki yaklaşımını değiştirdiğine yönelik bir işaret olarak algılamak mümkündür. Bununla birlikte, sektörel düzenlemeye tabi bir pazarda getirilen sözleşme yapma yükümlülüğünün düzenlemeye tabi olmayan bir pazardaki davranışlar (fiyat sıkıştırması gibi) yoluyla dolanılmaya çalışıldığı durumlarda, Kurul'un 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde müdahale etmekten kaçınmadığı da belirtilmelidir.²⁸⁹ Bu konunun, sözleşme yapmayı reddetme bakımından ABD ve AB uygulamasının farklılaştığı noktalardan birisini oluşturduğu daha önce belirtilmiştir. Kurul'un bu gibi durumlarda AB uygulamasını takip edeceği, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Linkline* kararı ile açıkladığı yaklaşımı benimsemeyeceği anlaşılmaktadır. Esasen böyle bir yaklaşımın, kararın ilgili olduğu alandaki düzenleme modeli bakımından AB modelinin esas alınması nedeniyle, AB modelinin çizdiği çerçevede düzenlemelere ve rekabet hukukuna verdiği rol bakımından, doğru bir yaklaşım olduğu düşünülmektedir.

Son olarak, sözleşme yapmayı reddetmenin bir ihlal olarak kabul edildiği durumlarda, ihlalin sona erdirilmesi bakımından getirilecek tedbirler konusunun Kurul kararlarında yeterince ele alınmadığı görülmektedir. *Ulusal Dolaşım* kararında tedbir, temel olarak düzenleyicinin belirleyeceği şartlara havale edilirken, *Kablo TV* kararında ise şartları belirlenmeksizin sadece sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Dolayısıyla, tedbirlerin tartışılması bakımından mevcut kararlar yeterli düzeyde veri sunmamaktadır. Tedbirlerin dizaynının, özellikle sözleşmeye konu unsurun fiyatının belirlenmesinin, rekabet otoriteleri için ne kadar önemli bir zorluk olduğu AB uygulamasında *Microsoft* kararı sonrasında çok net bir şekilde görüldüğünden, Kurul'un sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiği kararlarında bu yükümlülüğün şartları ve bu şartlara uyulup uyulmadığının denetimi konusunda yeterli açıklamalara yer vermesine ihtiyaç duyulduğu belirtilmelidir.

5. Sonuç

Hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmaktan ya da mevcut bir sözleşmeyi sürdürmekten kaçınmaları değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı tek taraflı ve koşulsuz olarak reddetme davranışlarının rekabeti bozucu/dışlayıcı bir davranış olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu rekabet hukukunun en zor ve tartışmalı alanlarından birisini oluşturmaktadır. Bunun en önemli nedeni,

²⁸⁹ *TTNet* kararı, bkz. dn. 281.

hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının değerlendirilmesi bakımından ele alınacak tutarlı ve istikrarlı standartların geliştirilememiş olması ve sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin ciddi politika endişelerini ya da çatışmalarını ortaya çıkarmasıdır.

Bu zorluk ve tartışmalar, ABD’de ve AB’de son dönemde sözleşme yapmayı reddetme konusunda ortaya çıkan davalarda, hakim durumdaki teşebbüslere getirilebilecek yükümlülüklerin *sınırlarının* tartışma konusu yapılmasına neden olmaktadır. Söz konusu tartışmalar, zaman zaman varsa konuyla ilgili sektöre özgü düzenlemeler (erişim yükümlülükleri) ile getirilecek muhtemel yükümlülüklerin şartlarının belirlenmesi ve denetiminin sağlanması konusunda ilgili otorite ya da mahkemenin yeterliliklerinin değerlendirme aşamasında nasıl dikkate alınacağı sorusu ile daha da çetrefilli bir hal alabilmektedir.

İktisadi açıdan bakıldığında, rekabete ve tüketici refahına katkısı bakımından sözleşme yapmayı reddetmenin uzun ve kısa vadede çelişkili etkiler ortaya çıkardığı, genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesi ve söz konusu yükümlülüğün dikkatli ve istisnai şartlarda uygulanması gerektiği yönündeki genel yaklaşım dışında, bu etkilerin rekabet otoriteleri ya da mahkemeler tarafından nasıl değerlendirileceği ve nasıl bir politika seçimi yapılacağı konusunda bir konsensüs bulunmadığı görülmektedir.

Hukuki açıdan bakıldığında da, iki önemli gelişmiş uygulama alanı olan ABD ve AB’de zaman zaman farklı yaklaşımların benimsendiği kararların alındığı, bu açıdan sözleşme yapmayı reddetme konusundaki uygulamanın, bu iki uygulama alanının benzeşen yönleri bulunmakla birlikte, farklılaştığı konulardan birisi olduğu tespitini yapmak mümkündür.

Bu çerçevede, ABD uygulamasında, mahkemelerin tek taraflı ve koşulsuz sözleşme yapmayı reddetme davranışlarını istisnai bir şekilde antitröst kurallarına aykırı buldukları, uygulama politikası açısından hatalı pozitif kararlardan (hatalı müdahalenin yatırım ve inovasyon üzerine olumsuz etkilerinden) ve rekabet hukukunu uygulayan mahkemelerin düzenleyici otorite haline dönüşmesinden çekindikleri, düzenlemelerle getirilen sözleşme yapma yükümlülüğü mevcut ise antitröst müdahalesinden kaçındıkları, dolayısıyla tartışmalar bulunmakla birlikte uygulayıcıların bu alanı önemli bir öncelik alanı olarak görmedikleri görülmektedir.

Buna karşılık, AB uygulamasında, genel olarak teşebbüslerin, hakim durumda olsunlar ya da olmasınlar, varlıklarını istedikleri gibi kullanmakta ve istedikleri kişilerle paylaşmakta serbest oldukları kabul edilmekle ve son dönemde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi için daha sıkı şartlar

aranmakla birlikte, hakim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı koşulsuz sözleşme yapmayı reddetmeleri, belli şartların varlığı altında, 82. madde çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir. Bununla birlikte, bu konudaki içtihadın zaman içinde geliştiğini, sözleşme yapmayı reddetme hallerinin birbirinden bağımsız kategoriler (mal vermeyi kesme, yeni müşterilerle sözleşme yapmayı reddetme, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi ve birlikte işlerlik bilgilerinin verilmemesi) içinde ve her bir kategoriye farklı standart uygulanarak incelenegeldiğini, ancak 2009 yılında Komisyon tarafından yayınlanan Kılavuz ile sözleşme yapmayı reddetme halleri için tek bir analiz yöntemi getirilmeye çalışıldığını söylemek mümkündür. Bu çerçevede Komisyon'un, bir sözleşme yapmayı reddetme davranışına, söz konusu reddetmenin alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için vazgeçilmez/gerekli olan ürün ya da hizmete ilişkin olduğu, alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılması ihtimaline yol açtığı ve tüketici zararına sebep olma ihtimalini taşıdığı durumlarda, 82. madde altında müdahale edeceğini duyurduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte söz konusu hallerden özellikle tüketici zararı ortaya çıkma ihtimalinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, getirilecek sözleşme yapma yükümlülüğünün ilgili pazardaki rekabet ile yatırımlar ve inovasyon üzerindeki etkilerinin tartılmasının önemli zorlukları barındırdığının *Microsoft* kararıyla ortaya çıktığının altı önemle çizilmelidir. Komisyon'un ayrıca, ABD uygulamasından farklı olarak, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmemesi durumunda ortaya çıkacak rekabetçi etkilere daha fazla önem verdiği, bu tür etkilerin ortaya çıkma ihtimali durumunda, sözleşme yapma yükümlülüğü getirmekten ve söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmesinin denetlenmesi bakımından değişik mekanizmalara (denetleme mutemedi gibi) başvurmadan kaçınmadığı belirtilmelidir. Spesifik düzenlemelerin varlığı durumunda ise, her ne kadar farklı hukuk sistemleri olmaları nedeniyle bire bir karşılaştırma mümkün olmasa da, AB'nin özellikle fiyat sıkıştırması konusunda ABD'den farklı bir yaklaşıma sahip olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, ABD ve AB uygulamaları karşılaştırıldığında, ABD'de hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek yükümlülüklerin *sınırlarından* bahsedilmekle birlikte, alınan kararlarda bu *sınırların* net bir şekilde tanımlandığını söylemek oldukça güçtür. AB'de ise *Microsoft* kararı ve bunun yansıması olan Kılavuz ile gelinen noktada, 82. maddenin genel çerçevesi içerisinde tüm sözleşme yapmayı reddetme davranışları için tek bir şartlar seti getirilse de, AB açısından da getirilecek yükümlülüklerin *sınırları* konusunda benzer bir muğlaklığın özellikle detaylarda devam ettiği söylenebilecektir.

Bu çerçevede, bu konuda ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında, belli şartların varlığı altında, hakim durumdaki teşebbüslerin rakiplerinin sözleşme

yapma taleplerini tek taraflı ve koşulsuz bir şekilde reddetmelerinin hakim durumun kötüye kullanması olarak nitelendirilebildiği, ancak bu alanda istikrarlı bir uygulama ve içtihat oluşturulamadığı, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının hangi hallerde kötüye kullanma sayılacağı konusunda dikkate alınan unsurların karar bazlı olarak değişebildiği, bu nedenle hakim durumdaki teşebbüslere getirilecek sözleşme yapma yükümlülüğünün *sınırları* konusunda netlik bulunmadığı görülmektedir. Hem iktisadi hem de hukuki yönden çok zor ve tartışmalı olan sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının değerlendirilmesi bakımından, yeni sayılabilecek ülkemiz uygulamasında söz konusu belirsizlikler tabii karşılanabilecek olmakla birlikte, sözleşme yapmayı reddetme davranışlarına yönelik uygulamanın teşebbüslerin yatırım ve inovasyon güdülerinin etkilenmesi gibi önemli politika konularını ortaya çıkarması nedeniyle, Kurul'un belli bir uygulama politikası çerçevesinde kararlarında istikrarı ve tutarlılığı sağlamasına ve sözleşme yapma yükümlülüğü getirirken konuyu tüm yönleriyle ve ihtiyatlı bir şekilde ele almasına ihtiyaç olduğu ortaya çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AHLBORN, C., DENICOLÒ, V., GERADIN, D. ve PADILLA, A.J. (2006); “DG Comp’s Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf>.
- AHLBORN, C., EVANS, D.S. ve PADILLA A.J. (2005); “The Logic & Limits of the “Exceptional Circumstances Test” in Magill and IMS Health”, *Fordham International Law Journal*, [Vol. 28:1109 2005].
- AREEDA, P. (1989/90); “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, 58 *Antitrust L.J.* 841.
- AREEDA, P.E. ve HOVENKAMP, H. (2002); *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol III, Second Edition, Aspen Law&Business.
- ASLAN, E.F. (2009); “AB 82. Madde Reform Çalışmaları Işığında Mal Vermeyi Reddetme ve Benzeri İhlallerden Ayrılması”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Yıl 4, Sayı 16.
- ASLAN, İ.Y.(2007); *Rekabet Hukuku Teori – Uygulama –Mevzuat*, Ekin, 4. Baskı.
- BAKER, J. (2008); “Dynamic Competition Does Not Excuse Monopolization”, *Competition Policy International*, Volume 4, Number 2, Autumn 2008.
- CARLTON, D.C. (2001); “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak Are Misguided”, 68 *Antitrust L.J.* 659.
- Commission's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, [1998] O.J. C265/2
- Communication from the Commission Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, 9.2.2009, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/guidance_en.pdf.
- COTTER, T.F. (2008); “Essential Facilities Doctrine”, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper No. 08-18.
- DEMİRÖZ, A. (2003); “Avrupa Birliği'nin Yeni Düzenleyici Çerçevesi Işığında Telekomünikasyon Sektörünün Düzenlenmesinde Rekabet Hukukunun Rolü”, *Rekabet Dergisi*, Sayı15.

DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, December 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

DREXL, J. (2004); "IMS Health and Trinko- AntiTrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal to Deal Cases", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, IIC 2004, 35(7), 788-808.

EKDİ, B. (2004); "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- II*, 9 Nisan 2004.

ELHAUGE, E. (2003); "Defining Better Monopolization Standards", *Stanford Law Review*, Vol. 56.

FORRESTER, I.S. (2005); "Article 82: Remedies in Search of Theories?", *Fordham International Law Journal*, Vol. 28.

FOX, E.M. (2005); "A Tale of Two Jurisdictions and an Orphan Case: Antitrust, Intellectual Property, and Refusal to Deal", *Fordham International Law Journal*, Vol. 28.

GERADIN, D. (2004); "Limiting the Scope of Article 82 EC, What Can EU Learn From the U.S. Supreme Court's Judgement in Trinko in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?", *Common Market Law Review* 41:1519-1553.

GÜRZUMAR, O.B. (2006); *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin.

HOVENKAMP, H.J. (2008); "Unilateral Refusals to Deal, Vertical Integration and the Essential Facility Doctrine", *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, Number 08-31, July 2008, <http://ssrn.com/abstract=1144675>.

HUMPE, C. ve RITTER C. (2005); "Refusal to Deal", (GCLC Research Papers on Article 82 EC içinde), Temmuz 2005, <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20E.C.pdf>.

JONES, A. ve SUFRIN, B. (2008); *EC Competition Law*, Third Edition, OUP.

KAYA, Y. (2003); *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:15.

KORAH, V. (2007); *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Ninth Edition, Hart Publishing.

- KOVACIC, W.E. (2007); “The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix”, *Columbia Business Law Review*, [Vol. 2007 No.1:1].
- LANG, J.T. (2008); “Reprisals and Overreaction by Dominant Companies as an Anti-competitive Abuse under Article 82(b)”, 29 *E.C.L.R.* (2008) 11-15.
- LAO, M. (2005); “Aspen Skiing and Trinko: Antitrust Intent and “Sacrifice”, *Antitrust Law Journal*, Vol.73.
- LAROUCHE, P. (2008); “The European Microsoft Case at the Crossroads of Competition Policy and Innovation”, *TILEC Discussion Paper*, Tilburg University.
- LAROUCHE, P. (2000); *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing.
- LEVEUQUE, F. (2005); “Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case”, *World Competition* 28(1):71-91.
- LIPSKY, A.B. ve SIDAK, J.G. (1999); “Symposium: Essential Facilities”, 51 *Stan. L.Rev.* 1187.
- LOPATKA, J.E. ve PAGE, W.H. (2005); “Bargaining and Monopolization: In Search of the Boundary of Section 2 Liability” between Aspen and Trinko”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 73.
- MADAN, Z. (2007); “Roma Anlaşması’nın 82. Maddesindeki Reform Çalışmaları ve Eşit Etkinlikteki Firma Testi”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 31.
- MELAMED, D.A. (2005); “Panel: Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal”, 20 *Berkeley Tech. L.J.* 1247.
- NAGY, C.I. (2007); “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Framework”, *European Law Review*.
- ODMAN, N.A. (2002); *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Seçkin.
- O’DONOGHUE, R. ve PADILLA J.A. (2006); *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing.
- OECD (2007); “Roundtable on Refusal to Deal Background Note by Secretariat”, *DAF/COMP* (2007)29.

OECD (2007); Roundtable on Refusals to Deal - Note by the United States, DAF/COMP/WD(2007)99.

ÖLMEZ, H.S. (2003); *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:33.

PITOFISKY, R. (?); “The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law” <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf>.

RITTER, C. (2005); “Refusal to Deal and “Essential Facilities”: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”, *World Competition* 28(3):281-298.

ROOIJEN, A.V. (2008); “The Role of Investments in Refusals to Deal”, *World Competition* 31(1): 63-88.

SALOP, S. C. (2006); “The Controversy over the Proper Antitrust Standard for Anticompetitive Exclusionary Conduct”, B.Hawk (ed.), *International Antitrust Law and Policy: Fordham Competition Law 2006*.

SPULBER, D.F. (2008), “Competition Policy and the Incentive to Innovate: The Dynamic Effects of *Microsoft v. Commission*”, <http://ssrn.com/abstract=1146451>.

TEKDEMİR, Y. (2003); *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:2.

TOTH, A. (2008); “Protection of Investments in European Abuse of Dominant Position Cases”, 2008 E.C.L.R., Sayı 12.

US DOJ (2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008.

US DOJ ve FTC (2007); *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007.

ÜNVER, M.B. ve TÖZER, A. (2008); “AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda AT Anlaşmasının 82. Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VI*, 4-5 Nisan 2008.

WERDEN, G. (2007); “Identifying Single-Firm Exclusionary Conduct: From Vague Concepts to Administrable Rules”, 2006 Fordham Competition Law Institute.

WHISH, R. (2008); *Competition Law*, Oxford, Sixth Edition.

VEZOSSO, S. (2006); “The Incentive Balance Test in the EU Microsoft Case: A Pro-Innovation “Economics-Based” Approach?”, E.C.L.R., Issue 7.

VICKERS, J. (2008); A Tale of Two EC Cases: *IBM* and *Microsoft*, Competition Policy International, Volume 4, Number 1, Spring 2008.

YAVUZ, Ş. (2005); “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar”, Rekabet Dergisi, Sayı 25.

Kararlar

ABD

Pacific Bell Tel. Company, DBA AT&T California, at all v. Linkline Communications Inc. 555 U.S. - (2009)

Covad Communications Company et al. v. Bell Atlantic Corporation (398 F.3d 666 (D.C. Cir. 2005)

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

CSU, L.L.C. et al. v. Xerox Corporation, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999)

Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997)

Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp. 36 F.3d 1147 (First Cir. 1994)

Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc, et.al, 948 F.2d 536 (9th Cir. 1991)

Olympia Equipment Leasing Company v. Western Union Telegraph Company, 797 F.2d 370 (7th Cir.1986)

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985)

MCI Com. Corp v. AT&T. Co. 708 F.2.d 1081 (7th Cir. 1983)

Otter Tail Power Co. v. U.S., 410 U.S. 366 (1973)

Associated Press v. U. S., 326 U.S. 1 (1945)

U.S. v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)

U.S. v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912)

AB

Mahkeme Kararları

Joined Cases C-468/06 to C-478/06 (Sot. Lelos kai Sia EE at al. v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton),

[http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=judgements&numaff=C%25&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=CONC&mots=&resmax=1000)

[bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=judgements&numaff=C%25&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=CONC&mots=&resmax=1000](http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docrequire=judgements&numaff=C%25&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=CONC&mots=&resmax=1000)

Case T-201/04, Microsoft v. Commission, [2007] 5 CMLR 846

IMS Health v. NDC Health, [2004] ECR I-5039

Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint, [1998] ECR I-7791

Case T-504/93, Tiercé Ladbroke v. Commission, [1997] ECR II-923

Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, RTE and ITP v. Commission, [1995] ECR I-743

Case 238/87, Volvo v. Veng [1988] ECR 6211

Case 53/87 Cicra and Maxicar v. Renault, [1988] ECR 6039

Case 311/84, Télémarketing v. CLT and IPB, [1985] ECR 3261

Case 27/76, United Brands v. Commission, (1978) ECR 207

Cases 6, 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. v. Commission, [1974] ECR 223

Komisyon Kararları

Wanadoo España vs. Telefónica, Case COMP/38.784, [2007]

Microsoft, Case COMP/C-3/37.792, [2005] 4 CMLR 965

Clearstream, Case COMP/38.096, [2004]

Deutsche Telekom AG, Case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, [2003] OJ 263/9

NDC Health/IMS Health: Interim measures, Case COMP D3/38.044, [2003] OJ L 268/69

Irish Continental Group/CCI Morlaix, [1995] 5 CMLR 177

B&I plc/Sealink Harbours, [1995] 5 CMLR 255

London European/Sabena, [1988] OJ L 317/47

British Midland/Aer Lingus, [1988] OJ L 96/34

TÜRKİYE

Rekabet Kurulu Kararları

19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı *TTNet* kararı

20.3.2008 tarihli ve 08-25/261-88 sayılı *Gilette* kararı

14.2.2008 tarihli ve 08-15/155-M sayılı *CNR/NTSR II* kararı

19.9.2007 tarihli ve 07-74/896-333 sayılı *CNR/NTSR* kararı

5.6.2007 tarihli ve 07-47/506-181 sayılı *Solmaz Mercan* kararı

5.4.2007 tarihli ve 07-30/302-115 sayılı *Bausch&Lomb* kararı

14.12.2006 tarihli ve 06-90/1146-340 sayılı *Akmerkez* kararı

14.12.2006 tarihli ve 06-90/1142-338 sayılı *Batı Anadolu Çimento* kararı

15.11.2006 tarihli ve 06-84/1069-311 sayılı *Fida Film* kararı

6.11.2006 tarihli ve 06-81/1036- 300 sayılı *CNR/NTSR Geçici Tedbir* kararı

22.12.2005 tarihli ve 05-87/1199-348 sayılı *UMTH* kararı (03.07.2008 tarih ve 08-43/586-219 sayı ile yeniden karar alınmıştır.)

10.2.2005 tarihli ve 05-10/81-30 sayılı *Kablo TV* kararı

18.1.2005 tarihli ve 05-06/48-20 sayılı *Warner Bros* kararı

19.10.2004 tarihli ve 04-66/946-224 sayılı *Doğal Gübre* kararı

19.10.2004 tarihli ve 04-66/949-227 sayılı *Türkiye Kömür İşletmeleri* kararı

10.11.2003 tarihli ve 03-72/874-373 sayılı *ÇEAŞ* kararı (8.2.2007 tarih ve 07-13/101-30 sayı ile yeniden karar alınmıştır.)

9.6.2003 tarihli ve 03 - 40 / 432-186 sayılı *Ulusal Dolaşım* kararı

9.1.2003 tarihli ve ise 03-03/25-7 sayılı *Türkiye Denizcilik İşletmeleri* kararı

2.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı *Türk Telekom/Tissad* kararı (05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayı ile yeniden karar alınmıştır.)

20.11.2001 tarihli ve 01-56/554-130 sayılı *POAŞ* kararı

20.7.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı *Turkcell* kararı (29.12.2005 tarih ve 05–88/1221-353 sayı ile yeniden karar alınmıştır.)

21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı *Bor* kararı

14.12.2000 tarihli ve 00-49/529-291 sayılı *Biryay II* kararı (02.08.2007 tarih ve 07-63/777-283 sayı ile yeniden alınmıştır.)

17.7.2000 tarihli ve 00-26/292-162 *Biryay I* kararı

20.11.1997 tarihli ve 40/257-13 sayılı *Cine 5* kararı

Danıştay Kararları

26.2.2009 tarih ve 2008/1242 No’lu karar (Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu)

24.4.2008 tarih ve 2007/13574 Esas No’lu karar (Danıştay 13. Dairesi)

28.12.2004 tarih ve 2004/10382 Esas No’lu karar (Danıştay 10. Dairesi)

REKABET HUKUKUNUN SÖZLEŞME İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALESİ

Akın ÜNAL, LL.M.¹

GİRİŞ

Her ne kadar çalışmanın başlığı karşılaştırmalı bir çalışma olmadığı izlenimini verse de, sözleşme özgürlüğü dendiğinde akla ilk olarak borçlar hukuku geldiği için çalışmamızda önce borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanması ele alınmış, daha sonra Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile getirilmiş sınırlamalar incelenmiştir. Rekabet hukuku alanındaki sınırlamalara örnekler verilerek konu somutlaştırılmaya çalışılmış ve bu arada yer yer borçlar hukuku ile karşılaştırma yapılmıştır.

Ayrıca rekabet hukukçuları için malumun ilanı sayılacak terim ve kavramları tekrar açıklama gayreti içine girilmemiş ve yine rekabet hukuku ile getirilen sınırlamaların, amaç ve hukuki niteliği üzerine ayrıntılı bir akademik çalışma² yapılmış olduğu için tebliğde bu konulara değinilmemiştir. Daha çok sınırlamalara örnekler verilerek konu izah edilmeye çalışılmıştır.

A) ÖZEL HUKUK ALANINDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ve ÖZGÜRLÜĞÜN SINIRLANMASI

1) İrade Özerkliği, Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması

Sözleşme özgürlüğünü, kısaca, kişilerin diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişilerle ve içerikle geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlük olarak ifade edebiliriz³. Bu özgürlük Anayasanın 48.

¹ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

² Sayhan, İ.: Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık, Rekabet Dergisi, S. 17, Y. 2004, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>.

³ Sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak bkz. Tekinay, S./ Akman, S./ Burcuoğlu, H./ Altop, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993; s. 362 vd, Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 267 vd., Erman, H.: Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFİM, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 601 vd.; Oğuzman, K./ Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, 19 vd.; Başpınar, V.: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 16.

maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu maddeye göre “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir”⁴.

Anayasanın bu maddesi ile sözleşme özgürlüğü Türk hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilmekle beraber, bu ilkenin asıl uygulama alanı borçlar hukukudur. Borçlar hukuku ile bir bütünlük arz eden eşya hukuku, miras hukuku ve aile hukuku gibi alanlarda sözleşme özgürlüğü ciddi anlamda sınırlanmaktadır. Çünkü bu alanlarda sözleşme özgürlüğünden ziyade sınırlı sayı ilkesi kabul edilmiştir⁵. Buna benzer biçimde diğer hukuk alanlarında da sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı görülmektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, aslında felsefi bir görüş olan irade özerkliği doktrininin, borçlar hukuku alanındaki bir görünümüdür⁶. İrade özerkliği ya da muhtariyeti ise temel olarak liberal ve bireyci görüşe göre, kişilerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre belirleyebilmesidir⁷. İrade özerkliği ile sözleşme serbestisi zaman zaman eş anlamlı olarak kullanılsa da bunlar tamamen birbirine eş kavramlar değildir. Yani irade özerkliği hala tartışılan ve üzerinde fikir yürütülen felsefi, ekonomik ve ahlâki anlamda bir doktrin iken, sözleşme serbestisi irade özerkliğinin bir görünümü olarak pozitif düzenlemeye kavuşmuş bir özel hukuk meselesidir⁸.

Sözleşme özgürlüğü ve genel sınırları ise Borçlar Kanunu m. 19-20’de hükme bağlanmıştır. Ancak kanunda sözleşme özgürlüğünün tanımı yapılmış değildir. Doktrin tarafından genel olarak kabul edilen tanımı tekrar etmek gerekirse; sözleşme özgürlüğü, kişilerin diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişilerle ve içerikle geçerli olarak yapabilmek yetkisine sahip olmalarıdır. Bu özgürlüğün içine sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme, sözleşmenin şeklini seçme, sözleşmeyi

⁴ Aslında bu hüküm 1961 anayasasında 40. maddede ve temel hak ve özgürlükler arasın da düzenlenmişken, 1982 anayasasında “Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler” bölümünde yer almaktadır. 1961 anayasasındaki düzenlemenin sözleşme özgürlüğünün önemi bakımından daha yerinde bir düzenleme olmadığını ifade etmek gerekir. Bkz. **Eren**, s. 285; **Başpınar**, s. 13, dn. 1.

⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 363; Örneğin Medenî Kanunda bir tek evlenme şekli vardır.

⁶ **Esener**, T.: Borçlar Hukuku, C. I, Ankara 1969, s. 193; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 363; **Erman**, s. 602; **Eren**, s. 267; **Ateş**, D.: İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükümü ve Karar Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 2, Bahar 2007, s. 136 vd..

⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 19; **Eren**, s. 267.

⁸ **Erman**, s. 602.

ortadan kaldırma ve sözleşmenin içeriğini değiştirme gibi özgürlükler girer⁹. Sözleşme özgürlüğünün tasnifi bakımından temel olarak ikili bir ayrıma gidilirse, sözleşme özgürlüğü inikat serbestisi (Abschlussfreiheit) ve düzenleme serbestisi (Freiheit der inhaltlichen Gestaltung), yani içeriğini belirleme olarak ele alınabilir¹⁰. Konumuzu açıklama bakımından bu temel ayrımı benimsemekte fayda bulunmaktadır.

İnikat serbestisi sözleşmenin kurulması ile ilgili olup konumuz dışında kalmaktadır. Yani sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme gibi durumları inikat serbestisi içine girmektedir. Bundan dolayı zorunlu unsur doktrini ile bağlantılı olarak incelenmesi gereklidir. (Bu konu birinci tebliğ konusunun içine girmektedir). Bizim konumuz ise düzenleme serbestisi ile ilgilidir.

Düzenleme ya da sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi, sözleşmedeki edimlerin miktarını, konu ve içeriğini, süre ve tarzını serbestçe tayin edip seçmeyi ifade eder. Yani taraflar Borçlar Kanunda düzenlenen sözleşme tiplerini aynen benimseyebilecekleri gibi onun bir kısmını değiştirerek, hatta kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler de düzenleyebilirler¹¹.

Sözleşme özgürlüğü mutlak surette kabul edilse dahi, sınırsız bir özgürlük söz konusu olamaz. Çünkü bir kişiye tanınan çok geniş bir özgürlük diğer kişi ya da kişilerin özgürlüğünü tehlikeye atabilir. Aslında liberal ve bireyci düşünce sahipleri dahi, bu geniş sözleşme serbestinin hukuk düzeni ve ahlâk kuralları ile çelişme haline geldiği durumlarda sınırlamayı kabul etmişlerdir¹². Aynı şekilde liberal ekonomi sisteminde de iktisadi bakımdan zayıf olanların istismar edilmesi sebebiyle bu serbestinin kısıtlamalara tabi tutulması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır¹³. Neticede bu özgürlüğün sınırlamalara tabi tutulması doğaldır. Artık 18 ve 19. yüzyıllardaki liberal anlayış da mevcut değildir. Özellikle ikinci dünya savaşı ile birlikte sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar artmış bulunmaktadır. Gerçekten sosyal ve ekonomik mülahazalarla bu özgürlüğün sınırlanmasını kabul etmek gerekir.

⁹ Eren, s. 270 vd.; Aral, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 50; Başpınar, s. 17.

¹⁰ Esener, s. 193; Erman, s. 603.

¹¹ Eren, s. 285, Esener s. 198; Oğuzman/Öz, s. 19.

¹² Erman, s. 608.

¹³ Tüketicin Korunması Hakkındaki Kanun'un getirmiş olduğu sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilebilir.

2) Borçlar Hukukunda Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğünün (Düzenleme Serbestisinin) Sınırlanması

Sözleşme özgürlüğünün sınırlanması farklı tasniflere tabi tutularak ele alınmaktadır¹⁴. Ancak biz burada genel kabul görmüş tasnif üzerinden konuyu ele almayı uygun buluyoruz. Her şeyden önce BK m. 19/I “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir” şeklindeyken, BK. m. 19/II “Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir” diyerek sınırlamayı ortaya koymuştur. BK. m. 20 ise bu sınırlamaları aşan akitlerin müeyyidesini düzenleyerek bunların bâtil sayılacağını hükme bağlamaktadır.

Borçlar Kanunu m. 19 ve 20’nin birlikte uygulanması ile düzenleme serbestisini sınırlama konusunda şu sonuçlara varılabilir¹⁵:

1. Bir akdin konusu, kanuna (hukuka) aykırı olmamalıdır. Burada kastedilen kanunun emredici hükümleridir. Örneğin, BK. m. 127 (zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi). Son dönemlerde bu sınırlama içine giren ve getirdiği hükümlerle düzenleme serbestisini önemli ölçüde sınırlayan özel kanunların sayısı artmaktadır. Örneğin, İş Kanunu, Tüketici Korunması Hakkında Kanun ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gibi...

2. Akdin konusu, kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Örneğin, TMK. m. 23’teki kişilik hakları.

3. Sözleşme konusu, ahlâk ve âdaba aykırı olmamalıdır.

a. Sözleşmenin konusu ve gayesi itibariyle ahlâka aykırı olması. Örneğin, evlilik dışında münasebet kurmak için taahhüt edilen bir şey hususunda yapılan bir sözleşme,

b. Ahlâkî telâkkilere göre, kişinin takdirine bırakılmış bazı hareket tarzlarının başkaları tarafından sınırlandırılmasını içeren hareketlerinin, ahlâk ve âdaba aykırı olması. Böyle hallerde, edim

¹⁴ Sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasını kısaca fiili ve kanuni olmak üzere iki kısımda ele alan yazarlara göre; Sözleşme yapma özgürlüğünün kanunî sınırlarını, Medenî Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun sözleşme yapma ehliyetsizlikleri (TMK. m. 9-16-47), sözleşmenin şekli (BK. m. 11-16) ve sözleşmenin içeriği (BK. m. 19-20, MK. m. 23) şeklinde, fiilî sınırlamaların ise, standart sözleşmeler, genel işlem şartları, formüller sözleşmeler, sözleşmeler, yığın sözleşmeleri, pazar sınırlamaları ve kartel anlaşmaları olarak ifade etmektedirler. **Başpınar**, sh.19.

¹⁵ Tasnifin ayrıntıları için bkz. **Esener** s. 202 vd.; **Erman**, s. 609 vd..

ahlâka aykırı olmayıp, bir kimseyi o harekete mecbur etmek ahlâk ve âdaba aykırıdır. Örneğin din, tabiiyet, meslek, ikametgâh değiştirmek ve değiştirmemek taahhüdünde bulunmaya yönelik sözleşme gibi.

- c. Kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek şekilde sınırlayan sözleşmelerin de genel ahlâk ve âdaba aykırı olma hali. Örneğin, TMK. m. 23/II, rekabet yasağı, zaman ölçüsü ile sınırlanmamış olan şahsî edalar, iktisadî hürriyeti sınırlayan sözleşmeler gibi... Ayrıca kararlaştırılan cezai şart, tacirin ekonomik yıkımına neden olmakta ise, ahlâka aykırılık nedeniyle sakattır¹⁶.

4. Akdin konusu, kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Daha çok aile ve miras hukuku alanlarında görülmektedir. Örneğin çift evliliğin kamu düzenine aykırı olması gibi. Son zamanlarda ekonomik kamu düzeni sebebiyle sınırlamalarda görmek mümkündür. Aslında Rekabet Kanunu olmasaydı, rekabet hukuku alanında ekonomik kamu düzeni sebebiyle de sınırlamalara gidilebilirdi.

5. Sözleşmenin konusu imkânsız olmamalıdır.

B) REKABET HUKUKUNDA SÖZLEŞME İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN (DÜZENLEME SERBESTİSİNİN) SINIRLANMASI

1) Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçindeki Yeri ve Özel Kanun Genel Kanun Meselesi

a) Rekabet Hukukunun Genel Hukuk İçindeki Yeri

Rekabet hukukunun genel hukuk içindeki yerini kısaca tespit etmek gereklidir¹⁷. Çünkü irade özerkliği ve bunun bir görünümü olan sözleşme özgürlüğünün özel hukuk, hatta borçlar hukukunun bir temel ilkesi olduğunu ifade ettik. Öyleyse bir borçlar hukuku ilkesi olan sözleşme özgürlüğü rekabet hukukunda ne ölçüde yer bulmuş ya da rekabet hukuku bu sözleşme özgürlüğüne ne tür sınırlamalar getirmiştir.

Bilindiği üzere hukukun, klasik olarak özel hukuk ve kamu hukuku olarak iki ana bölüme ayrıldığı kabul edilmektedir¹⁸. Son dönemlerde özellikle devletin sosyal ve ekonomik mülahazalarla özel hukuk alanına müdahale

¹⁶ HGK.'nın T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 sayılı kararı.

¹⁷ Rekabet Hukukunun farklı hukuk alanları ile ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İnan**, N.; Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara Ekim 1999, s. 3 vd..

¹⁸ **Oğuzman**, K./ **Barlas**, N.: Medenî Hukuk, 12. Bası, İstanbul 2005, s. 3; **Ayan**, M.: Medenî Hukuka Giriş, 2. Baskı, Konya 2005, s. 29.

etmesiyle bu ayrımın ölçütleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Bu iki ana bölüme ek olarak karma hukuk alanının da doğduğu kabul edilmeye başlanmıştır¹⁹. Özel hukuk, eşit hak ve yetkilere sahip kişilerin birbirleri ile ilişkilerini düzenler ve koruduğu menfaat doğrudan doğruya kişilerin menfaatleridir. Kamu hukuku ise, devletin egemenliğinden kaynaklanan yetkileri kullanmasını ve bunun karşısında bireylerin haklarının neler olacağını düzenler ve taraflar eşit değildir. Kamu hukuku alanlarındaki kuralların büyük bir bölümünün amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır²⁰.

Rekabet hukukunun da asıl amacı kişileri korumak değil, rekabet düzenini korumaktır. Bu açıdan kamu hukukuna yaklaşmaktadır. Yine rekabet hukukunda Rekabet Kurulu ve Danıştay gibi etkin olan kurumlar da kamu hukukuna ait kurumlardır²¹. Buna karşılık rekabet hukukunu en çok ihlal edebilecek olan işletmeler (teşebbüsler) ise özel hukuk içinde yer alan tüzel kişilerdir. Ayrıca rekabet hukuku medenî hukuk alanındaki gerçek ve tüzel kişilere uygulanırken, devlet veya hükümet uygulamalarına kural olarak uygulanmaz. Rekabet hukukunda önemli bir yer tutan anlaşma ve kararların oluşması, hükümleri ve sona ermesi esasen medenî hukuk kurallarına göre belirlenir. Yine müşterilerin seçme özgürlüğünü kısıtlayan rekabeti sınırlayıcı ve tekeli uygulamaların yasaklanması da, borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ile paralel arz etmektedir. Yani Rekabet Kanunu'na aykırı anlaşma ve kararlar geçersizdir. Bu geçersizlik esasında BK. m. 19-20 de düzenlenen geçersizliğin özel bir hali olarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 56. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan maddede geçersizliğin taraflar açısından sonuçları bakımından da Borçlar Kanunu'na atıfta bulunulmuştur²².

Netice olarak rekabet hukuku hem kamu hukuku hem de özel hukukla ortak yönere sahiptir. Ancak birçok noktada özel hukuka daha yakın olduğu söylenebilir. Ancak bununla beraber bu iki daldan birine dahil olduğunu söylemek güçtür. Son dönemlerde artık varlığı kabul edilen karma hukukun içinde yer aldığını söyleyebiliriz²³. Rekabet hukukunun karma hukuk içinde yer alması, elbette, özel hukuka hakim olan ilkelerin rekabet hukukunun bünyesine

¹⁹ Oğuzman/Barlas, s. 4-5; Ayan, s. 30.

²⁰ Oğuzman/Barlas, s. 3; Ayan, s. 30; Aslan, Y.: Rekabet Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Bursa 2008, s. 12.

²¹ Aslan, s. 12; Güven, P.: Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 21.

²² Aslan, s. 13-14.

²³ Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları (Tez), Ankara 2001, s. 41; Aslan, s.10; Kamu hukuku alanına dahil olduğu yönünde bkz. İnan, s. 27

uygun düştüğü ölçüde, rekabet hukukuna uygulanabilmesine engel değildir. Aynı şeyler kamu hukuku ve rekabet hukuku ilişkisi bakımından da geçerlidir.

b) Özel Kanun Genel Kanun Meselesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu gibi kanunlarla mukayese edildiğinde de, RKHK'un bunlara göre özel bir kanun olduğunu görürüz. Hem Kanunun uygulama alanına ve amacına hem de kabul edildiği tarihlere baktığımızda bunu söylemek kolaydır. RKHK'un özel kanun olmasının pratik sonucu ise bu Kanunun kapsamına girecek konularda, Kanunun öncelikle uygulanması demektir. Yani rekabet hukuku ile ilgili bir mesele olduğunda öncelikle RKHK'a ve bunu takip eden Tebliğler ve Yönetmeliklere, somut meseleye ilişkin bir düzenleme var mı diye bakmamız gereklidir. Bunlarda herhangi bir düzenleme olmadığı takdirde Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ve Türk Medenî Kanun gibi genel kanunlara başvurmak gerekir. Tabi ki kamu hukuku alanı için de aynı şeyleri söylemek mümkündür. Meseleye konumuza açısından yaklaştığımızda şunu söyleyebiliriz: RKHK. ve bunu takip eden Tebliğ ve Yönetmelikler eğer sözleşme özgürlüğü, daha doğrusu düzenleme serbestisi ile ilgili bir hüküm getirmişse, bu hüküm rekabet hukuku ile ilgili meselelerde, genel kanunlardan önce uygulanır.

2) Rekabet Hukukunda Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğünün (Düzenleme Serbestisinin) Sınırlanması

Borçlar hukukunda düzenleme serbestisine getirilen sınırlamalardan kanuna (hukuka) aykırılık hali rekabet hukuku açısından önem arz etmektedir. Çünkü RKHK. ile sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirilmiştir. Burada zorunlu unsur²⁴ doktrinin konumuzun dışında kaldığını ve meseleyi düzenleme serbestisi bakımından ele aldığımızı bir kez daha belirtmek gerekir. RKHK'un 4. maddesi açıkça, teşebbüslerin amacı ve etkisi itibariyle rekabeti engelleyen, bozan ya da kısıtlayan nitelikte anlaşmalar yapmalarını yasaklamıştır. RKHK 56. madde ile de m. 4'e aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu pekiştirilmiştir. Böylece RKHK. 4. ve 56. maddelerdeki düzenlemeyle, Borçlar Kanunu'nu tarafından getirilmiş "kanuna

²⁴ Zorunlu Unsur Doktrini için bkz. **Gürzumar**, O.,B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006; **Ölmez**, H. S.: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Yayınları, (Uzmanlık Tezi), Ankara 2003; **Tekdemir**, Y.: AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Rekabet Kurumu Yayınları, (Uzmanlık Tezi), Ankara 2003.

muhalefet” sınırlaması gerçekleşmiştir²⁵. Böylece RKHK m. 4 ile düzenleme serbestisine sınırlama getirilmiştir. Doktrinde bu madde olmasaydı, rekabeti sınırlandıran veya bertaraf eden kartel anlaşmalarının yasaklanabilmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir²⁶. Bu görüşün mutlak manada doğru olduğunu kabul etmemiz mümkün değildir²⁷. Çünkü rekabet hukukundaki birtakım anlaşmaların Borçlar Kanunu ile getirilmiş sınırlamalardan ahlâka aykırılık hali ve bunun alt başlığı olan kişinin şahsi ve ekonomik özgürlüğü kabul edilemeyecek şekilde sınırlayan sözleşmelerinde geçersiz olması kapsamında ele alınarak çözülmesi mümkün olurdu. Aşağıda buna örnekler verilecek, ancak yeri gelmişken hemen ifade edelim ki, rekabet hukuku alanındaki dikey anlaşmalar bu tarz sınırlamalara konu olabilirdi. Yine ayrıca bu madde olmasaydı, rekabet hukukunun amacı ekonomik kamu düzeni²⁸ olduğundan hareketle, borçlar hukukundaki kamu düzenine aykırılıktan yararlanılabildi. Elbette burada söylemek istediğimiz RKHK. 4. maddeye gerek olmadığı değil, 4. madde olmasa da düzenleme serbestisine kısmi bir çözüm üretilebileceğidir. Bütün bunlardan sonra, RKHK 4. madde ile getirilen sınırlama ile, ahlâka aykırılık ya da kamu düzeni kavramlarına başvurmayaya gerek kalmadığını söylemek yanlış olmaz. Ancak RKHK. ve ilgili yönetmeliğin yetersiz kaldığı noktalarda ahlâka aykırılık ve kamu düzeni devreye sokulabilir.

3) Rekabet Hukukunda Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğü (Düzenleme Serbestisinin) Sınırlamalarının Örnekleri ve Değerlendirilmesi

a) Rekabet Hukukunda Anlaşma Örnekleri ve Değerlendirilmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile getirilmiş olan düzenleme serbestisi sınırlamasının kapsamı, borçlar hukukundaki düzenleme serbestisine getirilen sınırlamalardan daha geniştir. Çünkü borçlar hukukunda sadece

²⁵ **Badur**, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Yayınları, www.rekabet.gov.tr, s. 17. **Kılıçoğlu**, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Ankara 2007, s. 66.

²⁶ **Topçuoğlu**, s. 174.

²⁷ Henüz Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmeden, hatta daha Türkiye açısından varlığının gerekliliği tartışılmadan önce kaleme alınmış olan ve 1952 yılında Türkçeye çevrilmiş olan Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı adlı eserinde Andreas von Tuhr “...keza, tarafların iktisadi hürriyetini pek sıkı olarak ref veya tahdit ettiği takdirde, kartel ve benzeri mukaveleler ahlâka aykırıdır” demektedir. **von Tuhr**, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983, s. 252; **von Tuhr**, A./**Siegrwart**, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, Zürich 1942, s. 243. Bu yaklaşım da ortaya koymaktadır ki RKHK m. 4 olmasa dahi ahlâka aykırılık gibi gerekçelerle kısmen çözüm üretilebilirdi.

²⁸ **Güven**, s. 27.

sözleşmeler için getirilmiş bir sınırlamadan bahsedilirken, RKHK 4. maddesinde teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak olduğu ifade edilmiştir.

Rekabet hukukundaki anlaşma terimi de geniş yorumlanmaktadır. Bu geniş yorumun içine centilmenlik anlaşmaları, karşılıklı niyet açıklamaları, taahhütler, müşterek beyanlar ve yine bu çerçevede teşebbüsler arasındaki ekonomik özgürlükleri sınırlandıran, karşılıklı görüş bildiren, taahhütler içeren, hukuken bağlayıcı veya olmayan her türlü davranışlar girmektedir²⁹. Kavramı Rekabet Kurulu da geniş yorumlamaktadır.

Rekabet hukukunda anlaşma konusu ele alınırken yatay ve dikey anlaşmalar şeklinde bir ayrıma gidilmektedir. Bizde bu ayrım çerçevesinde konuyu biraz daha somutlaştırabiliriz.

aa) Yatay Anlaşma

Yatay anlaşma, aynı üretim veya pazarlama seviyesindeki teşebbüslerin yapmış olduğu anlaşma türleridir. Yani aynı işi yapan ya da bir malın üretim sürecinde aynı aşamada çalışan ve böylece birbirleri ile rekabet etme imkânı olan işletmeler arasındaki anlaşmalardır³⁰. Aşağıdaki örnekler yatay anlaşma ve yatay anlaşmalara getirilmiş sınırlamalardır. Rekabet Kurulunun, aşağıdaki örneklerin bazılarında, görüşmeleri de anlaşma kabul ederek, RKHK. 4. maddeye aykırı saymış ve o yönde karar vermiştir.

- *Adıyaman LPG Kararı*³¹: Kurul bu kararda “Adıyaman ilinde faaliyet gösteren bazı LPG Bayilerinin toplanarak fiyat anlaşması yapmaları ve maliyetin altında satış fiyatı belirleyerek rakiplerini pazar dışına çıkarmayı amaçlamaları ve bu anlaşmayı da uygulamaya koymaları, 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin a ve d fıkralarına açıkça aykırıdır.” demiştir. Biz burada rekabet hukuku bakımından yapılan diğer incelemelerin ayrıntılarına girmiyor ve sadece

²⁹ **Topçuoğlu**, s. 174, Ancak Topçuoğlu bu kadar geniş tanımlanmasının doğru olmayacağını ve bunun uygulamaya bir katkı sağlamayacağını, hatta bu kadar geniş yorumlamanın hukuki kavram ve kalıplara zarar vereceğini ileri sürmektedir. Ayrıca anlaşma kavramının borçlar hukukundaki sözleşme kavramından daha geniş bir kavram olduğunu belirten yazarlar için bkz. **Gürzumar**, s. 40, dn 21; **Aslan**, s. 50; **Güven**, s. 109-110; **Badur**, s. 58; **Sanlı**, K.C.: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000, s. 76.

