



REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU - VIII

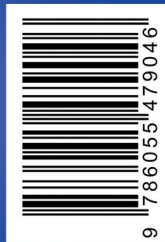
14-15 MAYIS 2010
KAYSERİ

REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU - VIII



Bilkent Plaza B3 Blok
06800 Bilkent/ANKARA
<http://www.rekabet.gov.tr>

ISBN 978-605-5479-04-6



REKABET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VIII

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 DOĞAN - Ebru ÖZKAN
Hakan SABUNCU - Yaşar TEKDEMİR - Akın ŞİMŞEK

14-15 Mayıs 2010
KAYSERİ

ISBN 978-605-5479-04-6

YAYIN NO

263

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI	3
Rekabet Kurumu Başkanı	
Prof. Dr. Metin HÜLAGÜ	5
Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı	

I. OTURUM

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP (Oturum Başkanı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Emekli Öğretim Üyesi	
Mrs. Mona YASSINE Mısır Rekabet Kurumu Başkanı EVRENSEL REKABET POLİTİKASINDA ULUSLAR ARASI REKABET AĞININ ROLÜ.....	9
Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN İstanbul Aydın Üniversitesi Öğretim Üyesi AKARYAKIT DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN REKABET YASAKLARININ DOĞURDUĞU SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	19
Murat ÇETİNKAYA Rekabet Kurulu Üyesi TÜRK EKONOMİ TARİHİNDE ÖNEMLİ BİR ADIM: REKABET KURUMU VE REKABET KANUNU	33
SORU ve CEVAPLAR	39

II. OTURUM

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN (Oturum Başkanı)

İstanbul Aydın Üniversitesi Öğretim Üyesi

Av. Elvan Sevi Bozoğlu FIRAT

2000'DEN 2010'A REKABET HUKUKU UYGULAMALARI VE
YARGISAL DENETİM 55

Av. Mehmet GÜN, Av. Özge Atılgan KARAKULAK, Av. Filiz TOPRAK

TÜRK İLAÇ SEKTÖRÜNDE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ
KULLANIMININ REKABET HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ 181

Muzaffer EROĞLU

YAVRU ŞİRKET TARAFINDAN İŞLENEN
REKABET İHLALLERİNDEN DOLAYI
ANA ŞİRKETE CEZA VERİLMESİ 273

SORU ve CEVAPLAR 313

III. OTURUM

Doç. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY (Oturum Başkanı)..... 327

Rekabet Kurulu Üyesi

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY

REKABET HUKUKU AÇISINDAN BİRLEŞME VE
DEVRALMALARDA “ERKEN BAŞLAMA (GUN JUMPING)”
SORUNU 329

Av. Sinan NAIPOĞLU, Av. Deniz Ulaş GÖÇEN, Av. Bengi TONBUL

REKABETİN REKLAMLAR YOLUYLA
SINIRLANDIRILMASI 349

Erdem AYGÜN

Rekabet Kurumu Uzmanı
REKABET POLİTİKASININ AKSAK AYAĞI:
DEVLET YARDIMLARININ İZLENMESİ VE
DENETLENMESİ 397

SORU ve CEVAPLAR 409

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VIII**

*14-15 Mayıs 2010
KAYSERİ*

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Rekabet Kurumu Başkanı

Biz, Nisan'ın son haftasında İstanbul'da Rekabet Kurumu ev sahipliğinde bir toplantı yaptık; 80'den fazla ülkeden 500 civarında, -sayı konusunda çok net değilim- misafirimiz İstanbul'da neredeyse bir hafta bizimle birlikte oldu. 2.5-3 günlük bir toplantıydı ama, başında ve sonunda da yine başka toplantılar vardı. Uluslararası bir toplantı yaptık ve rekabet hukuku alanında ciddi, çok ayrıntılı, çok önemli konuları konuştuk, tartıştık. Bu program dolayısıyla İstanbul'a gelen Mısır Rekabet Kurumu Başkanı Sayın Mona Yassine'de buraya davet ettik. Kendi Başkanlığındaki Mısır Rekabet Kurumunun, genç bir Kurum olmasına rağmen ne kadar aktif olduğunu, ne kadar etkili çalışmalar yaptığını bildiğimiz için, Kayseri'ye de gelin bizimle bunları kısmen paylaşın dedik; o da, -sağ olsun- geldiler, aramızdalar, mümtaz misafirimiz olarak buradalar. Kendilerine de zahmetleri için çok teşekkür ediyorum.

Tekrar bu programın başarılı geçmesini diliyor, hepinize saygılar, sevgiler sunuyorum.

Prof. Dr. Metin HÜLAGÜ

Erciyes Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Sayın başkanlar, değerli misafirler, katılımcılar ve değerli basın mensupları; hepinizi saygıyla selamlıyor ve hoş geldiniz diyorum.

Bildiğiniz gibi, Erciyes Üniversitesi bir Anadolu Üniversitesidir. Ancak altyapısını tamamlamış, belli bir düzeye ulaşmış bir üniversite durumundadır. Altyapı problemi olmayan üniversitemizin artık iç zenginliğini de sağlaması, sosyal ve kültürel faaliyetlere daha fazla yer ve önem vermesi gerektiği aşîkardır.

Zira üniversitelerin temel görevlerinden birisi de içerisinde buldukları toplumların problemlerine çözümler üretmesi ve bu doğrultuda çalışmalarda bulunmasıdır. Bu anlamda, Türkiye'nin mevcut meselelerine el atması, görüş belirtmesi Erciyes Üniversitesi'nin de temel sorumlulukları arasında yer almaktadır. Bundan dolayıdır ki, bu ve benzeri toplantıları, sempozyumları oldukça önemsiyoruz. İdare olarak, bu tür etkinlikleri desteklemeye çalışıyoruz. Bugün 8'incisini yaptığımız bu toplantının da artık gelenekselleşmiş olduğunu düşünüyor ve devamı için her şeyi yapmaya hazır olduğumuzu belirtmek istiyorum.

Geçmiş yıllarda örnekleri başarı ile gerçekleştirilmiş olan bu toplantı, toplumumuz için hiç şüphesiz ki büyük bir öneme sahiptir. Zira konu olarak rekabet, rekabetin problemleri, piyasa şartları ve sair hususları ele alması ve bu alanlarda tüketicileri çok yakından ilgilendiren bir yönünün bulunması toplantının önemiyetini ortaya koymaktadır. Üniversitemizin rekabet alanında yaşanan birtakım problemlere bu tür toplantılarla çözüm bulma kaygı ve çabası da bu toplantının düzenlenme gerekliliğini kendiliğinden ortaya koymaktadır.

Tabii ki Rekabet Kurumu ve Erciyes Üniversitesi arasında gerçekleştirilen bir ortaklık sonucunda toplantının yapılmış olması da bizi ayrıca mutlu etmektedir. Zira bu iki kurumun ortaklığında yapılan bu toplantı ile bir anlamda teori ile pratiği bir arada görme ve irdeleme imkanı da ortaya çıkmıştır. Katılımcılar, teorinin ne kadar doğru olduğunu bir noktaya kadar burada test etmiş ve kendi aralarında tartışmış olacaklardır. Dolayısıyla da, bir dereceye kadar, gözden kaçan, atlanılan hatalar, kusurlar düzeltilmiş olacaktır diye umuyorum.

Toplantıyı düzenleyenlere, emeği ve katkısı geçenlere içtenlikle teşekkür ediyorum.

Toplantıya iştirak etmiş bulunan Mısır Rekabet Kurumu Başkanı'na da katılımlarından ötürü, müsaadenizle, hoş geldiniz demek istiyorum ve bunu da kendi dillerinde yapmak istiyorum: Ehlen ve sehlen...

Bu duygularla hepinizi saygıyla selamlıyor, toplantının başarılı geçmesini ümit ediyorum.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VIII**

*14-15 Mayıs 2010
KAYSERİ*

I. OTURUM

*Oturum Başkanı
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

**EVRENSEL REKABET POLİTİKASINDA
ULUSLAR ARASI REKABET AĞININ ROLÜ**

Mrs. Mona YASSINE

Mısır Rekabet Kurumu Başkanı

8. Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türk Rekabet Kurumu
14-15 Mayıs 2010
Kayseri, Türkiye

Mona Yassine
Mısır Rekabet Kurumu

Geçmiş – Mısır'ın deneyimleri

- Mısır'da, Rekabet Kanununun hazırlanması 14 yıl sürdü;
- UNCTAD, ABD ve AB'den uzmanlar hazırlanma sürecinde yardım etti;
- Kanun Şubat 2005'te kabul edildi;
- Kabul edilen Kanun tavsiye edilen versiyondan farklıydı;
- Kurul Ağustos 2005'te atandı;
- İşe alma ve eğitim Ocak 2006'da başladı
- Rekabet hukukunda yerel deneyim çok azdı.
- Nasıl başlayacağımıza karar vermek için farklı rekabet kurumlarının organizasyonu hakkındaki UNCTAD raporunu kullandık.
- Bize yardımcı olması için birçok uzman çağırdık;
- Kanunda değişiklik yapmamız gerekti;
- **Daha sonra?**

ICN'i keşfettik

ICN bize çok katkı sağladı, örneğin:

- Web sitelerine erişim ve onun vasıtasıyla Rekabet Dünyasına erişim
- Ülkelerin deneyimlerinden elde edilen istatistik ve bilgilere dayalı, tavsiye edilen uygulamalar
- Eğitim ve deneyim alışverişine yönelik çalıştaylar
- Uzmanlarla iletişim ve tartışma olanağı sağlayan konferanslar
- Rekabet hukukunun ana alanlarında çalışma grupları
 - Savunuculuk
 - Kartel
 - Birleşme
 - Tek taraflı davranışlar
 - Kurum Etkinliği

Kanunu değiştirmemiz gerektiğinde ICN'in kılavuz ilkeleri şu alanlarda kullanıldı:

1. Para cezalarının 2 milyon Dolardan 54 milyon Dolara çıkarılması
2. Pişmanlık programının getirilmesi (şartlar ve koşullar)
3. Gelecekte birleşme ve devralmaların kontrolünde kullanılacak bildirim kılavuzu
4. Savunuculuk ve kamuya ulaşma

Uluslararası en iyi uygulamalar ulusal rejimlerin farklılığı göz önüne alındığında ne kadar başarılı olabilir?

- İletişim ve çalışma gruplarının katkısı sayesinde ICN bu farklılıkların bilincindedir.
- Etkinliğin; yapı, hukuk kuralları ve uygulama yetisinde bağlı olarak değiştiğinin farkındadır.
- Bir sivil toplum kuruluşu olarak, müdahale olmaksızın yardım ruhu geliştirebilmiştir.
- Hepimizin üzerinde anlaştığı ortak ilkeler kavramı vardır

Çeşitli ortak ilkeler tespit ettik:

- Caydırıcılığın önemi: cezaların artırılması ya da kartelleri ceza hukuku altında ele alma yoluyla ulaşılır.
- Pişmanlık programlarının önemi: Bazı şirketler suç işlediği halde kurtulabilir ama bu piyasanın ve ekonominin yararına olacaktır;
- Etkinliğin artmasına katkıda bulunan deneyim alışverişinin önemi.
- Küresel düzeyde işbirliğinin önemi çünkü sınır ötesi ihlaller yaygınlaşmakta ve uluslararası ticareti ve yerel piyasaları etkilemektedir.

Bu yıl Nisan ayında İstanbul'da yapılan ICN yıllık toplantısı ICN'in farklı ülkeleri kanunlarını hazırlarken ve uygularken ne kadar etkilediğini ve bu ülkelerin ICN'in kılavuz ilkelerini ne kadar kullandığını gösterdi.

Kartel anketini örnek vermek istiyorum. Son on yıldaki gelişmeler etkileyici ve tabii ki iletişim, işbirliği, bilgi alışverişi ve yardımlaşmanın sonucu.

Rekabet kanunlarındaki değişiklikler

Son on yılda rekabet kanununuzdaki hangi değişiklikler/gelişmeler kartellerle ilgili uygulama programınızı etkiledi?	Ülke Sayısı
Cezalarda artış	43
Soruşturma yetkileri	35
Pişmanlık hükümleri	35
Kurumsal/prosedürle ilgili hükümler	23
Yeni ihlal hükümleri	19
Sınırlamalarla ilgili mevzuatta artış	11
Engelleme ile ilgili hükümler	11
Uzlaşma ile ilgili hükümler	10
Çözüm önerileri ile ilgili hükümler	7
Per se standardının kabul edilmesi	6

Kartellerle ilgili uygulamanın algılanan önemi

Hangi faktörler kamu, medya, iş dünyası, baro ya da diğer kamu kurumlarının algısını önemli ölçüde etkiledi?	Ülke sayısı
Etkin uygulama faaliyetleri	35
Medyada yer alma	35
İş dünyasında bilincin artması	32
Halka ulaşma	30
Cezalarda artış	27
Ulusal hükümet kurumları ile savunuculuk	20
İhale yetkilileriyle savunuculuk	15
Rekabet Barosuna ulaşma	14
Pişmanlık başvurularında/şikayetlerde artış	12

Yeni Soruşturma Yetkilerinin Oluşturulması

Son on yılda kartellerle ilgili uygulama çalışmalarınızı geliştiren yeni soruşturma yetkilerinin oluşturulması bakımından rekabet hukukunuzda hangi değişiklikler/gelişmeler meydana geldi?	Ülke sayısı
Pişmanlık programının değiştirilmesi ya da kabul edilmesi	39
Pişmanlık programının kabul edilmesi	33
Arama yetkilerinin geliştirilmesi	31
Pişmanlık programında değişiklik yapılması	21
Belgeler/bilgiler için zorunlu süreç	12
Tanıklara soru sormak ya da onlardan bilgi almak için yeni yetkiler	18
Telefon dinleme yetkisi	15

Kartellere Karşı Uygulamalarda Kurumsal Değişiklikler

Son on yılda kartellerle ilgili uygulama programınızı kurumunuzdaki hangi belli başlı kurumsal değişiklikler/gelişmeler etkiledi?	Ülke sayısı
Kartellerle ilgili uygulamalara öncelik verilmesi	33
Kadronun artırılması	29
Eğitim ve geliştirme	29
Karteller için ayrı uzmanların bulunması	25
Örgütsel yeniden yapılanma	21
Dışa açılmanın artması	18
Hedefe yönelik işe alma	



The Role of ICN in Global Competition Policy

8th Annual Symposium on Recent Developments in Competition Law
Faculty of Law, Erciyes University
Turkish Competition Authority
May 14-15, 2010
Kayseri, Turkey

Mona Yassine
The Egyptian Competition Authority

Background – Egypt Experience

- Egypt spent 14 years drafting the Competition Law;
- UNCTAD, US and EU experts to help the drafting;
- The Law passed in February 2005;
- The Law that passed was different from the Recommended version;
- The Board was appointed in August 2005;
- Recruitment and Training started in January 2006

Background – Egypt Experience

- Little local experience in Competition Law;
- We used an UNCTAD report on different organization forms of competition agencies to select how we would start;
- We invited many experts to help put us on track;
- We needed amendments to the law;
- **Then ?**

We discovered the ICN

Egypt Experience

ICN provided a lot of help such as:

Access to their website and through it access the Competition World

- **Recommended practices were available based on statistics and information collected from countries' experiences**
- **Workshops for training and exchange of experiences**
- **Conferences that allows interaction and discussions with experts**
- **Work Groups on major aspects of the competition Law**
 - **Advocacy**
 - **Cartel**
 - **Merger**
 - **Unilateral Conduct**
 - **Agency Effectiveness**

Egypt Experience

When we needed to amend the law, the ICN guidelines were used:

- **Increasing the penalties from \$2 million to \$54 million**
- **Introducing leniency (terms and conditions)**
- **Notification guidelines that can be used in future for M&A control**
- **Advocacy and public outreach**

ICN Role

How Far could International best practice go given the diversity of national regimes?

- **ICN through communication and contribution of working groups recognizes this diversity**
- **It recognizes that effectiveness varies based on structure, terms of the law, and ability to implement**
- **As a non government organization, has been able to develop a spirit of assistance without interference**
- **There is the notion of common principles we all agree to**

ICN Role – Egypt Experience

How Far could International best practice go given the diversity of national regimes?

We have found several common principles:

- **Importance of deterrence: Achieved through increased penalties or considering Cartels under criminal law;**
- **Importance of leniency programs: Though some companies may get away with a crime, but this would be for the benefit of the market and the economy;**
- **Importance of exchange of experiences that helps increase efficiency;**
- **Importance of cooperation on the Global level since cross border infringements hare becoming more common and have their effect on international trade and local markets**

ICN Role

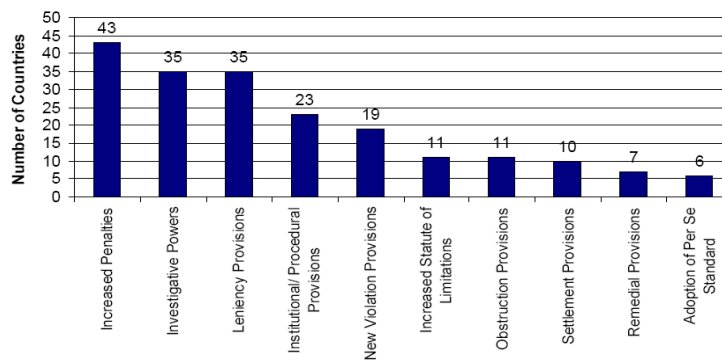
How Far could International best practice go given the diversity of national regimes?

The ICN Annual conference held in Istanbul in April this year has reflected on how much ICN has affected different countries in the development of their laws and enforcement and how much these countries used ICN guidelines.

I will use the Cartels survey as indication. The developments in the last 10 years are amazing and certainly the result of communication, cooperation, information exchange and assistance.

Changes in Competition Laws

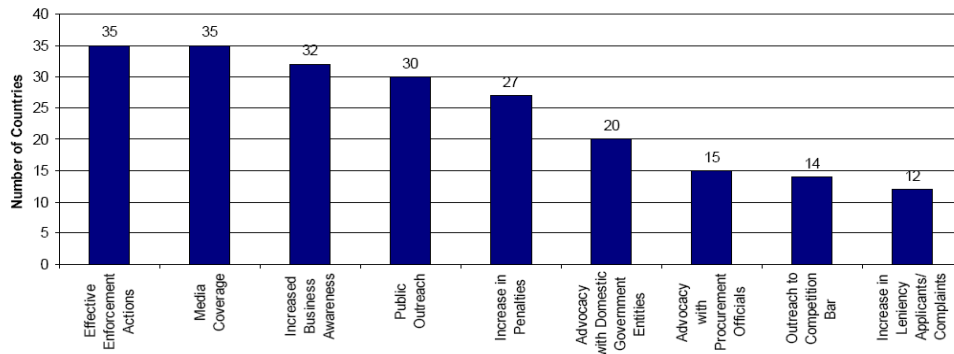
What changes/developments in your competition law have impacted your cartel enforcement program over the last 10 years?



5

Perceived Importance of Cartel Enforcement

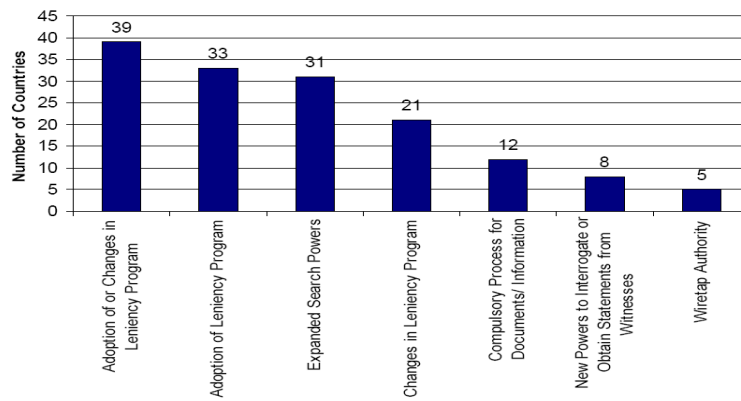
What factors have most significantly influenced the perception of the public, media, business community, defense bar or other government agencies in your jurisdiction?



11

Creation of New Investigative Powers

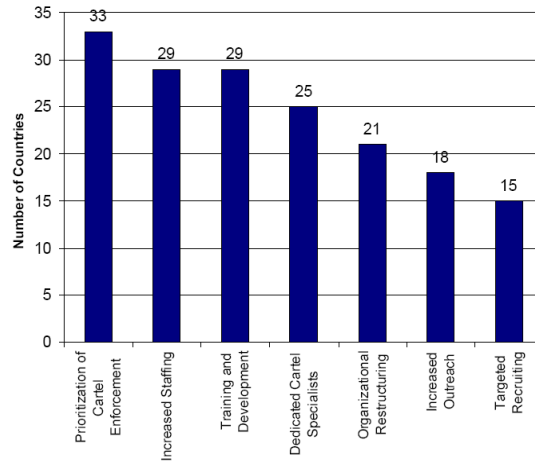
What changes/developments have taken place in your competition law over the last 10 years, with respect to the creation of new investigative powers that have advanced your cartel enforcement efforts?



7

Institutional Changes in Anti-Cartel Enforcement

What major institutional changes/developments implemented in your agency have impacted your cartel enforcement program over the last 10 years?



9

Thank You
www.eca.org.eg

AKARYAKIT DAĞITIM SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN REKABET YASAKLARININ DOĞURDUĞU SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Öğretim Üyesi

- 1) Rekabet Kurulu, önce Danıştay 13. Dairesi'nin 13.05.2008 tarih, 2006/1604E. 2008/4196 K. sayılı iptal kararı üzerine verilen 30.10.2008 tarih ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ kararına, daha sonra ise "Pol - Pet Petrol Ürünleri Tur. Konaklama ve Din. Tes. Ltd. Şti. – Bölünmez Petrolcülük A.Ş. ve Barbaros Akaryakıt San. Tic. Ltd. Şti. – Altınbaş Petrol ve Ticaret Aş. arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin dosyalarda yaptığı değerlendirmeye ve Sektör Raporu ile ulaşılan başta sektörde kapama etkisinin varlığı yönündeki sonuçlara dayanarak vermiş olduğu 05.03.2009 tarihli kararı ve bu karardaki ilkelerin tüm sektöre uygulanacağına dair 12.03.2010 tarihli Duyurusu sonucunda bütün sektörde etkilenen 13000 kadar anlaşma bulunmakta ve buna bağlı olarak çok sayıda dava doğmuş bulunmaktadır. Bu davaların yıl sonuna kadar sayısında artış olması da beklenen bir gelişmedir.
- 2) Akaryakıt bayilik sözleşmeleri, akaryakıt dağıtım şirketleri (sağlayıcı) ile akaryakıt bayileri (alıcı) arasında ikili bir hukuki ilişki tesis ettikleri sözleşmelerdir. Dağıtım şirketi, akaryakıt istasyonunun kurulacağı bayiye ait gayrimenkul üzerinde kendi lehine 15–25 yıl gibi uzun süreli intifa hakkı tesis etmekte veya tapuya şerh edilmiş kira sözleşmeleri aktedilmektedir. Bununla birlikte Rekabet Kurumu'nun 2002/2 sayılı Tebliği ile uyumlu olması amacıyla bayiler ve dağıtım şirketleri arasında 5 yıl süreli bayilik anlaşmaları aktedilmektedir. Bayilik sözleşmeleri ile birlikte kredi ve ödünç gibi bir takım başka sözleşmeler de yapılabilmektedir. Böylece bayi ile dağıtıcının ilişkisini yöneten birden çok sözleşme meydana gelmektedir.
- 3) 2003 tarihinden öncesinde de aktedilen intifa sözleşmeleri 2003 tarihinde 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesiyle Akaryakıt ve LPG istasyonları arasındaki mesafeler, aynı yönde olmak üzere, şehirler arası yollarda on kilometreden, şehir içi yollarda bir kilometreden az olmaması öngörülerek faaliyet sınırlamalarının sonucunda bayi ruhsatı ve akaryakıt bayiliği kurulabilecek yerler sınırlı hale gelmiştir Bu yerlerden bazıları ise şehir içinde olmaları nedeniyle kırsal alandakilere göre daha yüksek hacme sahiptir. Bir yandan bayi kurulabilecek yerlerin sınırlanmış olması bir yandan da "iyi yerlerin" daha da kıt olması sonucunda dağıtıcılar iyi yerlerdeki bayilerle ilişkilerinin

devamını sağlamak amacıyla yaptıkları intifa sözleşmeleri daha da uzun tutmaya ve onlar için kendi aralarında rekabet etmeye başlamışlardır.

4) Yargıtay Genel Kurulu'nun 6.6.2001 tarih ve 2001/11-426 E., 2001/481 K. sayılı kararında “ .. bağitlanan işletme sözleşmesinin kapsamı ve yapılacak işin niteliği gözetildiğinde (sağlayıcı) lehine taşınmazda kurulan intifa hakkının süresi itibarı ile mülkiyet hakkını zedeleyici ağırlıkta olduğunun kabulünün mümkün olmadığına, işletme sözleşmesinin feshedilmesinin intifa hakkını ortadan kaldırmayacağına da intifa hakkına ilişkin resmi senette açıkça düzenlenmiş olduğuna ve tapuca tescil edilmiş bulunan intifa hakkını sona erdiren hallerin MK. 720 maddesinde açıkça düzenlenmiş olduğuna” dikkat çekmiş ve neticede “somut olayda da intifa hakkının terkinini haklı gösterecek bir nedenin varlığının kanıtlanamamış olmasına...” şeklindeki görüşüyle Yargıtay intifa sözleşmeleri ile bayilik sözleşmelerini birbirinden ayrı ve bağımsız birer sözleşme olarak görmektedir.

5) Rekabet Kurulu'nun 2002/2 Tebliği ile düzenleyici işlem olarak yaptığı dikey anlaşmalarda yer alan rekabet yasağına ilişkin hükümlerin, 2002/2 Sayılı Tebliği'nin 5. maddesiyle uyumlu hale getirilmesine ilişkin geçiş süreci 18.9.2003 tarihinde başlayıp, 18.9.2005 tarihinde sona ermektedir.

6) 2003 tarihinin aralık ayında yürürlüğe giren 5012 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesiyle akaryakıt bayilerinin kendi dağıtım şirketleri dışındaki dağıtım şirketlerinden ürün tedarikini yasaklayarak söz konusu madde hükmünde bayilerin, dağıtıcıları ile yapacakları tek elden satış sözleşmesine göre bayilik faaliyetlerini yürütmelerini şart koşarak aksi durumu 19. maddesinde idari para cezaları başlığı altında ele alarak ağır yaptırımlara bağlamıştır. Söz konusu 8.madde ve dağıtıcıların diğer dağıtıcıların bayilerine tedarik etmesini önleyen 7. Madde hükmüyle bayiler ile dağıtım şirketlerine karşılıklı olarak rekabet etmeme yükümlülüğü öngörmüştür.

7) Alıcı konumundaki bayilere getirilen rekabet yasakları, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ancak dikey anlaşmalarda 5 yılı aşmayan rekabet yasakları 2002/2 sayılı Tebliği ile sağlanan 4054 sayılı kanunun 5. maddesine dayanarak grup muafiyetinden yararlanmaktadır. Alıcıya bu maddede izin verilen sınırlamaları aşan rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi durumunda, bu yükümlülüğü içeren sözleşme hükümleri grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Diğer sektörlerdeki Dağıtım şirketleri bayilik anlaşmalarının süresini 5 yıl olarak belirlerse ya da dağıtım anlaşmasının süresi daha uzun bile olsa rekabet yasağının süresini 5 yıl olarak belirlerse grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Sözleşme süresi ya da rekabet yasağı süresi daha uzun veya belirsiz süreli ise sözleşmenin

geri kalanı grup muafiyeti kapsamında kalmaya devam ederken sadece rekabet yasağı getiren hükmü grup muafiyeti dışına çıkmış olmaktadır.

8) Rekabet Kurulu'nun 2008 yılının sonuna dek bu konuda vermiş olduğu kararların tamamında, sözleşme süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu olması yeterli görülmüş olup, bunun dışındaki intifa hakkı, kira sözleşmesi gibi sözleşmelerin akıbetinin ne olacağına bir özel hukuk problemi olduğu vurgulanmıştır. Ancak Kurul, önce Danıştay 13. Dairesi'nin 13.5.2008 tarih, 2006/1604 E. 2008/4196 K. sayılı dağıtıcı ve bayi arasında imzalanan intifa sözleşmesi ile bayilik sözleşmesinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve intifa sözleşmelerinin rekabet yasağının süresini fiilen uzatacak şekilde kullanılmayacağı görüşünü belirttiği iptal kararı üzerine verilen 30.10.2008 tarih ve 08-61/997-389 sayılı Total-Akdağ kararında, daha sonra ise —Pol-Pet Petrol Ürünleri Tur. Konaklama ve Din. Tes. Ltd. Şti – Bölünmez Petrolcülük Aş.ve —Barbaros Akaryakıt San. Tic. Ltd. Şti. – Altınbaş Petrol ve Ticaret Aş. arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin dosyalarda yaptığı değerlendirme sonucunda vermiş olduğu 05.03.2009 tarihli kararında Danıştayın görüşü Kabul edilmiştir.

9) Rekabet Kurulu Sektör raporu hazırlamıştır. Sektör Raporu ile ulaşılan sonuçlardan birisi de sektörde kapama etkisinin varlığıdır. Rekabet Kurulu Pol-Pet ve Bölünmez Petrolcülük Kararında verdiği bu kararı hem bu Danıştay kararına hem de sektör raporundaki bu tespitlere dayandırmıştır.

10) Rekabet Kurulu'nun 13. Dairesi'nin 13.5.2008 tarih, 2006/1604 E. 2008/4196 K. sayılı kararını ve Sektör Raporunu esas alarak verdiği 05.03.2009 tarihindeki kararının sonucunda Rekabet Kurulu'nun web sitesinde yayınladığı 8 bentlik duyurusunda birlikte değerlendirilecek olan bayilik ve intifa sözleşmelerinin ikisinin de 2002/2 sayılı tebliğe uygun olarak 5 yılı aşar şekilde yapılamayacağını ve bayilik sözleşmesi ile bağlantılı kredi sözleşmeleri, ekipman sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri ya da uzun süreli intifa hakkı tanınması gibi şahsi ya da ayni hakların da rekabet yasağının süresini fiilen uzatacak şekilde kullanılmayacağını aksi halde bu durumun 4054 sayılı kanunun 4.maddesine aykırılık teşkil edeceğini ve ceza yaptırımını uygulanabileceğini ve kuralların tüm piyasa aktörleri için geçerli olacağını 12.03.2009 tarihinde ilan etmiştir.

11) Rekabet Kurulu'nun yayınladığı karara göre; Kararın gereği olarak 18.9.2005 tarihinden önce yapılmış olup da süresi 18.9.2010 tarihine kadar dolmayacak olan intifa sözleşmelerinin süresi 18.9.2010 tarihinde sona erecektir. 18.9.2005 tarihinden sonra yapılmış olan sözleşmelerin süresinin ise yapıldıkları tarihten itibaren 5 yıl olacak şekilde tapuda süre kısaltma işlemi yapılarak değiştirilmesi gerekmektedir. Bu duyuru ile gerçekleşen hukuki sonuçlar bunlarla sınırlı olarak kalmamakta, bu tarihlerin aşılması halinde para cezası alınacağı

kesin bir dille ifade edilmektedir. Öte yandan özel hukuk açısından da ciddi sonuçlar ortaya çıkmakta bu süreleri aşan sözleşmelerin kanunun ermedi hükümlerine aykırılık ve azami hadde indirme ilkeleri icabı olarak geçersiz olması sonucu da ortaya çıkmaktadır. Öte yandan bu sözleşmelerin geçerli olacağı varsayımı ile verilmiş bedeller de sebepsiz olarak verilmiş bedeller haline gelmekte ve BK ile belirlenmiş zamanaşımı süresinin işlenmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu duyuru doğurduğu bu hukuki sonuçlar nedeniyle esasen icrai ve atipik bir düzenleyici işlem niteliğindedir. İşlem dava edilmiş, 13 daire işlemi esastan incelemeye geçmiştir. Yürütmeyi durdurma talebi klasik ifade ile reddedilmiş, red kararına yapılan itiraz da yine klasik ifade ile reddedilmiştir. Danıştay 13. Dairesinin ve Genel Kurulun yürütmeyi durdurma taleplerini ve davayı “icrai bir işlem söz konusu olmadığından reddetmemiş olması ve esası incelemeye geçmiş olması nedeniyle her iki kurumun da işlemi icrai bir işlem olarak gördüğünü düşündürmektedir. Nitekim 2577 sayılı İYUK’un 14. maddesinin d bendine göre “İdarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı” ilk inceleme kalemlerindedir. Aksine bir düşünce olsa idi davanın bu gerekçe ile en baştan reddi gerekirdi.

12) Sözleşme intifa sürelerinin kısaltılması sorun teşkil etmekte ve intifa sözleşmeleri için tapuda süre kısaltma gibi bir işlemin yapılabilmesi için intifaların öncelikle terkin ve sonra yeniden tesis edilmesinin gerekmektedir böylece iki kez harç ödenmesi gerekiyordu ancak Rekabet Kurumu’nun girişimiyle kısaltma işlemi artık yapılabilmektedir, böylece kararla yaratılan ek masraflar yarı yarıya azaltılmış olmaktadır. Diğer yandan 2005 öncesi sözleşmelerin tümünün 18.9.2010 tarihinde önce sona erdirilmesi ve tapudan terkin edilmesi ve tekrar aynı bayilerle sözleşme yapılması halinde yeniden tapuya tescil edilmesi önerilmiş iken, usul ekonomisine ve akla aykırı bir durumun oluşacağı, tapuda yapılacak işlemler nedeniyle gereksiz yere ekstra maliyetlere katlanılması ve etkinsizlik yaratılması sonucunun ortaya çıkacağı düşüncesi ile olsa gerek vazgeçilmiş ve eğer böyle bir anlaşma sağlanabiliyorsa hiç terkin yapılmaması sadece 18.9.2015 tarihini aşar nitelikteki intifaların bu tarihe kısaltılmaları sonradan “sık sorulan sorularda” yapılan değişikliklerle yeterli görülmüştür. Özellikle tapuda işlem yapacak olan yabancı ortaklı olan dağıtım şirketlerinin mülki amirlerden izin almaları gerekeceğinden önemli idari güçlüklerle karşılaşacakları, kötü niyetli olabilecek bazı bayilerin haksız talepleri ile karşılaşabilecekleri, yeniden sözleşme yapmak istemeyecek olan bayilerle dağıtım şirketleri arasında önceden yapılmış yatırımların iadesi, iadenin kapsamı, zamanı ve ödeme şekli ile ilgili çeşitli dava ve ihtilafların doğacağı, yaratılan belirsizlik nedeniyle yatırımlarda önemli aksamalar olabileceği, özellikle ürünün niteliği gereği olarak güvenlik yatırımlarının aksamasının önemli sonuçları

yaratabileceği yabancı ortaklı şirketlerin tapuda işlem yapmalarının her bir işlem için mülki amirden özel izin almaları şartına bağlanmış olması, işlemlerin süresi ve maliyeti bakımından endişeler doğurmaktadır.

13) Rekabet Kurumu'nun, dikey anlaşmanın grup muafiyetinden ve bireysel muafiyetten yararlanamayacağını belirlemesi, anlaşmanın bireysel muafiyet da alamaması halinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olduğu, dolayısıyla 56. maddesi gereği geçersiz olduğu anlamına gelmektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nda geçersizliğin sonuçlarına ilişkin olarak, geçersiz olan anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin istenemeyeceği belirtilmiş ve daha önce yerine getirilmiş edimler için de, BK 63 ve 64. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapılmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nda söz konusu olan yaptırım mutlak butlanla geçersizdir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı anlaşmalar mutlak butlanla geçersizdir. Geçersiz olan hüküm sözleşmenin geri kalanından ayrılabilir nitelikte ise tarafların iradesini yaşatma ilkesi gereğince kısmi butlan söz konusu olacak sadece o hüküm geçersiz olurken sözleşmenin geri kalanı geçerli olacaktır. Bazen tarafların farazi iradelerine bakmaksızın sözleşmelerin süresi kanun koyucu veya idari bir makam tarafından azami hadde indirilebilir bu gibi durumlarda ise değiştirilmiş kısmi butlan söz konusu olur. Bu gibi durumlarda sözleşmenin ilgili hükmü veya sözleşme ya da sözleşmenin süreyi aşan kısmı yapıldığı andan itibaren geçersizdir. Bu nedenle tarafların, söz konusu hukuki işlemin Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'na 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. Kanunu'nun 56. maddesinde Borçlar Kanunu'na yapılan gönderme gereğince, yerine getirilmiş edimlerin istenmesi konusunda, Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme halinde iadenin kapsamını belirleyen, BK 63. ve 64. maddeleri uygulanacaktır. Borçlar kanununun söz konusu sebepsiz zenginleşen hükümlerinden yararlanabilmek ve yapılan fazla yatırımları iade alabilmek için 12.03.2009 tarihli ilan tarihinden itibaren 1 yıllık kısa zamanaşımı süresi içinde 12.03.2010 tarihine kadar ihbar yapmak yeterli olmayacağından dava açmak gerekmektedir. Nitekim bilgimiz dahilinde 2000 üzerinde dava açılmış bulunmaktadır.

14) Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, akaryakıt bayilerinin diğer dağıtıcı ve onların bayilerinden akaryakıt ikmali yapması yasaktır. Yani kanundan doğan bir rekabet yasağı bulunmaktadır 8. madde ile getirilen emredici bir yükümlülüğün bir A Tipik Düzenleyici işlem niteliğinde bir İnternet Duyurusu ile kaldırılması gibi bir sonuç doğurduğu bu itibarla Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu açıdan bakıldığında Rekabet Kurulunun yapacağı bir düzenlemeyi ya da uygulamayı dikkatle

belirlemesi ve PPK ile çelişkiye düşmemesi gerekmektedir. Özellikle çıkaracağı bir tebliğ ya da herhangi bir düzenleyici işlemin böyle bir sorun yaratma ihtimali bulunduğunu düşünüyoruz.

15) Dikey anlaşmalarda yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ilgili pazarda kapama etkisi konusunda Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanan Dikey Anlaşmalara ilişkin Kılavuz uyarınca, pazardaki kapanma oranı hesap edilirken, rekabet yasağı altında çalışan bayilerin yanında dağıtıcı tarafından bizzat işletilen satış noktalarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Yine Kılavuz'da, hiçbir dağıtıcının pazar payının %30'u aşmaması ve toplam kapama oranının % 40'tan fazla olmaması durumunda perakende seviyede toplu bir kapama etkisinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Ayrıca, ilgili pazarda tek bir sağlayıcının pazar payı % 30'u aşmadığı sürece, toplam kapama oranı % 40'tan fazla olsa dahi, rakiplerin sayısının fazla olduğu ve pazarda önemli giriş engellerinin bulunmadığı bir ihtimalde toplu kapama etkisinden bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır. Doktrinde ise belirli koşulların bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu koşullardan ilki, aynı zamanda en önemlisi, —*pazarın* önemli bir bölümünün rakiplere kapanmış olması” koşuludur. Kapama etkisinin ikinci önemli koşulu olarak “pazarın uzun süre rekabete kapanması” dikkate alınmaktadır

16) Akaryakıt piyasasının yapısal analizine bakıldığında; akaryakıt dağıtım piyasasında 1994 yılında sadece 10 şirket faaliyet gösterirken, 2004 yılında bu sayı 20 şirkete yükselmiştir. 2008 yılında 45 lisanslı dağıtım şirketinden 36 adet aktif dağıtım şirketi bulunmaktadır. 2009 itibariyle ise lisanslı dağıtım şirketi sayısı 51 olmuştur. 2010 yılı itibariyle biraz daha yükselen şirket sayısı 59-60'lara ulaşmıştır. Sektör raporunda yapılan birinci tespite göre sektöre yeni şirket girişlerinin eskiden beri var olduğu ve girişlerin halen devam ettiği açıkça anlaşılmaktadır. Sektör, girişler kadar çıkışlara da açıktır, nitekim bir kaç firmanın da çıkış yaptığı görülmektedir. Örneğin; Tabaş, Mobil ve Selyak şirketleri farklı tarihlerde piyasadan çıkmışlardır. Yapılan analizde pazar payları sürekli değişim göstermekte, özellikle büyük şirketlerin küçüklere pay kaptırdıkları anlaşılmaktadır. Örneğin 2004 yılına kadar POAŞ %55,73 den önce 36,51'e; Turcas %7,72'den 6,66'ya; Tu-Ta %0,91'den 0,08'e düşmüştür. Bazı şirketlerin de pazar payları artmıştır. Örneğin Shell, %10,07'den 14,28'e; BP %5,05'den 12,47'ye; Total %4,47'den 8,58'e; Opet %3,47'den 7,92'ye, Petline %0'dan 1,19'a; Aytemiz %0'dan 3,36'ya; Bölünmez %0'dan 2,94'e; Altınbaş %0'dan 2,33'e yükselmişlerdir. Özellikle Opet 1992 yılında piyasaya girmiş olmasına karşın Pazar payı hızlı bir şekilde yükselmiş piyasa liderleri arasında yerini almıştır. Bu durum 2004 yılına kadar piyasaya hem yeni girişlerin olduğunu, hem yeni girenlerin hem de mevcutların büyüyebildiğini, etkin olmayan

bazı teşebbüslerin de pazar payı kaybettiğini ve yabancı firmaların değil, yerli güçlü firmaların da sektöre girebildiğini ve etkin çalışmaları halinde büyüyebildiklerini göstermektedir.

17) 2003-2009 yıllarında on bir şirketten iki tanesi Turcas ve Akpet devirler yolu ile, Turcas Shell ile Aytemiz ise Lukoil ile birleşerek piyasadan çıkmışlardır. Bu durum piyasadan çıkışların devam etmekte olduğunu göstermektedir. En büyük 11 şirket, yeni girenlere ve/veya ilk on bire giremeyen, yani daha küçük olan şirketlere pazar payı kaptırmaya devam etmektedirler. Nitekim diğer kaleminin aldığı pay %4,95 iken %7,22 olmuştur. Yani piyasaya yeni girişler olduğu görülmektedir. Ayrıca Opet 1994 yılından bu güne kadar istikrarlı bir şekilde pazar payını büyütürken sektör liderleri arasına girmiş bulunmaktadır. 2004 yılından sonraki büyüme içinde Tüpraş'ın özelleştirilmesinin ve Opet ile aynı grupta olmasının etkisi düşünülebilirse de, daha önceki büyüme performansı ile sonraki performansı arasında önemli bir fark görünmemektedir.