³⁰ **Topçuoğlu**, s. 182; **Badur**, s. 61; **Aslan**, s. 85; **Güven**, s. 113; **Özsunay**, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 56.

³¹ Karar Tarihi: 26.11.1998, Karar Sayısı: 98/750-159.

bizi ilgilendiren kısmını ele almak istiyoruz. Kararda, 4054 sayılı kanunun 4. madde gerekçesindeki şu ifadelerle atfı yapılmıştır: *Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği sağlayan, doğrudan veya dolaylı ilişkilerde, eğer aynı sonucu doğuruyorsa, yasaklanmıştır.* Yine kararda “rekabet hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartının aranmadığı, dolayısıyla Gaziantep Tilmen Otelinde yapılan toplantıya katılan şahısların ilgili firmaları temsile yetkili olmadığı ve adı geçen anlaşmada imzaların bulunmadığı yönündeki savunmaların 4054 sayılı Kanun’a aykırı bir anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmadığı,...” şeklinde gerekçelerle LPG şirketleri arasındaki ortak hareket yasaklanmıştır. Olayda satış fiyatı tespiti bir sözleşme ya da rekabet hukuku tabiri ile anlaşma içeriğidir. Kurul bu kararıyla 4. maddedeki düzenleme serbestisine getirilen sınırlamanın bir örneği ortaya koymuştur. Aslında olaya borçlar hukuku bakımından bakıldığında bu tarz satış fiyatı belirlenmesine hukuken herhangi bir engel bulunmamaktadır.

- *Bodrum Damacana ile Su Satıcıları Kararı*³²: Öncelikle, bu kararın teşebbüs birliği kararı ya da teşebbüs birlikleri arası anlaşma olduğu noktasında tartışmalı olduğunu belirtmek isteriz. Biz konumuz açısından bu tartışmanın dışında kalarak sadece içeriği ile ilgilenmeyi uygun buluyoruz. Bu kararda, Bodrum ilçesinde 19 litrelik polikarbon damacana içme suyu ticareti yapan işletmelerin ortak bir biçimde hareket ederek damacana içme suyu satış fiyatları konusunda içerik anlaşması yaptıkları görülmektedir. Yine bu kararda da borçlar hukuku bakımından bir düzenleme serbestisi sınırlamasına tabi tutulacak bir durum yok iken, rekabet hukuku bakımından böyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

- *Kastamonu Merkezli Şehirlerarası Yolcu Taşımacılığı Kararı*³³: Rekabet Kurulu, bu kararda da teşebbüslerin anlaşarak fiyat tespit etmek suretiyle Kastamonu merkezli şehirlerarası yolcu taşımacılığı pazarında bazı firmaların 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir. Bu karar açısından da yukarıdaki kararlar için söylenen şeyler geçerlidir.

bb) Dikey Anlaşma

Dikey anlaşma, mal veya hizmetlerin üretiminden tüketiciye arz edilmesine kadar uzanan aşamada, farklı seviyelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yaptığı rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardır³⁴. İşte bu tür sözleşmelerde taraflardan biri, bir başkasıyla (üçüncü kişi) yapacağı

³² Karar Tarihi: 22.01.2002, Karar Sayısı: 02-04/39-20.

³³ Karar Tarihi: 09.02.2006, Karar Sayısı: 06-11/143-33.

³⁴ **Topçuoğlu**, s. 182; **Badur**, s. 61; **Aslan**, s. 85; **Güven**, s. 114, **Özsunay**, s. 56.

sözleşmelerin içeriğini belirleme konusunda (Inhaltsbindung) kısıtlanıyorsa, bu sınırlandırıcı³⁵ sözleşme geçersizdir. Örneğin, yeniden satış fiyatını sabit tutma sözleşmeleri, bu görünümün tipik örnekleridir. Bu sözleşmelerle, bir malın alıcısı, o malı belirli bir fiyatla satma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu nedenle de, taraflardan birinin, üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerde, fiyat veya işlem şartlarının belirlenmesi yönünden özgürlüğü kısıtlayan sözleşmeler geçersizdir³⁶. Özellikle dikey anlaşmalarda bayiler belirli bir işi yapabilmek için üretici firma tarafından önceden hazırlanmış tip sözleşmeleri kabul etmek zorunda kalabilmektedirler, genelde sağlayıcı firmanın hakim durumda olduğu hallerde böyledir³⁷. Aslında dikey anlaşmalardaki sınırlamaların özü, tarafların hareket özgürlüğüne bir takım sınırlamalar getirilmesidir³⁸. Bu dikey anlaşmalar karşımıza çıktığı belli alanlara örnek olarak tek satıcılık (bayilik), Franchise sözleşmeler, dağıtım sözleşmeler gösterilebilir.

Dikey anlaşmalardaki düzenleme serbestisine getirilen bu sınırlamalar aslında muafiyetler yolu ile de ciddi olarak yumuşatılmıştır. Böylece sınırlamaya sınırlama getirilerek tekrar düzenleme serbestisi sağlanmış olmaktadır ve geçersizlik hali bir anlamda ortadan kaldırılarak, anlaşma tekrar etkin hale getirilmektedir³⁹. Yeri gelmişken teknik anlamda muafiyet sisteminin borçlar hukukunda olmadığını ve rekabet hukukuna has bir durum olduğunu belirtmeliyiz. Borçlar hukuku alanında geçersiz kabul edilen bir işlemi, muafiyet sistemindekine benzer biçimde geçerli hale getirecek bir mekanizma bulunmamaktadır. Yani rekabet hukuku düzenleme serbestisinin sınırlandırılmasına yeni bir mekanizma getirmiş ve bu yönü ile borçlar hukukundan ayrılmıştır. Ayrıca rekabet kurulunun buradaki fonksiyonuna da işaret etmek gerekir. Özel hukukta, rekabet kurulunun muafiyet verme yetkisine karşılık gelen ve yetkiyi elinde bulunduran bir kurum da bulunmamaktadır. Yani geçersiz olacak bir sözleşmeyi izin vererek geçerli hale getiren yetkili bir kurum da yoktur.

Muafiyet sistemi sebebiyle dikey anlaşmalarda çok fazla geçersizlik hali yaşanmamaktadır. Çünkü kurul rekabeti ihlal edebilecek niteliklerdeki anlaşmalara ilişkin şikâyetleri değerlendirmekte ve ihlal boyutunda olan noktaları tespit etmekte ve bunların giderilmesi halinde muafiyet verilebileceğini, yani rekabeti ihlal etmemiş sayılacağını belirtmektedir.

³⁵ Bu tür sözleşmelerde borçlar hukuku bakımından şahsi ve ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olmaktadır.

³⁶ **Özsunay**, s. 56.

³⁷ **Aslan**, s. 53.

³⁸ **Topçuoğlu**, M.: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006 (Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri), s. 85.

³⁹ **Aslan**, s. 281.

Teşbbüsler de çok zaman bu kararlara uymaktadırlar. Bundan dolayı geçersizlik sonucunu pek yaşamamaktadır. Örneğin;

- *Tofaş ve Bayileri Kararı*⁴⁰: Kurul bu kararda, Tofaş A.Ş ile bayileri arasında akdedilen bayilik sözleşmelerinin 1998/3 sayılı Tebliği kapsamında birer anlaşma olduğu, ancak Tofaş ile 46 bayisi arasında akdedilen bayilik anlaşmasında, “A. Şirketin, tek taraflı olarak etki alanını yeniden düzenleme hakkı saklıdır”... ve “B.. Şirket bölgede tek taraflı olarak yeni bayi tayin etme hakkını saklı tutar” şeklindeki hükümlerin bu haliyle 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Muafiyet Tebliğinden yararlanamayacağını ve ilgili sözleşmelerdeki söz konusu rekabeti sınırlayıcı hükümlerin sözleşme metinlerinden çıkarılması ve bunun kurula bildirilmesini istemiştir. Tahminen ilgili şirket bu karara uymuştur. Uymamış olsaydı, Rekabet Kurulu takip eden şikâyette herhalde rekabetin ihlal edileceğine karar verirdi.

- *Borçlar Hukukundan Bir Örnek*: Basel İstinaf Mahkemesi, bir petrol şirketi ile akaryakıt istasyonu sahibi arasında sözleşmeyi ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırladığı için ahlâka aykırı bulmuştur. Aslında sözleşmede istasyon sahibine getirilen yükümlülükler tek başına bu sonucu doğurmak için yeterli değil ancak bütün hükümler beraber değerlendirildiğinde ahlâka aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü istasyon sahibi sözleşmenin her hükmü ile birlikte biraz daha petrol şirketine bağımlı hale gelmekte, ekonomik faaliyet özgürlüğü biraz daha ortadan kalkmaktadır. Böylece son hükümlerle birlikte borçlunun ekonomik geleceği sona ermekte, artık tamamen petrol şirketine karşı taahhüt ettiği yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir imkânı kalmamaktadır. Aksine böyle bir halde istasyon sahibinin ekonomik bağımsızlığından ve geleceğinden değil, petrol şirketinin bünyesinde yer alan bir kuruluşundan söz etmek daha doğru olur. Böyle bir halde sözleşme ahlâka aykırılık nedeniyle sakattır. Karara göre, sözleşme ile istasyon sahibine getirilen yükümlülüklerden bazıları şöyledir: 1) Taraflara arasındaki sözleşmenin on yıl devam etmesi ve bu süre içerisinde borçlunun sözleşmeyi feshetmesinin kesinlikle mümkün olmaması, 2) Rekâbet yasağı, özellikle istasyonda, petrol şirketinin rekâbet halinde olduğu diğer petrol şirketlerinin ürünlerinin istasyonda satılmasının yasaklanması, 3) İstasyonda satılan şeylerin fiyatlarını belirleme yetkisinin petrol şirketine ait olması, 4) İstasyon sahibinin, petrol şirketinden, her ay önceden belirlenen miktarda madenî yağ satın alması, 5) Akaryakıt istasyonunun hergün kış aylarında 15, yaz aylarında 17 saat açık bulundurulması, 6) İstasyonda çalışacak kişileri seçme yetkisinin petrol şirketine ait olması, 7) İstasyonda tamir ve bakım yasağı, 8) İstasyondaki reklam yerleri ve vitrinleri kullanma yetkisinin petrol şirketinde olması, 9) Taraflar arasındaki

⁴⁰ Karar Tarihi: 10.11.2005, Karar Sayısı: 05-78/1063-301.

hesaplarda petrol şirketinin kayıtlarının esas alınmasına karşılık, sigorta konusunda istasyon sahibinin kayıtlarının esas alınması gibi...

Böyle bir olay herhalde bugün için rekabet hukuku hükümleri açısından da aynı sonucu doğururdu. Ya muafiyet şartlarını taşıması koşulu ile muafiyet verilebilir ya da anılan sözleşme geçersiz sayılırdı diye düşünüyoruz. Rekabet hukuku hükümleri bu konuda yetersiz kalsa dahi borçlar hukuku hükümleri devreye sokulabilir ve ahlâka aykırılık sebebiyle yukarıdaki sözleşme geçersiz (ya da kısmi geçersiz) kılınabilir.

b) Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler Örnekleri ve Değerlendirilmesi

Uyumlu eylemler de RKHK. 4. madde kapsamında yasaklanmıştır. Ancak uyumlu eylemlerin geçersizliğinden bahsedilemeyeceği⁴¹ için bu kurumun borçlar hukukundaki sözleşme serbestisinde karşılığı bulunmamaktadır. Rekabet Kurulu da uyumlu eylemlere yönelik kararlarında geçersizlik kararı verememekte ve davranışa son verilmesine karar vermekte ve yaptırım olarak da para cezaları uygulamaktadır.

- *Hürriyet, Milliyet, Sabah Gazeteleri Kararı*⁴²: Kurul, bu kararda Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.S., Milliyet Gazetecilik A.S., Sabah Yayıncılık A.S. ve Simge Yayıncılık ve Dağıtım A.S.'nin günlük yayın yapan siyasi gazeteler ve spor gazeteleri pazarlarında, Hürriyet, Milliyet, Sabah ve Taraftar-Fotomaç, Fanatik gazetelerinin satış fiyatlarını kendi bağımsız davranışları yerine geçen uyumlu eylemler ile belirlediklerine ve rekabet ihlali olarak sayılan; fiyatların belirlenmesindeki uyumlu eylemlere derhal son verilmesi ve satış fiyatlarını bir anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın rakip teşebbüslerin kendi bağımsız kararlarıyla belirlemeleri gerektiğine karar vermiştir.

- *Göлтаş ve Denizli Çimento Kararı*⁴³: Kurul bu kararda da Göлтаş ve Denizli Çimentonun, buldukları coğrafi alanda uyumlu eylem halinde mal vermeyi reddetmek suretiyle, çimento ve hazır beton pazarında rakipleri olan Özgür Beton'u piyasa dışına çıkarmaya çalışmaları, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Yine karar da ihlale son verilmesi gerektiğini de belirtmiştir.

⁴¹ **Aslan**, s. 281; **Sanlı**, s. 390.

⁴² Karar Tarihi: 17.07.2000, Karar Sayısı: 00-26/291-161.

⁴³ Karar Tarihi: 13.01.2005, Karar Sayısı: 05-05/42-17

Görüldüğü üzere uyumlu eylemlerde geçersizlik hali söz konusu olmamaktadır. Sadece, varsa, ihlalin gerçekleştiğine ve ihlale son verilmesi gerektiğine karar verilmektedir.

c) Rekabet Hukukunda Teşebbüs Birliği Kararları Örnekleri ve Değerlendirilmesi

- *Gözlükçü Dernekleri Kararı*⁴⁴: Bu kararda dernek tüzüğü teşebbüs birliği kararı sayılmıştır. Rekabet Kurulu gözlükçü derneklerinin tüzüklerinde yer alan, fiyat listesi düzenleme yetkisi ve görevi veren hükümlerin 4054 sayılı kanun anlamında teşebbüs birliği kararı olduğunu ve bu nedenle kanuna aykırı olan bu hükümlerin değiştirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Dernek tüzüğündeki geçersizliğin benzerlerini borçlar hukuku ve medenî hukuk alanında da görmek mümkündür. Örneğin bir dernek tüzüğünde, dernek üyelerinin hareket özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan bir hükmün geçersizliği üye tarafından istenebilir. Örneğin üye 15 sene boyunca dernekte üye kalmak zorunda olduğu veya dernekten ayrıldıktan sonra 10 yıl boyunca benzer bir derneğe üye olamayacağı gibi kayıtlar da geçersiz kılınabilir. Ancak rekabet hukukundaki tüzükte yer alan fiyat listesi düzenleme yetkisi tarzındaki bir hükmü medenî hukuk alanındaki kanunlar ile geçersiz kılmak oldukça zor görünüyor. İşte bu açıdan bakıldığında bu sınırlamayı rekabet hukukunun düzenleme serbestisine getirdiği bir yeni bir sınırlama olarak kabul edebiliriz. Ayrıca bu kararın karşı oy yazısında Rekabet Kurulunun, tüzüğe direkt böyle bir müdahale yapmasının mümkün olmayacağı, henüz oluşmamış ve oluşup oluşmayacağı belli olmayan bir eylemden dolayı tüzüğün bu maddesinin kaldırılması ya da değiştirilmesini isteyemeyeceği, ancak bu tüzüklerdeki bu hükümleri rekabet ihlal edecek şekilde kullanılmaması isteyebileceği görüşü ileri sürülmüştür. Biz bu görüşün de yabana atılmaması gerektiğini düşünüyoruz⁴⁵.

Kanunla kurulmuş teşebbüs birliklerinin kararlarına Kurulun yaklaşımı burada belirtmekte fayda var. Örneğin Türk Tabipler Birliği'nin düzenlemiş

⁴⁴ Karar Tarihi: 31.08.2001, Karar Sayısı: 01-42/424-107

⁴⁵ Rekabet Kurulu ile aynı yönde bir görüş için bkz. "Bize göre de dernek tüzüğü teşebbüs birliğinin kuruluş anlaşmasıdır. Tüzük oluşturma aşamasında henüz derneğin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak fiili bir birlik bulunduğu bu fiili birliğin dernek tüzel kişiliği altında mesleki faaliyetler göstermesi iradesi ile dernek tüzüğü hazırladıkları, böylece hazırlanma aşamasında tüzel kişiliği olmayan bir teşebbüs birliği kararı söz konusu olduğu, bu kararların Kanun'un 4. maddesine aykırı olması halinde bu hükümlerin emredici olması nedeniyle geçersiz olacakları tabiidir. Dolayısıyla, Rekabet Kurulunun bu durumu tespit eden yani dernek tüzüğünün 4054 sayılı Kanun'a aykırı hükümlerinin geçersiz olduğunu tespit eden bir karar vermesi mümkündür." **Aslan**, s. 64

olduğu asgari ücret tarifesinin rekabet ihlaline neden olduğu yönündeki iddiaya ilişkin olarak, Kurul, soruşturma açılmasına gerek olmadığı belirtmiştir. Kurul, ayrıca Rekabet Kanunu ile kendisine tanınan, Meclise, Başbakanlığa, ilgili Bakanlığa gerekli değişikliklerin yapılabilmesi için görüş bildirme yetkisini kullanmıştır. Bu görüşünü kanunla kurulmuş diğer meslek kuruluşları için de uygulamıştır. Bu tarz bir çözümü, rekabet hukukunun getirdiği, içeriğe direkt olmayan müdahale olarak görebiliriz.

d) Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Örnekleri ve Değerlendirilmesi

Rekabet hukukundaki sözleşme serbestisine getirilen sınırlamayı sadece 4. madde ile sınırlı görmek elbette doğru değildir. RKHK. 6. maddede de düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması yine sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalara dahil edilmelidir. Ancak hakim durumun kötüye kullanılması konusunun bir kısmı zorunlu unsur doktrini ile bağlantılı olarak ele alınması gerekmektedir. Biz burada zorunlu unsur doktrini dışında kalan içerikle ilgili kısımlara yer vereceğiz.

aa) Ayrımcılık

Hakim durumda olan işletmenin kendisi ile münhasır olarak çalışmayı teşvik etmek amacıyla ya da kendi yavru şirketine rekabet üstünlüğü sağlamak amacıyla promosyon desteği sağlaması ve diğer dağıtıcılara aynı desteği vermemesi kötüye kullanma teşkil eder ve bu durum bir içerik müdahalesi olarak kabul edilebilir.

- *Turkcell Kararı*⁴⁶: Kurul, Turkcell'in cep telefonu dağıtıcılarından bazılarına kampanya desteği sağlamakta, bazılarına ise sağlamadığını, kampanya desteği alamayan dağıtıcılar ise pazarın % 60-70'ine sahip firmanın desteğinden yoksun kalınca, birden, rakiplerine göre pahalı kalmakta ve telefon satamadığını, cep telefonlarının % 98'inin kampanyalarla satıldığını, böylece Turkcell'in, cep telefonu dağıtıcıları arasındaki rekabeti bozacak şekilde ayrımcılık yaptığını belirlemiştir⁴⁷. Bundan dolayı da RKHK. 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda kurul ayrıca Turkcell'in yapmış olduğu anlaşmalarla RKHK. 4. maddeyi de ihlal ettiğini belirlemiştir.

Borçlar hukuku bakımından bakıldığında bu tür sözleşmelerin gabin şartlarını taşımadığı müddetçe geçersizliğini ileri sürmek kolay olmaz. Bir kimse düzenleme serbestisi kapsamında, başka kişilerle çok farklı içerikte sözleşmeler kurabilir. Ayır ayrı sözleşmenin tarafları bir başka sözleşmeyi emsal göstererek

⁴⁶ Karar Tarihi: 20.07.2001, Karar Sayısı: 01-35/347-95.

⁴⁷ Aslan, s. 189.

kendi sözleşmelerini geçersiz kılmaları pek mümkün olmaz. Ancak her kişi kendi sözleşmesinin içeriğinin kabul edilemez olduğunu, kanuna ve ahlâka aykırı olduğunu ileri sürebilir ve ancak bu açılardan sözleşmeyi geçersiz kılmak mümkün olur. Rekabet hukuku ise bayiler arasında sözleşme içeriği ve uygulaması itibariyle ayrımcılık yapıyor olması halinde yapılan ayrımcılığa müdahale edilebilme imkânı sağlamaktadır. Böylece rekabet hukuku düzenleme serbestisine sınırlama getirmiş olmaktadır.

bb) Ek Yükümlülük (Bağlayıcı Anlaşma)

Yine RKHK. 4. madde ek yükümlülük yüklemeyi ihlalin örneklerinden biri olarak saymıştır. Maddenin amacının, bir sözleşmenin yapılmasını sözleşme ile ne ticari teamül bakımından ne de nitelik bakımından, ilgisi bulunan, ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi koşuluna bağlamayı engellemek olması gerektiği belirtilerek, daha geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸. Buna örnek olarak da; iki işletmenin kendilerinden buzdolabı satın alacak toptancılara buzdolabının yanında otomatik çamaşır makinesi de satın almaları koşulu ile satmak konusunda anlaşmaları, toptancının çamaşır makinesini başka yerden alma özgürlüğünü ortadan kaldırması nedeni ile rekabeti sınırlandığı ve aynı işletmeler kendilerinden buzdolabı satın alınabilmesini, kendi ürettikleri diğer ürünlere de bakım ve onarım hizmetleri verilmesi koşuluna bağlayabilmeleri gösterilmiştir⁴⁹. Bu görüş kabul edildiğinde düzenleme serbestisine getirilen sınırlama da genişlemektedir. Bu şekildeki yükümlülükler de hakim durumdaki tarafın düzenleme serbestisine yaptığı müdahale olarak kabul edilebilir. Bu müdahale rekabeti ihlal boyutuna ulaşırsa rekabet hukuku bunu yasaklamaktadır. Böylece bunu da düzenleme serbestisine getirilen bir sınırlama olarak kabul edebiliriz. Bunun benzerlerini borçlar hukuku alanında da görmek mümkündür. Özellikle tüketici hukukunda buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

e) Rekabet Hukukunda Birleşme, Devralma ve Devir Örnekleri ve Değerlendirilmesi

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 7. madde ile bir hakim durum yaratan veya bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucunda ülkede veya ülkenin bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların Rekabet Kanunu'na aykırı olduğu kabul etmiş ve bunlara izin verilmemiştir. Bu maddenin işleyiş prosedürüne girilmeyecektir. Rekabet kurulu kararlarına bakıldığında aslında bu sınırlamanın çok fazla işletilmediğini görebiliriz. Kurul birçok kararında birleşme ve devralmalara izin vermiştir.

⁴⁸ Aslan, s. 84; Açık olmamakla beraber: Güven, s. 280-281.

⁴⁹ Aslan, s. 84.

Örneğin Robert Bosch kararı, Aycell ve Aria birleşme kararı gibi. Birleşme ve devralma ve devirlerde ortaya çıkan bazı örnekleri şöyle sıralayabiliriz.

- *Denizli Çimento Kararı*⁵⁰: Kurul bu kararında ortak girişime izin isteyen 4 şirketin bu taleplerine izin vermemiştir. Kurul bir takım gerekçelerin yanında özellikle de ilgili bölgede ortak girişim talebinde bulunan şirketlerin, ortak girişim vasıtasıyla rekabetçi davranışların koordine edilmesi riskini artıracığı belirtmiş ve 4. madde çerçevesinde rekabetin bozulacağı düşüncesiyle ortak girişime izin vermemiştir. Bu karar ile rekabet hukukunun sözleşme içeriğine açık müdahalelerden birini görmekteyiz. Tabi bu kararda somut bir ihlal neticesinde sözleşme içeriğine müdahale değil, olabilecek bir ihlal için sözleşme içeriğine müdahale edildiğini görmekteyiz. Bu müdahale rekabet hukuku ile düzenleme serbestine getirilen sınırlamanın ne kadar geniş olduğunu göstermektedir.

Devralma sözleşmelerinde düzenleme serbestisinin önem arzettiği durumlardan biri de rekabet yasağı şartlarıdır. Rekabet Kurulu rekabet etmeyi yasaklayan şartları ele alan kararlar da vermiştir. Rekabet Kurulu rekabet yasağına ilişkin sözleşme şartlarını, sadece taraflarla bağlantılı olması, orantılı olması, süresinin de orantılı olması, kriterleri açısından değerlendirmektedir. Getirilen rekabet yasakları devir işlemi ile gerçekleştirilmek istenen hakların geçmesini sağlamaya yetecek kadar olması gerekmektedir. Özellikle devrin konusunu aşar nitelikli rekabet yasakları yan sınırlama olarak görülmeyecek ve yasaklanacak ya da değiştirilmesi istenecektir⁵¹. Kurul Royal kararında⁵², Eskinazi ailesinin 5 yıl süreyle ilgi faaliyet alanında ticaret yapmayacağı şeklindeki rekabet yasağı şartını onaylamıştır. Belki bu süre çok uzun olsa ya da hiçbir türde ticari faaliyet yapamayacağı kararlaştırılmış olsaydı, rekabet kurulu böyle bir sözleşmeyi ya değiştirin ya da geçersiz sayarım diyerek sözleşmenin içeriğine müdahale edebilirdi.

- *Eczacıbaşı Kararı*⁵³: Kurul, ortak girişimle ilgili bu kararda rekabet yasağının süresiz olması sebebiyle ortak girişime izin vermemiş. Ancak süresiz rekabet yasağının makul bir süre ile belirlenmesi halinde ortak girişime izin verilebileceğini belirtmiştir. Kurul süresiz rekabet yasağının ana şirketin pazardan çekilmesi anlamına geleceğini de belirtmiştir. Bunun da ana şirketlerin faaliyetlerini ortak girişime devrederek pazardan çıkması gerek ana şirketler arasındaki, gerekse ana şirketlerle ortak girişim arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonu riskini ortadan kaldıracağını ve rekabet ortamının

⁵⁰ Karar Tarihi: 23.05.2000, Karar Sayısı: 00-19/188-100.

⁵¹ **Aslan**, s. 232-233.

⁵² Karar Tarihi: 28.04.1999, Karar Sayısı: 99-21/170-89.

⁵³ Karar Tarihi: 26.09.2000, Karar Sayısı, 00-36/398-224.

bozulacağını belirtmiştir. Bu karar da yine göstermektedir ki, belli koşullar oluşmadıkça Rekabet Kurulu sözleşmenin içeriğine müdahale ederek, sözleşmelerin hayata geçirilmesine izin vermemektedir.

- *Borçlar Hukukundan Bir Örnek*: İsviçre Federal Mahkemesi, 12.07.1913 tarihli bir kararında, “Şeriklerden birinin iki yıl müddetle bütün faaliyetini şirkete vakfetmesine, bu iki yıl geçtikten sonra da 6 ay önceden haber vermedikçe şirketten ayrılmayacağına ve böyle haber vererek ayrıldıktan sonra dahi beş yıl müddetle, aynı kantonda aynı ticaretle meşgul olamayacağına ve buna mukabil öteki şerikin bu işi kendi hesabına yürütmekte serbest olduğuna, akdini ihbara lüzum olmadan fesh edebileceğine ve bu yüzden herhangi bir tazminatla mükellef olmayacağına ve akit sona erdikten sonra aynı neviden ticaret yapmakta serbest olduğuna dair bir şirket akdi ahlâka aykırı ve hukuken hükümsüzdür” demektedir. Bu karar da federal mahkeme, elbette rekabet hukukundaki gerekçelerden farklı gerekçelerle, ilgili sözleşmeyi hükümsüz kabul etmiştir. Aslında olaya rekabet hukuku açısından bakıldığında da, sözleşmede rekabeti ortadan kaldıracı nitelikte hükümlerin olduğu kabul edilebilir.

4) Rekabet Hukukunda Düzenleme Serbestisi Sınırlamalarının Yaptırımı

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ilgili maddelerde rekabetin ihlali sonucunu doğuran işlemlerin hukuka aykırı ve yasak olduğunu belirtmiştir⁵⁴. Kanunu 56. maddesinde ise bu hukuka aykırılığın sonucunun geçersizlik olduğunu hükme bağlamıştır. Yine bu madde de Borçlar Kanunu'nun 63 ve 64. maddelerine atıf yapmıştır. Ancak bu kanunda kısmi geçersizliğe ilişkin olarak bir hüküm getirilmemiştir. Bu durumda genel hükümlerin uygulanması söz konusudur. Yani anlaşmanın ilgili hükümleri geçersizdir. Geçersiz olan bu hükümler olmadan sözleşmenin yapılamayacağı kabul ediliyorsa, sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır⁵⁵.

Anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine aykırı şartları geçersizdir. Geçersiz olan şartların yokluğu halinde tarafların yine de kalan hükümlerle yetinen bir anlaşma yapacakları sonucuna ulaşılması halinde, taraf iradelerinin yaşatılması ilkesi gereğince sadece ilgili hükümler geçersiz olur ve anlaşmanın geri kalan kısmı geçerli olmaya devam eder. Aksi bir sonuca ulaşırsa anlaşmanın tamamı geçersiz olur.

Muafiyet sisteminin getirdiği durum ise farklıdır. Geçersiz olacak bir işlemi, anlaşmayı geçerli hale getirmektedir. Doktrinde bu geçersizlik halini,

⁵⁴ Bu konuda ayrıntı bilgi için bkz: **Sanlı**, s. 389 vd.

⁵⁵ **Aslan**, s. 288.

bozucu şarta bağlı olan geçersizlik olarak kabul eden yazalar olduğu gibi, askıda geçersizlik ya da askıda geçerlilik⁵⁶ olarak kabul eden yazarlar olduğu gibi kendine özgü bir geçersizlik olduğunu da ileri süren yazarlar da vardır.

SONUÇ

Her şeyden önce rekabet hukukunun sözleşme içeriğine müdahalesindeki amaç ile borçlar hukukunun sözleşme içeriğine müdahale amaçlarının farklı olduğu gerçeği kabul edilmelidir. Ancak amaç farklı olmakla beraber sonuç açısından bakıldığında her iki alanda da ilgili işlemin geçersizliği sonucu ortaya çıkmaktadır. Rekabet hukukundaki yaptırım uygulama tarzı ile borçlar hukukundaki yaptırım uygulama tarzının da farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin rekabet hukukundaki muafiyet sisteminin borçlar hukukunda bir karşılığı bulunmamaktadır. Rekabet hukuku gerçekten sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine önemli sınırlamalar getirmiş bulunmaktadır. Elbette özgürlük sınırlamalarını peşinen savunmak güçtür, ama eğer bu sınırlamalar diğer kimselerin lehine ise, bu sınırlamaları kabul etmek gerekir. Rekabet hukukunun da getirdiği sınırlamalar bu durum içinde değerlendirilebilir. Hatta doktrinde tersinden bir mantık yürüterek şu sonuca varan *Aslan*'ın ifade ettiği gibi, "Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar veya tekeli uygulamalar, müşterinin seçme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bu uygulamalar yasaklanmakla esasen borçlar hukukunun sağlamaya çalıştığı sözleşme özgürlüğü sağlanmaktadır." Yani bir taraftan getirilen sınırlama aslında diğer taraftakiler için bir seçme ve sözleşme özgürlüğü yaratmaktadır.

Konu içinde de yeri geldikçe belirtilmekle beraber burada şu noktayı tekrar etmek gerekir. Rekabet hukukunun getirdiği bu sınırlamalar olmasa dahi borçlar hukukundaki sınırlamalardan ahlâka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık müesseseleri işletilerek, rekabet hukukunun getirdiği sınırlamaların bir kısmı bu yolla sağlanabilirdi.

⁵⁶ Sanlı, s. 402.

KAYNAKÇA

- Aral**, F.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007.
- Aslan**, Y.: Rekabet Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Bursa 2008.
- Ateş**, D.: İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükümü ve Karar Özgürlüğü, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 2, Bahar 2007.
- Ayan**, M.: Medenî Hukuka Giriş, 2. Baskı, Konya 2005.
- Badur**, E.: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Yayınları, www.rekabet.gov.tr.
- Başpınar**, V.: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Eren**, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Erman**, H.: Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFİM, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4. (s. 601 vd.).
- Esener**, T.: Borçlar Hukuku, Cilt I, Ankara 1969.
- Gürzumar**, O.,B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.
- Güven**, P.: Rekabet Hukuku, Ankara 2005.
- İnan**, N.: Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara Ekim 1999.
- Kılıçoğlu**, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007.
- Oğuzman**, K./ **Barlas**, N.: Medenî Hukuk, 12. Bası, İstanbul 2005.
- Oğuzman**, K./ **Öz**, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Ölmez**, H. S.: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Yayınları, (Uzmanlık Tezi), Ankara 2003.
- Özsunay**, E.: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.
- Sanlı**, K.C.: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2000.
- Sayhan**, İ.: Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık, Rekabet Dergisi, S. 17, Y. 2004, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>.

Tekdemir, Y.:AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Rekabet Kurumu Yayınları, (Uzmanlık Tezi), Ankara 2003.

Tekinay, S./ **Akman**, S./ **Burcuoğlu**, H./ **Altop**, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Topçuoğlu, M.: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006. (Atıf Şekli: Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri)

Topçuoğlu, M.: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Yayınları (Tez), Ankara 2001.

von Tuhr, A./**Siegwart**, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Halbband, Zürich 1942.

von Tuhr, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Ankara 1983.

KISALTMALAR

BK.: Borçlar Kanunu.

bkz.: bakınız

dn.: dipnot

HGK.: Hukuk Genel Kurulu

İÜHFİM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

RKHK: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

S.: Sayı

TMK.:Türk Medenî Kanunu

Y.:Yıl

SORU ve CEVAPLAR

Oturum Başkanı- Soruları almadan önce bir saptama yapmakta yarar görüyorum. “Rekabet hukuku acaba bir kamu hukuku dalı mıdır, yoksa özel hukuk dalı mıdır” sorusu haklı bir soru elbette; Sayın Ünal da haklı olarak bu konunun üzerinde durma ihtiyacını hissetti. Sayın Ünal’ın konuşmasındaki borçlar hukuku ve rekabet hukuku karşılaştırmasını ben, Borçlar Kanunu ve 4054 Sayılı Kanun olarak algıladım; kendisi de zaten aslında bunu kastetti zannediyorum.

Rekabet hukuku aynı zamanda borçlar hukukudur elbette. 4054 Sayılı Kanunun 4’üncü maddesi de, 6’ncı maddesi de aynı zamanda birer borçlar hukuku kuralıdır; özellikle özel hukuktaki sonuçlara ilişkin 56 ve devamı maddeleri de keza öyle.

Sözleşme özgürlüğü bu oturumun ana başlığı. Sözleşme özgürlüğünden 2000 yıllarda bahsederken, özellikle ekonomi hukukuyla ilgilenen meslektaşlarımız, hukukçular, özellikle borçlar hukukçuları, “acaba sözleşme özgürlüğü kaldı mı ki” sorusunu haklı olarak soruyorlar. Buna Alman ve İsviçre hukuk çevresinde, “kamu hukukunun özel hukuka nüfuz etmesi” deniyor.

Bir hukuk düzeninde antinomi (çatışma) olamayacağına göre, borçlar hukukuyla rekabet hukuku arasında, fikri ve sınai mülkiyet hukukuyla rekabet hukuku arasında çatışma olduğundan da bahsedebilmek mümkün değil. Bizim hukuk sistemimiz, her hukuk sisteminde olduğu gibi, çeşitli mekânizmalarla bu tür çatışmaları bertaraf edebilme olanağına sahiptir. Dolayısıyla, bugünkü sözleşme özgürlüğü başlığını taşıyan bu oturum, rekabet hukukunun ve borçlar hukukunun kesiştiği alanlarla ilgilidir.

Belirtilmesi gereken önemli bir nokta, -burada korsan tebliğ vermek istemiyorum- anlaşma ve sözleşme ayrımında, Rekabet Kurulunun da birçok kararında yaptığı hatalı bir formülasyondan vazgeçmektir. Rekabet Kurulunun, hiçbir sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verme yetkisi yoktur; Rekabet Kurulu sadece 4’üncü maddeye aykırılığı tespit eder ve idari yaptırım uygular. Geçersizlik ise, kanun gereğince, 56’ncı madde gereğince, -56 olmasaydı, Borçlar Kanunu 19-20 gereğince- kendiliğinden doğan bir geçersizliktir. Bu geçersizliğin türünün ne olduğu, Sayın Meslektaşımın söylediği gibi, son derece tartışmalıdır.

Anlaşmayla sözleşmeyi karşılaştırırken, çeşitli eserlerde, özellikle de Rekabet Kurulu kararlarında rastladığımız, “sözleşmeden farklı olarak

anlaşmalar hiçbir şekle tabi değildir, yazılı olmasa da, bir anlaşma, rekabet hukuku anlamında bir anlaşmadır” formülü de doğru bir formül değil. Borçlar hukukunda, yine değerli meslektaşımın sözünü ettiği gibi, bir sözleşme özgürlüğü prensibi geçerlidir, bu, şekilde de ilgilidir. Borçlar hukukunda da özel bir şekil öngörülmediyse hiçbir sözleşme şekle bağlı değildir. Dolayısıyla, “anlaşma, sözleşmeden daha geniş bir kavramdır, hiçbir şekle tabi değildir” formülünden vazgeçilmesi gerektiğini ben burada bir kere daha izninizle tavsiye etmek istiyorum.

“Borçlar hukuku anlamında başka sebeplerle geçersiz olan sözleşmeler, rekabet hukuku anlamında anlaşma olabilir”; bu, benim düşünceme göre çok daha doğru bir formülasyon. Tartışmalı olmakla birlikte, -“tartışmalı” diyorum, İsviçre’de bunun örnekleri var, ama tartışmalı- içeriği rekabet yasağı olan bir irtifak hakkının kurulduğunu düşünelim. Bu irtifak hakkı, eğer üzerinde yüklenen taşınmazın iktisadi özelliğiyle ilgiliyse, yine tartışmalı olmakla birlikte, “kurulabilir” diyenler var; deyelim ki, biz bu görüşe katılıyoruz. Bu irtifak hakkı, resmi senet, artı, tescil ile kurulmayıp da, adi bir sözleşmeyle yapılsa, irtifak hakkı sözleşmesi vardır, ama batıldır. Bu irtifak hakkı sözleşmesi hakkında Rekabet Kurulu bir soruşturma açtığı zaman taraflar elbette ki şunu söyleyemezler: “Aa, zaten bizim aramızda yaptığımız sözleşme, Borçlar Kanunu gereğince, şekle aykırılık nedeniyle geçersizdi.” Aradaki farklılık burada ortaya çıkar. Borçlar hukuku bakımından başka sebeplerle geçersiz olan sözleşmeler de rekabet hukuku anlamında birer anlaşmadır. Bu noktayı fırsat bulmuşken dile getireyim dedim. Soruları üçer üçer alacağım.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Hem tebliğler için, hem söz hakkı verdiğiniz için çok teşekkür ederim.

Çok kısa bir şeye değinip ondan sonra fikrinizi soracağım ama, önce değinmem gerekiyor; sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle ilgili rekabet hukukuyla ne kadar bağlantılı görürsünüz? Bizim Borçlar Kanunumuz ve İsviçre Borçlar Kanununa göre, alacağın temlikini yasaklayabilirsiniz. Bir şey sattığımız zaman, -tabii, bunu şu anda tacirler arasında konuşuyoruz, çünkü konumuz ticaret- ve alacağın temliki yasaklanmışsa, siz, o alacağınızı üçüncü bir kişiye, mesela bir factoring şirketine devredemezsiniz ve ne kadar nakde ihtiyacınız olursa olsun, bunu bir teminat olarak da kullanamazsınız. Oysa, ticari borçlarda para alacağı bir üçüncü kişiye devredilse bile, yani temlik edilse bile, ha eskisine, ha yenisine ödemekle borcunuzdan kurtulursunuz ve yeni alacaklıya da aynı itiraz defî benzeri şeyleri ileri sürebilirsiniz, eski alacaklıya ne söyleyebilecek iseniz yenisine de aynı şeyleri söyleyebilirsiniz. Onun için, aslında sizin durumunuzda çok da bir dezavantaj yoktur. Buna rağmen eğer sözleşmede böyle bir yasak varsa, alacağınızı temlik edemiyorsunuz. Bu da

genellikle, tarafların her ikisi de tacir de olsalar, güçlü tacirin, hatta bazen genel işlem şartlarında, daha zayıf olan tacire empoze ettiği bir hüküm oluyor. Türk hukukunda buna karşı yapabileceğiniz hiçbir şey yok; en fazla, “imzalamasaydın o sözleşmeyi” diyebiliyorsunuz, çünkü her iki taraf da tacir.

Amerika’da Yeknesak Ticaret Kanununda (Uniform Commercial Code), bu tür bir yasak, -belki bu çok doğru değil ama, bunu bu şekilde ifade etmek, basitleştirmek için söylüyorum- yasak, alacağın temlikini yasaklamak yasak. Buna rağmen temlik etmişseniz, o yasak yeni alacaklı bakımından bir şey ifade etmiyor; “yasak olabilir, ben yasaktan haberdar da olabilirim ama, gene de bana ödeyeceksin” diyebiliyor. Belki bunun tek istisnası, yasağa rağmen temlikten bir zarar doğmuşsa, -ne zarar doğabilir o da çok şüpheli- siz, “niye temlik ettin” diye bir tazminat talep edebilirsiniz ama, böyle bir zararı ispat edebilmeniz de çok güç.

Almanya’da ise, Alman Ticaret Kanununa (HGB) 354-a diye bir madde kondu, -bunda birazcık factoring şirketlerinin yaptığı lobinin de sanıyorum etkisi oldu- ve alacağın temliki yasağına rağmen yapılan temlik hukuken geçerli; ama bu bir orta yol. Yeni alacaklı ve tabii karşınızda eski alacaklı var. Siz gene de eski alacaklıya ödeyebiliyorsunuz, yani eski alacaklıya ödemek suretiyle de borcunuzdan kurtulabilirsiniz. Peki, eski alacaklıya da ödeme imkânınız varsa, niye alacağın temliki yasağına rağmen geçerlidir” deniyor? Bir iflas durumunda, kime ödemiş olursanız olun, yeni alacaklı, “o ödenen para aslında benimdi” diyerek bunu oradan alabiliyor, kurtarabiliyor.

Bunun, -sadede geleyim- nedir etkisi? Birincisi; daha az güçlü durumda bulunan tacirlerin kredi ihtiyacı, sıcak paraya, nakit paraya ulaşma ihtiyacı bu alacağın temliki yasaklarıyla engellenmiş oluyor. İkincisi; endirekt olarak, -ayrı bir sektör bu, factoring sektörü- factoring sektörünün de, amiyane tabiriyle, ekmeğiyle oynuyorsunuz, çünkü onlar bu tür alacakları temellük edemiyorlar. Bu açıdan bakıldığında, sözleşmenin içeriğini belirleme açısından acaba bunun rekabet hukukuyla Türk hukuku uygulamasında bir sorun olarak düşünülmesi mümkün mü, yoksa bu çok marjinal bir sorun mudur; bunu soracaktım.

Oturum Başkanı- Sorunuzu Ali Beye mi yönelttiniz?

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Her iki değerli konuşmacıya da; kim cevap vermek isterse, her ikisi de olabilir.

Oturum Başkanı- Soruyu şöyle özetleyebiliriz: Alacağın temliki yasağı, 4054 Sayılı Kanun bakımından 4’üncü maddeye ve bazı durumlarda da 6’ncı maddeye aykırılık teşkil edebilir mi; bu soruyu Sayın Özsunay sordu. İkinci soruyu alayım lütfen.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Sayın Ünal'a bir şey sormak istiyorum. Konuşması bende esasen iki tane soru çağrıştırdı. Rekabet hukukunu, bir nitelendirme yapıp hukuk dünyasında bir yere koydunuz. Dolayısıyla, bunu yaparken de, özel kanun-genel kanundan bahsettiniz. Bu arada da, Ticaret Kanununun ve Borçlar Kanununun çok eski tarihli olduğunu söylediniz. Yeni tarihli olan Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu geldiği zaman acaba bu fikir genel anlamda değişikliğe uğrayacak mı? Özel olarak da, eğer bunların içinde, örneğin bayiyle sağlayıcının anlaşmasını etkileyebilecek, genel işlem şartları gibi hükümler varsa, Ticaret Kanununda kartelleri yasaklayacak hükümler varsa, bunlar bu önermenizde bir değişikliğe sebep olacak mı. Birinci sorum buydu.

Sizin anlattıklarımızdan kafamda şöyle bir ihtimal şekillendi: Bir sözleşme var, Rekabet Kanununa aykırı ve aynı zamanda kişilik haklarına ve ahlâka aykırı. Bu nedenle, ahlâka aykırı olan bu sözleşme Rekabet Kurulunun önüne gittiğinde, Rekabet Kurulu, -benim aklıma gelen Osman Beyin söylediğinin tam tersiydi- muafiyet verdiğini söylüyor. Bu sözleşme, bir yandan muafiyet alırken, bir yanda da, mahkeme tarafından ahlâka aykırı veyahut da kişilik haklarına aykırı diye geçersiz kabul edilebilir. Bu ikisi arasında da esasen bir çelişki yoktur. Doğru mu anlamışım; bunu sormak istiyorum.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- Ben de iki konuşmacıya teşekkür ediyorum. Çok detaylara inerek birtakım tartışmalar yapıldı ama benim kafam doğrusu hiç berraklaşmadı, daha da karışmış oldu; bu, öğrenmenin ilk aşamasıdır. Şunu soracaktım; Bazı temel ilkeler vardır, bir sorunu çözerken, bir sorunu anlamaya çalışırken o temel ilkelerden örnek veririz, -Hocam bir tanesini söyledi- mesela “özel hukukun kamu hukukuna göre daha geniş olması ilkesi” veya “sözleşme özgürlüğünün en az rekabet etme özgürlüğü kadar önemli ve korunması gereken bir ilke olduğu” gibi. Bu tartışmaların arkasında, hukukçuların kafasında birtakım temel ilkeler var. Biz, çok berrak bir şekilde bunların altını çizerek, alt alta sıralayarak ortaya koyduğumuz zaman meselelere bakışımız biraz daha netleşebilir. Herkesin farklı bir yorumu vardır. Ben şahsen, özel hukukun daha geniş olması taraftarı bir insanım. Sözleşme özgürlüğünün de, öteki özgürlük kadar, yani rekabet etme özgürlüğü kadar önemli olduğu kanısındayım. Bir özgürlüğün sınırının, başkalarının da aynı özgürlükten yararlanması olduğuna da saygı gösteriyorum. Dolayısıyla, böyle temel ilkeler nelerdir? O halde özellikle özgürlüğün sınırlandırılması konusundaki ilkeler nelerdir; bize yer yer söylendi ama pek netleşmedi

Affedersiniz, “eşeğe suyu içirmeyebilirsiniz ama eşeğe zorla su içiremezsiniz” diye halkın güzel bir yaklaşımı vardır. Bu çok güzel bir sağduyu örneğidir. Acaba ne ölçüde ona giriyor? Eşeğe suyu kovada içirirsiniz, şunda bunda içirirsiniz, az içirirsiniz çok içirirsiniz ama, eşeğe zorla su içirme

gerçekten bir zorlamadır. Halkın sağduyuyla ifade ettiği bu prensibi de aslında ben temel prensiplerden birisi, hukukun saygı duyması gereken ilkelerden birisi olarak görüyorum. Osman Hocam, siz de lütfedip bu konuya cevap verirseniz sevinirim teşekkürler.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- Kafamızın berraklaşması ve kafamızda kalıcı bir iz oluşması açısından, bu tartışma içerisinde bize yardımcı olabilecek temel ilkeler nedir; bunu soruyorum.