18) Piyasaya sıfırdan girişler yanında devir suretiyle yeni girişler ve devir yolu ile büyüme sonucu doğuran olaylar da olmuştur. Dünya petrol devlerinden olan Lukoil Akpet'i devralarak piyasaya devir yolu ile ve önemli bir pazar payı ile girmiş bulunmaktadır. Bu durumda Lukoil'in dünyadaki performansına paralel olarak pazar payını hızlı bir şekilde arttıracak beklenebilir. Bunun dışında Shell, Turcas'ı devralarak büyümeyi tercih etmiş ancak bir miktar pay kaybetmiş görünmektedir. Piyasaya sıfırdan giren Alpet ve Turkuaz sırasıyla 2,69 ve 1,17 gibi pazar paylarına ulaşmışlardır. Diğer kalemlerin payı artmaktadır, bu bize Turkuaz ve Alpet dışında da girişler ve büyüyenler olduğunu göstermektedir. Sektörün gayet dinamik olduğu açıkça görülmektedir.

19) C4 testine ve Herfindahl-Hirschman indekslerine değerlendirildiğinde Benzinde ilk dört firmanın pazar payları toplamı %85,82; motorinde ise %74,92, yani ortalama yaklaşık %80 civarındadır. HHI rakamları ise motorinde 1634, benzinde ise 2033'dür. Ortalama 1830 civarında çıkmaktadır. Bu rakamlar her ne kadar yoğunlaşmış bir pazarı işaret etmekte ise de HHI yoğunlaşma oranlarının ortalamasının, arada iniş çıkışlar olsa da uzun vadede sürekli düşmekte olması, yeni girişlerin etkili olduğunu göstermektedir. Büyük şirketlerin pazar paylarının zaman içindeki değişimlerine bakarsak 1994'den 2001 krizine kadar PO'nun pazar payının azalması söz konusudur. Buna karşılık hemen bütün firmaların pazar paylarında az da olsa artışlar kaydedilmiştir. Fakat 2001 krizinden sonra PO'nun pazar payı kayıpları sona ermiş; PO pazar payını bir miktar toparlamıştır ama daha sonraki yıllarda sürekli pay kaybeden taraf olarak görünmektedir. Ama öyle anlaşılıyor ki 2001 krizinden sonraki pazar koşulları hızla değişmiş ve piyasaya girişlerde artışlar yaşanmaya başlamıştır. Sektör, 5015

sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun gölgesinde ve onun getirdiği sınırlamaların kısılcında olarak bu dinamizmi yakalamış görünmektedir. Kanundan kaynaklanan pek çok sınırlama kaldırılırsa, zaten yapısal hiç bir rekabet sorunu kalmayacak gibi görünmektedir. Dolayısıyla piyasa durağan ve olgun bir piyasa değil aksine sürekli olarak giriş çıkışların yaşandığı dinamik ve rekabetin yüksek olduğu bir piyasa özelliği göstermektedir.

20) Rekabet Kurulu'nun *Avrupa Birliği Komisyonunun kılavuzuna uygun analizler yaparak* muafiyetin geri alınmasına karar verdiği ve kapanmış piyasalar olarak değerlendirdiği pazarların yapıları ile akaryakıt piyasasının yapısı arasında oldukça önemli farklar bulunmaktadır. Bir kere pazarda kapama etkisi nedeniyle muafiyetin geri alındığı pazarlarda hakim durumda olan bir teşebbüs bulunmaktadır, çok az sayıda rakip teşebbüs vardır (dar oligopol) ve rakip teşebbüslerin pazar payları hakim durumda olan teşebbüsle kıyaslandığında çok düşüktür. Yoğunlaşma oranları ise aşırı yüksek olup akaryakıt piyasasına göre iki üç kat yüksektir. Akaryakıt dağıtım piyasasında ise hakim durumda bir teşebbüs bulunmamaktadır, çok sayıda rakip bulunmaktadır (geniş oligopol), rakip şirketlerin pazar payları (en azından ilk dört tanesinin) bir biri ile yakındır, lider durumdaki altı şirketin arasına zaman içinde yeni şirketler katılabilmekte, liderler arasında olan bazıları ise gerileyebilmektedir.

21) Genel esaslar yönünden 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü ile paralel hükümler içermesine rağmen 2002/2 sayılı Tebliği 2007/2 sayılı değişiklik öncesinde, Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan mehzaz 2790/1999 Sayılı Komisyon Tüzüğü'nden farklı kılan husus, söz konusu Tebliğ'in pazar payı eşğine sahip olmamasıydı. Dolayısıyla piyasada faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin beş yıla kadar olan rekabet etmeme yükümlülükleri (Tebliğ'in öngördüğü diğer Şartları da taşımak kaydıyla) grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Grup muafiyetinden yararlanma açısından, teşebbüsler arasında pazar payına dayalı bir ayrıma gidilmemiştir. Önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüs ile piyasaya yeni girmiş teşebbüs arasında bir ayrım gözetmeyen Tebliğ, söz konusu iki farklı pazar gücüne sahip teşebbüsün yarattığı farklı düzeylerdeki piyasa kapama etkisini de aynı hükümler ile düzenlemekteydi. Bu sebeple Değerlendirmede 4054 sayılı kanunun 6. maddesine göre hakim durum analizi yerine kanunun 4. Ve 5. maddesine göre muafiyet analizi yaparak ticaretin seviyesi, giriş engelleri, sağlayıcının pazardaki konumu, rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi ve kapsamı esas alınmaktadır.

22) Rekabet Kurulu'nun muafiyeti geri aldığı kararlar incelendiğinde geri alınan muafiyetin *bira sektörü* hariç olmak üzere genelde ilgili sektörden değil, ilgili teşebbüsten alındığı görülmektedir. Daha sonra bira sektöründe de durum

düzeltilmiştir yani sadece hakim durumda olan teşebbüsten muafiyet geri alınmaktadır. Bu da genel olarak Kurul'un piyasa kapama yaklaşımını ortaya koymaktadır. Oysa akaryakıt dağıtım sektörü ile ilgili olarak aldığı bireysel karar ve atipik düzenleyici işlem ile grup muafiyetinin tüm sektörden geri alınması sonucunda ortaya çıkabilecek durum ne ise benzer bir durum doğurmuştur. Oysaki akaryakıt sektöründe hâkim durumda hiç kimse yok; en büyüğü Petrol Ofisi, onun da yüzde 23, yüzde 24, yüzde 20, farklı kalemlerde pazar payı var. Akaryakıt sektörünün yapısı, ürünün homojen olması, piyasanın yapısından kaynaklı zorunluluklar, yapılan yatırımların maliyeti ve geri dönüş süresi, Petrol Piyasası Kanunu 8. maddesinden kaynaklı rekabet yasağı hükümleri dikkate alındığında, sektörün kendine özgü yapısal özelliklerinin göz ardı edildiği görülmektedir. Ancak 2002/2 tebliğinin uygulama alanı bulmasından dolayı petrol piyasa kanunu 8. maddesi Akaryakıt Bayilik Sözleşmelerinin belirli süresi varmış gibi uygulanmaktadır. Oysa 2002/2 sayılı tebliğ Rekabet Kuruluna "sözleşmelerin" süresine değil "rekabet yasaklarının" süresine müdahale etme yetkisi vermektedir.

23) 5015 sayılı kanunla 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 5/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 5/B maddesi eklenmiştir. Bu madde ile EPDK'nın petrol piyasası ile ilgili görevleri sayılmıştır. Kurumun görevleri burada sayılanlardan daha geniştir. Özellikle PPK 10. Maddesi çerçevesinde rekabetin sağlanması için gerekli tedbirleri almaya yetkisi olduğu şüphesizdir.

24) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesine göre - Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa, Rekabet Kurulu ayrıca çıkaracağı bir Tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları bu Tebliğin sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir." Bu düzenleme uyarınca Rekabet Kurulu'nun yoğunlaşma oranının yüksek olduğu tespit ettiği özellikle paralel ağ etkisinin sektörün büyük bölümünün kapanmasına yol açtığını düşündüğü durumlarda normal olarak bu hükmün gereğini yapması gerekirdi. Fakat Kurul, böyle bir düzenleme yapmak yerine, iki karar ve sonrasında bir duyuruyla bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. Esasen Akaryakıt sektör raporunda da çözüm önerisi olarak yasal değişiklik ve tebliğ değişikliği önerilmiş bulunmaktadır. Tüm bu sebeplerle akaryakıt sektörüne yönelik olarak alınan bu karar ya da düzenleyici işlem usulü olarak da sakat olduğu kadar 2002/2 sayılı Tebliğ ile de uyumlu değildir

25) Petrol Piyasası Kanunu 8, 10 ve 19. maddeleri açısından da konu incelenmiştir. Bu çerçevede Rekabet Kurulu kararının PPK'nun bu hükümleri ile bağdaşmadığı, özellikle 8. madde ile getirilen emredici bir yükümlülüğün bir Tebliğ ile kaldırılması gibi bir sonuç doğurduğu bu itibarla Anayasa'nın kuvvetler

ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Rekabet yasağı sonucunu doğuran (bayilerin başka dağıtıcılardan temin yapmasının yasaklayan) hükümler sadece PPK 8. maddenin amir hükmünün sözleşmesel olarak ifade edilmesinden ibarettir. yani kanundan doğan bir rekabet yasağı bulunmaktadır. Olay bazında yapılacak değerlendirmede, Kurul, sözleşme süresinin Petrol Piyasası Kanunu'nun amacının elde edilmesi için gereken azami süreyi aştığını tespit ederse, doğal olarak 4. maddenin yanı sıra, 5. maddeye göre de değerlendirme yapacaktır (yani önce 4. maddeye aykırılık tespit edecek ve sonra 5. maddeye göre bireysel muafiyet incelemesine geçecektir).

5015 sayılı Kanun'un 8. maddesinden doğan bir sınırlamanın 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında ele alınmasına engel olduğu gibi, 2002/2 sayılı Tebliğ esas alınarak atipik bir düzenleyici işlem yapılmasına da uygun değildir. Bu sektörün diğer sektörlerden farklı pek çok yönü bulunmaktadır, sektöre özgü çözümler getirilecek ise genel düzenlemenin niçin bu sektör için de geçerli olduğunun açıklanması gerekmektedir.

26) 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi teşebbüsler arası anlaşmalarda yer alan rekabet yasağı hükümlerinin beş yıldan daha uzun süreli yapılması halinde bu hükümlerin grup muafiyetinden yararlanamayacağını düzenlemektedir. Rekabet Kurulu'nun kararı ve Duyurusu ile belirli bir sektördeki tüm anlaşmaların belirli bir süre sonunda yasaklanması gibi bir sonuç doğmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı sınırlamalara aynı Kanun'un 5. maddesi gereğince bireysel veya grup muafiyeti sağlanabilmektedir. 5. maddenin 1. fıkrasında bireysel muafiyet şartlarını gösterildiği gibi aynı maddenin 3. fıkrasının 1. fıkraya yaptığı atıf nedeniyle bu Şartların aynı zamanda grup muafiyetinin de Şartlarını teşkil ettiği açıktır. 5. maddenin 2. fıkrasında göre Rekabet Kurulu bireysel muafiyet kararlarını belirli süreli olarak verebilir. Belirtildiği gibi muafiyet sağlanan konunun kanundan doğan bir sınırlama olması halinde ise muafiyetin süreli olması sözleşmenin süresine müdahale ile aynı sonucu doğurmaktadır. Böyle bir sonuç Anayasa'nın 48. Maddesi ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüğünün özüne zarar verdiği gibi 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu hüküm teşebbüslere belirli bir süre ile bireysel muafiyet verme olanağı tanırken belirli bir süre sonunda anlaşmaların toptan yasaklanacağını ilan etme yetkisi vermemektedir. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin verdiği yetki yapılmak istenen, sonuç ile mahiyeti itibariyle bağdaşmamaktadır. Bu yönde yasaklayıcı bir sonuca, yasaklama değil serbest bırakma yetkisi veren kanun hükmü ile ulaşılması mümkün değildir. 4054 sayılı Kanun'un konuya uygun yasaklama hükmü esasen 4. maddesidir. Kanun'un 4. maddesindeki şartları taşıyan anlaşmalar yasak ve geçersizdir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesine göre sözleşmede böyle bir rekabet yasağı varsa ve

sözleşme belirsiz süreli ya da beş yılı açan süreli ise sadece rekabet yasağına ilişkin bu hüküm muafiyetten yararlanamayacaktır, yani sözleşmenin geri kalanı bu durumdan etkilenmez.

27) Şöyle bir yorum yapılabilir: Bilindiği gibi lisanslar en çok 49 yıllık olabilir. EPDK lisans süresini belirlemeye yetkili olan kurumdur. Esasen lisansların süresini belirlerken PPK amaçlarına ve rekabetin sağlanmasına yönelik yetki ve görevlerine uygun olarak davrandığını, lisans sürelerini belirlerken bu açıdan da konuya baktığını varsaymak gerekir EPDK esasen örneğin 15 yıllık lisans verirken bayilik sözleşmesine bakmakta ve tek satıcılık niteliğinde olan ve kanundan dolayı rekabet yasağı içeren sözleşmeye bu süre kadar lisans vermekle aynı süre için rekabet yasağı uygulanmasına da dolaylı olarak izin vermiş olmaktadır. Böyle bir yorumun geçerli olması halinde iki kurum arasında bir yetki sorununun da ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır.

28) Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Sektör Raporu'nda yer verilen intifa ve kira sürelerinin etkilerine ilişkin değerlendirmelerde, bu uygulamaların piyasayı kapama etkisinden söz edilmiş ve finansal açıdan güçsüz olan küçük dağıtım Şirketlerinin bu sürecin dışında kaldığı ve pazarın intifa süresi sonuna kadar bu Şirketlere kapatılmış olduğu tespitine yer verilmiştir. Ancak pazardaki küçük dağıtım Şirketlerini koruma ve yeni girişlerin önünü açma amaçları ile alındığı iddia edilen karar, küçük dağıtım Şirketlerini de kapsamaktadır. Halbuki piyasayı kapama etkisi nedeni ile verilen kararın bu amaca uygun olabilmesi için sağlayıcı ve anlaşma özelinde değerlendirme yapılarak verilmesi, pazar payı küçük olan sağlayıcıların kapama etkisine önemli derecede katkısı bulunmaması nedeni ile bu sağlayıcıların dağıtım ve intifa anlaşmaları bakımından farklı süreler öngörülmesi gerekirdi. Ancak Kurul, sözleşme özelinde herhangi bir değerlendirme yapmaksızın tüm dağıtım Şirketlerinin taraf olduğu intifa ve bayilik sözleşmelerinin muafiyetten yararlanma süresini 5 yıl olarak belirlemiştir. Rekabet Kurulu kararı, Kurum'un 1. Dairesi Başkanlığı tarafından yayınlanmış olan Sektör Raporu'ndaki önerilere de aykırıdır. Gerçekten raporda intifaların küçük Şirketler ve yeni girişler bakımından piyasayı kapatıcı bir sorun olabileceği belirtilmiş ve çözüm olarak yasal düzenleme yapılması, Tebliğ değişikliği yapılarak bir geçiş süresi verilmesi ve nihayet sektördeki anlaşmaların ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Oysa Rekabet Kurulu küçük teşebbüslerden de intifa sürelerini indirmesini istemiş, tüm sektördeki anlaşmalara bu kararı uygulayacağını bildirmiştir. Böylece ne yasal düzenleme ne Tebliğ değişikliği ne geçiş süresi verilmesi önerisi ne de anlaşmaların ayrı ayrı incelenmesi gerektiği önerilerini dikkate almamıştır.

29) Kanaatimizce Rekabet Kurulu kararı ve Duyurusu, Rekabet Kurulu'nun önceki uygulamalarını ve sektör raporunu değerlendirdiğimizde bu itibarla Anayasa'nın Kuvvetler Ayrılığı ilkesini düzenleyen 7 ve 8 maddelerini, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesini Petrol Piyasası Kanunu'nun 8, 10, 19. maddelerini ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesini ihlal etmektedir.

30) Öncelikle Kurum tarafından örnek alındığı açıkça ifade edilen Repsol kararı, tek bir teşebbüsün (Repsol) sağlayıcısı olduğu anlaşmalara ilişkindir ve Repsol'un akaryakıt perakende satış pazarındaki tüm ürünler bakımından pazar payı %35-50 arasındadır. Repsol toplam bayiliklerin yarısından fazlasını kendi mülkiyeti olan yerlerdeki bayi veya acentelere vermektedir. Diğer bir ifade ile Komisyon anılan sağlayıcının taraf olduğu anlaşmaların, dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların kümülatif etkisine yaptığı katkıyı dikkate almış ve Repsol'un münhasır anlaşmalarla bağlanmış olan satışlarının ilgili pazarda %25-35 paya sahip olması nedeni ile pazarı kapama etkisine önemli ölçüde katkı sağlayacağına kanaat getirmiştir. Rekabet Kurulu kararı ise pazar payı toplamı %1 civarında olan iki dağıtım şirketi hakkında alınmış ve ayrı bir karar alınarak bu karardaki prensiplerin ve ilave bazı başka prensiplerle birlikte tüm sektöre uygulanmasına karar verilmiştir. İspanya akaryakıt dağıtım pazarı ile Türk akaryakıt dağıtım pazarının yapısındaki pazar payı dağılımları bakımından var olan bu farklılıklar dikkate alınmadığı gibi hukuk düzenindeki farklılıklar da dikkate alınmamıştır. İspanya'da Türkiye'den farklı olarak rekabet yasakları sözleşmeden, Türkiye'de ise Petrol Piyasası Kanunu'nun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca dağıtım Şirketlerinin bayilikleri satın alarak onların mülkiyetini elde etmeleri ülkemizde sınırlanmış ancak İspanya'da sınırlanmamıştır İki yaklaşım arasında da önemli bir farklılık bulunmaktadır. Repsol'un taraf olduğu anlaşmalar ile ortaya çıkan sorun bizzat Repsol tarafından verilen çözüm planları çerçevesinde karara bağlanmıştır. Diğer bir ifade ile AB Komisyonu sorunu Repsol ile diyalog içinde çözümlenmiş, Rekabet Kurulu ise doğrudan kendisi bir karar vererek sorunu halletme yoluna gitmiştir. Komisyon olayda detaylı bir inceleme ve analiz yapmaksızın Repsol'un taahhütleri doğrultusunda dosyayı karara bağlamıştır. Diğer önemli bir farklılık, Repsol için bulunan çözümün yeni sorunlar yaratmayacak olmasıdır, gerçekten sorunun çözümüne taraflar dahil edildiğinden bu çözümün ortaya çıkarabileceği tüm diğer yan sorunlar öngörülerek onlar da çözüme dahil edilmiş ve böylece doğabilecek yüzlerce özel hukuk ihtilafı önlenmiştir. Oysa Rekabet Kurulu kararı sonrasında 13000 civarında bayilik sözleşmesinin bundan etkilenmesi beklenmekte, dolayısıyla bir bu kadar da ihtilaf doğabilecek demektir. Son olarak önemle belirtilmelidir ki, AB Komisyonu ve ATAD kararlarının emsal alınmasında oldukça dikkatli davranılması

gerekmektedir. Bilindiği gibi AB hukuku üye devletlerin iç hukuklarından üstündür, dolayısıyla milli makamların alıp uygulayamayacağı bir çok kararı AB organları alıp uygulayabilirler. Ülkemizde ise rekabet kuralları bu şekilde üstün hukuk değildir, bu itibarla Rekabet Kurulu karar alırken sadece Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu değil başta Anayasa olmak üzere Petrol Piyasası Kanunu gibi diğer kanunları da dikkate almak zorundadır.

31) 5015 sayılı Kanun'un 8 maddesi (kanunla konulmuş bir yükümlülük 2002/2 Tebliği ile kaldırılmaktadır) rekabet etmeme yükümlülüğü kanundan doğan bir yükümlülük olarak karışımıza çıkmaktadır. Bu itibarla rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine yapılacak bireysel sözleşmeye özgü olmayan topluca tüm sektöre yönelik her türlü müdahale sadece rekabet etmeme yükümlülüğünü sözleşmeden çıkarmakla sınırlı bir etki göstermeyip sözleşmenin tamamını etkilemekte, rekabet etmeme yükümlülüğü süresine yapılan müdahale sözleşmenin süresine yapılmış olmaktadır. Böyle bir genel müdahale sözleşmenin tamamını etkileyip geçersiz sayılmasına sebep olacaktır. Sorunun kesin olarak çözümü PPK'nun değiştirilmesine bağlıdır.

32) Yani 5015 sayılı Kanun'un rekabet yasağı getiren 8. maddesi bu yasağın süresi ile ilgilenmemektedir. Bununla birlikte lisansların süresi ile ilgilenmektedir. EPDK lisans süresini belirlemeye yetkili olan kurumdur. Bayilik lisansı ancak bir dağıtıcı ile yapılmış anlaşmaya dayanılarak alınabilir, dağıtıcının değişmesi halinde lisans da değişir, yani yeni lisans alınması gerekir. Bu durumda EPDK niçin 5 yıl değil de daha uzun süreli lisanslar vermektedir, Petrol Piyasası Kanunu bayilik sözleşmesinin süresi ile ilgilenmemektedir, sadece bayinin belirli bir dağıtım şirketinin bayisi olduğu sürece başka yerden mal almasını yasaklamaktadır. Bu sürenin bir yıl olması beş yıl olması ya da daha fazla olması Petrol Piyasası Kanunu açısından bir fark yaratmamaktadır. 5015 sayılı kanunla 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'

5/B maddesiyle EPDK'ya Petrol Piyasası Kanunu hükümlerini uygulamak, Piyasa faaliyetlerine ilişkin her türlü düzenlemeleri yapmak ve yürütülmesini sağlamak amacıyla yetki verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak Rekabet Kurumu ile mutabakata varmaları sonucunda EPDK 'nin bu yönde çıkaracağı yönetmelik mevcut durumun düzeltilmesini sağlayabilir.

33) 4054 sayılı Kanun'un bu kanunda 62. maddesinin daha çok Kurum'un iç işlerinin düzenlenmesine ilişkin olması ve söz konusu kanunun 1, 2, 20 ve 27/f maddesi hükümleri çerçevesinde düzenleme yapma yetkisi ile Kanun'un 4. maddesi yasağını uygulama yetkisinin farklı konular olması sebebiyle çözüm yöntemlerine temel teşkil edememektedirler. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin verdiği yetki, yani yasaklamadan muaf tutma yetkisinin yapılmak istenen

“yasaklama” sonucu ile mahiyeti itibariyle bağdaşmadığı dolayısıyla daha öncede anılan sebeplerden dolayı bir çözüm için değerlendirilmeye alınamayacağı aşikardır.Öte yandan 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun 8.maddesiyle getirilmiş olan bir yükümlülüğün Rekabet Kurulu Tebliği ile sınırlanması ya da belirli bir süreden sonra geçersiz ve yasak hale getirilmesi Anayasa’nın 7. ve 8. maddelerinde düzenlemesini bulan kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durum da ortaya çıkarabilecektir.

34) Rekabet Kurulu daha önce de Fason Anlaşmaları ile ilgili olarak yapıp başarılı olduğu şekilde bir Kılavuz ile bundan böyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini uzun süreli intifa sözleşmeleri ile birleşen rekabet yasaklarına nasıl uygulayacağını açıklama yolunu tercih edebilirdi. Bu kılavuzda yer alan kurallar ne teşebbüsler ne de Rekabet Kurulu bakımından bağlayıcı olmamakla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin uzun süreli intifalarla birleşen rekabet yasaklarına Rekabet Kurulu tarafından nasıl uygulanacağını gösterebilirdi. Belirtmek gerekir ki bu Kılavuz’da yer verilen açıklamalar 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 sürdürmesi halinde geçerli değildir. Zira bu hallerde alıcıya getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü, söz konusu tesisin alıcı tarafından kullanıldığı süreye bağlanabilir. Alıcı faaliyetlerini sağlayıcının alıcıdan veya alıcı ile bağlantısı olan üçüncü kişilerden elde ettiği mülkiyetten gayri bir aynı hak veya Şahsi kullanım hakkının konusu olan bir tesiste sürdüreceksen, alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğüne grup muafiyeti uygulanamaz. Bu itibarla bu gibi durumda olan dağıtım şirketlerinin durumlarının kanunun 4. Ve 5 maddesinin bireysel muafiyet hükümleri çerçevesinde değerlendirileceği ilan edilebilirdi. Bu yapılırken de dağıtım şirketlerinin büyük olanlarının dahi bireysel muafiyeti karşılayabilecek olan bazı anlaşmaları olabileceği, küçük olanlarının ve özellikle yeni giriş yapanların ise bireysel muafiyetten yararlanmalarının daha mümkün olduğunun vurgulanması, ayrıca eski anlaşmalarının uyarlanması bakımından bir geçiş süresinin uygulanmasının yararlı olacağı da belirtilmelidir.

Saygılarımla

Prof. Dr. İ. Yılmaz Aslan

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Aslan Hukuk Bürosu

TÜRK EKONOMİ TARİHİNDE ÖNEMLİ BİR ADIM: REKABET KURUMU VE REKABET KANUNU

Murat ÇETİNKAYA

Rekabet Kurulu Üyesi

Cumhuriyet dönemi öncesinde miras alınan ekonomik yapının nasıl bir seyir izlediğini, nasıl bir portre çizdiğini kısaca bir slaytta değerlendireceğiz.

Hepimizin bildiği gibi, Osmanlının son dönemlerinde tarım ağırlıklı bir yapı vardı ve sektörde çoğunlukla küçük üreticiler yer alıyordu. Tarım ağırlıklı olmasına rağmen tarımsal üretimde de dönemsel olarak azalışlar ve artışlar vardı. Bu azalışların en önemli nedeni, uzun süren savaşlarda çalışabilir genç nüfusun vaktini hep oralarda geçirmesi ve köylerine dönüp tarımsal üretimi gerçekleştirecek bir iş gücü kapasitesinin olmamasıydı. Sanayi kesimine baktığımızda ise, 1915 yılında yapılan bir sayıma göre, faal durumdaki tesis sayısı 194 adet. Tüm Osmanlı topraklarında, genç Türkiye Cumhuriyeti'nin topraklarında 194 adet sanayi tesisi var, ki bunlara da sanayi tesisi denirse, çünkü çoğu un değirmeni, makarna, konserve fabrikası, bira fabrikası, tütün mağazası gibi imalathaneler. Bu 194 adet faal durumdaki tesisin 72 tanesi zaten 1908'den sonra, yani İttihat ve Terakki döneminde kurulmuş. Üretim değeri açısından baktığımızda, toplam üretim değerinin yüzde 82'si gıda ve dokuma sanayinden geliyor. Dokuma sanayi de nereden büyüdü? Kocaman bir orduyu, ayakkabısıyla, elbisesiyle giydirmek zorundasınız. Dokuma sanayi de bu çerçevede gıdaya eklenildi. Düyunu Umumiye ve Osmanlı Bankasından bahsetmeme hiç gerek yok, hepimiz biliyorsunuz; yabancı sermayenin yerli sanayiye, üretimi esasında kontrol altına alması için oluşturulmuş müesseseler.

1908'de İttihat ve Terakki yönetime geçtiğinde ekonomi açısından temel anlayışları, bir milli iktisat profilydi. Milli iktisat da, ülke ekonomisini kendi dinamikleriyle geliştirmektir. Bu anlayış önemli, çünkü bu anlayışın, Cumhuriyet'in ilk yıllarında da, ilk yönetim döneminde de devam ettiğini, ülkenin kendi iç dinamikleriyle sanayisini ve tarımını geliştirmesi gerektiğini kendilerine bir amaç olarak edindiklerini görüyoruz.

Gıda ve dokumadan bahsettik; ancak, burada da karşımızda çok parlak bir portre yok. Sanayi devrimini gerçekleştirmiş olan Batı ülkelerinde, özellikle dokuma ve tekstil sanayinde Osmanlı'dan çok daha ileriye geçmiş olan makineleşme süreci başladı ve sizin yurt içinde ürettiğiniz ürünler yurtdışına göre

çok daha pahalı hâle geldi. “Gıda”dan kastettiğimiz de, özellikle şeker, un gibi, nihai tüketicinin kullanacağı şimdiki hızlı tüketim maddeleri gibi bir şey.

Döneme girerken, -dönemimiz 1923, Cumhuriyet’in ilan edilmesi- Atatürk’ün 3’üncü yasama yılında yapmış olduğu konuşmadan size iki kesit sunacağım:

1. “Bize karşı yapılan rekabet gerçekten çok gayri meşru, gerçekten çok yok edici. Rakiplerimiz bu davranışlarıyla, gelişmeye elverişli sanayimizi de öldürdüler.” Burada kastedilen unsur, yabancı sermayeli şirketlere verilen inhisarlar, tekel hakları. Bu tekel haklarının, önümüzdeki dönemde ülke sanayisinin, ülke ekonomisinin gelişmesinin önündeki en önemli engel olduğu vurgulanıyor. Bu vurgu 1950’lere, 1960’lara kadar devam ediyor.

2. “İktisadi politikamızın önemli amaçlarından biri de, genel yararı doğrudan doğruya ilgilendirecek kurumlar ve iktisadi teşebbüslerin, mali kudretimizin ve teknolojimizin izni oranında devletleştirilmeleridir.” Bu da Cumhuriyet dönemi iktisat politikasının nasıl bir seyir izleyeceğini gösteriyor. Temel politika, devletleştirme ve devletçilik. Ama, devletleştirme nerede? Genel yararı ilgilendiren durumlarda. Demiryollarının (demiryolları hep yabancı sermayeli şirketlerin tekeli altındaydı, kendi mülkiyetleri altındaydı), limanların (Denizcilik Kanunu, Kabotaj Kanunu çıkarılmasıyla) devletleştirilmesi, genel yararı ilgilendiren alanlarda doğrudan doğruya devletleştirme, yok ise bunları devletçi bir politikayla inşa etme.

Dönem başında, Şubat-Mart 1923’te İzmir İktisat Kongresi toplanıyor. Bazıları “Türkiye İktisat Kongresi” diyor, bazıları “İzmir İktisat Kongresi” diyor; ismi hiç önemli değil. Bu kongrede yine Atatürk’ün açış bölümünde yapmış olduğu konuşmalardan üç kesit sunacağım:

Birincisinde, doğrudan doğruya, yıllar süren savaşlarla elde edilmiş olan bağımsızlığın, ikinci aşamasında, ekonomik bağımsızlığın geldiği vurgusu var; “bu devlet ekonomik egemenliğini sağlayacak olursa, o kadar kuvvetli bir temel üzerine yerleşmiş ve yükselmeye başlamış olacaktır ki, artık bunu yerinden kımıldatmak mümkün olmayacaktır.”

Hep devletleştirmekten, yabancı sermayeyle ilgili, onlara verilen tekel haklarının kötü olduğundan bahsettik. O dönem yabancı sermayeye tamamen mi karşıydı? Hayır, karşı değildi. “Sanılmasın ki, dış sermayeye karşıyız. Hayır. Bizim memleketimiz geniştir; çok emek ve sermayeye ihtiyacımız var. Yabancı sermaye çalışmalarımıza eklensin ve bizimle onlar için yararlı sonuçlar versin, fakat eskisi gibi değil. Yabancı sermaye çalışacak memlekette, ancak, Türkiye’nin

sanayileşmesi için Türkiye'deki teşebbüslerle aynı hak ve yetkilere sahip olarak çalışacak.”

Bu felsefe, iktisat programı, eğitimden, kültürden, bütün alanlardan önce bir altyapı unsuru olarak değerlendirilmiştir. Bu da bence, “yeni devletimizin, yeni Hükümetimizin bütün esasları, bütün programları iktisat programından çıkmalıdır” sözleriyle netleşiyor.

İzmir İktisat Kongresini hızlıca değerlendiresek, Misak-ı iktisadi kabul ediliyor. Misak-ı iktisadi yaklaşık 15 madde civarında. İktisadi kurallarımız ne olacak? Biliyorsunuz Misak-ı millîmiz, sınırlarımız vardı. Bir de, yeni, genç Türkiye Cumhuriyeti'nin önünde iktisadi kriterler belirlendi.

Ekonomi tarihimizi inceleyen birçok kitapta aslında 10'uncu maddeye çok vurgu yapılıyor ama, bence 10'uncu madde, Rekabet Kanunu, rekabet uygulamaları açısından daha da önemli. Madde aynen şöyle: “Türk, açık alım ile serbestçe çalışmayı sever, işlerde inhisar istemez.” Açıklamaya gerek yok.

Devam ediyorum. Bu İzmir İktisat Kongresine baktığımızda; özel girişime öncelik veren, ülke sanayini, ticaretini geliştirmeyi amaçlayan, mülkiyet haklarına saygılı bir ekonomik düzen.

Devletin işlevleri de, az önce belirttiğim gibi, ağırlıklı olarak altyapı, ulaştırma, haberleşme gibi alanlarda olacak.

Biliyorsunuz, salt liberal bir iktisat politikası benimsenmiyor, karma bir ekonomik yapı benimseniyor.

Yabancı sermayeye değindim.

İzmir İktisat Kongresinde, anonim şirketlerin kurulması kararlaştırılıyor. Düşünün, o dönemde anonim şirket yok. Anonim şirketin olmadığı yerde, “Amerika'da varmış” diye Rekabet Yasasını çıkartabilir misiniz? Ticaret hukuku yok, borçlar hukuku yok. Demek ki, o dönemde, Rekabet Kanunu, çıkmaması gereken bir mevzuattı. Demiryolları, sanayinin teşviki, hepsi, uzun soluklu yolculuğun en başında atılması gereken adımlar gibiydi.

Dönem boyunca baktığımızda, belirttiğim gibi, devletçi karma ekonomi veya korumacı devletçi sanayileşme uygulanıyor; farklı hükümetler olmasına rağmen aynı felsefe devam ediyor. Kadrocular da mesela özel sermayeyi teşvik etmek gerektiğini, özel sermayenin yapabileceği şeyleri devletin yapmaması gerektiğini söylüyor.

1930 Sanayi Kongresinde ise, yerli bir burjuvazi sınıfını yaratma çabaları gözümüze çarpıyor. Kapitalist bir sisteme geçiyorsunuz, burjuva sınıfınız yok.

Halbuki, kapitalist devrimin gerçekleştirilmesi için burjuva sınıfına ihtiyacımız var. Bizim burjuva sınıfımız, bürokratik oligarşiden beslenen bir burjuva sınıfı, kapitalist devrimi gerçekleştiremeyecek bir burjuva sınıfı.

Bu burjuva sınıfı tam olarak oluşturuldu mu oluşturulmadı mı, bu zaten daha detaylı bir tartışma ve bürokrasiden beslenip beslenmediği de hâlâ bir tartışma; oralara girmiyorum.

Dönemde, Birinci Kalkınma Planımız var (1933-1938.) Bu plan harfi harfine uygulandı diyebiliriz; ancak İkinci Plan, İkinci Dünya Savaşı nedeniyle uygulanamadı. Bunların, dünyadaki demokratik bir ülkede uygulanan ilk kalkınma planları olduğunu da burada belirtiyim.

Dönem boyunca bu kongrelerin dışında, bir de, 1948 yılında Türkiye İktisat Kongresi toplanıyor. Bu kongrenin özelliği şu: Diğer kongreler (İzmir İktisat Kongresi, Sanayi Kongresi) devletin ve bürokrasinin önderliğinde, Türkiye İktisat Kongresi ise (CHP döneminde), İstanbul sanayi çevresinin, İstanbul tüccarının, daha net bir ifadeyle, ülkedeki özel teşebbüsün yönlendirmesiyle, öncülüğünde toplanmış bir kongredir.

Buradan şunu çıkarabiliriz esasında: Özel teşebbüsümüz yavaş yavaş güçlenmeye başladı, ekonomi politikalarının, -buna ister baskıcı deyin, yönlendirmeci deyin- şekillenmesinde yer almaya başladı. Serbest piyasa açılımı vardır. Vaktimi çok etkin kullanmak için uzatmayacağım ama, 1948 İktisat Kongresinde alınan bir-iki kararı hızlıca okuyacağım:

“Devletin iktisadi siyaseti; hususi mülkiyete dayanan, ferdin iktisadi hürriyetlerini koruyan, iktisadiyat sahasında hususi teşebbüsü esas tutan ve milli ekonomiye rehberlik eden ve içtimai adaleti ehemmiyetle ele alan bir sistem olmalıdır.” Hep serbest rekabete vurgu var.

3’üncü madde; “tabiatı gereği inhisari (tekel) mahiyette olan ve henüz özel teşebbüsçe ele alınmayacak bulunan ve rasyonel bir şekilde işletilmek şartıyla devlet elinde kalmasında mahzur görülmeyen işletmelerden başlıcaları şunlardır: Demiryolları, limanlar (işletmesi muhtar idarelere bırakılmak suretiyle), PTT (telekomünikasyon), radyo, milli istihsal ve istihlaki taşıma ve tanzim eden mühim enerji işletmeleri... Böyle devam ediyor. Esasen şimdiki iktisat politikamızdan hiçbir farklı yok.

Sentez yılları dediğimiz 1960’lı, 1970’li yıllarda ise, hem dünyadaki genel siyasi konjonktürün, hem de genel ekonomik konjonktürün dalgalanmalarından etkilenen bir Türkiye ekonomisi yapısı var, ithal ikameci bir üretim var. “Politika değişiklikleri”ne soru işareti koymamın nedeni şu: İlk başlarda özellikle hızlı tüketim ürünleri alanında ithal ikameci bir üretim varken, daha sonraları,

(insanlar zenginleşmeye başlayınca, refah artınca) dayanıklı tüketim mallarında ithal ikameci bir üretim başlıyor, sanayi, yaygınlaşmadan ziyade derinleşiyor. Ekonomi politikaları uygulama alanında CHP'yle Demokrat Parti hükümetleri arasında hiçbir fark yok (söylemleri dışında.) CHP özelleştirmeye karşı; "Demokrat Parti özelleştireceğim" diyor. İktidara geliyor, bakıyor ki özelleştirme imkânı yok, özelleştirmiyor.

Mesela benzer şekilde politika farklılıkları arasında çok güzel bir şey var. Saydam ve Saraçoğlu hükümetleri ardi ardına geliyor; aynı ekonomik konjonktür, ancak birisi birazcık daha devletçi, sıkı bir politika izliyor, diğeri daha serbest bir politika izliyor. "Sentez yılları" dememin nedeni bu.

1980'li yıllar, benim yaşımda olan herkesin (35-40 arasında olanlar) çok iyi bileceği bir dönem. Hepimizin bildiği gibi, Özal'lı, ihracata dayalı büyüme modeli yılları; liberal ve neoliberal politikaların etkin olmaya başladığı, küreselleşen dünya ekonomisine Türkiye ekonomisini de ekleme çabaları ve özelleştirmeler gündeme geliyor. Çok tartışılıyor ama, 1990'lı yıllardan sonra özelleştirmeler hızlanıyor. Özelleştirilen teşebbüslerin doğru seçilip seçilmediği tartışmalarına girmiyorum. Ama uluslar arası kurumların telkinleriyle ama konjonktürün gerektirmesiyle, önce 1980'li yılların ortalarında SPK, sonra RTÜK ve Rekabet Kurumu gibi özerk kurumlar kurulmaya başlıyor.

Böyle bir ekonomi tarihinin içerisinde Rekabet Kanunu ne zaman ortaya çıkmalıydı? Tarihi süreçte Rekabet Kanunu çalışmalarına bakalım. 1971 yılında bir taslak hazırlandı, ancak kanunlaşamadı. 1975 yılında yine bir taslak hazırlandı (bunun, rekabet hukuku alanında düzenlemeler getiren ilk tasarı olduğunu görüyoruz), ancak yasalaşamadı. 1980'de, 1981'de, 1982'de Anayasanın 167'nci maddesi, hatırlatmama gerek yok, açıkça devlete, mal ve hizmet piyasalarında ve diğer piyasalarda rekabetin sağlanması ve korunması görevini veriyor. 1983 ve 1984, tüketicinin korunmasına ilişkin, rekabetle ilgili bölümler var, ancak yasalaşmıyor. 1984'te bir taslak hazırlanıyor, o da kadük kalıyor, yasalaşmıyor. 1994 yılında Rekabet Yasası çıkıyor.

Sonuç yerine şunları söylemek istiyorum (hukukçularımız ve iktisatçılarımız tartışabilir):

Bence, bu sürece baktığımızda, Rekabet Kanunu en uygun dönemde, çıkması gereken dönemde, 10 yılda (1990-2000) çıkmıştır ve Rekabet Kurulu da en uygun dönemde faaliyetine başlamıştır. Bundan sonra, nasıl ki, biz Ticaret Kanunumuzu tamamen lağvedemeyeceğimiz gibi, Borçlar Kanunumuzu tamamen ortadan kaldıramayacağımız gibi, Rekabet Kanununu da tamamen ortadan kaldıramayız. Bu, bu tarihsel süreç içerisinde ortalarda bir yerlere dönmek, bu kazanımlarımızı kaybetmemiz demek. Çünkü biz bu Rekabet Yasasını Gümrük

Birliği nedeniyle veya Avrupa Birliği baskısıyla da, salt bu baskılarla da kabul etmiş değiliz, gördünüz, kendi iç dinamiklerimizin gerektirdiği, ihtiyaç duyduğumuz bir Őeydi ve bundan geri dönüş gerçekten maliyetli olacak. Belki ilk çıktığı zamanlarda bazı Şeyleri tartışabilirdik, Avrupa Birliği'nde olduğu gibi, birleşme ve devralmaların kontrolünü birkaç on yıl sonra yapabilirdik, ancak, bence artık o da geçti, çünkü 2010'dayız, 15 yıllık bir uygulamamız var.

nerilerim, tartışılmasını istediğim Şeyler Őunlar:

Bir kere, Rekabet Kurumu diğer düzenleyici ve denetleyici otoritelerden farklı bir düzlemde ele alınmalıdır. Onların zamanlamasıyla Rekabet Kanununun ve Kurumunun zamanlaması farklıdır. Onların mr süreleriyle, yaşam döngüleriyle Rekabet Kurumunun ve Rekabet Kanununun hayat süresi ve yaşam döngüsü de farklıdır.