Oturum Başkanı- Tabii, önce bir estağfurullah diyelim. Aramızda teşebbüs temsilcileri var. Teşbihte hata olmaz. Hocamız, “eşeğe su içirme” diyerek, başka bir şekilde ifade etti. Yoksa, Rekabet Kurumu hiçbir şekilde teşebbüsleri eşek olarak görmüyor. Üç soruyu aldık.Buyurun.

Dr. Refik TİRYAKİ- Ben bir şeyi merak ediyorum. Hocamın sorusuyla bağlantılı dedim. Öncelikle bir noktaya açıklık getirmek lazım. Rekabet konusu Anayasanın 167’nci maddesinde düzenleniyor ve devlete verilen ödevler arasında sayılıyor. Dolayısıyla, anayasal sistem olarak bakıldığında, rekabete ilişkin her türlü düzenleme aslında kaynağını, Anayasanın 167’nci maddesinden alıyor; ama rekabet hukukunun ve borçlar hukukunun ilgili olduğu ve bu oturumun ve hatta bugünün, bütün günün temel konusunu oluşturan sözleşme özgürlüğü ise, Anayasanın 48’inci maddesinde düzenleniyor. Burası ki, özgürlükler teorisi bakımından ekonomik ve sosyal haklar kategorisi olarak bilinir ve zaten Anayasada öyle de yazar. Sözleşme özgürlüğünün, benim de katıldığım, aslında bir ekonomik ve sosyal hak olmayıp klasik haklar arasında, yani sivil haklar arasında yer aldığı gibi bir tartışma da var bütün dünya literatüründe; bu, cılız olmakla birlikte bir ölçüde Türkiye’de de var.

Anayasada 2001 yapılan değişiklikleri de göz önüne aldığımızda şöyle bir şey çıkıyor: özgürlükler bakımından 2001 öncesinde Anayasamızda, genel sınırlama, artı, özel sınırlama sebepleri vardı; 2001 yılında ise, sadece genel sınırlama sebeplerine geçtik ve sözleşme özgürlüğü için, -en azından metni okuduğunuzda, Hukuk Fakültesini bitirmiş bir kişi metni okuduğunda- hiçbir sınır yok. “Bu Tip Özgürlükler İçin Ne Yapılacak” diye, Anayasa Mahkemesinin bir sempozyumuna da konu oldu. İki temel bildiri sunuldu. O gün, profesör olan bildiri sahiplerinden birisi, bugün Anayasa Mahkemesi Üyesi Fazıl Sağlam Bey. Diğeri ise, o tarihte Anayasa Mahkemesinin raportörüydü, şimdi bildiğim kadarıyla özel sektörde avukatlık yapıyor. Şuraya gelmek istiyorum: O tartışmaların tümünden ortaya çıkan bir şey var. Anayasa bu özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünü açıkça sınırlamıyor.

Peki, özgürlükler için temel kural sınırlama mıdır, yoksa serbesti midir? Özgürlükler için temel kural, yorumla hiçbir sınırlamanın getirilememesidir,

hukuk düzeninde açıkça getirilmemiş sınırlamaların getirilmemesidir. Tabii ki, sınırlamalar getirilince, yorumda bunların kapsamı bir şekilde değerlendirilecek.

Ben konuşmacılardan ve lütfederseniz sizden, Anayasanın bu 48'inci maddesi-13'üncü maddesi ilişkisi çerçevesinde, sözleşme özgürlüğünün ne kadar sınırlanıp sınırlanamayacağını, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu da dahil olmak üzere, bunların Anayasanın 48'inci maddesine aykırı olup olmadığını ya da aykırılığı konusundaki görüşlerinizi rica ediyorum.

Oturum Başkanı- Biz teşekkür ederiz. Şimdi, Sayın Özsunay'ın her iki konuşmacıya da tevcih ettiği sorudan başlayalım. Buyurun Ali Bey.

Ali DEMİRÖZ- Ben birinci soruyu, burada anlatılan, sözleşme yapmayı reddetme sistematığı içine çok oturtamadım; belki soruyu çok iyi anlayamadığım içindir.

Şunu görmemiz lazım: Alacağın temlik yasağını getiren kim, bir teşebbüs mü, bu teşebbüs piyasada çok yüksek bir pazar payına sahip veya rekabet için gerekli olan belli bir unsuru kontrol ediyor, dolayısıyla, alt pazardaki rakiplerine karşı bunu kullanabilecek bir güce sahip mi; bu şekilde bir sistematikle anlatabilirseniz, burada anlattığımız, tabii ki tartışmalı olmakla birlikte, sözleşme yapmayı reddetme problemi içerisine giren bir sorun olabilir.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Sizin söylediğiniz gibi, bu yasakları tabii ki güçlü olan taraf koyuyor.

Ali DEMİRÖZ- Güçlü olan taraf koyuyorsa, dediğim gibi, güçlü olan tarafın koyduğu yasaklamanın, yasaklama konulan kişinin faaliyet gösterdiği pazar bakımından, bu yasaklamayla engellenen şey her neyse, onun o pazarda faaliyet göstermek için çok önemli zorunlu bir kaynak olması lazım. Eğer böyle bir şey varsa, bu çerçevede düşünülebilir. Benim soruya cevabım bu kadar.

Akın ÜNAL- Ali Beyin anlattıklarına katılmak beraber, o boyutlara ulaşıyorsa, rekabet hukuku zaten, alacağın temlikinin yasak edilip edilmediğine bakmaksızın içerik denetlemesi yaparken de, bir neticenin rekabeti ihlal ettiğine kanaat getirirse, şu anki hükümler neticesinde buna karar verileceğini düşünüyorum. Ama, temelde, böyle bir sorunun Rekabet Kanunu içerisinde çözülmesinden ziyade, Borçlar Kanununda veyahut da Ticaret Kanununda çözülmesinin daha doğru olacağını düşünüyorum. Bu konuda Hocamın görüşünü de merak ediyorum. İkinci soru çok teknik bir soru; o bakımdan, herhâlde siz de Hocamın görüşünü merak ediyorsunuzdur.

Oturum Başkanı- Ali Beyin soruyu anlamakta güçlük çekmesi tabii hukukçu olmamasından kaynaklanıyor.

Soru şuydu aslında (neticede ben de sizden farklı düşünmüyorum), Alacağın temlik borçlar hukukunda iki taraflı bir tasarruf sözleşmesi. Bu alacağın temlik yapılırken, taraflar arasında yapılan bir anlaşmayla alacağın bir başka kimseye temlik edilmemesi öngörülüyor. Sorduğunuz soru bu değil mi?

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY- Yasaklanıyor efendim.

Oturum Başkanı- Yasaklanıyor. Dolayısıyla bu, sözleşmede, alacağına temellük eden kişiye getirilmiş olan bir yasaklamadır. Borçlar Kanununda alacağın temlikinin yasaklanmasının mümkün kılınmış olması hiç kuşkusuz, 4054 Sayılı Kanuna böyle bir yasaklamanın aykırı sonuç doğurması hâlinde de alacağın temlik yasağının geçerli olacağını göstermez; orada da 56'ncı madde devreye girecektir diye düşünüyorum. Her somut olayda ayrı ayrı bakılması lazım. Elbette ki bu, sizin söylediğiniz factoring şirketleri bakımından rekabet üzerinde bir sakınca teşkil edecektir. Dolayısıyla, eğer rekabete, 4'üncü maddeye aykırı bir sonucu varsa yahut da 6'ncı maddeye aykırıysa, söylediğim gibi, 4054 Sayılı Kanun devreye girecektir. Burada şeye dikkat etmek lazım. Mesele, rekabet hukukunda, ikili ilişkide güçlü olanın zayıf olanı sömürmesi yahut da onun özgürlüğünü kısıtlaması değildir; rekabet hukuku, bütün rekabet hukukçularının kabul ettikleri gibi, rekabet düzenini korur. "Rekabet hukuku, iktisadi faaliyet özgürlüğünün kısıtlanmasına karşı getirilmiş olan bir sistemdir"; böyle bir düşünce var ama eskide kalmış bir düşünce. Dolayısıyla, rekabet düzenine olan etkisine dikkat etmek gerekir diye düşünüyorum. İkinci soru Yılmaz Beyin sorusu. Size yöneltilmişti.

Akın ÜNAL- Bu sorun, "genel ve özel" meselesi zaten hukukta da anlatılırken "genel-genel, özel-özel, özel-genel, genel-özel" gibi dörtlü tasnifte anlatılıyor; Hocam bunun en problemlisi yerini sormuş oldu. Ben "genel"i bir daha aktarayım. Genel bir kanun varken genel bir kanun varsa, bizim açımızdan sonraki tarihli önem arz ediyor. Özel ve iki tane aynı konuyu düzenleyen özel kanun varsa, sonraki tarihli önem arz ediyor. Genel bir kanun varken özel bir kanun gelmişse, -mevcutta, şu an Rekabet Kanununun durumu buna giriyor aslında- yerine göre özel kanunun önceliği söz konusu oluyor. Hocamın söylediği gibi, Ticaret Kanunu Tasarısı var, değiştiğinde, Borçlar Kanunu Tasarısı var, değiştiğinde, özel kanun durumunda olan Rekabet Kanununun durumu ne olacak; bu konu zaten hep tartışmalı. Söylenen şey şu: "Amacına bakılacak." Genel kanun, getirmek istediği hükümlerle özel kanundakileri değiştirmek istiyorsa bu soruya "evet" diyeceğiz, yok, değiştirmek istemiyorsa, özel kanun yine özel olma durumunu koruyacak. Buna çok basit bir şekilde cevap vermek mümkün değil; yani kanun koyucunun amacına bakacağız. Şunu da kabul etmek lazım: Amacına bakarken herkesin hemfikir olması da zaten mümkün değil. Bununla beraber birçok tartışma yaşanacak. İlgili hükümlerin

Rekabet Kanunundaki ilgili hükümleri değiştirdiğinin iddia edileceğini, kimisinin de değişiklik olmadığını iddia edeceğini düşünüyorum.

Böyle bir tartışmadan çıkış yolu olarak da aklıma yine şu geliyor: Tarihi kurtarmak bakımından bu sefer tekrar Rekabet Kanununda bir yenilemeye gitmek gerekecek. “Şudur” diye cevap vermek zor gözüküyor Hocam; amacına bakmamız gerekiyor.

Hocam burada şunu da söyledi zaten: Kurulun verdiği karar, bir geçersizlik kararını ortaya koyma, geçersizlik kararı verme şeklinde değil, aslında bir tespit yapıyor, yani 4’üncü maddeyi bu anlamda ortaya koyuyor. Bu geçersizliğe nihayetinde karar verecek makam, mahkemeler.

Burada şu sorun var (bana göre de çok teknik): Kuruldan sonra gidildiği zaman Danıştay’a gidiliyor, Danıştay’ın buradaki incelemesi, bu esnada adli mahkemelere gidilip gidilemeyeceği; bunlar aslında usul hukukunun da sorunları arasında sayılabilir. Ben şunu söylüyorum: Rekabet Kurulu, kendi alanına girmediğini düşündüğü takdirde, bireyler, Rekabet Kanunu haricinde de, gerçekten özgürlüklerinin ahlâka aykırı bir şekilde sınırlandırıldığını kabul ettiklerinde, normal adli mahkemelerden de bu kararı alarak... İki aslında farklı noktalardan gidiyor ama sonuçta, o sözleşmeyi geçersiz kıldığımız için, elde edilen pratik sonuç aynı noktaya geliyor. Öbür tarafta Rekabet Kanunu yoluyla buna ulaşmaya çalışırken, diğer tarafta, adli mahkemeden aldığımız ahlâka aykırılık kararıyla da o sözleşmeyi geçersiz kılarak, sonuç bakımından yine rekabette basit de olsa bir ortam, serbestlik yaratmış oluyorsunuz ya da özgürlüğe müdahalenin görünümünü ortaya koymuş oluyorsunuz. O bakımdan, Kurulun öyle bir karar vermesinin, adli mahkemeler tarafından böyle bir karar verebileceğine engel olmadığını düşünüyorum. Sorunuza net cevap olduğu mu bilmiyorum Hocam.

Prof. Dr. İsmail YILMAZ ASLAN- Ben esasen muafiyet açısından sormuştum. Sonuç itibarıyla ben de katılıyorum. Çok ilginç eski kararlar var; kafamda biraz da o vardı. Mesela Rekabet Kurumu, sadece Rekabet Kanunuyla ilgili olmayan, ama başka önemli bir özgürlükle ilgili olarak verdiği kararlar vardır, mesela, haber alma özgürlüğünü koruma adına aldığı kararlar vardır. O yüzden konuyu gündeme getirmek istemiştım.

Muafiyet bağlantısıyla tam bir cevap oluşturur mu bilmiyorum ama, ben sizin gibi düşünüyorum. Mahkemeler, Rekabet Kurulunun muafiyet verdiği bir anlaşmanın geçersiz olduğuna karar verebilirler; çünkü muafiyet, o, eşittir geçerli anlamına gelmiyor, muafiyet, “ben buna para cezası vermiyorum” anlamına geliyor, “İdare cezalandırma ve yasaklama yetkisini kullanmıyor”

anlamını geliyor. Başka bir nedenle sözleşme geçersiz olabilir, mahkeme de buna karar verebilir diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Müsaade ederseniz ben de bu konudaki görüşümü söyleyeyim. Biliyorsunuz, muafiyet birazcık da suni bir şey. Bunu, 4'üncü maddeye aykırılık bakımından düşünelim. Borçlar Kanunuyla 4054 Sayılı Kanun arasındaki ilişkide bence şöyle bir şey olamaz, yani hukuk jargonuyla söyleyecek olursak, genel hüküm-özel hüküm ilişkisi çerçevesinde şu anlamda hakların telahuku olamaz:

Bırakalım muafiyeti, çünkü muafiyet şeyle ilgili. 4'üncü maddeye aykırı mı değil mi; öyle düşünelim. Muafiyet, ayrıca, 4'üncü maddenin sonuçlarından muaf tutuyor. Benim düşünceme göre, muafiyet, geçersizliği engelleyen bir şeydir. Ben sizinle aynı fikirde değilim. Muafiyet almış olan veyahut da grup muafiyetine giren bir anlaşma, borçlar hukuku anlamında sözleşme ise, geçerlidir. O muafiyet tamamlayıcı bir unsur oluşturuyor.

Geri dönecek olursak, şu söyleyeceğim çerçevede hakların yarışması yoktur: Bir kimse, bir teşebbüs, “dilersem Medeni Kanununun 23'üncü maddesine” veya “Borçlar Kanununun 19-20'nci maddesine” veya “41'inci maddenin 2'nci fıkrasına dayanırım, istersem de 4054 Sayılı Kanuna dayanırım”; farklı olaylarda hakların telahuku olabilir, ama şu durumda bence olmaz ve bir yarışma vardır diye düşünüyorum. Eğer, herhangi bir teşebbüs davranışı, 6'ncı maddede yasaklanan hâkim durumun kötüye kullanılması yahut da 4'üncü maddede yasaklanan rekabeti bozucu etkisi bakımından bir soruşturma konusu olup da, bu davranışın 4054 Sayılı Kanuna aykırı olmadığı tespit ediliyorsa, artık o davranışın, bizzat o davranışın, aynı nedenle ahlâka aykırı nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Benim düşüncem bu. Başka bir nedenle ahlâka aykırılık olabilir ama, 4'üncü maddedeki, diyelim ki, azami fiyat yükümlülüğü getirilmiş, Rekabet Kurulu da, “bu 4'üncü maddeye aykırı değildir” diyor, diğer tarafa bakıp da, 4'üncü maddeye aykırı olmasa bile bu ahlâka aykırıdır” diyemezsiniz, çünkü, o takdirde rekabet hukuku ile arkadaşımızın bahsettiği Borçlar Kanunu arasındaki genel ve özellik ilişkisine dokunmuş olursunuz. Bu benim kişisel görüşüm. Aynı şey fikri ve sınai mülkiyet hukukuyla mesela haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir diye düşünüyorum. Ama başka bir sebeple ahlâka aykırıysa o zaman hiçbir tartışma yok, tabii ki o zaman olur. Ama o davranışın bizzat kendisi, sözleşmenin, ilgili kaygının bizzat kendisi 4'üncü maddeye aykırı görülüyorsa, azami fiyatta olduğu gibi, “azami fiyat ahlâka aykırıdır” diyemez diye düşünüyorum. Buyurun.

Akın ÜNAL- Fiyatla ilgili bir hükmün Rekabet Kanununa aykırı olmadığını ifade ederken, sadece o boyutuyla değil de, eklemelerle beraber ahlâka aykırılık boyutu ortaya çıkıyorsa.

Oturum Başkanı- Olabilir.

Akın ÜNAL- Yine aynı sözleşmenin diğer hükümleriyle beraber, yani başka ahlâka aykırılık şeyi değil.

Oturum Başkanı- Olabilir elbette.

Akın ÜNAL- Orada, bir madde Rekabet Kanunu bakımından incelenirken; ama borçlar hukuku bakımından baktığımızda, demin verdiğim örnekte, “10 yıl ayrılamazsın” diyor, “fiyatı ben belirlerim” diyor, “vitriini ben kullanırım” diyor, bu sefer tekrar rekabet hukuku boyutundan değilse bile, borçlar hukukundaki ahlâka aykırılık devreye giremez mi?

Oturum Başkanı- 4054 Sayılı Kanuna göre Rekabet Kurulu sözleşmenin tamamına bakar, bir tek o hükme bakmaz. Bir sözleşme, o söylediğiniz türden sınırlamalar aynı zamanda Rekabet Kurulu tarafından incelenmesi gereken sınırlamalardır. Ama eklemelerle tabii ki ahlâka aykırılık ortaya çıkabilir. Salt bir davranışın bizzat kendisi şikâyet konusu olduğu zaman; ben ondan bahsediyorum. Üçüncü sorumuz Erdal Türkkân Hocamızın.

İsmail Hakkı KARAKELLE- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Erdal Hocamızın açtığı tartışma çok önemli bir nokta. Ardından EPDK'den Refik Bey, Anayasanın 48'inci maddesiyle 167'nci maddesini ortaya koydu. Şimdi söyleyeceğim görüşü ilk defa yazılı olarak dile getiren, -yanılıyorsam, başkasının hakkını yiyorsam peşinen özür diliyorum- bir genç meslektaşınız, Rekabet Kurumundan yetişme hukukçu, İlmütluhan Selçukdur. Sözleşme hürriyetini düzenleyen Anayasanın 48'inci maddesi, girişim serbestisinin garantisidir. Dolayısıyla, aslında Rekabet Kanununun, rekabet hukukunun dayanağı yalnızca 167 değildir, daha fazla 48'inci maddedir ya da biraz yumuşatarak söylersek, en az 167 kadar Anayasanın 48'inci maddesi, rekabet hukukunun korumaya çalıştığı amacın, korumaya çalıştığı menfaatin anayasal dayanağıdır. Rekabet hukukunun sözleşme serbestisine bir sınırlama olduğundan şüphe yok; bunu herkes söyledi. Fakat Rekabet Hukuku aynı zamanda sözleşme serbestisinin, girişim serbestisinin, seçim serbestisinin de garantisidir. Dolayısıyla, Osman Hocamızın söylediği gibi, 48'le 167 arasında zaten hukuklar arasında bir çatışma olmayacağı gibi, hukuk kuralları arasında da bir çatışma olmaz, olsa olsa bir tamamlayıcılık olur. Ben, daha başlangıcından da bir çatışma olmadığını düşünenlerdenim.

Her iki tebliğ sahibimizin -ki başlangıçta teşekkür etmeyi unuttum, her ikisinin de tebliğlerine özel olarak teşekkür ediyorum- görüşlerini duymak istiyorum.

Oturum Başkanı- O zaman üçüncü soruya geçtik. Erdal Türkkan Hocanın da sorusu aslında, hem Refik Beyin sorduğu, hem de İsmail Beyin tamamladığı problemle ilgili. Burada bir menfaatler karşılaştırması var. Rekabet hukukunun koruduğu menfaat kamu menfaatidir, sözleşme özgürlüğünde daha ziyade özel menfaat korunur; ilkesel bazda bunların dengelenmesi meselesidir. Türkiye’de olmasa da, Almanya’da bu konuda çok sayıda makale yazıldı. Özellikle sözleşme özgürlüğü bakımından, zorunlu unsur doktrini bakımından menfaat karşılaştırması, iktisattan etkilenen ve iktisadi perspektifi, -hukukçu olduğum için- tırnak içinde abartan hukukçular tarafından bu dahi yanlış bir yöntem olarak adlandırılıyor ama, sorunuza tabii cevap vereceğiz. Ali Bey buyurun.

Ali DEMİRÖZ- “Temel ilkeler” denildi. Temel ilkeler bakımından hem Avrupa Birliği’nin dokümanlarında, hem de Amerikan otoritelerinin dokümanlarında şu söyleniyor (bunu da kabul etmemiz lazım): Sözleşme özgürlüğü ve mülkiyeti istediği gibi kullanma ve iş yapacağı kişileri seçme özgürlüğü önemli bir özgürlüktür, bu kısıtlanamaz, ancak istisnai şartlarda kısıtlanabilir. Bizim de aradığımız, şu anda üzerinde tartıştığımız şey; “bu istisnai şartlar nelerdir?”

Osman Hocanın kitabında uzunca bir bölüm olduğu için, anayasal düzeyde korunan haklar ve bunlara kanunla nasıl sınırlama getirileceği konusuna çok girmek istemiyorum ama, -slyтта verdim- herhâlde, sözleşme özgürlüğünün en fazla olduğu Amerika’daki “Colgate kararı”nda çok net bir şekilde, tekelleşme amacı ya da tekeli korumak gibi bir amaç varsa, sözleşme özgürlüğüne müdahale edilebileceği şeklinde bir hüküm var. Bu hüküm de şimdiye kadar mahkeme kararlarında tekrar edilegelen bir hüküm. O yüzden ben buraya çok girmiyorum. Osman Hocanın çok daha iyi cevaplayabileceğini düşünüyorum. Ben sadece, buradaki mantığı da soru sorarak ve müşahhaslaştırarak anlatmak istiyorum.

Bir piyasada bir teşebbüs hâkim durumdaysa ve elinde de çok değerli bir varlık varsa, -bu, bir fikri mülkiyet hakkı olabilir, bir telekomünikasyon şebekesi olabilir, enerji şebekesi olabilir- buradaki gücünü, bu unsurdan kaynaklanan gücünü, başka pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslere sağlamayarak, onlarla sözleşme yapmayarak ya da daha önce yapmışsa bunu keserek o pazarlardaki rekabeti bozabilir ve bunun neticesinde de tüketicilere bir zarar ortaya çıkabilir mi, hatta, bu zarar ortaya çıkarsa, bizim getireceğimiz yükümlülüğün, unsura sahip olan teşebbüs ve belki o unsura gelecekte yatırım yapmak isteyen diğer

teşebbüsler üzerindeki caydırıcı etkisi, bu getireceği faydadan daha azsa, o zaman sözleşme yapma yükümlülüğü getirebilir miyiz; temel problemimiz budur. Rekabet Kurulu kararlarından bir-iki örnek vermek gerekirse; İstanbul'da yat fuarı düzenleyebilmek için uygun olan tek bir fuar alanı varsa ve bu fuar alanına fuar sahibi aynı zamanda fuar da düzenliyor ve bu alanda yıllardır fuar düzenleyen başka bir teşebbüse çok yüksek fiyatlar önererek sözleşme yapmama yönünde bir eğilim belirliyorsa, bu durumda, o fuar sahibine sözleşme yapma yükümlülüğü getirecek miyiz?

Bir başka örnekten gidelim. Bir cam üreticisi hâkim durumda, çok yüksek kapasiteleri var. Bu cam üreticisinin, cam ev eşyası üretilmek üzere faaliyet gösteren bir rakibine, o kişi aynı zamanda alt pazarda faaliyet gösteriyor, cam ev eşyası sağlamayı önemli oranda indiriyorsa, bu durumda biz, alt pazardaki, yani cam eşyaları pazarındaki rekabetin bozulacağından ve bu sözleşme ilişkisinin kesilmesinden ya da azaltılmasından dolayı bir sözleşme yapma yükümlülüğü getirecek miyiz?

Örneğin hâkim durumdaki bir teşebbüsün hâkim durumda olduğu ürünler var. Bu ürünler için üç-beş tane distribütör atamış. Alt pazarda rekabetin azalmaması için bunlarla sözleşme yapmaya devam etmeli mi, yoksa istediği kişilerle sözleşme yapabilir mi?

Aslında burada dengelemeye çalıştığımız, standardını aramaya çalıştığımız şey: Tüketicileri, böyle bir sözleşme yapma yükümlülüğüyle faydalandırabilir miyiz, getireceğimiz yükümlülüğün zararları bu faydayı aşabilir mi? Sunumda da söylediğim gibi, burada Rekabet otoritelerinin işi çok zor; yani bu dengelemeyi yapmak çok çok zor. Bu kadar yeterli olmuştur diye tahmin ediyorum.

Akın ÜNAL- Yanlış anlamadıysam, Tiryaki Bey, Anayasadaki yeni değişiklikle artık sözleşme özgürlüğüne müdahale yapılamayacağı tartışmasına.

Oturum Başkanı- Hayır ben soruyu özetleyeyim. Refik Bey diyor ki, Anayasada 2001 yılında bir değişiklik yapıldı ve Anayasa şu anda diyor ki, 'özgürlükler ancak kanunda gösterilmiş olan sebeplerle sınırlandırılabilir', sözleşme özgürlüğüyle ilgili hükme ve diğer hükümlere de baktığımız zaman, sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açabilecek herhangi bir sebebin Anayasada gösterilmediğini görüyoruz, dolayısıyla, siz burada, '6'ncı maddeden hareketle, teşebbüsler sözleşme yapmak zorundadır' deyip duruyorsunuz ama bunu nereden çıkarıyorsunuz? hele hele 6'ncı maddeyi de okuduğumuz zaman, 'hâkim durumun kötüye kullanılması yasaktır' demiş. Biz ta nerelere gidiyoruz, adama su içirmek zorunda kalıyoruz.

Dr. Refik TIRYAKI- Kanun 167'ye dayanıyor diye de düşünüyorum. Ben, İlmütluhan Selçuk Beyin o görüşüne ve ona destek olan, arka planını oluşturan Ali Ulusoy Beyin, özel girişim özgürlüğüyle sözleşme özgürlüğünü birbirine bağlayan görüşüne katılmıyorum. 1804 tarihli “Code Napoleon”dan bugüne kadar her bir özgürlüğün gelişimini de incelediğimizde, ayrı birer karakteri olduğunu, sözleşme özgürlüğünün de, özel girişim özgürlüğünün de kendilerine özgü unsurlardan oluşan farklı iki özgürlük olduklarını düşünüyorum. Bu yüzden de, o görüşe katılmadığımdan, Rekabet Kanununun temelini sadece 167'nci maddede buluyorum. Tabii, özel girişim ve sözleşme özgürlüğüyle ilgisizdir diyemem, tabii ki doğrudan bağlantılı, yani ayırmanız belki çok zor.

Ben şuna gidiyorum: 167'yle 48 arasında bir uyum, -sizin seansın başında söylediğiniz gibi- kurulacaksa, bence her hâlükârda sözleşme 167'den çok çok önce gelir; yani aralarında bir yarışma kabul bile edilemez diye düşünüyorum. Bu çerçevede görüşlerinizi duymak istedim. Teşekkür ederim.

Akın ÜNAL- 2001'den sonraki değişiklikte birtakım tartışmalar var ama genelde kabul edilen bir şey var ki, özgürlükler anlamında, Borçlar Kanunu 19-20'deki olsun, diğer getirilen sınırlamaların etkilenmediği noktasında da ağırlıklı görüşler var. Pratikte de, ruhuna baktığınız zaman da, gerçekten, gelişen ekonomiler, piyasa şartları, şunlara bunlara baktığınızda bunu savunmak çok da zor gözüküyor. Kanun orada bir özgürlük sınırlaması getirirken aslında başkalarının özgürlüğünü sağlamaya çalışıyor; Anayasanın da yapmak istediği bu değil mi? “Sözleşme hürriyeti var” derken, “herkes istediği şekilde sözleşme yapar” şeklinde yorumlamak yanlış olur. Deminki örnekteki gibi, iki kişi arada bir sözleşme yapıyorlar, üçüncünün sözleşme yapmasını engelliyor. O zaman, onunkini anayasal boyutta nasıl izah edeceğiz? Böyle bir sıkıntı var.

Yılmaz Hocamın bir kitabından, rekabet bakımından direkt bir alıntı ifade etmek istiyorum: “Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar veya tekelleri uygulamalar müşterilerin seçme özgürlüklerini kısıtlamaktadır. Bu uygulamalar yasaklanmakla esasen borçlar hukukunun sağlamaya çalıştığı sözleşme özgürlüğü sağlanmaktadır.” Tersten bir ifadeyle gittiğinizde, getirilen yasaklamaların da amacı zaten birçok insanın özgürlüğünü sağlamak; yine Anayasanın sağlamak istediği şey sağlanmaya çalışılıyor.

Şunu da ifade etmek istiyorum: Borçlar hukuku 19-20'dekinin bir devamı olduğunu düşünüyorum, yani Rekabet Kanunu 4, 6, 7'nin, borçlar hukukundakinin özel bir hâli olduğunu da düşünüyorum. O bakımdan, sadece Rekabet Kanunu-Anayasa ilişkisi yerine, Anayasa, Borçlar Kanunundaki hükümler ve Rekabet Kanunundaki 4, 6, 7 ya da 56'nın hep beraber

değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Bu bakımdan da Anayasaya aykırılık teşkil etmediğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Ben de bu soruyu çok önemsiyorum, gerçekten bu çok önemli bir soru. Bu sorunun cevabı: Sizin düşüncenizden çok pozitivist bir mantıkla hareket ederek, siz öyle düşünüyorsunuz demiyorum, siz çünkü, girişim özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü diye ayırdınız bir de... Bu tabii benim asıl alanımı aşan bir konu, ben Anayasa hukukçusu değilim. Evvela şöyle düşünelim: Sonuçtan başlayalım, diyelim ki, Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra, Anayasada gösterilmiş sebepler dışında hiçbir özgürlük kısıtlanamaz. Sözleşme özgürlüğünü bahşeden 48'inci maddede veyahut da Anayasanın başka herhangi bir yerinde, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına neden olabilecek açık bir sebep sayılmamıştır. Şu hâlde, bırakalım 4054 Sayılı Kanunun 6'ncı maddesini, şimdiye kadar literatürde hep yazılmış olan ve sözleşme yapma zorunluluğunun dolaylı olarak doğmasına sebep olarak gösterilen Medeni Kanunun 2'nci maddesi de işlevini kaybetmiş olacak, 4054 Sayılı Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddeleri de işlevini kaybetmiş olacak veya en azından, şu andaki konumuza dönelim, herhangi bir teşebbüs hâkim durumunu, 4054 Sayılı Kanunun koruduğu menfaatleri bozacak şekilde sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle kullanıyor ise, Anayasanın bu düzeninden hareketle biz onu sözleşme yapmak zorunda bırakamayacağız. Bu sonuç doğmamalı. Bence, bu sonucun doğmaması için, hukukta da çareler tükenmediğinden, bir yol aramalıyız.

Bırakalım sizin sorduğunuz soruyu, şu dahi çok önemli: Anayasanın 13'üncü maddesi, "sözleşme özgürlüğü ancak kanunla sınırlandırılabilir" diyor. 4054 Sayılı Kanunun 6'ncı maddesini okuduğumuz zaman, -genel formülünü söylüyorum- sözleşme özgürlüğünden eser yok, nereden çıkarıyoruz sözleşme yapma zorunluluğunu; soru ta oraya kadar gidebilir.

Anayasa hukukundaki tartışmaları izlemiştiniz. Bunun cevabı, - kitabımda da yazmıştım, fotokopisini de alıp getirmiştım, hemen şuradan söyleyeyim, korkmayın okumayacağım- şurada yatıyor: Anayasanın 14'üncü maddesi, Anayasanın hiçbir hükmünün, Anayasada güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde kullanılamayacağını söylüyor; birincisi bu. İsterseniz 14'üncü maddeye dayandırabilirsiniz, isterseniz, 48'inci maddenin, -"Fazıl Sağlam'ı dinledim" veya "okudum" dediniz- hakların nesnel sınırlılığı kuramından hareket edebilirsiniz ve şunu söyleyebilirsiniz: 48'inci maddenin verdiği sözleşme özgürlüğünün, yorum suretiyle tespit edebileceğimiz, koruyucu alanına giren normatif bir sınırı vardır, bu sınırlar içerisinde hiçbir teşebbüs, rekabeti bozacak ve böylelikle de kamu düzenine aykırı bir şekilde sözleşme özgürlüğünü kötüye kullanamaz. Bunu

yaptığı zaman 48'inci maddenin dışına çıkar, çünkü 48'inci madde bunu korumuyordur. Dolayısıyla, bir adım daha ileri gidecek olursak, bir de, anayasacıların “Practice concordance” dedikleri “pratik uyuşum ilkesi” var. Anayasanın bütün hükümlerini hep birlikte yorumlamak lazım.

Bu mekânizmalar bize, sizin haklı olarak sorduğunuz, ama bir nebze de çok pozitivist olan bakış açısının doğuracağı sakıncalardan kurtulma imkânı verir diye düşünüyorum. Sorunuz için çok teşekkür ediyorum. Mutlak bir şey değil tabii; bu benim düşüncem. Şimdi üç soru daha alacağız.

Dr. Refik TİRYAKİ- Hocam bir cümle söyleyebilir miyim?

Oturum Başkanı- Buyurun.

Dr. Refik TİRYAKİ- Açıklamalarınız için çok teşekkür ederim. Gerçekten doktrinde tartışılan ve kesin cevabı olmayan bir konu olduğu kabul etmem lazım.

Oturum Başkanı- Kemal Gözler aksini söylüyor mesela.

Dr. Refik TİRYAKİ- Evet, Gözler aksini söylüyor; başkaları da var. Pratik uyuşumu da, nesnel sınırlılık ilkesini de, 14'üncü maddeyi de, diğer maddeleri de, ben hepsini tezde işledim zaten; bu tartışmaların hepsinde sizinle hemfikirim. O zaman, geldiğimiz noktada, bugünkü Türk doktrininde şunu söyleme gereği duyuyorum: 13'üncü madde değişti ama, biz 13'üncü maddenin eski hâlini ne kadar çok sevmişiz diyorum. O zaman niye bu kadar eleştirdik?

Oturum Başkanı- Şimdi üç soru daha alacağız.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Hocam. Tabii, insanlara su içirmek kısmını bir tarafa bırakırsak, bütün emredici hükümler, sözleşme yapma özgürlüğünü ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü kısıtlıyor. O yüzden, 56'ncı maddeye bakıldığında, aslında 56'ncı madde sebepsiz zenginleşmeyle ilgili bir hüküm; ben asıl onunla ilgili, -tabii, kanun hükmünü soruyorum- görüşlerinizi duymak isterdim. O konuda tebliğinizi tamamlarsanız memnun olacağım. Malum, 65'inci maddeye de atıf yapıyor.

Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN- Hocam, affedersiniz, soruyu bir özetleyebilir misiniz; ben takip edemedim.

Oturum Başkanı- 4054 Sayılı Kanunun 56'ncı maddesi 4'üncü ve 7'nci maddeye aykırı yapılmış olan sözleşmelerin geçersiz olacağını söylüyor, ondan sonra da hemen arkasından “ taraflar, birbirlerine sağlamış oldukları menfaatleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilirler.”

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Ve şeyi de istisna tutuyor.

Oturum Başkanı- 65'inci maddeyi, yani, "kanuna ve ahlâka aykırı bir amaç için verilen bir şeyin iadesi istenemez" hükmünü istisna tutuyor. Bunun hakkındaki düşüncesini soruyor. Buyurun.

Akın ÜNAL- Hocam, burada, geçersizlikle ilgili tartışmaları mı kastederek soruyorsunuz? Orada getirilen hükmün hangi boyutunu sordunuz?

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Peki, o zaman 2'nci fıkrayı söyleyeyim: "Borçlar Kanununun 65'inci maddesinin hükmü, bu kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz" fıkrasını nasıl yorumluyorsunuz? Sadece onu söyleyin.

Akın ÜNAL- Geçersizlik aslında 56'da olmasa dahi, yani 4, 6, 7'deki "hukuka aykırıdır, yasaktır" ifadeleriyle Borçlar Kanunundaki 19-20 birleştirildiğinde de aynı sonuca çıkılabiliyor. Bence 56 aslında bir tekrardan ibaret.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Evet ama "65'inci madde uygulanmaz" diyor.

Akın ÜNAL- 65'inci madde zaten, sözleşme özgürlüğüyle, benim anlattığım konuyla da içerik bakımından direkt aynı noktalarda değil. 65'in, iktisadi hürriyetin, şahsi hürriyetlerin kısıtlanması bakımından da zaten uygulanma alanı yok, yani, normal borçlar hukuku sözleşme özgürlüğü bakımından ele alındığında da yok zaten.

"Bir paralellik var" derken yanlış anlaşılmasın. "Genel kanun hangi, özel hukuk içinde mi, kamu hukuku içinde mi yer alıyor" derken belki orada ona benzer bir ifade kullandım ama, "bir paralellik var" derken kastettiğim daha çok, "geçersizliği de borçlar hukukuna eş bir şekilde düzenlediği, hatta atıf bile yaptığı" şeklinde anlatmak bakımından söyledim.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Malum, sözleşmenin hükümsüz olması sebebiyle, rekabet hukukuna aykırılığı sebebiyle hükümsüz olması bir sebepsiz zenginleşme durumu ortaya çıkartabilir ve bir iade talebine konu olabilir. 65'inci maddede diyor ki, "ahlâka aykırı bir maksat için verilen şeyin iadesi talep edilemez." Rekabet hukukunda bunun sınırını nereden çizeceğiz? Burada mecazi manasıyla kamu düzenine aykırılıktan, organize suç örgütünden filan bahsettik. Birçok hâllerde rekabet hukukuna aykırılıklar kamu düzenini zedeleyen ve ahlâka aykırılık teşkil eden düzeyde olabilir, bilhassa kartel meselesinde karşımıza çıkacağı üzere. Burada 65'inci maddenin istisna tutulmasını, yani 65'inci madde hükmünün uygulanmamasını nasıl yorumluyorsunuz?

Akın ÜNAL- Konuya o boyutta hâkim olmadığımı söylemekle beraber, çok özel bir şey belirtsem yanlış olur. Hatemi'nin kitabında da bu 65

incelenirken, daha çok mesela, evlilik dışında münasebet kurmak için taahhüt edilen bir şeylerin, verilenlerin alınıp alınamaması bakımından ele alındı. “Ahlâka aykırılık” derken, olayın daha çok bu kapsamlarda, özellikle din değiştirme, tabiiyet değiştirme kaydıyla verilen paraların alınması şekliyle değerlendirildiğini görüyoruz. O maddenin bağlantısı kurulurken rekabet hukukunda da aynı şeyin geçerli olduğunu düşünüyorum. Özellikle, deminki, kişinin şahsi ve ekonomik özgürlüklerini ihlal ettiği için ahlâka, adaba aykırı olduğu için verilenlerin geri alınamayacağı anlamında anlaşılması gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- O vakit, bir kartel anlaşması muvacehesinde, mesela rakipleri piyasadan ihraç etmek için yapılan bir fiyat sınırlaması anlaşması kapsamında, bu anlaşmaya razı etmek için, rakiplerden birinin diğerine ödemiş olduğu bir meblağın iadesinin mümkün olduğunu düşünüyorsunuz.

Akın ÜNAL- Mümkün olduğu sonucu çıkıyor.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- 56/2’nci fıkranın buna mâni teşkil etmediğini söylüyorsunuz.

Akın ÜNAL- “65 uygulanamayacak” dediyse, artık tekrar alınamayacağı değil, alınabileceği sonucu çıkacak.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Evet, alınabileceği.

Akın ÜNAL- Paralel bir düzenleme gibi gözüküyor.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- O zaman siz, sadece aile hukukuna ilişkin durumlar gibi.

Akın ÜNAL- Olaya tam manasıyla hâkim olmamakla beraber ben genel olarak dedim. Hatemi Hocanın kitabında da zaten konunun o noktada yoğunlaştığını biliyorum. Kastedilenin o olduğunu düşünüyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Peki. Teşekkür ederim.

Akın ÜNAL- Aksi takdirde, eğer geri alamayacak olsaydı, rekabeti ihlal etmiş adamın ihlalini daha da güçlendirmiş olurdu; amaç rekabet düzenini sağlamak, halbuki onu daha güçlü kılacaktınız.

Oturum Başkanı- Kerem Cem Sanlı bu sorunun cevabını en son yazdığı bir makalede işledi ve hukuk politikası bakımından bunun yerinde bir tercih olmadığını belirtti.

N. Doç. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Erdal Hocayı da şaşırtacak birkaç şey söyleyeceğim; çünkü o ilkelerden bahsetti. Amerika Birleşik

Devletleri’ndeki uygulamayı zorunlu lisans kapsamında incelediğimde, zorunlu lisans bir cümleyle; sizin bir fikri mülkiyet hakkınız var diyelim, onu başkasına kullandırmak zorundasınız. Çok kıymetli patentiniz var; Amerika Birleşik Devletleri’ndeki otorite, “bunu başkasına da kullandıracaksın, o da bundan yararlanacak, bu patentle üretim yapacak” diyor. Ben okudukça, hayretler içinde, “bunu da mı yapmış” dedim. Know-how dediğimiz gizli bilgi. “Başkasına da kullandıracaksın” diyor. Hatta fikri mülkiyet hukuku kapsamında, makul bedel öngörülürken (zorunlu lisansı öngörürseniz) “burada bedelsiz kullandıracaksın” diyor; para falan yok. Dolayısıyla, liberal bir yaklaşım içerisinde bu tür zorla su içirme uygulamalarını gördüğümde dedim ki, demek ki, düzenin devamı, yani liberal düzenin tesisinde bunun da önemli rolü olabilir. Su içmesi gerekir ki yürütesiniz o varlığı. Tabii, anayasal tartışmaları yapmamız çok önemli, yani bu da işin bir boyutu ama, çok da endişe etmeyelim, çünkü sözleşme yapma özgürlüğü temel hak ve özgürlükler arasında da sayılmış değil. Biz burada hâkim durumdaki bir teşebbüsten bahsediyoruz; yani bahsettiğimiz Ali Bey, Mehmet Bey değil. Mesela Microsoft’tan bahsediyoruz, -konuyu oraya getireceğim- Eti Holdingden bahsediyoruz; dolayısıyla, olayı farklı bir boyutta ele alıyoruz.

Ali Bey bu kapsamdaki sorum şu: “Bor kararı” bugün alınacak olsaydı, kanuni bir tekel olmadığını düşünürsek, bu bir özel teşebbüs, kendisine işletme yetkisi, bor çıkarma yetkisi devlet tarafından verilmemiş, bu bahsettiğiniz çerçevede, diğer şirketlerden gelen talepler acaba kabul edilmeli miydi, yoksa ret mi edilmeliydi?

Ali DEMİRÖZ- Çok zor bir şey soruyorsunuz ama görüşlerimi söylemeye çalışayım. Burada, sözleşme yapılacak ürün, nihai ürün müdür, yoksa ara ürün müdür? IMS kararına baktığımızda “Stage of production” da bir pazar için yeterli görülüyor. IMS standartlarında değerlendirdiğimiz zaman, ortada bir potansiyel veya hipotetik pazar olması yeterli ve bu anlamda sözleşme yükümlülüğü getirilebilir. Benim şahsi kanaatim, ben Kurul gibi düşünüyorum ve nihai ürünün değişik üretim aşamalarına sözleşme yükümlülüğü getirilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Tam tersini düşünenler var; mesela Ece Fatma Aslan, bunun, sözleşme yükümlülüğüyle sonuçlanması gereken bir durum olduğunu söylüyor. Biraz daha detaylara indiğimiz zaman, telekomünikasyon sektöründen bir örnek vermek gerekirse; internet hizmeti vermek için bir tane telekomünikasyon şebekesi var diyelim, “aç” diyorsunuz, ama hangi üretim aşamasında açacaksınız, yeniden satışta mı, veri akışı erişiminde mi, yerel ağın paylaşımına açılması yönteminde mi? Bana göre, bu tür, belli bir nihai ürünün üretim aşamalarının sözleşme yapma yükümlülüğüne tabi olmaması lazım.

Buraya uyduğunu düşündüğüm için çok kısaca bir şey belirtmem lazım “Damien Geradin” nin Komisyonunda 82. madde kılavuzu tartışılırken “Stage of production”la ilgili şöyle bir örnek veriyor: “Bir çikolata fabrikanız var, 35 tane üretim aşaması var, rakipleriniz, herkes 30 tanesini yapıyor, ama siz 5 tane daha bir şey eklediniz ve ortaya mükemmel bir çikolata çıktı, rakipleriniz gelip ‘30 tanesi elimde, sadece şu 5 tanesi istiyorum’ dese sözleşme yapma yükümlülüğü getirecek miyiz?” Benim görüşüm Kurul kararının, tekel hakkı olmasaydı bile doğru olduğu yönünde.

Oturum Başkanı- Son iki soruyu alıyorum; önce Beyefendi, sonra da Gönenç Gürkaynak. Siz de lütfen sorunuzu dışarıda sorun. Çok geçtik çünkü. Buyurun.

Ayhan KORTUNER (Pamukkale Üniversitesi Öğretim Üyesi)- İlk sorum Akın Beye. Sonuç kısmında şöyle bir ifadeniz var: “Rekabet hukukundaki muafiyet sisteminin borçlar hukukunda karşılığı bulunmamaktadır.” Oysaki, borçlar hukukundaki hukuka uygun sebepler arasında değerlendirilebileceği söyleniyor. Siz farklı mı düşünüyorsunuz? Belki biz yanlış anlamış olabiliriz.

İkinci sorum, konuşmacılara değil, Kurula. Teşebbüslerin sözleşmelere koyduğu genel işlem şartları, özelde değil ama, toplu olarak değerlendirildiğinde rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabiliyor. Bu yüzden, Alman hukukunda, teşebbüsler, genel işlem şartlarını önce “Bundeskartellamt”a onay için sunuyorlardı; ciddi anlamda iş yoğunluğu getirdiği için sonra bundan vazgeçildi. Rekabet Kurulu, özelde değil ama genel anlamda, bir piyasadaki genel işlem koşullarının rekabeti kısıtlayabileceği konusunda çalışmalar yürütüyor mu acaba ya da bakış açısı nedir; bunu merak ettim.

Oturum Başkanı- Bu ikinci soru Kurula. İsmail Bey dilerse siz yanıtlarsınız veya Mustafa Bey.

İsmail Hakkı KARAKELLE- O konuda bir çalışmamız yok.

Oturum Başkanı- Cevap: “Bu konuda bir çalışma yok.”

Akın ÜNAL- Hukuka uygunluk sebeplerinin aynı şey olmadığını düşünüyorum. Kastettiğim, özellikle işleyiş bakımından. Kurulun böyle bir muafiyet veriş tarzının, borçlar hukukunda böyle bir işleyiş tarzının olmadığını ifade ediyorum. Yoksa, çok genel olarak düşündüğünüz zaman onun için dahil edebilirsiniz. Mekânizmanın olmama şeklinde algılayalım; daha doğru olur.

Oturum Başkanı- Son soru. Sayın Gönenç Gürkaynak buyurun.

Av. Gönenç GÜRKAYNAK- Ayşe Odman Boztosun’un demin söyledikleri üzerine biz bu köşede ufak panikatak yaşadık. O sırada el kaldırıp

bir yorum yapma ihtiyacı hissetmişim. Kayıtlara girmiş bir şeyle ilgili olarak ben de bu tarafında şu kadarcık bir cümleyle yetineyim: Bahsedildiği, -tabii, söylenirken standartsız, hızlı bir şekilde söylenmiştir herhâlde- gibi bir iş yapma, sözleşme kurma yükümlülüğünün Amerika Birleşik Devletleri'nde yahut Avrupa Birliği'nde bulunduğunu düşünmüyorum. Bu konuda bugüne kadar en büyük yaranın alındığı, benim de bizzat dahil bulunduğum Microsoft davasıdır. Orada bile buraya kadar gelinmedi. Bir tek konu, epidemik hastalıkların tedavisinde kullanılan birtakım ilaçlarla ilgili olarak illa vermek gerekmesi mümkün olabilir. Ama, standart budur. O bahsedilen, hiç tanımamış, ezmiş geçmiş Amerikan mahkemesi kararı, “epidemik hastalık, vatandaş ölüyor, sen burada bundan para kazanacağım diye bu patente sarılamazsın” dediği Amerikan mahkemesi kararıdır. En azından benim bilgim dahilinde başka hiçbir örneği yoktur.

Oturum Başkanı- Buyurun.

Dr. Oğuzkan GÜZEL (Avukat)- Benim sorum Ali Demiröz Beye. Çok tartışmalar oldu zaten; düzenleyici otoriteler sözleşmeye müdahale ediyorlar; Refik Beyin çalıştığı EPDK de müdahale ediyor. Düzenleyici otoriteler içerisinde bir yetki karmaşası var. Şimdi kendisinin de fiyat şeyinde, Telekom kararında yaptığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu Kanununa baktığımızda, bu çok muğlak ve geniş bir yetki diye Rekabet Kanununa aykırılıkları düzenleme yetkisi kendisine verilmiş. Bu yetki kimde, BTK'de mi, Rekabet Kurumunda mı? Bu yetki çatışması özdeki bir konuyu flu hâle getirebilir mi? Bu konu hakkındaki görüşlerini kayda geçirmek için sormak istedim.

Ali DEMİRÖZ- Öncelikle hızlıca şunu söyleyeyim: Osman Hocanın kitabında da var, ben buna çok katılıyorum; yetki meselesinde kanunların ve özellikle sektörel kanunların çok iyi kaleme alınmadığını ve problemlerin birçoğunun buradan kaynaklandığını düşünüyorum.

İkincisi; Trinko kararına benzer bir şekilde ve Avrupa Birliği'ndeki kararlarda da, eğer açıkça bir bağımsızlık yoksa Rekabet Kurulunun da yaptığı gibi, rekabet kurallarını bu sektörlerde uygulama yönündeki yetkili olma fikrini de destekliyorum, doğru buluyorum ki yine Osman Hocanın kitabına gönderme yapacağım, burada konu detaylarıyla anlatılmış durumda.

Benim buradaki görüşüm; yetkili olsak bile, Trinko kararındaki gibi, Kurulun bir hukuk politikası tercihi yaparak, telekomünikasyon mevzuatında, enerji mevzuatında -ki bunu son zamanlarda yapıyor- sözleşme yapma yükümlülüğü varsa ve bunların prosedürleri çok net bir şekilde çizilmişse artık

bu alanda müdahaleyi o kurumlara bırakması gerektiği yönünde. Son dönemdeki uygulamaların da bu yöne doğru gittiğini söyleyebilirim.

En son, Türk Telekom-TTNET kararındaki fiyat sıkıştırmasıyla ilgili olarak şunu söyleyebiliriz: Bir kere, soruşturmanın konu olduğu dönem, kanun çıkmadan önceydi. Yine, aynı kanundaki 13'üncü maddeden bahsediyorsunuz galiba. 13'üncü maddedeki hükmün de gene kötü kaleme alınmış bir hüküm olduğunu düşünüyorum. Gelecekte göreceğiz. Şu an için bir fikir söylemek istemiyorum ama, Rekabet Kurulunun o alanda verdiği kararı, o kanun çıkmadan önceydi zannedersen ve geçmiş dönemi ilgilendiriyordu. Orada da, alt pazarda Telekomünikasyon Kurumunun herhangi bir müdahalesi olmadığı için Rekabet Kurulu bu yönde bir karar vermişti.

Oturum Başkanı- Şöyle bir karara vardık: Bu konu hakikaten tükenmez ve soru sormak isteyen katılımcılar da var. Ben hepinizin iznini isteyerek kalkacağım. Profesör Yılmaz Aslan oturumu devam ettirecek. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Berrak Hanımdan başlayarak bütün soruları alacağım. Arkadaşlar da not alacaklar.

Berrak AŞCI (Eczacıbaşı Holding Başhukuk Müşaviri)- Çok teşekkür ederim. Ben soru sormak yerine, izninizle, deminki, fikri haklarla ilgili olarak, zorunlu lisans verme beyanına ilave bilgi vermek istiyorum. Bir tek defa böyle bir şeye şahit olduğumuzu biliyoruz; o da, kuş gribi vakasında. Bildiğiniz gibi, kuş gribini üreten, patent sahibi olan bir firmaya, zorunlu lisans verme, -çünkü kapasitesi kısıtlı, dünya çapında insanlar ölüyorlar- mecburiyeti verildiğini; ama bunun da, çerçevesi, şartları, detayları son derece belli, yani uçsuz bucaksız, kenarları belli olmayan şekilde mecburiyet olmadığı şeklinde bir bilgimiz var. Bunu aktarmak istedim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Dört tane sorumuz var. Ayşe Hanımdan başlayarak hepsini alacağım.

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN- Vakit kısıtlı; ancak iki önemli görüş geldi. Bir kere, açıklığa kavuşturalım, iki kapsamda zorunlu lisansa hükmedilebilir: Fikri mülkiyet hukuku kapsamında ve rekabet hukuku kapsamında. Rekabet hukuku kapsamında, mevzuatta zaten zorunlu lisans diye yazılmamıştır da, ama Rekabet Otoritesi bunu yapar. Nasıl yapar? Genel yetkileri çerçevesinde bu verilmiştir. Sizin bahsettiğiniz, "bilgi" diye verdiğiniz hususta da zaten fikri mülkiyet hukuku kapsamında zorunlu lisans verilmesinden bahsediyoruz; yani kamu yararı, kamu sağlığı. Gönenç Bey de bu kapsamda bir meseleden bahsetti, rekabet hukuku kapsamında değil. Olayı rekabet hukuku kapsamında ele aldığımızda verilmesinin gerekçesi ne? Sizin bu davranışınız

rekabete olumsuz etki doğuruyor. O zaman, ben bir şirketin bölünmesine karar verebiliyorsam, “git o parçanı al oraya sat” diyebiliyorsam, zaten evleviyetle zorunlu lisans da bunlardan biri. Bu açıdan rekabet otoritesinin zorunlu lisansa hükmetme yetkisinin bulunduğu hiç tereddüt yok.

Şu anda elimde doktora tezime olmadığı için de “şu karar, şu karar” diyemiyorum; ancak hepinizi doktora tezime yönlendiriyorum; bu konuda Amerikan otoritelerinin kararı olup olmadığı hususunda oradan da bakabilirsiniz.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Şurada bir arkadaşımız daha var.

Bilal ÜNVER (*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Bilişim Uzmanı*)- Benim sorum Ali Demiröz Beye. Zorunlu unsur doktrini, daha dar ifadeyle zorunlu lisans çerçevesinde en son Microsoft kararı önemli bir gelişme kaydetti. Zorunlu unsurda genellikle, sözleşme yapmayı reddetme bağlamında, sözleşme yapmaya zorlama, yapma yükümlülüğü getirmeye yönelik bir Rekabet Kurulu kararı veya genel ifadeyle Avrupa Birliği’nde Komisyon kararlarını görüyoruz. Microsoft kararında biraz ötesinde bir tedbir alındı; Akın Beyin de ifadeyle inikat serbestisi, yani sözleşme yapma hürriyetini değil, aynı zamanda sözleşmenin muhtevasına yönelik olarak da, düzenleme serbestisine müdahale bağlamında bir adım atıldı. Bunu biraz daha açalım. Microsoft’un kendi elinden buldurmuş olduğu karşılıklı çalışabilirliğe (Interoperability) temin eden yazılım unsurlarının, diğer server sahibi olan işletmecilere, “Vender”lere, güncel, zamanlı bir şekilde temin etmesi yönünde bir karar alındı ve bu detaylandırıldı. Bu kararın arka planına bakıldığı zaman, bir düzenleyici karar olmaması, özellikle yazılım alanının çok dinamik olması ve bu alanda sektör-spesifik bir kuralın olmaması mı etkili oldu? Zorunlu unsur doktrininden önceki kararlarında böyle bir şeye rastlamıyoruz. Münhasıran sözleşme yapma yükümlülüğü getiriliyor, ama ötesinde bir adım atılmıyor. Yoksa, kamu yararına yönelik veya bizim göremediğimiz veya rekabet hukukunda yeni açılımlar sağlamaya yönelik arka planda gizli birtakım etkenler mi rol oynadı? Sorunun bir halkası da şu: Eğer bu etkenler çok önemliyse, o söz konusu alanda düzenleyici bir kararın olup olmamasına bakılmaksızın mı hareket edilmeli? Microsoft kararında bu başlıca önemli bir etkendi; düzenleyici karar yoktu. Dolayısıyla, “düzenleyici karar olan sektörlerde benzeri karşılıklı çalışabilirlik unsurlarının paylaşılması düzenleyici sektöre, düzenleyici kuruma terk edilmeli” yaklaşımı benimsenebilir mi? Bu konuyu izah ederseniz sevinirim.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Teşekkür ederiz. Mustafa Bey buyurun efendim.

Dr. Mustafa ATEŞ (Rekabet Kurulu Üyesi)- Teşekkür ederim. Burada hemen bir şeyi ifade etmek istiyorum. Gerçekten bu rekabet hukuku-özel hukuk ilişkisi, bu alanın çok çetin, zor konularından birisi. Ben şunu anladım: Böyle bir konunun bir oturumda, iki oturumda tartışılması, sona erdirilmesi, bir neticeye varılması mümkün değil.

Ayşe Hanıma da önerim; önümüzdeki yıl veya bir başka dönemde, münhasıran bu konu, rekabet hukuku ve özel hukuk, borçlar hukuku ilişkisi bir sempozyum konusu olsun. Şu anda tüm hukukçular, bu konunun tarafları buradalar. Önümüzdeki yıl şey olabilir. Sempozyumun konusu, “Borçlar Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi” olabilir. Katılımcılar ona göre hazırlıklarını yapsınlar derim. Bu temennimi dile getirmiş oldum.

Bir katılımcının, genel işlem şartlarıyla ilgili Kurula dönük bir sorusu oldu. Genel işlem şartları konusunda Alman uygulamasından, orada vazgeçildiğinden bahsetti. Bizim Kurul uygulamasında, özellikle şebeke sektörlerinde (telefon, su gibi), genel işlem şartı diyebileceğimiz sözleşmelerin önceden Kurula sunulması gibi bir şey söz konusu değil. Bu alanda düzenleyici kurullar-kurumlar oluşturuldu. Mesela telekomünikasyonla ilgili, genel işlem şartları diyebileceğimiz sözleşmeler, -ilgili Kurumun çalışanları da buradalar, belki onlar cevap verebilirler- en azından benim bilebildiğim kadarıyla Rekabet Kuruluna bu anlamda bir şey gelmiyor. Benden daha tecrübeli ve eskiden beri çalışmakta olan üyeler veya uzman arkadaşlarımız da cevap verebilirler.

Bir şey açıkta kaldı. Hocam, aslında ben onu Osman Hocaya sormak istiyordum. Rekabet Kanunu-Borçlar Kanunu, önceki kanun-sonraki kanun tartışması gündeme geldi; biraz açıkta kaldı gibi. Şöyle bir soru aklıma geldi: Borçlar Kanunu yenileniyor, Ticaret Kanunu da yenileniyor, önümüzdeki yıl bu iki kanun da yürürlüğe girmiş olsa, Borçlar Kanununun 19’uncu, 20’nci maddesi olması, Ticaret Kanununun 56 ve devamı maddeleri olmasa, Rekabet Kanunu önceki kanundur diye uygulamada kalkacak mı, çıkacak mı; özellikle sizin görüşünüzü merak ediyorum.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Tabii. Bir soru daha vardı. Mikrofonu Sayın Hocamıza verelim.

Bir Katılımcı- Efendim, Akın Beye kısa bir sorum var. Dernek tüzüğünde fiyat belirleme hükmünü, “henüz eyleme dökülmemiştir ki, daha bir eylem yoktur ki” diye eleştirdi. Ben tersi fikirdeyim. Kısa bir görüş belirteceğim. Eyleme dökülmemiş ama dernek tüzüğünde fiyat tarifesi belirleme ya da fiyat listesi belirleme yetkisi bizatihi Rekabet Kanununa aykırı sayılarak, eylem sayılarak yasaklanabilir. Hatta, anladığım kadarıyla Rekabet Kurulu, Barolar Birliği ve Türk Tabipler Birliği gibi, fiyat tarifesi belirleme, asgari ücret

tarifesi belirleme yetkisini açıkça yasadan alanlara bir karar vermiyor, fakat, derneklerde olduğu gibi, açıkça bir yasaya dayanmıyorsa bunu Rekabet Kanununa aykırı buluyor. Ben daha öteye gitmesi gerektiğini düşünüyorum. Bu hükümlerin dernek tüzüğünde, şirket ana sözleşmesinde hiç yer almaması için bir çalışma yapılabilir, mesela Sanayi ve Ticaret Bakanlığı üzerinden Ticaret Sicili memurluklarına, “şu, şu, şu hükümler Rekabet Kanununun emredici hükümlerine aykırıdır...” Kanuna uygunluk yönünden, kuruluşa denetim yapan (İçişleri Bakanlığı, Ticaret Sicili memurlukları gibi) yerlerde, bataklığı kurutma anlamında, yer almasını dahi engellemesi mümkündür diye düşünüyorum. Akın Bey kısaca ne der? Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Teşekkür ediyoruz. Son soruyu alalım. Buraya katılan katılımcıları teşvik etmek adına mümkün olduğu kadar fazla soru almakta fayda var; özellikle özel sektör temsilcileri gelecek sene de gelsinler, daha fazla desteklesinler. Buyurun efendim.

Stj. Av. Bahadır BALGİ (Akkekon Danışmanlık Temsilcisi)- Ali Beye sorum olacak. Siz sunumunuzda, Komisyonun son çıkardığı rehberin aslında Avrupa Birliği uygulamalarına bir yaklaşma çabası olduğunu söylediniz. Bu görüşle birlikte, her ne kadar rehber yeni olsa da, Avrupa’da bunun tam tersi olan, yani bunun sadece bir formalite icabı olduğuna ilişkin eleştiriler de var. Rekabet Departmanı Komisyonunun de ilk ölçütü, ilk söylediği; tüketici zararı tespit edildiği ölçüde 82’nci madde çerçevesinde ihlal tespit edileceği. Rehberde tekrar baktığımızda şunu görüyoruz: Komisyona yüklenen tek standart kanıt yükü, pazardaki rekabetin bir bölümünde ya da tamamında rekabetin kısıtlanmış ya da engellenmiş olması. Dolayısıyla, tüketici zararına ilişkin çok da net ifadeler yok. Öteki taraftan, Amerika uygulamalarına baktığımızda, özellikle Linkline kararından sonra kesin oluşmuş bir hasat çerçevesinde, temel bu olmak üzere sizin dediğiniz gibi, tip bir hatayı tamamen ortadan kaldıracak, ağır da sayılabilecek bir standart var.

Tekrar Komisyonun rehberine bakarsak, “Wanadoo kararı”, Wanadoo uygulamaları sırasında, pazarda kalmayı başarabilmiş rakiplerin, -ki Wanadoo’nun rekabeti oldukça sınırlayan hareketleriydi- aslında, bu hareketler, bu eylemler olmasa çok daha fazla pazar payına sahip olabileceği yönündeydi; kararın temel gerekçelerinden biri bu. Rehberde de şöyle diyor zaten: “Rakiplerin dezavantajlı konuma sokulması, Komisyonun üzerine yüklenen kanıt ölçütü.” Acaba Komisyonun standartları mı çok düşük, yoksa Amerika uygulamaları mı çok yüksek? Hangisi bizim temel almamız gereken düşünce; görüşünüz nedir? Gerçi, biz sonuçta Avrupa Birliği uygulamalarını takip ediyoruz ama, netice itibarıyla bu tip hatalara yol açacağı da ortada. Sizin görüşünüz nedir?

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Konuşma sırasına göre sözü önce Sayın Ali Demiröz'e veriyorum.

Ali DEMİRÖZ- Sorulardan önce kısa bir yorum yapayım. Benim elimde güncel bir bilgi var. 2007 yılında FTC ve "Department of Justice"nin yayınladığı bir dokümanda, "Section 2" kapsamında zorunlu lisanslama için üç tane karardan bahsediliyor: Bunlardan birisi, 1994 tarihli "Data General kararı." Bu karar, fikri mülkiyet hakkından kaynaklanan dışlama hakkının bir haklı gerekçe karinesi oluşturduğu ve bir yükümlülük getirebilmesi için bu karineyi ortadan kaldıracak unsurların bulunması gerektiğini söylüyor ve zorunlu lisanslamayı reddediyor. 1997 yılında, 9'uncu Temyiz Mahkemesinin Kodak kararı var. Bu karar, söz konusu haklı gerekçe karinesinden bahsediyor ama, bu karinenin bahane olarak kullanılıp piyasaları bozma amacıyla lisanslama verilmediği, dolayısıyla da, ikinci bölüm (Section 2) sorumluluğu doğabileceğini söylüyor. 2000 yılındaki "Xerox kararı" ise, 9'uncu Temyiz Mahkemesinin bu kararını çok eleştirerek kendisi şunu söylüyor: "Fikri mülkiyet haklarının yasal olmayan yollardan elde edilmesi ve hakkın kapsamını aşan bir şekilde tekel gücü kazanmak için kullanılması haricinde tek taraflı fikri mülkiyet hakları lisanslaması reddi ihlal değildir" diyor. Sonuç olarak da, Amerika'daki otoriteler (hem FTC, hem Department of Justice), burada fikri mülkiyet hakları için, bu alanın önemli bir uygulama alanı olmayacağını, çok da kayda değer bir önem vermediklerini söylüyorlar.

Bu, tespiti yaptıktan sonra Bilal Beyin sorusuna geliyorum. Microsoft kararının, Komisyonun uygulamasını yavaş yavaş geliştiren, dolayısıyla, aldığı kararın her yönlerini çok daha detaylı bir şekilde ele alan bir yöne doğru gittiğini ve bir gelişim gösterdiğini düşünüyorum. Dolayısıyla, Microsoft gibi çok önemli bir kararda da, bir yazarın ifade ettiği gibi, Komisyon, altına bakılmadık taş bırakmadı. Bu çerçevede, bence, "bilgiyi vermedi" diye sözleşme yapma yükümlülüğüne ihlal diyorsanız, "bu bilgiyi ver" demeniz lazım. O bilgileri de çok detaylı bir şekilde açıkladığımı düşünüyorum. Belki çok dikkatli okumadığım için, bundan farklı da, farklı yönlere çekilebilecek bir tedbir tasarımı olduğunu çok düşünmüyorum.

İkincisi; Avrupa Birliği zaten, Trinko'yla getirilen, "sektörel yükümlülükler varsa rekabet hukukunu kullanmayayım" yaklaşımını benimsemiyor. Ben onu, böyle bir yaklaşım var, Türkiye de bu yaklaşımı az çok benimsemeli şeklinde söylüyorum. Zaten Avrupa Birliği, gerektiği zaman, hiyerarşik olarak üst norm olan 82'nci maddeyi, harmonizasyon kuralları çerçevesinde kullanmayı tercih edebiliyor. Bu çerçevede de ben, bunun "Software directive"yle getirilen düzenlemeler vesaire, bunlarla ilişkisi olduğunu çok düşünmüyorum. Zannedersen, Komisyon "Software directive'de

biz 82'nci maddeyi istisna tuttuk, istediğimiz zaman müdahale hakkını tuttuk” diye savunuyor. O yüzden ben, Komisyonun bu anlamda bir yaklaşım gösterdiğini de düşünmüyorum.

Bahadır Beyin sorusu vardı. Kılavuz, aslında bizim bildiğimiz kılavuzlara da çok benzemiyor; çünkü Komisyon uygulama önceliklerini belirliyor. Dolayısıyla, Komisyon böyle çok net bir şekilde, “tüketici zararı ortaya çıkar”, “ihlal ortaya çıkar” gibi kesin tespitler yapmaktan çekiniyor ve standartlara baktığımız zaman da, genellikle “Likely” kelimesiyle ihtimallerden bahsediyor. Dolayısıyla, olabildiğince esnek bir şekilde kaleme alınmaya çalışılmış bir kılavuz olduğunu söyleyebiliriz.

Benim, “Amerika Birleşik Devletleri’ne yaklaşıyor” dediğim şey tamamen bu kılavuzun kendisi değil; sözleşme yapma yükümlülüğüne getirilen tek bir sistematik ve tek bir kurallar bütünü olarak Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bir analiz yöntemine benziyor diye bir tespit yaptım. Ben, daha önce hiç olmadığı kadar tüketici zararına, tüketicilerin korunmasına vurgu yapan bir doküman çok hatırlamıyorum. O açıdan da, klavuz içerisinde aslında önemli ölçüde bu alandaki iktisadi tartışmalardan ve belki Amerika’dan etkilenilen şekilde, tüketici zararının önemli bir yer tuttuğunu düşünüyorum.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Şimdi sözü Sayın Ünal’a bırakıyorum.

Akın ÜNAL- Mustafa Bey soru olarak bana yöneltmedi, konuyla ilgili olduğu için size yöneltti ama, ben yine izah etme ihtiyacı hissediyorum. Şu aşamada, genel kanun-özel kanun, çıkmamış bir kanun için bir yorum yapmanın doğru olmayacağını ifade etmeye getirdim. Ticaret Kanunu için söyleyemeyeceğim ama, Borçlar Kanununda 19-20 kalkmıyor; böyle bir şeye gerek yok. Amaç bakımından da, kanımca, şu an Borçlar Kanununun getirdiği sistem, Rekabet Kanununu kaldırmaya ya da yeni bir kanun, Rekabet Kanunundan daha özel bir durum, düzenleme getirmiyor. Borçlar Kanunu Tasarısı açısından konuşuyorum; böyle bir şeye gerek yok. Ama, Ticaret Kanununu çok ayrıntılı bilmiyorum.

Bir Katılımcı- 56 ve devamı da duruyor.

Akın ÜNAL- 56 ve devamı da duruyorsa, o zaman şunu söyleyebilirim: Hocamın sorduğu spesifik meseleler hariç, değişen bir şeyin olmayacağını, sonraki tarihli genel kanun olmasına rağmen, özel kanunun düzenleme amacının varlığını devam ettirdiğini, bu sebeple, şu aşamada, Rekabet Kanununun da yine özel kanun olarak var olduğunu, var olacağını kabul etmek gerekir.

Hocamın sorusuna gelince de, zaten Kurul söylediğiniz şekilde karar vermiş. “Nihayetinde şunu net söylemem gerekirse, bu bana sıcak geliyor” dedim, kesin bu görüşüm demedim ama kılıcı erken çekmiş gibi geliyor bana. Orada daha, tespit tarzında hiçbir şey yoktur. Varsayımlar üzerine eğer yetkisini genişletirse, özgürlüklere müdahale edilmemesi gerektiğini savunanların da ekmeğine yağ sürmüş olur. Zaten o yetki elinde var. Klasik bir fiyat tespiti, uyumlu eylem olarak olsun, bir şekilde ortaya çıktığı anda yine müdahale etme yetkisi var. Tüzükten onu çıkartmakla, tamam, bataklığı baştan kurutuyor ama, tüzükte o dursa dahi, Rekabet Kurulu yine yetkisini kullanarak her türlü aykırılığı ortadan kaldırmaya yönelik çalışmalar içinde bulunabilir. O bakımdan söylüyorum. Tabii, o çok rahat bir şekilde tartışılabilir.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Sayın Hocamın sorusuyla ilgili bir cümle söyleyeyim. Rekabet Kurulu bu konuda karar aldı; hatta bir birliğe ceza verdi, o ceza Danıştay tarafından iptal edildi. Rekabet Kurulu ondan sonra tutumunu değiştirdi ve “lütfen bunların düzeltilmesini sağlayın, biz 27’nci madde kapsamında yetkimizi kullanarak size görüşümüzü bildiriyoruz, birliklerin bu şekilde fiyat belirleme yetkisi olan tüzüklerini, yönetmeliklerini değiştirin, kanunlara da böyle hükümler koymayın” diye ilgili bakanlıklara hemen hemen 15 civarında görüş bildirme kararı vardır.

Akın ÜNAL- Hocam, o, kanunla kurulan birlikler için değil mi?

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Hayır, tüzükler, yönetmelikler için de. Bir tanesi tüzüktü zaten; ceza vermişti (yanılmıyorsam Elektrik Mühendisleri Odasıydı), Danıştay tarafından iptal edildi.

Mustafa Beyin sorusuna geleyim. Ben de aslında Sayın Ünal gibi düşünüyorum. Bu kanunlar nasıl çıkarsa çıksın, onlara göre özel kanun pozisyonunda olan Rekabet Kanununu doğrudan kaldıracaklarını düşünmüyorum. Bunun için özel olarak, “biz şu maddeleri koyduk, amacımız Rekabet Kanununu kaldırmaktır” şeklinde bir ifade olması lazım, aksi hâlde böyle bir sonuç doğmayacağını düşünüyoruz. Benim bildiğim, Ticaret Kanununda bizim Rekabet Kanunuyla çelişebilecek bazı maddeler var; onlar tartışılacaktır. Uygulanırken nasıl uygulanacağı, birlikte uygulamanın yöntemleri açısından tartışmalar olabilir; yoksa kaldırmayacaktır.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VII**

*17-18 Nisan 2009
KAYSERİ*

IV. OTURUM

*Oturum Başkanı
Mehmet Akif ERSİN*

Mehmet Akif ERSİN (Rekabet Kurulu Üyesi)- İki günlük yoğun ve konuların oldukça derinlemesine işlendiği, kapsamlı bir sempozyum sürecinin son oturumuna gelmiş bulunuyoruz.

Bu oturumumuzun başlığı “Karar İncelemeleri.” İki ana konu işlenecek: Bir tanesi, Rekabet Kurulunun özellikle son zamanlarda almış olduğu kararlarla daha da gündeme gelen, “intifa” meselesini işleyen bir tebliğ olacak. Bu tebliğimizi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olan çok değerli akademisyen arkadaşımız Doçent Doktor Yusuf Büyükay ve Doçent Doktor Murat Doğan sunacaklar.

Kendi aralarında nasıl bir iş bölümü yaptıklarını bilmediğim için sözü, onlara bırakıyorum; buyurun söz sizde.

**AKARYAKIT BAYILIK SÖZLEŞMELERİNDEKİ
İNTİFA HAKKI KURULMASI ŞARTININ
REKABET HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Doç. Dr. Yusuf Büyükay * , Doç. Dr. Murat Doğan *

GİRİŞ

Günümüzde intifa hakkı, bayilik sözleşmeleri dolayısıyla oldukça sık gündeme gelen bir haktır. Akaryakıt dağıtım şirketleri ile bayiler arasında akdedilen sözleşmelerin hemen hemen hepsinde, bayiye ait arazi üzerinde dağıtım şirketi lehine intifa hakkı tesisi kurulması öngörülmektedir. Bu intifa hakkı tesisi ile, dağıtıcı lehine alınan bir çok teminata ek olarak yeni ve kuvvetli bir teminat daha ele geçirilmiş olmaktadır. Bayilik sözleşmesi 1-5 yıl arası bir süre için akdedilirken, intifa hakkının 15-25 yıl arası bir zaman dilimi için tesisi kararlaştırılmaktadır. Böylece sözleşmenin yenilenmese veya süresinden önce feshedilse bile intifa hakkı devam ettiğinden, bayi ya sözleşmeyi yenilemek ya da fesihten kaçınmak zorunda kalmaktadır. Özellikle bu ilişki çerçevesinde tesis edilen intifa hakkı için yeni bir kavram geliştirilmiştir: Teminat amaçlı intifa hakkı.

Gerçekten, teminat amaçlı intifa hakkı kurulması ifadesiyle sık sık karşılaşılmaktadır. Ne var ki, bu teminat Medeni Kanunumuz tarafından öngörülmuş bir teminat türü değildir. Bayilik sözleşmesi sebebiyle dağıtıcı firma lehine intifa hakkı tesis edilmesi durumunda dağıtıcı firma, bayilik vermek istediği kişiye ait taşınmazda kendi lehine intifa hakkı kurulmasını sağlamaktadır. Daha sonra üzerinde intifa hakkı kurduğu taşınmazın malikine, başka bir sözleşme ile bayilik vermekte, taşınmaz sahibi bayilik faaliyetini, dağıtıcıya intifa hakkı tanıdığı kendi taşınmazı üzerinde yürütmektedir. İntifa hakkı kazanan dağıtıcı firma da, intifa hakkını, bayilik verdiği taşınmaz sahibi aracılığı ile kullanmaktadır. Bu tür olaylarda bayilik elde etmiş kişiye ait taşınmazda dağıtıcıya tanınan intifa hakkı, bayilik sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasını sağlamak ve denetleme, özellikle bayi'nin başka dağıtıcılara ait malların satmasının önüne geçmek amacıyla hizmet etmektedir. Başka bir deyişle, dağıtıcıya tanınan intifa hakkı sayesinde bayi'nin başka dağıtıcılara ait malları satmaması hususu teminat altına alınmaktadır.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bunun bir sonucu olarak, bayiye getirilen “rekabet etmeme yükümlülüğü” fiili olarak intifa hakkı süresince devam etmektedir. Oysa 4054 sayılı Kanun rekabeti engelleyici davranışları yasakladığı gibi, ayrıca bu yasak karşısında grup muafiyeti tanınacak hallerin belirlendiği Rekabet Kurulu’nun 2002/2 sayılı tebliği de 5 yıl ve daha uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğü getiren anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağını öngörmüştür. Bu durumda bayilik sözleşmesi çerçevesinde kurulan uzun süreli intifa hakkı tesisinin rekabeti engelleyici bir nitelik taşıyıp taşımadığının, taşıyorsa müeyyidesinin ve bunun intifa hakkına etkisinin tayin edilmesi gerekir.

Bu konuda Rekabet Kurulu başvurular üzerine çeşitli kararlar vermiştir. Ama özellikle 30.10.2008 tarihinde verdiği Akdağ-Total kararı önem taşımaktadır. Çalışmamızda bu karar etrafında, ilgili Danıştay ve Yargıtay kararlarını da ele alarak konuyu değerlendirmeye çalışacağız. Bu doğrultuda öncelikle akaryakıt bayilik sözleşmesi ve intifa hakkı kavramları kısaca açıklanacak, intifa hakkının bu sözleşmelerde yer almasının sebepleri üzerinde durulacak, ardından Yargıtay, Danıştay ve Rekabet Kurulunun konuya ilişkin kararlarında konunun nasıl değerlendirildiği belirtilecek, sorun mevzuat ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirilerek çözüm önerileri sıralanacaktır.

I. AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMESİ VE İNTİFA HAKKI KAVRAMLARI

A) AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMESİ

Akaryakıt bayilik sözleşmesi, akaryakıt dağıtım şirketi ile bayi arasında akdedilen, dağıtım şirketinin akaryakıt ürünlerini temin etmeyi, bayinin de bunları satmayı taahhüt ettiği, rızai ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Kanunda düzenlenmiş sözleşmeler arasında yer almadığı için isimsiz sözleşme niteliğinde olan bu sözleşmelerde, taraflar yukarıda sözü edilen yükümlülükleri yanı sıra genellikle başka yükümlülükler altına da girmektedir. Dağıtım şirketinin, akaryakıt istasyonunun donatımı (giydirilmesi), belli bir bölgede başka bayilik vermemesi ve doğrudan satış yapmaması, bayinin ise sadece dağıtım şirketinin markasını taşıyan ürünleri satması, belli bir miktarı satmayı ve satışı artırmayı taahhüt etmesi bu yükümlülükler arasında sayılabilir. Bunlara ilaveten hemen hemen bütün sözleşmelerde bayinin kendisine ait arazi üzerinde dağıtım şirketi lehine intifa hakkı kurulması ve dağıtım şirketinin söz konusu araziyi intifa hakkına dayanarak bayiye kiralaması da kararlaştırılmaktadır.

Rekabet Hukuku bakımından bu sözleşme, sağlayıcılar ile satıcılar arasında yapıldığı için dikey anlaşma niteliğinde bir sözleşmedir.

B) İNTİFA HAKKI

İntifa hakkı, başkasına ait bir eşya, hak veya mal varlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma imkanı tanıyan bir irtifak hakkıdır. Bir sınırlı ayni hak olan intifa hakkı, sahibine sağladığı yetkiler bakımından, sınırlı ayni haklar içerisinde en geniş yetkileri sağlayan bir haktır. Öyle ki, intifa hakkı sahibi konusu oluşturan şeyi tam yararlanma hakkına sahipken, malike sadece kuru mülkiyet kalmaktadır. Bu çerçevede intifa hakkı sahibi intifanın konusunu oluşturan mala zilyet olma, onu tahsis amacına uygun kullanma, semerelerinden yararlanma, yönetme yetkilerine sahiptir, ama tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

İntifa hakkı belli bir kişi lehine kurulabilir; başkasına devredilemez ve miras yoluyla geçmez. Bununla birlikte intifa hakkının kullanımını devretmek mümkündür.

İntifa hakkının konusunu, taşınır ve taşınmaz eşyaların yanı sıra haklar ve malvarlığı oluşturur (MK m.794/1). Konumuz bakımından daha çok taşınmazlar üzerinde kurulan intifa hakkı üzerinde duracağız.

Bir taşınmaz üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi için öncelikle geçerli bir kazanma sebebinin bulunması gerekir. Buna ilaveten malikin tescil talebi ve tapu kütüğüne yapılacak tescille intifa hakkı kurulmuş olur (MK m.735/1). Kazanma sebebi bir ölüme bağlı tasarruf olabileceği gibi, ivazlı veya ivazsız bir sözleşme olabilecektir.

Medeni Kanun taşınmaz üzerindeki intifa hakkını sona erdiren sebepleri şöyle sıralamıştır: Taşınmazın tamamen yok olması (MK m.796/1), kamulaştırma, tescilin terkini, sürenin dolması, intifa hakkı sahibinin vazgeçmesi, intifa hakkı sahibi gerçek kişi ise onun ölümü, tüzel kişi ise tüzel kişiliğin sona ermesi (MK m.797). Doktrin ve uygulamada, bu sebeplere ilaveten, Medeni Kanunun 785. maddesinde eşyaya bağlı irtifaklar bakımından düzenlenmiş olan lehine irtifak tanınmış taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiçbir yararın kalmamış olması veya yüküne oranla çok az yarar sağlaması halinde bedel karşılığında irtifakın sona erdirilmesinin istenebilmesi hükmünün intifa hakkına da kıyasen uygulanabileceği, taşınmazın üzerindeki rehin sebebiyle icra yoluyla satılmasının, intifa hakkı sahibinin hakkın verdiği yetkileri kullanmamasının, intifa hakkı sahibi sıfatıyla malik sıfatının birleşmesinin intifa hakkını sona erdirebileceği de kabul edilmektedir.

C) İNTİFA HAKKININ AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMESİNDE YER ALMASININ SEBEPLERİ

Akaryakıt dağıtım şirketleri ile bayileri arasında akdedilen sözleşmelerde, üzerinde akaryakıt istasyonu kurulacak bayiye ait olan arazi de

dağıtım şirketi lehine intifa hakkı kurulması hükme bağlanmaktadır. İntifa hakkının kurulması genellikle iki sebebe binaen öngörülmektedir. Bunlardan birincisi, dağıtım şirketi, akaryakıt istasyonunun donanımını gerçekleştirmeyi veya bunun için bayiye kredi vermeyi kabul etmekte ve bunun teminatı olarak da intifa hakkı kurulması kararlaştırılmaktadır. İkinci sebep ise, bayilerini kendilerine bağımlı kılabilmek, sözleşme süresince başka bir firmanın mallarının satılmasını engellemek, sözleşmenin sona ermesi halinde ise bayiinin başka bir firmayla anlaşmasını önlemek için önce intifa hakkı kurulmakta, ardından dağıtım şirketi araziye bayiye kiraya vermektedir. Bu intifa hakkı karşılığı ya hiç bedel ödenmemekte veya bağımsız bir intifa hakkı tesisi için ödenmesi gereken meblağın çok altında sembolik bir bedel ödenmektedir.

Söz konusu intifa hakkı 15-25 yıl arası bir süre için kurulduğundan, bayi sözleşme süresi bitiminde istese bile başka bir dağıtım şirketi ile anlaşmamaktadır. Çünkü, dağıtım şirketi sahip olduğu intifa hakkı sebebiyle bayiinin arazideki her türlü girişimini engelleyebilmektedir. Hatta dağıtım şirketi bayilik sözleşmesini feshederek, arazi sahibi olan bayiinin tahliyesini sağlamakta, istasyonu ya kullanmaksızın boş tutmakta veya başka birine kiraya verebilmektedir.

D) İNTİFA HAKKININ AKARYAKIT BAYİLİK SÖZLEŞMESİNDE YER ALMASINDAN DOĞAN SORUNLAR

İntifa hakkının akaryakıt bayilik sözleşmesine dayanılarak kurulmasının rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesinde ilk karşımıza çıkan soru(n), intifa hakkı sebebiyle rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesine ve yine aynı Kanununun 56. maddesine dayanılarak çıkarılan Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğine aykırılık teşkil edip etmediği, dolayısıyla rekabeti engelleyip engellemediği ve geçerli olup olmadığıdır. Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde ikinci soru(n), bu aykırılığın müeyyidesinin ne olduğudur. Üçüncü soru(n) ise bu müeyyidenin intifa hakkının varlığını ne şekilde etkileyeceğidir. Aşağıda bu sorulara/sorunlara Rekabet Kurulu ve yargı kararları, mevzuat ve olması gereken hukuk çerçevesinde cevap vermeye çalışılacaktır.

II. REKABET KURULU VE YARGI KARARLARI KARŞISINDA İNTİFA HAKKININ REKABETİ ENGELLEYİP ENGELLEMEDİĞİ SORUNU

A) REKABET KURULUNUN KONUYA İLİŞKİN KARARLARI

Rekabet Kurulu, rekabet hukukunda dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerine getirilen 5 yıllık sınırlamaya dayanılarak intifa/kira haklarının sürelerine de uygulanıp uygulanamayacağı hususunu çeşitli

kararlarında değerlendirilmiştir. Bu kararlarda, akaryakıt sektöründe yer alan dikey anlaşmaların rekabet hukuku çerçevesinde sorunlu hale gelmesinde en önemli unsurun intifa ya da kira haklarına ilişkin hususlardan kaynaklandığı belirtilmekle birlikte, bazı kararlarda söz konusu intifa/kira haklarının rekabet hukukuna dayanılarak anlaşmanın süresi ile birlikte sonlandırılabilmesi için, söz konusu dikey (bayilik/isleticilik) anlaşma ile intifa/kira hakkı anlaşmasının arasındaki ilişkinin özel hukuk hükümleri kapsamında mahkemelerce belirlenerek, bir karara bağlanmasının yerinde olduğu belirtilmektedir.

1. 02.10.2003 Tarih ve 03-64/770-356 Sayılı Cabbaroğlu-Shell Kararı

Bu yöndeki ilk örnek karar Shell ile bayisi (Cabbaroğlu) arasındaki sözleşmeye ve kira sözleşmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun verdiği 2.10.2003 tarih ve 03-64/770-356 sayılı karardır. Kararda;

- Akaryakıt dağıtım şirketi ile bayi arasında kira ve işletme sözleşmelerinin olduğu ve bunların birbiri ile bağlantılı olduğu,
- Kira sözleşmesinin sembolik bir bedel üzerinden yapılmış olmasının kira sözleşmesinin, Shell ile bayisi arasındaki işletme sözleşmesinin süresini belirlediğinin bir delili olduğu, tarafların asıl amacının kira sözleşmesi akdetmek olmayıp, kira sözleşmesinin bir anlamda işletme sözleşmesinin süresini belirleme amacı taşıdığına anlaşıldığı,
- Rekabet hukuku açısından sözleşme sürelerinin tespiti haricinde, işletme sözleşmesinin geçersizliği, edinilmiş hakların nasıl geri verileceği veya kira/intifa hakkı ya da ariyet sözleşmeleri gibi taraflar arasındaki diğer anlaşmaların ne ölçüde işletme sözleşmesinin esaslı bir parçası olduğu ve ne şekilde etkileneceğine ilişkin hususların **özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi** gerektiği hükme bağlamıştır.

Bu karara yapılan itiraz üzerine Danıştay 3. Dairesi, 15.1.2007 tarih ve 2007/145 K. sayılı kararı ile Rekabet Kurulu'nun kararını onaylamıştır.

Görüldüğü üzere, Kurul bayilik sözleşmelerinde yer alan bayiye ait arazi üzerinde dağıtım şirketine kira/intifa hakkı tanınmasına ilişkin kayıtların birbiriyle ilişkili olduğunu ve sözleşmenin süresini uzatmaya yönelik olduğunu belirtmekle beraber, bunların bayilik sözleşmesinin geçerliliğine etkisinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Oysa kira/intifa hakkı sözleşmenin süresini etkiliyorsa bunun Kanununun 4. maddesinde öngörülen yasak kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi ve giriyorsa rekabet hukuku bakımından müeyyidelerinin uygulanması Kurulun

görevleri arasındadır. Burada Kurulun görev alanı dışında kalan husus, söz konusu kayıtların rekabeti engelleyici nitelikte olduğu yönünde yapılan tespitten sonra, taraflar arasındaki ilişkinin tasfiyesi ve bu bakımdan taraflar arasında doğan alacak-borç ve özellikle aşağıda değinilecek olan intifa hakkının ve şerhedilmişse kiraya ilişkin şerhin terkinidir.

Bu itibarla kararın, bayilik sözleşmesinin süresine etkisi bakımından kira/intifa kayıtlarına ilişkin kısmı yerinde olmakla beraber, işletme (bayilik) sözleşmesinin geçerliliğine etkisini değerlendirmemesi bakımından yaptığı tespitin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

2. 26.01.2006 Tarih ve 06-04/57-15 Sayılı Akdağ-Total Kararı

Rekabet Kurulu, 06-04/57-15 sayılı ve 26.1.2006 tarihli kararında, Akdağ Bora Petrol Ürünleri Otomotiv İnş. Taah. San. ve Tic. Ltd. Sti. (Akdağ)'ın, Total Oil Türkiye A.Ş. (Total) hakkında soruşturma açılması talebi ile yaptığı başvuruyu reddetmiştir.

Olayda, Akdağ ile Total arasında bir protokol akdedilmiş, bu protokol kapsamında Total Akdağ'a bayilik vermeyi, Akdağ ise mülkiyetinde olan ve istasyonun üzerine kurulacağı taşınmaza ilişkin Total lehine intifa hakkı tesis ettirmeyi taahhüt etmiştir. Total lehine 20 yıl süreli intifa hakkı tesis edilmiş ve kurulan istasyon Akdağ tarafından işletilmeye başlanmıştır. Akdağ, Kurula verdiği şikayet dilekçesinde Total'in intifa hakkını kullanarak sahip olduğu güç ile pazara girişleri engellediğini ve rekabeti ortadan kaldırdığını iddia etmiştir.

Kurul, sağlayıcı-bayi ilişkisinin ilerleyen dönemlerinde ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu Akdağ'ın, 2005 yılı içerisinde bayilik sözleşmesinin ve intifanın beş yıla sınırlandırılmasını Total'den talep ettiği, bunun üzerine Total'in bayilik sözleşmesini 1.3.2005 tarihinde feshettiği, ancak intifanın kaldırılmasına yanaşmadığı tespitlerini yaptıktan sonra;

- 2003/3 sayılı Tebliğ ile Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde değişiklik yapılarak, dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etme yasaklarının sürelerinin rekabet mevzuatına uygun hale getirilmesi için 18.9.2005 tarihine kadar bir geçiş dönemi öngörüldüğünü, 2003/3 sayılı Tebliğ'de "Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz." denildiğini, dolayısıyla, fesih işleminin yapıldığı tarih olan 1.3.2005 tarihi itibarıyla anılan sözleşmeye 4. madde hükümlerinin uygulanamayacağını,
- **Tarafların aralarında düştükleri anlaşmazlıkların neticesinde gerçekleştirilen fesih işleminin hukuka uygun olup olmadığı**

hususunun ise rekabet hukuku kapsamına girmediğini belirterek, şikayete ilişkin olarak bir ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına, karar vermiştir.

Rekabet Kurulunun kararda yer alan birinci tespiti yerinde olup, sözleşme Tebliğ hükümlerine uyumlaştırmanın mümkün olduğu geçiş döneminde sona erdiğinden, bu süre içerisinde Tebliğ’de öngörülen muafiyetten yararlanmaya devam ettiğinin kabulü gerekir.

Rekabet Kurulu, dosya mevcudu bilgilere göre; sağlayıcı-bayi ilişkisinin ilerleyen dönemlerinde ortaya çıkan anlaşmazlıklar sonucu Akdağ’ın, 2005 yılı içerisinde bayilik sözleşmesinin ve intifanın beş yılla sınırlandırılmasını Total’den talep ettiğini, bunun üzerine Total’in bayilik sözleşmesini 1.3.2005 tarihinde feshettiğini, ancak intifanın kaldırılmasına yanaşmadığını, 2003/3 sayılı Tebliğ ile Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde değişiklik yapılarak, dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etme yasaklarının sürelerinin rekabet mevzuatına uygun hale getirilmesi için 18.9.2005 tarihine kadar bir geçiş dönemi öngörüldüğünü, 2003/3 sayılı Tebliğ’de “Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz.” denildiğini, dolayısıyla, fesih işleminin yapıldığı tarih olan 1.3.2005 tarihi itibarıyla anılan sözleşmeye 4. madde hükümlerinin uygulanamayacağını, **tarafların aralarında düştükleri anlaşmazlıkların neticesinde gerçekleştirilen fesih işleminin hukuka uygun olup olmadığı hususunun ise rekabet hukuku kapsamına girmediğini belirterek**, şikayete ilişkin olarak bir ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına, karar vermiştir.

3. 7.2.2008 Tarih ve 08-12/123-40 Sayılı Güney-Petrol Ofisi Kararı

Güney Petrol Turz. İnş. Kuy. San. ve Tic. Koll. Sti., Petrol Ofisi A.Ş. ile imzaladıkları akaryakıt ve LPG satışına ilişkin sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğe aykırı olduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuştur.