Anayasamızın 167'nci maddesi daha net bir Şekilde yazılmalı. Gerekirse, Rekabet Kurumuna anayasal bir hüviyet kazandırılmalıdır.

Bundan sonraki dönemlerde, -ümidim budur- ekonomiyle ilgili kurum, kurul, komisyon, her ne varsa, hepsinde, nasıl ki, 1960'lı yıllardan sonra Devlet Planlama Teşkilatı buraların hazırlığını yapıyordu, bürokratik beyin olarak en başta o yer alıyordu, bundan sonra bu beynin içerisine düşünce fonksiyonlarını Rekabet Kurumunun da katması gerektiğini düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

SORU ve CEVAPLAR

İsmail Hakkı KARAKELLE- 8'inci yılımızdayız, yeniden Kayseri'deyiz; önce bundan duyduğum mutluluğu dile getirmek istiyorum ve ben de emeği geçen herkese teşekkür ediyorum. İkinci olarak da, bu oturumdaki her üç tebliğ sahibine ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Mona Hanımın, -“Hanım” sözcüğünü özellikle kullanıyorum, çünkü kendisiyle sohbetimizde “Hanım”ın Mısır'da da kullanıldığını öğrendik- Mısır deneyimini ICN'yle birleştirerek bize aktarmasından, Yılmaz Hocamızın güncel bir konuyu, intifaları ele alarak bizi bilgilendirmesinden ve nihayet Kurulumuz üyesi Sayın Çetinkaya'nın bize 20'nci yüzyıl iktisat tarihinde bir tur attırmasından dolayı hepsine ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

Sayın Çetinkaya'nın tebliğini izlerken, sıklıkla kullandığım, “geçmiş olmayanın geleceği olmaz” sözünü hatırladım. Geleceği, geçmişten öğrendiklerimizle, aldığımız derslerle, hatalar yapmayarak, daha ilerleterek şekillendireceğiz herhâlde.

Sayın Başkan, bu kısa girişten sonra Yılmaz Hocaya tebliğiyle ilgili sorum ve değerlendirmem olacak.

Not alabildiğim kadarıyla iki nokta var. Gelmeden önce metnini de okudum. Yılmaz Hoca özetle; 5 yılı aşan intifa ya da başka adlar altında, mesela kredi sözleşmelerine dayanarak bayilik sözleşmelerini 5 yıldan fazla uzatamazsınız, bayilik sözleşmeleri 5 yıl olmak zorundadır, intifa sözleşmeleri de, diğer bütün sözleşmeler de bayilik sözleşmesinin bir parçası sayılır, bunlar bir bütündür ve bunların hepsi 5 yılı aşamaz diyen Rekabet Kurulu kararının, Petrol Yasasının 8'inci maddesinin getirdiği yükümlülükleri sınırladığını, ortadan kaldırdığını söylüyor. İkinci olarak da, “mutlaka böyle bir şey yapacaksınız, bir kılavuzla yapacaksınız, Kurul kararlarıyla yapacaksınız” diyor.

Birincisinden, daha sorunlu olan bölümden başlayayım. Burada geçen yıl da konuşmuştuk. Yılmaz Hocaya aynı kanaatte değilim.

Bilmeyenler bakımından bir daha tekrar edelim; Petrol Yasasının 8'inci maddesi âdeta, -günlük dilde söylersek- akaryakıt sektöründeki aktörlere bir anlamda rekabet kurallarını ihlal etmeyi emrediyor, “her bayi yalnızca bir sağlayıcıdan ürün almak zorundadır (‘alabilir’ filan değil, bir hak olarak değil) diyor”, yani Rekabet Kanununun yasakladığı münhasırlığı bir hak gibi değil... “Hak gibi değil”in niye altını çizerek söylüyorum? Malum, fikri mülkiyetle ilgili, patent ve diğer kanun hükmünde kararnamelerde de münhasır lisanslama hükmü

vardır ama, orada emredici bir hüküm olarak yer almamaktadır, -düzenlemeler önümde olmadığı için madde metnine atfen söyleyemiyorum- orada, ilgililere bir hak olarak tanınmaktadır, “münhasır lisanslama yapabilirsiniz” demektedirler. O yüzden, Rekabet Kurulu, Teknoloji Transferi tebliğini çıkarırken, bu kanun hükmünde kararnameyle getirilen hakkı dikkate almış, bunun bizim 4’üncü maddeyle çeliştiğini söylemiş, ama 5’inci maddedeki koşulları da karşıladığını söyleyerek muafiyet tanımıştır. Oysa, akaryakıt sektöründeki düzenlememiz, kararlarımız böyle değildir. Evet, ortada, değişmedikçe Petrol Yasasının 8’inci maddesi vardır ve o, teşebbüslere Rekabet Kanununu bir anlamda ihlal etmeyi, yani münhasır çalışmayı emretmektedir. Ayrıntısına girmeye gerek yok; bu hüküm kaçakçılığı önlemek için konulmuştur. Kurum olarak, konulduğu tarihte makul sebepleri olduğunu düşünüyoruz; ama artık miadının dolduğunu düşünüyorum. “Beyaz bayrak uygulaması” dediğimiz uygulamaya bir an evvel geçilmeli. Yılmaz Hocanın da tebliğini bitirirken bunu bu şekilde ifade etmiş olmasından ayrıca memnuniyet duyuyorum.

Rekabet Kurulu, bu 8’inci maddenin karşısında şunu yapamazdı ve yapmadı: “Hiçbir şekilde münhasır uygulama yapamazsınız, muhakkak rekabete açmalısınız”, yani Motorlu Taşıtlar tebliğinde söylediğimiz gibi, çokmarkalılık şeklinde, “bayiler istedikleri sağlayıcıdan istedikleri ürünleri alabilirler” diyemeyiz; bunu otomotiv sektöründe söyleyebiliriz, başka bütün sektörlerde söyleyebiliriz, akaryakıtta söyleyemeyiz, çünkü kanunun münhasırlığı emreden hükmü var. Yılmaz Hocanın da isabetle söylediği gibi, kanun bir süre belirlememiştir; kanun, “sağlayıcıdan münhasır olarak alacaksınız” demiştir. Peki Rekabet Kurulu ne demiştir? “Münhasırlık olarak alamazsınız, almayın” dememiştir (o zaman kanunla çelişirdi), “bunu 5 yıldan fazla yapamazsınız” demiştir. Ben, bunun Petrol Yasasının ruhuyla da, lafzıyla da çeliştiğini düşünmüyorum. Rekabet Kurulu, 5 yıla kadar olan münhasır uygulamayı sektör bakımından ister istemez, kanunun hükmü olarak kabul etmiştir, -oraya girmeme gerek yok- 5 yılı aşması hâlinde, 5’inci maddedeki muafiyet koşullarını da karşılayamayacağı düşüncesiyle, bu bayilik anlaşmalarını Rekabet Kanununun ihlali saymıştır. Bir bakıma, 5 yıla kadar olanına da, bir teorik tartışma açmak istemiyorum ama, Sayın Gürzumar’ın ve Kerem Cem Sanlı’nın isabetle söylediği, benim de katıldığım gibi, menfi tespit vermiştir.

Özetle, Rekabet Kurumu, 5 yıla bir anlamda, kanunun emri olduğu için karışmamakla Petrol Yasasının uygulamasını geçersiz hâle getirmemiştir, sadece 5 yıldan sonrasının bir rekabet ihlali olacağını söylemiştir. Ben burada, iki kanun arasında bir çatışma olduğunu düşünmüyorum.

Tam yeri gelmişken şunu söylemek istiyorum (nitekim Yılmaz Hoca da söyledi): Biz, Petrol Yasasının değişmesi ve bu münhasırlığı emreden hükmün kaldırılması fikrimizden vazgeçmiş değiliz. Bu yılı “Advocacy Yılı (Rekabet Savunuculuğu Yılı)” ilan ettik. Bu Petrol Yasası Mecliste görüşülürken de, o tarihteki Daire Başkanımız Sayın Ersin, -şimdi Kurul üyemizdir, bu toplantıya gelemedi- ve Daireden ilgili arkadaşlar Mecliste, bu hükmün yanlışlığını ilgili komisyona anlatmaya çalışmışlardır, -kayıtlarda vardır- ama Komisyon ardından Genel Kurul Rekabet Kurumunun görüşünü, kaçakçılığı önlemek gerekçesiyle benimsememiştir. Biz, Meclisimizi rekabet savunuculuğu bakımından ikna edebilirsek, artık onun süresinin dolduğunu ve o hükmün kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz. O zamana kadar da, 5 yılı aşanları kanuna aykırı sayıyoruz.

Ne ölçüde uygundur bilmiyorum ama, elimde düzenlemeler olmadığı için aklıma ilk gelen örnek; güvenlik güçlerinin (polis, kolluk güçleri) ateşli silahlar taşınması yükümlülüğü vardır, yani polisin keyfine bırakılmamıştır, polis görevini yaparken ateşli silahlar taşımak zorundadır, bu bir yükümlülüktür, ama Seçim Kanunuyla da, seçime ilişkin düzenlemelerle de, seçim günü, -hükmün ayrıntısını bilmiyorum- bu ateşli silahı taşıyamayacağına ilişkin yasak getirilmiştir. Dolayısıyla, ateşli silahlara ilişkin güvenlik güçlerine getirilen yükümlülük ortadan kaldırılmamıştır, sadece o güne mahsus olarak, ruhsatlı olsa bile polislerin ateşli silah taşıyamayacağını söylemiştir. Dolayısıyla, aklıma ilk anda böyle bir paralellik geldi ama, ne ölçüde oturur bilmiyorum.

Tekrar söylüyorum burada, Rekabet Kurulunun kararında kanuna bir aykırılık, Petrol Yasasının 8’inci maddesini geçersiz hâle getirecek bir şey görmüyorum.

Süratle ikinci konuya geçiyorum. “Düzenlemeler bir kılavuzla olabilir” dedi. Sayın Aslan, değerli Yılmaz Hocam, hayır, burada bir mevzuat değişikliği gereği yoktur. Sizin de söylediğiniz gibi, 2002/2 sayılı tebliğ zaten 5 yıllık hükmü getirmiştir. Kurul burada, Danıştay kararından ve sektör raporundan sonra bir içtihat değişikliği yapmıştır. İntifa sürelerinin bayilik sürelerini uzatmasına ilişkin, eskiden “bunlar özel hukuk alanıdır, biz buna girmeyiz” derken, Danıştay’ın Total-Akdağ Kararından sonra, “hayır, buna rekabet hukuku uygulanır” dedik ve 5 yılı aşanların muafiyetten yararlanamayacağını söyledik. Yani, ortada mevzuat değişikliğini gerektirir bir şey olmadı. 5 Yıllık Rekabet Etmeme Yasağına İlişkin tebliğ hükmünün farklı bir yorumu ve bizce doğru bir yorumu yönünde bir içtihat değişikliği olmuştur.

Teşekkür ediyorum. Sağ olun.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Herkesi saygıyla selamlıyorum.

Sorum Aslan Hocama olacak. Kendileri, 2002 sayılı tebliğle getirilen kısıtlamanın Petrol Yasasına aykırı olduğunu söylediler. Normlar hiyerarşisine göre böyle bir kısıtlama getirilemez, doğrudur. Benim sorum şu: Rekabet Kurumu burada yasaklama kararının gerekçesini tebliğe değil de madde 4'e dayandırsaydı acaba sonuç değişecek miydi? 5 yıldan fazla sınırlama getirmeme yasağı esasen madde 4'ün ruhunda mündemiçtir. Eğer 2002 sayılı tebliğdeki, 5 yıldan fazla rekabet etmeme yasağı EPDK tarafından çıkarılan bir düzenleme olsaydı, o zaman size katılmamız daha kolay olacaktı.

5 yıldan fazla kısıtlama getiren anlaşmalarda sadece bu hükmün iptali gerektiğini, sözleşmenin esasen ayakta kalacağını söylediniz. Anladığımız kadarıyla, tebliğ aslında nispi butlan uygulamasını öngörmüş. Peki, Kurum sadece o hükmü geçersiz saysaydı, acaba dağıtıcılar karşısında bayilerin doğrudan sözleşmeyi, rekabet yasağı uygulaması olmadığı için iptal etme imkânı doğmayacak mıydı? Aslında, bir anlamda Kurul burada dağıtıcı firmalar lehine, en azından 5 yıl, yükümlülüğün devamını sağlaması konusunda düzenleme getirdiği için bence çok da hukuka aykırı değil gibi görünüyor. Hocam bu konuda görüşlerinizi paylaşırsanız sevinirim.

Teşekkürler.

Oturum Başkanı - Sinan Bey buyurun.

Av. Sinan NAİPOĞLU- Murat Çetinkaya'nın konuşmasıyla ilgili bir-iki küçük yorum ve bir ufak sorum olacak.

Öncelikle değerli Kurum Başkanının da belirttiği üzere gerçekten rekabet hukuku sadece biz hukukçuların tekeli alanında değil, iktisatçıların, siyasal bilimcilerin ilgi alanına girmesi çok güzel bir gelişme. Gerçekten, Rekabet Kanunu ancak iktisat bilgisiyle yorumlanabiliyor, lafzi bir yorumdan kaçınıp gerçekten ruhuyla bir yorum yapabilmek adına. Siyasal boyutu ve ekonomik boyutu olsa da, yaptığı sunumun o anlamda çok öğretici ve eğitici olduğunu düşünüyorum.

Birinci sorum şu:

1924'le 1929 arasında 5 yıllık bir dönem var gerçekten. Bu dönem, Lozan Anlaşmasıyla da Türkiye'nin yabancı sermayeyi tamamen dışlayamayacağı bir dönem. O anlamda, büyük buhrandan sonra, 1930'dan sonraki gelişmeyi dünyayla birlikte değerlendirebilirse bizim için çok yardımcı olur, çünkü ben, Türkiye'nin orada özel bir örnek olduğu düşüncesindeyim. Yani, milli bir özel sektörü olmadan devletleştirmenin yapıldığı bir dönem, sadece, yabancı özel

sektörünün devletleştirmeye konu edildiği bir devlet olması açısından dünyada pek örneği olmadığı düşüncesindeyim. Bu tabii, şirketlerimizin geçmişinin olmamasının, yani devletin müdahalesinin gerekliliğini de ortaya koyuyor. Bir böyle bir değerlendirme rica edeceğim.

Kendi sunumunda da 1982 Anayasasıyla birlikte 167'nci maddeye, yani devlete tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi görevini yükleyen maddeye çok vurgu yaptı, ama ondan sonra da, Aralık 1994'teki Rekabet Kanununu, tam zamanında gelmiş bir kanun nitelendirmesini yaptı. Ben, o aradaki dönemde olmuş olabilecek kartellerin ya da hâkim durumun kötüye kullanılması sonucundaki tekelleşmelerin dışarıda bırakılmasının zamanlama olarak nasıl bir açıklaması olduğunu merak ettim açıkçası. Bunu hep kendi içimizde de merak ederiz; sadece Gümrük Birliğinin bir önşartı olarak mı çıkarılmıştır, değil midir? Tabii, önce bir tasarılar var ama, bu dönemdeki görevi zamanlama olarak nasıl değerlendirecek merak ediyorum.

Çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Ertuğrul Bey buyurun.

Ertuğrul ...- Teşekkür ederim Sayın Başkan. Öncelikle tüm konuşmacılara çok teşekkür ediyorum.

Benim sorum da Yılmaz Aslan Hocama olacak. Aslında, sorularıyla konuyu biraz da açmasını isteyeceğim.

Sunumda, özellikle 8'inci maddedeki kısıtlamalar dikkate alındığında, bayileri kapmada rekabetin yoğunlaştığı ve talep edilen rakamların git gide yükseldiğinden bahsetmişsiniz. Bayi akaryakıt dağıtım şirketinin, -bu sorunun yönelmesi açısından, hangi olursa olsun, büyük veya küçük fark etmiyor- yatırıma girirken maliyetinin yükselmesi söz konusu. İnşaat yatırım maliyetleri de bunlara dahil midir değil midir? Eğer dahil olursa, bu toplam maliyetler dikkate alındığında, sürenin, intifaların özel hukuk ilişkisi kapsamında çıkartılıp bütünlük içerisinde ele alındığında, yatırımın geri dönüşü açısından bir süre sınırlaması var. Akaryakıt satış fiyatları, bayi ve akaryakıt dağıtım şirketinin bayileri açısından gelinen son durum nedir? Bir dönem otomatik fiyatlandırma vardı. Eğer burada, özellikle Düzenleyici Kurul tarafından, akaryakıt dağıtım şirketlerinin kâr marjları belirlenmişse, sürenin de sınırlanması, bu durumda bu şirketlerin yatırım kararları üzerinde nasıl bir etki yapabilir? Buna ilişkin, -Repsol Kararından da bahsettiniz- Avrupa Birliği'ndeki durum nedir, orada da kâr marjları belirlenmekte midir, akaryakıt fiyatları serbest midir, yoksa, belirli bir düzenleyici kurul tarafından belirlenmekte midir?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Kâmil Bey buyurun.

Kamil ...- Teşekkür ederim Sayın Başkanım.

Öncelikle değerli hazırunu saygılarımla selamlıyorum; konuşmacılara da değerli sunumlarından dolayı teşekkür ediyorum.

Benim sorum da Sayın Hocam Yılmaz Aslan'a olacak. Aslında, büyük ölçüde Sayın Üyemiz İsmail Hakkı Karakelle'nin tespitleri ve ortaya koyduğu bazı hususlarla paralellik arz edecek, ancak, yine de bazı kısımları tekrar etmem gerektiğini düşünüyorum.

Öncelikle, Sayın Hocam, bildiğiniz gibi, Petrol Piyasası Kanununun 1'inci maddesi kanunun amacını belirlerken, kanunun, yurtiçi ve yurtdışı kaynaklardan temin edilen petrolün rekabet ortamı içerisinde yurtiçi piyasaya sunumunu düzenlemekte. Dolayısıyla, piyasanın rekabet ortamı çerçevesinde işleyişi kanunun öncelikli amacını oluşturmaktadır. Diğer taraftan, yalnızca Petrol Piyasası Kanunu değil, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisindeki bütün sektörlerin, bütün piyasaların rekabet ortamı içerisinde işleyişini düzenlemeye yönelik olarak çıkarılmış bir de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun var. İlk olarak şu tespiti yapmak gerekiyor: Doğrudan doğruya Petrol Piyasası Kanunu bakımından, 4054 Sayılı Kanunla 5015 Sayılı Kanun arasında amaç bakımından hiçbir çelişki yok. Dolayısıyla burada, eşit düzeydeki normlar arasında bir amaç çatışmasından bahsetmek mümkün değil.

Buradan kanunun 8'inci maddesine gelecek olursak, kanunun 8'inci maddesi, özellikle o zamanki şartların getirmiş olduğu, -ki bunu Sayın Üyemiz de isabetle belirttiler- başta akaryakıt kaçakçılığı olmak üzere çeşitli sorunların giderilmesine yönelik olarak zorunlu bir münhasırlık hükmünün sözleşmelere derç edilmesi gerektiğini hükme bağlamış. Dolayısıyla kanun koyucu, rekabet yasağının sözleşmelerde bulunması gerektiğine hükmetmiş. Diğer taraftan, 4054 Sayılı Kanun 4'üncü maddesinde, hangi tür anlaşmaların hangi koşullarda rekabeti kısıtlayıcı hükümler içereceğini ve bu bağlamda, kanunun 4'üncü maddesi ve 56'ncı maddesi uyarınca, yasak ve geçersiz bir hâle geleceğini hükme bağlamış. Aynı kanunun 5'inci maddesi, belirli koşulların varlığı hâlinde Rekabet Kuruluna, bazı anlaşmaların, belirli türden anlaşmaların kanunun 4'üncü maddesindeki yasaklamadan muaf tutulmasına münhasıran karar verme yetkisi tanımış. Kanun gereğince, bu konuda karar verme yetkisi yalnız ve yalnız Rekabet Kuruluna verilmiş ve bu konuda mahkemelerin dahi herhangi bir takdir yetkisi bulunmuyor.

Buradan toparlayacak olursam, Rekabet Kurulu, kaynağını tamamen kanundan alan bu yetki doğrultusunda, belirli faydaları olan, ekonomiye belirli kazanımlar sağladığı bilinen dikey anlaşmaların hangi şartlar altında 4054 Sayılı Kanunun 4'üncü maddesindeki yasaklamadan muaf tutulacağını, 5 yıllık süreyi aşmayacağını tebliğ hükme bağlamış.

Yapmak istediğim, ortaya koymak istediğim ilk tespit şu: 4054 Sayılı Kanunla 5015 Sayılı Kanun arasında amaç yönünden, piyasadaki rekabetin sağlanması yönünden herhangi bir amaç çatışması olmadığı için, hangi tür anlaşmaların hangi koşullarda yasak hâle geleceğini düzenleyen bir kanun ve bu kanunu uygulamakla sorumlu bir Kurul ve bu Kurulun kanundan aldığı yetkiyle, anlaşmaların hangi şartlarda 4'üncü maddedeki yasaklamadan muaf tutulacağına ilişkin esasları düzenleyen çıkarmış olduğu bir tebliğ varken ve Danıştay, bu tebliğ hükümlerinin, akaryakıt sektöründeki intifa, kira ve benzeri sözleşmelerden oluşan mevcut dikey anlaşmalara uygulanacağını da net bir şekilde ortaya koymuşken, burada Kurul bakımından bir yetki sıkıntısı olduğunu düşünmüyorum.

Sayın Başkanım kusura bakmayın, ufak çaplı bir korsan tebliğ gibi de olacak ama, Sayın Hocamın bildirisinde yer alan bazı hususlarla ilgili de ufak eleştirilerimi yöneltmek istiyorum.

Hocam, yanlış hatırlamıyorsam bildirinizin 15'inci paragrafında, bu piyasa kapama etkisinin hangi koşullarda ortaya çıkacağı ve bu çerçevede hangi şartlar altında ilgili pazardaki grup muafiyetinin geri alınacağıyla ilgili olarak Avrupa Komisyonunun dikey anlaşmalarla ilgili rehberinden alınan bir kısma yer vermişsiniz. Öncelikle, açıkçası, oradaki yorumunuzun çok haklı olduğunu düşünmüyorum, en azından bir çeviri hatasından kaynaklandığını aklıma getiriyor, çünkü orada, Komisyon hiçbir şekilde paralel ağların oranını göz ardı etmemiş. Komisyon, ilgili piyasada yüzde 30 pazar payına sahip herhangi bir teşebbüs bulunmasa dahi, her koşulda, şayet paralel ağların oranı söz konusu pazarda yüzde 40'ın üzerindeyse, bu durumda piyasa kapama etkisinin ortaya çıkacağını ortaya koymuş.

Şu sizin de malumunuzdur, hazirunun da dikkatlerine sunmak istiyorum: Türkiye akaryakıt sektörü belki de dünyada eşi görülmeleyen son derece istisnai bir pazar, çünkü dünyada belki hiçbir pazarda görülemeyecek şekilde, bu pazarda, rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmaların oluşturduğu paralel ağların oranı yüzde 100. Yani, gerek Petrol Piyasası Kanunundan kaynaklanan nedenlerle, gerekse sektördeki yerleşik teamüllerden kaynaklanan nedenlerle, bu sektörde bir tek anlaşma dahi yoktur ki, rekabet etmeme yükümlülüğü içersin.

Yine bir başka tespitinizle ilgili ufak bir yorum yapmak istiyorum.

Rekabet Kurulunun şayet tebliğiyle akaryakıt sektöründeki bayilik anlaşmalarına müdahale edecekse, bu durumda, bu müdahalenin yalnızca anlaşmalardaki rekabet etmeme yükümlülükleriyle sınırlı kalması gerektiğine yönelik bir yorumunuz vardı. Ancak, biliyorsunuz ki, yine biraz önce bahsettiğim gibi, gerek kanun, gerekse sektördeki yerleşik teamüller nedeniyle bu sektördeki anlaşmalardan rekabet etmeme yükümlülüklerinin çıkarılması, dolayısıyla rekabet etmeme yükümlülüğünün bu anlaşmalardan bağımsız olarak düşünülmesi, değerlendirilmesi mümkün değil. Dolayısıyla, Rekabet Kurulunun kararlarında, süre kısıdıyla ilgili sözleşmenin geneline yönelik yapmış olduğu yorumun da kaynağı bu.

Komisyonun en son yayınlamış olduğu Rehberin 141'inci paragrafı aynen bu şekilde; "bazı durumlarda, belirli satış yerlerine, satış noktalarına birden fazla markanın satılması fiili olarak mümkün değildir, bu tür durumlarda, piyasa kapama etkisini gidermenin tek yolu, sözleşmelerin süresine müdahale etmektir."

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Mehmet Bey buyurun.

Av. Mehmet GÜN- Murat Beyin sunumu için özellikle teşekkür ediyorum.

Sunumdan şöyle bir mesaj alıyorum: Zaman içerisinde sıfır rekabetçi güçten dünya çapında bir rekabetçi güce ulaştık, Rekabetin Korunması Kanunu da uygun bir zamanda geldi, çünkü içeride hem rekabetimiz vardı, hem de dışarıyla rekabet edebilir duruma gelmişti. Bunun her sektör için geçerli bir mesaj olduğunu düşünmüyorum, bazı sektörlerde rekabet tam olarak tesis edilmiş değildir. Uluslararası rekabetimiz bakımından da, rekabetçi şirketlerimiz olmakla birlikte ulusal rekabet gücümüz oldukça gerilerdedir; bunu kabul etmemiz gerekir.

Sorum: Acaba, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun adını "Rekabetin Tesisi ve Korunması" olarak değiştirmeli miyiz, rekabetin oluşmadığı sektörlerde rekabetin tesis edilmesi konusunda kendi ülkemize has kurallar oluşturmalı mıyız? Murat Bey dedi ki, "Amerika'da rekabet kuralları oluşturulduğu zaman bizde henüz rekabet edecek bir işletme bile yoktu, rekabet kurallarını nasıl alıp koyabilirdik?" Bu mesaj şu an için de geçerlidir. Örneğin avukatlık mesleği için söylüyorum; ülkemizdeki avukatlık büroları diğer ülkelerdekilerle rekabet edebilecek durumda mıdır? Hayır! Avrupa Birliği'yle görüşmelerimiz bir noktaya geldiği zaman, benimkisi de dahil olmak üzere bütün avukatlık büroları yerle bir olacaktır. Peki, bu örneği takip ederek Türkiye'de böyle bir çalışma yapmamalı mıyız? Bana göre yapmalıyız. Bu konuda Yılmaz

Hocam ne der? Sayın Mona Hanım, -buraya Mısır'dan geldi- kendi ülkesindeki durumu da göz önüne alarak, bu durumdaki ülkeler için acaba ne düşünür?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN- Çok teşekkür ederim.

Çeviri eleştirisi de dahil olmak üzere bu kadar çok eleştiri aldığım için çok mutluyum. Umarım daha iyilerini genç arkadaşlarımız yaparlar. Daha iyi okullarda okuyup daha iyi dillere sahip olup çevirileri bize yayınlarlar, biz de hatalı çevirmek zorunda kalmayız, onlardan öğreniriz. Ama şöyle yayınlayın, koyun ortaya görelim.

İsmail Beye teşekkür ederim. Anlaşmıyoruz, doğru. İsmail Bey diyor ki; “bizim rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara müdahale etme hakkımız yok mu, işte bunlar rekabeti sınırlayıcı anlaşmadır, müdahale ettik, sürelerini 5 yıla indirdik, bunun nesine itiraz ediyorsun Hocam, üstelik 8’inci maddede de süre filan yok, Petrol Piyasası Kanunuyla bu çelişmez.”

Biz tabii ki hukukçuyuz. Hukuk, “buradan oraya ulaşacaksın” dediği zaman, acaba şu yoldan mı ulaşacaksın, bunların üstüne basarak mı ulaşacaksın, nasıl ulaşacağın konusunda detaylı usul ve yetki kurallarıyla örülmüştür. Dolayısıyla hukuk, Rekabet Kanunu’ndan ibaret değildir, Petrol Piyasası Kanunu’ndan da ibaret değildir; hukuk bir bütündür. Biz, anayasal sistemi, Avrupa Topluluğu ile olan ilişkilerimizi düzenleyen anlaşmaları, hatta uluslararası anlaşmaları, hepsini birden göz önüne almak zorundayız. Rekabet Kurulu, yargı benzeri yetkileri olsa bile bir İdari makamdır; dolayısıyla kanunla kurulur, yetkileri de kanunla verilir. Ben bağlı yetki prensibine inanan birisiyim. Kanunda açıkça yetki verilmemiş, kanunda belirtilmemiş bir yetkiyi Rekabet Kurulu kullanamaz ya da o yetki bir başka yöntemle verilmişse, oradan kullanması gerekir, “zaten bu yetkim var ama, şuradan kullanacağım” diyemez.

İki noktaya temas ediyorsunuz. Diyorsunuz ki, “5 yıllık süre ile 8’inci madde arasında bir çelişki yok.” Evet, böyle dediğiniz zaman yok. Ama hangi düzlemde yok? Bakalım. Kanununuzun 4’üncü maddesi yasaklama yetkisi veriyor. Neyi yasaklama yetkisi veriyor? Anlaşmayı yasaklama yetkisi veriyor. Bir sektördeki bütün anlaşmaları hiçbir soruşturma dahi açmadan yasaklama yetkisi veriyor mu? Vermiyor. O yasaklamanın nasıl olacağına dair 20 madde var; yasaklamayı uygulamak için o usulü uygulayacaksınız. 5’inci madde yasaklama maddesi değil, serbest bırakma maddesi.

Bu arada ikinize de cevap vermiş olayım. Çok doğru söylüyorsun; evet, 2002/2 sayılı Tebliğ var, her sektöre uygulanıyor, niye Petrol Piyasası Kanunu’na uygulanmasın? Doğru söylüyorsun. Ama uygulayamamız, çünkü -çok basit bir

sebebi var- tebliğinize aykırı davranıyorsunuz. Tebliğiniz size ne diyor? “Sadece rekabet yasağı olan madde grup muafiyetinden yararlanamaz”; yani sözleşmenin geri kalanı ayakta kalır. Peki siz ne yaptınız, böyle mi yaptınız? Sözleşmenin geri kalanını da geçersiz hâle getirdiniz, “sözleşmenin tamamı grup muafiyetinden yararlanamaz” dediniz. 2002/2’nin 5’inci maddesi böyle yetki veriyor mu? Vermiyorsa nasıl kullanıyorsunuz? Vermiyor. Halbuki, öbür sektörlerde bunu söyleyebilirsiniz, sözleşmenizdeki rekabet yasağı hükmü 5 yılı aştığı için, “bunu 5 yıla indir kardeşim” dersiniz, çünkü size bu yetkiyi veriyor. Burada da onu söyleyin. Söyleyemezsiniz. Söylediğiniz zaman kanuna aykırı davranıyorsunuz. Bu sefer, “5 yılı aşmasın” dediğiniz zaman, “olur, çıkaralım” deseler ne yapacaksınız? Çıkardı onu, o zaman bu sözleşmeler geçerli hâle mi gelecek? Hayır, gene aynı, Rekabet Kanunu’na aykırı olacaklar. Bu hüküm olmasaydı gene Rekabet Kanunu’na aykırı sonuç doğmayacak mıydı? Çünkü Petrol Piyasası Kanunu zaten, sözleşme süresince, -o süre neyse- rekabet yasağını kendisi getiriyor. Siz, anlaşmadan doğan rekabet yasaklarını engelleyebilirsiniz, sözleşmeden doğuyorsa, anlaşmadan doğuyorsa; kanundan doğuyorsa nasıl yasaklıyorsunuz?

Süreyle kısıtlayabilir miyiz? Kısıtlarsınız; ama yöntemi, 2002/2 sayılı tebliğ olamaz, o öyle bir yetki vermiyor, orada sözleşmenin süresine müdahale yetkisi yok, rekabet yasağının süresine müdahale yetkisi var. Bunlar farklı şeyler. “Bunu yapamıyoruz, çünkü kanun var, bunu yaparsak anlamsız hâle geliyor, o yüzden biz süresine müdahale edelim, ama gene aynı yerde kalalım, grup muafiyeti yöntemiyle yapalım, yetkiyi vermeyen tebliği kullanalım” dersiniz, biz ona itiraz ediyoruz. Bu hukuki değil. Bu yetkiyi veren tebliğ çıkarın yapın. Ama hukuk böyle bir şey. Yolunu, usulünü uygulamadığımız zaman esası da kaçıırız, esası da bozarız. Esasın şeklini veren o usul kurallarıdır, şekil kurallarıdır, yetki kurallarıdır; bunlar olmadan olmaz. Dolayısıyla, bir nüans gibi görünüyor ama, bu çok önemli bir hukuk prensibi. Size nüans gibi geliyor, hukukçu olmayanlar bunu bir nüans görüyor; “yahu ne olacak, sonuçta biz o köşeye ulaşıyoruz işte, öyle de gitsek böyle de gitsek ulaşıyoruz.” Ama hukuk bu değildir. Hukukta yöntem, usul önemli.

“Sadece içtihadı değiştiriyoruz” diyor. Doğru söylüyorsunuz, sadece içtihat değiştirdiniz, bunu kabul ediyorum. Hakikaten önceki kararlarınız yanlıştı, bunu ben de kabul ediyorum; en çok eleştirenlerden biri benim. Fakat, bunu düzeltirken bozduğunuz o kadar çok şey oldu ki. Şu anda mahkemede 3000 civarında dava var; Rekabet Kurulu buna sebep olmalı mıydı? Bunu daha yumuşak bir şekilde çözebilirdi. Yöntem doğru olsaydı bu davalar olmayacaktı. Şimdi zaman aşımı gibi problemlerle karşılaşıyorlar. Davacı taraf dağıtım şirketi; davalı bayi. Bayi diyor ki, “zaman aşımına uğramıştır, siz bu paralı bizden

alamazsınız, biz parayı 15 yıl diye aldık cebimize koyduk, 5 yılda bitiririz, özgür kalırız, ama 15 yıllık parayı alırız”; bu hukuksuzluk, böyle bir şey olmaz. Bunun geri alınması lazım. İçtihat değişikliğiymi ama, -onu anlatmak isterim- yöntem yanlış olunca hakikaten sıkıntı doğdu; yoksa birçok tespitlerinize katılıyorum. Kapama etkisiyle ilgili olarak da doğru söylüyorsunuz; ben de söyledim. Bu sektörde herkes aynı form sözleşmeyi kullanıyor, yöntemi kullanıyor; yüzde 100. “Sektörde kapama etkisi yüzde 50’yi aşarsa (yapmanız gerekenin ne olduğunu kendiniz yazmışsınız), bir tebliğ çıkararak grup muafiyetini geri alır” diyorsunuz. Niye öyle yapmadınız? Kendi söylediğinizle çelişiyorsunuz. Niye öyle yapmadınız? “Eğer bir sektörde kapama etkisi yüzde 50’yi aşarsa, bir tebliğle geri alma hakkımız vardır” diye bu yetkiyi kendinize vermişsiniz; ben şimdi soruyorum, madem yüzde 100, niye bunu yapmadınız? Yapmanız gereken o değil mi? Mademki o tebliğ bu sektöre böyle uygulanabilirdi, niye bunu uygulamadınız? Buralarda hatalar var.

Dolayısıyla, bu sektörde, bu ulaşılan sonucun da, özel hukuk sonuçları çok ağır oldu; ben görüyorum, bunlar her gün yaşanıyor. O yüzden bu kadar bu konunun üzerine durmaya çalışıyorum.

Ayhan Bey’in söyledikleri de doğru. “Bu nispi butlan değil, kısmi butlan” demek istedi galiba. Kısmi butlan olsa idi olmuyordu, çünkü o rekabet sınırlaması kanunda var. Kanunda olduğu için anlaşmadan bu doğmuyor, kanundan doğuyor. O yüzden, müdahale şekli farklı olması gerekiyor. 4’üncü madde açıkça “anlaşma, uyumlu eylem” vesaire diyor çünkü. Yok, müdahale edilmesin, Kurum yetkisizdir asla demiyorum, aksine, Kurum’un doğru bir yöntemle nasıl müdahale edebileceğini göstermeye çalışıyorum. Kurum, 4’üncü maddede, anlaşmalarla ilgili olarak her şirketi tek tek çağırıp anlaşmalarını inceleyip muafiyetler de verebilir, “bunları yasaklıyorum, 5 yılla sınırlıyorum” da diyebilir, ama karar alacak. Oradaki karardır, tebliğ değildir; 4’üncü maddede tebliğ yok, karar var. Soruşturma açacak karar alacak.

Dolayısıyla, sonuçlara, ulaşmak istediğiniz yere ulaşmış olabilirsiniz ama, bahçeleri ezerek gittiğiniz zaman ürün, mahsul bozuluyor; bütün söylemeye çalıştığım oydu.

Evet, şu anda 5 yıl olunca dağıtıcılar tabii ki yatırımlarda isteksiz olacak, bundan hiç şüpheleniz olmasın. Dağıtıcılara da uzaydan, bir yerden para gelmiyor. Diyelim ki, onlar bu işlere yıllık 100 milyon dolar para ayırıyorsa, hadi bu sene, bu karar var diye 150 ayırsınlar; ama 300, 500 milyon ayıramayacak ki, öyle bir para yok, bu paralar uzaydan gelmiyor. Dolayısıyla, bayiler açısından da aslında burada bir sıkıntı doğacak; bayiler daha çok para isteyemeyecekler, daha az paralar alacaklar. Belki güvenlik yatırımlarında bile aksama olabilir.

Ben çok gezen bir insanım. Türkiye'nin yeni yüzü olan o akaryakıt istasyonlarıyla bir kere daha gurur duydum. Gittim Rusya'ya, orada gördüm ki (Lukoil'in yerlerini mesela), tuvalet yok, market yok, kendiniz alıyorsunuz. Gidiyorsunuz, parayı kasaya ödeyip kendiniz dolduruyorsunuz. Bir de bize bakın; ne kadar hizmet var, müşteriye hizmet etmek için ne kadar uğraş var. Bu, bu yatırımlarla oluyor. Sadece bu yatırımları yapmıyorlar. Şimdi, 10 milyon dolarlık istasyon yatırımı diye bir şey yok, 10 milyon dolar verilmiş istasyon var. Diyelim ki, o en çok 1 milyondur. O zaman, onun 9 milyonunu nereye veriyor? Oraya ticari yatırım yapıyor; kapacak öbürü, kaptırmamak için bastırıyor, veriyor. Piyasaya giriş için rekabet var; bugüne kadar bu hiç değerlendirilmedi, belki bu yönde ele alınmadı, ben de bu yönde yeterince incelemedim. Belki bu yönü de incelenmelidir.

Bu sektör, özelliği olan bir sektör, kanunu olan bir sektör. Avrupa'da böyle bir kanun yok. Avrupa'da yaptılar. Komisyon der ki, "süreye müdahale edeceğim"; siz diyemezsiniz. Komisyon, üye devletlerin üzerinde üstün hukuktur, o der ve uygulatır da. Siz üstün hukuk değilsiniz; Anayasa var. Rekabet Kurulu, "sözleşme özgürlüğünün süresini bundan sonra 5 yıl yaptım, akaryakıt sektörü 5 yıldan uzun intifa sözleşmesi yapamaz" diye bir karar alamaz, yetkisi yok. Bu ancak kanunla yapılabilecek bir özgürlük sınırlamasıdır. Anayasa ne diyor? "Özgürlükler ancak kanunla sınırlanır." Özünü ihlal eder duruma geliyoruz. Sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmamalıyız. Rekabeti korumak için gerekli olan kadar müdahale etmeliyiz; şirket şirket, -yorucu bir şey söylüyorum-anlaşma anlaşma, tek tek incelemeliyiz. Zaten şimdi sektör sizi oraya zorluyor; ha bire bildirimleri gönderiyor değil mi? Bu olacak, sonuçta yapılacak olan bu. Dolayısıyla, Avrupa'yla kıyaslarken çok dikkatli olmamız gerektiğini düşünüyorum.

Yeni rehberde Komisyon bunu uygulamak istiyoruz, farkındayız. Bunları yapabilir, hepsini yapabilir. Komisyon ile Rekabet Kurulu'nu paralelleştirmeyelim; üstün hukuk değiliz.

Mehmet Bey'in dediği kaygıları anlıyorum ve çok haklı görüyorum. Rekabet Kanunu'nun ilk tasarıları hazırlanırken çok tartışılmıştır, hatta bir yerde, yanılmıyorsam 20'nci maddede "rekabeti kurmak ve korumak" vurgusu vardır. Rekabet Kurulu bu yetkileri kullanabilir, 27'nci maddesinde vardır, genel tebliğler, genel düzenlemeler yapma yetkisi vardır, bunu yaparken öbür kanunları dikkate almalıdır; söylediğimiz bu. Avukatlar için de böyle bir tehlike var. Onu da, burada hukukçular olduğu için bir kere daha söyleyerek, sizin söylediklerinize dikkatlerini çekmek istiyorum. Nasıl organize olunursa rekabetçi olabiliriz; baroların ve hukukçuların bunu da ciddi ciddi düşünmesi lazım.

Sorularınız için, yorumlarınız için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Çok teşekkür ederim.

Bu konu çok önemli bir konudur. Seminer yetkililerinin ek bir tartışma imkânı yaratmasına büyük ihtiyaç vardır. Sayın Aslan'ın dokunduğu konular çok aktüel ve çok önemlidir ve zaman sınırlaması dolayısıyla gereği kadar tartışamıyoruz. Rekabet ... pozisyonu var... O pozisyonun tartışılması icap eder görüşündeyim. Vakit yok.