Güney Petrol Turz. İnş. Kuy. San. ve Tic. Koll. Sti., Petrol Ofisi ile arasında akaryakıt ve LPG satışına ilişkin olarak imzalanan sözleşmelere dayanan intifa hakkı tesisinin rekabet etmeme yükümlülüğünü 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ne ve 4054 sayılı Kanun’a aykırı şekilde uzattığı, taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinin geçersizliğinin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilemeyeceği, değerlendirmenin Kurul tarafından yapılması gerektiği, adli mahkemelerin yeterli uzmanlık ve tecrübeden yoksun olduğu ve Rekabet Kurulunun bu konuda alacağı kararların taraflar arasında adli mahkemelerde açılacak davaları doğrudan etkileyeceği, taraflar arasında imzalanan bayilik sözleşmesi ve intifa sözleşmesinin ve

bayiden alınan taahhütlerin birbirini tamamladığı, zira burada yer alan hükümlerin birada olmasa bayilik sözleşmesinin tesis edilmeyeceği iddiası ile Güney Petrol Turz. İnş. Kuy. San. ve Tic Koll. Sti.'nin petrol Ofisi hakkındaki şikayeti üzerine karar verilmiştir. Bu kararda, bayilik sözleşmesinin süresi uzun süreli olsa dahi taraflar arasındaki bayilik sözleşmesinde yer alan rekabet yasağının ve dolayısıyla bayilik sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun ve Tebliği bakımından 18.09.2010 tarihine kadar muafiyet kapsamında olduğu ve geçerliliğini koruduğu, dolayısıyla intifa senedi bakımından da 18.09.2010 tarihine kadar bir sorunun olmadığı, rekabet etmeme yükümlülüğü bakımından 18.09.2010 tarihine kadar bayilik sözleşmesinden ve buna bağlı olarak intifa hakkının süresine ilişkin rekabet hukukundan kaynaklanan bir ihlalden ve dolayısıyla geçersizlikten bahsetmenin yersiz olduğu sonucuna varılmıştır.

4. 30.10.2008 Tarih ve 08-61/997- 389 Sayılı Akdağ-Total Kararı

Bu karar, AKDAĞ ile TOTAL arasındaki sağlayıcı bayi ilişkisi kapsamında TOTAL'ın ele geçirdiği intifa hakkı aracılığıyla rekabeti ortadan kaldırdığı İddiasına ilişkin verilen 26.1.2006 tarih ve 06-04/57-15 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Dairesi tarafından iptali üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi üzerine verilmiştir.

Kurul, 2002/2 sayılı Tebliğ ile dikey anlaşmalar kapsamında alıcıya getirilen belirsiz süreli ya da beş yılı asan süreli 'rekabet etmeme yükümlülüğü'nün yasaklandığını (Madde 5.a.); **2003/3 sayılı Tebliğ ile birlikte istisna olmaksızın tüm dikey anlaşmalarda rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin 5 yıl ile sınırlandırıldığını**, yapılan değişikliğin özellikle akaryakıt dağıtım sektörü gibi tesise yapılan yatırımların önem taşıdığı sektörlerde olumsuz ve karmaşık durumlar doğurmamasını temin etmek için Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten (18.09.2003) itibaren iki yıllık bir geçiş dönemi uygulanması uygun görüldüğünü, bu geçiş süresi içinde bu tarihten önce yürürlüğe girmiş anlaşmaların değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerektiğinin, bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklamanın uygulanmayacağı öngörüldüğünü belirttikten sonra şikayetin değerlendirmesine geçmiştir.

Kurul, Rekabet Kurulu'na yapılan başvurunun, AKDAĞ ile TOTAL arasındaki sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun ve ilgili Tebliğler açısından geçerli olup olmadığına ilişkin olduğunu, şikayetin yapıldığı dönemin 2003/3 sayılı Tebliğ ile belirlenen geçiş dönemi içinde olması nedeniyle, 2003/3 sayılı Tebliğ'in geçici maddesinde yer alan geçiş dönemi boyunca Kanun'un 4. maddesinin uygulanmayacağı hükmünden hareketle, TOTAL ve AKDAĞ arasındaki sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün ya da **dolaylı olarak bu sonucu doğuracak olan intifa hakkı ya da benzer sınırlamaların**

Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki yasaklama hükmünün uygulanmayacağı öngörüldüğünden, rekabet hukuku bakımından fesih işleminin yapıldığı dönemde söz konusu anlaşmaların Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğunu, ancak 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici maddesi uyarınca anılan anlaşmaların 4. maddedeki yasaklama hükmünün uygulanmasından muaf tutulduğunun anlaşıldığını;

Önceki tarihli Rekabet Kurulu kararını iptal eden Danıştay kararında; TOTAL ile bayiler arasındaki hukuki ilişkinin işletme sözleşmesi (bayilik sözleşmesi) ve kira sözleşmesi (intifa) olmak üzere iki anlaşmaya dayandığı ve her iki sözleşmenin bazı hükümlerinin bu iki sözleşme arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğunun belirtildiğini; **Danıştay'ın bu kararından, her iki sözleşmenin birbiriyle bağlantılı ve adeta aynı amaca yönelik, tek bir "anlaşma" olduğunu anlamanın mümkün olduğunu, bu çerçevede her iki sözleşmeyle oluşan TOTAL ile AKDAĞ arasındaki "anlaşma" bakımından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olmalarına ve 2002/2 sayılı Tebliğ'de belirtilen rekabet yasağına ilişkin süreyi aşmalarına rağmen, şikayet konusu fesih olayının gerçekleştiği tarihin 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici Maddesinde belirlenen "Geçiş Dönemi" içinde olması sebebiyle Kanun'un 4. maddesinin uygulanamayacağı ve anlaşmanın geçerli olacağını anlaşıldığını, dolayısıyla şikayet konusu fesih olayının gerçekleştiği tarih açısından anılan sözleşmelerin 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici Maddesi uyarınca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikte olmadığı sonucuna varıldığını açıklamıştır.**

Bununla birlikte, kararda, **AKDAĞ ve TOTAL arasındaki bayilik sözleşmesi ve intifa hakkının Kanununun 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi de yapılmıştır.**

Bu çerçevede önce, 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici Maddesi'nde yer alan geçiş dönemi 18.9.2005 tarihinde sona erdiğinden, bu geçiş döneminden önce yapılmış anlaşmaların uygunluğunun sağlanmasında nasıl bir yol izleneceği, söz konusu 5 yıllık sürenin, sözleşmelerin yapıldığı andan itibaren mi, değişikliğin yapıldığı tarihten itibaren mi başlayacağı hususları üzerinde durulmuştur. Bunu takiben, değişikliğin karşılıklı (bayi ve dağıtım firması tarafından) imzalanan yeni bir anlaşmayla mı yapılmasının gerektiği, dağıtıcı tarafından yapılan tek taraflı değişikliğin yeterli olup olmayacağı ya da değişiklik yapılmamışsa bile uygulamaya mı bakılacağı üzerinde durulmuş ve bu konulardaki Rekabet Kurulu içtihatları aktarılmıştır.

Özellikle intifa hakkına ilişkin olan Cabbaroğlu kararına değinilerek, bu kararlar Kurul'un, intifa hakkı ya da kira sözleşmeleri gibi yan sözleşmeleri tamamen rekabet hukuku uygulama alanı dışına çıkarmamakla birlikte, rekabet etme yasağına ilişkin bayilik sözleşmelerinde yer alan hükümler üzerinde

değerlendirme yapmayı, bayilik sözleşmesindeki hükme getirdiği sınırlamayla taraflar arasındaki intifa/kira sözleşmesine dair ilişkilendirmenin yapılarak intifanın da geçersizliğini tespit etme işlemi özel hukuk hükümlerinin uygulanmasına bırakma yolunu izlediği belirtilmiştir. Kurul'un bu yaklaşımını yansıttığı Shell'in bir bayisi olan Ay-Pet'in şikayetine ilişkin kararına yapılan itiraz kapsamında Danıştay 3. Dairesinin, 15.1.2007 tarih ve 2007/145 K. sayılı kararı ile Rekabet Kurulu'nun kararını onayladığı da ifade edilmiştir.

Kurul, şikayet konusu TOTAL-AKDAĞ kararında Rekabet Kurulu'nun önceki kararlarında benimsediği yaklaşımın Danıştay tarafından kabul görmediğini belirtmiş, TOTAL ile AKDAĞ arasındaki uyuşmazlık bakımından Danıştay kararı doğrultusunda yapılacak değerlendirmede, fesih tarihi itibarıyla taraflar arasındaki işletme sözleşmesi ve intifa ile kurulan ilişkinin tek bir anlaşma gibi değerlendirilerek rekabet yasağı süresinin buna göre belirlenmesi gerektiğinin anlaşıldığı kanaatine ulaşmıştır. Kararda devamlı; geçiş dönemi sonrasında ise bayilik sözleşmesi feshedildiği için yürürlükte olmayacağı, ancak Danıştay kararı ile getirilen yaklaşım uyarınca intifa ve bayilik sözleşmeleri bir arada değerlendirilip, tek bir anlaşma gibi değerlendirildiğinde ise intifa hakkının geçiş dönemi sonunda da varlığını koruduğu, intifa hakkının 18.9.2010 tarihine kadar geçerliliğini koruduğunun anlaşıldığı, dolayısıyla TOTAL-AKDAĞ arasındaki sözleşmeler ya da "anlaşma", 18.9.2010 tarihine kadar 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici maddesi uyarınca 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki yasaklama yaptırımından muaf tutularak, hukuka uygun kabul edilmiş olduğunun anlaşıldığı ifade edilmiştir.

Son olarak 18.9.2010 tarihinden sonra TOTAL ile AKDAĞ arasındaki "anlaşmanın" 4054 sayılı Kanun'a aykırı olup olmayacağı ele alınmış, bu tarihten sonra taraflar arasındaki anlaşmanın bayilik kısmı feshedilmiş olmasına rağmen, intifa hakkı devam edecek olmakla beraber, anılan tarihten sonra intifa hakkının Danıştay kararı uyarınca devam ve süresi beş yılı aşan bir rekabet yasağı gibi anlaşmayı etkileyeceğinin anlaşıldığı, dolayısıyla 18.9.2010 tarihinden sonra TOTAL ile AKDAĞ arasındaki anlaşmanın intifa hakkının süresi itibarıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'deki korumadan yararlanamayacağı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, taraflar arasındaki anlaşmanın 1997 yılında yapılmış olması nedeniyle 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici Maddesi gereğince 18.9.2010 tarihine kadar geçerli olduğuna, bu tarihten sonra ise rekabet yasağının süresi itibarıyla 2002/2 sayılı Tebliğ'den yararlanamayacağına, dolayısıyla dosya konusu iddialar hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

2. Danıştay Kararları

a) Danıştay 3. Dairesi, 15.1.2007 Tarih ve 2007/145 Sayılı Kararı (Cabbaroğlu-Shell Kararı)

Rekabet Kurulunun, rekabet hukuku açısından işleticilik sözleşmesi ve bu sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine taraflar arasındaki kira/intifa hakkının etkisinin özel hukuk alanına girdiği ve mahkeme kararıyla sonucunun belirlenmesi gerektiğine ilişkin kararı, yapılan itiraz üzerine Danıştay 3. Dairesi, 15.1.2007 tarih ve 2007/145 K. sayılı kararı ile onaylamıştır.

b) Danıştay 13. Dairesinin E. 2006/1604, K. 2008/4296, T. 13.05.2008 Kararı (Akdağ-Total)

Davacı şirket ile Total Oil Türkiye A.Ş. (TOTAL) arasındaki bayilik ilişkisi kapsamında, TOTAL'ın elde ettiği intifa hakkı aracılığıyla pazara girişi engellediği ve rekabeti ortadan kaldırdığı yolunda yapılan **şikayetin reddine ilişkin 26.01.2006 tarih ve 06-04/57-15 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptalinin talep edilmesi üzerine verilen kararda:**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 5. maddelerindeki düzenlemeler aktararak, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup olarak muaf tutulmanın koşullarını belirlemek amacıyla çıkarılan ve 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile **Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile Tebliğin Açıklanmasına Dair Kılavuz'da; alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin büyük önem taşıdığı ve süresi beş yıldan uzun olan rekabet etmeme yükümlülüğünün belli istisnalar dışında mümkün olmadığı belirtilerek, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin belirsiz olması halinde, ilgili sözleşmeye grup muafiyeti uygulanamayacağına kurala bağlandığı; belirtilen mevzuat hükümlerinin irdelenmesinden; alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin belirsiz olması halinde, ilgili sözleşmeye grup muafiyetinin uygulanmayacağı, başka bir anlatımla sözleşmenin Kanun'un 4. maddesine aykırı hale geleceğinin kuşkusuz olduğu;**

Rekabet Kurulu tarafından; Tebliğ ile 18.09.2005 tarihine kadar bir geçiş dönemi öngörüldüğünden, fesih işleminin yapıldığı tarih olan 01.03.2005 tarihi itibarıyla anılan sözleşmeye 4. madde hükümlerinin uygulanamayacağı, tarafların aralarında düştükleri anlaşmazlıkların neticesinde gerçekleştirilen fesih işleminin hukuka uygun olup olmadığı hususunun ise, rekabet hukuku kapsamına girmediği gerekçeleriyle dosya konusu şikayete ilişkin olarak bir

ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verildiği;

Danıştay, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin tespiti ve bu tespitin sözleşmenin süresine bağlı olması, işletme ve kira sözleşmesinin arasındaki bağlantının ortaya konulmasını gerektirdiği belirtmiştir. Başvuruya konu olan sözleşme, TOTAL'ın akaryakıt satış ve servis istasyonlarına ilişkin bayileriyle yapmış olduğu işletme sözleşmesidir ve TOTAL'ın uygulamakta olduğu bayilik sisteminde; öncelikle mülkiyeti bayilere ait olan yerleri uzun süreler için (olayda 20 yıl) kiralamakta ve tapuya şerh verdirerek bu hakkını güçlendirmekte; daha sonra kiralamış olduğu yerlerin maliklerine bu yerlerde satış/servis istasyonu işletme hakkı tanıdığını, dolayısıyla, TOTAL ile bayiler arasındaki hukuki ilişkinin temelini, işletme sözleşmesi ve kira sözleşmesi olmak üzere iki anlaşmaya dayanmaktadır. Her iki sözleşmesinin bazı maddelerinin bu iki sözleşme arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğunu, böylece, şerh edilmiş kira sözleşmeleri bayinin işletme sözleşmelerini feshetmesini önlediğini ve TOTAL'ın yapmış olduğu yatırımları bir türlü teminat altına aldığını, çünkü, bayi işletme sözleşmesini feshetse bile, TOTAL, şerh edilmiş kira sözleşmesi sayesinde kira sözleşmesi süresince kiracının sahip olduğu hakları elinde bulundurabileceğini veya başkasına verebileceğini, işletme sözleşmesi feshedildiği haleden, kira sözleşmesinin işletme sözleşmesine olan etkisi nedeniyle işletme sözleşmesinin de kira sözleşmesiyle birlikte 2017 yılı itibariyle sona erecek olduğundan, taraflar arasında imzalanan işletme sözleşmesinin süresinin belirsiz hale geldiği yolunda ciddi bulguya ulaşıldığını, bu durumda, 2002/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca, belirsiz bir süre için veya beş yıldan daha uzun bir süre için anlaşma yapılarak bayiye rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilmesi, anlaşmayı Tebliğ dışına çıkarabileceğinden, şikayete konu olan işletme sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine uygunluk denetiminin yapılması gerektiğine, açıklanan nedenlerle, Rekabet Kurulu'nun kararının iptaline, karar verilmiştir.

Bu kararda, akaryakıt bayilik sözleşmesi ile onunla birlikte imzalanan ve rekabet etmeme yükümlülüğünü süresiz hale getiren, gerek intifa sözleşmesi ve gerekse tapuya şerh edilmiş kira sözleşmesi hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. 5 yıllık süreden daha fazla bir zamanı kapsayan, akaryakıt bayilik sözleşmelerine ek olarak düzenlenen sözleşmenin varlığı durumunda, rekabet etmeme yükümlülüğü süresiz hale gelecek ve 2002/2 sayılı tebliğin kapsamı dışına çıkmış olacaktır.

3. Yargıtay Kararları

a) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.06.2001 tarih, E. 2001/11-46, K. 2001/481 Sayılı Kararı

Karara konu olan olayda, taşınmaz sahibi, üzerinde bayilik faaliyetini yürüttüğü taşınmazında intifa hakkı tanıdığı dağıtımçı tarafından denetlenmiş ve dağıtımçı, taşınmaz sahibinin bayilik sözleşmesi hükümlerine uymadığını ve başka dağıtımçılara ait malları sattığını tespit etmiştir. Yaptığı ihtara rağmen bu durumun devam etmesi üzerine, bayilik sözleşmesini feshetmiş ve intifa hakkına dayanarak, taşınmaz sahibinin artık bayilik faaliyetini yürütemeyeceği taşınmazı tahliye etmesini istemiştir. Dağıtımçı, intifa hakkı kurma sözleşmesinde yer alan, **bayilik sözleşmesinin feshinden intifa hakkının etkilenmeyeceği yolundaki hükme dayanmış**, hala, devam eden intifa hakkına dayanarak, bayilik sözleşmesi de feshedildiğine göre, taşınmaz üzerinde herhangi bir şekilde faaliyette bulunması olanağı kalmayan taşınmaz sahibinin tahliyesini istemiştir. Taşınmaz sahibi ise açtığı karşı davada, intifa hakkının, bayilik sözleşmesinin yürütülmesini sağlamak amacıyla, dağıtımçı lehine bir baskı da olmadığını ileri sürdüğü intifa hakkının tapudan terkin edilerek, tapu sicilinin düzeltilmesini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesi bayiyi, davacının (dağıtım şirketi) işletme sözleşmesini fesihte haklı olduğu, ancak, işleticilik sözleşmesinden amacın, sırf davacı ürünlerinin satışının sağlanması olup, intifa sözleşmesinin de bu amaç ile düzenlendiği, 15 yıl süreli böyle bir intifa sözleşmesindeki gerçek amacın esasen bayilik sözleşmesinin teminatını teşkil etmek olduğu, oysa davacının ipotek tesisi ve cezai şart gibi hükümler ile bunu sağlayabileceği, nitekim davacı lehine ipotek de tesis edildiği, bu itibarla, gerçek iradelere uymayan görünürdeki intifa sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu, öte yandan, petrol istasyonu sahiplerinin sınırlı sayıdaki ana dağıtım firmaları ile sözleşme yapmalarının zorunlu olup, güçlü durumdaki ana dağıtım şirketlerinin makul ve haklı gerekçeye dayanmayan tek yanlı şartlarını işleticilere kabul ettirebildikleri, bayilik sözleşmesi feshedilmesine rağmen uzun süre işleticinin taşınmazından istifade edememesinin haksız ve adaletsiz olduğu, böyle bir sözleşmenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 1. maddesinde belirtilen “piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek” amacına da aykırı olduğu gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulüne ve intifa hakkının terkinine karar vermiştir.

Özel Daire, davalının, taşınmazı üzerinde, münhasıran davacı Turcas AŞ.’nin sattığı ve satacağı ürünlerin satılmasını, başka firmalara ait ürünlerin satılmamasını teminen 15 yıl süre ile davacı lehine intifa hakkı tanıdığını, yine aynı sözleşme ile, **tarafklar arasındaki İşleticilik Sözleşmesi fesholunsa bile,**

intifa sözleşmesinin ayakta kalacağına kabul edildiğini, taraflar arasındaki bu ticari ilişki nedeniyle, davacı Turcas'ın davalıya önemli miktar ve değerinde akaryakıt pompaları, jeneratör vs. gibi aynı alet ve edevat verdiği gibi, 30.03.1996 tarihli kredi sözleşmesi gereğince de 6.000.000.000 TL tutarında faizsiz kredi kullandırıldığını anlaşıldığını, sözleşmenin düzenlendiği tarihlerde Türkiye'de 9 adet ana dağıtım şirketi bulunması karşısında davalının seçeneksiz olmadığını, tarafların tacir olduğunu, daha önceden aynı iş kolunda faaliyette bulunana gelen davalının imzaladığı sözleşmelerin mahiyetlerini bilmediğinin söylenemeyeceğini, **davalıya önemli miktarlarda aynı yardımda bulunan ve faizsiz kredi kullandıran davacının, böyle bir akaryakıt istasyonunda 15 yıl süre ile sadece kendi ürünlerinin satılmasını teminen intifa hakkı sözleşmesi yapması ve bunu garantiye almasının basiretli tacir kavramı içinde düşünülmesi gereken bir tasarruf olduğunu**, sözleşmeden beklenen karşılıklı yararlar, davacının aynı ve nakdi yardımları nazara alındığında gerek intifa hakkı bedelinin ve gerekse sürenin menfaatler dengesine aykırı olduğunun söylenemeyeceğini, işleticilik sözleşmesi feshedilse bile, intifa sözleşmesinin ayakta kalacağı, intifa hakkı sağlayan sözleşmede gayet açık belirtilmiş olduğunu, bu sözleşmelerin 4 yıl kadar uzunca bir süre karşılıklı uygulandığını, sözleşmenin geçersiz olduğu yolundaki davalı savunmasının hukuken himaye edilmesinin mümkün olmadığını;

Bu durumda mahkemece, sözleşmenin tarafı olan ve sözleşmeyi uzun yıllar uygulayıp benimseyen davalının muvazaa iddiasında bulunamayacağı, sözleşme hükümlerinde genel işlem kurallarına aykırı bir yön bulunmadığı, davalının sözleşmeyi açıkça ihlal ettiği ve kötüniyetli olarak bu ihlalini ısrarla sürdürdüğü, davacının işleticilik sözleşmesini fesihte haklı olduğu, intifa sözleşmesinin geçerli olduğu öte yandan, **somut olayda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanma olanağının bulunmadığı nazara alınarak**, davacı-karşı davalının taşınmazın tahliye ve teslimle ilgili taleplerinin de kabulüne, karşılık davanın ise reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

İlk derece mahkemesinin direnme kararı üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir.

Davacı-karşılık davalı Turcas'ın sahibi olduğu intifa hakkının taraflar arasında düzenlenen işletme sözleşmesi ile davalı-karşı davacı eliyle kullanıldığını, bağıtlanan işletme sözleşmesinin kapsamı ve yapılacak işin niteliği gözetildiğinde, davacı-karşı davalı lehine taşınmazda kurulan intifa hakkının, süresi itibarıyla mülkiyet hakkını zedeleyici ağırlıkta olduğunun kabulünün mümkün olmadığını; kaldı ki işletme sözleşmesinin feshedilmesinin

intifa hakkını ortadan kaldırmayacağını da intifa hakkına ilişkin resmi senette açıkça düzenlendiğini, tapuya tescil edilmiş bulunan intifa hakkını sona erdiren haller MK. 720. maddede açıkça düzenlenmiş olup, somut olayda da intifa hakkın terkinini haklı gösterebilecek bir nedenin varlığının kanıtlanmamış olmasına göre, bozma kararında yer alan nedenle direnme kararının bozulması gerektiğine karar verilmiştir.

b) Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1.11.1999 tarihli, E. 1999/3350 K. 1999/6364 sayılı kararı

Bu kararda 4054 sayılı Kanununun 57. maddesi anlamında hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiası sebebiyle tazminat talebi karşısında Yargıtay, durumun öncelikle Rekabet Kurulu tarafından tespitini istemiştir. Bu tespit yapılmamışsa bunun bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermiştir.

“Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hakim durumu kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir.

Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir” denilmektedir. Görüldüğü üzere, karar doğrudan bayilik sözleşmesi ve intifa hakkı ile ilgili değildir. Ancak, hukuka aykırılığın tespiti bakımından Rekabet Kurulu kararını şart koşması açısından önem arz etmektedir. İntifa hakkı ile ilgili kararlarda da aynı yolun izlenmesi gerekmektedir. Hatta yukarıda verdiğimiz Akdağ-Total kararı, intifa hakkı süresinin 5 yılı aşması halinde hukuka aykırı olacağını öngördüğünden bu karar esas alınmalıdır.

III. DEĞERLENDİRME

A) REKABET YASAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER KARŞISINDA İNTİFA HAKKININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

1. Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinde “Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığı altında, 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

olduğu ifade edilmiş, Kanununun 56. maddesinde ise, **4. maddeye aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu, bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcunun Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabi olduğu** hükmüne yer verilmiştir.

Aynı Kanununun 5. maddesinde ise, Rekabet Kurulunun, maddede belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebileceği hükme bağlanmış ve muafiyetin belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesinin belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği de öngörülmüştür.

Bu düzenlemeler, dikey anlaşma olarak nitelenen, “Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar”ın rekabeti engelleyici ve kısıtlayıcı mahiyette olmaları halinde hukuka aykırı olacaklarını, ancak bazı şartların varlığı halinde hukuka aykırılıktan bireysel veya grup olarak muaf tutulabileceklerini ifade etmektedir.

Bu konuda hangi muafiyetlerin tanınacağına ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği çıkarılmıştır (Tebliğ No: 2002/2). Bu Tebliğ de hangi anlaşmalara grup muafiyeti tanınacağı ve hangi anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

Tebliğin 4. maddesinde rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmaların Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamayacağı öngörülmüş, 5. maddede ise anlaşmanın tamamını muafiyet dışına çıkarmamakla beraber sadece kendisi muafiyetten yararlanamayan kısıtlamalara yer verilmiştir. Bu kısıtlamalar rekabet etmeme yükümlülüğü olarak ifade edilmiştir. Tebliğ, rekabet etmeme yükümlülüğünü bu kısıtlamalar “Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür. Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80’inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen

herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir” şeklinde tanımlanmıştır.

Tebliğde muafiyetten yararlanamayacak rekabet etmeme yükümlülüğü şöyle belirlenmiştir:

a) Alıcıya Getirilen Belirsiz Süreli veya Süresi Beş Yılı Aşan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü.

Rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır^{1, 2}.

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

b) Anlaşmanın Sona Ermesinden Sonraki Döneme İlişkin Olarak, Alıcıya Getirilen, Mal ya da Hizmet Üretmesini, Satın Almasını, Satmasını ya da Yeniden Satmasını Yasaklayan Doğrudan ya da Dolaylı Herhangi bir Yükümlülük

Görüldüğü üzere, Kanun rekabeti engelleyen her türlü anlaşmayı yasaklarken, bazı şartların varlığı halinde Rekabet Kurulu tarafından muafiyet

¹ **Geçici Madde- (2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; RG- 18.09.2003, 25233)** Bu Tebliğ’in [2003/3] yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ’de öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, bu Tebliğ’in yürürlüğe girdiği tarihten [18.09.2003] itibaren iki yıl içerisinde yukarıdaki 1 inci madde ile getirilen [5.maddenin (a) bendinin ikinci fıkrasındaki] değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerekir. Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz.

² Fıkranın eski hali: “Ancak alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetini gerçekleştirebilmesi için gerekli yatırım tutarının %35’den az olmamak kaydıyla bir kısmının sağlayıcı tarafından karşılanması halinde, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi, beş yılı aşan kısmı sadece bu yatırımın yapıldığı tesiste yürütülecek faaliyetle sınırlı kalmak kaydıyla, on yıla kadar olabilir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün bu fıkroda belirtilen süreleri aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır.”

tanınabileceğini öngörmüş, Rekabet kurulu da bu konuda özellikle akaryakıt bayilik sözleşmelerinin de dahil olduğu dikey anlaşmalarda, bayi bakımından beş yılı aşmamak kaydıyla rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebileceğini, ancak beş yılı aşan veya belirsiz süreli olan anlaşmaların bu muafiyetten yararlanamayacağını öngörmüştür.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, intifa hakkını içeren sözleşmelerin Kanunun öngörüldüğü muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağını belirlenmesi, intifa hakkı tesisinin Kanunun 4. maddesine aykırılık teşkil edip etmediğinin, rekabet etmeme yükümlülüğünü muafiyet sınırlarını aşar şekilde uzatıp uzatmadığının tespiti gerekmektedir.

2. İntifa Hakkı İçeren Anlaşmaların veya İntifa Hakkına İlişkin Kaydın Muafiyetten Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu

Bu konuda ilk cevaplanması gereken soru intifa hakkı süresinin sözleşme süresine ve dolayısıyla sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine etkisidir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün muafiyetten yararlanabilmesi için belirsiz süreli olmaması veya süresinin beş yılı aşmaması gerekmektedir.

İntifa hakkını da içeren **bayilik sözleşmelerinin bakıldığında, bu sözleşmelerin beş yılı aşmamak üzere akdedilerek Tebliğin tanıdığı muafiyet kapsamına girdiği, bununla beraber işletme sözleşmesinin süresinden çok daha uzun süreli olarak kurulan intifa hakkı sebebiyle “rekabet etmeme yükümlülüğü” açısından “sözleşme süresi”nin önemini kaybettiği ve rekabet etmeme yükümlülüğünün sözleşme süresinden daha çok intifa hakkı süresine bağlı hale geldiği görülmektedir. Bu durumda eğer intifa hakkı 5 yılı aşan bir süre için kurulmuşsa -ki çoğunlukla böyle kurulmaktadır - beş yılı aşan kısım dolaylı olarak rekabeti engelleyici bir nitelik taşımaktadır.**

Rekabet Kurulunun Danıştay 13. Dairesinin kararına kadar, bayilik sözleşmelerinde yer alan dağıtım şirketi lehine kira/intifa hakkı tesisine ilişkin kayıtların ve bunların sürelerinin bayilik sözleşmesinin süresini de etkilediğini kabul ettiği, bununla beraber, bu sebeple sözleşmenin geçersiz hale gelip gelmediği, geçersiz hale gelmişse tarafların verdiklerinin nasıl tasfiye edileceği, intifa hakkı varsa bunun akıbetinin ne olacağı gibi konularda, **özel hukuka ilişkin sorunlar olduğu** gerekçesiyle Kurulun adli mahkemelerin karar vermesi gerektiği görüşünü benimsediği, bayilik sözleşmesi içerisinde yer alan bayilik sözleşmesinin süresinden daha uzun süreli olarak kararlaştırılan kira ve intifa hakkının bayilik sözleşmesini geçersiz hale getirip getirmediği konusunda değerlendirme yapmadığı anlaşılmaktadır.

Özellikle kira hakkı veya intifa hakkı tesisinin geçersizliği ve bu geçersizliğin türünün ne olduğunun belirlenmesi özel hukuku ilgilendiren bir mesele olduğu doğrudur. Bununla birlikte, Kurulun görevi rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşmaları, kararları ve uygulamaları engellemek olduğundan, dikey anlaşmada yer alan kira/intifa kayıtlarının bu nitelik taşıyıp taşımadığını, muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağını belirlemesi gerekir. Aksi halde, rekabeti engelliyici nitelik taşıyan sözleşmelerin engellenmesi de mümkün olmayacaktır.

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin kararından sonra Rekabet Kurulu, Akdağ-Total kararında, fesih tarihi itibarıyla taraflar arasındaki işletme sözleşmesi ve intifa ile kurulan ilişkinin tek bir anlaşma gibi değerlendirilerek rekabet yasağı süresinin buna göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Rekabet Kurulunun, dikey anlaşmanın muafiyetten yararlanamayacağını belirlemesi, 4054 sayılı Kanununun 4. maddesine aykırı olduğu, dolayısıyla 56. maddesi gereği geçersiz olduğu anlamına gelmektedir. Kurulun bu kararları bir dikey anlaşmanın veya onda yer alan bir kaydın geçerliliğini belirleme bakımından adli mahkemeleri bağlayıcı olması bile, bir mahkemenin bunun aksine bir sonuca ulaşabilmesi için sağlam gerekçelerinin olması gerekir.

Bu anlamda, Yargıtay kararında yer alan, intifa hakkı tesisinin işletme sözleşmesinden ayrı olduğu, işletme sözleşmesi sona erse bile intifa hakkının devam edeceğinin kararlaştırıldığı, intifanın istasyonu donatmanın karşılığı veya teminatı olduğu yönündeki gerekçelerin, intifa hakkının işletme sözleşmesinden ayrı değerlendirilmesini gerektirmez. Yukarıda ifade edilen Rekabet Kurulu ve Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere, intifa hakkının bu sözleşmede yer almasının sebebi bayilik verilmesidir. İntifa hakkı bazen bayilik verilmesinin karşılığı bazen bayilik verilirken açılan kredi veya verilen eşyaların teminatıdır. Hangi saikle kurulursa kurulsun, intifa hakkı bayilik sözleşmesinden ayrı düşünülemez. Çünkü bayilik verilmeyecek olsaydı, intifa tesisi de söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla bu iki sözleşme amaç bakımından birbiriyle sıkı bağlılık içerisindedir. Rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin muafiyet kapsamından kalıp kalmadığının belirlenmesinde sadece sözleşme süresine bakılmaz, intifa hakkının süresine de bakılması gerekir.

Bu husus Rekabet Kurulu tarafından 02.10.2003 tarihli Cabbaroğlu-Shell kararında “Shell öncelikle araziye sahibi olan bayiden kiralamakta, daha sonra aynı bayiye istasyonun işletmesini vermektedir. Gerek işletme sözleşmesinin, gerekse kira sözleşmesinin anılan bazı maddeleri, bu iki sözleşme arasındaki ilişkiyi göstermektedir. Kira sözleşmesinin arazinin rayiç değeri üzerinden mi, yoksa sembolik bir bedel üzerinden mi yapıldığı hususu, kira sözleşmesinin, Shell ile bayisi arasındaki işletme sözleşmesinin süresini

belirlediğinin bir delili olarak değerlendirilebilir. Cabbaroğlu ile yapılan kira sözleşmesinde yıllık kira bedeli 60.000 TL olarak görülmektedir. Bu rakamın sembolik olduğu ve tarafların asıl amacının kira sözleşmesi akdetmek olmadığı, kira sözleşmesinin bir anlamda işletme sözleşmesinin süresini belirleme amacı taşıdığı anlaşılmaktadır” denilerek son derece isabetli olarak vurgulandığı gibi, Danıştay 13. Dairesinin 13.05.2008 tarihli kararında da ifade edilmiştir.

Danıştay daha da ileri giderek, dağıtım şirketleri ile bayiler arasındaki hukuki ilişkinin temelini, işletme sözleşmesi ve kira sözleşmesi olmak üzere iki anlaşmaya dayandığını, şerh edilmiş kira sözleşmeleri bayinin işletme sözleşmelerini feshetmesini önlediğini ve dağıtım şirketinin yapmış olduğu yatırımları bir türlü teminat altına aldığını, bayi işletme sözleşmesini feshetse bile, dağıtım şirketini, şerh edilmiş kira sözleşmesi sayesinde kira sözleşmesi süresince kiracının sahip olduğu hakları elinde bulundurabileceğini veya başkasına verebileceğini, **kira sözleşmesinin işletme sözleşmesine olan etkisi nedeniyle işletme sözleşmesi de kira sözleşmesiyle birlikte sona erecek olduğundan, taraflar arasında imzalanan işletme sözleşmesinin süresinin belirsiz hale geldiği yolunda ciddi bulguya ulaşıldığını ifade etmiştir.**

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesi belirli bir mal veya hizmet piyasasında **sadece doğrudan değil, dolaylı olarak da** rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğunu öngördüğüne göre, sözleşme süresinden daha uzun süreli olarak tesis edilen intifa hakkının **dolaylı olarak** rekabeti engellediği, bu sebeple hukuka aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Bayinin, Kanunun 4. maddesinden ve Tebliğin 5. maddesinden yararlanarak, süresi biten işletme sözleşmesini yenileyemeyeceği, belirsiz veya beş yıldan daha uzun süreli bir işletme sözleşmesini kabul etmeyeceği, bu sebeple de intifa hakkının varlığının rekabeti engelleyici olmadığı, yasak kapsamına girmediği söylenebilir. Ancak, sözleşme süresi sona erince bayi yeni sözleşme yapmazsa, bile taşınmaz üzerinde dağıtım şirketi lehine intifa hakkı olduğundan, akaryakıt istasyonunun bulunduğu taşınmazı terk etmek zorunda kalacaktır.

Özellikle, akaryakıt istasyonunun dağıtım şirketi tarafından donatılmasının karşılığı olarak tesis edilmesi dışındaki hallerde, bayinin intifa hakkı süresince bu taşınmazı bedelsiz veya çok düşük bir bedelle terk etmiş olacaktır ki, bu durumun bayi bakımından uzun yıllar arazisini kullanamayarak zarara uğraması sonucu doğuracağında şüphe yoktur. Böyle bir hareket tarzı iktisadi hayatın gerçekleri ile bağdaşmayacağından, bayiler bunu

gerçekleştirememekte, **dolayısıyla, fiilen intifa hakkı süresince rekabet etmeme yükümlülüğü altında kalmaktadır.**

Rekabet Kurulu, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (Tebliğ No: 2002/2) 5. maddesinde alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü muafiyet dışında tutulurken, rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde de rekabet etmeme yükümlülüğü "belirsiz süreli" sayılacağını öngörerek kanuna karşı hile teşkil edecek anlaşmaların önüne geçmeye çalışmıştır.

Tebliğin 5. maddesinin a bendinin ikinci fıkrasından da intifa hakkının beş yılı aşan bir süre için kurulmasının muafiyetten yararlanmaya engel olacağı anlaşılmaktadır. Zikredilen hükümde, "Alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı **tesisin mülkiyeti arazi ile birlikte veya alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya ait** ise, yahut alıcı bu faaliyetini **sağlayıcının alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden elde ettiği bir aynı veya şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdürecektse**, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir; şu kadar ki, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin beş yılı aşan kısmı bakımından, sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar" denilerek, dikey anlaşmadan doğan faaliyetin yürütüleceği arazinin maliki sağlayıcısı veya üçüncü bir kişiden üst hakkı elde ederek buna dayanarak araziyi bayiye vermişse veya sağlayıcı üçüncü kişiden elde ettiği aynı (intifa gibi) veya şahsi (kira veya ariyet gibi) bir hakka dayanarak araziyi bayiye teslim etmişse rekabet yükümlülüğünün süresi alıcı (bayi) faaliyetini bu tesiste yürüttüğü müddetçe rekabet etmeme yükümlülüğü devam edebilecek ve muafiyetten yararlanabilecektir. Bu hükmün zıt anlamından, arazinin sağlayıcıya ait olmayıp bayiye ait olduğu veya sağlayıcının bayiden bir üst hakkı veya aynı veya şahsi bir hak elde ederek tesisi alıcıya verdiği hallerde, alıcı (bayi) faaliyetini bu tesiste yürütse bile rekabet etmeme yükümlülüğünün 5 yıldan fazla devam etmeyeceğidir. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, dağıtım şirketi lehine kurulan intifa hakkı bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünü beş yılı aşar hale getiremez.

B) REKABET HUKUKU DIŞINDAKİ DÜZENLEMELER BAKIMINDAN İNTİFA HAKKININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bayilik sözleşmelerinde yer alan veya ona dayanan intifa hakkının sadece Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bakımından değil, ahlaka

aykırılık, kanuna karşı hile veya muvazaa sebebiyle de geçersizliğini ileri sürmek mümkündür. Aşağıda bu hallere değinmeye çalışacağız.

1. Ahlaka Aykırılık Sebebiyle Geçersizlik

Esas itibariyle, Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğü prensibi hakim olmasına karşılık, tarafların edimleri arasında dengeyi aşırı derecede bozan, taraflardan birinin ekonomik geleceğini ve sözleşme yapma özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan sözleşmeler ahlaka aykırı sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Somut bayilik sözleşmelerinde, dağıtıcı firma lehine sözleşme

hükümlerinin açıkça düzenlendiği bilinen bir gerçektir. Dağıtıcı firmalar belki de kendi ekonomik menfaatlerini güvence altına almak için, açık senet, Banka teminat mektubu, aşırı cezai şart, ipotek taleplerine, belki de en önemlisi olarak, bayi veya üçüncü kişiye ait taşınmak üzerinde kendi lehlerine uzun süreli intifa hakkı tesis ettirmektedirler. Somut sözleşme metinlerine bakıldığında, intifanın bedelsiz veya sembolik bir bedel karşılığında tesis edildiği gözlenmektedir. Bu şekilde, sözleşmenin taraflarından birinin ekonomik geleceğinin, rekabet etme ve sözleşme özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuran anlaşmalar, bilinen meşhur ifadeyle kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Bu bakımdan ele alındığında, bu tür sözleşmeler ahlaka aykırılık bakımından geçersiz sayılabilecektir.

BK. m. 19 ve 20’de yer alan ahlaka aykırılık kavramından amaç genel ahlakıdır. Bir toplumda belirli devirde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin düşünce ve telakkileri, o toplumun genel ahlakını meydana getirir. Ahlaka aykırılık da BK. m. 19 ve 20’e göre, sözleşme serbestisinin bir sınırını oluşturur. Kanun koyucu, ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklamak suretiyle, ahlaka hukuki bir değer atfetmekte, insanların bir arada yaşamalarında toplumun tanıdığı temel değerleri korumakta, kötü örneklerle ahlakın tehlikeye düşmesini önlemekte, tarafları ahlaka aykırı işlemlerden uzak tutmaktadır. Ahlaka aykırılık hakim tarafından re’sen nazara alınır.

Genel ahlak içinde korunan çeşitli hukuki varlıklar vardır. Bu varlıkların başında kişilerin hayat ve vücut bütünlüklerinin korunması gelir. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelerdir. Aynı şekilde, **kişinin ekonomik hürriyetini aşırı derecede sınırlayan veya ortadan kaldıran, onun ekonomik faaliyetini yok edecek derecede tehlikeye koyan veya karşı tarafın keyif ve arzusuna tabi kılan sözleşmeler de ahlaka aykırıdır.**

Ahlaka aykırılık, bizzat sözleşmenin yapılmasının, içeriğinin veya amacının ahlaka aykırı olması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Bayilik sözleşmelerinde rekabet etmeme yükümünü aşacak şekilde intifa hakkı tesis

edilmesi, sözleşmenin içeriğinin ahlaka aykırı olması şeklinde karşımıza çıkan durumdur. Borçlunun şahsi ve ekonomik hürriyetini aşırı derecede sınırlandıran uzun süreli rekabet yasağı veya bu yasağı fiilen uzatan anlaşmalar, fahiş cezai şart veya zaman itibariyle çok uzun süreli veya süresiz edim yükümlerini içeren sözleşmelerde durum böyledir. Şahsi ve ekonomik hürriyetin önemli ölçüde ihlal edilebilmesi için, borçlanılan edimin miktar ve süresinin çok aşırı ve uzun olması gerekir.

Hizmet sözleşmelerinde bu süre on yıl olarak kabul edilmesine karşılık, Rekabet Kurulun tebliğleri ile akaryakıt bayilik sözleşmelerinde bu sürenin 5 yıl olarak kabul edildiği görülmektedir. Öyle ise, 5 yıldan fazla rekabet etmeme yükümünü içeren sözleşmeler hukuka ve ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilecektir.

BK. m. 349 ağır edim yükümlerinin geçerli olmadığını hükme bağlamıştır. Gerçekten bu maddeye göre, rekabet yasağı ancak işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini yasaklayacak surette zaman, yer ve işin nevi noktasından durumun gereğine göre münasip bir sınır içinde şart edilmişse geçerlidir. Aynı şekilde BK. m. 343'e göre, hayat boyunca veya on yıldan fazla bir süre için yapılan bir hizmet sözleşmesini işçi bir aylık ihbar süresine uymak şartıyla tazminat vermeden feshedebilir. Ancak bu hükümden borçlunun hayatı boyunca veya çok uzun bir süre için kurduğu sözleşmeleri, mutlak olarak feshedebileceği gibi genel bir sonuç çıkarmamak gerekir. Şartlara ve yerine göre, borçlunun aşırı derecedeki edim yükümü nedeniyle sözleşme, bütünüyle geçersiz sayılmamalı, BK. m. 20/II'ye göre işlem görüp, normal ölçülere indirilerek geçerliliğini korumalıdır. Ancak, bu şart olmasaydı sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşmenin tamamı bu sebeple geçersiz sayılabilmelidir.

Buna ilave olarak şunu da söylemek mümkündür. Somut durumda edimler arasında aşırı dengesizliğin kurulmasında gabinden bahsedilen durumlarda da, ayrıca bir ahlaka aykırılıktan bahsetmek mümkün olabilecektir.

2. Muvazaa

İntifa hakkı tesis edilirken, süre ve bedel bakımından tarafların gerçek iradesine uygun olmayan sözleşmeler akdedilebilir. Bayilik sözleşmesi çerçevesinde intifa hakkı, bayilik verilmesinin karşılığını oluşturabildiği gibi, dağıtım şirketinin istasyonunu bedelini bayiden tahsil etmek üzere donatması halinde, yapılan harcamanın teminatı olarak da kurulabilmektedir. Buna karşılık, tapuda işlem yapılırken genellikle sembolik bir bedel kararlaştırıldığı görülmektedir. İntifa hakkının konusunu oluşturan taşınmazın bedeliyle

mütenasip olmayan bu bedelin muvazaalı olup, gerçek bedel veya karşılık gizlendiği için bir nispi muvazaa ortaya çıkmaktadır.

Bazen de intifa hakkının süresinin beş yıldan fazla olacağı ve bu süre boyunca rekabet etmeme yükümlülüğünün devam edeceği kararlaştırılmakta, ancak tapudaki tescilde süre beş yıl olarak gösterilebilmektedir. Bu durumda da süre bakımından bir nispi muvazaa söz konusu olmaktadır.

Her iki halde de, intifa hakkı bayilik verilmesinin bir şartını oluşturuyorsa ve/veya durumun böyle olduğu somut olayda iddia ve ispat edilebiliyorsa, intifa süresi kararlaştırıldıktan kısa gösterilmişse veya bedelsiz veya sembolik bir bedelle kurulmuş gösterilmişse, bu durum ispatlandığı takdirde, intifa hakkının muvazaalı olduğu ispatlanmış olur.

3. Kanuna Karşı Hile

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun dolay olarak da olsa rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşmaları hukuka aykırı saymıştır. İntifa hakkının dolaylı olarak rekabeti engellediği veya kısıtladığı kabul edildiğinde kanuna aykırılıktan dolayı intifa geçersiz olacaktır. Bununla birlikte, intifa hakkının bu kapsama girmeyeceği kabul edilecek olursa, kanuna karşı hile teşkil edip etmediği açısından da değerlendirilmesi gerekir. Kanun ve ilgili tebliğler, rekabet yasağı bakımından grup muafiyetinin açıkça en fazla 5 yıla ilişkin olabileceğini, 5 yılı aşan veya belirsiz süreli anlaşmaların geçersiz olacağını belirtmektedir. Bu geçersizlik müeyyidesinin önüne geçebilmek için, Kanunun açıkça yasaklamadığı intifa hakkından yararlanılması mümkündür. Eğer intifa hakkı kanuna aykırı sayılmazsa, dağıtım şirketi lehine beş yıldan daha uzun süreli intifa hakkı kurulmasını sağlayarak rekabet etmeme yükümlülüğünü bu süre boyunca uzatabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bayilik sözleşmesi beş yılı geçmese bile, o sona erdiğinde intifa devam edeceği için, bayi sözleşmeyi yenilemek zorunda kalacaktır. Böylece kanunu yasakladığı beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne, kanunun yasaklamadığı (veya yasaklamadığının kabul edildiği) intifa hakkı tesisi yoluyla ulaşmak mümkün olacaktır. Esasen Danıştay'ın ve Rekabet Kurulunun yukarıda zikredilen son kararlarına kadar da böyle omu ve dağıtım şirketleri intifa veya şerhedilen kira sözleşmeleri yoluyla rekabet etmeme yükümlülüğünü, muafiyet için öngörülen sürelerden çok daha fazlası için kurabilmişlerdir. Bayilik sözleşmesi beş yılı aşmamakla beraber, ona dayanarak veya ondan ayrı olarak ama onunla bağlantılı olarak kurulmuş intifa, bu durumda fiilen sözleşme ve rekabet etmeme yükümlülüğünün uzamasına yol açan anlaşmalar, bu arada uzun süreli intifa hakkı tesisi, kanuna karşı hile teşkil edebilecektir.