Buyurun.

Murat ÇETİNKAYA- Teşekkür ederim.

Bana zaten iki tane kısa soru geldi, onlara kısaca değineceğim. Vaktimiz de gayet daraldı herhâlde. Sinan Beyin iki sorusundan bir tanesi, 1924-1929 arasındaki buhran dönemiyle ilgiliydi. Özellikle yabancı özel sermayenin devletleştirildiği söyleniyordu. Evet, çünkü, bahsedilen, politika olarak hedeflenen alanlardaki yatırımlar hep yabancı sermayenin elindeydi. Dolayısıyla, devletleştirme, artı, devletçilik şeklinde iki ayaklı uygulanan politikada devletleştirme, yabancı sermayeye siyasi anlamda sıkıntılı olduğumuz dönemlerde verilen tekellerin geri alınması şeklinde ortaya çıktı, devletçilik ise, yapılan yatırımlarla ortaya çıktı. Slaytta mesela, 1924-1929 döneminde kurulan SEKA Kâğıt Fabrikaları, bir sürü tesisler geçti. Kanımca, Türkiye 1930 buhranına, ilk baştaki politikalarıyla birlikte, diğer Latin Amerika ülkelerine göre falan çok daha hazırlıklı yakalandı esasında. 1930'dan sonra, yapılan planlardaki ve programlardaki belirtilen hususlar yine uygulanmaya devam etti. Evet, sıkıntıları oldu; üç beyazlar bulunmadı. Devlet o dönemde onun için üç beyazlara, hızlı tüketim mallarına yatırım yaptı. Yine buhran dönemlerinde, 1931, 1932'de uygulanmasına başlanan planda ilk bir-iki yıl sıkı bir korumacılık uygulandı. Nedeni de, 1929 ekonomik buhranıdır. Ondan sonra uygulanan politikalar gevşetilmeye, genişletilmeye başlandı. Cevap oldu mu bilmiyorum.

“1982-1994 arası bir boşluk dönemi değil mi” diye 167'nci maddeyle ilgili vurguya değinildi. Esasen, 1982 Anayasası bir darbe Anayasasıydı. Dikkat ederseniz, neoliberal politikalar, liberal politikalar 24 Ocak 1981, Anayasamız ise, Eylül 1982'dir; arada bir dönem var. Esasında, burada bir anlayış değişikliği var. Bu anlayış değişikliği kısmen Anayasa hazırlık çalışmalarında yer almış kişilere de sirayet etmiş olabilir. Ancak, meseleyi işçi-işveren ilişkileri açısından değerlendirdiğimiz zaman, 1982 Anayasasının, çalışan, emekçi sınıflar aleyhine, işverenlerin lehine hükümler içerecek şekilde bina edildiğini görürüz. 167'nci madde de esasen, bu genel çerçeve içerisinde değerlendirildiği zaman anlam buluyor. Kanımca, ekonomi yapısal olarak Rekabet Yasasına hazır değildi; hâlâ

sigara kaçakçılığı vardı, korumacı devlet politikaları uygulanıyordu, ihracata teşvik veriyordunuz, hayali ihracat yapılıyordu. Kimler zengin oldu o dönemlerde... O dönemde yapısal olarak hazır değildik.

Bana 1994-1997 arasını sorarsanız, haklısınız derdim. Kanun, Kurulun teşkil edilmesi için 1 yıllık bir süre vermiş. 1995 yılında Kurulun oluşturulması gerekirdi. Evet, o ara, o dönem kayıp dönem. Ancak, o dönemde de, daha önceki çalışmalarda da Vehbi Koç'un Yalım Erez'e, "evladım Yalım, sakın ola ki bu kanunu Meclisten geçirmeyesiniz ha" dediğini biliyorum. Özel sermaye, o korumacılığın vermiş olduğu güçle, Rekabet Yasasının çıkmasını hâlâ istemiyordu, kendi aleyhine olacağını düşünüyordu. Halbuki görüldü ki, kendi lehlerine de birçok hüküm ve uygulamalar var.

Şunu da vurgulayayım: O dönemde fiyat kontrolleri çok sıkı bir şekilde uygulanan kontrollerdi, yani devlet hâlâ kontrollü bir ekonomi çizgisindeydi. Esasında, bence yeni daha liberal, daha serbest bir piyasa sistemine doğru açılıyoruz.

167. madde ile ilgili olarak son olarak şunu belirteyim: Bence maddenin gerekçesi maddenin kendisinden çok daha güzel. Bakma fırsatınız olursa sanırım siz de benim düşüncemi paylaşıacaksınız.

Teşekkür ediyorum.

**REKABET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU-VIII**

*14-15 Mayıs 2010
KAYSERİ*

II. OTURUM

*Oturum Başkanı
Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN*

2000'DEN 2010'A REKABET HUKUKU UYGULAMALARI VE YARGISAL DENETİM

Av. Elvan Sevi Bozoğlu FIRAT

Anayasa (“AY”)’nın¹ 167. maddesi Devlet’e piyasaların sağlıklı ve dzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri almak, piyasalarda fiili ve anlaşma ile oluşacak olan kartelleşme ve tekelleşmeyi önleme görevi vermektedir. Bu hükümden yola çıkılarak, “*mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve dzenli işlemesi*” milli ekonominin refah seviyesinde gerçekteşmesinin gereklerinden birisidir.² Ayrıca AY’nin 48. maddesinin II fıkrasında da Devlet’e, özel teşebbüslerin “*milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun*” hareket etmelerini sağlayacak önlemleri almak görevi yüklenilmiştir.³ Ekonomik gelişimin sürdürülebilirliği ve ticari yaşamda faaliyet gösteren firmaların, tüketici yararına hareket edebilmeleri için, ekonomik alandaki rekabetin korunması gerektiği artık tartişmasızdır. Bildiğimiz kadarı ile liberal ekonomik sistemi benimsemiş olan gelişmiş ülke ekonomilerinin hemen hemen hepsinde rekabetin sürekliliğinin güvence altına alınabilmesi için Devlet’in ekonomiyi kontrol altında tutmasını sağlayacak olan rekabet yasaları bulunmaktadır. Devletler genel olarak, kamusal

* Av. E. Sevi Bozoğlu Fırat, Gün Avukatlık Bürosu, sevi.bozoglu@gun.av.tr; esbozoglu@hotmail.com.

** Bu tebliğin hazırlık sürecinde; Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi, İdare Hukuku ve İdari Yargılama Hukuku ile ilgili derin tecrübesini paylaşmaktan çekinmeyen, Danıştay kararlarını yorumlamak konusunda sabırla bana yol gösteren, Danıştay 13. Daire Emekli Üyesi Sayın Orhun Yet’e; çalışma planı ve içeriği hakkındaki değerlendirmelerini paylaşan, birçok bölümü okuyarak önerilerde bulunan titiz ve bilimsel içeriği değerli çalışmaları ile Rekabet Hukuku teorisinin gelişimine katkısı yadsınamayacak olan, Sayın Hocam Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı’ya; çalışma arkadaşlarımdan, güçlü Rekabet Hukuku nosyonu ve tecrübesi ile daha iyi bir anlaşılabilirlik sağlanması için önerilerde bulunan Sayın Av. Neşe Taşdemir’e, Rekabet Kurulu kararları hakkındaki çalışmalarına destek veren Sayın Av. Begüm Yavuzdoğan’a, ve aradığım kaynakların tümüne beni ulaştıran, çalışmanın tüm atıflarını sabırla kontrol eden Gün Avukatlık Bürosu kütüphane sorumlusu Sayın Kamil Yeşiltaş’a teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, Av. Mehmet Gün, Av. Banu İmadoğlu, Av. Zeynep Gülşen, Av. Necdet Uzel ve Stj. Av. Yelina Tayfur’a katkıları için teşekkür ederim.

¹ RG: 9.11.1982, Sayı: 17863, Kanun No: 2709.

² ODER, BURAK (2004), “Kamu İhale Hukuku”, Özyay, İl Han, Günişığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul içinde, s.566.

³ ODER, B., a.g.e., s. 555., “Kısaca; AY m. 48, bir yandan iktisadi, ticari veya sınai amaçlı faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vermekte, diğer yandan Devlete bu faaliyetlerin (=özel teşebbüslerin) milli ekonominin gereklerine uygun yürütülmesi için tedbir alma yükümlülüğü getirmektedir... Milli ekonominin gereklerinin ne olduğunun genel çerçevesi ise AY m. 167 ile çizilebilir...”.

açından önem taşıyan ancak gerçek anlamda uzmanlık gerektiren rekabetin korunmasına ilişkin faaliyeti sürdürecektir olan bir yapı oluşturmayı tercih etmişlerdir. Türkiye’de de bahsedilen bu işlev, AY’nin 123. maddesine göre merkezi sistem içinde yerini almış olan Rekabet Kurumu tarafından yürütülmektedir.

AY’nin 125. maddesi gereğince, bir kamu kurumu olarak Rekabet Kurumu’nun bütün eylem ve işlemleri yargısal denetime tabidir. Kuruluş Kanunu olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“4054 sayılı Kanun” veya “Kanun”) uyarınca, Kurum’un dava ehliyeti de bulunmaktadır. Dolayısı ile Rekabet Kurumu işlem ve eylemlerinin sorumluluğunu üstlenme konusunda sorumlu ve yetkindir.

Yargısal denetim hukuki güvenliğin sağlanması ve hukuk devletinin korunmasının olmazsa olmaz koşullarından birisidir. İdarenin yargısal denetiminde en temel amaç, hukuka aykırılıkların etki ve sonuçlarının en etkin araçlar kullanılarak ortadan kaldırılmasıdır. Bu çerçevede Yargıya düşen görev, idari kurumların, doğal olarak da Rekabet Kurumu’nun, işlevlerini yerine getirirken hukuki sınırları aşmadan görevini ifa etmesi ve bu görevleri ifa edebileceği yeterli alana sahip olabilmesi arasındaki dengenin kurulmasında yol gösterici rol üstlenmektir.

Rekabet Kurumu rekabet ihlallerine ilişkin kararlarını, Kurum’un bir organı olan Rekabet Kurulu (“Rekabet Kurulu” veya “Kurul”), eli ile tesis etmektedir. Bu tebliğde 2000 yılından bu zamana kadar, Kurul’un vermiş olduğu rekabet ihlalleri, birleşme ve devralmalar ve menfi tespit ile muafiyete ilişkin kararlar ve bunlarla ilgili yargı kararları ele alınmıştır. Çalışma ile, geçen yaklaşık 10 yıllık süre içinde, bahsedilen kararların yargısal denetimi konusunda kat edilen gelişmelere ışık tutmak ve gerek Rekabet Kurumu gerek Danıştay ve gerekse uygulamacılara, Kurul kararlarının yargısal denetimi konusunda bütünsel bir bilgi vermek amaçlanmıştır. Dolayısı ile çalışmada Rekabet Kurumu’nun, rekabet ihlalleri dışında kalan iç düzen işlemlerine ve bunlarla ilgili yargı kararlarına yer verilmemektedir.

Tebliğ kapsamında, Rekabet Kurumu ve Danıştay’ın resmi internet sitesi, hukuk internet arama motorlarında ve konuya ilişkin yayınlar⁴ üzerinde yapılan

⁴ Çalışma içinde atıf yapılan kitap, makale ve benzeri yayınların dışında, tasniflendirilmiş Rekabet Kurulu ve Danıştay kararları ile ilgili olarak ayrıca bkz; ATASAYAR, KUBLAY (2005), 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

araştırmalar sonucunda geçmiş 10 yıl içinde verilmiş yaklaşık 2300 Danıştay kararı ve bu kararlara konu olan 324 Kurul kararı incelenmiřtir⁵.

Çalışmada ilk olarak Kurul'un Kanun'da açık bir biçimde yazmayan, ancak bir kamu kurumu olması nedeni ile tabi olduğu ve yargısal denetiminde dikkate alınan hukukun genel ilkelerine yer verilerek, çalışmada incelenecek olan yargı kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi için bir zemin oluşturulmuştur. Bu ilkelere çalışmada yer verilmesinin bir başka nedeni de hukukun ve hukukun ruhunu oluşturan bu ilkelerin bir bütün olarak algılanması zorunluluğudur. Birinci bölümde ayrıca Kurum işlemleri, İdare Hukuku'nun genel işlem sınıflandırması dikkate alınarak, tasniflenmiştir. İkinci bölümde ise; işlemlerin idari ve yargısal denetimi hakkında açıklamalara yer verilmiştir. Her iki bölümde de inceleme sırasında açıklamalar ile ilgisi tespit edilen Danıştay kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın nc bölümünde, bahsedilen kaynaklardan temin edilen kararlar, sistematik bir biçimde incelenerek üç farklı biçimde tasniflendirilmiştir. Bu bağlamda, ilk tasnif Kanun'un 4., 5.,6, ve 7. maddelerinde düzenlenen rekabet konularına göre, ikinci tasnif Kurul'un ilk inceleme, naraştırma, soruşturma ve nihai karardan oluşan inceleme sürecine göre, üçüncü tasnif ise Kurul tarafından alınan kararların sonuçlarına göre yapılmıştır.

Bu tasniflendirmelerden birinci tasniflendirmede, Kanun'daki rekabet konularına göre ayırım da sadece Danıştay denetiminden geçmiş ve sonuçlanmış olan kararlara yer verilmiştir. Öte yandan, halen yargısal denetimi tamamlanmamış olan, fakat Rekabet Hukuku uygulamaları açısından yol gösterici olmaları nedeni ile doktrinde tartışılmış olan bazı Kurul kararlarına ve bu kararlar hakkındaki yargısal sürece ilişkin de bilgiler verilmiştir. İkinci tasniflendirmede ise, Danıştay tarafından verilen kararlardan yola çıkılarak, Kurul'un konuları ele alırken, inceleme sürecine ilişkin kurum işlemleri ile ilgili olarak Danıştay tarafından verilmiş kararlardan yola çıkılarak, bundan sonraki inceleme süreçlerinde dikkat edilmesi gereken hususlar açığa çıkartılmıştır. Son bölümde Kurul kararlarının sonuçlarına göre bir ayırım yapılarak Kurul'un geçici tedbir kararı, para cezası ve ihlale son verme kararlarının Danıştay tarafından nasıl değerlendirildiği, Danıştay'ın hangi tür kararlarda Kurul'un verdiği kararı hukuka uyarız bulunduğu ve buna ilişkin sınırlar tespit edilmeye çalışılmıştır.

⁵ İncelenen tüm kararlara Tebliğ'de yer verilmemekle beraber, bu kararların ortak noktalarına ilişkin tespitlerin tümü hakkında açıklamalar yapılmıştır.

BÖLÜM I:
GENEL OLARAK REKABET HUKUKU UYGULAMALARINI
ETKİLEYEN İLKELER,
REKABET KURUMU İŞLEMLERİ

1. Rekabet Kurumu Uygulamalarında Öncelikli İlkeler

Hukukun genel ilkeleri, insan haklarının ve dolayısıyla modern, çağdaş dünyanın korunması amacı ile ortaya çıkan kavramlardır. Bunlar, bazen hukuk kaynağı, bazen de hukuk kurallarının yorumunda kullanılan yöntemler olarak karşımıza çıkarlar.

Uluslararası sözleşmelerde yer alan ve insan hakları hukukunun da temelinde bulunan “savunma hakkı”, “kanunların ve idari işlemlerin geriye yürümezliği”, “hakkın kötüye kullanılmaması” gibi ilkeler hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilmekte ve Kıta Avrupa’sında mahkemelerce uygulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi (“AYM”) ve idari yargının verdiği kararlara bakıldığında, AY’nin 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin, hukukun genel ilkelerine saygılı devlet olarak geniş bir kapsamda değerlendirildiği görülmektedir. AY’nin 138. maddesinde yer alan yargıçların hukuka uygun olarak, vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri yönündeki “hukuk” ibaresi ile de, geniş anlamda hukukun yazılı ve yazılı olmayan kurallarına atıf yapılmaktadır. Bir başka deyişle, AY’nin bu hükmü, yargıçlar tarafından verilecek olan kararlarda sadece yazılı hukuk kurallarının değil, aynı zamanda hukukun yazılı olmayan genel kabul görmüş olan ilkelerinin de gözetileceğini ifade etmektedir. Türkiye’de de geçmişten bugüne yargısal incelemelerde hukukun genel ilkelerinin uygulandığı ve verilen kararlarda karara konu işlemlerin bu ilkelere uygunluğunun tartışıldığı görülmektedir. AYM’nin çeşitli kararlarında hukukun genel ilkelerine her şeyin üstünde ve öncesinde yer verilmekte olduğu görülmektedir⁶.

AY ve yasalar ile kendilerine pek çok görevler, haklar, yetkiler, olanaklar, bağımsızlıklar verilmiş olan kamu tüzel kişileri, özel hukuk kurallarına bağlı olsalar da bunların asıl hukuksal rejimleri, kamusal mevzuat kuralları ile idare hukuku kurallarıdır. Kurum da, temellerini AY’den alan tüm kamu kurumları gibi, İdare Hukuku ve hukukun yazılı olsun veya olmasın tüm kuralları ve hukukun genel ilkeleri ile bağlıdır. Bu ilkeler, açık bir biçimde düzenlenmiş olsun ya da olmasın,

⁶ AYM kararları, 12.2.2004 T., 2001/349 E., 2004/14 K. (RG., 2.6.2004 T., No: 25480) ; 16.1.2003 T., 2001/36 E., 2003/3 K. (RG., 16.1.2003 T., No: 25296) ; 12.12.1996 T., 1996/64 E., 1996/47 K., (RG., 24.4.1998 T., No: 23322) ; 11.11.1963 T., 1963/106 E., 1963/ 270 K., (AMKD, y. 1, sh. 468.)

kanunda ayrıntılı olarak yer alsın ya da almasın, kendilerine uyulmadıkları sürece, rekabetin etkin şekilde korunması konusundaki atılan adımları etkisizleştireceklerdir. Bu noktada, yargısal denetim devreye girmektedir.

Yargısal denetim sırasında Danıştay, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararların hukukiliğini denetlerken yazılı hukuk kurallarının yanında, yazılı olmayan ancak temelleri AY ve uluslararası anlaşmalarda yer alan hukukun genel ilkelerini gözetecektir. Bu nedenle Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme ve verilen kararlarda bu ilkelere uygun süreçlerin temini ve bu ilkelerin gereğini yerine getiren kararlar alınması, yargısal denetim sonucunda iptal edilen kararların sayısını azaltacaktır.

Hukukun genel ilkeleri başlığı altında yer alan tüm ilkelerin ayrıştırılarak anlatılması ve bunlar ile ilgili olarak akademik bir çalışma ortaya konulması bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Ancak aşağıda, Danıştay tarafından bugüne kadar verilen kararların daha iyi yorumlanması ve anlaşılması için, Rekabet Hukuku uygulamalarında dikkate alınması gereken ilkelerin arasında öncelikle dikkate alınması gerektiğine inanılan ilkeler hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

İlkeler ile ilgili olarak bir önceliklendirme yapılırken, Rekabet Kurumu'nun, inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak konusunda geniş yetkilerle donatılmış olduğunun gözetilmesinin gerektiği düşünülmektedir. Rekabet Kurumu, bu yetkilerini kamudan aldığı güce dayanarak ve kişilerin hakları ve menfaatleri üzerinde etki ve sonuç doğuracak şekilde kullanmaktadır. Hukukun genel ilkeleri ve "Hukuk Devleti İlkesi" ışığında; Kurul'un işlemleri ile ilgili genel olarak, "hukuk güvenliği" ve "hukuki istikrar ilkeleri", "usulde ve şekilde paralellik ilkesi"; Kurul'un inceleme ve araştırma usulleri açısından "re'sen araştırma ilkesi"; soruşturma süreçlerinin sıhhati açısından "savunma hakkının korunması ilkesi" ve 4054 sayılı Kanun kapsamında verilecek olan cezalar ve yapılan uygulamalar açısından "ölçülülük ilkesi"nin öncelikle gözetilmesi gereken ilkeler olduğu düşünülmektedir.

1.1. Hukuk Devleti İlkesi

AY'nin 2. maddesinde yer alan "**Hukuk Devleti İlkesi**", AY'nin bütününe egemen olan temel bir ilkedir. Hukuk Devleti, idarenin her işlem ve eyleminin hukuka uygunluğunu başlıca geçerli koşul bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, AY'ye aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde

yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle bağlı bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlet⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Hukuk Devleti İlkesi, idarenin faaliyetlerinin *kanuniliğini*, *öngörülebilirliğini* ve *istikrarlılığını* gerektirir. Kamu yönetimine ilişkin yetkilerin yalnız kişiler arasında, birbirlerine karşı korunması yeterli değildir. Yönetimin herhangi bir davranışta bulunurken, yürürlükte bulunan yasalara ve diğer kanuna eşit hukuk kaynaklarına, gerçek anlamda uyması, bunlara “saygı” duyması da gerekir.

“**Kanuni idare ilkesi**”nin iki değişik anlamı vardır. İdarenin eylem ve işlemleri hem kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler kanununa aykırı olmamalıdır. Yani kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı, hem de sınırır.⁸

Hukuk Devleti’nin unsurlarından bir diğeri olan hukuk güvenliği, diğeri bir ifade ile “**güvenin korunması ilkesi**” aynı zamanda belirli sınırlar içinde bütün devlet davranışlarının süreceğine olan güvenin sürdürülebilirliğinin sağlanması anlamına gelir. Halkın devlete olan güveninin korunması da ancak hukuk güvenliğinin sağlanması ile mümkündür.⁹ Bu yönüyle hukuk güvenliği yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde bütün Devlet davranışlarının az çok önceden *öngörülebilir* olması anlamını taşır. “**Ahde vefa ilkesi**” yani söze bağlılık da bu anlamda hukuka duyulan güvenin sürdürülebilirliği için öngörülen bir ilkedir.

“**İdari istikrar ilkesi**” olarak ifade edilen ilke de, hukuksal güvenliğin sağlanmasının önemli araçlarından biridir. İdari istikrar, en genel anlamda, idarenin yarattığı ve bir süredir devam eden öznel hukuki durumların devamlılığını, idarenin bu tür durumları keyfi biçimde değiştirememesini ifade eder. Belirtmek gerek ki, idari istikrar kavramı yargı organları tarafından kullanılırken olabildiğince dar biçimde yorumlanmaktadır. Bu ilke doğrultusunda idare, genel nitelikteki düzenleyici işlemlerini değiştirerek uygulamalarında farklılık yaratabilecekse de, kişilerin haklarına dokunamayacak ya da kişiler üzerinde doğrudan etkiye sahip nitelikteki hukuki durumları belli bir süre geçtikten sonra değiştiremeyecektir. Bu durumun asimetriği niteliğinde olan idari işlemlere karşı ancak belli bir süre içerisinde dava açılabilmesi, bu süre geçtikten sonra idari işlemlerin herhangi bir yargısal denetime tabi tutulamayacağı yönündeki sınırlamanın kaynağı da yine idari istikrar ilkesidir.

⁷ Danıştay 10. Daire, 14.4.1997 T., 1997/1372E., 1997/1314 K. sayılı kararından

⁸ GÖZLER, KEMAL (2009), İdare Hukuku, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa., C.1, s.110.

⁹ Danıştay 11. Daire, 12.6.1995 T., 1995/1838 E., 1995/1861 K.

Hukuk Güvenliği İlkesi ve idari istikrar, ilgili kimsenin etkin bir şekilde korunması, her bir uyuşmazlığa uygun olacak şekilde somut mekanizmalar aracılığıyla sağlanır. Hukuk kurallarının sık ve keyfi bir şekilde değiştirilmemesi ve bunun doğal sonucu olarak kazanılmış haklara saygı gösterilmesi hukuk güvenliğinin vazgeçilmez bir şartıdır. Bireylerin kendilerine yapılacak müdahaleleri görebilmeleri ve kendilerini buna göre ayarlayabilmeleri gerekir.

“**Usulde paralellik ilkesi**” de idari belirlilik ve istikrarın sağlanması açısından önemli bir ilkedir. Bu ilke bir idari işlemin geri alınmasının, kaldırılmasının ya da değiştirilmesinin o işlemin tesisinde izlenen usule göre yapılması gerekliliğini ifade eden ve Danıştay içtihatlarıyla ortaya konulmuş olan bir idare hukuku ilkesidir.¹⁰ Danıştay bir kararında¹¹ “13. maddesinde bireysel muafiyetin geri alınmasına ilişkin koşullar düzenlenmiş, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle kanunun 5. maddesinin son fıkrası hükmüne göre grup muafiyeti tanınmasını sağlayan tedbirlerin usulde paralellik ilkesi gereğince yine bir tebliğ ile geri alınması gerektiği kuşkusuzdur.” diyerek usulde paralellik ilkesinin önemine atıfta bulunmuştur. Ancak, usulde paralellik ilkesine uyulmaması her zaman ilgililerin haklarını zedelemeyebilir. Bu ilkenin işlem ekonomisi ile dengelenerek uygulanması kabul edilebilir.

1.2. Savunma Hakkının Korunması İlkesi

Savunma, en geniş anlamıyla, suçsuz olunduğunun ortaya koyulması amacıyla gerçekleştirilen muhakeme faaliyetlerinin bütünüdür.

AY'de savunma hakkı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir. AY'nin 36. maddesinde, “hak arama hürriyeti” içinde, “Temel Haklar ve Ödevler” arasında; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir. Savunma hakkı ancak kanun ve AY'ye uygun olarak sınırlandırılabilir. Savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin açık bir hüküm olması gerekir. Herhangi bir yasal düzenlemenin yorumlanması yolu ile savunma hakkının kısıtlanması mümkün değildir.¹²

¹⁰ Bkz. Danıştay 5. Daire, 3.7.1991 T., 1989/2902 E., 1991/1391 K.

¹¹ 26.05.2005 tarih ve 05-36/451-104 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 27.11.2006 T., 2005/9030 E., 2006/4481 K.

¹² DİBGK, 28.2.1991 T., 1990/1 E., 1991/1 K.: “Anayasa'nın 36. maddesinde Hak Arama Hürriyeti başlığı altında davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkı temel hak ve hürriyet olarak sayılmıştır. Anayasa'ya göre temel hak ve hürriyetler ancak olağanüstü hallerde ve kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlama çerçevesi kanunda açıkça gösterilerek belirlenir. Kanunda

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi bir insan hakkı olarak 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde savunma hakkını içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise savunma hakkını öncelikli olarak sanık bakımından öne çıkarmış (m. 6/3) ve herkesin savunma hakkının olduğunu kabul etmiştir (m. 6/1). İdare Hukuku perspektifinden yaklaşıldığında da idarenin işlemleri karşısında bireylerin savunma haklarının olması kaçınılmazdır. İdare alanında hukukun genel ilkelerinden olan savunma hakkının uygulanması, çoğu kez yargı içtihatları ile yaygınlaştırılmıştır.¹³

Savunma hakkı ilkesinden kaynaklanan şeffaflık ilkesi ile, “bilgi belgeye erişim hakkı” ve “dinlenilme haklarını” koruyan kurallara riayet edilmesi idari işlemlerin hukuka uygunluğunun temini ve denetlenebilmesi için vazgeçilmezdir. Bu nedenledir ki, bilgi edinme özgürlüğü hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan hukuki güvenliğin sağlanmasının vazgeçilmez araçlarından ve yaptırım tehdidi içeren işlemlere karşı bireylere savunma hakkı tanınması hukukun genel ilkesidir.¹⁴

Rekabet Hukuku uygulamaları açısından bakıldığında, bir idari soruşturma süreci yürüten ve bu süreç sonunda taraflara yaptırım uygulayan Kurul önünde ilgili kişilerin savunma yapmak hakkının korunması hukukun gereğidir. Rekabet Kurumu da kamu gücünü kullanan tüm kurumların olduğu gibi, savunma haklarının temini için gerekli her türlü önlemi alması yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle soruşturma süreçlerinde tarafların savunma hakları ile yakından ilgili olan “bilgi ve belgeye ulaşma hakkı”nın en geniş şekilde sağlanması etkin bir denetim gereklidir.

Aşağıda Bölüm II 1.1.’de daha detaylı olarak bahsedileceği üzere, Kanun’un 14. ve 15. maddeleri Kurum’a bilgi ve belgelere erişebilme konusunda oldukça geniş bir alan sağlanmıştır. Bu bağlamda, Kurul tarafında da bilgi edinme yetkisinin çok geniş yorumlandığı görülmektedir. Özellikle, yerinde incelemelerde edinilen ve soruşturma kapsamındaki taraflar ile avukatları arasındaki yazışmaların da edinilmesi, Kurul ile taraflar arasında avukat-müvekkil gizliliği konusunda tartışmalara neden olmaktadır.

Dolayısı ile bu iki ilke ve yorumu hakkında açıklamalara yer verilmesi kaçınılmazdır.

hüküm bulunmayan hallerde yorum yoluyla temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasına sınır getirilemez.”

¹³ GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF (1998), Yönetmelik Yargı, 13. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara., s. 219.

¹⁴ BERKET, ZUHAL (1996), Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara., s. 27.

1.2.1. Rekabet Soruşturmalarda Gizlilik Meselesi

Kanun'un 44. maddesine göre "Haklarında soruşturmaya başlandığı bildirilen taraflar sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar kurum bünyesinde kendileri hakkında düzenlenmiş olan her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının kendilerine verilmesini talep edebilirler." Bu hükümden yola çıkılarak Kanun'un haklarında soruşturma yürütülen taraflar açısından aleni bir inceleme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Maddedeki "ve mümkünse" ifadesinin Kurul'a takdir hakkı tanıdığı düşünülebilirse de, buradaki imkanlılık değerlendirmesinin taraflar açısından mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca, taraflara mümkün olan en geniş savunma imkanlarının tanınması adına, bilgi ve belgelerden fiziki olarak bir örneğinin üretilmesinin mümkün olanlarının tümü sağlanmalıdır. Ayrıca, Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da, Kurul, ilgili tarafın ilk yazılı savunmasını isterken, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgiliye göndermek zorundadır. "Kanun'daki "yeterli bilgi"den kasıt, ilgilinin savunmasını yapabilmesi için, gerekli olan her türlü bilgidir. Bu husus, 44. maddenin 2. fıkrasındaki ilgilinin "kendisiyle alakalı düzenlenmiş her türlü evrakın ve elde edilmiş her türlü delilin kendisine verilmesi" hakkıyla teyit edilmektedir. Yine bu ilke, Kurul'un tarafı bilgilendirmediği konu hakkında karar verememesi hükmü (Kanun m.44/3) ile de perçinlenmektedir."¹⁵

Söz konusu olan Rekabet Kurulu incelemeleri ve karar süreçleri olduğunda, şeffaflık ve bilgi ve belgelere ulaşım haklarının tam olarak sağlanabildiği düşünülmektedir. Kanaatimce bu durum dinlenilme hakkını da zedelemektedir. Kurul tarafından yapılan soruşturmalarda, Kurul'un soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden, ya da üçüncü kişilerden elde ettiği bilgiler bazen ticari sır olmaları gerekçesi ile soruşturma kapsamındaki teşebbüslerle paylaşılmamaktadır. Bu durum da Rekabet Kurulu'nun almış olduğu kararlarda tarafların savunma haklarını zedelemektedir.¹⁶ Rekabet soruşturmalarda gizlilik ve savunma haklarının kısıtlanmış olduğu doğrultusundaki tartışmalar, Danıştay incelemesine sunulan kararlara da yansımıştır. Danıştay, tüm kararlarda gizlilik ve savunma hakkının ihlali iddiaları karşısında Kurul lehine karar vermiştir.

Danıştay önüne gelen bir dosyada davacı, hem Kurul tarafından yapılan inceleme sırasında dava konusu idari karara dayanak alınan soruşturmanın idari usul kurallarına aykırı biçimde yürütüldüğünü, bu anlamda şikayet konusu bilgi

¹⁵ YILMAZ, EJDER (1999), "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları, Kasım 1999, Rekabet Kurumu, Ankara., s.91.

¹⁶ Aynı doğrultudaki görüşler için bkz: ASLAN, İ. YILMAZ (2007), Rekabet Hukuku, 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa., s. 921.

ve belgelere ulaşma haklarının engellendiğini, savunmanın sadece kendilerine bildirilen belge ve bilgilere göre yapılabildiğini, ticari sırların korunmasına ilişkin yasa kuralına uyulmadığını, bir yandan da bu kuralın savunma hakkının kısıtlanma gerekçesi haline getirildiğini ileri sürmüştür. Bu iddialar Danıştay tarafından incelenerek “aksine somut veriler ortaya koyamaması karşısında, soruşturma sırasında savunma hakkının kısıtlandığı ve ticari sırların gizliliği ilkesine uyulmadığı yolundaki davacı iddiaları yerinde görülmemiştir.”¹⁷ şeklinde karar oluşturulmuştur. Ancak Danıştay somut bir verinin ne olması gerektiği konusunda bir açıklama yapmamıştır.

Başka bir Danıştay incelemesinde tarafların soruşturma raporunda kullanılan verilerin kendilerine verilmesini talep etmelerine rağmen bu verilerin kendilerine verilmemesi üzerine yapılan başvuruda Danıştay bu işleme karşı yapılan itirazları reddederek bu kararını “Davacı şirket tarafından, soruşturma raporunun 141. sayfasındaki fiyat grafiklerinin dayanağı verilerin istenilmesine karşın ticari sır gerekçesi ile verilmediğinden, savunma hakkının kısıtlandığı ileri sürülmekte ise de; 4054 sayılı Kanun'un 25., 47. ve 53. maddelerinde teşebbüslerin ticari sırlarının korunacağına kurala bağlanması, dolayısıyla ticari sır içeren bilgilerin, Kurum tarafından diğer rakip teşebbüslere verilmesinin Kanun'a aykırılık oluşturması, davacının da istediği bilgilerin rakip teşebbüslerin fiyat seyirlerini yansıtan, rakip teşebbüslerin fiyat politikalarını gösteren bilgiler içermesi karşısında, davacı isteminin Kurum tarafından reddi hukuka aykırı bulunmamıştır.” şeklinde gerekçelendirmiştir.¹⁸

Danıştay, bir başka kararda ise¹⁹ “davacı şirketin ... 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, savunma hakkının kullanılabilmesi için her türlü iddiaların ve delillerin birer örneğinin gönderilmesinin istenildiği, bu istemin Kurum'ca reddedildiği anlaşılma ile birlikte, ...davacı ve diğer teşebbüsler hakkında yapılan soruşturmada üç kez yazılı savunmanın kullanılması ve bir kez de sözlü savunmanın yapılması karşısında ... , davacının bu konudaki iddiaları hukuki bulunmamıştır” diyerek davacının iddialarını ve taleplerini reddetmiştir.

¹⁷ 27.06.2000 tarihli ve 00-24/255-138 sayılı Kurul kararı hakkında verilen Danıştay 10. Daire, 28.11.2002 T., 2000/6064 E., 2002/4541 K.

¹⁸ 14.10.2005 tarihli ve 05-68/958-259 sayılı Kurul kararı hakkında; Danıştay 13. Daire, 14.5.2008 T., 2006/1455 E., 2008/4201 K. ; aynı yöndeki kararlar için bkz. Danıştay 13. Daire, 14.5.2008 T., 2006/1148 E., 2008/4202 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.5.2008 T., 2006/1147 E., 2008/4203 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.5.2008 T., 2006/1456 E., 2008/4211 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.5.2008 T., 2006/1457 E., 2008/4213 K.

¹⁹ 10.10.2005 tarihli ve 05-66/946-255 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 24.6.2008 T., 2006/1041 E., 2008/5023 K.

Danıştay tarafından bugüne kadar gizlilik ve savunma hakkının ihlali ile ilgili olarak verilen kararlarda Kurul lehine değerlendirme yapılmış olmakla beraber, bu değerlendirmelerin genel bir sonuca varmak için yeterli olmadıkları; her somut olayda gizlilik uygulamasının taraflar açısından ne tür sonuçlar doğurduğunun incelenmesi gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan, Danıştay'ın herhangi bir savunma hakkı ihlalini kabul etmesi için, tarafların Kurul tarafından alınan kararda kendilerinden savunma alınmamış olan konuları net bir biçimde ortaya koymasının beklendiği görülmektedir. Tabi bu yaklaşım, Danıştay'ın re'sen araştırma ilkesi kapsamında inceleme ve araştırma yaptığı gözetildiğinde Rekabet Kurulu tarafından elde edilen ve Kurul tarafından incelenen bilgi ve belgenin taraflara incelettirilmemesi, savunmanın kısıtlanması niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu yöntem, tarafın bir soruşturma kapsamında ve aleyhine sonuçlar doğuran bir delilin serbest bir biçimde tartışılmamasına da neden olmaktadır. Dolayısı ile, gerçek anlamda bir savunmadan bahsedilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir. Danıştay tarafından yukarıda detaylarına yer verilmiş olan kararlara ve gerekçelerine katılmak olanağı da bulunmamaktadır. Çünkü, Kurul her ne kadar bu bilgi ve belgeyi kararına dayanak yapmamış olsa da, ilgili bilgi ve belgeden yola çıkarak soruşturma konusu olay hakkındaki algısı incelenen tüm bilgi ve belgeler ile şekillenmektedir. Hakkında soruşturma yürütülen bir tarafın bu bilgi ve belgeyi incelemesi, Kurum nezdinde oluşan bu algının anlaşılması ve öngörülmesi savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi içindir.²⁰ Öte yandan, özellikle uyumlu eylem karinesinin uygulandığı olaylarda, Kurul, taraflar arasında somut bir anlaşma tespitinin yapılamadığı hallerde, piyasadaki ekonomik koşulların, rekabetin bozulduğu piyasalardakine benzerlik gösterip göstermediğini araştırmakta ve ilgili taraflardan topladığı piyasa verilerini analiz etmekte, bu analizden yola çıkarak bir kanaate varmaktadır. Ancak bu analizin taraflarca denetlenmesi mümkün olamamaktadır.

Kurul tarafından yapılan inceleme ve soruşturma süreçlerinde tarafların bilgi ve belgelere erişimini güvence altına alan bir başka hukuki kaynak da Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'dur. Türkiye'de bilgi edinme hakkı açık bir biçimde AY'de düzenlenmemiştir. Ancak, bilgi edinme hakkının Anayasal temeli, AY'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddede²¹ bulunmaktadır.

Uluslararası etkileşim, Avrupa Birliği entegrasyon ve Anayasal gelişim süreci içinde, bilgi edinme hakkının bir kanun ile düzenlenmesi

²⁰ SUNAY, SÜHEYLA ŞENLEN (1997), İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, Yetkin Yayınları, Ankara., s.24.

²¹ RG: 17.10.2001, Sayı: 24556, Kanun No: 4709. Kanun ile değişik.

kaçınılmaz olmuştur. Nihayetinde, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu”²² ile artık bu hak yasal olarak tanımlanmış bulunmaktadır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Rekabet Kanunu kapsamındaki incelemelerde de uygulamasını bulacaktır. Özellikle tarafların haklarında yürütülen soruşturmalar ile ilgili olarak Kurum’a yapacakları bilgi edinme başvuruları söz konusu olduğunda, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki inceleme sürecinin gündeme gelebileceği düşünülmektedir.

Öte yandan, Rekabet Kurulu tarafından yürütülen bir soruşturmanın tarafı teşebbüs/teşebbüs birliğinin, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca talep edebileceği bilgi ve belgelerin sınırları, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları” başlıklı 4. bölümü kapsamında değerlendirilmelidir. İdari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler (m.19) ile ticari sırların (m.23) bilgi edinme hakkı kapsamı dışında bırakılması nedeniyle, Rekabet Kurumu’na yöneltilecek bu tür taleplerin reddedilmesi söz konusu olabilir. Ancak, idari soruşturma bittikten sonra bu maddeye dayanılarak bilgi veya belgeye erişimin engellenemeyeceği belirtilmektedir.²³ Örneğin, soruşturma evrakında, tanıklık yapan kişilerin ifadelerinin de yer aldığı belgelerden örnek alınabilmelidir.

Kurum tarafından, söz konusu bilgi ve belgenin “ticari sır” içerdiği gerekçesi ile talebin reddedilmesi halinde, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun 9. maddesinde yer alan, gizli belgeleri ayırarak bilgi veya belge verme imkânı değerlendirilecektir. İlgili tarafın bu bilgilendirme ile tatmin olmaması halinde, verilen bilgi ve belgenin eksikliği ortaya konularak, itiraz sürecinin başlatılması mümkündür.

Kanunun 13. maddesinde bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibinin, öncelikle Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’na itiraz hakkını kullanması gerekmektedir. Maddenin, ikinci fıkrasında Kurula itirazın, idari yargıya başvurma süresini durduracağı ifade edilmiştir. Başvuru sahibinin, bu itirazı da yerinde görülmezse, süresi içinde idari yargıya başvurmak gerekmektedir.

İdari yargıya yapılacak olan bir başvuru konusu işlem, soruşturma sürecinden bağımsız ayrı bir idari işlem olacaktır. Dolayısı ile, böyle bir idari başvurunun soruşturma devam ederken yapılması ve alınacak olan cevaba göre

²² 4982 sayılı ve 9.10.2003 tarihli Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, 24 Ekim 2003 - Sayı: 25269 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²³ HIZ, YÜKSEL ve ZEKERİYA, YILMAZ (2004), Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara., s. 108.

yargısal başvurunun yapılmasının önünde bir engel olmadığı düşünülmektedir. Aynı şekilde, soruşturma sonucunda nihai karar verildikten sonra da hem bilgi edinme başvurusunun reddi hem de nihai karara karşı görevli mahkemelerde (ilgili dava açma süreleri esas alınarak) dava açılmasının önünde bir engel olmadığı düşünülmektedir.

Bunlara ek olarak, Tebliğ'in yayına hazırlandığı sırada, Kurul tarafından, Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ yürürlüğe konulmuştur.²⁴ Bu Tebliğ'in amacı, tarafların dosyaya giriş haklarını kullanmalarına dair usul ve esaslar ile 4054 sayılı Kanun'un uygulanması sırasında elde edilen bilgilerin ticari sır niteliklerinin tespiti ve ticari sır olarak tasnif edilen bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir. Tebliğ ile 4054 Sayılı Kanun'un uygulaması çerçevesinde dosyaya girişi sağlanacak bilgi ve belgelerin dosyaya giriş hakkı ve ticari sır değerlendirmeleri hakkında düzenlemeler yapılmıştır.

Söz konusu Tebliğ ile ticari sır kavramı konusundaki Kurul uygulamalara netlik getirilmesi amaçlansa da, özellikle, Tebliğ'in 15/2. maddesinin "Kurum, rekabet ihlalinin ispat edilebilmesi için delil olarak kullanılması kaçınılmaz olan bilgi ve belgelere yönelik gizlilik taleplerini dikkate almayabilir. Böyle durumlarda Kurum, ticari sır niteliği bulunan söz konusu bilgi ve belgeleri, kamu menfaati ile özel menfaat dengesini gözeterek ve ölçülülük kriterine uygun olarak açıklayabilir" ifadesi dolayısı ile tam bir netlikten bahsetmenin mümkün olamayacağı düşünülmektedir. Diğer taraftan, söz konusu madde ile, Kurum'a ticari sırların belirlenmesi ve korunması görevini kamu menfaatini gözetmek sureti ile rekabetin korunmasını sağlamak ve rekabetin korunması görevini de gerektiğinde kamu menfaatlerini ön plana çıkartmak sureti ile yürütmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Söz konusu takdir yetkisi, aşağıda bahsedilecek olan ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılacaktır. Bu hükmün tarafların soruşturma dosyalarına girişleri açısından daha esnek bir yaklaşım sergilenip sergilenmeyeceği gelecek uygulamalar ile tecrübe edilerek anlaşılacaktır.

1.2.2. Avukat Müvekkil Yazışmalarının Gizliliği İlkesinin Rekabet Hukukuna Yansması²⁵

Avukat müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesinin savunma ve adil yargılanma hakları ile doğrudan kuvvetli bir bağı bulunmaktadır. Zira Avrupa

²⁴ 18.04.2010, RG sayı: 27556, Tebliğ No: 2010/3.

²⁵ Bu konuda ayrıca bkz. ASLAN, ECE FATMA (2008-2009), Avukat İle Müvekkil Arasındaki İletilerin Rekabet Soruşturmaları Özelinde Delil Olarak Kullanılması (1-5), Rekabet Forumu, Sayı: 46-47-48-49-50.

İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile herkesin herhangi bir sınırlamaya maruz kalmaksızın avukata danışma hakkı (hukuki yardım alma hakkı), savunma hakkının eksiksiz biçimde kullanılması hakkı (Savunma hakkı), adaletin oluşturulmasındaki kamu yararı ve kişinin gizliliğinin korunması hakkı uluslararası düzeyde koruma altına alınmıştır. Bunun yanında pek çok hukuk sisteminde avukat müvekkil yazışmalarının gizliliği adil yargılanmanın güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.

Bu bağlamda Türk Rekabet Hukuku kapsamında avukat müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesinin uygulamasına geçmeden önce, Türk Hukuku'nda avukat- müvekkil gizliliğinin nasıl güvence altına alındığını kısaca incelemekte fayda vardır.

Türk Hukuku'nda, avukat müvekkil yazışmalarının gizliliğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmama ile birlikte, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı temsil eden avukatların, avukatlık mesleğinin yürütülmesinde uymakla yükümlü oldukları bazı kurallar bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü, avukat ile kendisine başvuran arasında mesleki nedenlerle ifşa edilen gizli bilgilerin korunması ve bu bağlamda güven ilişkisinin koruma altına alınması ve kişinin savunmasının en sağlıklı ve adil şekilde yapılması amacıyla hizmet etmekte olan, Avukatlık Kanunu ile avukatlara yüklenmiş bir ödevdir.

Avukatlık Kanunu m.36 "Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır." hükmünü haizdir. Avukat- müvekkil ilişkisinin gizliliğine yönelik bir diğer koruma da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Avukat Bürolarında Arama, El koyma ve Postada El koyma" başlıklı 130. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Avukat bürolarında yapılacak olan aramalarda avukat- müvekkil yazışmalarının korunması amacıyla uyulması gereken prosedür açıkça hükme bağlanmıştır. CMK madde 130/2 hükmüne aykırı olarak elde edilen deliller, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayılacağı için, AY'nin suç ve cezalara ilişkin esasları belirleyen 38. maddesinin 8. fıkrası uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan bulgular delil olarak kabul edilemeyeceği kuralı gereği, söz konusu yargılama sırasında delil olarak kullanılmayacaktır.

Ceza yargılaması sırasında avukat müvekkil yazışmalarının gizliliğine ilişkin olarak yapılan aramalar sırasında uyulması gereken kurallar açık bir düzenlemeye tabi iken, Rekabet Hukuku kapsamında Rekabet Kurumu tarafından yürütülen soruşturmalar kapsamında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, Rekabet Kurulu'nun rekabet hukuku ihlallerine ilişkin inceleme, araştırma ve kararları, rekabet ihlali iddiaları veya şüphesi üzerine somut maddi

olayların soruşturulması sonucunda ortaya çıkarılan somut olaya Rekabet Hukuku yaptırımlarının uygulanmasına ilişkin bulunmaktadır.

Rekabet Kanunu, madde 14 ve 15 ile rekabet ihlallerinin araştırılması ve ortaya çıkartılması için Rekabet Kurulu'na yetki tanımaktadır. Rekabet Kanunu'nun ilgili maddelerinden de görüleceği üzere, Rekabet Kanunu avukat müvekkil yazışmalarının incelenmesi konusunda uyulması gereken kuralları düzenlememektedir. Ancak, Rekabet Hukuku kapsamında gerçekleştirilen soruşturmalarda Ceza Hukuku'nun genel prensiplerinden daha geniş bir biçimde yorumlanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Kaldı ki, daha önce ifade edildiği gibi, Anayasal bir hüküm olan hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin geçersizliği kuralı rekabet soruşturmaları kapsamında dikkat edilmesi gereken başlıca kurallardan biridir. Zira hukuka aykırı elde edilen deliller, Rekabet Kurulu kararlarında da dikkate alınmamalıdır.

Bu bağlamda, Rekabet Hukuku kapsamında Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturma kapsamında avukat müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesine uyulmasına önem arz etmektedir. Bu konu özellikle Rekabet Kurulu'nun CNR Uluslararası Fuarçılık ve Ticaret A.Ş. (CNR) firması hakkındaki kararında²⁶ tartışmaya ve incelemeye konu olmuştur.²⁷

CNR vekilinin, avukat müvekkil yazışmalarının delil olamayacağı hususunu içeren savunması, Rekabet Kurulu tarafından, ilgili Türk mevzuatı ile AB ve ABD uygulamaları ışığında incelenmiştir. Kurul tarafından, 155/79 AM&S Europe Limited v.Commission of the European Communities davasına atıfta bulunulmuştur. Kararda bahsedilen bu davada Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), avukat müvekkil arası yazışmaların gizliliği ilkesinin uygulanabilmesi için aşağıdaki iki koşulun varlığını kabul etmiştir:

- avukat ile müvekkil arasında yapılan yazışmaların, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılmış olması ve
- söz konusu yazışmaların aralarında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan "bağımsız" bir avukatla müvekkil arasında yapılmış olmasıdır.

Rekabet Kurulu tarafından bu kararda, inceleme sırasında tarafların ya da eğer inceleme avukatın bürosunda yapılıyor ise avukatın incelenen belgelerin avukat müvekkil gizliliğine tabi olduğu ve kapalı bir zarf ile muhafazası konusunda itirazda bulunulması gerektiği de ileri sürülmüştür.

²⁶ RK 13.10.2009 tarihli, 09-46/1154-290 sayılı kararı.

²⁷ Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bakınız RK'nın 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı kararı (Sanofi-Aventis).

Bahsedilen kararda inceleme konusu belgelerin içeriği açısından avukat müvekkil gizliliği kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ise, belgelerin bağımsız (outsorce) bir avukat ile teşebbüs arasındaki yazışmalar olduğu için öngörülen ilk koşulu sağladığı; fakat iletişimin, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla ve bu çerçevede yapılıyor olması koşulunun sağlanmamış olması sebebiyle elde edilen delillerin kullanılmasının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.²⁸ Anılan dosyada, CNR'ın ilgili pazarda hakim durumda olduğu ancak hakim durumu kötüye kullanmadığı sonucuna varılmış, ve Kurul'a önaraştırma sırasında yanlış bilgi vermekten para cezası kesilmiştir.²⁹ Bu karara ilişkin olarak Danıştay tarafından yapılmış bir değerlendirme tespit edilmemiştir. Ancak, söz konusu karar hakkında Danıştay tarafından yapılacak olan inceleme ve değerlendirmenin Rekabet Hukuku uygulamalarında avukat müvekkil arasındaki belgelerin gizliliği ile ilgili olarak yol gösterici olması ümit edilmektedir.

1.3. Re'sen Araştırma İlkesi

İdare Hukuku'nda idari işlem ya ilgilinin idareye yapacağı yazılı başvuruya ile ya da bir idari makamın kendi yetki ve görev sınırları dahilinde kendiliğinden yapacağı araştırmayla başlar.³⁰ İdari yargıda re'sen araştırma yetkisi, kaynağını İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) m.20/1'de bulan ve idari yargılamada hakime geniş bir hareket alanı tanıyan bir yetkidir³¹. İdari yargıda hakim ilke olan re'sen araştırma ilkesi³², Kurul'a, 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesi gereğince re'sen araştırma yetkisi ve görevi verilmek suretiyle Rekabet

²⁸ Karara konu olan e-mail içerikleri CNR'nin NTSR'ye tahsis edilebilecek boş olan yer ve tarihleri Mayıs ayında eski tarihli sözleşmeler yaparak dolu imiş gibi göstermesi ile ilgilidir.

²⁹ Karşı oyda - dosyadaki bilgilerden, CNR'nin kararda yer alan eylemleri nedeniyle ortaya çıkan/çıkacak olan etkinliklerin rekabetin doğal işleyişinden ve kiralama eyleminin de objektif nedenlerden kaynaklanmadığı anlaşılmaktadır. Kararda da yer verildiği üzere NTSR tarafından talep edilen dönem için fuar alanı boş olmasına karşın, CNR muvazaalı sözleşmeler yapmak suretiyle fuar alanını dolu gibi göstermiş olması sebebiyle hakim durumun kötüye kullanılmadığı yönündeki RK çoğunluk kararı uygun bulunmamıştır.

³⁰ AKYILMAZ, BAHTİYAR, MURAT SEZGİNER VE CEMİL KAYA (2009), Türk İdare Hukuku, Seçkin yayıncılık, Ankara., s. 497.

³¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 26.01.1996 T., 1995/266 E., 1996/38 K. ; Danıştay Dergisi., Sayı: 92, s. 196 kararında; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin birinci bendinde Danıştay ile İdare ve Vergi Mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla idari yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesinin benimsenmiş olduğunu" belirtilmiştir.

³² "Medeni Yargılama Hukukunda, yargılama esas itibarıyla tarafların iddia, delil ve def'ileri çerçevesinde yürütülür ve kendiliğinden araştırma ilkesi bir istisnadır. Bu nedenle re'sen araştırma ilkesinin uygulanabileceği haller için kanunda açık bir hüküm bulunmalıdır". ASLAN, ZEHREDDİN (2001), Türk İdare Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi , İ.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 23-24 (Ekim 2000-Mart 2001)

Hukuku alanına da yansımıştır. Zira, Kurul, başvuru üzerine ya da re'sen araştırma yetkisi ve görevi gereğince bir işlem tesis edebilir. Bunun yanında, Kanun'un 40. maddesi uyarınca, Kurul'un, resen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine, doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vermesi hususunda yetkilendirilmesi ile de, Ceza Muhakemesi Usul Hukuku'ndaki re'sen harekete geçme ilkesinin Rekabet Hukuku'nda da kabul edildiği belirtilmektedir.³³

Kurum'un re'sen araştırma yetkisi ile donatılmış olması, bu yetkinin keyfi bir biçimde kullanılabileceği anlamına gelmemektedir.³⁴ Kurul'un kendisine yapılan başvuru üzerinde başlatacağı işlemlerde ya da kendisinin re'sen başlattığı işlemlerde, doğru araştırma yapmak ve doğru karara varmak amacı ile hukuka uygun şekilde, kararın oluşmasında etkili olan her türlü yolu kullanmalıdır.³⁵ Temel hak ve özgürlüklerin korunması esas olduğundan, re'sen araştırma yetkisi yanında, hukuka aykırı elde edilen delillerin karara esas alınmayacağı genel kuralı doğrultusunda, re'sen araştırma yetkisi kullanılırken, çağdaş yargılama sistemine uygun olarak hareket edilmesi gerekmektedir.

Kurul'a tanınan re'sen araştırma yetkisinin kapsamı Kanun'da belirlenmiştir. Örneğin Kanun'un 15. maddesinde yer alan yerinde araştırma ve bilgi belge toplanmasına ilişkin olarak gösterilen sınırlar, bu ilkenin uygulanması ile doğrudan ilişkilidir. Ayrıca, Kanun'un 44. maddesi uyarınca, Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaması da re'sen araştırma ilkesinin bir sınırı olarak görülmektedir. İdare tarafından yürütülen soruşturmalarda bir kişinin lehine olan uygulamayı re'sen dikkate alması da, bu yetkinin bir gereğidir. Re'sen araştırma ilkesinin sınırlarını savunma hakkının korunması, gizlilik, hukuka uygun delil, tarafsızlık gibi ilkelerin oluşturduğu söylenebilir.

Kurul tarafından 1997 – 2007 yılları arasında, toplam 964 adet dosya re'sen incelemeye alınmıştır, bunun yanında, Kurul'a yapılan başvurular sonucu Kurul tarafından sonuçlandırılan dosya sayısı ise 2126'dır³⁶. Danıştay tarafından doğrudan Kurul'un re'sen araştırma yetkisini kötüye kullandığı ya da re'sen araştırma ilkesini hukuka aykırı kullandığına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır.

³³ ASLAN, İ. YILMAZ (2001), Rekabet Hukuku, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa.

³⁴ SUNAY, S.Ş., a.g.e., s. 11.

³⁵ AKYILMAZ, SEZGİNER ve KAYA, a.g.e., s. 498.

³⁶ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge77/Belge8.pdf>,
<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/belgeler/belge76/Belge1.pdf>

Ancak, dolaylı olarak diğer ilkelere aykırı karar verilen Kurul kararlarının Danıştay tarafından iptali söz konusu olmuştur.³⁷

1.4. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi kaynağını AY m.13'den almaktadır. 2001 yılında AY'de yapılan değişiklikle ölçülülük ilkesi, bir başka ifade ile İdari işlem den beklenen amaç ile kullanılan araç arasında adil bir denge olması kuralı, 1982 AY'sinde açıkça düzenlenmiş, ölçülülük ilkesinin Anayasal bir dayanağı olup olmadığı yönündeki tartışmalara son verilmiştir³⁸.

³⁷ Rekabet Kurulu'nun 18.05.2005 tarih ve 05-33/445-M sayılı ilke kararı, Danıştay 13. Daire tarafından, 23.7.2007 T., 2006/891 E., 2007/2812 K. Sayılı karar ile iptal edilmiştir. "Rekabet Kurulu'nun 18.05.2005 tarih ve 05-33/445-M sayılı ilke kararında, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca soruşturma açıldığına dair karar alınması halinde; dosya kapsamında karartılması muhtemel delillerin varlığı ve soruşturmanın güvenliği, hakkında soruşturma yürütülen taraflara ilişkin ileri sürülen iddiaların ancak soruşturma raporunun tamamlanması ile net bir şekilde ortaya konulabileceği, soruşturma safhasının her aşamasında teşebbüslerin sürekli bir şekilde evrak taleplerinin, delil toplanması ve dosyanın oluşturulması sürecini olumsuz etkileyebileceği hususları göz önünde bulundurularak, bu aşamada taraflara yapılan bildirimde kararda yer alan temel suçlama ve iddialara yer verildiği, herhangi bir belge gönderilmediği, sözü edilen aşamada dosya mevcudu belgelerin Kurum'da incelenmesi halinde de, yukarıda yer verilen sakıncaların ortaya çıkabileceğinden, bu şekilde dosyaya giriş hakkının tanınmasının mümkün bulunmadığı, Kanun'un 44. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapmasının mümkün olmadığı yönündeki kanuni güvencenin yanı sıra Kanun'un 45. ve 46. maddeleri ile hakkında soruşturma yürütülen taraflara soruşturma raporunun tebliğ edilmesini takiben iki defa yazılı, bir defa da sözlü savunma hakkının tanındığı, dolayısıyla ilk yazılı savunma aşamasında belge gönderilmemesi nedeniyle tarafların savunma hakkının kısıtlandığının ileri sürülmesinin yerinde bulunmadığı gerekçeleriyle, soruşturma raporu gönderilene kadar haklarında soruşturma açılan teşebbüslere bilgilendirme yazısı dışında belge gönderilmemesine ve belgelerin Kurum'da incelenmesine izin verilmemesine karar verilmiş, " Soruşturma raporu gönderilene kadar haklarında soruşturma açılan teşebbüslere bilgilendirme yazısı dışında belge gönderilmez ve belgelerin Kurumda incelenmesine izin verilmez " tuncesinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Usule İlişkin Yönerge'nin 4/2. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin yerine geçmesi gerektiği belirtilmiştir." Danıştay bu ilke kararını Kanun'un 44. maddesinin 2.fıkrasına aykırı olması dolayısı ile iptal etmiştir.

³⁸ 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun' a uyarınca, "**Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması**":

MADDE 13.- Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." 13'üncü maddenin yeni şekline göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının şartları şunlardır:

1. Sınırlama kanunla olmalıdır.
2. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
3. Sınırlama anayasasının ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır.

Ölçülülük ilkesi doktrinde farklı şekillerde tanımlansa da bu tanımlamalar özü itibariyle aynı olup, farklılık ölçülülük ilkesinin unsurlarına bakış açısından kaynaklanmaktadır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesi, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olup, aralarında kendilerine özgü bir ilişki vardır.

Yargı organları olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte etkin bir şekilde kullanırken, AYM ve özellikle Danıştay ölçülülük ilkesini alt ilkeleriyle birlikte etkin bir şekilde kullanamamakta, denetim yapamamaktadır. Bu nedenle ölçülülük ilkesi kendinden beklenen fonksiyonu tam olarak yerine getirememektedir. Ancak 2001 yılında yapılan AY değişikliği ile ölçülülük ilkesinin anayasa'da açıkça düzenlenmesiyle ölçülülük ilkesinin önemi son yıllarda daha artmaktadır. AYM ve Danıştay gittikçe artan denetim ölçütlerinden birisi haline gelmektedir.³⁹

Kurul'un, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ya da bunların üyelerinin rekabete aykırı eylem ve işlemlerinin belirlenmesi üzerine, vereceği idari para cezalarının belirlenmesi hakkında, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik ("Ceza Yönetmeliği")s⁴⁰ yürürlüğe girmiştir. Aşağıda bölüm III altında,3.2'de daha ayrıntılı anlatılacağı üzere, bu yönetmelik ile Kanun'un 16. maddesine göre verilecek olan idari para cezalarının belirlenmesindeki usul ve esaslar düzenlenmektedir. Bu bağlamda, temel para cezaları ve para cezalarını belirlemede etkili olan ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler, bu yönetmelikte belirlenmiştir.⁴¹ Danıştay'ın Kurul'un verdiği idari para cezası kararlarını, söz konusu idari para cezasının verildiği tarihte mevcut olan düzenlemelere ve sınırlamalara uygun olduğu sürece kabul ettiği görülmüştür.

Ölçülülük ilkesi, rekabet hukuku alanında bazı anlaşmalara, sağladıkları faydalar nedeniyle muafiyet tanınması hususunda da dikkate alınmaktadır. Bilindiği üzere, Kanun'un 5. maddesi uyarınca, rekabetin kısıtlanmasına,

4. Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.

5. Sınırlama "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı olmamalıdır.

6. Sınırlama "lâik Cumhuriyetin gerekleri"ne aykırı olmamalıdır.

7. Sınırlama "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olmamalıdır.

³⁹ CEYLAN, ALİ (2008), Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim dalı, Ankara.

⁴⁰ Resmi Gazete Sayı : 27142, Tarih: 15 Şubat 2009.

⁴¹ Ancak, söz konusu yönetmelik ile ilgili olarak, Kanun ile düzenlenmemiş bazı cezaların bu yönetmelik ile belirlenmesi hususunda, hukukun genel ilkelerine göre; yönetmeliklerin yasa ve tüzüklere aykırı olamayacağı gibi üst hukuk kurallarına da aykırı olmaması ve yönetmelikler ile yasanın açıkça yetki vermediği bir konuda yeni bir düzenleme yapılamayacağı gibi kuralların ihlal edilmiş olduğu tartışmaları da mevcuttur. Bu konuda bakınız. Rekabet Kurulu 09-57/1393-362 sayılı ve 25.11.2009 tarihli Kurul kararındaki karşı oy yazısı.

tüketicinin yararı göz önüne alınarak izin verilmişse de, bu kısıtlamanın asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tüketicilere yansıtılan ekonomik gelişme veya iyileştirmenin elde edilmesinde, rekabeti daha az sınırlayan bir yöntem mevcut ise, söz konusu anlaşmanın muafiyet alması söz konusu olamaz. Diğer bir deyişle “ölçülülük” ilkesi olarak ifade edilebilecek olan bu kurala göre, söz konusu sınırlama, elde edilmek istenen tüketici nezdindeki olumlu amaca uygun ve o amacın elde edilmesi için gerekli düzeyde olmalıdır. Bu ilkeye aykırılık, izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanmasına veya rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmadığı halde sınırlanmasına yol açar. Zira, teşebbüsler prensip olarak, anlaşma ile izledikleri ekonomik amaçların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi kullanmakla yükümlüdürler. Tespit edilen faydadan tüketicilerin de yararlandığı varsayımı ile sınırlamanın bu faydaların elde edilmesi için gerekli ve hatta zorunlu olması gerekir ki, söz konusu işleme muafiyet verilebilsin.⁴²

2. Kurum’un Görev, Yetki, İşlem ve Kararları

Kanun 27. madde uyarınca Kurul; Kanun’da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmakla görevlidir. Kurul, Kanun’da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idarî para cezaları uygulamak, ilgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek, verilen muafiyet kararları ve menfi tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip ederek, bu piyasalarda ya da tarafların durumlarında değişiklikler tespit edilmesi halinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek, birleşme ve devralmalara izin vermekle yetkilidir. Ayrıca, Kanun’un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak, Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler konusunda doğrudan veya Bakanlığın talebi üzerine görüş bildirmek gibi rekabet düzenini koruyucu düzenleyici işlemler, bireysel işlemler ve görüş bildirici nitelikte işlemler yapmak yetkisi ve görevi vermektedir.⁴³

⁴² 07-63/774-281 sayılı ve 2.8.2007 tarihli Kurul kararı.

⁴³ 4054 sayılı Kanun’un 27. maddesi ile, Kurul’a verilen görevlerin ifa edilebilmesi için tesis edilecek olan işlemler 4054 sayılı Kanun’un içinde şöyle düzenlenmektedir: 40 ila 55. maddeler arasında, inceleme yapmak, araştırma yapmak, soruşturma yapmak, ve idari para cezası uygulamak; m. 9’da “İhlale Son Vermek İçin Tedbir Uygulamak”; 5., 12. ve 13. maddelerdeki esaslar uyarınca “Muafiyet Belgesi Vermek”; 8., 12. maddelerdeki esaslara göre “Menfi Tespit Belgesi Vermek”; 13. maddedeki esaslara göre, “Muafiyet ve Menfi Tespit Kararlarını Geri Almak”, 7., 10., 11. ve 12. maddelerdeki esaslara göre “Birleşme Ve Devralmalara İzin Vermek”. Bu işlemler, Kurul’un iç düzen işlemleri dışındaki işlemleri olarak da tanımlanabilir.

2.1. Düzenleyici İşlemler

Kurum Kanun'un 1 ve 27 / f maddeleri ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ("ÇUEHY") m. 14 / C ve B (b) uyarınca rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir. Kanun 7. madde uyarınca hangi tür birleşme devralama işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiği konusunda düzenleyici işlem olan tebliğ çıkartmak yetkisine sahiptir. Kurul, bu hükümler gereğince yetkilerini tebliğler çıkartarak kullanmaktadır. Danıştay kararları üzerinde yapılan incelemede Kurum tarafından yapılmış olan düzenleyici işlemin iptali talebinin bir davada ileri sürülmüş olduğu tespit edilmiştir.

Bahsedilen davada, davacı tarafından Rekabet Kurulu'nun karar tarihinde yürürlükte olan 1997/6 sayılı Tebliğ'in,⁴⁴ 4054 sayılı Kanun'da mevcut anlaşma ve uyumlu eylem kararların bildirimine yönelik olarak süre öngörülmediği halde, bu bildirimlerin yapılması için altı aylık bir süre öngördüğü ve bu belirlenen sürenin Kanun'a aykırı olduğu iddia edilmiştir. Ancak bu talep Danıştay tarafından ilgili Tebliğ'in dayandığı Kanun'a uygun olması dolayısı ile yerinde görülmemiştir.⁴⁵

2.2. Bireysel İşlemler

Kurul, Kanun m. 27'de yer alan ve düzenleyici işlem yapmasını gerektiren görevlerinin tümünü ifa etmek için farklı hukuki nitelikte bireysel işlemler tesis edecektir. Kurum'un ilk akla gelen bireysel işlemleri, verilmiş nihai kararlardır. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere Kurum'un nihai kararları, tesis edilen tek bireysel işlem türü değildir.

Kurul'un ihlal ihtimalini incelemeye aldığı andan, ihlal ile ilgili kararını verene kadar geçen süre içinde takip edilecek olan işlem silsilesi Kanun m. 40 ila 55. ve ÇUEHY m. 55 ila 65. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu işlem silsilesi şu aşamalardan oluşmaktadır: ÇUEHY m. 55 gereğince yürütülecek olan ilk inceleme aşaması, Kanun m. 40 ila 42 gereğince önaraştırma aşaması, Kanun m.43 ila 47 ve ÇUEHY m.58 ila 64 gereğince yürütülecek olan soruşturma aşaması ve nihai karardır.⁴⁶

Bu işlemler düzenleyici işlemler, bireysel işlemler ve görüş bildirici işlemler olarak üç ana grupta toplanabilir.

⁴⁴ Bu tebliğ 09.03.2006 tarih ve 26103 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2002/6 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁵ 22.01.2002 tarih ve 02-04/40-21 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire 14.11.2006T., 2005/1668 E., 2006/4329 K.

⁴⁶ EĞERCİ bu aşamaları takip edilmesi gereken usuli aşamalar olarak tanımlamakta ve ilk inceleme aşamasının ÇUEHY'ten kaynaklanan bir aşama olduğunu tespit ederek, bu aşamayı

Bu aşamalarda görev alacak olan personel ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu süreçlerin tümünde Kanun m. 36 gereğince meslek personeli olan uzman ya da uzman yardımcılarında raportörlük görevi verilebilir. Bu husus Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen bir kararda “Davacının, uyuşmazlık konusuyla ilgili soruşturmada uzman yardımcılarının görevlendirildiği ve bunun usule aykırı olduğu yolundaki iddiası, 4054 sayılı Kanunun Rekabet Kurumu Personelinin statüsünü belirleyen 34. ve 36. maddeleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin meslek personelinin tanımını yapan 66. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, meslek personeli açısından uzman ve uzman yardımcısı ayrımı yapılmaması karşısında...” denilerek teyit edilmiştir.⁴⁷

Danıştay kararları üzerinde yapılan incelemede Kurul tarafından tesis edilen bireysel işlemlerin tümü hakkında farklı dava ve gerekçeler ile ilgili itirazlar ileri sürülmüş olduğu, bu itirazların Danıştay tarafından ciddi bulunarak kabul edildiği ya da yapılan işlem yerinde görülerek reddedildiği durumlar olmuştur. Bu aşamalar ile ilgili olarak verilmiş olan Kurul kararları ve işlemleri hakkında Danıştay tarafından yapılan inceleme ve değerlendirmeler hakkında açıklamalar aşağıda detaylı bir biçimde incelendiğinden tekrardan kaçınmak amacı ile burada yer verilmemektedir.

2.3. Görüş Bildirici İşlemler

Yukarıda da belirtildiği gibi Rekabet Kurulu'nun 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinde kendisine tanınan yetkiye dayanarak görüş bildirici işlem tesis etmesi mümkündür.

Genel olarak görüş bildirici işlemlerin tam olarak tanımını yapmak ve sınırlarını belirlemek mümkün olmamakla beraber, genel olarak bir hukuki olgu hakkında bilgi vermek, bu olguyu belirlemek ve ilgililer üzerinde hukuki etki yaratmak amacı taşımayan işlemler olarak tanımlanmaları mümkündür.

Rekabet Kurulu tarafından verilen görüş bildirici işlemler açısından inceleme yapıldığında, Rekabet Kurulu'nun çeşitli kararlarında kamu kurum ve kuruluşları tarafından tesis edilen işlemlerin rekabet piyasasına etkileri ilgili görüşler verdiği tespit edilmektedir. Bunun yanında Kurum tarafından değişik sektörler ile ilgili olarak ve belirlenen sektörün yapısı, rekabetçi durumu ve bu durumun iyileştirilmesi için yapılması gerekenler hakkında açıklama ve görüşlerine yer verdiği sektör raporları ve duyurular yayımlanmaktadır.

usul aşamaları arasında saymamaktadır; EĞERCİ, AHMET (2005), Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetim, Rekabet Kurumu, Ankara., s.117.

⁴⁷ Danıştay 10. Daire, 18.11.2003T., 2001/1441 E., 2003/4468 K.

Görüş bildirici işlemler kural olarak, mevcut bir idari karardan sonra gelen ve onun varlığında ya da etkisinde değişiklik yaratmayan; teyit edici nitelikteki işlemdir. Bu işlemler de tek başına dava konusu yapılamazlar⁴⁸. Bazen idare kendi içinde de bir konunun açıklığa kavuşturulması amacı ile bilgi alışverişinde bulunabilir. İdarenin bilgi veren, uyarıcı ve iç yazışma niteliğindeki işlemlerinin, iptal davasına konu yapılamayacak nitelikte işlemler olduğu hususunda öğretisi ve idari yargı kararlarında uyum bulunmaktadır. Dolayısıyla, Kurum'un görüş bildirici işlemlerinin yargı denetimine konu yapılmış olup olmadığı hakkında yapılan araştırmada bu konuda az sayıda karara rastlanmıştır.

Yapılan araştırmada Kurum'un, kanımca bir görüş bildirici işlem niteliğinde olan Kurum internet sitesinde ilk olarak 12.03.2009⁴⁹ ve 01.06.2009⁵⁰ tarihlerinde ilân edilen, Rekabet Kurulu tarafından akaryakıt sektöründe intifa sözleşmelerinin muafiyetten yararlanma süresinin en fazla beş yıl olarak belirlendiğine ilişkin duyurusunun bazı petrol dağıtım şirketleri tarafından dava konusu edilmiş olduğu tespit edilmiştir. Bu davalar henüz sonuçlanmamış olduğundan, Danıştay'ın görüş bildiren işlem niteliğindeki bu işlemin iptali ile ilgili davada işlemin kesinlik ve yürütülebilirlik niteliği hakkında ne açıklama yapacağı bilinmemektedir. Bununla beraber, mükellefiyet tesis eden görüş bildirici işlemlerin Danıştay tarafından kesin ve yürütülebilir işlem olarak kabul edilmiş olduğu kararlar bulunmaktadır.⁵¹ Mükellefiyet tesis eden işlemlere benzer

⁴⁸ Bu tip işlemlere Danıştay kararlarında şöyle yer verilmektedir; “Dava konusu edilen tebligat işlemi [Ödeme emrine ilişkin] ise, idarenin açıklanan nitelikteki işlemlerinden olmayıp; bir idari işlemin muhatabına duyurulmasından ibarettir. Dolayısıyla; idari davaya konu edilmesi olanaklı değildir.”, Danıştay 7. Daire, 15.6.2005 T., 2004/2885 E., 2005/1244K. ; “...16.6.2000 günlü gümrük müdürlüğü işlemi ise, davacı Şirketin itirazları hakkında karar alınmadığı ve noksan çıkan eşya nedeniyle istenilen tutar ile usulsüzlük cezalarının davacı Şirket tarafından ihtirazi kayıtlarla ödendiği hususlarının bildirmesine ilişkin bulunduğundan, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir işlem niteliği taşımamaktadırlar.” Danıştay 7. Daire, 2.12.2002 T., 2000/3035 E., 2002/3888 K.

⁴⁹ Danıştay 13. Daire, 4.8.2009 T., 2009/3044 E. sayılı yürütmenin durdurulmasına ilişkin talepleri reddine ilişkin karar.

⁵⁰ Danıştay 13. Daire, 12.10.2009 T., 2009/5164 E. sayılı yürütmenin durdurulmasına ilişkin talepleri reddine ilişkin karar.

⁵¹ Bunlara bir örnek olarak şu karar gösterilebilir; “Olayda, 1.3.2002 tarihinden itibaren ilçe ve köyler de yapılan özel eğlence ve düğünlerde klavye ile çalgı çaldığının ve şarkı söylediğinin 9.5.2002 günlü yoklama fişi ile tespit edilmesi nedeniyle bu faaliyetten elde ettiği kazancın 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 65 inci maddesi uyarınca serbest meslek kazancı olduğu, dolayısıyla 1.3.2002 gününde başlanılan faaliyetle ilgili olarak serbest meslek erbabı olarak mükellefiyet tesis edilmiş olup vergilendirilmesi buna göre yapılacağı yolundaki davalı İdarenin yazısının, davacıya defter tasdik ettirip tutmak, fatura bastırmak ve kullanmak gibi kanunda gerçek usulde vergilendirilen mükellefler için öngörülmüş ve aksine hareketin ceza ile müeyyidelendirilmiş görev ve sorumluluklar yüklediğinden kuşku duyulamaz. Bu haliyle söz konusu yazının, davacının hukukunu olumsuz yönde etkileyen, idarenin tek yanlı ve kesin işlemi

şekilde, yaptırım tehdidi taşıyan uyarıcı işlemlerin ve bağlayıcı hukuki açıklamalar getiren bildirim işlemlerinin de dava konusu yapılabileceği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda idarenin uzmanlık alanı ile ilgili konularda verdiği görüş ve öneri, ilgilileri açısından bağlayıcı sonuçlar doğuruyor ise bu görüş ve önerinin dava konusu yapılabileceği kabul edilmesi gerekir.

Görüş bildirici işlemler arasında ele alınabilecek bir başka işlem de Kurul'un bir teşebbüse, herhangi bir işlem ya da eylemi ile ilgili olarak düzeltmeye gitmezse hakkında soruşturma açılabilmesine ilişkin bildirimlerdir. Rekabet Kurulu'nun bir ilk incelemesi sonucunda vermiş olduğu bu nitelikteki bir karar Danıştay incelemesine sunulduğunda Danıştay ilgili kararın kesin ve yürütülebilir nitelikte olmadığına dolayısı ile de dava konusu edilmeyeceğine karar vermiştir.⁵²

BÖLÜM II: REKABET KURULU İŞLEMLERİNİN DENETİMİ

1. Rekabet Hukuku Uygulamasında İdari Başvuru

Bilindiği üzere, İYUK m. 11 ilgililerin iptal davası açmadan önce idareye başvurup idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebileceğine ilişkin düzenleme getirerek, ilgilere bu yönde idari bir hak tanımıştır.

İYUK m. 11, iptal edilebilir nitelikte olan idari işlemler söz konusu olduğunda, yani idarenin tek taraflı irade beyanıyla doğup icrai nitelikte olan işlemleri açısından başvurulacak bir yoldur. Kural olarak İYUK m. 11'deki düzenlemeye uygun olarak yapılmış bir ihtiyari başvuru, bu başvurunun konusu olan idari işleme karşı başvurulabilecek olan iptal davası açma süresini durdurur.

Danıştay tarafından verilen kararlar incelendiğinde, Rekabet Kurulu işlemlerine karşı İYUK m.11'e başvurularak, Kurul tarafından tesis edilen işlemin geri alınmasını, kaldırılmasını, değiştirilmesini ya da düzeltilmesini talep etmenin mümkün olmadığı doğrultusunda görüş oluşturulduğu görülmektedir.

olarak nitelemek ve iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmek gerekir. Bu itibarla davacı adına mükellefiyet tesis edildiğini ve vergilendirilmesinin buna göre yapılacağını bildiren davalı mal müdürlüğünün işleminin dava konusu edilemeyeceğinden söz edilerek, davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir." Danıştay 4. Daire 7.10.2003 T., 2002/4036 E., 2003/2246 K., www.kazanci.com.tr (14 Nisan 2010).

⁵² 06.12.2007 tarih ve 07-89/1128-439 sayılı Kurul kararı hakkında verilen Danıştay 13. Daire, 11.6.2008 T., 2008/1686 E., 2008/4778 K.

Örneğin bazı şirketler, Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (Telsim) ve Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin (Turkcell) hakim durumlarını kötüye kullanmak suretiyle Kanun'u ihlal ettikleri iddiası ile Kurum'a başvurmuşlardır. Bu şikâyet üzerine Kurul ihlal olup olmadığını veya soruşturma açılmasına gerek olup olmadığını belirlemek amacıyla Telsim, Turkcell, KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş. (KVK) ve Mobil İletişim Hizmetleri ve Araçları İşadamları Derneği (MOBİSAD)'da ön araştırma yapılmasına karar vermiştir. Kurul, bu karar çerçevesinde yetkili raportörler tarafından yerinde inceleme yapmak üzere bu firmaya gidildiğinde yerinde inceleme yapılmasına izin verilmediğinden bahisle 4054 sayılı Kanun'un 16/b ve 17/d maddeleri uyarınca firmaya ceza verilmesine ilişkin 16.11.1999 tarihli ve 99-52/569-358 sayılı kararı vermiştir. Bu karar üzerine, ilgili firma tarafından itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Söz konusu itiraz, Kurul tarafından İYUK 11. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Kurul yaptığı yeniden inceleme sonucunda, verdiği 21.12.1999 ve 99-58/622-396 sayılı karar ile, Kanun'un 16/b maddesi uyarınca verilen cezanın kaldırılmasına ve fakat 17/d maddesi uyarınca verilen cezaya yönelik itirazın reddine karar vermiştir.

Rekabet Kurulu tarafından verilen 16.11.1999 tarihli ve 99-52/569-358 sayılı ilk karara karşı Turkcell tarafından açılan dava, Kanun'un 55.maddesinde, işlemi tesis eden idarenin bu konudaki yetkisinin mutlak olduğu bu yetkinin kullanılmasına karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir yol tanınmamış olduğu dolayısı ile dava başvurusunun süresi içinde yapılmamış olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir.⁵³

Taraflardan K.V.K. ise Kurul'un kısmen lehe olan ikinci 21.12.1999 ve 99-58/622-396 sayılı kararına karşı dava yoluna başvurmuştur. Başvuru üzerine yapılan değerlendirme sonucunda Danıştay, Rekabet Kurulu tarafından İYUK m. 11 kapsamında yapılan değerlendirmeyi, yetki unsurunu sakatlayıcı bir husus olarak yorumlamış ve davayı davacı aleyhine bir sonuç doğuracak biçimde kabul etmiştir. Danıştay kabul gerekçesinde, İYUK 11. maddesinin tüm idari işlemlere ilişkin genel bir hüküm içermekte olduğunu, ancak Rekabet Kurulu kararlarına karşı ilgililerin başvuru yollarının 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesi 1. fıkrasında düzenlendiğini; dolayısı ile Rekabet Kurulu'nun 55. maddede bahsedilen işlemleri

⁵³ Danıştay 10. Daire, 14.11.2002 T., 2000/260 E., 2002/4360 K. Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu bir karara karşı İYUK m.11 kapsamında yapılan bir itirazı ele alarak yeniden karar vermesi halinde verilen kararın yetki unsuru yönünden sakat olması nedeni ile iptal edilmiş olmasına ilişkin olarak Ayrıca bkz. 02.09.2004 tarihli ve 04-57/779-197 sayılı Kurul kararının iptali hakkındaki Danıştay 13. Daire 10.10.2005 T., 2005/4545 E., 2005/4937K.

söz konusu olduğunda, Kanun'un özel hüküm niteliğinde olan, 55. maddesinin 1.fikrasının öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁴

Bu kararlar Kanun'un 55. maddesinin 23.01.2008 tarihli değişiklikten önceki ilk hali olan "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına karşı kararın tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir" şeklindeki hükmü dikkate alınarak verilmiştir. Görüldüğü üzere, ilgili hükümde, herhangi bir biçimde idari başvuru yoluna gidilemeyeceği düzenlenmemiştir. Bu hüküm ifadesinden hükmün amacının idari başvuru yolunu ortadan kaldırmak değil, Kurul'un idari işlem olarak nitelendirilebilecek nitelikteki kararlarından doğan uyuşmazlıkların, AY'nin 125. maddesi uyarınca idari yargının görev alanında değerlendirilmesi ve bunlara karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a başvurulması gerektiğini belirlemek olduğu anlaşılabilir.

İlgili hüküm daha sonra "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına ilişkin kararlarına karşı iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür."⁵⁵ şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikte de idari başvuru yoluna başvurulamayacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. İlgili hüküm gerekçesinde de herhangi bir biçimde idari başvuru yöntemine başvurulmasını engelleme amacına yönelik bir açıklama yer almamaktadır.⁵⁶ Dolayısı ile bu değişiklik ile de, 55. maddenin İYUK m.11 başvuruları açısından öncekinden farklı yorumlanmasını gerektiren bir düzenleme yapılmamıştır.

5728 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten sonra İYUK m. 11' e dayalı bir başvurunun konu olduğu herhangi bir Rekabet Kurumu ve/veya Danıştay kararı tespit edilememiştir. Dolayısı ile Danıştay'ın bu konudaki görüşünde, Kanun'daki değişiklik sonrasında bir değişiklik olup olmadığı bilinmemektedir.