Kanuna karşı hile de hukuka aykırılık oluşturur. Emredici bir normun yasakladığı bir sözleşme veya edim, başka bir kanun hükmünden yararlanarak dolaylı bir şekilde elde ediliyorsa buna, kanuna karşı hile denir. Burada taraflar, emredici bir kanun hükmünün yasakladığı bir sözleşmeyi, kanunun izin verdiği aynı amaç ve sonuca yönelik başka bir sözleşme kurmak suretiyle gerçekleştirirler. Böylece kanuna karşı hilede bir sözleşme veya işlem, başka bir sözleşme veya işlem yerine geçmektedir. Kanun, taraflarca ulaşılmak istenilen sonucu mutlak olarak yasaklamışsa, kanuna karşı hile yoluyla yapılan sözleşme de aynı sonucu doğuracağı için, bu sözleşme hukuka aykırıdır.

C) İNTİFA HAKKININ REKABET YASAĞINI İHLAL ETMESİNİN MÜEYYİDESİ

1. Kanuna Aykırılık Halinde

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesinde Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar” başlığı altında, 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 olduğu ifade edilmiştir. Bu hukuka aykırılığın ve yasağın özel hukuk bakımından müeyyidesi ise aynı Kanunun 56. maddesinde düzenlenmiştir. "*Rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları*" başlığını taşıyan 56. maddesinin ilk cümlesinde "*Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir.*" hükmü yer almaktadır. Burada uygulanacak geçersizlik müeyyidesinin türü ise belirtilmemiştir.

Geçersizliğin türü konusunda, doktrinde, butlan, kısmi butlan, askıda hükümsüzlük, takdiri geçersizlik ve sui generis geçersizlik görüşleri ifade edilmesine rağmen, Kanaatimize göre, buradaki geçersizliğin türü, kanunun emredici hükmüne aykırılık söz konusu olduğundan burada butlan söz konusudur.

Bununla birlikte Kanunun yasaklama öngören hükümlerine aykırı herhangi bir anlaşma ya da kararın, BK.’nın 20. maddesi gereğince geçersizliği söz konusu olduğundan 56. maddede bu hüküm yer almasaydı da BK’nın 20. maddesinden hareketle aynı sonuca ulaşmak mümkün olurdu.

Şunu vurgulamak gerekir ki, burada sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün ya da dolaylı olarak bu sonucu doğuracak olan intifa hakkı ya da benzer sınırlamaların beş yılı aşan süreli veya belirsiz süreli olarak kararlaştırılması halinde, bu dikey anlaşmanın tamamı değil, sadece rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin kayıt geçersiz olacaktır. Bir başka ifadeyle

Borçlar Kanununun 20. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kısmi geçersizlik (kısmi butlan) müeyyidesi uygulanacaktır. Tebliğin 5. maddesinde, “Bu Tebliğ ile tanınan muafiyet anlaşmada yer alan, aşağıda belirtilen yükümlülüklere uygulanmaz” diyerek, muafiyetin kapsamına bütün anlaşmanın değil, sadece Tebliğ de zikredilen beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü veya buna dolaylı olarak yol açan intifa hakkı tesisine ilişkin kaydın geçersiz olacağını, yani kısmi butlanın uygulanacağını açıkça ifade etmiştir. Ancak, bu durumda, tarafların iradesinin bu kayıtlar olmasaydı da sözleşmeyi yapacakları yönünde olması gerekir. Eğer güven teorisi çerçevesinde tarafların iradelerinin yorumundan, bu geçersiz sayılan kayıt olmasaydı sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyorsa, sözleşmenin tamamı geçersiz olur.

Kesin hükümsüzlük, sözleşmenin baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasını, tarafların bu sözleşmeye dayanarak hak talep edememesini ifade eder. İntifa hakkı bakımından en önemli sonucu ise, eğer intifa hakkının sebebini teşkil eden sözleşme geçersizse, sebebe bağlılık ilkesi gereği tescil de geçersiz olur ve yolsuz tescil teşkil eder. Dağıtım şirketi yolsuz tescil oluşturan intifa hakkına dayanarak istasyonun bulunduğu araziye kullanamaz ve bundan yararlanamaz.

Bununla birlikte, Yargıtay’ın bayilik sözleşmeleri kapsamında tesis edilen intifa hakları bakımından, Rekabet Hukuku çerçevesinde inceleme yapmadıkları, Kanunun 4. maddesine aykırılık teşkil edip etmediği, muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağı hususlarını değerlendirmedeği görülmektedir. Oysa 4054 sayılı Kanunun 4. ve 56. maddeleri emredici nitelikte olup, bireysel muafiyet tanımamış ve grup muafiyetinden de yararlanamayan anlaşma ve/veya anlaşma kayıtlarının ve bunlara dayanılarak tesis edilen kira şerhi ve intifa hakkı tescili işlemlerinin geçersizliğini hakim resen dikkate almak zorundadır. Yargıtay’ın sadece Medeni Kanunun 720 ve devamında yer alan intifayı sona erdiren sebepler çerçevesinde konuyu değerlendirerek, intifa tesisinin hukuki sebebini teşkil eden bayilik sözleşmesini ve intifanın onunla sıkı bağına dikkate almaması isabetli değildir. Kaldı ki, Yargıtay, yukarıda özeti verilen kararda, intifa hakkının kuruluş sebebini açıklarken, “davalının, taşınmazı üzerinde, münhasıran davacı Turcas AŞ.’nin sattığı ve satacağı ürünlerin satılmasını, başka firmalara ait ürünlerin satılmamasını teminen 15 yıl süre ile davacı lehine intifa hakkı tanıdığını” belirtmektedir. Hem başka firmanın ürünlerinin satılmamasını teminen, yani rekabet etmeme yükümlülüğü doğurmak üzere 15 yıllık intifa hakkı kurulduğunu kabul edip hem de Rekabet Korunması Hakkında Kanunun hükümlerinin uygulanma olağanı bulunmadığını belirtmek bir çelişki oluşturmaktadır. Çünkü, eğer rekabet etmeme yükümlülüğünü 15 yıl devam ettirmek için intifa kurulmuşsa, intifa hakkına ilişkin bu hüküm Tebliğde öngörülen muafiyetin kapsamı dışında kalacak ve 4054 sayılı Kanunun 4.

maddesine aykırılıktan dolayı geçersiz olacaktır. Geçersiz bir işleme dayanan intifa hakkı tescilinin yolsuz olduğu izahtan varestedir.

Kanunun 57. maddesinin ilk cümlesi, tazminat hakkının kapsamına ilişkin olarak Kanunun 6. maddesini de içerecek şekilde "*Her kim bu kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar yada kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur...*" hükmünü içermektedir. Tazminat hakkı bakımından anlaşma, karar veya eylemin rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlaması koşulu öngörülmüştür.

Rekabet Kanununda geçersizliğin sonuçlarına ilişkin olarak, geçersiz olan anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin istenemeyeceği belirtilmiş ve daha önce yerine getirilmiş edimler için de, BK 63 üncü ve 64 üncü maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapılmıştır. Rekabet Kanununda söz konusu olan yaptırım mutlak geçersizliktir. Bu nedenle tarafların, söz konusu hukuki işlemin Rekabet Kanununa aykırı olduğunu bilmiyor olmaları veya bunu bilerek kabul etmeleri, sonradan icazet vermeleri ya da belirli bir süre geçmesi bu hukuki işlemin geçerli hale gelmesini sağlamayacaktır. Kanunun 56. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, geçersizlik yaptırımının bir sonucu olarak, geçersiz olan anlaşma veya kararlardan dolayı ortaya çıkan edimler de istenemeyecektir. Taraflar, Rekabet Kanununa aykırı olan hukuki işlem nedeniyle doğan edimleri, anlaşma ya da kararın geçersizliği ileri sürülmeden önce yerine getirmişlerse, söz konusu hukuki işlemin geçersizliği, yerine getirilen bu edimlerin iade edilmesini gerektirir. Rekabet Kanununun 56. maddesinde BK'na yapılan gönderme gereğince, yerine getirilmiş edimlerin geri istenmesi konusunda, BK'nun, sebepsiz zenginleşme halinde iadenin kapsamını belirleyen, BK. 63. ve 64. maddeleri uygulanacaktır.

Rekabet etme hürriyetini sınırlayan ve bayilik sözleşmesine eklenen intifa hakkı tesisine ilişkin anlaşma, Tebliğlerde belirlenen sürelerin aşılması durumunda geçersiz hale gelecektir. İlli olan bu sınırlı ayni hakkın tesisine ilişkin işlem, geçersiz hale geleceği için tescil de yolsuz olacaktır. Bu sebeple bu şartlar altında intifa hakkının "kanuna aykırılık sebebiyle" terkin edilmesi mümkündür.

2. Ahlaka Aykırılık Halinde

Bir hukuki işlemin ahlaka aykırılığının müeyyidesi de kesin hükümsüzlüktür. Borçlar Kanununun 20. maddesi ahlaka aykırı hukuki işlemlerin de kesin hükümsüzlük olacağını öngörmüştür.

3. Kanuna Karşı Hile Halinde

Kanuna karşı hilenin müeyyidesi, kanun tarafından yasaklanan işlemin tabi olduğu müeyyidedir. Kanun rekabet yasağını ihlal eden işlemleri kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi tuttuğuna göre, eğer belirsiz süreli veya beş yıl aşan süreli intifa hakkının kurulması kanuna karşı hile kabul edilecek olursa, bu işlem kesin hükümsüzlük müeyyidesine tabi olacaktır.

4. Muvazaa Halinde

Muvazaalı işlemin geçersiz olacağı Borçlar Kanununun 18. maddesinde hükme bağlanmıştır. Taşınmaz satışlarında, bedel muvazaası durumunda, doktrindeki hakim görüş, sözleşmenin kesin hükümsüz olduğunu kabul emektedir. Akaryakıt bayilik sözleşmeleri çerçevesinde intifa hakkı tesisini ilişkin sözleşmelerdeki süre ve bedel muvazaasında da kesin hükümsüzlüğün kabulü gerekir. Çünkü tarafların tapuda beyan ettikleri iradeleri, ya sürenin gösterilenden daha uzun olması veya bedelin gösterilen dışında ayın veya nakit olarak kararlaştırılmış olmasıdır. Her iki durumda gizli işlem de şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olmaktadır.

D) GEÇERSİZLİĞİN İNTİFA HAKKINA ETKİSİ

1. Genel Olarak

Beş yılı aşan süreli veya süresiz intifa hakkına ilişkin anlaşma veya anlaşma kaydının kanuna aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağını belirtmiştik. Bu geçersizlik intifa hakkına dair tescilli yolsuz tescil haline getirir. Burada akla yolsuzluğun hangi andan geçerli olacağı sorusu gelmektedir. Kesin hükümsüz olan bir işlem baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna dayanılarak yapılan tescil de baştan itibaren yolsuz olur.

Yolsuz hale gelen tescilin terkinini hak sahibi doğrudan tapu sicil müdürlüğünden isteyebilir. Hak sahibinin (dağıtım şirketinin) terkin talep etmediği durumlarda ise arazi maliki sicilin düzeltilmesi amacıyla bir dava açabilir (MK. md.1025). Bu dava sonucunda verilecek kararla intifa hakkı terkin edilerek sicilin düzeltilmesi sağlanmış olur.

2. 2002/2 Sayılı Tebliğin Yürürlüğe Girmesinden Önce Yapılmış Anlaşmalar Bakımından

Taraflar arasındaki bayilik sözleşmesi 2002/2 sayılı Tebliğin veya bu Tebliğde değişiklik yapan 2003/3 sayılı Tebliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilmişse, rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşamayacağı kuralının hangi tarihten itibaren geçerli olacağı ve bu sürenin intifa hakkı açısından da uygulanıp uygulanmayacağını incelenmesi gerekmektedir. 2003/3 sayılı

Tebliğin geçici maddesi, Tebliğ'in [2003/3] yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten [18.09.2003] itibaren iki yıl içerisinde Tebliğ ile getirilen [5.maddenin (a) bendinin ikinci fıkrasındaki] değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerektiğini, bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklamanın uygulanmayacağını öngörmüştür.

Tebliğ, grup muafiyetinden yararlanmak bakımından mevcut akaryakıt bayilik sözleşmelerinin 18.09.2005 tarihine kadar belirsiz süreli olmaktan çıkarılmasını öngörmektedir. Rekabet Kurulu geçiş dönemi içinde uyumlaştırma yapılmasa dahi 18.09.2005 tarihinden önce yapılmış anlaşmaların 18.09.2010 tarihine kadar uygulama süresi bulunduğunu, bir başka ifadeyle muafiyetten yararlanabileceklerini kabul etmiştir. İşin doğrusu geçici maddenin lafzından çıkarılması oldukça güç olan bu yorum, 30.10.2008 tarihli Akdağ-Total kararında da belirtildiği üzere oldukça geniş bir yorum olmuştur. Kurul, geçiş döneminin sonuna kadar uyumlaştırma imkanı olduğundan ve geçiş döneminin sonu günü yapılabilecek bir anlaşmanın 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğü getirebileceğinden hareketle, sözleşmenin hangi tarihte Tebliğe uygun hale getirildiğine ve hatta böyle bir uyumlaştırma yapılmamış olmasına dahi bakmaksızın geçiş döneminin sonundan itibaren beş yıl daha rekabet etmeme yükümlülüğünün devam edeceğini ve bu anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanabileceğini kabul etmiştir.

Kanaatimizce, Tebliğin geçici maddesi gereği, uyumlaştırma yapılmayan sözleşmeler geçiş dönemi sonunda beş yıl daha muafiyetten yararlanamaz,

Geçiş dönemi içinde uyumlaştırma yapılmışsa, uyumlaştırmanın yapıldığı tarihten itibaren beş yıl daha muafiyetten yararlanabilir. Tebliğin geçici maddesinde yer alan "Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklama uygulanmaz" hükmü beş yıllık sürenin her halükarda geçiş döneminin sonundan başlayacağını değil, daha önce yapılmış ve süresi beş yılı geçiş dönemi içinde doldurmuş olan sözleşmelerin, uyumlaştırma yapılmasa bile geçiş döneminin sonuna kadar muafiyetten yararlanabileceğini, bu tarihten (18.09.2005) sonra ise yararlanamayacağını ifade etmektedir.

Rekabet etmeme yükümlülüğünü dolaylı olarak uzatan intifa hakkı bakımından da yukarıda söylediklerimiz geçerli olup, intifa hakkı da uyumlaştırma yapılması halinde devam eder, aksi halde geçiş döneminin sona erdiği tarihte muafiyet kapsamı dışında kalır.

Burada şunu da belirtmeliyiz ki, taraflar arasındaki sözleşme uyumlaştırılarak Tebliğe uygun hale getirilmediği gibi, Tebliğden önce veya geçiş dönemi içerisinde sona ermişse, dağıtım şirketinin neden hala beş yıllık grup muafiyetinden yararlanabileceği ve 18.09.2010 yılına kadar bayinin rekabet etmeme yükümlülüğünün, özellikle de dağıtım şirketinin lehine kurulmuş intifa hakkının varlığını sürdüreceği anlaşılmamaktadır. Tebliğ 18.09.2005 tarihine kadar rekabet etmeme yükümlülüğünün Tebliğe uygun hale getirilmesini istediği halde, bunu yapmadığı gibi bayi ile arasındaki işletme sözleşmesini, yine tapuya tescil edilmiş intifa hakkına güvenerek fesheden dağıtım şirketinin korunmasını ve muafiyetten yararlandırılmasını gerektiren hukuki bir dayanak bulunmamaktadır.

18.09.2005 tarihinden önce yapılmış olan sözleşmeler, şayet beş yıldan daha az süreli bir rekabet etmeme yükümlülüğü getiriyorsa, hukuka ve ahlaka uygun bir durum söz konusudur. İntifa hakkının terkini için bu sürenin bitmesinin beklenmesi gerekir.

2003/3 sayılı Tebliğ'in ardından 25.12.2003 tarih ve 03-83/1009-M sayılı Kurul kararı ile "2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Uygulama Kılavuzu"nda değişiklik yapılmasına ilişkin verilen kararda söz konusu Kılavuz'a su ifadeler eklenmiştir: **"2003/3 sayılı Tebliğin geçici maddesi ile yeni tebliğdeki düzenlemeler için teşebbüslere bir geçiş süreci öngörülmüştür. Buna göre; 2003/3 sayılı Tebliğin yürürlüğe giriş tarihi olan 18.09.2003 tarihinden önce yapılmış olan ve bu tebliğin 1 inci maddesine aykırı olan anlaşmaların 2002/2 sayılı Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden yararlanabilmeleri için 18.09.2003 tarihinden itibaren anlaşmalarda yer alan rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin iki yıl içinde 2003/3 sayılı Tebliğ'in 1 inci maddesi ile getirilen değişikliğe uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Tebliğde ayrıca, bu süre içinde anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde öngörülen yasaklamanın uygulanmayacağı hususu da yer almaktadır. Bir başka deyişle, 18.09.2005 tarihine kadar uyumlaştırılması gereken husus anlaşmaların tamamı değil, anlaşmalardaki rekabet yasağına ilişkin hükümlerdir. Dolayısıyla, Kanun'un 4 üncü maddesinin uygulanmasından muaf olan da anlaşmanın tamamı değil, sadece rekabet yasağına ilişkin olan kısımdır. Anlaşmaların kalan hükümlerinin ne zamana kadar uyumlaştırılacağı 2002/2 sayılı Tebliğ'de ayrıca düzenlenmiştir."**

Rekabet Kurulu 30.10.2008 tarihli Akdağ-Total kararında bu hususta "Şikayetin yapıldığı dönem 2003/3 sayılı Tebliğ ile belirlenen geçiş dönemi içinde olması nedeniyle, 2003/3 sayılı Tebliğ'in geçici maddesinde yer alan geçiş dönemi boyunca Kanun'un 4. maddesinin uygulanmayacağı hükmünden

hareketle, TOTAL ve AKDAĞ arasındaki sözleşmede yer alan rekabet etmeme yükümlülüğünün ya da dolaylı olarak bu sonucu doğuracak olan intifa hakkı ya da benzer sınırlamaların Kanun'un 4. maddesi kapsamındaki yasaklama hükmünün uygulanmayacağı öngörülmektedir. Bu nedenledir ki, rekabet hukuku bakımından fesih işleminin yapıldığı dönemde söz konusu anlaşmaların Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ancak 2003/3 sayılı Tebliğ'in Geçici maddesi uyarınca anılan anlaşmaların 4. maddedeki yasaklama hükmünün uygulanmasından muaf tutulduğu anlaşılmaktadır" yönünde hüküm kurmuştur.

Bu kararın isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Tebliğin geçici maddesinin öngördüğü geçiş dönemi ve bu süre içerisinde Kanunun 4. maddesinin uygulanmayacağına dair hüküm Tebliğden önce akdedilmiş, halen de varlığını sürdüren sözleşmeler bakımından söz konusudur. Oysa bu sözleşmeye dayanarak kurulmuş intifa hakkının hukuki durumu ne olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, sözleşme daha önceden feshedildiği için, sözü edilen Tebliğlere uyumlaştırılması söz konusu olmaz. Bu durumda, özellikle 2003/3 sayılı Tebliğ ile tanınan 2002/2 tebliğinin 5/b. İlk paragraf hükmüne göre, "anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük" grup muafiyetinden yararlanamaz. Bu hüküm, alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin olmakla birlikte, söz konusu yükümlülüğün anlaşma sona erdikten sonraki döneme ilişkin olarak getirilmesi ihtimalini kapsamaktadır.

Taraflar arasındaki akaryakıt bayilik sözleşmesinin her ne surette olursa olsun, sona ermesini müteakip, rekabet etme ihtimalini ortadan kaldıran intifa hakkı yolsuz hale geldiğini söylemek mümkündür. Bu durumda rahatlıkla intifa hakkının terkinin istenebilecektir.

SONUÇ

Konu birçok defa Rekabet Kurulunun önüne gelmesine karşılık, intifa hakkı tesisine ilişkin sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi, ihtilafın özel hukuk ihtilafı olduğundan bahisle, taleplerin reddedildiği, Danıştay'ın da bazı kararlarında bu yönde değerlendirme yaptığı görülmektedir. Ancak, Rekabet Kurulunun Total ile Akdağ arasındaki ihtilafı verdiği kararın Danıştay tarafından iptal edilmesinden sonra, Kurul da Danıştay gibi, gerek bayilik sözleşmesi gerekse intifa hakkı tesisine ilişkin sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, tebliğe aykırı olarak 5 yıllık grup muafiyeti süresini aşan intifa hakkı tesisine ilişkin sözleşmenin 5 yılı aşan kısmı itibariyle geçersiz olduğu yönünde karar vermiştir.

Danıştay'ın son tutumu ve Rekabet Kurulunun Total Akdağ kararı son derece isabetli olmuştur. Çünkü, bir ihtilafın çözümünde doğru bir sonuca varabilmek için, olaya uygulanması gereken hükmün yorumu ile ilgili kurallara da bakmak gerekir. Çünkü bir hukukî işlemin yorumlanmasında her şeyden önce yorum kurallarına uygun davranmak gerekir. Gerçekten de, bir hukukî işlem yorumlanırken, onun sadece bir hükmü veya cümlesi tek başına ele alınıp yorumlanmaz. Tam aksine, işlem bir bütün olarak ele alınır, hükümler arasındaki irtibata ve söz konusu işlemin tüm olarak amacı dikkate alınarak bir yorum yapılır. Buna doktrinde tümsel yorum kuralı adı verilir. O halde, dava konusu olayda da taraflar arasında imzalanan intifa tesisine ilişkin sözleşme ve Akaryakıt Bayilik Sözleşmesinde yer alan hükümler bir bütün olarak ele alınmalı ve tümsel yorum kuralına göre yorumlanmalıdır.

Bu doğrultuda, intifa tescilinin hukuki sebebini oluşturan intifa hakkı sözleşmesinin 4054 sayılı Kanuna aykırılığı ise veya bu kanunun kurallarını dolanmak için yapıldığı tespit edilebiliyorsa, intifa hakkı maddi anlamda geçersiz olur, tapu sicilindeki kayıt yolsuz tescil teşkil eder ve bu yolsuz tescilin düzeltilmesi Medeni Kanununun 1025. maddesi çerçevesinde istenebilir.

Oturum Başkanı- Her iki konuşmacıya da teşekkür ediyorum. Aslında bu son derece tartışmalı bir konu. Benim de şu anda aslında birçok şey söylemem gerekiyor ama zaman baskısı nedeniyle onu daha sonraya bırakıyorum ve ikinci konuşmacıya, ikinci tebliğe geçmek istiyorum.

İkinci tebliğçimiz, Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Doçent Doktor Metin Topçuoğlu. Metin Hocamızın tebliğinin konusu; Rekabet Kurulunun telekomünikasyon sektörüne ilişkin kararı vesilesiyle, açık ihlal, muafiyet sistemi, Kanunun 6'ncı maddesi, Kurulun yetkileri" gibi birçok konuya temas ediyor.

**KARAR İNCELEMESİ MUAFİYET SİSTEMİ ve
HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI,
REKABET KURULU KARARLARININ
ZARAR GÖRENLERE ETKİSİ,
REKABET KURULU'NUN YETKİLERİ**

Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU*

A. İNCELEME KONUSU KARAR

Marka imajında etkili olması sebebiyle son dönemde çok sayıda firma katıl kazan türü kampanyalar düzenlemektedir. Bilindiği gibi firmaların satış faaliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturan katıl kazan kampanyaları GSM operatörleri aracılığı ile yürütülebilmektedir. Ürünü alan tüketiciler, ürünün içinden çıkan şifreyi ve irtibat bilgilerini anlaşmalı GSM operatörüne kısa mesaj (KMS) olarak göndermekte ve kampanya sonunda yapılan çekilişle kazanan talihliye ödül veya GSM operatöründen hediye kontör/dakika verilmektedir.

İlgili piyasada hâkim durumda bulunan bir GSM operatörü, bağlantılı çalıştığı reklâm ajansları yoluyla katıl kazan kampanyaları ile yürüteceği hizmeti tek elden satın alma şartına bağlamıştır. Katıl kazan kampanyasında hizmet satın almak isteyen firmaların, münhasır çalışma şartı öngören ve ilgili piyasada %60 paya sahip bir GSM operatörüne rağmen başarılı bir kampanya yürütmeleri zordur. Münhasırlık şartı gereği firmaların sadece hâkim GSM operatörü ile çalışmak zorunda kaldıkları dolayısıyla rakip GSM operatörlerine piyasanın kapatıldığı iddia edilmiştir.

“... (Y)apılan inceleme ve değerlendirmeler ışığında;

(1) Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile bahse konu anlaşmalarında yer aldığı katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak taraflarca imzalanmış olan anlaşmaların grup muafiyeti kapsamında olduğuna karar verildiğinin anlaşıldığı;

Söz konusu anlaşmaların, Kurul kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kaldığı; ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu,

Bu kapsamda Dikey Anlaşmalara ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2007/2 sayılı Tebliğ ile 2. maddesinde öngörülen kapsam dışında kalan anlaşmaların, bu Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği, Bu süre içerisinde anılan anlaşmalara 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde öngörülen yasaklamalar uygulanamayacağından, bu madde kapsamında işlem yapılamayacağı,

(2) Turkcell'in mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli altyapı hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu, mobil pazarlama firmaları ile aralarında yapmış olduğu anlaşmalarda yer verdiği münhasırlık şartı ile mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle kötüye kullandığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılması gerektiği,

Ancak, soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerinde ağır bir yük getirdiği göz önünde bulundurulduğunda, tarafların soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanunun 9/3. maddesi hükmü uyarınca gönderilebilecek Kurul Görüşü'ne uymayı taahhüt etmeleri durumunda, taraflar hakkında ayrıca soruşturma açılmasına gerek olmayacağı ifade edilmiştir.

....

(Ş)ikâyet konusunu, Turkcell'in mobil pazarlama firmaları ile aralarında imzaladığı anlaşmalarda münhasırlık şartının bulunması ve dolayısıyla diğer GSM operatörlerinin mobil pazarlama firmalarına yönelik olarak altyapı hizmeti verememeleri oluşturmaktadır. Turkcell, mobil pazarlama şirketleriyle münhasıran çalışma gerekçesini, bu hizmetlerin mevzuata uygun bir şekilde sunulmasından, Telekomünikasyon Kurumu ve aboneler nezdinde, tek basına kendisinin sorumlu olması olarak açıklamaktadır.

... Turkcell'in yukarıda ifade edilen gerekçesi birçok yönden diğer katma değerli hizmetlere ilişkin uygulamalarıyla tutarlı bulunmamakta ve öne sürülen bu gerekçenin münhasır çalışma gerekliliği ile bağı kurulamamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sözleşmenin münhasır çalışma yükümlülüğü getiren "Gizlilik" başlıklı 10. maddesinde kuruluşlara ayrıca, sözleşmenin ifası dolayısıyla elde edilen tüm bilgileri üçüncü kişilere vermeme, çoğaltmama, açıklamama, koruma, aksi takdirde doğacak zarardan tazminat

verme yükümlülüğü getirilmektedir. Hâlihazırda “gizlilik” konusunda açık bir şekilde düzenlenen bir hüküm varken, rakip firmaların ilgili pazarda Turkcell’in çalıştığı firmalarla çalışmasını engellemeye yönelik açık bir hüküm olan münhasırlık şartının, bu amaca hizmet ettiğini iddia etmek inandırıcı gelmemektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere hâlihazırda düzenlenen anlaşmalarda firma yükümlülükleri/sorumlulukları ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Bu hükümlere uymayan bir teşebbüsün bir yandan tazminat yükümlülüğü altında bulunması diğer yandan pazar payı düşünüldüğünde, Turkcell gibi önemli bir şirket ile bir daha çalışamama gibi riski bulunması nedeniyle sözleşmede geçen gizlilik hükümlerinin aksine bir uygulama gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı anlaşılmaktadır. Diğer yandan mobil pazarlama şirketleri ile oluşturulan iş modeline benzer bir şekilde diğer katma değerli hizmet sunucusu firmalarla Turkcell’in münhasır olarak çalışmadığı teşebbüsün kendi ifadelerinden de anlaşılmaktadır.

....

Turkcell’in abone bazında %58, gelirler bazında %72’lik pazar payı ve pazar gücü analizine ilişkin, dosyada yer verilen diğer hususlar göz önünde bulundurulduğunda, münhasırlık sözleşmeleri ile pazarın tamamının diğer GSM operatörleri için kapanma riski söz konusudur. Söyle ki, Turkcell ile çalışamayan bir mobil pazarlama şirketinin, markaların amaç ve talepleri göz önünde bulundurulduğunda, pazarda faaliyet gösterebilmesi daha önce açıklanan nedenlerle neredeyse olanaksızdır.

...

Veriler incelendiğinde mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli olan altyapı hizmetleri pazarında Turkcell dışındaki operatörlerin pazar payı toplamının yok denecek kadar az olduğu, Turkcell’in neredeyse tekel konumunda bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

.... Firmalardan gelen görüşler ışığında, Turkcell’le mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalar arasında imzalanan ve münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde *alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğu* anlaşılmaktadır.

....

4054 sayılı Kanun’un 5. maddenin (c) bendi hükmüne göre, muafiyet kapsamında değerlendirilmesi istenen anlaşma, uyumlu eylem veya kararın neden olduğu rekabet sınırlaması, ilgili pazarda rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırmamalıdır. Eğer işlem sonucunda taraflar pazar gücü elde ediyorlarsa, bu

işlemin rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı söylenebilir. Ayrıca işleme ilgili tarafların pazar payları yüksekse işlem sonucunda ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin sınırlanması ihtimali de büyük olmaktadır. Yapılan inceleme ve değerlendirmeler neticesinde Turkcell'in ilgili ürün pazarındaki pazar payı da göz önünde bulundurularak, bu teşebbüsün mobil pazarlama firmaları ile yapmış olduğu anlaşmalarda yer verdiği münhasırlık şartının, ilgili piyasanın önemli bölümünde rekabetin ortadan kalkması sonucunu doğurabileceği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesinde yer alan %40'lık eşik sebebiyle Tebliğ kapsamı dışına çıkan anlaşmaların, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendi kapsamında bireysel muafiyetten de yararlanamayacağı kanaatine ulaşılmıştır. ...

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik olarak taraflarca imzalanmış olan anlaşmaların Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile grup muafiyeti kapsamında olduğu anlaşılacakla birlikte, Turkcell'in pazar payı göz önüne alındığında, söz konusu anlaşmaların, Kurul'un kararından sonra yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kaldığına; ayrıca yapılan değerlendirmeler sonucunda mobil pazarlama hizmetleri pazarında faaliyet gösteren firmalarla yapılan anlaşmalarda yer alan münhasırlık şartının, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddenin (c) bendi kapsamında ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunması nedeniyle bireysel muafiyetten yararlanamayacağına, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğuna,
2. Bu çerçevede, 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 2. maddesi uyarınca Tebliğ kapsamı dışında kalan anlaşmaların, derhal 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen şartlara uygunluğunun sağlanmasının gerektiği hususunda teşebbüse görüş yazısı gönderilmesine ... karar verilmiştir"¹.

¹ RKK, No: 07-92/1191-461.

B. KARARIN ÖZETİ

GSM şebekeleri, başta haberleşme olmak üzere reklam, eğlence, bilgilendirme ve hatta uzaktan erişim hizmetleri aracı olarak yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Reklam ve tanıtım faaliyetlerinin yaygın olarak yürütüldüğü görsel ve işitsel yayın araçları dışında mobil pazarlama hizmetlerine² (katıl kazan kampanyaları) kadar genişlemesi, GSM operatörlerine ayrıca önem kazandırmıştır. Teşebbüsler, satış faaliyetleri üzerinde etkili olabilecek reklam ve tanıtım gibi hizmetlerini doğrudan GSM operatörleri veya mobil pazarlama firmaları aracılığı ile de yürütebilmektedir.

Mobil pazarlama firmaları, GSM şebekeleri üzerinden, teşebbüslerin ürün veya hizmetlerinin, marka vb. değerlerinin reklâm veya tanıtımını yürüten teşebbüslerdir. Kampanya hizmetlerini üstlenen mobil pazarlama firmaları, GSM operatörlerinden yararlanmaktadır. Kampanya sonunda talihlilere ödül veya GSM operatöründen hediye kontör/dakika verilmektedir.

İlgili piyasada hâkim durumda bulunan GSM operatörü, kendi şebekesini kullanmak isteyen mobil pazarlama firmalarına münhasır çalışma şartı öngörmektedir. Mobil pazarlama firmalarının, münhasır çalışma şartı öngören ve ilgili piyasada %60 paya sahip sözkonusu GSM operatörüne rağmen başarılı bir kampanya yürütebilmeleri imkânsızdır. Münhasırlık şartı gereği mobil pazarlama firmalarının sadece hâkim GSM operatörü ile çalışmak zorunda kaldıkları dolayısıyla rakip GSM operatörlerine piyasanın kapatıldığı iddia edilmiştir.

Kurul kararında olay RK m. 4 ve 6 ilkeleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmiştir:

1) Rekabet Kurulu 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 sayılı kararı ile katma değerli hizmet³ sunumuna yönelik anlaşmaların bir alt grubunu oluşturan mobil pazarlama hizmet anlaşmalarının grup muafiyeti kapsamında olduğuna

² “Mobil pazarlama hizmetleri, firmaların, marka/ürün tanıtımlarını yapmak, marka/ürün hakkında bilgi vermek, satışlarını artırmak, tüketicilerin marka/ürün üzerindeki tutumları üzerinde etkili olmak vb. amaçlarla mobil telefonları üzerinden son kullanıcılara ulaşmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir pazarlama çeşididir” (RKK, No: 07-92/1191-461).

³ Katma değerli hizmet, “(a)boneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetlerini ... ifade eder” [Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği (RG, 26.08.2004, 25565), m. 4/r].

karar vermiştir⁴. Ancak, Turkcell'in pazar payı %40'ı aştığından taraflar arasındaki münhasır kayıtları konu edinen anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışındadır (2002/2 sayılı Teb. m. 2)⁵. Ayrıca pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu için münhasır çalışma zorunluluğu öngören kayıtların bireysel muafiyet şartlarından yararlanması mümkün olmayacaktır. Ne var ki anılan anlaşmalar hakkında bir yıllık geçiş süresi sebebiyle RK m. 4 çerçevesinde işlem yapılması mümkün olmayacaktır.

2) Turkcell'in ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunmasına karşın soruşturma açılması, usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerine ağır bir yük getirecektir. Bu sebeple, soruşturma açmadan önce Kanunun 9/3. maddesi hükmü uyarınca Kurul Görüşü gönderilmesi, Turkcell'in Kurul Görüşüne uymayı taahhüt etmesi durumunda soruşturma açılmasına gerek kalmayacaktır.

C. DEĞERLENDİRME

I. HUKUKİ SORUN

Yukarıda ayrıntılarına işaret ettiğimiz Kurul kararı incelendiğinde tartışılması gereken temel sorunlardan ilki bireysel muafiyet – grup muafiyeti ilişkisidir. Ayrıca muafiyet sisteminin hâkim durumdaki bir teşebbüsün taraf olduğu işbirliği ilişkilerine etkisi olayın arz ettiği özellikleri dolayısıyla önem taşımaktadır.

İkinci sorun, Kurul'un rekabet ihlallerine ilişkin yetkilerinin sınıridir. RK m. 9, Kurul'un, Kanunun yasaklayıcı hükümlerinin (4, 6 ve 7) ihlal edildiğini tespit ettiği hallerde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir karar alması gereğine işaret etmektedir. Kurul'un alacağı kararın

⁴ "... (İ)lgili ürün pazarlarından birinin, hem ürünlerin nitelik olarak farklılaşması hem de arz ikamesinin sınırlı olması nedeniyle katma değerli hizmetler pazarının bir alt pazarı olarak "*mobil pazarlama hizmetleri*" olduğuna kanaat getirilmiştir. ... Dosya konusu şikâyet kapsamında incelenen ve yukarıda ayrıntılarına yer verilen sözleşme ile Rekabet Kurulu'nun 10.2.2005 tarih ve 05-10/86-33 kararı çerçevesinde incelenen sözleşmenin temelde aynı hükümleri içerdiği anlaşılmaktadır" (RKK, No: 07-92/1191-461).

⁵ "Bu Tebliğ ile sağlanan muafiyet, sağlayıcının dikey anlaşma konusu mal veya hizmetleri sağladığı ilgili pazardaki pazar payının %40'ı aşmaması durumunda uygulanır. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren dikey anlaşmalarda muafiyet, alıcının dikey anlaşma konusu malları ve hizmetleri aldığı ilgili pazardaki payının %40'ı aşmaması koşuluyla uygulanır" [2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 2 (RG, 14.07.2002; S. 24815)].

soruşturmayı sona erdiren bir karar mı yoksa açılacak soruşturmanın sona erdirilmesine kadar geçecek sürede, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunmasına hizmet edecek bir karar mı olması gerektiği açık değildir. Ne yazık ki RK m. 9'un gerekçesinde de konuyu açıklığa kavuşturabilecek bir açıklamaya yer verilmemiştir⁶.

Nihayet incelenecek son sorun, rekabet ihlallerinin Kurul tarafından tespiti ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasıdır. Kurul'un rekabet ihlallerini tespit kararının, ihlalden özellikle zarar gören kimselerin menfaatlerinin korunması açısından önem taşıdığı açıktır. Rekabeti kısıtlayıcı davranışlardan zarar gören kimselerin tazminat talepleri için hukuka aykırı davranışları ispat yükümlülüğü bulunduğundan, Kurul'un, ihlal durumunu tespit etmesi, ilgilileri bu yükümlülükten kurtaracaktır.

II. AÇIK İHLAL

Yegâne amacı rekabeti kısıtlamak olan fiil ve işlemler açık ihlaldir. Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı ya da hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek fiil ve davranışların hedefi rekabeti bertaraf etmek ise sözkonusu fiil ve davranışların açık ihlal niteliği taşıdığından kuşku duymamak gerekir. Bu tür ihlallerin ilk bakışta anlaşılması⁷ ile ayrıntılı değerlendirmeler sonucunda ortaya çıkarılabilmeleri arasında bir fark yoktur. Bu anlamda rekabet ihlalinin varlığının herkes tarafından anlaşılabilmesi ile ancak işin uzmanları tarafından ortaya çıkartılabilecek ayrıntıya sahip olması bakımından da bir fark gözetilemez. İster gizli ister açık olsun, tarafların rekabeti bertaraf etme amacı ve hedefi üzerinde yoğunlaştıkları fiil ve davranışlar açık ihlal olarak değerlendirilmelidir.

RK m. 4/2 ve 6/2'de örnek kabilinden işaret edilen yasak faaliyetler (sabit fiyat uygulamaları, piyasa paylaşımı, piyasaya girişlerin engellenmesi, ayırımçı davranışlar, bojkot vs.) "açık ihlal" olarak kabul edilebilir. Bu konuda temel alınması gereken ölçü, tarafların icra ettikleri yasak faaliyete ilişkin

⁶ "Maddede Kurulun bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tesbit etmesi halinde ihlale son verebilmek için nasıl hareket edeceği düzenlenmekte ve nihai karara kadar ciddi ve telafisi imkânsız zararların ortaya çıkacağına dair kuvvetli emarelerin varlığı halinde geçici tedbirler alabileceği belirtilmektedir".

⁷ "Kanun'un 16'ncı maddesinin son fıkrasında geçen açık ihlal kavramı(nın) fiyat anlaşmaları, pazar paylaşımları, piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin bojkot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkarılması gibi ilk bakışta rekabet ihlali olarak nitelendirilebilecek türden ihlaller şeklinde anlaşılması gerek(ir)." (RKK, No: 99-13/99-40).

“amacı” ve “kastı”dır⁸. Tarafların rekabeti kısıtlama arzusu ve hedefleri dolayısıyla açık ihlallerin, aynı zamanda per se rekabet ihlali oluşturduğundan kuşku duymamak gerekir⁹. Fakat “açık ihlal” hali, RK m. 4’teki ihlalleri konu edinen “per se” yaklaşımından daha geniştir.

İnceleme konumuz olan Kurul kararında Turkcell’in öngördüğü münhasır çalışma kaydını haklı kılacak bir gerekçenin bulunmadığı, bilakis anılan GSM operatörünün, ilgili piyasaya rakip GSM operatörlerinin girmesini engelleme amacına yöneldiği anlaşılmaktadır¹⁰. Bu durumda açık ihlal kapsamına giren Turkcell’in şart koştuğu münhasır çalışma kaydının, grup muafiyetinden ve bireysel muafiyetten yararlandırılabilmesi mümkün olmayacaktır.

III) BİREYSEL MUAFİYET–GRUP MUAFİYETİ İLİŞKİSİ

1) Bireysel Muafiyet

RK m. 5 hükmü, hukuka aykırı kabul edilen işbirliği davranışlarının, aynı Kanununun 4. maddesi uygulamasından hangi hallerde istisna tutulabileceğini göstermektedir. Kanunun muafiyet hükümlerinden yararlanabilmek bakımından rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamaları arasında (teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği kararları) herhangi bir ayırım yapılmamıştır.

Rekabeti kısıtlayan ve muafiyet kapsamına da girmeyen teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları RK m. 56 gereği geçersizdir. Kanunumuz sisteminde bu müeyyidenin uygulanmasını engelleyen diğer bir Rekabet Kurulu tasarrufu menfi tespit kararıdır. RK m. 13 şartları dışında, hakkında menfi tespit kararı alınan bir anlaşma veya kararın geçersizliği ileri sürülemeyecek ve ceza tatbik edilemeyecektir (RK m. 8). Benzer şekilde, muafiyet ve menfi tespit kararı dışında yasak ilkesinin uygulanmasını

⁸ Rekabet Kurulunun yukarıdaki kararının devamında (açık ihlalle ilgili), Kanun’un 16 maddesinin 2. fıkrasının uygulanmamasına “BİAK sözleşmesindeki rekabet ihlalinin ... ancak konunun uzmanlarınca yapılan belli bir inceleme sonucunda anlaşılabilmesi”ni gerekçe göstermesi isabetli olmamıştır. Bu yönde bkz. ASLAN, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, s. 14 vd.

⁹ Bkz. KORAH, V., An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 2000, s. 213. Ayrıca bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 656 vd.

¹⁰ “Hâlihazırda “gizlilik” konusunda açık bir şekilde düzenlenen bir hüküm varken, rakip firmaların ilgili pazarda Turkcell’in çalıştığı firmalarla çalışmasını engellemeye yönelik açık bir hüküm olan münhasırlık şartının, bu amaca hizmet ettiğini iddia etmek inandırıcı gelmemektedir. ... Firmalardan gelen görüşler ışığında, Turkcell’le mobil pazarlama hizmetleri sunan firmalar arasında imzalanan ve münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde *alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğu* anlaşılmaktadır”.

engelleyen diğ er bir imkan da RK m. 4'de henüz yer almayan fakat uygulanmasında herhangi bir engel bulunmayan “de minimis” kuralıdır¹¹. De minimis (hoş görülebilirlik) kuralı, etkisinin küçük olması halinde, rekabeti engelleyen veya bozan ya da kısıtlayan bir anlaşmaya geçersizlik hükmünün uygulanmayacağını yani sözkonusu anlaşmanın müsamaha ile karşılanabileceğini ifade eder¹².

Bireysel muafiyet, RK m. 5 şartlarını taşıyan bir anlaşmanın veya teşebbüs birliği kararının, tarafların talebi üzerine Kurul kararı ile ya da kendiliğinden RK m. 4'ün uygulama alanından çıkmasıdır. Kurul'un kendiliğinden veya talep üzerine verdiği bireysel muafiyet kararı kurucu ve yenilik doğurucu bir karardır.

RK m. 5, muafiyet için ikisi olumlu, ikisi olumsuz dört şart aramaktadır:

- (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.

RK m. 5'deki şartları taşıyan teşebbüsler arası işbirliği davranışları kendiliğinden muafiyet hükmünden yararlanır. Rekabeti kısıtlayan işbirliği uygulamalarına muafiyet tanımaya yetkili tek organ, Rekabet Kurulu'dur (RK m. 5/1, m. 27/b). Böylece taraflar, aslında hukuka aykırı olan işbirliği anlaşmalarına yönelik, muafiyet süresi içinde, Kanunun 4. maddesiyle ilgili herhangi bir takibata uğramayacaklardır.

¹¹ Kanunda değişiklik öngören 31.7.2008 tarihli “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nda (Tasarı) bu konu şu şekilde düzenlenmiştir: “Kurul, pazar payı ve ciro gibi ölçütleri önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir” (31.7.2008 tarihli Tasarı m. 1). Tasarı Başbakanlık web sitesinden incelenebilir

(<http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-1605.doc>).

¹² Bkz. İNAN, N.; PİK ER, M. B., Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007, s. 22.

2) Grup Muafiyeti

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki anlaşma veya kararların muafiyet imkanından yararlanabilmesi için Kanunun 5. maddesindeki şartların tamamının gerçekleşmesi zorunludur. Gerek bireysel gerekse grup muafiyetleri için somut olayda bu şartların birlikte aranması şarttır. Bu şartlar, genel olarak, bireysel muafiyet başlığı altında incelenmekle birlikte sözkonusu şartların grup muafiyetleri açısından da gerekli olduğundan kuşku duymamak gerekir. Bu durum Kanunda, Kurul'un "birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler" (RK m. 5/3) çıkarabileceği şeklinde ifade edilmiştir¹³.

Grup muafiyetleri tebliğleri, Kurul'u bireysel muafiyet usulünün yükünden kurtarır. Bu sistem aynı zamanda teşebbüsleri de aralarındaki grup muafiyeti kapsamına giren veya tebliğ şartlarına uygun hale getirilen rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamaları için bireysel muafiyet elde etme külfetinden kurtarır. Tebliğ kapsamına giren somut bir anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi, sözkonusu anlaşmanın tebliğde öngörülen şartlara uygun olmasına bağlıdır.

Bireysel muafiyet talebinde Kurul, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini her somut olayda ayrı ayrı inceleyerek bir sonuca varacakken grup muafiyetlerinde, genele ilişkin şartları göz önünde bulundurarak, soyut bir düzenlemede bulunmaktadır. Böylece Kurul, belirli konulardaki anlaşmaların, birtakım şartlar altında, Kanunun 5. maddesi kapsamına girdiğini kabul etmiş olmaktadır.

Bireysel muafiyette, muafiyet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olay için ayrı ayrı araştırılacaktır. Bireysel muafiyet kararı anlaşmaya taraf teşebbüslerle veya somut olayla sınırlı bir etki alanına sahiptir. Hâlbuki

¹³ Rekabet Kurulu bu güne kadar yedi adet grup muafiyeti tebliği yayınlamıştır. Bunlar (1) 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyeti Tebliği, (2) 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, (3) 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlilik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, (4) 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği, (5) 2003/2 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, (6) 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, (7) 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği. Her bir grup muafiyeti tebliğinde; muafiyet kapsamına giren yükümlülükler, muafiyet dışında kalan koşullar ve muafiyetin geri alınacağı haller ayrıntılı bir şekilde ve ayrı ayrı düzenlenmiştir.

grup muafiyetinde, her somut olay için değil; belirli türdeki rekabeti sınırlayıcı işbirliği halleri için soyut bir düzenlemeyle (tebliğ), RK m. 4 uygulamasından istisna tutma yoluna gidilmiştir.

Kurul'dan muafiyet talebinde bulunan teşebbüsler, muafiyet hükmündeki şartların gerçekleştiğini göstermek zorundadır. Kurul, tarafların başvuru şartlarıyla bağlı değildir ve gerekli gördüğü her türlü bilgiyi teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden isteyebilir, yerinde incelemelerde bulunabilir (RK m. 14, 15). Muafiyet kararı, belirli bir süreyle sınırlandırılabilmesi gibi, belirli şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydına bağlanabilir, hatta geri de alınabilir (RK m. 5/2, 13).

IV) MUAFİYET SİSTEMİNİN HÂKİM DURUMDAKİ BİR TEŞEBBÜSÜN TARAF OLDUĞU İLİŞKİLERİNE ETKİSİ

1) Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Kanun, hâkim durumu “(b)elirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” şeklinde tanımlamaktadır. Hiç şüphesiz, bir teşebbüsün hâkim durumda olması tek başına bir yasaklama sebebi olarak kabul edilemez. Ekonomik gücünü kötüye kullanmadıkça, hâkim durumdaki teşebbüsün, taraf olduğu hukuki işlem veya uygulamalar, şartları çerçevesinde bireysel muafiyetten ya da grup muafiyetinden yararlanır.

Kanun'un 6. maddesinde “kötüye kullanma” kriteri belirlenmemiş, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek haller, tahdidi olmayan biçimde örnek olarak gösterilmiştir. Kanunun işaret ettiği örnekler dikkate alındığında, hâkim durumun, genel olarak, şu üç şekilde kötüye kullanıldığı anlaşılmaktadır: Ayrımcılık, müşterileri sömürmek ve piyasayı kontrol altında tutarak potansiyel girişleri önlemektir. Bir teşebbüsün, serbest rekabet ortamında; elde edemeyeceği ölçüde menfaat temin edebildiği, kabul ettiremeyeceği şartları dikte edebildiği; ayrımcı davrandığı; teşebbüslerin piyasaya girişlerini engelleyebildiği ya da faaliyetlerini zorlaştırabildiği hallerde ekonomik gücünü kötüye kullandığını kabul etmek gerekir¹⁴.

2) Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Muafiyet Sistemi

Kurul, bireysel muafiyet şartlarının “tamamının varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir”

¹⁴ Geniş bilgi için bkz. ASLAN, İ. Y., Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 136 vd.

(RK m. 5/1) hükmü gereği, Kanunun öngördüğü bireysel ve grup muafiyet sistemi, sadece RK m. 4 hükmünün yasak alanıyla sınırlandırılmıştır. Bu sebeple, RK m. 6 ve 7 hükümlerini ihlal eden hukuki işlem ve uygulamaların muafiyetten yararlandırılması mümkün olmayacaktır. RK m. 6 ve 7 hükümlerinin uygulama alanına giren sözkonusu hukuka aykırı davranışlara muafiyet kararının herhangi bir etkisi bulunmayacaktır.

RK m. 6 hükmünün öngördüğü yasaklar, behemehal ve doğrudan uygulanabilir olma özelliğine sahiptir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in, "Bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyet, Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemez" (m. 8) şeklindeki hükmü, bu esas ile uyumludur.

3) Hâkim Durumun 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne Etkisi

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ilk halinde herhangi bir pazar payı eşiği öngörmediğinden, dikey anlaşma niteliği taşıyan bütün ilişkilere uygulama imkânına sahip idi. Sonradan yapılan bir değişiklik¹⁵ ile Tebliğin sağladığı muafiyet, sağlayıcının ilgili piyasadaki pazar payının %40'ı aşmadığı dikey anlaşmalarla sınırlandırılmıştır¹⁶. Tebliğ, aynı sınırlamayı sağlayıcının "tek satıcısı" (alıcısı) sıfatıyla faaliyet yürüten teşebbüs hakkında da kabul etmiş, tek satıcının ilgili piyasadaki pazar payının %40'ı aşması durumunda grup muafiyeti yolunu kapatmıştır (2002/2 sayılı Teb. m. 2/2, 3)¹⁷.

¹⁵ 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği (RG- 25.05.2007, 26532).

¹⁶ Pazar payı eşikleri hakkında bkz. TOPÇUOĞLU, M., Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku, BATİDER, C. XXII, S. 1, 2003, s. 144, 145; NAİPOĞLU, S.; GÖÇEN, D. U., "Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi" Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4-5 Nisan 2006, Kayseri, s. 185-215.

¹⁷ Tebliğ, %40'lık pazar payı eşiğinin belirlenmesine ilişkin ilkeleri şu şekilde tespit etmiştir: "Bu Tebliğ'de belirtilen %40'lık pazar payı eşiğinin uygulanmasında aşağıdaki kurallar uygulanır:

- a) Pazar payı bir önceki yılın verisi kullanılarak hesaplanır.
- b) Pazar payı bağlı dağıtıcılara satış amacıyla sağlanan tüm mal ve hizmetleri içerir.
- c) Pazar payı başlangıçta %40'tan fazla olmayıp daha sonra %45'i aşmayacak şekilde eşiğin üzerine çıkarsa muafiyet, pazar payı eşiğinin ilk aşıldığı yılı takip eden sonraki iki yıl boyunca da geçerli olmaya devam eder.
- d) Pazar payı başlangıçta %40'tan fazla olmayıp daha sonra %45'in üzerine çıkarsa muafiyet, pazar payı eşiğinin ilk aşıldığı yılı takip eden yıl boyunca da geçerli olmaya devam eder.
- e) (c) ve (d) bentlerinin sağladığı haklar, sürenin iki takvim yılını aşmasına neden olacak şekilde birleştirilemez" (2002/2 sayılı teb. m. 6/A)".

Kurul kararında, “katma değerli hizmetlerin” grup muafiyeti kapsamında değerlendirildiği, ancak %40’lık pazar payını aştığı için Turkcell’in taraf olduğu dikey anlaşmaların, 2002/2 sayılı Tebliğden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Kurul kararından, Turkcell’in “neredeysel tekel konumunda bulunduğu”, “münhasırlık hükümleri içeren sözleşmelerin piyasa kapama etkisi yaratacak biçimde *alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan sonuçlar doğurduğu* anlaşılmaktadır”. Kararda aynı zamanda, “Turkcell’in ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulun(duğu)” hususuna işaret edilmiştir. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, Kurulun ciddi ve yeterli deliller ile hâkim durumunu kötüye kullandığı hakkında kanaat sahibi olduğu bir teşebbüsü grup muafiyetinden yararlandırması mümkün olmamalıdır. Kurul kararında sorun, katılmadığımız şu şekilde çözülmüştür:

- 1) Katma değerli hizmetlerin sunumuna yönelik anlaşmalar grup muafiyeti kapsamındadır.
- 2) Ancak, Turkcell’in pazar payı %40’ı aştığından taraflar arasındaki münhasır kayıtları konu edinen anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışındadır (2002/2 sayılı Teb. m. 2/2).
- 3) Ne var ki anılan anlaşmalar hakkında bir yıllık geçiş süresi sebebiyle RK m. 4 çerçevesinde işlem yapılması mümkün olmayacaktır (2002/2 sayılı Teb. Geçici m. 2).

Turkcell’in hâkim durumunu kötüye kullanmadığını varsayarsak, Kurul kararının ulaştığı sonuca katılmamak mümkün değildir. Fakat, katma değerli hizmetlerin grup muafiyeti çerçevesinde değerlendirildiği, yine Turkcell’i konu edinen Kurul kararında, hâkim durumun kötüye kullanılmadığı kabul edilmiştir¹⁸. Bu yüzden, şartları birbirinden farklı olduğu anlaşılan iki kararı aynı çerçevede irdelemek sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır.

Kararda, kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde işaret edildiği gibi, Turkcell münhasır kayıtlarla, piyasayı rakip GSM operatörlerine kapatmak istemiştir. Turkcell’in, rekabeti bertaraf etmeye yönelik amacı ve kastı dolayısıyla münhasır kayıtların, “açık ihlal” teşkil ettiğinden tereddüt edilemez. Hâkim

¹⁸ “Turkcell tarafından içerik ve uygulama hizmetleri sağlayan teşebbüsler üzerine getirilen kısıtlamaların, katma değerli hizmetler pazarında rakiplerin alternatif temin kaynakları bulabilmeleri ve bu pazarda gerçekleşen pazar paylarına bakıldığında, operatörlerin genel olarak GSM hizmetleri pazarındaki payları ve şebeke büyüklükleri oranında pay alabilmeleri nedeniyle, 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal edecek şekilde pazarın rakiplere kapatılmasına ya da rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır” (RKK No: 05-10/86-33).

durumunu kötüye kullandığı sabit olan Turkcell'in, 2002/2 sayılı Tebliğin tanıdığı muafiyetten yararlanabilmesi, olayın başından itibaren, mümkün değildir. Bu sebeple Turkcell'in taraf olduğu anlaşmaların, daha önceki bir Kurul kararına atfen Grup muafiyeti kapsamında görülmesini ve bir yıllık geçiş sürecinden yararlandırılarak RK m. 4 hükmünün yaptırımından kurtarılmasını isabetli bulmuyoruz.

4) Hâkim Durumun Bireysel Muafiyete Etkisi

Bireysel muafiyet şartlarını taşımayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararların grup muafiyetinden yararlandırılması muafiyet sisteminin doğasına aykırıdır. Grup muafiyeti tebliğleri ancak, bireysel muafiyet şartlarını, genel olarak gerçekleştirdikleri kabul edilebilecek nitelikteki anlaşmalar için çıkartılabilir (RK m. 5/3).

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün, taraf olduğu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının, şartlarını taşıyorsa, bireysel muafiyetten yararlanabilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak, hâkim durumunu kötüye kullandığı kabul edilen bir teşebbüsün, grup muafiyetinden ve bireysel muafiyetten yararlandırılabilmesi imkânsızdır.

Grup muafiyeti kapsamına girmeyen veya grup muafiyeti şartlarını taşımayan hâkim durumdaki teşebbüslerin taraf olduğu anlaşmalar için bireysel muafiyet talep edilebilmesi mümkündür. Hâkim durumunu kötüye kullanmadığını varsayarsak, %40'lık eşik sebebi ile 2002/2 sayılı Tebliğin sağladığı grup muafiyeti kapsamına girmeyen Turkcell'in, bireysel muafiyetten yararlandırılmasından söz edilebilirdi. Kurul kararında, "Turkcell'in pazar payı %40'ı aştığından taraflar arasındaki münhasır kayıtları konu edinen anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışındadır (2002/2 sayılı Teb. m. 2). Ayrıca pazardaki rekabeti önemli ölçüde ortadan kaldırdığı yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu için münhasır çalışma zorunluluğu öngören kayıtların bireysel muafiyet şartlarından yararlanması mümkün olmayacaktır" denmiştir. Halbuki bu olay, %40'lık pazar payı bir yana, hâkim durumunu kötüye kullanan Turkcell'e RK m. 6 hükmünün doğrudan uygulama imkanını bulduğu tipik bir olaydır.

Bireysel ve grup muafiyetinin temel şartlarını düzenleyen RK m. 5 hükmünün uygulama alanı, RK m. 4 hükmü ile sınırlıdır. Dolayısıyla, taraf teşebbüslerden birinin hâkim durumda bulunduğu ve ekonomik gücün kötüye kullanıldığı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların muafiyet sisteminden yararlandırılması düşünülemez.

V) REKABET KURULU'NUN YETKİLERİ

Rekabeti kısıtlayan bir yasak faaliyetin varlığından Kurul; menfi tespit (RK m. 8) ve muafiyet başvurusu; üçüncü kişilerin ihbarı veya şikâyeti; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın talebi (RK m. 9/1) ya da Kurul'un kendi yetkisine dayanarak yaptığı (resen) piyasa araştırması (RK m. 27/a) sonucu haberdar olacaktır. Kurul'un, genel mahkemelerin tespit kararından farklı olarak, rekabeti kısıtlayan yasak bir davranışın varlığını belirlemesi durumunda, sadece yasak faaliyetin sübutiyetini gösteren fakat icra kabiliyeti bulunmayan bir kararla yetinmesi mümkün değildir. Talep üzerine yahut ihbar ya da şikâyet yoluyla bir ihlalin varlığından haberdar olan Kurul, ileri sürülen iddiaları ciddi ve yeterli bulduğu takdirde, doğrudan soruşturma açılmasına veya soruşturma açılmasının gerekli olup olmadığına yönelik ön araştırma yapılmasına karar verir (RK m. 40/1)¹⁹.

Kurul'un görev ve yetkilerini düzenleyen Kanun öncelikle, “(b)u Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak” görev ve yetkisinden bahsetmiştir (RK m. 27/a). Kurul, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için gerekli olduğu takdirde, yasak faaliyetin durdurulması veya düzeltilmesi, hatta nihai karara kadar ciddi ve telafî olunamayacak zararların ortaya çıkması ihtimalinin bulunması durumunda da ihtiyati tedbir kararı alabilecektir (RK m. 9/4).

“İhlale Son Verme” başlıklı Kanunun 9. maddesi şu hükmü taşımaktadır: “Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.

Meşru bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler şikayette bulunabilir²⁰.

¹⁹ Kurul, kendisine ihbar veya şikâyet yoluyla intikal eden bir rekabet ihlali iddiasını suskun kalmak suretiyle reddedebilir. Ancak açıkça, önaraştırma yapmadan rekabet ihlali bulunmadığı gerekçesi ile reddedemez. Kanun'un açık ifadesinden, Kurula bu konuda takdir yetkisi tanınmadığı anlaşılmaktadır.

²⁰ Aslında maddenin 1. fıkrasında, herhangi bir sınırlamaya yer vermeden, Kurulun şikâyet yoluyla harekete geçirilebileceği kabul edildikten sonra, ayrıca bu hakkın

Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir.

Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir” (RK m. 9).

Kanunun 9. maddesinde düzenlenen hususları şu başlıklar altında toplayabiliriz:

- 1) Kurulun bir rekabet ihlali karşısında kimler tarafından ve nasıl harekete geçireceği (RK m. 9/1),
- 2) Nihai kararı beklemeden, ihlalden önceki durumun korunması ve rekabetin yeniden tesisi için, tedbir niteliğinde, yapılması ya da kaçınılması gereken davranışların bildirilmesi (RK m. 9/1),
- 3) Şikayet hakkının (hak değil menfaat ihlali yeterli) kullanılması (RK m. 9/2),
- 4) Nihai kararı beklemeden, yasak faaliyetleri icra eden tarafların ihlali nasıl sona erdirilebileceklerine yönelik (ihlalden önceki durumun korunması ve rekabetin yeniden tesisi) Kurul’un görüş ve tavsiyeleri (RK m. 9/3),
- 5) Kurul’un ihtiyati tedbirler alma yetkisi (RK m. 9/4).

Anlaşılabileceği üzere, 2 ve 4’te ayrı ayrı bahsedilen haller, nihai karara kadar ihlalin sona erdirilmesi, etkilerinin ortadan kaldırılabilmesi için ilgili teşebbüslere, yapmaları ya da kaçınmaları gereken davranışların Kurul tarafından bildirilmesi ile ilgilidir ve aynı amaca hizmet edecek hükümlerdir.

Görüldüğü gibi Kanunun 9. maddesi aslen rekabet ihlallerinde, ihlalden önceki durumun korunması ve rekabetin yeniden tesisi (eski hale getirme) için Kurul’un alması gereken karar ve tedbirleri düzenlemektedir. “Rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması” esas olmasına rağmen, madde kuşkulara yol açacak bir içerikte kaleme alınmıştır²¹. Maddede işaret edilen

düzenlenmesi hem maddenin akışını bozmuş hem de başvuru haklarına herhangi bir katkı sağlamamıştır.

²¹ AB uygulamasındaki “taahhüt” müessesesinin esas alındığı anlaşılan, fakat ihlalin en kısa zamanda sona erdirilmesi amacıyla yönelik 31.7.2008 tarihli Tasarımın “Taahhüt” başlıklı 44. maddesinin Kanunun 9. maddesi ile bağlantısı göz ardı edilemez: “Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturmada, ilgili teşebbüs veya teşebbüs

dördüncü bölüm (RK m. 40-55), önaraştırma ile başlayıp nihai karar ile tamamlanan süreci düzenlemektedir. Amaç, bu sürecin izlenmesi ve tamamlanması ise rekabeti yeniden tesis etmek ve ihlalden önceki durumu korumak için geç kalınmış olacaktır. Güya maddenin 4. ve 5. fıkraları bu endişeyi dikkate alarak ayrıca Kurul'un nihai karara kadar alması gereken karar ve tedbirden söz etmiştir. Hâlbuki, maddenin üzerinde yoğunlaştığı temel hedef aynı, yani “rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması”dır. Kurul'un soruşturma veya önaraştırma sürecinde bu amaca hizmet edecek en kısa sürede ve en etkili karar ya da tedbirlerle harekete geçmesi esas olmalıdır²².

Kurul'un, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması amacıyla alınması gereken karar veya tedbirleri teşebbüslere bildirmesi, Kurul'u önaraştırma ya da soruşturmada el çektirecek bir süreç olarak görülemez. Zira, Kanun'un “İhlale Son Verme” başlıklı 9. maddesinin içeriğine bakıldığında, hâkim anlayışın “rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması amacıyla alınması gereken karar veya tedbirler” olduğu görülür. Nihayet, Kurul'a başvuru hakkına sahip olanların, eski hale getirme ve ihtiyati tedbir konularının düzenlendiği maddenin; “İhlale Son Verme” başlığını taşıması hem içeriğini yansıtmamakta hem de yanıltıcı nitelik taşımaktadır. Nitekim, Kurul'un sözkonusu maddeye dayanarak vermiş olduğu kararlar da bu endişeyi doğrulamaktadır. Olası kuşkuları bertaraf etmek açısından maddedeki Kurul'a “başvuru hakkına sahip olanlar” ile “ihlalden önceki durumun korunması amacıyla alınması gereken karar ve tedbirler” ayrı ayrı maddelerde düzenlenmelidir.

Şu halde Kurul'un, Kanunun 6. maddesini ihlal ettiği yönünde açık ve yeterli delil bulunan bir teşebbüsü, ihlale son verme yönündeki görüşüne

birliklerinin 4 veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik taahhütler vermeleri ve bu taahhütlerin Kurul tarafından kabul edilmesi durumunda, bu teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmayabilir ya da açılmış olan soruşturmaya son verilebilir.

Kurul, birinci fıkraya göre karar verdikten sonra,

a) Kararın alınmasına esas teşkil eden herhangi bir unsurda değişiklik olması,

b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranışları,

c) Kararın yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanılarak verilmiş olması,

hallerinden birinin varlığı durumunda, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açabilir ya da soruşturmaya kaldığı yerden devam edebilir” (31.7.2008 tarihli Tasarı m. 19).

²² Ayrıca bkz. TOPÇUOĞLU, M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 276, 277; ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 698, 699.

(RK m. 9/3)²³ uyduğu gerekçesiyle soruşturmadan vazgeçmesi isabetli değildir²⁴. Kanun koyucu, Kurul'un 9. madde çerçevesinde almış olduğu karar

²³ Kurul bir kararında Kanun'un 9/3 maddesi hakkında, düşüncelerimizle örtüşen şu açıklamaya yer vermiştir: "Kurul'un 9/3 üncü madde kapsamında bildireceği "yazılı görüş", Kanun'un 51/3 maddesi hükmünde yer alan "tavsiye niteliğindeki kararlar" arasına girmektedir. Başka bir ifadeyle, mezkûr maddede yer alan "yazılı görüş"ün işlevi, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapılan bir "işbirliği çağrısı" ve "tavsiye" niteliğindedir. Bu nedenle, her ne kadar söz konusu maddenin sonunda "bildirir" ifadesi yer alsa da, her olayda Kurul'un 9/3 üncü maddesi kapsamında yazılı görüş bildirmek zorunda olması söz konusu değildir.

4054 sayılı Kanun'un süreli para cezalarına ilişkin 17 nci maddesinin (a) bendinde, "9 uncu maddeye göre verilen ihlale son verilmesine ve diğer tedbirlere ilişkin karara uyulmaması halinde..." ifadeleri yer almaktadır. Bu ifade öngörülen "kararlar" ile 9 uncu maddenin son fıkrasında yer alan "geçici tedbirler" kastedilmekte, 9 uncu maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan "yazılı görüş" ise kapsam dışında bırakılmaktadır. Dolayısıyla, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bildirilen yazılı görüşe uyulmaması durumunda, 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü her hangi bir yaptırım mevcut değildir. Bununla birlikte, Kanun'un 16 ncı maddesi uyarınca verilecek para cezalarında dikkate alınacak unsurlar arasında "kastın varlığı" unsurunun da yer aldığı noktasından hareketle, tarafların kendilerine bildirilen yazılı görüşe uymamaları, "kastın varlığı" şeklinde değerlendirilerek verilecek cezada ağırlaştırıcı sebep olarak kullanılabilir.

9/3 madde uyarınca bildirilen yazılı görüşe uyulması için öngörülmüş her hangi bir süre Kanun'da yer almamaktadır. Ancak bu durum, Kurul'un yazılı görüşünü bildirirken herhangi bir süre öngörmesine engel değildir.

Kurul'un yazılı görüş bildirmesi üzerine ilgili tarafın ya da tarafların ihlali durdurması durumunda, ihlalin sona erdiği tarihe kadar geçen süre için para cezası uygulanması söz konusu olabilecektir ki, bu da konuya ilişkin bir nihai kararın verilmesini gerektirmektedir. Ayrıca, ceza uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda da, görüş yazısı doğrultusunda ihlalin sona erdirildiğinin Kurul tarafından tespit edilerek bir nihai karara bağlanması gerekmektedir" (RKK, 00-35/392-219).

²⁴ Kurulun aynı yöndeki şu kararlarına işaret etmekle yetiniyoruz: "Kanun'un 9. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca hareket edilmesinin, piyasadaki anti-rekabetçi hareketlerin caydırılması ve rekabetin korunması amacının sağlanması bakımından daha etkili olacağı, olası soruşturma sonuçlarından hareketle yukarıda açıklanmıştır. Bu yolla rekabetin korunması amacına daha kısa sürede ulaşılabileceği ve usul ekonomisinin sağlanacağı ise ortadadır. ... (T)eşebbüslerin, 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kendilerine bildirilen görüş doğrultusunda hareket edeceklerine dair taahhütte bulunmaları dolayısıyla, 8.4.2004 tarih, 04-25/271-M sayılı Kurul kararı ile amaçlanan faydanın sağlandığı anlaşıldığından, bu teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına ... karar verilmiştir" (04-36/414-105).

"Söz konusu anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin ekonomik bakımdan küçük olmaları, fiyatlarla ilgili denetim ve yaptırım mekanizmalarının fiilen mümkün olmaması, anlaşmanın piyasada uygulanmamış olması ve dolayısıyla gerçekleştirilmeye çalışılan eylemin pazarda herhangi bir etki doğurmamış olması nedeniyle, bu aşamada soruşturma

veya tedbirlere uyulmamasının yaptırımı olarak süreli para cezası öngörmüş, RK m. 16'da öngörülen idarî para cezasını ise saklı tutmuştur (RK m. 17/1-a). Kanunun yukarıda bahsettiğimiz 27/a maddesi hükmü ile “(b)u Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ... idarî para cezası verilir” (RK m. 16/3) şeklindeki emredici hükümleri bu sonucu zorunlu kılar. Belirtilmelidir ki Kurul'un bu anlayışa uygun aldığı kararlara da rastlamak mümkündür²⁵.

İdari para cezalarına ilişkin genel hükümleri düzenleyen ve konumuz hakkında da geçerli olan Kabahatler Kanunu²⁶ açısından farklı bir değerlendirme yapılamaz. Kabahatler Kanunu, kabahati; “kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” olarak tanımlamıştır (KK m. 2). Kanun “toplum düzenini ve ekonomik düzeni korumak amacıyla” idarî yaptırımların; tür ve sonuçlarını, karar alma sürecini, kanun yolunu, kararların yerine getirilmesine ilişkin esasları belirlemiş ve tanımlamıştır (KK m. 1). Kanunun “kabahat” tanımından anlaşılacağı üzere fiilin karşılığında idarî yaptırım uygulanması şarttır. Bu husus Kanunda sözkonusu fiilleri işleyenlere karşı Cumhuriyet Savcısı (KK m. 23/1) ve mahkemenin (KK m. 24) idarî yaptırım kararı verme yetkisi ile ilgili düzenlemelerinde, takdir yetkisini ortadan kaldıran “verilir” kelimesi ile ifadesi edilmiştir. İdarî yaptırım kararı verme

açılmasına gerek olmadığı, ancak 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, söz konusu eyleme ne şekilde son vereceklerine yönelik olarak anlaşmaya taraf olan teşebbüslere görüş yazısı gönderilmesinin yerinde olacağı kanaatine ulaşılmıştır” (RKK, 04-43/533-130). Bu karara karşı oy gerekçesi yazan üyenin görüşleri dikkate değerdir: “Yasa'da öngörülen rekabeti kısıtlama amacının varlığı kanıtlanmış iken, anlaşmanın piyasada etkilerinin oluşmadığı yolunda soyut ve üstelik yeterli incelemeye dayanmayan bir gerekçe ile Soruşturma açılmasından kaçınılması ve Yasa'nın 9. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak (ki bu fıkra “Kurul'un birinci fıkraya göre bir karar almadan önce, ihlale nasıl son verileceğine ilişkin görüşlerini ilgili teşebbüs(ler)le bildirmesine” olanak sağlamakta ve “bir karar almak yerine” böyle bir bildirimle yetinilmesi hakkını Kurul'a vermemektedir) yalnızca bir görüş bildirilmesiyle ihlalin geçiştirilmesi Yasa'nın vermediği bir yetkinin Kurul'ca kullanılması anlamını taşımaktadır”.

²⁵ “PÜİS ve TABGİS'in 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi anlamında bir teşebbüs birliği kararı sayılan yönlendirici nitelikteki tavsiyelerini geri alarak, ihlale son verilmesine ilişkin görüş yazısına uydukları görülmüştür. Bu nedenle, mezkur teşebbüs birliklerinin 9/3 üncü madde kapsamında gönderilen Rekabet Kurulu görüşüne uygun hareket ederek kararlarını geri almaları, verilecek cezaların takdirinde hafifletici sebep olarak dikkate alınmıştır” (RKK, 00-35/392-219).

²⁶ RG, 31.03.2005, 25772 (mükerrer).

yetkisinin kullanılmasında bu yetkiye sahip olan idarî kurul, makam veya kamu görevlileri (KK m. 22/1) için de aynı sonuç geçerli kabul edilecektir²⁷.

RK m. 9/3 hükmünün Kurul'un soruşturma açma yetkisini sonlandıran, dolayısıyla idarî para cezası uygulanmayan bir yol olarak kullanılması, Kanunu ihlal eden teşebbüsler için emsal uygulaması ve talebini yaygınlaştıracak tehlikeli bir sürece yönelebilir. Yasak faaliyetleri icra eden ve idarî para cezası uygulanması gereken teşebbüsler, Turkcell kararını emsal gösterebilecek²⁸, ihlal teşkil eden davranışlarından vazgeçtiklerini dolayısıyla soruşturma açılmamasını talep edebileceklerdir. Böylelikle Kurul, kendi iradesiyle sınırlandırdığı önemli bir caydırıcı gücünü kullanmakta zorlanacaktır. Ancak bu değerlendirmemizden Kurul'un, her ihlal fiilini, behemehal idarî para cezası ile cezalandırması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Kurul, elbette ihlal fiilinin niteliğine, doğurabileceği sonuçlara, zarar görenlerin durumlarına göre cezalandırıcı, tedip edici ve yönlendirici gücünü, somut olay gerçeğine göre, birlikte veya ayrı ayrı kullanabilecektir.

VI) REKABET KURULU KARARLARININ ZARAR GÖRENLERE ETKİSİ

1) Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu, kararları tıpkı Yargı kararları gibi, bilimsel çalışma ve etkinliklerde tartışma konusu olması bakımından diğer Üst Kurullardan ayrı bir yere sahiptir. Hemen her ülkede rekabet otoritelerinin kararları; yayınladığı

²⁷ Ancak, kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunlardaki açık hükümler dışında kabahate teşebbüs cezalandırılmaz (KK m. 13). Gönüllü vazgeçme konusunda ise Türk Ceza Kanunu hükümleri (TCK m. 36), kabahatlerde de uygulama alanı bulur (KK m. 13). Türk Ceza Kanun'unun ilgili hükmü şu şekildedir: "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" (TCK m. 36).

²⁸ "Turkcell'in mobil pazarlama hizmetlerinin sunumu için gerekli altyapı hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu, mobil pazarlama firmaları ile aralarında yapmış olduğu anlaşmalarda yer verdiği münhasırlık şartı ile mobil pazarlama hizmetleri pazarındaki rekabeti kısıtlamak suretiyle kötüye kullandığı ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği yönünde ciddi ve yeterli deliller bulunduğu, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılması gerektiği, Ancak, soruşturmanın usul ekonomisi bakımından kamu kaynakları üzerinde ağır bir yük getirdiği göz önünde bulundurulduğunda, tarafların soruşturma açılması kararı alınmadan önce Kanun'un 9/3. maddesi hükmü uyarınca gönderilebilecek Kurul Görüşü'ne uymayı taahhüt etmeleri durumunda, taraflar hakkında ayrıca soruşturma açılmasına gerek olmayacağı ifade edilmiştir" (RKK, No: 07-92/1191-461).

tebliğ, kılavuz ve benzeri düzenleyici işlemler, piyasa aktörleri, uygulamacılar ve tüketiciler açısından sözkonusu karar ve işlemlerin emsal kabul edilmesi, öğretici ve yol gösterici olması bakımından önemli bir fonksiyona sahiptir. Bir başka açıdan rekabet otoriteleri, uyguladığı yaptırımlar ile rekabet düzeninin sağlıklı bir şekilde işlemesine katkı sağlar. Diğer ülke uygulamalarına paralel olarak, henüz rekabet kültürünün yerleşmediği Ülkemizde de ayrıntılı incelemelere dayanan Rekabet Kurulu kararları, yol gösterici ve öğretici bir içeriğe sahiptir.

Rekabet Kurulu, ihbar veya şikâyet yoluyla ya da resen bilgi sahibi olduğu rekabet ihlali ile ilgili iddiaları ciddi bulursa doğrudan soruşturma açılmasına yahut soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir (RK m. 40). Önaraştırma yapılmasına karar verilmişse, Önaraştırma raporunun sonucuna göre soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar verilecektir (RK m. 41).

Kurul, soruşturma açılması kararını vermişse soruşturma safhası sonunda hazırlanan rapora göre hareket edilecektir. Kurul'un soruşturmaya başlama kararı kesindir (RK m. 43/3). Soruşturma raporundaki iddia ve savunmalara göre Kurul nihai kararını verir (RK m. 43-48). Fakat Kurul, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaz (RK m. 44/3).

2) İşlevi Bakımından Kurul Kararları

Kurul kararları işlevi bakımından ara kararları ve nihai kararlar olmak üzere iki kısma ayrılabilir. Ara kararları, önaraştırma ve soruşturmaya sona erdirmeyen bilakis, yürüten veya genişleten kararlardır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça ara kararları aleyhine tek başına yargı yoluna gidilemez. Dolayısıyla ara kararları ancak nihai kararlarla birlikte yargı önüne götürülebilir. Bu kuralın istisnası tedbir kararlarıdır. Ara kararı niteliğindeki Kurul kararları şunlardır: Görüş bildirme (RK m. 9/3), ihtiyati tedbir kararı (RK m. 9/4)²⁹, bilgi isteme ya da yerinde inceleme kararı (RK m. 14, 15), önaraştırma veya soruşturma açılması kararı (RK m. 40, 41)³⁰.

Nihai karar, ilgililer hakkında yürütülmesi zorunlu ve kesin olan kararlardır³¹. Kurul'un nihai kararlarına karşı, ilk derece mahkemesi sıfatıyla,

²⁹ Kurulun, tedbir kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabilir (RK m. 55).

³⁰ EĞERCİ, A., Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Ankara 2003, s. 163.

³¹ Geniş bilgi için bkz. BOLATOĞLU, H., Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, Ankara 2004, s. 19; EĞERCİ, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, s. 157 vd.

Danıştay'da iptal davası açılabilir (RK m. 55/1). Nihai karar olarak kabul edilebilecek Kurul kararları ise şu şekilde sıralanabilir: 1) Kurul'un ihbar ya da şikâyet başvurularını açıkça veya zımnen (süresi içinde bildirimde bulunmayarak reddetmiş sayılması) red kararı (RK m. 42/2)³², 2) Kurul'un önaraştırma veya soruşturma talebini red kararı, 3) Soruşturma sonunda ihlalin varlığını veya yokluğunu tespit eden Kurul kararları, 4) Muafiyet ve menfî tespit taleplerinin kabulü veya reddi kararları, 5) Birleşme ve devralma işlemlerine izin verilmesi ya da verilmemesine ilişkin kararlar³³.

RK m. 55/2'ye göre, Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulması, kararların uygulanmasını ve idarî para cezalarının takip ve tahsilini durdurmaz. Buna karşılık Kabahatler Kanunu, Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin *kararın kesinleşmesini* ve sözkonusu cezaların, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil daireleri aracılığı ile tahsil edilmesini öngörmüştür (KK m. 17/4). Kararın kesinleşmesi, Kurul'un idarî para cezası kararına karşı yargı yoluna başvurulmamış olmasını veya yargı yoluna başvurulmuş olsa bile kararın nihai olarak onaylanmasını ifade eder. Şu halde, para cezalarının tahsili için yargı yoluna başvurmayı engel görmeyen RK m. 55/2 ile kararın kesinleşmesini şart koşan KK m. 17/4 hükmünün çatıştığı açıktır. Bu durumda, idarî para cezalarını özel olarak düzenleyen Kabahatler Kanunu m. 17/4 hükmünün RK m. 55/2 hükmünü zımnen yürürlükten kaldırdığı söylenebilecektir.

3) Kurul Kararlarının Zarar Görenlere Etkisi

Kanunumuzda, Kurum ile adli mahkemeler arasındaki ilişkiyi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır³⁴. Rekabet Kurulu, Kanunun uygulanması ve rekabet ihlallerinin önlenmesinde yetkili ve görevli kılınan bir mercidir (RK m. 27). Kanunun uygulanmasıyla ilgili geçersiz anlaşma ve

³² Doğrudan ya da dolaylı menfaati bulunan herkes Kurulun red kararına karşı yargı yoluna başvurabilir.

³³ EĞERCİ, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, s. 162, 163.

³⁴ Kurum ile adli mahkemeler arasındaki ilişki Tasarıda, "Kurumun Birlikçiliği ve Bekletici Mesele" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: "Adli mahkeme, Kanunun ihlal edilip edilmediğinin saptanmasını gerektiren davalarda, ihlalin varlığı için gerçekleşmesi gereken ekonomik olgularla ilgili olarak Kurumun birlikçiliğine başvurabilir. Başkanlık, birlikçi raporunu hazırlamak üzere tarafsızlık esaslarını dikkate alarak yeter sayıda meslek personelini görevlendirir. Davanın konusuna ilişkin olarak Kurum bünyesinde bir inceleme, önaraştırma veya soruşturma yürütülüyor olması durumunda ise, hakim Kurulun nihai kararını bekletici mesele sayabilir" (31.7.2008 tarihli Tasarı m. 27).

kararlara yönelik tazminat taleplerinde ise tek yetkili ve görevli organ genel mahkemelerdir.

Rekabet ihlallerine yönelik tazminat davaları ile karşılaşan mahkemelerin iki şekilde hareket etmesi muhtemeldir: İlk ihtimale göre, rekabet ihlalleri ile ilgili tazminat taleplerinde mahkeme, sözkonusu iddianın dayandığı fiilin veya işlemin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek için Kurul'a bildirir ve Kurul kararına göre tazminat talebini sonuçlandırır. İkinci ihtimale göre, mahkeme rekabet ihlalleri ile ilgili tazminat talebini kendisi inceleyerek sonuçlandırır³⁵. Şüphesiz mahkeme bu ihtimalde, bilirkişi incelemesine veya Kurumun bilirkişiliğine başvurabilecektir. Her iki ihtimalin eleştirilebilecek yönleri vardır³⁶. İlk ihtimal uygulama birliği, yeknesak kararlara ulaşılabilmesi bakımından önemlidir. Ancak Kurul kararından tatmin olmayan veya soruşturma talebi reddedilen kimselere genel mahkemelerden tazminat isteme yolunu da kapatması açısından eleştirilebilir. İşte ikinci ihtimal, bu yolu açık tutması bakımından dikkat çekicidir. Fakat ikinci ihtimalde, Kurul'un reddettiği bir rekabet ihlali iddiasının mahkemeler tarafından kabulü, her iki farklı kararın sıhhati bakımından tartışmaya neden olabilecektir.

Kurul ve mahkemelerin başvurdukları deliller ve delillerin değerlendirilmesi, delillere ulaşma biçimi farklıdır. Bilindiği gibi Kurul, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir (RK m. 14). Ayrıca Kurul, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde arama yapabilir; defter, belge ve her türlü evrakı inceleyebilir, hatta suretlerini alabilir (RK m. 15). Bu anlamda Kurul, serbest delil sistemini; mahkemeler ise kanuni delil sistemini kullanmaktadır. Hukuk mahkemesine delilleri, taraflar getirmekle yükümlüdürler. Hâkim, tarafların bildirmedikleri vakıaları, kendiliğinden inceleyemez ve hatta taraflara hatırlatamaz. Dolayısıyla, delilleri kendiliğinden araştırma yükümlülüğü bulunmayan mahkemenin karar verirken Kurul'un imkânlarıyla kıyaslanmaması gerekir³⁷.

³⁵ Bu konuda bkz. İNAN, N., "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 60 vd.

³⁶ Bkz. SANLI, Kerem Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Rekabet Dergisi, S. 30, Nisan-Haziran 2007, s. 53-64.

³⁷ Geniş bilgi için bkz. YILMAZ E., Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 88 vd; YILMAZ, E., "Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004,

Hâkim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla açılan bir tazminat davasında Yargıtay, ilk ihtimali dikkate almış ve fiilin hukuka aykırılığına ilişkin Kurul kararının varlığını şart koşmuştur³⁸.

Turkcell kararında, sözkonusu teşebbüsün (Turkcell'in) ilgili pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı kabul edilmiş, fakat açılacak soruşturmanın, kamu kaynakları üzerine ağır bir yük getireceği düşüncesi ile bu sonuçtan şartlı olarak vazgeçilmiştir. Soruşturma açmadan önce Kanunun 9/3. maddesi hükmü uyarınca Turkcell'e Kurul Görüşü gönderilmesine, Turkcell'in Kurul Görüşüne uymayı taahhüt etmesi durumunda soruşturma açılmamasına karar verilmiştir.

Turkcell'in hâkim durumunu kötüye kullanmasından zarar gören teşebbüsler pekâlâ tazminat talep edebileceklerdir. Yüksek Mahkeme, tazminat taleplerinde fiilin hukuka aykırılığının Kurul tarafından tespit edilmesi zorunluluğunu aramaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, mağdur teşebbüs, önce Kurul'a başvurmalı, Kurul'a başvurmamışsa bu durum, ön mesele yapılmalıdır.

Kurul, fiilin hukuka aykırı olup olmadığını açacağı soruşturma sonucunda belirleyecektir (RK m. 48- 53). Zannımızca Yüksek Mahkemenin aradığı Kurul kararı da bu anlamda nihai karardır. Turkcell kararında olduğu gibi, fiilin hukuka aykırılığını tespit eden bir nihai karar yoksa zarar görenlerin, ancak Danıştay yolu ile Kurul'un soruşturma açılmasına gerek görmediği kararını iptal ettirmek seçeneğinden başka bir tercihleri olmayacaktır.

Tazminat talebi için, nihai karar aranmayıp, karar içindeki Kurul tespitlerinin, ele geçirilen delillere ilişkin değerlendirmelerin yeterli olduğu kabul edilirse, zarar görenlerin durumu rahatlatılmış olur. Bu durumda Turkcell

Kayseri, s. 69 vd; BUDAK, A. C., "Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat" Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4 Nisan 2003, Kayseri, s.47 vd.

³⁸ "Dava 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 57 inci maddesinde ifadesini bulan hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazminine ilişkindir. Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan Yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekir" (Yargıtay 19. HD, E. 99/3350, K. 99/6364). Yine 19. HD'nin 29.11.2002 tarih ve E.2002/2827, K.2002/7580; 6.11.2006 tarih ve E.2006/2809, K.2006/10346 kararları da aynı yöndedir. Ayrıca bkz. EĞERCİ, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, s. 258 vd; GÜZEL, O., Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 7 Nisan 2006, Kayseri, s. 219-221.

kararında Kurul'un, ciddi ve yeterli bulduğu delillerle ilgili teşebbüsün pazardaki gücünü kötüye kullandığı yönündeki tespiti, aranan şartı yerine getirmiş sayılacaktır.

D. SONUÇ

1) Karardan Turkcell'in; hâkim durumda bulunduğu, ciddi ve yeterli deliller ile sahip olduğu piyasa gücünü kötüye kullandığı anlaşılmaktadır.

2) Hâkim durumunu kötüye kullanan bir teşebbüs, bireysel ve grup muafiyeti sisteminden yararlanamaz. Dolayısıyla, katma değerli hizmetlerin daha önceki bir Kurul kararı ile grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmesi, hâkim gücün istismar edildiği bu olay hakkında da aynı anlayışın sürdürülmesini haklı kılmaz. Zira, yine Turkcell'in taraf olduğu katma değerli hizmetlerin muafiyet kapsamında bulunduğunu kabul eden Kurul kararında, kötüye kullanma halinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır³⁹.

3) Turkcell'in öngördüğü, fakat haklı ve inandırıcı bir gerekçesi bulunmayan münhasır çalışma kaydının, rakip GSM operatörlerine "piyasa kapama etkisi yaratacak" amaca yöneldiği, dolayısıyla açık bir rekabet ihlali oluşturduğu kuşkusuzdur.

4) Kurul'un, bir rekabet ihlaline karşı karar almadan önce, ilgili teşebbüslere ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüş bildirmesi ve teşebbüslerin Kurul görüşüne uygun hareket etmesi ihtimalinde soruşturma açmaması, tereddütlere sebep olmaktadır. Gerçekten, tazminat davaları için Yüksek mahkemenin, Kurul kararını ön mesele sayan içtihadı karşısında, ihlalden zarar görenlerin zor durumda kalması kaçınılmazdır.

5) Kurul görüşüne uygun hareket eden teşebbüslerin, önceki ihlallerinden sorumlu tutulmaması, Kanunun etkinliği ve caydırıcılığını ortadan kaldıracaktır.

³⁹ "Turkcell tarafından içerik ve uygulama hizmetleri sağlayan teşebbüsler üzerine getirilen kısıtlamaların, ... 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edecek şekilde pazarın rakiplere kapatılmasına ya da rakip firmaların faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır" (RKK No: 05-10/86-33).

BİBLİYOGRAFYA

- ASLAN, İ. Y., Rekabet Hukuku, Bursa 2005.
- ASLAN, İ. Y., Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa 2006.
- BOLATOĞLU, H., Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi, Ankara 2004.
- BUDAK, A. C., “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4 Nisan 2003, Kayseri, s. 45-62.
- GÜZEL, O., Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Yargının Rolü; Onbir Yıllık Deneyimin Sonuçları Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 7 Nisan 2006, Kayseri, s. 188-233
- İNAN, N., “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 43-66.
- İNAN, N.; PİKİER, M. B., Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara 2007.
- KORAH, V., An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice, Oxford 2000.
- NAİPOĞLU, S.; GÖÇEN, D. U., “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Kapsamının Belirlenmesinde Pazar Payının Önemi” Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 4-5 Nisan 2006, Kayseri, s. 185-215.
- SANLI, K. C., “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı’nın Özel Hukuk Alanında Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Rekabet Dergisi, S. 30, Nisan-Haziran 2007, s. 3-71.
- TOPÇUOĞLU, M., Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001.
- TOPÇUOĞLU, M., “Franchise Sözleşmesinde Bağlayıcı Kayıtlar ve Rekabet Hukuku”, BATİDER, C. XXII, S. 1, 2003, s. 113-154.
- YILMAZ, E., “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 9 Nisan 2004, Kayseri, s. 67-89.
- YILMAZ E., Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Kasım 1999, s. 79-102.

Oturum Başkanı- Ben de Doçent Doktor Metin Topçuoğlu'na özellikle teşekkür ediyorum. Kendisine tanıdığımız yarım saatlik süreyi yarı yarıya kullandı, sunuşunu 15 dakikada tamamladı ve bize daha fazla tartışma, daha fazla soru-cevap imkânı sağladı; o nedenle de teşekkür ediyorum.

Şimdi soru-cevap kısmına geçeceğiz ama Metin Hocanın kullanmadığı sürenin bir 5 dakikasını ben kendime tahsis ettim. Aslında Metin Hocanın söyledikleriyle de ilgili olarak söyleyeceklerim var ama, intifayı daha önemli bulduğum için, o konularla ilgili birtakım açıklamalar yapma ihtiyacı hissediyorum.

Tebliğin 5'inci maddesindeki "rekabet yasağı" hükmü sadece akaryakıt dağıtım firmaları için değildir, bütün dikey anlaşmalardaki anlaşmalar için geçerlidir. Tabii, bu konuyu çok daha önemli kılan şey, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunundaki bir hükümdür. Petrol Piyasası Kanununun 8'inci maddesi (yanlış hatırlamıyor isem), bayilerin bir dağıtım şirketiyle çalışmalarını zorunlu kılıyor, yani zorunlu münhasırlık dediğimiz bir şey getiriyor; bu, başka piyasalar bakımından geçerli olan bir şey değil, örneğin bir beyaz eşya dağıtım piyasası bakımından böyle bir şey söz konusu değil. Dolayısıyla, mesela bir beyaz eşya dağıtım piyasasında bir intifa sözleşmesi yapılmasının sonuçlarıyla akaryakıt dağıtım piyasasındaki bir intifa sözleşmesinin sonuçları aynı değildir. İsterseniz bir örnek vereyim. Diyelim ki, bir küçük kasabada, beyaz eşya satışına, teşhirine çok uygun bir mekân var. Bir sağlayıcı firma geldi, o dükkânın sahibine dedi ki, "bana 20 yıllığına bu dükkânın intifa hakkı ver, bunun karşılığında da ben sana bayilik vereyim, sen de burada bayilik yap." Rekabet yasağı bakımından, 5'inci yılın sonunda bayi, beyaz eşya firmasına şunu diyebilir: "2002/2 sayılı tebliğin 5'inci maddesine göre 5 yıldan fazla rekabet yasağı yapamayız, dolayısıyla, münhasırlık, başka mal satmama hükmü 5 yıl geçerlidir, eğer razıysan 5'inci yılın sonunda başka bir ürünü de teşhir edip satmak istiyorum." Sağlayıcı böyle bir duruma razı olabilir. Razı ise, 5'inci yılın sonunda o dükkânda ya da satış mağazasında başka ürünler de satılabilir, fakat intifa ile ilgili olarak şey geçerliliğini devam ettirir. Dolayısıyla, bana göre, intifanın mesela böyle bir pazar bakımından herhangi olumsuz bir sonucu söz konusu değil. Olumsuz sonuç doğurması, 5015 Sayılı Kanunun 8'inci maddesinden kaynaklanıyor. Birinci tespitim bu.