Bununla beraber, Kanun'un kararlarda bulunması gereken unsurlara ilişkin 52. maddesinde karara karşı hangi başvuru yoluna gidileceğinin gösterilmesine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Kanun bu kararları "nihai" olarak tanımlarken, İYUK m.11'e uygun olarak kullanılabilir olan idari başvuru yolunu da kapatmamış olduğu görülmektedir. Her ne kadar uygulamada Rekabet Kurulu tarafından verilen ve yaptırım içeren kararların sonunda "Danıştay yolu açık olmak üzere" ifadesi yer almaktaysa da bu ifade dahi, idari başvuru yöntemine başvurulması açısından bir engel teşkil etmez. Bu ifadenin sadece ilgili tarafça yargı yoluna başvurulmasına karar verilmesi halinde,

⁵⁴ Danıştay 10. Daire, 14.11.2002 T., 2000/1221 E., 2002/4361 K., ayrıca bkz. bu kararı onayan İDDGK 16.06.2005 T., 2005/2175 E., 2003/ 428 K. (Danıştay Dergisi Sayı 111).

⁵⁵ 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun m.474.

⁵⁶ Bkz. Rekabet Kurumu resmi internet sitesi sayfa; <http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfaicerikhtml&icld=74&detId=100&ustId=74>

başvurulacak olan yargı kolunun idari yargı, yerinin ise Danıştay olduğunu vurgulamak amacı ile düzenlediği şekilde yorumlanmasının gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay'ın, Kanun'un 55. maddesi ile ilgili yukarıda zikredilen yorumunun hem kişilerin savunma haklarını kısıtlayıcı hem de yargının iş yükünü gereksiz yere arttırıcı nitelikte olduğu düşünülmektedir. Özellikle, Kurum tarafından tesis edilmiş olan bir işlemin ilgili tarafça yapılan başvuru üzerine yeniden değerlendirilerek, herhangi bir hatalı sonucun ortadan kaldırılması mümkün iken, Kurul böyle bir düzeltme yaptığında yetkisini aşmış olduğundan bahsederek işlemini iptal etmek, kişiler açısından – yukarıda zikredilen örnek olayda görüldüğü gibi - lehe olan durumların aleyhe sonuç doğuracak biçimde sonuçlandırılmasına, dava açma haklarının kaybedilmesine ya da yargı makamının gereksiz iş yükü ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır.

Makalenin sunulmasından sonra yayına hazırlandığı dönemde Danıştay İDDK tarafından verilen bir karar ile, isabetli bir biçimde görüş değiştirilerek, İYUK m.11'in genel bir düzenleme olduğu, aksi açıkça belirtilmedikçe tüm idari işlemlere uygulanacağı, Rekabet Kurumu'nun tesis ettiği işlemleri, işlem tesisine esas alınan olguların gerçek olmadığını ileri süren ilgililerin başvuruları üzerine ya da resen geri alınmasının, değiştirmesinin veya kaldırılmasının mümkün olduğu ifade edilerek, idari başvuru yapmanın mümkün olduğuna karar verilmiştir.⁵⁷

2. Rekabet Kurulu İşlemlerinin Yargısal Denetimi

2.1. Rekabet Kurumu'nun Yargısal Denetimine Tabi İşlemleri

İdari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar. Ancak bu karine karşısında ilgililerinin haklarının korunabilmesi için idari işlemlerin yargı denetimine tabi olmaları esastır. AY m.125'te düzenlenen idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine tabi olması, idarenin gerçekten de bütün işlemlerinin idari yargı denetimine tabi olması anlamına gelmemektedir. İdarenin ancak "kesin ve yürütülmesi gereken" nitelikte olan işlemleri yargı denetimine tabi olmaktadır.

Nitekim 2577 sayılı İYUK'un 14. maddesinin d bendinde de "İdarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı"nın ilk inceleme kalemlerinden olduğu ifade edilerek, ancak kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin iptal davasına konu olabileceği ifade edilmektedir.

Doktrinde kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler yani icrai, başka bir ifade ile yürütülebilir işlemler değişik şekillerde tanımlanmıştır. Erkut'a göre,

⁵⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 8.4.2010T., 2006/2169E., 2010/562K.

“kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir.”⁵⁸ Giritli, Bilgen, Akgüner⁵⁹’e göre “idare, icrai işlemlerle, bu işlemlerin ilgilendirdiği kişilerin rızaları olmadan, tek yanlı iradesiyle, idare edilenlere borçlar yükleyebilmekte, haklar tanımakta, böylece hukuk düzenini değiştirebilmektedir.” Akyılmaz, icrailik kavramını “dışsal hukuki etki yaratmak” kavramı ile eş tutarak, yaratılacak olan etkinin ilgisinin hukuki durumunda; yeni hak ve yükümlülükler getirmek, ortadan kaldırmak ya da hak ve yükümlülüklerin sınırlarında değişiklik yapmak veya hukuki durumunu tespit etmek şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmiştir⁶⁰. Gözler’e göre de İcrailik, idare belli bir konuda iradesini açıklar ve bu irade ilgili kişi tarafından kabul edilmesine gerek kalmaksızın hukuk düzeninde değişikliğe yol açar; yani hukuki sonuç doğurur.⁶¹

Bu tanımların da ortaya koyduğu üzere, bir işlemin icrai olmasının anlamı, o işlemin ilgililer üzerinde etki ve sonuç doğurması, bir başka deyişle ilgisinin hukuki durumunda tek yanlı irade ile değişiklik meydana getirmiş olması, hukuki etkisidir⁶². Aynı yönde bu durum AYM tarafından verilen bir kararda da “... Tek yanlılık ve kanuniliğin doğal uzantısı olarak, idarenin bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan işlemi, "uygulanabilir" olma yeteneğini içinde saklamaktadır. Eski deyimle, "icrai" olan idari işlem, tek yanlı "yürütülebilir" olma üstünlük ve ayrıcalığına sahiptir.”⁶³ şeklinde ifade edilmektedir. Bu da icrai işlemleri diğer işlemlerden ayıran en önemli kriter olmaktadır.⁶⁴ Bir işlem ilgisinin hukuki *durumunda* değişiklik yaratmıyor ise dava konusu yapılamaz. Öte yandan İdari işlemlerin büyük bölümü oluşturuldukları andan itibaren icrailik özelliğini taşırlar.

“*Kesinlik*” diğer bir deyişle, “*nihailik*” ise bir işlemin yürütülebilmesinden ziyade o işlemin bir başka makam ya da kişinin onayına

⁵⁸ ERKUT, CELAL (1990), İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara., s.119.

⁵⁹ GİRİTLİ, İSMET, PERTEV BİLGİN ve TAYFUN AKGÜNER (2001), İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul., s.811.

⁶⁰ AKYILMAZ, BAHTİYAR (2000) , İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara., s.45.

⁶¹ GÖZLER, C., I, s.566.

⁶² SEZGİNER, MURAT (2000), İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara., s.45.

⁶³ AYM., 15.4.2004 T., 2004/26 E., 2004/51 K. (RG., 11.8.2004 T., No: 25550), (www.kazanci.com.tr, 8 Mart 2010).

⁶⁴ ERKUT, C., a.g.e., s. 120.

ihtiyaç duyulmaksızın ilgililer üzerindeki hukuki etkisini yaratır hale gelmesidir.⁶⁵ Bir başka deyişle, işlemin uygulanmaya hazır ve bir başkaca bir işleme ihtiyaç duyulmaması ve tamam bir işlem niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.⁶⁶ İptal davasına konu edilebilir kesin ve yürütülebilir işlemler ile ilgili olarak Danıştay'ın çeşitli kararlarında şu ifadelere yer verilmiştir: “kesin ve yürütülebilir işlem, işlemin tamamlanması için gerekli idari usul kuralları uygulanarak yetkili kamu görevlisi veya görevlileri tarafından imzalanan, bu durumu ile uygulamaya konulan ve kendi başına hukuki sonuçlar doğuran, idarenin tek taraflı ve buyurucu gücüne dayanan işlemleri ifade etmektedir.”⁶⁷

Kesin nitelikteki bir işlem, idare adına irade tesisine yetkili en son idari merciden geçerek yürürlüğe giren idari işlem olarak tanımlanabilir.⁶⁸ Ancak icrai bir idari karar idari sürecin tüm aşamalarını geçirmiş olsa bile esasen nihai bir karar değildir. Bir idari kararın nihai bir karar olması ancak her türlü yargısal başvuru yolunun tüketilmesi ve işlemin hukuka uygun olduğunun tespiti ya da hukuk yollarına başvurulmamış ise bu işlemin kabulü halinde nihai bir karar olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, işlemlerin kesinliği ile nihailiklerinden bahsederken idari yargıya konu edilebilecek nitelikte olmaları ile nihai olmalarının karıştırılmaması zorunludur. Ancak, Kanun'un tanımladığı “*Nihai Karar*” ile idare hukuku açısından “*Nihai (Son) Karar*” kavramlarının tam olarak örtüşüğünü söylemek güçtür.

Kanun'da nihai karar olarak tanımlanmış olsun ya da olmasın, Kurul'un yukarıda bahsedilen tanıma uyan, kesinlik ve icrailik niteliklerini içinde barındıran tüm kararları ve işlemleri yargı denetimine tabidir.

Kurul'un Danıştay incelemesine sunulan kararları incelendiğinde Danıştay'ın Rekabet Kurulu'nun kendi kararına esas almak üzere iç birimlerinden bilgi istemine ve görüş almasına ilişkin kararların “kesinlik” ve “yürütülebilirlik”

⁶⁵ ODER, BURAK ve TANER AYANOĞLU (2005), Bilgi Üniversitesi Ders notu., s.80; SEZGINER, M., a.g.e., s.46; ÇAĞLAYAN, RAMAZAN (2002), İdari Yargıda Kanun Yolları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 134. ; Danıştay 12. Daire, 7.7.2003 T., 2003/380 E., 2003/2077 K. ; Danıştay 6. Daire, 21.4.2003 T., 2002/3787 E., 2003/2461 K. “dava konusu planların yetkili Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığınca onaylanması nedeniyle idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olduğu açıktır.”, (www.kazanci.com.tr, (8 Mart 2010).

⁶⁶ KAYA, CEMİL (2005), “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2005, Cilt:IX, Sayı 1-2, s.256 ; ERKUT, C., a.g.e., s. 120-121.

⁶⁷ Danıştay 12. Daire, 13.4.2005 T., 2004/4077 E., 2005/1353 K. (www.kazanci.com.tr, 8 mart 2010).

⁶⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 18.9.2003 T., 2003/521 E., 2003/609 K. karşı oy gerekçesi, (www.kazanci.com.tr , 9 Mart 2010).

unsurlarını içermediği dolayısı ile dava konusu edilmeyeceklerini teyit ettiği görülmektedir.⁶⁹

Aynı doğrultuda Kurul'un 24.06.2002 tarihli ve 02-38/424-180 sayılı kararı hakkında görülen davada, Danıştay tarafından verilen kararda, söz konusu sağlayıcı-bayi ilişkisinde tarafların rekabet içinde bulunmadığı, bu sebeple Kanun'un 6. maddesi yönünde bir ihlalin olmadığı ve davacı ile sağlayıcı arasında çıkan uyuşmazlığın yetkili adli mahkemelerde çözümlenmesi gereği tespit edilmiştir. Kurul, davacıya önaraştırma ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin kararından söz eden ve gerekçeli kararın ayrıca gönderileceğini belirten bir yazı göndermiştir. İlgili taraf karar karışı açtığı davada bu yazının da iptalini istemiştir. Ancak Danıştay, Kurul'un şikayetin reddine ilişkin kararının hukuka uygunluğu tespit ederek, bu kararın ilgiliye gönderileceğini belirten Kurul yazısının ise "idari davaya konu edilebilecek nitelikte, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığından incelenme olanağı bulunmadığı" sonucuna varmıştır.⁷⁰

2.2. Menfaat Kavramı ve Taraf Ehliyeti

İYUK'un 2. maddesinde "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı menfaati ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları" denilerek, iptal davası açabilmenin önkoşulunun "*menfaat*" ihlali olduğu ifade edilmiştir. Bir idari işlem ancak menfaat ihlaline neden olması halinde dava konusu edilebilir. Menfaat ihlali kavramının net bir tanımı bulunmamaktadır. Ancak doktrin ve yargı kararları uyarınca menfaat ihlalinin "*güncel*", "*kişisel*" ve "*meşru*" bir menfaat olması gereklidir. Dolayısı ile Rekabet Kurumu kararlarının kimlerce yargı önüne götürülebileceği sorusunun cevabı, menfaati ihlal edilen tarafın kim olduğunun tespiti ile yakından ilgilidir. Tam yargı davası için ise "*kişisel hak ihlali*" koşulu getirilmiştir. Bu madde gereğince tam yargı davaları ancak kişisel hakları ihlal edilen kişiler tarafından açılabilir.

Kurul kararına karşı ilgili tarafça yapılan başvuru sonucunda Danıştay 13. Daire tarafından "...dava konusu Rekabet Kurulu kararı ile, davacı şirkete ve şirkette görev alan yönetim kurulu üyelerine 4054 sayılı Kanun'un hükümleri uyarınca idari para cezası verildiği, davacı konumunda yönetim kurulu üyeleri bulunmamasına karşın, şirket tarafından Kurul kararının yönetim kurulu üyelerine idari para cezası verilmesine ilişkin kısmının da iptali istenildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı şirketin şirkette görev alan yönetim kurulu üyelerine verilen

⁶⁹ Danıştay 13. Daire, 14.03.2006 T., 2005/940 E., 2006/1412 K.

⁷⁰ Danıştay 13. Daire, 31.03.2008T., 2006/1973E., 2008/3418K.

idari para cezasının iptalini istemekte yukarıda belirtilen anlamda meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilenmediği, dolayısıyla işlemin bu kısmıyla menfaat ilişkisi bulunmadığı⁷¹” şeklinde karar verilmiştir. Ayrıca Danıştay tarafından verilen başka kararlarda da bir şirketin yönetim kurulu organındaki kişilerin rekabet ihlali nedeni ile para cezası aldıkları durumlarda, şirket ve yönetim kurulu üyelerinin Kurul kararına karşı ayrı ayrı dava açmaları ya da avukat ile temsil ediliyorlar ise, hepsinin ilgili vekile tek vekaletname vererek mahkemede temsil edilmeleri gerektiği; zira, şirketin, yönetim kurulu üyelerine verilen cezanın iptalini talep etmesi halinde, davanın menfaat yokluğundan reddedileceği yönünde kararlar oluşturduğu görülmektedir.⁷²

Yine Danıştay tarafından verilen bir kararda, davacı ile hakkında lehe karar tesis edilen soruşturma kapsamındaki teşebbüs arasındaki bayilik ilişkisine atfen yapılan şikayet ile ilgili olarak Kurul tarafından daha önce alınan başka bir karar bulunduğu ve bu kararda davacının ileri sürdüğü iddialar değerlendirilerek söz konusu şikayetin reddine karar verildiği tespit edilmiştir. Danıştay, dava konusu kararda ise, Kurul’un ilgili teşebbüsün bayilik sözleşmelerini inceleme aşamasında fark ettiği ve re’sen dikkate alması nedeni ile önaraştırma yapmış olduğunu ve bu önaraştırma sonucunda da bir ihlal olmadığına kanaat getirdiğini belirlemiştir. Bu nedenle Danıştay, önceden aynı teşebbüs hakkında bir şikayette bulunan, ve fakat bu şikayeti bir başka Kurul kararı ile sonuca bağlanan tarafın, Kurul tarafından re’sen ele alınan farklı bir araştırma sonucunda verdiği karara karşı dava açmak hakkının bulunmadığına, çünkü Kurul kararının şikayetçinin önceden yapmış olduğu şikayeti ile ilgili olmadığına karar vermiştir.⁷³ Bu kararı ile Danıştay, şikayetçi tarafların dava açabilmesi için, Kurul tarafından verilen karar ile şikayet arasında nedensellik ilişkisi bulunması gerektiğine hükmetmiştir.

2.3. Görev ve Yetki

Kanun’un 55. maddesi uyarınca Danıştay Rekabet Kurulu kararlarının denetlenmesi ile ilgili ilk derece mahkemesi olarak görevli ve yetkilidir.

Bu kavramların netleştirilmesinin bir başka önemi de Kanun’un 55. maddesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu madde hükmü uyarınca “Kurulun **nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para**

⁷¹ Danıştay 13. Daire, 30.9.2005 T., 2005/929 E., 2005/4804 K.

⁷² 10.03.2006 tarihli ve 05-13/156-54 sayılı kararı hakkındaki Danıştay 13. Daire, 30.01.2007 T., 2006/1334 E., 2007/392 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.06.2007 T., 2006/1099 E., 2007/3984 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.06.2007 T., 2006/1151 E., 2007/3987 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.06.2007 T., 2006/1421 E., 2007/3988 K.

⁷³ 10.11.2005 tarihli ve 05-78/1063-301 sayılı karar hakkında Danıştay 13. Daire, 8.4.2008 T., 2005/10077 E., 2008/3631 K.

cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." Bu ifadenin 48. madde anlamında nihai karar anlamına geldiği, bu maddede belirtilenler dışındaki kararların bu madde kapsamında ele alınamayacağı ifade edilirse, bu sefer 55. madde kapsamında sayılmayan diğer kararların inceleme merciinin neresi olacağı sorusu akla gelecektir.⁷⁴ Bu halde, Kanun'un 55. maddesinin amacının Kurul kararlarının bir kısmının Danıştay'ın yargı denetimi dışında bırakılması ve idare mahkemelerinin denetimine tabi olması anlamı çıkarılabilecektir.⁷⁵

Yapılan araştırma ve inceleme sırasında, Rekabet Kurulu tarafından verilen para cezalarının yargısal denetimi ile ilgili olarak, görev ve yetki konusunda özellikle Kabahatler Kanunu'nun⁷⁶ yürürlüğe girişi ile beraber bir karmaşa yaşanmış olduğu tespit edilmiştir.

İdari para cezası, bir hukuk kuralının ihlal edilmesi sonucunda belli bir miktar paranın Devlet Hazinesi'ne ödenmesidir.⁷⁷ 5326 sayılı Kanunun ortaya çıkmasının nedeni, idari nitelikteki yaptırımlarla ilgili bir kanuna ihtiyaç duyulmuş olmasıdır.⁷⁸ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu "kabahatleri suç olmaktan çıkartma eğilimi"nin bir ürünüdür.

Rekabet kanunlarının amacı piyasalarda rekabet ortamının gerçekleşmesini sağlamak, var olan rekabet ortamını korumak, bu rekabet ortamını bozucu faaliyetleri yasaklamaktır. Rekabet Otoriteleri, bütün bunları, alacağı tedbir ve kararlarla yerine getirebilecektir. Ancak, Rekabet Kanunlarının, bu tedbir ve kararların uygulanabilirliğinin sağlanması için Rekabet Otoritelerine yaptırım uygulayabilme yetkisi de vermesi gerekir. Kanun ile hüküm altına alınan yaptırıma dair düzenlemeler "idari para cezası" niteliğindedir. 4054 sayılı Kanun'un 18. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, para cezaları "**idari nitelikte para cezaları**"dır.

⁷⁴ Bu doğrultuda bkz., ASLAN, İ. YILMAZ (2005), Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa., s.812.

⁷⁵ YET, ORHUN (1999), "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi" Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999, Rekabet Kurumu, Ankara., s.73 ; YET, kanundaki bu ifadenin özellikle kurumun bazı işlemlerinin Danıştay'ın yargı denetimi dışında bırakılmak için öngörüldüğünü ifade etmektedir. YET'e göre, tebliğinde bahsettiği nihai kararlar dışındaki tüm karar ve işlemlerin idare mahkemelerinin görev alanına girmektedir.

⁷⁶ 25772 Mükerrer sayılı ve 31.03.2005 tarihli Resmi Gazete.

⁷⁷ ERDOĞAN, OKTAY (2007), Para Cezaları ve İnfazı, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul., s.482. İdarî para cezası, idarî ihlaller nedeniyle kural olarak idarî merciler tarafından verilen, kişinin malvarlığına yönelik idarî bir yaptırım çeşididir.

⁷⁸ İÇEL, KAYIHAN (1984), İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:L, Sayı: 1-4., s.130

Kabahatler Kanunu'nun⁷⁹ değişiklikten önceki kanun maddesi, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." şeklindedir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde idari para cezası gerektiren fiiller hakkında kanun yoluna ilişkin hükümler saklı olmak üzere - Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı öngörülmektedir. Böylelikle ayrı kanunlarda, idari para cezalarıyla ilgili olarak farklı hükümler yer almaktayken, Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte artık diğer kanunların ilgili hükümlerinin ortadan kalktığı düşüncesi gündeme gelmiştir⁸⁰. Bu sorun, 4054 sayılı Kanun'a göre uygulanan idari para cezaları için de söz konusu olmuştur. Dolayısı ile Kabahatler Kanunu'nun ilk yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanun uyarınca Kurul kararlarına karşı adli yargıya başvurulması zorunluluğu doğmuştur.

Ancak, bu hüküm, AYM tarafından, hüküm ile idari yargının görev alanına etki edilmesi açısından AY'ye aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir.⁸¹ Bunun üzerine, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi 5560 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle⁸² değiştirilmiş bu değişiklik ile, 3. maddede "a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır" hükmü yer almıştır. Aynı değişiklik Kanunu'nun 34. maddesiyle de 27. maddesinin 5. fıkrası değiştirilmiş ve maddeye eklenen 8. fıkra ile, "idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür" hükmüne yer verilmiştir.

Bu şekilde, 4054 sayılı Kanun'un ihlâl edildiği gerekçesi ile verilen para cezaları hakkındaki uyumsuzluğın görüm ve çözümü aynı Kanun'un 55. maddesine göre Danıştay'ın görev alanına girdiği hükme bağlanmıştır.

AYM tarafından ilgili 3. maddenin iptal edilmesine kadar geçen yaklaşık bir yıllık zaman içinde, Danıştay'da açılan davalarda, taraflarca ileri sürülen bir görev itirazının bulunmadığı dosyalarda Danıştay tarafından dosya ele alınmış ve karara bağlanmıştır. Diğer taraftan, Kurul kararı ile haklarında para cezasına

⁷⁹ 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun 31. madde ile değiştirilmesinden önceki şekli.

⁸⁰ SONGÖR, AYLA (2007), "Kabahatler Kanununun Genel Kanun Niteliğinin Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Işığında İncelenmesi", E-Yaklaşım Dergisi, Sayı:169, Ocak 2007.

⁸¹ KARABULUT, MUSTAFA (2006), "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", Terazi: Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:3, Kasım 2006., s.63-68.

⁸² Resmî Gazete Tarih: 19.12.2006 Sayı: 26381.

hükmedilen taraflar arasında, Kabahatler Kanunu'na dayanılarak adli mercilerde dava açanlar da olmuştur. Adli mahkemelerde açılan bazı davalarda mahkemeler kendilerini görevli görerek davaları esastan incelemişler ve karara bağlamışlardır.⁸³ Bazılarında ise mahkemeler, Kabahatler Kanunu'nun genel bir kanun olup ilgili 3. maddesinde bu yasanın genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağını öngörmüş ise de; Kural olarak yasaların uygulanmasında özel kanunların öncelikli olacağı ifade edilerek, 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinin yürürlükten kaldırıldığını gösterir kural olmadığından yola çıkarak, görevsizlik kararı vermişlerdir.⁸⁴

AYM'nin kararından sonraki dönemde ise, tarafların görev itirazına yönelik taleplerinin olduğu durumlarda Danıştay itirazı reddederek görevlilik kararı tesis etmiş ve davayı görmeye devam etmiştir.⁸⁵

Bu arada adli ve idari mahkemelerce verilen kararlar arasında farklılıklar olduğu görülmüştür. Örneğin, Kurul'un EIP ve Roche Müstahzarlarının Beşer Ecza deposu ile çalışarak ihalelerde pazar paylaştıklarına kanaat getirilerek para cezası verilen kararına karşı EIP tarafından Sulh Ceza Mahkemesinde açılan davada, mahkeme EIP hakkında verilen para cezasının hukuka uygun olduğunu teyit ederek itirazı reddetmiştir⁸⁶. Red kararı da yetkili üst mahkeme tarafından onanmıştır.⁸⁷ Bu arada EIP Danıştay'da da dava açmış, ancak açılan bu dava kesin hüküm bulunması nedeni ile reddedilmiştir⁸⁸. Kararın diğer tarafları konuyu

⁸³ 13.09.2005 tarihli ve 05-57/850-230 sayılı Kurul kararı hakkında; Ankara 12. Sulh Ceza Mahkemesi, 10.04.2006 T., 2006/55 E., 2006/55 K.

⁸⁴ 13.09.2006 tarihli ve 05-57/850-230 sayılı Kurul kararı hakkında açılan; Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 30.05.2006 T., 2006/223 E., 2006/223 K. ; Ankara 9. Sulh Ceza Mahkemesi, 16.06.2006 T., 2006/159 E., 2006/159 K.

⁸⁵ Görevlilik konusunda karar verilmemiş olan dosyalarda ise, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, ilk derece incelemesinde verilmiş olan bu kararlar, "...Davalı idarenin savunmasında, diğer hususlar yanında, uyumsuzluğun görüşülüp çözümlenmesinin adli yargının görevine girdiği yolunda görev itirazında bulunduğu görülmektedir. Bu itibarla Danıştay 13.Dairesince, öncelikle 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun hükümleri gereğince görev itirazının karara bağlanması, uyumsuzluğun görüşülüp çözümlenmesinde idari yargı yerinin görevli olduğu kanaatine varılıyorsa "görevlilik kararı" verilmesi ve daha sonra yürütmenin durdurulması isteminin görüşülmesi zorunlu bulunmaktadır" gerekçesi ile bozulmuştur. İDDK, 28.9.2006 T., 2006/998 E.

⁸⁶ Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 27.04.2007 T., 2006/2655 E., 2006/2655 K.

⁸⁷ İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 23.06.2009 T., 2009/664 Müt.

⁸⁸ Danıştay 13. Daire, 04.11.2008 T., 2006/5325 E., 2008/7073 K. ; Aynı doğrultuda, Rekabet Kurulu'nun Ege bölgesinde faaliyet gösteren çimento şirketleri ile ilgili olarak yapılan yerinde incelemenin engellenmesi hakkındaki 26.5.2006 tarihli ve 06-36/474-128 sayılı Kararı ile ilgili olarak verilen Danıştay 13. Daire, 08.04.2008 T., 2006/4085 E., 2008/3627 K.

Danıştay'a götürmüşlerdir. Danıştay tarafından yapılan inceleme sonucunda Danıştay Kurul kararını şekil aykırılığı nedeni ile bozmuştur.⁸⁹

Günümüzde, bahsedilen Kanun değişikliklerinden sonra artık Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi açısından görevli ve yetkili mahkemenin Danıştay olduğu tartışmasızdır.

2.4. Dava Açma Süresi

Kanun'un 55. maddesinde Kurul kararlarına karşı "süresi içinde" Danıştay'a başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanun'da geçen "süresi içinde" ibaresi İYUK m.7 uyarınca 60 gündür.

Dava açma süresinin başlaması için, nihai kararın taraflara tebliğ edilmiş olması zorunlu değildir. Örneğin, Kurul'un 4054 sayılı Kanun'da belirtilen unsurları taşıyan yazılı bir karar oluşturmadan, kararı bir yazı ile davacı şirkete bildirdiği, isteminin reddedildiğini öğrenen davacının da söz konusu Kurul kararının iptali istemiyle dava açtıktan sonra gerekçeli kararın davacıya tebliğ edildiği ancak gerekçeli karara karşı davacı şirket tarafından ayrı bir dava açılmadığı bir davada İDDK, "uyuşmazlıkta tartışılması gereken sorunun, varlığında ve kesinliğinde tartışma bulunmayan ve ancak dava açıldığı tarihte özel kanunda belirtilen unsurları taşıyan yazılı bir kararın ilgiliye tebliğ edilmemiş olmasının usul ve esas yönünden davaya etkisi olması gerektiği,.... bu durumda, idareye yapılan başvuru üzerine tesis edilen işlemin tarih ve sayısı da gösterilerek, dava açma süresini başlatacak yeni bir işlem tesis edileceği ya da başka bir bildirimde de bulunulacağı belirtilmeden yapılan yazılı bildirim üzerine ilgililerin belli bir süre içinde idari dava açması gerektiğine ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, ilgilinin dava açmasının bildirim yasal ve zorunlu bir sonucu olduğu,.... aksi halde idarenin herhangi bir işlem tesis etmesi gerekmemesine karşın tesis edilen işlemlerin yargısal denetiminin bu nedenle yapılmamasının ilgililerin hak kaybına yol açacağı⁹⁰" yönünde karar vermiştir.

Danıştay önüne gelen işlerin bir kısmında davalarının tarafların süre aşımı nedeni ile reddedildiği görülmüştür. Bu nedenle dava açma süresi hakkında bazı hatırlatmalar yapılması ihtiyacı duyulmuştur.

Rekabet Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda, İYUK m.4 uyarınca dilekçeler ve savunmalara ilişkin her türlü evrakın Danıştay'a veya Danıştay'a gönderilmek üzere idare mahkemelerine verilmesi gereklidir. Bir yerde idare veya vergi mahkemesi bulunmuyor ise, dilekçelerin asliye hukuk mahkemelerine

⁸⁹ Danıştay 13. Daire, 16.12.2008 T., 2006/4685 E., 2008/7694 K. ; Danıştay 13. Daire, 16.12.2008 T., 2006/4742 E. 2008/7695 K.

⁹⁰ İDDK, 22.5.2003 T., 2002/1227 E., 2003/330 K.

verilmesi mümkündür. Dolayısı ile, dilekçenin verildiği yargı çevresi içinde idare ya da vergi mahkemesi var ise, dilekçenin Danıştay'a iletilmek üzere öncelikle bu mahkemelere sunulması gerekmektedir.

İkinci olarak, İYUK'un 61. maddesi "Bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl ağustosun birinden **eylülün beşine kadar** çalışmaya ara verirler." şeklindedir. Bu hüküm Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da aynı şekilde yer almaktadır. Ancak Danıştay uygulamasında, adli yargılamadan farklı olarak, çalışmaya ara verme hakkındaki İYUK m. 61 hükmünün "...beş eylüle kadar" ifadesinden, çalışmaya ara verme süresinin "**4 Eylül akşamı**" biteceği sonucu çıkartılmaktadır.⁹¹ Bir başka deyişle, hukuk yargılamasında çalışmaya ara verme süresine denk gelen işlere ilişkin dava açma süresi ile idari yargıda açılacak olan davalara ilişkin dava açma süresi arasında bir günlük bir fark bulunmaktadır. Bu konuda Danıştay kararları arasında farklılıklar bulunmakla beraber, artık bu görüşün durağanlaştığını belirtmek gerekir.

3. Danıştay Kararlarına Yansıyan Anayasa'ya Uygunluk Tartışmaları

Tespit edilebildiği kadarı ile, Rekabet Kurulu kararları hakkında açılan davalar arasında 4054 sayılı Kanun'un somut olaya uygulanmış olan ilgili hükümlerinin AY'ye aykırı olduklarının iddia edildiği davalar olmuştur.

Bu davalardan, 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kurul kararı hakkında açılan 2000/6064 E. sayılı davada davacı tarafından 4054 sayılı Kanunun 43. maddesinin 1. fıkrası, 4. fıkrası, 16. maddesinin 2,3 ve 4. fıkraları, 19. maddesi, 39. maddesi ve 59. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Davacı tarafın, bu iddiaları mahkemece ciddiye alınarak, dosya AYM'ye iletilmiştir. AYM dosyanın kendisine gönderilmesi üzerine bu başvuru ile ilgili esasa ilişkin bir inceleme yapmadan, yetkisizlik nedeniyle başvurunun reddine karar vermiştir.⁹² AYM'nin yetkisizlik kararı vermesinin nedeni, iptali talep edilen 39. maddenin Kurum'un gelirleri ile ilgili olması ve dava konusu olaya uygulanacak bir hüküm olmamasından kaynaklanmaktadır.

İkinci olarak, 06.09.2002 tarihli ve 02-53/685-278 sayılı Kurul kararına karşı açılmış olan davada davacı taraf 4054 sayılı Kanunun 14. ve 15. maddelerinin AY'ye aykırı olduğunu iddia etmişse de, Davacının bu iddiası Danıştay tarafından ciddi görülmemiştir.⁹³

Üçüncü olarak, 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararına karşı açılan davada, Kanun'un 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 3.

⁹¹ İDDK, 19.2.2009 T., 2009/276 Karar No:2009/52

⁹² Anayasa Mahkemesi, 17.4.2002T. ve 2002/69E., 2002/45K.

⁹³ Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5652E., 2005/5498 K.

fıkrasının AY'ye aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için AYM'ye başvurulması istenilmiştir. Ancak Mahkeme AY'ye aykırılık iddiasını yerinde görmemiştir.⁹⁴

4. Rekabet Kurulu Kararlarının İptal Nedenleri – Yetki, Şekil, Sebep, Konu ve Maksat Unsurları Hakkında Değerlendirmeler

İYUK m. 2 uyarınca idare mahkemeleri ve Danıştay bir idari işlemi yetki, şekil, konu, sebep ve maksat unsurları açısından denetler ve maddenin 2. fıkrası gereğince, “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır”. Danıştay tarafından yapılan denetimde bu unsurlar sırası ile ele alınır ve herhangi birisi açısından bir sakatlık tespit edilmesi halinde, sıralamada bir sonraki unsur hakkında inceleme yapılmamaktadır.

İYUK m.2’de belirlenen iptal nedenleri usul (yetki ve şekil) ve esas (sebep, konu, maksat) olarak iki grup altında toplanabilir.⁹⁵ Rekabet Kurulu kararları ve bu kararlara ilişkin olarak verilmiş olan Danıştay kararları incelendiğinde, Danıştay’ın değişik kararlarında, Kurul kararlarını, değişik unsurlar açısından denetlemiş olduğu görülmektedir. Ancak Danıştay çoğunlukla vermiş olduğu kararı iptal yönünde de olsa, iptal nedenini İYUK m. 2’de yer alan nedenler arasındaki yerini net bir biçimde tanımlamaktan kaçınmıştır.

Danıştay tarafından verilen iptal kararları çok detaylı bir biçimde aşağıda tartışılmış olduğundan, tekrardan kaçınmak için burada ele alınmamaktadır. Ancak, bu ayırım hakkında genel bir bilgi vermek için usule ve esasa ilişkin kararlar aşağıda gruplandırılmaktadır.

1.1. Usule İlişkin Kararlar

Danıştay, yukarıda bahsedilen İYUK m.11 uyarınca ele alınan başvuruları Kurul’un bu hükme dayanarak yeniden inceleme yapmak *yetkisi* bulunmaması nedeni ile iptal etmiştir.

Bunun dışında Danıştay’ın Kurul’un görev alanının farklı idari kurumlar ile kesiştiği konularda da yetki unsuru açısından değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Örneğin, 2813 Sayılı Telsiz Kanunu’nun 7. maddesinin 4502 sayılı Kanun ile değişen hükümleri⁹⁶ ile Bilişim ve Teknoloji Kurumu (“BTK” /Türk

⁹⁴ Danıştay 13. Daire, 27.06.2006 T., 2005/7506 E., 2006/2752 K.

⁹⁵ ALPAR, EROL (1990), Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları, Ankara., s. 55.

⁹⁶ Madde 7- BTK’nın Görevleri:

(o) (Ek: 27/1/2000 - 4502/16 md.) Kanunlarda verilen diğer görevleri yerine getirmek. (Ek: 27/1/2000 - 4502/16 md.) Kurum telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili hususları ve ayrıca hem bu hizmetlerde hem de genel olarak

Telekomünikasyon Kurumu) ve Kurul'un telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslere ilişkin olan rekabet sorunlarının çözümündeki görev ve yetkilerinin keşilmesi olarak yorumlanması ve bir adım daha ileriye gidilerek, Kurul'un 4054 sayılı Kanun ile tanınmış olan inceleme, araştırma, soruşturma ve karar verme yetkilerini, telekomünikasyon sektöründe meydana gelecek rekabet ihlalleri ve birleşme/devralmalar bakımından, Kurul'dan alarak BTK'ya devredildiği şeklinde tartışmalar hem Kurul kararlarına hem de Danıştay kararlarına konu olmuştur.

Rekabet Kurulu tarafından Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlarda hakim durumunu ve bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiasının değerlendirilmesi hakkında alınan 2.10.2002 tarih, 02-60/755-305 sayılı kararının usulü sebeplerle⁹⁷ iptaline ilişkin Danıştay kararları⁹⁸ üzerine, Rekabet Kurulu'nun Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarlarda hakim durumunu ve bu pazarlar ve internet erişim hizmetleri pazarlarında kötüye kullandığı iddiasının yeniden değerlendirilmesi hakkındaki 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-8 sayılı kararında önceki karara uygun bir biçimde karar verilmiştir.

Ancak, Kurul'un bu kararı da Danıştay tarafından "2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7.maddesinin son fıkrasında, Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği kararlarda öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü alacağı hükmüne yer verilmiştir. Sözü edilen maddenin son fıkrasında, Rekabet Kurulu'nun, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin

telekomünikasyon sektöründe rekabete aykırı davranış, plan ve uygulamaları re'sen veya şikayet üzerine incelemeye ve görev alanına giren konularda bilgi ve dokümanların sağlanmasını talep etmeye yetkilidir. Kurum, telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili yönetmeliklerin ve diğer genel idari işlemlerin yayınlanmasından önce ilgili tarafların kamuya açıklanacak olan ve üzerinde ilgili tarafların yorum yapabileceği görüşlerini bildirmesine imkan verebilmek için gerekli tedbirleri alabilir. Kurum tüketici menfaatlerinin korunması için de gerekli tedbirleri alır.(Ek: 27/1/2000 - 4502/16 md.) Rekabet Kurulu, telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde ve birleşme ve devralmalara ilişkin olarak vereceği öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alır.

⁹⁷ Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai kararın verileceği toplantıya katılmış olması ve ayrıca, toplantı karar yeter sayısı nisabına uyulmamış olması gibi usulü sebeplerle reddedilmiştir.

⁹⁸ Danıştay 13. Daire, 1.7.2005 T., 2005/1700 E., 2005/3392 K. ; Danıştay 13. Daire, 1.7.2005 T., 2005/1703 E., 2005/3396 K. sayılı kararları.

olarak vereceği kararlarda öncelikle Kurum'un görüşünü ve Kurum'un yapmış olduğu genel düzenleyici işlemleri dikkate alacağı öngörülmüştür. Bu itibarla, telekomünikasyon sektörünün özelliği dikkate alınarak Kurul tarafından karar alınmadan önce Telekomünikasyon Kurumu'ndan görüş alınması yasal bir zorunluluktur. Dava dosyasının incelenmesinden, dava konusu Rekabet Kurulu kararından önce anılan kararlar ilgili olarak Telekomünikasyon Kurumu'ndan görüş alınmadığı görülmektedir.” gerekçesi ile iptal edilmiştir.⁹⁹

Yine, Kurulu tarafından Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiasının yeniden değerlendirilmesi hakkında alınan 29.12.2005 tarih ve 05-88/1221-353 sayılı kararı ile ilgili olarak ele alınan karar hakkında Danıştay'da açılan iptal davasında, Turkcell telekomünikasyon sektöründe faaliyette bulunan işletmecilerin hakim durumda olup olmadığının saptanması ve hakim durumda bulunan işletmeciye de yaptırım uygulama görevinin BTK'ya ait olduğu, bu itibarla Rekabet Kurumu tarafından yetki gaspında bulunulduğu ileri sürmüştür. Ancak Danıştay kararında¹⁰⁰, 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun yukarıda bahsedilen hükümlerine ve de 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ilgili maddelerine atıfta bulunarak, sözü edilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısının işletilmesi, görevli işletmelerin faaliyetlerinin denetlenmesi, bu hususta ilgili makamları harekete geçirmek ve gereken hallerde 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda öngörülen yaptırımları uygulamak, telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve alt yapısının işletilmesi ile ilgili olarak sektörün faaliyetlerini tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak hususlarında BTK'ya görev ve yetki verilmiş olduğu, bu kapsamda BTK'nın gerektiğinde 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için Rekabet Kurumu'na başvurabileceği de ayrıca düzenlendiği belirtilmiştir. Bunun yanında, 4054 sayılı Kanun ile Kurul'a, bu Kanun ile yasaklanan faaliyette bulunan teşebbüsler hakkında işlem yapma ve para cezası verme yetkisi verilmiş olduğu da belirtilmiştir.

Danıştay'ın kararında, her iki idari kurumun da görev ve yetkilerinin açıkça belirtildiği, telekomünikasyon sektöründe yaşanacak rekabet ihlali belirleme ve bu konuda yaptırım uygulama görevinin Rekabet Kurumu'na verilmiş olduğu sonucuna varılmıştır. Danıştay bu kararında ayrıca, Kurul'un bulgularını takip etmiş; Kurul'un kararını tesis etmeden önce BTK'dan görüş almış olmasını da dikkate alınarak, Kurul'un kendi görev alanındaki bir konuda karar aldığı kanaati ile Kurul tarafından verilen kararı onamıştır.

⁹⁹ Danıştay 13. Daire, 12.12.2007 T., 2006/1941 E., 2007/8734 K. sayılı kararı.

¹⁰⁰ Danıştay 13. Daire, 13.05.2008 T., 2006/1219 E., 2008/4195 K. sayılı kararı.

Usule ilişkin kararlar arasında; Kurul'un işlemlerinin soruşturmayı yürüten üyenin nihai karar toplantısında oy kullanmış olması, karşı oy yazılarının kararlara eklenmemesi ve karar nisaplarına uyulmadan karar alınmış olması gerekçesi ile iptal edilen kararlar sayılabilir.

Danıştay tarafından Kurul kararlarının soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin karara katılması nedeni ile alınan kararlar usul aykırılığı nedeni ile iptal edilmiştir.¹⁰¹ Danıştay bu kararlarında, dava konusu işlemin maddi hukuka ilişkin unsurları açısından bir değerlendirme yapmadığından, bu kararların bir konu unsuru¹⁰² yönünden iptal nedeni olarak değerlendirilmesinin uygun olmadığı düşünülmektedir. Danıştay'ın daha sonra Kurul tarafından, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin katılmadığı bir toplantıda dosya içeriği üzerinde inceleme yaparak karar almasının uygun görmüş olması da, söz konusu aykırılığın usuli bir aykırılık olarak kabul edilmiş olduğunun göstergesidir. İlk iptal incelemesi sırasında Danıştay tarafından, bahsedilen usuli eksiklik giderildikten sonra, Kurul tarafından, iptal edilen karara ilişkin soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler üzerinde inceleme yapılmak suretiyle alınan kararlar yüksek mahkeme tarafından usul kurallarına ve maddi hukuka uyarlığı açısından incelenmiştir.

1.2. Esasa İlişkin Kararlar

Danıştay'ın maddi hukuka ilişkin inceleme yaptığı kararların sayısı her geçen gün artmaktadır. Danıştay'ın ve Rekabet Kurulu'nun gündemini uzun süre meşgul eden usuli eksiklikler zaman içerisinde gerek Kanun değişiklikleri gerekse Rekabet Kurulu karar süreçlerinin gelişmesi sayesinde daha az görülmektedir. Danıştay'ın esas ile ilgili olarak ele aldığı ve Kurul'un kararını maddi hukuk kurallarına uygunluk açısından incelediği kararlar aşağıda bölüm III'de detaylı olarak ele alınmıştır.

¹⁰¹ GÜNDAY, METİN (2007), "Rekabet Kurulu'nun İdari Para Cezalarına İlişkin Kararlarının Yargısal Denetimi Ve Karşılaşılan Sorunlar", Rekabette Güncel Gelişmeler Sempozyumu – V, 7 Nisan 2007, Kayseri

¹⁰² İNCE, ZEYNEP, ERGÜN, ÇAĞDAŞ EVRİM, (2007), "Danıştay Tarafından İptal Edilen Rekabet Kurulu Kararlarının Yeniden Alınması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu: V, 6-7 Nisan 2007, Kayseri., s.184.

BÖLÜM III: REKABET KURULU İŞLEMLERİ HAKKINDA VERİLMİŞ DANIŞTAY KARARLARI

1. Rekabet Kurulu Karar Sürecine Göre Ayrım

Kurul, Kanun'un 27. maddesinin (a) bendi ve 40. maddesi uyarınca; re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan soruşturma açılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar verir. Kanun'un, 41. maddesinde de önaraştırma raporunun Kurul'a teslimini takip eden 10 gün içinde, Kurul'un elde edilmiş olan bilgileri değerlendirerek karar vermek üzere toplanacağı ve soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği hükmü yer almaktadır. Diğer yandan, 4054 sayılı Kanun'un 52. maddesinde, Kurul kararlarında bulunması gereken hususlar sayılmıştır.

Yapılan araştırmada, bazı dosyalarda Kanun'da öngörülen bu süreç ve Rekabet Kurulu'nun inceleme ve araştırma süreci ile ilgili olarak Danıştay nezdinde değerlendirmeler yapılmış olduğu tespit edilmiştir.

1.1. Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme

Rekabet Kurulu 4054 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddeleri uyarınca, Kanun tarafından kendisine verilen görevi ifa ederken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurumlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebileceği gibi teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin işyerleri ve her türlü tesislerinde rekabet uzmanları eliyle yerinde inceleme yapabilir. Bilgi isteme ve yerinde inceleme kararı önaraştırma ve soruşturma aşamalarının her ikisinde de tesis edilebilir.¹⁰³

İlgililer Kurul tarafından talep edilen bilgileri yine Kurul tarafından tayin edilecek sürede vermek zorundadırlar ve yerinde inceleme sırasında uzmanlar ile işbirliği yapmalıdırlar. Bu yükümlülüğe aykırı davranışlar Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca¹⁰⁴ idari para cezasına tabidir.

Kurul tarafından yapılan araştırmalar sırasında bazı durumlarda teşebbüs veya teşebbüs birlikleri temsilcilerinin kendilerinden istenilen bilgi ve belgeyi

¹⁰³ 01.05.2003 tarihli ve 03-28/351-150 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 14.03.2006 T., 2005/134 E., 2006/1402 K., Sayılı kararı Aynı Kurul kararı hakkında aynı doğrultudaki diğer kararlar: Danıştay 13. Daire, 03.05.2005 T., 2005/1023 E., 2005/2469 K. ; Danıştay 13. Daire, 03.05.2005 T., 2005/1020 E., 2005/2470 K.; Danıştay 13. Daire, 03.05.2005 T., 2005/1021 E., 2005/2471 K. ; Danıştay 13. Daire, 03.05.2005 T., 2005/1022 E., 2005/2472 K.

¹⁰⁴ 5728 sayılı Kanun'la değişik maddeler.

Kurum'a sağlamaktan kaçındığı veya yerinde inceleme yetkisinin kullanımının engellendiği ya da geciktirilmesi gibi haller nedeni ile Kanun'da öngörülen para cezaları ile cezalandırıldıkları olmuştur. Kurul'un bu kararları para cezası verilen taraflarca Danıştay denetimine sunulmuştur.¹⁰⁵

Danıştay tarafından Kurul'un bilgi isteminin belli bir süre ile sınırlı olmadığı Kurul'un "Kanun'da kendisine verilen görevleri yerine getirirken" kullanabileceği bir yetki olduğu ve Kurul tarafından gerek görülmesi halinde ihtiyaç duyulan bilginin belli şart ve periyodlara bağlı olarak teminin öngörülebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁶ Danıştay önüne gelen bir başka olayda da Kurul'un üçüncü kişileri sözlü savunma toplantısına davet ederek bilgi alması Kanun'a uygun bulunmuştur.¹⁰⁷

Verilen bilgilere doğru, soruyu tam olarak yanıtlayan ve mevcut durumu gösteren cevaplar verilmesi hukuken zorunludur. Danıştay önüne gelen dosyalar üzerinde yapılan incelemelerde; Kurul tarafından istenilecek olan bilgilerin soruşturma ile ilgili olup olmaması da önem arz etmediği, Kurul'un talep ettiği bilgiyi karşılamayan, Kurul'un sorusunu yanıtlamayan sadece konu hakkında genel açıklamalar içeren yanıtların Kanun'a uygun yanıtlar olarak kabul edilmeyecekleri¹⁰⁸, mevcut durum hakkında yanlış bilgi veren yanıtların da Kanun kapsamında himaye görmediği¹⁰⁹ belirlenmiştir. Bir başka kararında da, tarafların kendilerine yöneltilen bilgi sunma taleplerinin süresi ile ilgili olarak; kanunda verilen süreleri yetersiz bulan tarafların Kurum'a başvurarak süre talep etmesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁰

¹⁰⁵ Bu konuda verilen kararlar ile ilgili olarak ayrıca bakınız: KEKEVİ, GÖKŞİN (2008), ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu, Ankara., s.118-127.

¹⁰⁶ Kurum 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı (BİRYAY) kararı hakkında verilen Danıştay 13. Daire 19.04.2005 T., 2005/92 E., 2005/2123 K.; Danıştay 13. Daire, 19.04.2005 T., 2005/88 E., 2005/2122 K. ; Danıştay 13. Daire, 31.05.2005 T., 2005/89 E., 2005/2850 K. sayılı kararlar. Bu karar daha sonra temyiz aşamasında soruşturmacı üyenin karara katılmış olması gerekçesi ile bozulmuştur. Bu bozma kararı üzerine Kurul tarafından verilen 13.4.2009 tarihli 09-14/298-72 sayılı kararında "Karar'ın 4. maddesi çerçevesinde istenen bilgi ve belgeler ise, belirtilen süre boyunca Kuruma düzenli olarak gönderilmiş ve tarafların üzerinde bu konuya ilişkin bu aşamada herhangi bir yükümlülük kalmamıştır. Dolayısıyla 4. madde ile istenen bilgi ve belgelerin de tekrar karar alınarak ilgili bilgilerin tekrar istenmesine gerek bulunmadığı" sonucuna varılmıştır.

¹⁰⁷ 22.04.2005 tarihli ve 05-27/317-80 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 05.06.2007 T., 2005/8951 E., 2007/3586 K.

¹⁰⁸ 01.05.2003 tarihli ve 03-28/351-150 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire 03.05.2005T., 2005/1023 E., 2005/2469 K.

¹⁰⁹ Danıştay 13. Daire, 10.10.2005 T., 2005/1727 E., 2005/4935 K.

¹¹⁰ Danıştay 13. Daire, 14.3.2006 T., 2005/1014 E., 2006/1401 K.

Kanun'un 14.maddesi uyarınca "yetkililer", 15. maddesi uyarınca da "ilgililer"den bilgi talep edilebileceği ifade edilmektedir. Danıştay bu ifadelerden yola çıkarak, bilgi istenebilecek olan tarafların, soru yöneltilen teşebbüs ya da teşebbüs birliğini temsile yetkili olması gerektiğine karar vermiştir ve yetkili ve sorumlu olmayan kişilerin tutum ve davranışları sebebi ile ilgili teşebbüsün veya teşebbüs birliğinin cezalandırılması düşünülemez şeklinde bir açıklamada bulunmuştur. İlgili karara konu Kurul kararında, Kurul'un TEB ve TEB'e bağlı eczacı odaları hakkında yürütülen bir soruşturma kapsamında¹¹¹ ecza odaları ve TEB'de bulunan kişilerle yaptığı görüşmede sorduğu soruya, TEB'in ve ilgili eczacı odasının genel sekreterinin soruya ilişkin cevabın yönetim kurulu tarafından yazılı olarak gönderileceği ifade edilmesi üzerine, bilgi vermeme nedeni ile para cezası verilmiştir. Danıştay kararında, TEB genel sekreteri tarafından açılan davayı, genel sekreterin, ilgili düzenleme gereğince, TEB'i temsile yetkili olması nedeni ile reddederken, eczacı odası genel sekreterinin, odalara ilişkin düzenlemeler gereğince, odayı temsile yetkili olmaması nedeni ile kabul etmiştir.¹¹²

Kurul, Kanun'un 15. maddesi ile düzenlenen yerinde inceleme yetkisi kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin her türlü evrakını inceleyebilir, suretlerini alabilir, yazılı ve sözlü açıklama isteyebilir ve her türlü malvarlığına ilişkin mahallinde inceleme yapabilir.

Yerinde incelemenin engellenmesi de Kanun'un 16. ve 17. maddeleri ile para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

İncelemenin hakim kararı ile yapılması, incelemeyi engelleyen teşebbüs hakkında para cezası uygulanmasına engel olmadığı gibi soruşturma kapsamındaki tarafların yerinde inceleme sırasında, Kurul uzmanları inceleme yaparken bu incelemede kolluk güçlerinin de hazır bulunmalarını istemeleri¹¹³ ya da hakim kararı aramaları¹¹⁴ da yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmektedir.

Ayrıca, yukarıda bölüm I altında 1.2.2'de bahsedilen avukat-müvekkil gizliliği ilkesi açısından yapılan savunmalar, şirket avukatlarının bilgi ve belgeleri açısından da kabul görmemiştir.

¹¹¹ 17.04.2006 tarihli ve 06-28/347-82 sayılı Kurul kararı.

¹¹² Danıştay 13. Daire, 15.01.2008 T., 2006/3398 E., 2008/716 K. (Türk Eczacılar Birliği, Dava Kabul) ; Danıştay 13. Daire, 15.01.2008 T., 2006/3397 E., 2008/714 K. (TEB 45. Bölge, Çorum Ecz. Odası, 5 Yönetim Kur. Üyesi Dava Red); Danıştay 13. Daire, 15.01.2008 T., 2006/3400 E., 2008/715 K. (Zuhal Demir (Deva Eczanesi) (Dava Red)

¹¹³ Danıştay 13. Daire, 08.04.2008 T., 2006/4085 E., 2008/3627 K.

¹¹⁴ Danıştay 13. Daire, 25.09.2007 T., 2006/3092E., 2007/5246K.

1.2. İlk İnceleme

Kurul'un inceleme işlemlerinden ilki "İlk İnceleme" aşamasıdır. İlk inceleme aşaması, Kanun'da düzenlenmiş aşamalardan birisi değildir. İlk inceleme, Çalışma Usul Esasları Hakkında Yönetmelik¹¹⁵ (ÇUEHY) 55. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükme göre Kurul'a hitaben yapılan başvurular dahi, Kurum'a intikal ettirilmiş sayılmaktadır. Bu aşamada, Kurul'un ilgili Daire Başkanlığı tarafından görevlendirilecek olan meslek personeli, rekabet ihlali yaratma ihtimali görülen teşebbüs işlem ya da eylemleri ile ilgili olarak genel bir değerlendirme ve araştırma yapar. Ancak, meslek personelinin ilk inceleme aşamasında Kanun'un 44. maddesinde öngörülen yerinde inceleme yetkisini kullanmasına olanak bulunmamaktadır. Çünkü Kanun'un 15. maddesi gereğince, yerinde inceleme yetkisinin Kanun'da öngörülen haller dışında kullanılması mümkün değildir. İlk inceleme Kanun'da düzenlenmiş bir aşama olmadığından bu aşamada yerinde inceleme yetkisi de kullanılamaz.

Öte yandan, ilk incelemenin Kanun'da öngörülmemiş olması, yönetmelik ile sistemleştirilmiş olan bu aşamanın Kanun'a aykırı olduğu anlamına gelmez. Zira, Danıştay önüne gelen bir olayda, ÇUEHY maddesinde yer alan bu düzenlemenin amacının Kurul'a yapılan başvurular arasında, Kurul'un görev alanı dışında kalan konularda yapılacak bir ön elemeyi sağlamak olduğunu teyit etmiştir.¹¹⁶

İlk inceleme aşaması Kanun'da öngörülmemiş olması dolayısı ile takibi zorunlu bir aşama olarak kabul edilmemektedir. Bu aşama atlanarak doğrudan ön araştırma aşaması ile incelemenin başlatılması ya da doğrudan soruşturma açılmasına karar verilmesi de mümkündür.

İlk inceleme aşaması sonucunda, önaraştırmanın yapılmasına gerek olmadığına ilişkin olarak verilecek olan karar icrai ve davaya konu olabilecek nitelikte nihai bir karardır.¹¹⁷ Önaraştırma ya da soruşturma açılmasına gerek olduğu yönünde görüş bildirilmesi halinde ise bu görüş Başkanlık tarafından Kurul dikkatine sunulmaktadır. Bu durumda Kurul tarafından ya doğrudan soruşturma açılmasına ya da önaraştırma yapılmasına karar verilmektedir. Önaraştırma ya da doğrudan soruşturma açılmasına ilişkin kararın nihai işleme giden yoldaki işlemlerden birisi olarak kabul edilmektedir ve tek başına dava konusu yapılamamaktadır. Danıştay vermiş olduğu bir kararda "ön işlemler kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerin ortaya çıkarılmasına yönelik hazırlık işlemleri olup, tek başına kişiler üzerinde hukuksal etki yaratmazlar, bu nedenle iptal

¹¹⁵ Resmi Gazete Sayı 23026 Tarih 21.06.1997.

¹¹⁶ Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5652 E., 2005/5498 K.

¹¹⁷ Danıştay 13. Daire, 30.05.2005 T., 2005/207 E., 2005/2825 K.

davasına konu kabul edilmezler, Belirtilen yasal düzenlemelere göre, Rekabet Kurulu'nun ön araştırma kararı alması ve bu karar gereği yapılan işlemler, bu aşamada davacının hukuki durumunda değişiklik yaratan, idari davaya konu edilebilir, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde bulunmadığından incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Rekabet Kurumu uzmanlarının ön araştırma sırasında ve sonrasında yaptığı çalışmaların, delilleri toplama biçiminin kanununun öngördüğü usule uygun olup olmadığı, ancak, Kurul'un bu bilgi ve belgeleri değerlendirerek kesin ve yürütülmesi gerekli nitelikte tesis ettiği işleme yönelik olarak açılan davada incelenebileceğinden, bu işlemlerin yok hükmünde olduğunun tespiti isteminin de bu aşamada inceleme olanağı bulunmamaktadır.” denilerek ön araştırmadan nihai karara kadar gidecek olan işlemlerin zincirleme işlem oldukları ve ancak nihai karar ile birlikte dava konusu yapılabileceklerini açıklanmıştır.¹¹⁸ Bir diğer karar da aynı şekilde “Belirtilen yasal düzenlemelere göre, Rekabet Kurulu'nun önaraştırma kararı alması ve bu karar gereği yaptığı işlemler, bu aşamada davacının hukuki durumunda değişiklik yaratan, idari davaya konu edilebilir, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem niteliğinde bulunmadığından incelenmesine olanak bulunmamaktadır.”¹¹⁹ diyerek bu görüşü teyit etmiştir.

ÇUEHY m. 55 uyarınca ilk inceleme safhasının sonucunda bir rapor hazırlanmaktadır. Bu rapor inceleme kapsamındaki teşebbüsün (ya da teşebbüslerin) eylem ya da işleminin Kanun kapsamında olup olmadığını değerlendirir. Danıştay da ilk inceleme aşamasını sadece inceleme konusu işlemin Kanun kapsamında olup olmadığını araştırılmasına ilişkin bir aşama olarak algılamaktadır. Danıştay tarafından ele alınan Rekabet Kurulu kararlarında Kurul'un şikayet konusu olayın Kanun kapsamında olmaması gerekçesi ile şikayeti reddettiği kararlar Danıştay tarafından onanmıştır.¹²⁰

Danıştay tarafından verilen bir kararda, herhangi bir konuda soruşturma açılıp açılmamasına gerek olmadığını ancak önaraştırma ile tespit edileceğini ve

¹¹⁸ ASLAN, İ.Y., a.g.e., 3. bası, s.737 ; Danıştay 10. Daire, 16.1.2004 T., 2003/6050 E., 2004/205 K. (Karar yayınlanmamıştır).

¹¹⁹ Danıştay 10. Daire, 16.1.2004 T., 2003/6050 E., 2004/205 K. (karar yayınlanmamıştır) ; Danıştay 10. Daire, 16.1.2004 T., 2003/6039 E., 2004/203 K. (karar yayınlanmamıştır).

¹²⁰ Örnek olarak bkz.; Rekabet Kurulu'nun 24.06.2002 tarihli ve 02-38/424-180 sayılı kararı hakkında görülen davada Danıştay 13. Daire, 31.03.2008 T., 2006/1973 E., 2008/3418 K. sayılı karar ; 17.07.2001 tarih ve 01-33/331-94 sayılı karara karşı şikayet başvurusunun reddi hakkında verilen karar karşı açılan davada Danıştay 10. Daire, 12.11.2003 T., 2002/4495 E., 2003/4374 K. sayılı kararı.; 22.04.2004 tarihli ve 04-27/322-76 sayılı Kurul Kararı hakkında, Danıştay 13. Daire, 13.03.2007 T., 2005/5646 E., 2007/1304 K. sayılı kararı.; 04.05.2004 tarihli ve 04-32/370-93 sayılı Kurul kararı hakkındaki Danıştay 13. Daire, 15.06.2005 T., 2005/5922 E., 2005/3106 K. sayılı kararı.

önaraştırmaya dayanmayan bir soruşturma açılmaması kararı verilemeyeceğini kabul edilmiştir. Bu nedenle, önaraştırma yapılmaksızın ilk inceleme kararı ile soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmesi halinde bu kararın hukuka aykırı usul ile tesis edilmiş bir karar olarak kabul edilmesi söz konusu olabilmektedir.¹²¹ Kurul tarafından bir işlemin Kanun kapsamında olduğunun kabul edildiği ancak ilk inceleme aşamasında ilgili işlemin Kanun’u ihlal etmediğine ilişkin verilen kararlar, Danıştay tarafından Kabul görmemiştir. Danıştay’a göre, bu nitelikte bir kararın alınması ilk inceleme aşamasında mümkün olmayıp, rekabet ihlali bulunmadığına ilişkin bir tespit ancak önaraştırma veya soruşturma sonucunda verilecek olan bir nihai karar ile mümkün olabilir.¹²²

Her ne kadar gerekli prosedür bu ise de Kanun’un bu usul kuralı, her başvurunun sistemi harekete geçirmesi anlamına gelmektedir. Bu da işlem ekonomisi açısından Kurum üzerinde gereksiz bir iş yükü yüklenmesine neden olabilir, Kurum’un Kanun’da öngörülen farklı bir işlem yapması söz konusu

¹²¹ ASLAN, Y., a.g.e., 3. bası, s.738 ; Danıştay 10. Dairesi T.10.3.2004, 2001/5532E., 2004/2414K., s.9., “4054 sayılı yasanın 40. maddesinin ilk fıkrasında ‘... ‘ kuralı yer aldığından, Rekabet Kurulu’na ilgililer tarafından yapılan başvurular veya kurulun bilgisine herhangi bir şekilde ulaşan bu yasaya aykırı anlaşma, karar ve uygulamalar ile ilgili olarak Kurul’un doğrudan doğruya soruşturma açılmasına karar vermesi, ya da soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti için önaraştırma yapılmasına karar vermesi gerektiğinden önaraştırma yapılmadan bir teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde Kurulca karar verilmesi mümkün değildir. Zira madde hükmüne göre Kurul bu konuda bağlı yetki içinde olup Kurul’a takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu itibarla önaraştırma yaptırmadan soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermesi halinde bunun Yasa ile öngörülen usul kurallarına aykırı olacağı kuşkusuzdur.” ifadesine yer verilmiştir. Aynı doğrultuda bkz. 08.11.2007 tarihli ve 07-85/1054-413 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 26.05.2008T., 2008/2142E.

¹²² 06.10.2005 tarihli ve 05-65/934-254 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 23.11.2007 T., 2005/10142 E., 2007/7683 K. (Dava Kıs.Kabul/Kıs. Red), “TÜYAP’ın ITM 2004 istanbul Uluslararası Tekstil Makineleri Fuarı’nı kendisi düzenlemiş gibi davrandığı, Teknik Fuarcılık Yayıncılık Reklamcılık Danışmanlık Ticaret Ltd. şti. aleyhine beyanlarda bulunduğu, tekel yaratmak amacıyla basında demeçler verdiği, düşük fiyatlar belirlemek suretiyle fuarcılık piyasasında rekabeti bozduğu iddiaları açısından da, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine göre işlem yapılması gerekecek davranışlar kapsamında bulunduğu anlaşıldığından, 4054 sayılı Kanun kapsamında bulunmadığına karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta ise de; TÜYAP tarafından tüm fuar müşterilerine gönderilen 07.06.2005 tarih ve 14191 sayılı ihtarnamenin içeriğinde bahsedilen hususların fuar müşterileri üzerinde etkili olup olmadığı ve ayrıca davacının 2006 yılı ve sonrası yapacağını ifade ettiği fuarlara katılmaması yolunda telkinde bulunulduğundan, bu hususun 4054 sayılı Yasanın 4.maddesinin d) fıkrası kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmeden, bu iddiaların kapsamı ve etkileri hakkında önaraştırma yapılmadan karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

olamayacağına göre, Kanun'da bu durumu düzeltecek bir düzenleme yapılması ve ilk inceleme aşamasının da Kanun'da yer almasının sağlanması düşünülebilir.

1.3. Önaraştırma

Önaraştırma, soruşturmanın zorunlu bir safhası olmayıp, Kurul'un elinde doğrudan doğruya soruşturma açmaya yetecek kadar bilgi olmadığı durumlarda, daha fazla bilgi elde edebilmek için başvurulacak bir aşamadır.¹²³

Önaraştırma kararının sonucunda Kurul soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verebileceği gibi, soruşturma açılmasına da karar verebilir. Ayrıca, Kurul'un önaraştırmaya dayanmayan bir soruşturma kararı vermesi de mümkündür.

Önaraştırmanın reddi kararı, yargı denetimine tabi tutulacaktır. Önaraştırma sonucunda soruşturma açılmasına karar verilir ise, bu karara karşı dava yoluna başvurulamamaktadır. Zira, Danıştay'ın yukarıda bahsedilen kararı doğrultusunda, Kurul'un önaraştırma yapma kararının zincirleme işlemlerden kabul edilmesi gerekmektedir.

1.4. Soruşturma

Soruşturma süreci RKHK'nun 43, 44 ve 45. maddelerinde ve ÇUEHY'nin 60 ila 65. maddelerinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Soruşturma süreci incelendiği zaman bu sürecin iddia ve savunmaların incelenmesi, tarafların savunmalarının alınması ve bir sözlü savunma toplantısı yapılması nedeni ile yargılama sürecine benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir.¹²⁴ Ancak sürecin yargılama süreci ile benzerlikler içermesi, Rekabet Kurumu'nun yarı yargısal bir yapıda olduğuna ilişkin bir kanaate varılması için yeterli olmadığı düşünülmektedir.¹²⁵ Çünkü idari kararların alınmasında da belirli bir idari usul izlenerek taraflara da söz söyleme hakkı verilmesi hukuken gereklidir. Kanun ile getirilmiş olan usul düzenlemeleri, tarafların hak ve menfaatlerini

¹²³ ASLAN, Y., a.g.e., 4. bası, s. 841

¹²⁴ YILMAZ, E., a.g.e., s.85 “ Bu sıralama, yargı organlarının (mahkemelerin) yaptığı yargılama ile paralellik göstermektedir. Çünkü, yargılama dediğimiz süreçte de, asıl olarak, 1)İddia, 2)Savunma, 3)Tahkikat ve 4)Hüküm safhaları vardır.”

¹²⁵ ASLAN, Y., a.g.e., 2. bası, s. 479., Yazar Kurum'un karar alma sürecinin alınan kararlar ve ara kararlar açısından yargı benzeri bir nitelik taşıması dolayısı ile Kurum'un yarı yargısal nitelik taşıdığını ifade etmektedir. Ancak idare hukuku prensipleri açısından bir idari Kurum'un işlem ve eylemlerinin yaptırım tehdidi içermesi dolayısı ile yargılamada görülen ifade alma, savunma alınması gibi unsurlar içermesi bu kurumların yarı yargısal nitelikte işlem yaptıkları anlamına gelmemektedir. Rekabet Kurumu'nun yarı yargısal nitelikte karar verdiği ifade edildiğinde memurlar hakkında disiplin cezası vermeye yetkili olan amir birimlerin de yarı yargısal nitelikte işlem tesis ettiklerinin belirtilmesi gerekir, ancak tartışmasızdır ki verilen bu tip kararlar saf idari kararlardır.

yakından ilgilendiren ve katılımlarına ihtiyaç duyulan idari bir karar verme sürecine ilişkindir. Bu düzenlemeler Rekabet Kurumu'na yargı organı niteliği kazandırmamaktadır.

Öne sürülen bir görüşe göre, Kurul'un soruşturmaya başlama kararının içeriği 43/2. maddeden de anlaşılacağı üzere bir teşebbüs veya teşebbüs birliği davranışı ya da eylemi hakkında bir "iddia" da bulunulmasıdır. Kurul soruşturma açılması kararı verirken bir ihlalin varlığına ya da yokluğuna ilişkin bir tespit bulunmamaktadır.¹²⁶ Soruşturma açılmasına ilişkin karar nihai işleme giden zincirleme işlem halkasının bir parçası olan ara işlemlerdendir. Bu nedenle de tek başına dava konusu yapılamayacağı ifade edilmektedir.¹²⁷

Soruşturma kararı, belli bir konu ve ihlal iddiasına ilişkin olarak yürütülmektedir. Kanun'da soruşturmalar ile ilgili olarak alınan kararın sınırlarının belli olmasına gerektiğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu doğrultuda; Kanun'un 15.maddesinde, yerinde inceleme aşamasında, taraflara yerinde incelemenin konusu amacını bildiren bir yazılı bildirim sağlanacağı ve Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, soruşturma sürecinde, Kurul'un taraflara, soruşturmanın başladığına ilişkin bildirim yazısı ile birlikte, soruşturma kapsamındaki "iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi taraflara göndermesi gerektiği" açıkça ifade edilmiştir. Kanun'un 44. maddesinin son fıkrasında da Kurul'un tarafları bilgilendirmediği ve savunmalarını almadığı hiçbir konuyu kararına dayanak yapamayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, Kanun, yerinde inceleme aşamasından, nihai kararın alınmasına kadar devam eden süreç içinde, taraflara yapılan soruşturmanın nedeni ve kapsamı ile ilgili bilgi verilmesini zorunlu tutmaktadır.

Kanun'daki bu düzenlemeler, tarafların savunma haklarının güvence altına alınması açısından, soruşturmanın kapsamının taraflarca bilinmesinin önemli olduğunu teyit etmektedir. Bu nedenle Rekabet Kurulu'nun bir soruşturma devam ederken, o soruşturma kapsamındaki teşebbüsler hakkında Kurum'a ulaşan şikayetler ya da re'sen tespit edilen nedenlerle soruşturma kapsamının genişletilmesi tarafların savunma haklarını zedeleyici sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, bir soruşturma açıldıktan sonra bu soruşturmanın kapsamı dışındaki bir başka konuyu devam eden soruşturma kapsamına almak Rekabet Kurulu kararının iptali için bir gerekçe olabilir.

Bu bağlamda, Danıştay, Rekabet Kurulu tarafından bir soruşturmanın tamamlanmasından sonra soruşturma kapsamındaki taraflarla ilgili olarak yapılan

¹²⁶ SELÇUK, İLMUTLUHAN (2004), "4054 Sayılı Kanun'un Soruşturma Sürecine İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulanış Şekli Hakkında Eleştiri ve Öneriler", Rekabet Dergisi, Sayı:14, s.54.

¹²⁷ ASLAN, Y., a.g.e., 3.bası, s.739; Aynı doğrultuda bkz. YET, O., a.g.e., s. 78.

başka bir şikayet üzerine, şikayet konusunun (soruşturma konusu ile aynı olduğu gerekçesiyle) soruşturmaya dahil edilmesi ve soruşturma heyetine ek soruşturma raporu düzenleme görevi verilmesinin usule aykırı olmadığına karar vermiştir. Danıştay'ın ilgili kararında, soruşturmanın konu ve zaman yönünden sınırlarının bilinmesinin, “savunma hakkı” yönünden büyük önem taşıdığını belirtmiştir. Soruşturma süresi bitmiş bir konuda soruşturmanın farklı bir soruşturma konusu ile birleştirilmesinin soruşturmayı süresiz ve sınırsız kılacağı, bunun da idarenin soruşturulanları sürekli soruşturma baskısı altında tutması gibi keyfi bir uygulamaya yol açacağı doğrultusunda görüş bildirmiştir. Ayrıca, bu şikayetin soruşturmaya dahil edilmesi ve soruşturma heyetine ek soruşturma raporu düzenleme görevi verilmesi konulu kararın soruşturma usulüne aykırı olduğu da belirtilmiştir. Ancak, Danıştay, dava konusu kararda sonradan soruşturmaya dahil edilen şikayet ile ilgili bir hüküm bulunmaması, başka bir anlatımla bu usulsüzlüğün davacılar aleyhine bir sonuç yaratmaması nedeniyle anılan aykırılığın dava konusu işlemin iptalini gerektirecek ağırlıkta bir sakatlık oluşturmadığı sonucuna varmıştır.¹²⁸

Bu karar, soruşturma sürecinin sınırları ve kapsamının taraflarca öngörülebilirliğinin önemini vurgulamak adına dikkat çekicidir. Rekabet Kurulu'nun, bir soruşturma açıldıktan sonra ve tarafların bu soruşturma kapsamı ile ilgili bilgilendirilmesini takiben, ilgili soruşturmanın kapsamını genişletmesinin hukuka aykırı sonuçlar doğurabileceğini göstermesi açısından dikkate alınmalıdır.

Soruşturma aşamaları açısından, sözlü savunma toplantısı önemli bir aşamadır. Taraflar sözlü savunma toplantılarında kendilerinin vekil ile temsil edilmelerini talep edebilirler. Kurul tarafların soruşturma sürecinde vekil ile temsil edildikleri ya da sözlü savunma toplantısında vekil ile temsil edilmek istediklerini Kurul'a bildirdikleri hallerde, Kurul sözlü savunma toplantısının gün ve saatini ilgili vekile bildirmelidir. Bu bildirim yapılmadan ve vekilin bilgisi dışında katılamamış olduğu bir sözlü savunma toplantısı yapılarak karar alınması durumunda, karar şekil aykırılığı nedeni ile sakat olacaktır. Danıştay' da böyle bir durumu gözeterek, ilgili kararı şekil noksanlığı nedeni ile iptal etmiştir.¹²⁹ Bu karar da, soruşturma sürecinde, Kurul tarafından “savunma hakkının korunması ilkesi”ne yüksek derece özen gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

¹²⁸ 27.06.2000 tarih ve 00-24/255-138 sayılı Kurul kararı hakkında, Danıştay 10. Daire, 28.11.2002 T., 2000/6064 E., 2002/4541 K.

¹²⁹ 08.11.2007 tarihli ve 07-85/1051-410 sayılı Kurul kararı hakkında İDDK, 04.06.2009 T., 2008/1340 E. sayılı yürütmenin durdurulması kararı.

1.5. Nihai Karar

Nihai karar Kurul'un yürüttüğü inceleme sonucunda ele aldığı olay ile ilgili son kanaatidir. Nihai kararın unsurları Kanun'un 52. maddesinde düzenlenmiştir.

Danıştay tarafından çok sayıdaki Kurul kararının soruşturmacı üyenin nihai karar toplantısında oy kullanmış olması ve kararlardaki şekli aykırılıklar nedeni ile verilen iptal kararları Rekabet Kurulu'nun gündemini oldukça yoğun bir biçimde meşgul etmiştir.

Özellikle soruşturmacı üyenin nihai karar toplantısında oy kullanmış olması nedeni ile iptal edilen çok sayıdaki karar Kurul üzerinde önemli bir iş yükü yaratmıştır. Bu konu bir çok defa tartışılmış olduğu için bu çalışmada yeniden üzerinde durulması ihtiyacı duyulmamakla beraber Danıştay'ın soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai kararda oy kullanmasını kişilerin savunma haklarını kısıtlayan ve nihai kararı esastan sakatlayan bir uygulama olarak kabul etmiş olduğunu belirtmek gerekir. Danıştay tarafından Kurul kararlarının "soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesi ile iptaline karar verilmesi üzerine önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararı, tüm dosya içerisinde yer alan bütün bilgi ve belgelerin Kurul tarafından yeniden incelenerek karar alınması uygulaması Danıştay tarafından kabul görmüştür. Ancak bu uygulama ve Danıştay'ın uygulamanın hukuki olduğu doğrultusundaki görüşü gerek bazı Danıştay üyeleri gerekse uygulamacılar arasında karşıt görüşler ile karşılanmıştır. Danıştay bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda "dava konusu kararın alınmasına konu edilen tüm delillerin; önaraştırma ve soruşturma raporlarında, yazılı ve sözlü savunmalarında yer aldığı görüldüğünden, bu anlamda yeniden soruşturma açılmasını ve yapılmasını gerekli kılan bir hususun da bulunmaması nedeniyle, Danıştay kararındaki gerekçe doğrultusunda, soruşturmacı üyenin bulunmadığı Kurul toplantısında, mevcut üyelerle yeniden karar alınmasında hukuka aykırılık" bulunmamaktadır şeklinde gerekçelendirmiştir. Ancak karşıt oy ve görüşlere göre soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullanması nedeniyle iptal edilen işlemde sonra, Kurul'un Kanun'da yer alan usuli işlemleri yeniden tamamlayıp sonrasında yeni bir karar alması gerekmektedir. Özellikle sözlü savunma toplantısının tekrarlanması ve tarafların tekrar dinlenilmesi savunma hakkının yeniden temini açısından önemlidir.¹³⁰

¹³⁰ Örnek olarak: 26.07.2007 tarih ve 07-62/742-269 sayılı RK kararı hakkında İDDK, 04.06.2009 T., 2008/1499 E., Y.D.itiraz No: 2008/1499. Ayrıca bkz. yukarı dipnot: 100 -101.

Nihayetinde bu konu, yukarıda da belirtildiği üzere, Danıştay'ın Kurul'un kararları tekrar ele alması yöntemini uygun bulmuş olması ile sonuçlanmıştır.

Bu süreçte Kurul kararına karşı açılan davalar arasında aynı karar kapsamındaki farklı taraflarca açılan davaların bir kısmının reddedilip kesinleşirken bir kısmının soruşturmacı üye gerekçesi ile bozulup ve Kurul'un gündemine geldiği dosyalar olmuştur. Kurum tarafından hakkında karar kesinleşmeyen taraflar açısından verilen kararlar daha sonra bu kez ilgili tarihte geçerli ve lehe olan idari para cezalarına ilişkin hükümlerin dikkate alınmamış olması nedeni ile iptal edilmiştir. Bu şekilde aynı soruşturmada aynı gerekçeler ile cezalandırılan tarafların bir kısmı ceza ile muhatap olurken bir kısmı hakkında verilen cezalar indirilmiş ve hala da kesinleşmemiştir.¹³¹

5538 sayılı Kanun'un¹³² ilgili madde ile Kurul'un toplam 7 üyeden teşekkül edeceği hükme bağlanmıştır. Ancak, geçiş sürecinde bu değişikliğinin yürürlüğe girdiği 13.7.2005 tarihinden sonra verilen bazı Kurul kararları 8 üye ile alınmıştır. Danıştay, Kurul üye sayısındaki değişikliğin gerçekleşmesinden sonra verilen kararlar hakkında aldığı kararlarda, kolektif işlem niteliğinde olan Kurul kararlarını Kanun'da öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına uygun bir biçimde alınmamış olması nedeni ile iptal etmiştir. Danıştay kararlarında iptale gerekçe olarak şu açıklamayı öne sürmektedir: "Kollektif işlem niteliğinde olan Rekabet Kurulu kararlarının; 4054 sayılı Kanun uyarınca, Kurul'un inceleme ve araştırmalarında uyulması zorunlu usulleri ayrıntılı olarak saptayan usule uygun olarak, elde edilen bilgi ve belgelerin yapılan toplantı ve müzakerelerde değerlendirilmesi üzerine, tarafların iddia ve savunmaları ile ileri sürülen delillerinin, Kurul'u oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışılması sonunda, birden çok iradenin katılımı ile olduğu gözönüne alındığında, Kurul'un üye sayısının belirsiz olmayıp, en çok ve en az kaç üyeyle toplanacağı ve karar alacağı yasayla getirilen düzenlemeye uygun olması,

¹³¹ Örnek olarak 13.08.2003 tarihli ve 03-55/645-296 sayılı Kurul kararı kapsamındaki teşebbüsler hakkında açılan davaların bir kısmı kurum lehine sonuçlanmış (Danıştay 13. Daire, 25.04.2005 T., 2005/927 E., 2005/2274 K.) bazı taraflar ile ilgili olarak verilen kararlar ise iptal edilmiştir (Danıştay 13. Daire, 10.10.2005 T., 2005/937 E., 2005/4939 K.). Haklarında önceden karar bulunan tarafların bazıları yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduysa da bu başvurular Danıştay tarafından ilgili kararların taraflarının aynı olmaması nedeni ile reddedilmiştir (Danıştay 13. Daire, 02.10.2006 T., 2005/9923 E., 2006/3682 K.). Bu arada yargılama sürecinde para cezaları hakkında taraflar lehine düzenlemeler yapılmıştır. Haklarındaki karar kesinleşmemiş olan taraflar bu lehe durumdan da yararlanmışlar ve Rekabet Kurulu tarafından önceki kararın iptali nedeni ile verilen kararlar bu kez para cezasının hatalı hesaplanması dolayısı ile iptal edilmiştir. (Danıştay 13. Daire, 07.05.2007 T., 2006/1227 E., 2007/2809 K.)

¹³² Resmi Gazete ile Neşir ve İlanı: 12 Temmuz 2006 - Sayı: 26226

işlemin şekil unsuru yönünden esaslı bir koşuldur. Bu bağlamda 5388 sayılı Kanun'un 7. maddesinde bu Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlandığından, Kanun'un yürürlüğe girdiği 13.07.2005 tarihinden itibaren yedi üyeden teşekkül eden Kurul'un, bu sayının üzerinde toplantı ve karar yeter sayısı oluşturarak karar almasında hukuka uyarlık bulunmamaktadır."¹³³

Öte yandan, Danıştay tarafından verilen bir başka kararda Kanun'da yedi üyeden teşekkül edeceği ifade edilen Kurul'un altı üye ile karar alması işlemi sakatlayıcı bir eksiklik olarak görülmemiştir.¹³⁴ Danıştay bu kararında, Kanun'un "Toplantı ve Karar Yeter Sayısı" başlıklı 51. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına atfen, Kurul kararlarının iktisadi hayatımızdaki önemi gözönünde bulundurulurken, mümkün olduğu kadar fazla Kurul üyesinin katılımı ile alınması gerektiğini, dolayısı ile nihai kararların alınmasında hazır bulunmasını sağlamak amacıyla, toplantı ve kararlarda ağırlaştırılmış nisaplar arandığını kabul etmiştir. Diğer taraftan, Kurul üyelerinin tamamının toplantılar katılmalarının asıl olduğu, ancak bunun mümkün olamaması, yani Kurul üyelerinin mazeretlerinin bulunması halinde toplantılara katılmayabilecekleri dolayısı ile işlemde bir sakatlık bulunmadığına karar verilmiştir. Ancak, Danıştay'ın bahsedilen bu kararı tabi ki, Kurul'un istediği üye sayısı ile karar alabileceği anlamına gelmemektedir. Kurul'un karar alırken Kanun'daki nisapları sağlayacak sayıda üyenin toplantılara katılması zorunludur. Ayrıca, Danıştay bir başka kararında, Kurul üyelerinin toplantıya katılmaması ile ilgili mazeretinin de Kanun'a uygun olması gerektiğini ifade etmiştir. Danıştay kararına konu kararda, Kurul üyelerinden birisi nihai karar toplantısına sözlü savunma toplantısına katılmamış olduğu mazereti ile katılmamıştır. Danıştay, Kanun'un 51. maddesinde nihai kararın alınmasında, sözlü savunma toplantısına katılmış olmanın bir zorunluluk olarak aranmadığı, dolayısı ile bir üyenin sözlü savunma toplantısına katılmamış olsa bile nihai karar toplantısına katılması gerektiğini belirtmiştir.¹³⁵

Danıştay önüne getirilen davalarda kararlar ilişkin olarak Kanun'da öngörülen bir kısım şekil aykırılıkları nedeni ile verilen iptal kararları da olmuştur.