Biraz daha geri geleyim. Akaryakıt dağıtım piyasasında bu olay ne zaman ortaya çıktı? Biliyorsunuz, 2002/2 sayılı tebliğden önceki düzenlemelerde bir üst sınırlama yoktu ve dağıtım şirketleriyle bayiler süresiz anlaşmalar yapabiliyorlardı ve rekabet yasağı bakımından da bir problem söz konusu değildi; ama, 2002/2 sayılı tebliğle birlikte, 5 yıllık rekabet yasağı hükmü getirilince ya da getirilmesi düşünülünce, daha tebliğ çıkmadan önce

gerek dağıtım şirketlerinin temsilcileriyle, gerek bayi temsilcileriyle uzun toplantılar yapıldı. Sonuçta, konunun iki tarafı var ve iki taraf da kendi menfaatlerini önplana çıkararak argümanlarını ortaya koyuyorlar. Dağıtım şirketleri temsilcileri diyorlardı ki, “efendim, biz yatırım yapıyoruz, kredi veriyoruz, malzeme sağlıyoruz vesaire, dolayısıyla, bunların geri dönüşü, sizin düşündüğünüz, -henüz 2002/2 çıkmamıştı- 5 yıllık süreyi aşıyor, dolayısıyla, daha uzun süreli bir ilişkiye ihtiyacımız var, yani getireceğiniz 5 yıllık rekabet yasağı bizi çok ciddi sıkıntıya uğrattıyor, mağdur ediyor.” Bayiler tersini söylüyorlardı; diyorlardı ki, “tamam, kredi alıyoruz yahut yatırımlar yapıyoruz vesaire ama, bunların sonuçta, onların söylediği gibi, 5 yılı aşan bir geri dönüşü söz konusu değil, daha kısa sürelerde geri dönüyor” vesaire. Sonuçta, 2002/2 sayılı tebliğin ilk şeklinde, hatırlarsanız, bir yüzde 35 yatırım şeyi vardı. 5’inci maddenin “A” bendi (yanlış hatırlamıyorsam) iki paragraftı; birinci paragraf 5 yılı düzenliyordu, ikinci paragraf, eğer yüzde 35’i aşan bir yatırım söz konusuysa, o zaman rekabet etmeme yasağı 10 yıl oluyor idi. 35’in altındaysa 5 yıl, 35’in üstündeyse 10 yıl.

Bu hükmün yayınlanmasından çok kısa bir süre sonra şu tür taleplerle karşı karşıya kaldık: Dağıtım şirketleri, yatırımların yüzde 35’ten fazla olduğunu ileri sürüyorlardı, bayiler de, 35’in altında olduğunu ileri sürüyorlardı. Rekabet Kurumunun, mevcut potansiyeliyle, bir yatırımın yüzde 35’in altında mı üstünde mi olduğunu tespit etmesi çok çok zordu. Bir de, bu şekilde yapılmış binlerce sözleşmeler vardı. Dolayısıyla, çok kısa bir süre içinde, bunun uygulanabilir bir çözüm olmadığı anlaşıldı. O zaman denildi ki, “tekrar eskiye dönelim, yine 5 yıl-10 yıl gibi bir ayırım söz konusu olmasın, 5 yıl olsun.” Dağıtım şirketlerine dönülüp denildi ki, “madem siz bir yatırım vesaire diyorsunuz, size bunun karşılığı olarak 2 yıllık bir geçiş süreci tanıyoruz, tebliğ 18 Eylül 2003 tarihinde çıktı, 18 Eylül 2005’e kadar size 2 yıl daha geçiş süreci tanımış oluyoruz, yani, bu fiilen 7 yıla çıkmış oluyor, yatırımlarınızın geri dönüşü varsa, bunu da bu süre içerisinde temin etmiş olursunuz” şeklinde bir yaklaşım benimsendi ve 2003/3 sayılı tebliğ o kapsamda çıktı.

Ben, tebliğin uygulanmasına ilişkin kılavuzdan bir paragraf okuyacağım. Bu paragraf, aslında, o gün itibarıyla intifa konusu çok gündemde olan bir konu olmadığı için, çok istisnai olarak uygulandığı için kılavuzda bu yer almıyor. Kılavuzun 37’nci paragrafı şöyle diyor: “Rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir önemli husus da, alıcının 5 yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyen herhangi bir fiili durumun olmaması zorunludur. Örneğin, sağlayıcı alıcıya kredi temin etmişse, bu kredinin geri ödenmesi, alıcının 5 yıl sonunda rekabet etmeme yükümlülüğünden kurtulmasını engelleyecek şekilde düzenlenmemelidir. Alıcı, 5 yıllık rekabet etmeme şartının süresinin dolmasından sonra, varsa kalan borçları geri ödeme

olanağına sahip olmalıdır. Benzer şekilde, sağlayıcının alıcıya bazı ekipmanlar sağladığı hâllerde, alıcının, 5 yıllık rekabet etmeme süresinin sonunda, bu ekipmanları piyasa değeri üzerinden devralabilme imkânına sahip olması gerekmektedir.” Burada iki tane örnek veriliyor: Bir tanesi kredi, bir tanesi ekipman temini. Bu yoruma göre, intifa da aslında krediden -ya da uzun süreli kira sözleşmeleri- farklı değil. Dolayısıyla, dağıtım şirketleri, 2003/3 sayılı tebliğ çıktıktan sonra ne ile karşılaşacaklarını doğrusu biliyorlardı.

Tabii, burada hemen şu söylenebilir: “O zaman Cabbaroğlu-Shell kararınız ne?” Bu soru meşru ve doğru bir sorudur. Orada da Kurulu ya da Kurumu biraz müteredit kılan, arkadaşlarımızın gündeme getirdiği Yargıtay kararlarıydı. Özellikle Danıştay, Kurulun önünü açıcı diye yorum layabileceğimiz kararı çerçevesinde artık Kurul istikrarlı olarak bir anlamda kararını belirlemiş ve bundan sonra da tavizsiz diyebileceğim şekilde bunu uygulamaya çalışacaktır.

SORU ve CEVAPLAR

İsmail Hakkı KARAKELLE- Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Tebliğ sahiplerine de ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Söz alış sebebim; Küçük bir açıklama yapacağım, ardından da özellikle Sayın Büyükkay ve Sayın Doğan'a bir sorum olacak. Sorum, bugün konuştuğumuz, sizin gündeme getirdiğiniz esaslı konulardan değil, tali bir konu.

Önce küçük bir açıklama yapayım. Total-Akdağ kararıyla, intifa hakkı tesisi yoluyla 5 yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü ya da rekabet yasalarının aşılmasını grup muafiyeti kapsamında saymama, kararımıza dayanarak olarak, Yüksek Mahkememizin (Danıştay'ın) bir kararını söylediniz. Doğru, fakat yalnızca o değil. Kurumumuz, ilgili Dairemiz, Danıştay kararından önce sektörle ilgili bir sektör raporu hazırlığına başlamıştı. Bu rapordan özel olarak söz ediyorum, çünkü bu rapor bir iç doküman değil, yayınlandı da; belki sizlere ulaşmamış olabilir. Bu rapor kamuoyuna yayınlandı ve oldukça da etkili ses getirdi.

Bu arada şunu da söyleyelim; bu sadece intifa hakkı yoluyla değil, sizlerin de karşılaştığı üzere kredi sözleşmesi yoluyla da olabiliyor. O yüzden, biz kararlarımızda sadece intifaya atıf yapmıyoruz; intifa, kredi sözleşmesi ya da benzeri yollarla 5 yıllık rekabet etmeme yükümlülüğünün veya rekabet yasağının aşılmasını, bunun fiilen uzatılmasını, grup muafiyetinin koruyucu şemsiyesinin dışına çıkartacağımızı söyledik. Kurumun hazırladığı ve kamuoyuyla paylaştığı, 90 küsur sayfalık bir sektör raporunun en önemli noktası budur. Hem sizlerin, hem de hazırlanun dikkatini çekmek istedim. Kurul kararımızın arkasında, evet, Yüksek Mahkememizin, geriye dönen eski kararımızla ilgili kararı vardır ama, yalnız o değildir, böyle çok önemli de, çok uzun bir zamanda hazırlanan, ciddi bir emek ürünü olan bir dokümanın etkisi vardır. Öncelikle bu açıklamayı yapmak istedim.

Akif Bey de söyledi (söz alma ana sebebim oydu, sorum da onunla ilgili); 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 8'inci maddesi, -tali dediğim konu bu, bilgi sahibiyse bu konuya ilişkin fikirlerinizi şimdi duymak isterim, değilse, üstünde düşünmemişseniz daha sonra tebliği genişletmek anlamında değerlendirme unsuru olarak sorumu takdirinize sunuyorum- başka piyasalardan farklı olarak, deyim yerindeyse, rekabet etmemeyi, rekabet yasağını emrediyor, "başkasından mal alamazsınız" diyor.

Burada, “benden başkasından mal alamazsın, tek yerden mal alacaksın” diyen, Oturum Başkanımızın da söylediği gibi, beyaz eşyada, otomobilde, olmayan belki de yalnızca akaryakıtta, rekabet kurallarını ihlal etmeyi emreden bir kanun var. Kanunlar da eşit; Petrol Piyasası Kanunu Rekabet Kanunundan ne aşağıda ne yukarıda, o da bir kanun.

Buradan hareketle sorum şudur: Bu tartışma bizi meşgul etti, teorik olarak önemli bir konu. Bir kanunun açıkça hak olarak tanıdığı değil, aksini yapmayı yasakladığı, açıkça emrettiği, -bunun sebebi de, biliyorsunuz, kaçak malı, kaçak akaryakıt girişini engellemek için yapılan bir düzenleme- Böyle bir hükme dayanarak insanların yaptıkları sözleşmelerdeki hükümleri biz önce Rekabet Kanununa aykırı deyip, ardından muafiyet mi tanıyacağız, yoksa, kanunun emrine uyarak bunu yerine getirdikleri için, Rekabet Kanununun jargonuyla, menfi tespit mi vereceğiz. Yani, zaten Rekabet Kanununa aykırı sayamayız mı diyeceğiz? Teşekkür ediyorum. Sağ olun.

Oturum Başkanı- Başta söylemedim; soruları alacağız, ondan sonra toplu cevap vereceğiz. Aksi takdirde şeyi tamamlayamayız. Yılmaz Aslan’a söz veriyoruz.

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN- Her iki tebliğ de gerçekten çok iyiydi. Özellikle intifayla ilgili olan çok güncel bir konuya değiniyor; diğeri de çok güncel ve hâlâ da problem olan, şikâyetlerin devam ettiği ve retlerin de devam ettiği bir alan. Mehmet Akif Beyin söylediği intifa daha güncel; onun için, o alanla ilgili birkaç şey söylemek isterim.

Tabii, arkadaşlarımız rekabet hukukuyla uğraşmadıkları için muhtemelen, bu konuyu çok detaylı olarak incelediğim ve “Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon” isimli kitabımı görmemişlerdir. O yüzden de, Petrol Piyasası Kanununa hiç değinmeden bu konuyu anlattılar. Benden önceki iki konuşmadan da dikkat ederseniz, Petrol Piyasası Kanunu dikkate alınmadan sağlayıcı ve bayi arasındaki ilişkinin izahı mümkün değil.

Rekabet Kurulu iki üyesinin açıklamaları aslında beni bir anlamda rahatlattı, bir anlamda da çok rahatsız etti. Rekabet Kurulu, intifalarla ilgili olarak bir düzenleme yapma yetkisini kendinde gördü ve bir düzenleme yaptı. 2002 sayılı tebliğin 5’inci maddesinin şu andaki 2’nci fıkrası; “intifa, üst hakkı vesaire gibi, şahsi ve aynı haklar, ilgili olmayan bir kişiden alındıysa, onun süresi kadar (30 yılsa, 30 yıl) bayilik verebilirsin, ama bağlantılı bir kişiden aldıysan 5 yıla sınırlıyorum” diyor. Rekabet Kurulu, bu hüküm orada varken, Mehmet Akif Beyin okuduğu kılavuz varken, kendi düzenlemesine rağmen çok sayıda şöyle kararlar verdi: Dedi ki, “ben sizin bayilik anlaşmanızın süresine bakarım, bu 5 yıllık süre varsa, intifa sözleşmelerinin süresinin uzun olması

hâlinde onun geçerli olup olmayacağıyla ben ilgilenmem, bu konu benim dışımdadır, yani ikisini ayırıyorum, onlara bakmıyorum, onlar bizi ilgilendirmiyor.” Böyle olunca, Rekabet Kurulunun bu kararları “Cabbaroğlu”yla başlayıp üst üste de gelince, bütün sektör bir yandan 5 yıllık bayilik sözleşmeleri yapmaya, bir yandan da ortalama 15 yıllık (raporda öyle diyor) intifalar almaya başladılar. Doğal olarak bu, süreyi aslında otomatik olarak uzatıyor. Rekabet Kurulu, hem uzmanların hazırladıkları sektör raporunu göstererek, -gerçekten çok emek verilmiş bir rapor- hem de Danıştay’ın sizin incelediğiniz kararını gerekçe göstererek dedi ki; “biz bugüne kadar yanlış yapmışız, Danıştay da böyle diyor, rapor da böyle diyor, bundan sonra biz, 2002/2 sayılı tebliği uygulamaya karar verdik, ikisini birleştirerek inceleyeceğiz, yani intifalarla bayilik anlaşmalarını birlikte ele alıyoruz, bundan sonra intifanın 5 yılı aşan kısımları olursa, bundan sonra yaparsanız onları cezalandıracağız, eskiden yaptıklarınızı da ikiye ayırıyorum, 2005 yılına kadar olanlara 2010’a kadar bir şey demiyorum, ama o zamana kadar bunları düzeltin, 2005’ten sonra yaptıklarınızı da, 5 yıllık süresinin bitmesine yakın bir tarihte düzeltilmiş olun, onlara da muafiyet veriyorum, grup muafiyetinden yararlanırlar, ama, o gün geldiği zaman hâlâ zorluyor olursanız ve bunları düzeltmemiş olursanız hepinize ceza vereceğim.” Bunu basın toplantısıyla duyurdu, web sitesinde de ilan etti ve bütün sektöre uygulayacağını da söyledi. Buradan birtakım sorunlar çıktı.

Benim naçizane kanaatim şu: İki tane yanlış bir tane doğru etmez. Rekabet Kurulunun çok isabetli bir düzenlemesi vardı ve buna yetkisi de vardı. Ayrıca, Avrupa hukukundan alınmıştır, aynısı orada da vardır. Olmayan bir fıkrayı koymuşlardı, onu kaldırdılar. Sektöre geçiş süresi de verdiler; çok doğru söyledi. Buna rağmen kendileri bunu uygulamadılar. Sektöre âdeta bir avans verdiler; sektör de buna güvenip işlerine devam ettiler. Şimdi birdenbire, “geçmiş de kapsayacak şekilde biz bunu uygulayacağız” dediler. Uygulamamaları yanlıştı, şimdi böyle demeleri de yanlış.

Bence yanlışın bir hukuki, bir de etik sebebi var. Hukuki sebebi şu: Hem İsmail, hem Mehmet Akif çok güzel anlattılar; dediler ki, “bu aslında kanundan doğuyor, 5015’ten doğuyor.” Peki, anlaşmalardan rekabet yasağını çıkarıyorum. Önünüze geldiği zaman ne diyeceksiniz? “Anlaşmanızda rekabet yasağı var, 2002/2 sayılı tebliğin 5’inci maddesine göre bu 5 yıl olacak” diyemezsiniz, çünkü anlaşmada böyle bir şey yok. O zaman, bizim bu konuyu, 2002/2 sayılı tebliğin dar sınırlarına hapsedmemiz hukuken yanlış. Bu, yapılması gereken bir şey ama, burada yapılamaz; çünkü, herkes rekabet yasağını kaldıracak, karşınıza gelecek ve kanundan doğan bir rekabet yasağı nedeniyle bir şey diyemeyeceksiniz, çünkü 2002/2 sayılı tebliğ, anlaşmadan doğan rekabet yasaklarıyla ilgili.

Bu durumda, normal olarak Rekabet Kurulunun yapması gereken, kanunun 4'üncü, 1'inci, 20'nci ve 27'nci maddelerine dayanarak bir özel düzenleme yapmaktı ve bunu da geçmişe uygulayacaksa bir geçiş süresi verebilirdi, bir şekilde istediği gibi de düzenleyebilirdi ve yapması da gerekiyor olabilir. Rekabet Kurulu iki tane yanlış yapmış oldu ve bu ikisi konuyu doğrultmadı. Şu anda, 7000 tane bayilik anlaşması var, 2010 tarihinde süresi bitiyor. Bunların çoğu yabancı ortaklı şeylerdir. Tapuda işlem yapmaları gerekir, her bir işlem için valilikten izin almaları gerekir, paraları vardır vesaire gibi bir sürü sorun doğurdu. Bir sorunu çözelim derken 15 bin tane dava yaramak doğru bir çözüm değil.

Bu yüzden, Rekabet Kurulunun belki de bundan sonraki toplantılarında bu konuyu bir daha ele alması doğru olabilir ve çözümcü bir yaklaşım olabilir. Hakikaten kapatıcı etkisi varsa, -ki raporda öyle diyor- bunun düzenlenmesi gerekiyor demektir. Ama, seçtiği yol, önceki hataları nedeniyle gene hatalı bir şey oldu. Aslında doğru yola gelmiş oldular ama, gene bir hata olmuş oldu, çünkü herkes ona güvenip başka şeyler yaptılar.

Oturum Başkanı- Gökşin el kaldırmıştı.

H. Gökşin KEKEVİ- Metin Hocama iki soru yöneltmek istiyorum.

Metin Hoca, “açık ihlal” kavramını kullandı ve bunun *per se*ye denk düşüğünü söyledi. Eğer yanlış biliyorsam beni düzeltsin. Amerika’da, Avrupa Birliği’nde, dünyanın önde gelen tüm rekabet düzenlerinde *per se* kavramı yalnızca kartellere ya da Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de giderek tartışılmakla birlikte, yeniden satış fiyatının tespiti ya da pasif satışın yasaklanması hâline mahsus. *Per se* dediğimiz kavram, amacın yeterli olması, rekabeti kısıtlayıcı etkilerin gösterilmesinin gerekmemesi demek. Sizin verdiğiniz örnekte bir hâkim durumun kötüye kullanılması tartışması var. Hâkim durumun kötüye kullanılması, başlı başına bir pazar analizi gerektiren, pazardaki etkilerin gösterilmesi gereken bir durum. Dolayısıyla, bu durumda, “açık ihlal” kavramını kullanmak ne kadar doğru? Acaba benim bilmediğim bir hukuk düzeninde, hâkim durumun kötüye kullanılması veyahut da karteller ve çok istisnai bazı dikey kısıtlamalar dışındaki eylemler de açık ihlal ya da *per se* yasak kapsamına mı giriyor? Bu konuda bir açıklama yaparsanız sevinirim.

İkinci olarak, kaynakların etkin kullanımı rekabet otoriteleri için de geçerli. Dolayısıyla rekabet otoritesinin önceliklerini belirlemesi gerekiyor. Bu öncelikler çerçevesinde bazı dosyaları sonuna kadar götürecektir, bazılarını hiç açmayacak, bazılarını da amaçlarına ulaştığı yerde kesecek. 9’uncu maddenin 3’üncü fıkrası ve TBMM gündeminde bulunan kanun tasarısıyla 44’üncü maddede yapılan düzenleme aynı amaca yönelik. Bu çerçevede şunu da

belirtmek lazım: Rekabet otoritesi kamunun menfaatlerini koruyacak, tek tek bireylerin değil. Bu hususu da göz önünde bulundurduğumuz zaman, her şikâyetle, bunun sonucunda özel hukukta bir tazminat davası açılacak diye, rekabet otoritesinin sonuna kadar gitmesi gerekli midir? Dünyaya, örneğin Amerika'ya, Avrupa Birliği'ne baktığımız zaman bunu görmüyoruz; *prosecutorial discretion* denilen takdir yetkiyle ya hiç soruşturma açmıyorlar ya da kartel haricindeki bazı soruşturmaları, amaçlarını elde ettikleri an kesebiliyorlar. Şunu her zaman kabul etmek lazım: Rekabet otoritesi, özel hukuk alanındaki uygulamaları güçlendirmek için her türlü tedbiri almalı, konferanslar düzenlemeli, buna ilişkin çalışmalar yapmalı ama eğer yanlış biliyorsam düzeltin lütfen sırf, özel hukukta davaları kolaylaştıracak diye nihai karar almak zorunda olmamalı.

Mehmet DEMİR- Sayın Başkana, Sayın Doğan'a ve Sayın Topçuoğlu'na kısa kısa birer soru yöneltmek istiyorum.

Kısaca bir örnek üzerinden gidecek olursak, bir akaryakıt bayilik sözleşmesi yapılıyor, sözleşme içerisinde 5 yıl rekabet yasağı var ve 15 yıllık bir intifa hakkı tesisi söz konusu. Sayın Başkanım, yanlış anlamadıysam şöyle bir çözüm önerdiniz: “Rekabet yasağı 5 yıla sınırlı olarak uygulanır, 5 yıldan sonra bayi rekabet edebilir, ama intifa hakkı 15 yıl devam eder, bunda bir problem çıkmaz.” 5 yılın sonunda bayi, “ben sizinle rekabet edeceğim” deyince, dağıtıcı, “tamam, istediğin gibi rekabet edebilirsiniz, ama bu arazi üzerinde benim intifa hakkım var ve henüz 10 yıl süreyle daha bu intifa hakkımı kullanmam yetkim var, buradan çık, başka bir yerde rekabetine devam et” derse, böyle bir durumda, bu çözüm, rekabeti sağlamak için etkili bir çözüm olur mu?

Yanlış anlamadıysam, Sayın Doğan, kesin hükümsüzlük önerisinde bulundular. Yanlış anlamadıysam, Borçlar Kanunu 20'nci maddenin 1'inci fıkrasının uygulanması gerektiğini savundunuz.

Bu durumda şöyle bir sonuç çıkıyor. 5 yıl süreyle rekabet yasağı konuldu ve 15 yıl süreyle intifa hakkı tesis edildi, hem intifa hakkı tesisi, hem rekabet yasağına ilişkin madde, hem de bayilik sözleşmesi topyekûn geçersiz sayılacak. Bunun yerine, 20'nci maddenin 2'nci fıkrasındaki kısmi geçersizliği uygulayıp intifa hakkını ve rekabet yasağına ilişkin maddeyi geçersiz sayıp bayilik sözleşmesini ayakta tutmak ya da biraz daha orta bir formülle, intifa hakkını geçersiz sayıp rekabet yasağını 5 yıla sınırlı tutup bayilik sözleşmesini de ayakta tutmak gibi çözümler daha uygulanabilir olmaz mı?

Sayın Topçuoğlu, bekletici sorun yapmayla ilgili Yargıtay'ın içtihadından bahsettiler. Burada şöyle bir sorun var, Rekabet Kurulu bir yargı organı değil, verdiği kararlar da yargı kararı değil, idari karar niteliğinde. Hukuk

mahkemelerinin inceleme alanıyla Rekabet Kurulunun inceleme alanı da birbirinden tamamen farklı. Rekabet Kurulu idari yaptırımlar koyuyor; hukuk mahkemeleri ise yaptırım koymuyorlar, konuya sadece tazminat açısından yaklaşıyorlar. Üstelik “hâkim durum” kavramı, bir durumun hâkim durum olup olmadığına yorumlanması, karşılaştırılması, hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığına karar verilmesi ve eğer hâkim durum var, kötüye kullanma var deniliyorsa, bunun davacı için ne kadar bir zarar doğurduğunun belirlenmesi ve tazminata hükmedilmesi hususlarının tamamı hukuki problemler. Yargıtay’ın içtihadı, Medeni Kanunun 1’inci maddesi anlamında, hâkimin, hukuk kurallarını sözüyle ve özüyle uygulama yetki ve yükümlülüğünün ihlali niteliğinde değil mi?

Zafer KAHRAMAN- Öncelikle tebliğiniz için çok teşekkür ederim; çok keyifliydi. Sorum Sayın Büyükcay ve Sayın Doğan hocalarıma olacak.

Konu hep intifa hakkı çerçevesinde tartışılmış. Deniyor ki, ben bir akaryakıt istasyonu bayilik sözleşmesi yaparken, -onu da özellikle belirtmişsiniz- teminat amacıyla, sözleşmeyle kendimi güvence altına almak için intifa hakkı kurulmasını istiyorum; zaten konu da hep bu çerçevede tartışıldı. Bayiye kredi de açıyorum; içeride gerekçelerin arasında bunu da saymışsınız. Genelde kredi sözleşmelerinde bazen şuna da rastlıyoruz: Kredi verdiğim bayiye karşı kendimi güvence altına almak için inancılı bir mülkiyet hakkının devri sözleşmesi yaptığım varsayımında, yani bir 15-20 yıllık intifa hakkı kurulması değil de, inancılı temlik sözleşmesi yapmış olsam, bu durumda da, aslında bir intifa hakkının bana sağladığı yetkilerin çok daha fazlasına kavuşuyorum ve bunun da belli bir yıl sınırlaması yok; sadece karşı bir borç doğuruyor, belli şartlar oluştuğunda ya da zamanı geldiğinde mülkiyeti geri devretme borcu altına gireceğim. Bu tabii genelde “mürtehinin merhûnu temellük yasağını (Lex commissoria) delmek için yapılan bir şey esasında; gerçi bu da tartışmalı. Olayı bu açıdan değerlendirecek olursak, bu sözleşmenin rekabet hukuku boyutundaki değerlendirmesi ne olur acaba; onu sormak istemiştım.

Oturum Başkanı- Peki. Teşekkür ederim. Abdülğani var. Son soru da Haluk’un olacak. Başka el kaldıran görmedim. Ondan sonra cevaplara geçeceğiz. Cevaplar için fazla vaktimiz kalmadı; onun için, yorum değil, soru istiyoruz lütfen.

Abdülğani GÜNGÖRDÜ- Sorumu kısa tutmaya çalışacağım. Her iki tebliği için de çok teşekkür ediyorum. Sorum, intifa konusuyla ilgili olarak Sayın Büyükcay ve Sayın Doğan hocalarıma olacak.

Sizin de tebliği metninde değindiğiniz gibi, 2002/2 sayılı tebliğin, 5 yıllık rekabet etmemeye ilişkin hükmünün, 5-a bendinde yer alan bir istisnası

var. Tesisin sağlayıcıya ya da üçüncü şahsa ait olması durumunda 5 yıldan daha uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebiliyor. Bu kapsamda, bunun akaryakıt sektörü açısından uygulanabilirliği nedir? Bu kapsamda, tesisin üçüncü şahsa ait olması ya da sağlayıcının kendisine ait olması durumunda daha uzun süreli rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesinin kullanımı nasıl olacaktır ve bu çok yaygın bir yöntem olarak kullanılabilir mi, Rekabet Kurumunun intifa süresini 5 yıla sınırlama kararından sonra, bunu aşmaya yönelik olarak yaygın bir yöntem olabilir mi; bu konuda görüşünüzü almak istiyorum.

M. Haluk ARI- Korsan tebliğ olmayacak, çok kısa bir şekilde soracağım. Dün 9/3 üzerine o kadar kelimelerden sonra söz almamak aslında biraz, söylediklerimizi yuttuk, çekip gidiyoruz gibi olacak. Bir reaksiyon şeklinde söz aldım. Söyleyeceklerimin bir kısmını, özel hukuk bölümünü beraber tebliğ sunduğum arkadaşım Gökşin söyledi. Ben, Gökşin'in bıraktığı yerden, bizim yaptırımımız bakımından, etkinlik bakımından bir şey söyleyeyim.

Kanunun 1'inci maddesindeki son iki kelime, "rekabetin korunmasıdır" diye bitiyor. Karteller bakımından ceza vermek asıl, mutlaka cezayla kapatılması gerekiyor. Bunu, yeniden satış fiyatına ve pasif satışların engellenmesi gibi, dikeyde en ağır ihlaller kabul edilebilecek ihlallere de teşmil edebiliriz, yaptırımın asıl olduğunu, cezanın asıl olduğunu. Ama, bunun dışındaki ihlaller bakımından, özellikle de Metin Hocanın sunumunda söylediği Turkcell örneğindeki gibi örnekler bakımından amaç, bir an önce ihlale son vermek. Çünkü, soruşturma açtığımızda şöyle bir sürece giriyoruz: 6 ay soruşturma, genelde bir 6 ay daha uzatılıyor, 1 yıl, sözlü savunmalar kullanılma vesaire 1,5 yıllık bir süreç sonucunda nihayete erişiyoruz. Ceza veriyoruz, ceza bir ilaç olmuyor tabii. Aslında ilk başta, o kararda söylenen, taahhüt alınması gereken noktada söyleneni 1,5 yılın sonunda söylüyoruz.

Hocam, siz, bu cezasız kalmamalı, yaptıkları yanına kâr kalmamalı diye soruşturma açılmasına bir destek verdiniz. Sırf, teşebbüsün yaptığı yanına kâr kalmasını diye bu sürece girmek mantıklı mı? Kaynaklarımızın etkin kullanılması açısından, ceza vermek yerine, bir an önce rekabeti tesis etmek bakımından, bizim dün önerdiğimiz şekilde 9/3'ün kullanılması doğru bir yaklaşım mıdır; onu öğrenmek istiyorum.

Oturum Başkanı- Bu 9/3'ün uygulanması konusu dün çok tartışılmış; ben maalesef izleyemedim. Soruları tamamladık. Cevap hakkını yine konuşma sırasına göre vereceğim. Yusuf Hoca ve Murat Bey, birinci cevap sırası sizlerde.

Doç. Dr Yusuf BÜYÜKAY- Soru sırasını dikkate almadan cevaplarımıza başlamak istiyorum; mazur görün.

Zafer Beyin sorusu: “İnançlı temlik yapsak acaba rekabet yasağı bakımından nasıl bir durum ortaya çıkar?” “Demokrasilerde çare tükenmez” diye bir tabir kullanılır ya, akaryakıt dağıtım bayileri de, amaca ulaşmak için yeni yollar düşünüyorlar; bunu buradan gördük. Bu bir.

Bayilerle sohbetimizde, dağıtıcı firmaların artık şu düşüncede olduklarını öğreniyoruz: Diyorlar ki, “biz artık pozisyonumuzu değiştireceğiz, önceden çok büyük yatırımlar yapıyorduk, -büyük mü değil mi o da tartışmalı- bundan sonra artık bu yatırımları yapmayacağız, bayiye pamuk ipliğiyle bağlı olacağız.” Bu, kendileri açısından tedbir.

İnançlı temlik olursa ne olur? Roma hukukunda “Fiducia” dediğimiz bir muamele. Lex commissoria’sı Medeni Kanununun 873’üncü maddesinde açıkça ifade edilmiş. Eğer bayi ile dağıtıcı firma arasında bir sorun çıkarsa mülkiyetin dağıtıcı firmada kalacağı burada kararlaştırılır veyahut da, bir vefa hakkı tesis edilir, belli yükümlülüklerin yerine getirilmesi sonunda vefa hakkı kullanılmış olur. Çok uzatmaya gerek yok. Biz diyoruz ki, intifa hakkı tesisinin rekabet serbestisini sınırladığı bir ortamda inançlı temlik için bunu sorgulamaya dahi gerek yok, daha ağır bir yükümlülük ihlali olur diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Murat DOĞAN- Öncelikle soru soranlara teşekkür ediyorum. Hakikaten bazıları hiç aklımıza gelmeyen şeyler, bazıları da, tebliğde olup bizim burada süre kısıtlılığından dolayı değinemediğimiz şeyler.

Sırayla başlayacak olursak, İsmail Hakkı Beyin söylediklerine bakacağız ama şimdilik Yılmaz Hocamın söyledikleriyle de birleştirerek şöyle söyleyeyim: Evet, orada kanundan doğan bir rekabet etmeme yükümlülüğü var ama, bunun ilanihaye olacağını öngören bir şey de yok. Bu sebeple, ben ihlalin yine olduğu kanaatindeyim. Dolayısıyla, bunun sınırlanması lazım. Muafiyet de burada uygulanmalı kanaatindeyim. Menfi tespit değil, muafiyet var mı yok mu açısından bakılmalı.

Kesin hükümsüzlük; biz bunu tebliğde doğrudan sizin dediğiniz gibi yazdık. Şunu vurguladık: Bir kere, tebliğin 5’inci maddesi sadece rekabet etme yükümlülüğüne ilişkin kayıtlarla ilgili. Bütün anlaşmayı değil, sadece o kayıtları ilgilendirdiği için, o kayıt hükümsüz olur. Tebliğde biz bunu şöyle ifade ettik: O kayıt geçersiz olacaktır, burada kısmi hükümsüzlük, kısmi butlan uygulanacaktır. Mahkemede belki şu yorum ileri sürülebilir: Bu hüküm olmasaydı taraflar acaba böyle bir sözleşme yaparlar mıydı yapmazlar mıydı? “Güven teorisi çerçevesinde yapmazlardı” diyorsak, o zaman ancak sözleşmenin tamamının hükümsüzlüğü yoluna gidilmeli.

Çok özür diliyorum, soruyu soran arkadaşın ismini alamadım ama, tebliğin 5-a maddesinin 2’nci fıkrasına da aslında tebliğde değindik. Orada

tersine bir durum var. Dağıtım şirketi size arazisini veriyor ve “burada istasyon kur, 10 yıl süreyle de benim bayim olacaksın ve benim mallarım dışında mal da satmayacaksın” diyor. Tebliğe bakarsanız, bu konuda, zaten o arazide devam etmek kaydıyla buna müsaade ediyor; “rekabet etme yükümlülüğü de bu ölçüde uzar” diyor. İntifa hakkı zaten burada şeyin elinde ama, başkasından elde edilmiş olabilir. Burada, bayiden elde etmeyecek, dağıtım şirketi, üçüncü kişiden, alıcıyla ilgisi olmayan, bayiyle ilgisi olmayan üçüncü kişi kişiden elde edecek. Hatta tebliğde biz şöyle dedik: Tebliğin bu hükmünün zıt anlamından da şu çıkıyor; eğer bayinin kendisinin arazisi üzerinde bunu yapıyorsanız, burada 5 yılı aşan bir yükümlülük getiremezsiniz. Bu çerçevede, o hüküm elbette ki dağıtım şirketine veya onun, alıcı dışında, aynı hakka, şahsi hakka dayanarak üçüncü kişiden temin ettiği arazi üzerindeyse daha uzun bir rekabet etme yükümlülüğü uygulanabilir; Kurulun kararı buna engel değil. Tam tersinde, orada tebliğ hükmü zaten bulunmakta.

Atladığım bir şey var mı bilmiyorum. İnançlı temlikle ilgili Yusuf Hocam zaten söyledi; burada, 4’üncü maddeye dahil edemesek bile, dolaylı sayımasak bile kanaatimce çok açık bir kanuna karşı hile. Bu arada şunu da belirtelim: Yargıtay, inanca temlikleri kabul ediyor; “Lex commissoria yasağı uygulanamaz, bu, ipotekten öteye bir teminat elde etmek için yapılabilir, geçerlidir” diyor. Uygulamada da, doktrinde de, -keşke Ergun Hocam olsaydı, biliyorsunuz, onun tez konusu, daha iyi anlatırdı- burada özel bir durum var. Bu eğer rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini uzatmak için yapılıyorsa kanuna karşı bir hiledir. Bu çerçevede aynı müeyyide uygulanmalıdır, yani o da geçersiz sayılmalıdır diyoruz.

Bir Katılımcı- Yargıtay.

Doç. Dr. Murat DOĞAN- Evet, Yargıtay öyle diyor ama burada amacı da göz önünde tutarak, bu şekilde, kanunu dolanmak için yapıyorsa buna müsaade etmemek lazım.

Yılmaz Hocam söyledi; gerçekten rekabet hukukçusu değiliz. Böyle bir meseleye bir şekilde vâkıf olmuştuk, Ayşe Hanımın teklifi üzerine aldık. Rekabet hukukçusu olur muyum bilmiyorum ama herhâlde olmam diye düşünüyorum. Bu, rekabet sempozyumlarında Kayseri bile soğuyor; bunun böyle bir soğuk yüzü var, bu arada onu da söyleyeyim. Şaka olsun diye söylüyorum.

Doç. Dr Yusuf BÜYÜKAY- Kısmi butlan sorusunu soran arkadaş soru içinde bir de, “azami hadde indirsek acaba ne olur, 15 yıllık intifa hakkını 5 yıla indirsek acaba?”

Yılmaz Hocamın kitabını okumadık, onu itiraf edelim. 7000 bayinin 1 yıl sonra, 1.5 yıl sonra böyle bir sorunla karşı karşıya kalması, özellikle dağıtıcı firmalar açısından baktığımızda önemli bir mesele. Bayiler açısından baktığımızda, “keşke 2003 tebliği olmasaydı, uyumlaştırma süreci olmasaydı” diyorlar. Mesela, 2002 yılında bayilik sözleşmesi feshedilen ve hâlen davası, yargılaması süren bir bayi, “niçin 2010 yılını bekleyelim” diye bundan şikâyet etmekte.

Bence, Rekabet Kurulu meseleye son derece vâkîf, akaryakıt sektörünün analizinden önce de vâkîf; Yargıtay da vâkîf. Fakat bir şekilde bu sorunun çözümünün ertelenmesi politikası uygulandığını düşünüyorum. Bence çözüm bu kadar geciktirilmemeliydi.

Kabul ediyoruz; 2010 yılının 9’uncu ayında büyük bir fırtına kopacak ama bunun akabinde bir durulma meydana gelecektir diye düşünüyoruz.

Oturum Başkanı- Metin Hocaya söz veriyorum. Son söz bende olacak.

Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU- Teşekkür ederim Başkanım. Sayın Kekevi’nin açık ihlalle ilgili ifade ettiği durumu ben de paylaşıyorum. Malum, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6’ncı maddesi sadece rekabetin sınırlanmasıyla ilgili fiilleri değil, onun dışındaki fiilleri de düzenliyor, mesela sömürme fiilini de düzenliyor. Kastettiğimiz anlamdaki piyasa kapama etkisi doğuran bu anlaşmalar, Turkcell’in mobil pazarlama hizmetleriyle veya doğrudan hizmet satın almak isteyen teşebbüslerle yapmış oldukları anlaşmalar; o yüzden, farklı bir şey söylemiyoruz. O yönüyle, piyasa kapama etkisi doğuran anlaşmaları kastediyorum.

Diğer soru, rekabet ihlalleriyle ilgili Rekabet Kurumunun yetkisi konusunda. Sadece kamu menfaatlerini korumakla ilgili Rekabet Kurumunun münhasır yetkisi; böyle bir şey gerçekten çok iddialı olur. Kanunun amacı çerçevesine giren; bireylerin, tüketicilerin, teşebbüslerin, ekonominin menfaati, o tanım içerisine giren her şeyi katmak lazım.

Haluk Bey de herhâlde aynı şeyi sordular. 3 yıldır rekabet ihlalinde bulunan bir teşebbüsü varsayalım. Rekabet Kurumu bunu tespit etti. Öncelikle vesaire, bu süreçlerden sonra, bu ihlali yapan teşebbüs, Kurula Turkcell kararını emsal göstererek, “evet, yaptım böyle bir fiil ama, bundan sonra artık bu fiillerimi sona erdiriyorum” dediğinde, Rekabet Kurulu acaba, 3 yıldır bu ihlali sürdüren ve belki de korkunç derecede kârlar elde eden teşebbüslere ne kadar ceza verebilecek? Bu anlamda ben, hakikaten, Turkcell kararıyla, Rekabet Kurumunun ceza verme konusundaki iradesini zaafa uğrattığına inanıyorum.

Konunun ikinci bir cephesi Kabahatler Kanunuyla ilgili. Malum, Rekabet Kurulunun verdiği para cezaları aslında Kabahatler Kanununa tabi ve orada, “para cezası verilir” deniyor, bir takdir yetkisinden vesairenden de söz edilmiyor. Ben de katılıyorum, amaç, bütünüyle rekabeti tesis etmek. Gerçekten de rekabet ihlallerinde bulunan ve bunu bilerek ve isteyerek yapan teşebbüslerin de Rekabet Kurumu eliyle tedip edilmesi hem bütün vatandaşlar olarak hepimizin, teşebbüsler olarak ticari hayatın menfaatine diye düşünüyorum.

Sayın Demir bahsetti; Yargıtay’ın bekletici sorunla ilgili kararı, -burada Sayın Budak Hocamız var, çok daha detaylı bilgiler verebilir- bu konuya iki şekilde bakmak mümkün: Olan hukuk bakımından ve olması gereken hukuk bakımından.

Benim şahsi kanaatim; olması gereken hukuk bakımından gerçekten, mahkemelerin bu tür ihlallerde Rekabet Kurumuna topu atmalarını kendi açımdan isabetli bulmuyorum. Mahkemeler pekâlâ, bilirkişi aracılığıyla yardım alabilirler, hatta Rekabet Kurumundan bilirkişilik talep edebilirler. Mevcut sistemde bile bunun yolları bulunabilir. Yüksek Mahkeme, önce soruşturma açılmasını, açılmamışsa da, ilgilinin soruşturma açmasının beklenmesini, önmele yapılmasını uygun görmüş.

Olması gereken açınsından baktığımızda, benim gönlümden geçen, hakikaten de, mahkemelerin bu konuda Rekabet Kurumunun kararını dikkate almaları.

Siz de katılırsınız; hukuk mahkemelerinin delillere ulaşması ve delilleri tespit etmesiyle Rekabet Kurumunun delillere ulaşması ve tespit etmesi arasında hakikaten çok önemli farklılıklar var. Rekabet Kurumu delilleri âdeta resen, kendiliğinden takip etmek ve bulmak yükümlülüğüne tabi; halbuki hukuk mahkemeleri, ancak tarafların getirebildikleriyle sınırlı olarak birtakım delillere vâkıf olabileceklerdir.

Bu yönüyle baktığımızda, delillere ulaşma imkânı bakımından gerçekten, hukuk mahkemelerinin Rekabet Kurumundan yardım almalarında, o soruşturmayı beklemelerinde içtihat birliği açısından fayda olduğuna inanıyorum. Yapılan tasarı ile ilgili; orada da benzer bir düzenleme var herhâlde. Başka da bir şey söyleyemeyeceğim. Çok teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Biz de teşekkür ederiz. Buyurun Hocam. “Bekletici mesele” sorusu bizim tasarımda da var; o nedenle, sizin görüşünüzü doğrusu ben de merak ediyorum.

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK- Teşekkür ederim. Tabii, “mecburi bilirkişilik” meselesinin sıkıntılara da yol açan bir mesele olduğunu söyleyeyim;

aktüaliteden, ceza davalarından, Adli Tıp örneğinden de biliyoruz. Bir yandan idari kurumlar yargı denetimine tabi, bir yandan da, o konudaki teknik inceleme konusunda aynı idari kurumun mecburi bilirkişi olması uygun değil aslında. Mahkemeler birçok olayda bekletici mesele yapmayı getirebileceklerdir ve tercih edebileceklerdir ama bunun bir kanuni mecburiyet hâline gelmemesi lazım.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederim. Özellikle Metin Hocanın bu açıklamalarından sonra birkaç cümle de ben söyleyeceğim.

Bir kere, Metin Hoca şu açıdan müsterih olsun: Rekabet Kurumu ve Kurulu, rekabet ihlallerinin soruşturulması ve yaptırımların uygulanması konusunda sıkı davranmıyor, gerektiğinde yaptırımları uygulamaktan da asla kaçınmıyor. Eğer siz Kurum çalışanı olsaydınız bunu çok daha iyi anlayacaktınız; o kadar başvurular yahut şikâyetler geliyor ve baktığınızda, arkadaşlarımızın söyledikleri gibi, fayda-maliyet açısından baktığımızda, bunun için soruşturma vesaire, o prosedürlerin izletilmesi acaba yararlı mıdır yararsız mıdır noktasında bir değerlendirme yapmak durumunda kalıyoruz ki, o zaman işte bir soruşturma açmaksızın, 9/3 bugünkü şekliyle, lafzı her ne kadar benim tarafımdan kötü kaleme alınmış olsa dahi, amaca uygun yorum yapılarak uygulanabiliyor.

Bir kere, bir şeyin altını çizmek istiyorum. Süreç içerisinde galiba şöyle bir yanlış kanaat gelişti: Bir ihlalin varlığının tespiti için bir soruşturma sürecinin tamamlanması ve o süreç sonucunda bir karara varılması gibi bir sonuç çıkıyor; ben bu görüşe katılmıyorum. Eğer olayı bu şekilde algılasak, bir ihlalin var olmadığının tespiti için de aynı usulü uygulamak gerekir gibi bir sonuç çıkar; o zaman da biz soruşturma açıp soruşturma sonucunda, “ihlal yoktur” dememiz lazım. Halbuki biz, kanunda olmayan ilk inceleme, -gerçi Danıştay onlara şimdi taktı- yahut önaraştırma süreci sonucunda da, ihlal yoksa, “burada ihlal yoktur” diyoruz.

Bir önaraştırma yahut ilk inceleme safhasında, örneğin çok açık bir ihlal varsa, Kurul, “ihlal vardır” diyebilir. Bu tabii, “ihlal vardır” demesi, yaptırım, müeyyide, yani kanunda öngörülen şeyleri uygulamasına yetmez; onun için bir soruşturma açması, soruşturma sonucunda savunmalar vesaire falan alınması, ondan sonra kararını vermesi gerekiyor.

“İhlal vardır-yoktur” tespitinin yapılabilmesi için mutlaka ve mutlaka bir soruşturma açılması gerekmeyeceğini düşünüyorum.

Son cümlem de Yılmaz Hocanın söyledikleriyle ilgili olsun. Kurul, tamam, 2003’ten 2008’e kadar mütereddit davranmıştır ama 2008’de artık,

istikrarlı bir şekilde, özellikle Danıştay'ın kararıyla birlikte bu konuda, en azından benim açımdan sağlam duracağını tahmin ediyorum.

Bu tür şeyler, ilk defa karşılaşılan şeyler değildir. Bir kıyas yapmak gerekirse, örnek vermek gerekirse; Kurul, 1998'den 2005'e kadar bir Kurul üyesinin riyasetinde, nezaretinde soruşturmalar yapmıştır, bu konular defalarca Danıştay'ın önüne gitmiştir, Danıştay bunlara hiçbir şey dememiştir, fakat 2005'te birdenbire içtihat değiştirerek, "hayır, Kurul üyesi soruşturmaya katılamaz" demiştir ve ondan sonra da, karar düzeltme safhasında bile olsa, şeyleri iptal edip tekrar Kurulun önüne getirmiştir. Şunu söylemek istiyorum: Yargı bile görüşünü, içtihadını değiştirip şey yapabiliyorsa, Rekabet Kurulu'nun ki Rekabet Kurulu, hepimiz biliyoruz, oldukça genç bir Kurum bu tür şeyler yapmasında bir sakınca yoktur.



Bilkent Plaza B3 Blok
06530 Bilkent/ANKARA
<http://www.rekabet.gov.tr>

ISBN 978-975-8936-81-6