Kurul kararı taraflara tebliğ edilirken karara ilişkin karşı oy yazılarının karar eklenmemiş olması şekli bir aykırılık olarak görülerek ilgili kararlar iptal

¹³³ Örnek olarak; 14.07.2005 tarihli ve 05-47/674-174 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 08.11.2006 T., 2005/9486 E., 2006/4265 K., Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/5643 E., 2006/1559 K.

¹³⁴ 15.09.2006 tarihli ve 06-64/882-254 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 29.02.2008 T., 2006/4967 E., 2008/2916 K.

¹³⁵ Danıştay 13. Daire, 16.12.2008 T., 2006/4685 E., 2008/7694 K. ; Danıştay 13. Daire, 16.12.2008 T., 2006/4742 E., 2008/7695 K.

edilmiştir. Bir kısım kararın karşı oy yazılarının eklenmemiş olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi üzerine Kurul iptal edilen kararları kararlara karşı oy yazılarını ekleyerek ilgililerine yeniden tebliğ etmek yoluna başvurmuştur. Ancak, Danıştay Kurul'un bu uygulamasını iptal kararlarının iptal edilen "işlemin geriye yürür biçimde tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen yargı kararları olduğunu iptal kararları üzerine idarenin yeni bir işlem tesisini gerektiren durumlarda kesin hükmün etkisini ortadan kaldıracak biçimde işlem yapılamayacağını belirterek yeniden iptal etmiştir. Danıştay'a göre bazı durumlarda, iptal edilen işlemin yenilenmesi mümkündür, idari işlemin yetki, şekil, sebep yönünden veya yeterli araştırmanın yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmesinde, işlemin hukuka aykırılığının giderilerek yenilenmesi hukuka aykırı sayılmayabilir. Ancak bu halde de iptal edilen işlem geriye yürür biçimde ve tesis edildiği tarih itibariyle hukuk düzeninden kalkmış bulunduğundan, usulüne uygun olarak ve tesis edildiği tarihte yürürlüğe girebilecek yeni bir işlem yapılması zorunlu bulunmaktadır"¹³⁶. Ek olarak, karşı oy yazısının karara eklenmesi zorunluluğunun Kurul'un sadece Kanun'un 52. maddesinde tanımlanan nihai kararları için geçerli olduğu ve Kurul tarafından verilen diğer karar açısından karşı oy yazılarının karara eklenmemiş olmasının bir aykırılık olarak görülmemiş olduğunun belirtilmesi gerekir.¹³⁷

Danıştay, kararda oy kullanan Kurul üyesinin daha sonra Danıştay nezdinde Rekabet Kurulu'nu temsilen savunma yapmasını, kararı sakatlayıcı bir unsur olarak görmemiştir.¹³⁸

Son olarak nihai kararda teşebbüs ve teşebbüs yönetim kurulu üyeleri ya da çalışanlarına birlikte ceza verildiği durumlarda, kararın hem ilgili teşebbüse

¹³⁶ 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 29.03.2005 T., 2005/49 E. 2005/1733 K. Aynı doğrultuda bkz., Danıştay 10. Daire, 23.12.2003 T., 2001/2049 E., 2003/5290 K. ; Danıştay 10. Daire, 14.01.2004 T., 2001/2046 E., 2004/171 K. ; Danıştay 10. Daire, 23.12.2003 T., 2002/3686 E., 2003/5292 K. ; Ayrıca, Danıştay 10. Daire, 14.10.2003 T., 2001/550 E., 2003/3963 K. sayılı kararında önceki kararlara atfen, "Dairemizin, temyiz aşamasında İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nca onanan ve karar düzeltme istemleri de reddedilen E:1999/1734, K:2001/53; E:1999/1735, K:2001/52; E:1999/1255, K:2001/2029; E:1998/5517, K:2001/1738; E:2000/1393, K:2001/58; E:2000/1220, K:2001/55 sayılı kararları da belirtilen yöndedir." Denilmektedir.

¹³⁷ 22.06.2006 tarihli ve 06-45/572-156 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 25.11.2008 T., 2006/4507 E., 2008/7416 K. "4054 sayılı Kanun'un 52. maddesinde kararlarda bulunması gereken hususlar sıralanmıştır ve (k) bendinde 'varsa karşı oy yazıları' kararların ihtiva edeceği hususlar arasında belirtilmiştir. Ancak söz konusu madde, Rekabet Kurulu tarafından verilen nihai kararları düzenler. Rekabet Kurulunun verdiği 30 soruşturma açılması kararı, nihai karar olmayıp, ara karar niteliğindedir."

¹³⁸ 24.04.2006 tarihli ve 06-29/355-87 sayılı Kurul kararı hakkında; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3944 E., 2009/1177 K.

hem de bu teşebbüsün yönetim kurulu üyelerine (ya da çalışanlarına) ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.¹³⁹

2. Rekabet Kanunu Tarafından Belirlenen İhlal Türlerine Göre Ayrım

2.1. 4. Madde Kapsamında Verilen Kurul Kararlarının Danıştay Denetimi

Bu bölümde, Rekabet Kurulu tarafından 4. madde kapsamında verilmiş ve Danıştay ilk derece incelemesi sonuçlanmış olan kararlar incelenecektir. Aşağıda bu kararlar arasında Rekabet Hukuku uygulamaları açısından önemli görülen kararların yanı sıra, Danıştay ile Kurul arasında görüş farklılıklarının bulunduğu kararlar da inceleme konusu yapılmıştır. Takip kolaylığı açısından, birbirleri ile ilgili olan kararlar aşağıda yer verilen şekilde başlıklandırılarak kategorize edilmeye çalışılmıştır. Ancak bir kararın başka alt başlıkları da ilgilendirmesi mümkündür.

2.1.1. Anlaşma Tanımı, Varlığı ve Kapsamı

Teşebbüsler arasında, karşılıklı ekonomik faydalar temin etmek amacıyla yapılmış, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğuran ya da “bu etkiyi doğurabilecek”¹⁴⁰ olan, zımni veya açık irade beyanı ile oluşturulan, yazılı veya sözlü anlaşmalar ya da taraflar arasında belirtilen amacı gerçekleştirmeye yönelik bir anlaşmanın varlığına delalet eden davranışlar 4054 sayılı kanun’un 4. maddesi kapsamında yasaklanmıştır.¹⁴¹ İlgili madde, gerek üretim dağıtım zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki anlaşmaları (yatay anlaşmalar) gerekse farklı seviyelerde yer alan teşebbüsler arasındaki anlaşmaları (dikey anlaşmalar) kapsamaktadır. Bu tanım kapsamında 4. maddenin uygulaması birden fazla teşebbüsün yasaklanan ihlale iştirak etmiş olmasını gerektirmektedir, tek taraflı

139 Danıştay 10. Daire, 24.12.2003 T., 2002/1374 E., 2003/5306 K. “Bu hükümlere göre idari dava açma süresine başlangıç olarak, yazılı bildirim yetkili makamlarca ve karar ve işlemin açıklanması suretiyle yapılması gereklidir. Aksine bir görüş ilgililerin dava açma haklarını gereği gibi ya da hiç kullanamamaları sonucunu doğurabilir. Yapılan açıklamalar sonucunda şirket tüzel kişiliği ve şirket yönetim kurulu üyelerine para cezası serilmesine ilişkin Rekabet Kurulu kararlarının şirket tüzel kişiliği ve yönetim kurulu üyelerine ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerektiğinin kabulü gerekmektedir.”

¹⁴⁰ GÜN, MEHMET, TAŞDEMİR, NEŞE ve BOZOĞLU, SEVİ (2006) , “İlaç Piyasasında Veri Koruması Ve Rekabet Hukuku İlişkisi”, Rekabette Güncel Gelişmeler Sempozyumu – IV, 7 Nisan 2006, Kayseri., s. 25, dipnot 11’den aynen aktarılan: “Bu ibareyle kastedilen, “potansiyel” rekabetin kısıtlanmasıdır. Potansiyel rakip, halihazırda bir piyasada ticari faaliyetlere girişmemiş fakat yakın bir gelecekte aynı ürün ve coğrafya pazarına girebilecek işletmeleri ifade eder (United States v. Colombia Steel Co., 334 US 495 (1948); ATA m.81(1)’de “potansiyel rekabet”ten söz edilmemekle birlikte, Komisyon ve ATM uygulamalarında bu ölçüt dikkate alınarak karar verilmektedir. Bkz. Mannesmann/Hoesch (M.222) kararı, OJ 1993 L 114/34.”

¹⁴¹ 09.07.2003 tarihli ve 03-49/556-241 sayılı Kurul kararını onayan Danıştay 13. Daire, 19.04.2005 T., 2005/133 E., 2005/2129 K.

davranışlar ancak hakim durum açısından bir ihlal oluşturup oluşturmadığı açısından incelenecektir.¹⁴² Bu bağlamda, Kanun'un 4.maddesinin uygulanması için, teşebbüsler arası “anlaşma”, “uyumlu eylem” veya “teşebbüs birliği kararları” şeklinde ortaya çıkan bir “irade uyuşması” (danışıklılık)¹⁴³ gerekmektedir.

Rekabet Kurulu'na göre bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıkça, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, *per se* rekabet ihlali oluşturur. Amacı rekabetin kısıtlanması olan bir anlaşmanın, rekabet üzerinde herhangi bir etki doğurup doğurmadığının incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmalara taraf olanların kendi ticari hareket özgürlükleri kısıtlanıyor ve belli bir yönde hareket etmeyi kabul ediyorlarsa, bu anlaşmadan elde edilecek olan ortak menfaatleri elde etmek amacını gözetilen bir ilişki oluşturur, bu nedenle de böyle bir anlaşmaya sadece taraf olmak dahi, anlaşma sonuçlarını doğurmasa bile rekabet ihlali olarak kabul edilir¹⁴⁴.

Bir anlaşmanın Borçlar Hukuku açısından geçerli bir sözleşme olup olmaması Rekabet Hukuku uygulaması açısından önemli değildir. Zira, Rekabet Kurulu tarafından Akmaya A.Ş.'nin bayileri ile yapmış olduğu bayilik sözleşmelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne aykırı hükümler içerdiği ve bayilere yönelik fiyat tespitine ilişkin uygulamalar ile 4054 sayılı Kanun'un ihlal ettiği hakkındaki iddialar ile ilgili yürütülen soruşturmada, Akmaya tarafından ileri sürülen, anılan sözleşmenin imza yetkisi olmayan pazarlama bölümündeki alt elemanlarca akdedilmiş olması nedeni ile geçerliliği olmadığı doğrultusundaki iddia yerinde görülmemiştir. Danıştay bu nihai karara karşı açılan davayı reddetmiştir. Danıştay ret gerekçesinde Kanun'un 4. maddesini ve maddenin gerekçesini dikkate alarak, Kanun'un amacı bakımından 4. maddedeki anlaşma kavramının, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı ve anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemini bulunmadığını teyit etmiştir.¹⁴⁵ Aynı doğrultuda, Kurul, LPG

¹⁴² 16.05.2000 tarihli ve 00-18/176-94 sayılı Kurul kararı ve bu kararı onayan Danıştay 13. Daire, 25.03.2005 T., 2005/159 E., 2005/1687 K.

¹⁴³ SANLI, KEREM CEM (2000), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara., s.75.

¹⁴⁴ Rekabet Kurulu 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı kararı, para.2380 vd.

¹⁴⁵ 09.07.2003 tarihli ve 03-49/556-241 sayılı Kurul kararını onayan Danıştay 13. Daire, 19.04.2005 T., 2005/133 E., 2005/2129 K. sayılı kararı. 16.05.2000 tarihli ve 00-18/176-94 sayılı Kurul kararında bu konuya ilişkin olarak “Ancak bu denli ekonomik bağımlılık hallerinden kaynaklanacak sorunları ele alırken Rekabet Hukuku'nun uygulama alanıyla, teşebbüslere sözleşme yapma serbestisi tanıyan ve bu serbesti çerçevesinde sözleşmenin taraflarına

dağıtım firmaları tarafından Gaziantep Tilmen otelinde yapılan toplantı ile ilgili olarak, söz konusu anlaşmanın bir firmanın yetkili temsilcisi olan kişi tarafından imzalanmamış olduğuna ilişkin savunmaları kabul etmemiş ve bu karar karşı açılan davada Danıştay, Kurul tarafından varılan sonuçları yerinde görerek davayı reddetmiştir.¹⁴⁶

Aynı sektörde faaliyet gösteren rakiplerin sık sık bir araya gelerek toplantılara katılmış olmaları ve alınan kararlara karşı olduklarını açıkça belirtmemeleri, diğer deliller ile birlikte ele alındığında bir anlaşmanın varlığına önemli bir gösterge olabilir. Kurul tarafından 6.9.2002 tarihinde verilen 02-53/685-278 sayılı kararda, Yonga levha ve/veya lif levha (MDF) piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin; ilgili teşebbüs temsilcilerinin, katıldığı toplantı ya da toplantılarda alınan kararlara karşı olunduğunu alenen belirtmemeleri halinde, amacı rekabeti kısıtlamak olan toplantıya katılan teşebbüsün toplantılarda alınan rekabet ihlali niteliğindeki kararlara uymamış olmasının tek başına hukuki sorumluluktan kurtulma ve savunma nedeni olmadığı belirtilmiştir. Kurul, ayda bir ya da bazen daha değişik aralıklarla düzenlenen toplantılarda teşebbüslerin bir araya gelerek bu toplantılarda yonga levha ve/veya MDF'nin satış ve vade koşullarını belirlediklerine kanaat getirmiş ve taraflara ceza vermiştir. Kurul tarafından verilen cezalar Danıştay tarafından da onanmıştır.¹⁴⁷

yükümlülükler getiren Borçlar Hukuku uygulama alanı arasında hassas bir denge kurmak gerekmektedir. Bu dengenin kurulması ise, kötüye kullanma olarak düşünülebilecek davranışların ne dereceye kadar pazardaki etkin rekabeti engellediği ya da bozduğunu belirlemeyi zorunlu kılmaktadır. Eğer iddia edilen davranış pazardaki etkin rekabet şartlarını önemli ölçüde bozmuyorsa, bu davranış Rekabet Hukuku kapsamında değerlendirilmemelidir.” denilmektedir.

¹⁴⁶ 26.11.1998 tarihli ve 93/750-159 sayılı Kurul kararının iptali üzerine verilen 25.10.2005 tarih ve 05-73/986-273 sayılı Kurul kararı hakkındaki: Danıştay 13. Daire, 11.12.2007 T., 2006/1137 E., 2007/8689 K.

¹⁴⁷ 6.9.2002 tarihinde 02-53/685-278 sayılı nihai kararın Danıştay 13. Daire, 28.2.2006 T., 2005/5641 E., 2006/1210 K. ; Danıştay 13. Daire , 28.2.2006 T., 2005/5618 E., 2006/1227 K. ; ve Danıştay 13. Daire , 28.2.2006 T., 2005/5642 E., 2006/1212 K. sayılı kararlar ile soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanması nedeni ile iptal edilmesi üzerine verilen 24.04.2006 tarihli ve 06-29/364-93 sayılı kararı hakkındaki; Danıştay 13. Daire, 28.10.2008 T., 2006/4169 E., 2008/7002 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.10.2008 T., 2006/4168 E., 2008/7003 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.10.2008 T., 2006/4167 E., 2008/7004 K. ; İlgili karar para 1239 “Ayrıca soruşturma konusu toplantıların piyasada hiçbir etki ortaya çıkarmadıkları ve bu toplantılarda üzerinde uzlaşılan kararlara teşebbüslerin hiçbir şekilde uymadıkları varsayılsa bile 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinin teşebbüsler arası anlaşmaları hem amaç hem de etki yönünden yasakladığı dikkate alınmalıdır.”

Anlaşmaların, 4. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için bağımsız teşebbüsler arasında yapılması gerekmektedir. Tek bir ekonomik bütünlük¹⁴⁸ içindeki tarafların yaptığı anlaşmalar 4. madde kapsamında ele alınmamaktadır. Bu konudaki Kurul görüşü 17.07.2001 tarihli ve 01-33/331-94 sayılı kararda açıkça ortaya konulmuştur. Kurul bu kararında, Gübre alım ihalesi yönetmeliğiyle ve ihalede en düşük teklifi sunmayan Gübretaş'a sipariş vererek, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği'nin ("TKKMB") 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası karşısında, Gübretaş'ın TKKMB'nin kontrolünde olması nedeni ile iki taraflı bir anlaşmadan bahsedilmeyeceğinden yola çıkarak soruşturma açılmasına yer olmadığına karar vermiştir ("TKKMB Kararı"). Bunun üzerine şikayetçi Bağfaş Kurul kararının iptali için Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay, Kurul kararı ile paralel olarak, söz konusu olayda bağımsız iki iradenin anlaşarak rekabeti ihlal ettiğinden söz edilemeyeceği gerekçesi ile 4. madde kapsamında ihlalden söz edilemeyeceğini belirterek davayı reddetmiştir.¹⁴⁹

Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Teşvik Fonu tarafından ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak düzenlenen ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunmak suretiyle toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit şekilde paylaşmaya yönelik bir anlaşma yapmak suretiyle, ihaleye katılan teşebbüslerin 4.maddeyi ihlal etmiş olmaları nedeniyle bu teşebbüslere Kurul tarafından ceza verilmiştir. İlgili teşebbüsler, nihai karara karşı açılan iptal davasında, ihale kapsamında üretilen sütlerin 4054 sayılı Kanun bakımından "ticari mal" olarak olara kabul edilemeyeceklerini ileri sürmüştür. Danıştay bu iddiayı, Kanun'un 3. maddesinde mal tanımının ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmazı ifade ettiğini gözeterek, Fon açısından olmasa da,

¹⁴⁸ İktisadi bağımsızlık ve buna bağlı olarak ekonomik birliğin bulunup bulunmadığı, her olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Örneğin, bir holding etrafında kümelenen bağlı işletmeler de ayrı tüzel kişilikleri olsa dahi, Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs olarak nitelendirilmezler.

¹⁴⁹ Danıştay 10. Daire, 12.11.2003 T., 2002/4495 E., 2003/4374 K. "... maddi anlamda rekabet kurallarının uygulanması açısından bakıldığında, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe ekonomik birliğe dahil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin, Rekabet Hukuku kapsamına girmediğini kabul etmek gerekmektedir. Zira ilke olarak yavru ortaklıklar ekonomik açıdan bağımsız olmadıkları gibi, bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz. Bu nedenle de temel olarak rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası irade uyuşmalarını önlemeye yönelik 4054 sayılı Yasa'nın 4.maddesi hükmü, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkilerinde bağımsız bir irade ve irade uyuşmasından söz edilemeyeceğinden uygulanma yeteneğine sahip değildir. Dolayısıyla şeklen rekabeti sınırlayıcı dahi olsa, yavru ortaklıklar veya bunlarla ana ortaklıklar arasındaki anlaşma ve eylemler 4.madde kapsamına girmezler..." bu karar İDDK, 07.06.2007 T., 2004/2382 E., 2007/1544 K. sayılı kararı ile onanmıştır.

ihaleye katılan taraflar açısından bu ihalenin “ticari iş” olduğu gerekçesi ile ihale konusu mal ve işi Kanun kapsamında görmüştür.¹⁵⁰

2.1.2. 4. Maddenin Rakipler Arası Anlaşma Yolu İle İhlali

Rekabet Kurulu'nun 19.10.2007 tarih ve 06-77/992-287¹⁵¹ sayılı kararında soruşturulan taraflardan Çimentoş'ın uygulamaları ile ilgili olarak, Çimentoş'ın bayilik sisteminin bölgesel münhasır dağıtım sistemi olduğu belirlenmiş ve yapılan inceleme sırasında ortaya çıkan belge ve yazışmalardan yola çıkılarak Çimentoş'ın bayilerinin bölge dışına yapacakları pasif satışları da kısıtlamış olması nedeni ile Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nden faydalanamayacağı doğrultusunda görüş oluşturmuştur. Kurul bu görüşünü oluştururken, herhangi bir biçimde açık olarak pasif satışların kısıtlandığını belirten bir belge bulmamış olmakla beraber, bazı belgelerdeki ifadelerin bu anlama geldiğini ifade etmiştir. Bu karar ile Kurul dolaylı bir biçimde, dağıtım sistemi içinde yer alan bayilerin, bölge dışına yapacağı pasif satışların kısıtlandığı konusunda yanlış anlamalara ve buna bağlı olarak kendilerini pasif satış yapmaları halinde yaptırım tehdidi altında hissetmemelerine neden olacak bildirimlerden kaçınılması ve böyle bir anlayışın oluşmadığına ilişkin gerekli her türlü önlemin sağlayıcı tarafından alınmış olduğuna ilişkin ispat yükünün sağlayıcı üzerinde olduğunu ortaya koymuştur.¹⁵² Danıştay da bu kararı onayarak Kurul tarafından öngörülen bu ispat mükellefiyetinin hukuka uyumlu olduğunu teyit etmiştir.¹⁵³

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu'nun¹⁵⁴ 2004-2005 kış sezonunda uygulamaya geçirdiği bayilik sisteminin rekabeti kısıtlayıcı etkiler taşıdığı ve bu

¹⁵⁰ Danıştay 13. Daire, 28.05.2008 T., 2006/4599 E., 2008/4465 K. (Rekabet Kurulu'nun 19.1.2004 tarih, 04-05/54-15 sayılı kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Daire, 12.7.2005 T., 2005/1741 E., 2005/3444 K. ; Danıştay 13. Daire , 26.12.2005 T., 2005/6319 E., 2005/6181 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/5683 E., 2006/1556 K. sayılı kararları üzerine, Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu tarafından ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik olarak açılan ihaleye katılan teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal eder nitelikteki eylemlerinin yeniden değerlendirilmesi üzerine verilen 26.05.2006 tarih ve 06-36/464-126 sayılı Kurul kararının iptali hakkında).

¹⁵¹ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Daire, 9.5.2006 T., 2005/7386 E., 2006/2136 K. ; Danıştay 13. Daire, 9.5.2006 T., 2005/7505 E., 2006/2139 K. ; Danıştay 13. Daire, 9.5.2006 T., 2005/7388 E., 2006/2134 K. ; Danıştay 13. Daire, 9.5.2006 T., 2005/7484 E., 2006/2131 K. ve Danıştay 13. Daire, 27.6.2006 T., 2005/7506 E., 2006/2752 K. sayılı kararları ile iptali üzerine verilen karardır.

¹⁵² Aynı doğrultudaki değerlendirme için bkz. İNAN, NURKUT (2006), “Çimento Sektörü Ve Rekabet Kurulu” (20 Aralık 2005 tarihli Rekabet Derneği toplantısında yapılan konuşma özeti), Rekabet Forumu, Sayı:19, s.8-9., www.rekabetderneği.org.

¹⁵³ Danıştay 13. Daire, 19.10.2009T., 2007/1055 E., 2009/9212 K.

¹⁵⁴ Bir iktisadi devlet teşekkülüdür.

şekilde 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiası ile yapılan şikayet hakkında yapılan soruşturma sonucunda verilen kararda ¹⁵⁵ şikayet konusu sözleşmede yer alan ve bayinin TKİ'nin belirlediği fiyatları aşacak şekilde satış yapmasının yasaklanmasına ilişkin hükmün, 2002/2 sayılı Tebliğin 4. maddesinde, tarafların herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesinin mümkün olduğu belirtilerek, 2002/2 sayılı Tebliğe aykırılık teşkil etmediğine karar verilmiştir. Bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay'a göre, genel olarak bu uygulamanın ekonomik sömürü amacı taşımadığı ve bu yolla karı artırma amacı güdüldüğü de dikkate alınmıştır.¹⁵⁶

Bir başka olayda Kurul tarafından, Konya, Isparta ve ilçelerinde süt piyasasında faaliyet gösteren süt işletmelerinin aralarında anlaşarak üretimde kullandıkları çiğ sütün üreticiden alım fiyatını pazar dışında belirlemek ve çiğ süt alımlarını belirli dönemlerde durdurmak suretiyle Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri tespit edilmiştir. Bu karara karşı açılan davalar da Danıştay tarafından reddedilerek Kurul kararının hukukiliği onanmıştır.¹⁵⁷

Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlarda, 4. maddenin ihlalinin tespitine ilişkin olarak kullanılan araçlar ve izlenen yöntem bazında Danıştay tarafından çoğunlukla onanmıştır. Ancak tespit edilebildiği kadarı ile aşağıda zikredilen bir kararda, "anlaşmanın varlığı"na ilişkin deliller konusunda yeterince inceleme yapılmamış olduğu gerekçesi ile Kurul tarafından verilen ihlal olmadığına ilişkin kararın aksi yönünde görüş oluşturulmuştur.

Rekabet Kurulu'nun 21.12.1999 tarih ve 99-58/624-398 sayılı kararıdır. Bu karara konu olayda, şikayetçi tarafından, Ford Otosan'ın bayilerinin fiyat belirleme ve indirim konusunda serbestisine müdahale ettiği ve rakip ve muadil

¹⁵⁵ 19.10.2004 tarih ve 04-66/949-227 sayılı karar.

¹⁵⁶ Danıştay 13. Daire, 14.12.2005 T., 2005/5712 E., 2005/5989 K.

¹⁵⁷ Kurul'un 26.07.2006 tarihli ve 06-56/714-204 sayılı kararı. Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/4844 E., 2009/3847 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5903 E., 2009/3848 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5902 E., 2009/3849 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5905 E., 2009/3850 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5904 E., 2009/3851 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5892 E., 2009/3852 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5271 E., 2009/3853 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5334 E., 2009/3854 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5332 E., 2009/3855 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5335 E., 2009/3856 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5789 E., 2009/3857 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5572 E., 2009/3858 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5890 E., 2009/3859 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5919 E., 2009/3860 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2006/5580 E., 2009/3861 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2007/10147 E., 2009/3862 K..

yedek parça satışı yasakladığını iddia edilmiştir. Yapılan inceleme sonucunda Kurul iddiaların yerinde olmadığına ve Ford'un bayilerine belirtilen doğrultuda bir müdahalede bulunmadığına karar vermiştir. Ancak kararın Danıştay incelemesinde, şikayetçi tarafın iptal talebi gerekçesine paralel bir biçimde Danıştay, şikayete dayanak teşkil eden iki adet yazıyı iddialara dayanak delil olabilecek nitelikte kabul ederek, şikayet dilekçesinde ileri sürülen iddialardan bu iki yazı ile ilgili olarak inceleme yapılmamış olmasını kanunun amacına ve hukuka uygun bulmamıştır.¹⁵⁸ Bu kararın iptalini takiben Kurul tarafından dosya yeniden ele alınmış ve yeni bir karar verilmiştir¹⁵⁹. Yeni kararında Kurul, "1998/3 sayılı Tebliğ¹⁶⁰ ile sınırlı mülkiyet hakları yedek parça üreticisine ait olan ve bu şekilde otomotiv üreticisi ile anlaşmalı olarak üretim yapan yedek parça üreticilerinin kendi markalarını ürünün üzerine koymak suretiyle piyasaya arz etmelerini güvenceye aldığı belirtilmiştir. Bu bağlamda marka, tasarım ve patent gibi hakları otomotiv üreticisine ait olan ve otomotiv üreticisinin bir anlaşma ile yedek parça üreticisine üretim yaptırdığı durumlarda, otomotiv üreticisinin söz konusu ürünlerin rızası dışında piyasaya sürülmesini engelleme hakkının saklı olduğunu ifade ederek, Danıştay kararına konu olan yazılarda, herhangi bir biçimde eşdeğer kalitede bir yedek parça kullanılmasının yasaklanmadığı, yazıda kastedilenin sadece Ford markasının izinsiz kullanımına engel olmak olduğunu tespit etmiştir. Sonuç olarak Ford hakkında bir yaptırım uygulanmasına gerek olmadığına karar vermiştir.¹⁶¹

2.1.3. 4. Maddenin Rakipler Arası Uyumlu Eylem Yolu İle İhlali

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde rekabeti sınırlayıcı nitelikteki uyumlu eylemler de yasaklanmıştır. Aynı maddede, bir anlaşmanın ispat edilemediği durumlarda piyasadaki fiyat değişimlerinin, arz-talep dengesinin veya teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri bölgelerin, rekabetin engellendiği piyasalardakine benzerlik göstermesi halinde, bu durumun teşebbüslerin uyumlu eylem halinde olduklarına karine teşkil edeceği belirlenmiştir.

Uyumlu eylemden söz edebilmek için rekabetin sınırlanması, kısıtlanması ve engellenmesine ilişkin olarak rakip teşebbüslerin kendi aralarındaki ilişkiler sonucunda birbirlerine bağımlı olarak hareket etmeleri ve diğer teşebbüslerin rekabetini engelleyerek çıkar elde etme amacı ile hareket etmeleri gereklidir.

¹⁵⁸ Danıştay 10. Daire, 07.10.2003T., 2002/4519 E., 2003/3811 K.

¹⁵⁹ 04-60/856-200 sayılı Kurul kararı.

¹⁶⁰ 1998/3 sayılı Tebliğ 12 Kasım 2005 tarih ve 25991 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe giren 2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği ile mülga olmuştur.

¹⁶¹ Kurul tarafından bu karar üzerine yeni bir karar verilmemiş olduğundan, şikayetçi tarafın bu karara karşı iptal davası açmadığı anlaşılmaktadır.

Kanun'un 4. maddesinde ayrıca, teşebbüslerin ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her birinin uyumlu eylem içerisinde bulunmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecekleri hükme bağlanmıştır. Kanunen öngörülen uyumlu eylem karinesinin aksini ispatlamak soruşturma kapsamındaki ilgili teşebbüsler üzerindedir. Teşebbüsler uyumlu eylemde bulunmadıklarını her türlü delil ile ispatlayabilirler. Teşebbüs'ün ihlal iddiasına konu davranışları sonucunda piyasada ortaya çıkan durumun – Kanun'daki ifadesi ile– “rekabetin bozulduğu piyasalara benzerlik göstermediğini” ya da böyle bir benzerliğin rekabeti kısıtlama iradesi dışındaki nedenlerle ortaya çıktığını ispatlaması gereklidir.¹⁶²

Teşebbüsler, piyasa durumu ile ilgili olarak yapacakları iktisadi analizler ile Kurul bulgularının aksini ispatlayabilirler. Ancak, teşebbüslerin, piyasa ve rakip faaliyetleri hakkında, Kurul kadar çok bilgi ve belgeye ulaşamamaları söz konusu olabilir. Bu durumlarda uyumlu eylemde bulunduğu iddiası ile yürütülen soruşturmalarda tarafların Kurul'un elindeki bilgi ve belgelere ulaşması daha da önem kazanmaktadır. Öte yandan, Türk Hukuku'nda yazılı delil ile ispat kültürü bulunmaktadır. Dolayısı ile Kurul kararlarında kimi zaman uyumlu eylemin aksinin gösterilmesi için yazılı delil ile ispat kuralının gölgesinde yorum yapılabildiği görülmektedir. Bir başka deyişle Kurul, soruşturma kapsamındaki tarafların rakiplerle uyumlu eylem içinde olmadıklarını, dolayısı ile rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir eylemde bulunmadıklarını; ticari ilişki içinde oldukları taraflara ve kendi çalışanlarına gönderilen yazılı uyarılar, ya da rakiplerden gelen bu doğrultudaki yönlendirici bilgilendirme ve hareketlere katılmadıklarını gösteren yazılı açıklamalar gibi araçlar ile kanıtlamaları gerektiği doğrultusunda görüş oluşturabilmektedir. Aşağıda bahsedilecek olan “Ege Bölgesi Çimento Kararı”¹⁶³ da bunun bir örneği olarak gösterilebilir.

Rekabet Kurulu'nun 2004 yılında yapmış olduğu bir soruşturma sonucunda Selçuk Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. (Selçuk), Hedef Ecza Deposu Tic. A.Ş. (Hedef), Es Ecza Deposu Tic. ve San. A.Ş. (Es)'nin, Antalya Eczacı Odası'nın etkisiyle ve rasyonel ekonomik gerekçelere dayanmaksızın Kotan Eczanesi'ne vadeli satışlarını uyumlu eylem içinde durdurarak ve bu sayede anılan eczanenin etkinliklerini güçleştirmeleri nedeni ile ceza verilmiştir (“Kotan Kararı”).¹⁶⁴ Bu Kurul kararına karşı şikâyetçi ile Selçuk, Es ve Hedef Ecza Depoları tarafından Danıştay'da iptal istemli davalar açılmıştır. Söz konusu

¹⁶² Uyumlu Eylem konusu hakkında detaylı bilgi için bakınız; Aslan, İ.Y., a.g.e., 4. Bası, s.155-176; SANLI, K. C., a.g.e., s. 79 – 83; YÜKSEL, ONUR YELDA (2004), Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu, Ankara.

¹⁶³ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı kararı.

¹⁶⁴ 6.5.2004 Tarih ve 04-31/363-89 sayılı karar.

davalarda, Danıştay, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin karar oylamasına katılmasının hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle anılan Kurul kararını iptal etmiştir.¹⁶⁵ Danıştay kararları sonrasında Kurul tarafından dosya üzerinde yapılan yeniden değerlendirmeler ışığında yeni bir nihai karar alınmıştır.¹⁶⁶

Bu kararda da Kurul önceki kararında vardığı sonuçlara varmış ve taraflara aynı şekilde ceza vermiştir. Kurul kararına karşı, yine şikâyetçi ve taraf ecza depolarınca Danıştay'da iptal istemli davalar açılmıştır. Danıştay şikâyetçi tarafından açılan davada Selçuk, Hedef ve Es'in uyumlu eylemde bulunarak 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği yönünde ulaşılan sonucu hukuka uygun bulmuş, şikâyetçinin Antalya Eczacı Odası'na ceza uygulanmamış olması hususuna ilişkin itirazını reddetmiştir.¹⁶⁷ Fakat Danıştay bu kez, aşağıda bölüm III 3.2.5.2'de açıklandığı üzere, Kurul kararının soruşturulan taraflara verilen cezanın "asgari miktar" olarak belirlenmiş olmasına ilişkin kısmını iptal etmiştir.

Kurul'un uyumlu eylem karinesini uyguladığı bir başka kararı da, Sabah Yayıncılık A.Ş (Sabah), Hürriyet A.Ş. (Hürriyet), Milliyet A.Ş (Milliyet) ve Simge Yayıncılık A.Ş. (Simge)'nin dağıtım kanalı ve bayiler aracılığı ile rakiplerin fiyat stratejilerini öğrenmek suretiyle, uyumlu eylem içinde aynı tarihlerde fiyat artışı yaptıkları gerekçesi ile ceza verdiği karardır.¹⁶⁸ Rekabet Kurulu kararı hakkında ilgili teşebbüsler Danıştay nezdinde dava açmışlardır.¹⁶⁹ Bu davalar ilk derece incelemesinde, soruşturmaya taraf olan rakip teşebbüslerin hareketlerini etkileyen organların bağımsız hareket etme durumlarını ortadan kaldıran ortak bir hareketin bulunduğu ve bu ortak irade ve uyumlu eylem ile fiyatların belirlendiği sonucuna varıldığından, Kurul lehine sonuçlanmıştır. Bu kararda yer alan karşı oy yazısından, tarafların uyumlu eylem içinde olmadıkları ancak fiyatların eş zamanlı yükselmesinin oligopol piyasasının özelliklerinden kaynaklandığı görüşünün ileri sürülmüş olduğu, ancak bu görüşün çoğunluk tarafından kabul

¹⁶⁵ Danıştay 13. Daire, 25.10.2005 T., 2005/1745 E., 2005/5175 K. ; Danıştay 13. Daire, 25.10.2005 T., 2005/5211 E., 2005/5185 K. ; Danıştay 13. Daire, 26.12.2005 T., 2005/6364 E., 2005/6182 K. ; Danıştay 13. Daire, 26.12.2005 T., 2005/6365 E., 2005/6183 K. sayılı kararları.

¹⁶⁶ 9.3.2006 tarih ve 06-18/212-53 sayılı karar.

¹⁶⁷ Danıştay 13. Daire, 25.3.2008 T., 2006/2917 E., 2008/3356 K. sayılı karar. Aynı karara karşı Selçuk, Hedef ve Es tarafından açılan davalarda Danıştay 13. Daire, 25.3.2008 T., 2006/2149 E., 2008/3357 K.; Danıştay 13. Daire, 25.3.2008 T., 2006/2042 E., 2008/3358 K. ; Danıştay 13. Daire, 25.3.2008 T., 2006/2045 E., 2008/3359 K. sayılı kararlarla - ihlalin tespit edilmesinde ve anılan ecza depolarına para cezası verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, - asgari para cezası verilmesinin 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne uygun bulunmayarak iptal edildiğinden, Rekabet Kurulu'nca yeniden ceza belirlenmesinde bu hususun dikkate alınacağı ifade edilmiş ve davalar reddedilmiştir.

¹⁶⁸ 17.7.2000 tarihli ve 00-26/291-161 sayılı Kurul kararı.

¹⁶⁹ Danıştay 10. Daire, 4.11.2003 T., 2001/1629 E., 2003/4241 K. ve Danıştay 10. Daire, 4.11.2003 T., 2001/1630 E., 2003/4242 K. sayılı kararları.

görmediği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Daire'nin bu kararı temyiz aşamasında soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı bulunması gerekçesiyle bozulmuştur.¹⁷⁰ Bu karar üzerine Kurul tarafından bozma kararı üzerine yeni bir karar¹⁷¹ alınmış olup, bu yeni karara karşı açılan davalar devam etmektedir. Bu davalarda Danıştay tarafından davacıların yürütmenin durdurulması doğrultusundaki istemlerinin reddedildiğini belirtmek gerekir.¹⁷²

Uyumlu eylem karinesinin uygulandığı bir diğer karar da, yaş maya üreticisi firmaların uyumlu eylem sonucu bayiler arasındaki rekabeti önleyerek bayi satış fiyatlarını yükseltmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal etmeleri nedeni ile para cezasının uygulandığı Kurul kararıdır ("Maya Kararı").¹⁷³ Bu kararda ekmek mayası pazarında faaliyet gösteren üretici teşebbüslerin mayanın fabrika çıkış fiyatlarını birlikte belirledikleri iddiası söz konusudur. Kurul, mayanın fabrika çıkış fiyatlarının artış tarihi ve oranları arasında paralellikler olduğunu tespit etmesine karşın, bu paralelliklerin az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, ürünün homojen olduğu, pazar şeffaflığının bulunduğu bir piyasada ortaya çıkmasının doğal olduğunu belirtmiştir. Bu karar her ne kadar ilk incelemede Danıştay tarafından onandıysa da¹⁷⁴, temyiz aşamasında soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanması nedeni ile iptal edilmiştir.¹⁷⁵ İptal kararı üzerine alınan Kurul kararında da önceki karardaki bulgular dikkate alınarak aynı sonuçlara varılmıştır.¹⁷⁶ Bu karara karşı da taraflar dava açmışlardır. Açılan davalarda tarafların yürütmenin durdurulmasına ilişkin istemleri reddedilmiş olup davalar devam etmektedir.¹⁷⁷

¹⁷⁰ İDDK, 3.5.2007T., 2004/1178 E., 2007/867K. ve İDDK, 3.5.2007T., 2004/1195 E., 2007/866 K. sayılı kararları.

¹⁷¹ 26.07.2007 tarihli ve 07-62/742-269 sayılı Kurul kararı.

¹⁷² İDDK, 20.08.2008T., 2008/690 E.; İDDK, 04.06.2009T., 2008/1499 E. ve İDDK, 04.06.2009T., 2008/1500 E.

¹⁷³ 27.06.2000 tarihli ve 00-24/255-138 sayılı.

¹⁷⁴ Danıştay 13. Daire, 28.11.2002 T., 2000/6064 E., 2002/4541 K. ve Danıştay 13. Daire , 31.10.2002 T., 2000/6091 E., 2002/4115 K. Akmaya açısından bu karar Danıştay 13. Daire, 14.09.2005 T., 2005/1693 E., 2005/3614 K. ile davanın süre aşımından reddedilmesi ve red kararının İDDK, 27.03.2008 T., 2005/3441 E., 2008/616 K. sayılı kararı ile onanması sonucu kesinleşmiştir.

¹⁷⁵ İDDK tarafından alınan 17.11.2005 T., 2003/572 E., 2005/2647 K. ve İDDK, 17.11.2005T., 2003/861 E., 2005/2646 K.

¹⁷⁶ 12.11.2008 tarihli ve 08-63/1051-410 sayılı Kurul kararı.

¹⁷⁷ Danıştay 13. Daire, 04.08.2009T., 2009/3274 E., ve Danıştay 13. Daire, 11.08.2009T., 2009/3359 E. sayılı dosyalar, yürütmenin durdurulması kararları gerekçesizdir.

Kurul'un uyumlu eylem karinesine dayanarak ilgililerine ceza verdiği ve tartışılan kararlarından bir tanesi de oligopol yapıya sahip olan Ege Bölgesi çimento piyasası hakkındaki kararıdır ("Ege Bölgesi Çimento Kararı").¹⁷⁸ Kurul bu kararında, uyumlu eylem karinesini uygulamış ve çimento pazarının oligopolistik pazar olmasına rağmen, diğer bölgelerde oluşan fiyatlar ile karşılaştırıldığında, pazardaki "fiyat takipçiliği"nin rasyonel ve ekonomik açıdan açıklanamadığını ifade etmiş ve tarafların bu yöndeki savunmalarını kabul etmemiştir.¹⁷⁹ Kurul ayrıca, uyumlu eylem karinesinin işletilmesi için paralel davranışın dahi ispat edilmesine gerek olmadığına ilişkin görüşünü açıklamıştır.¹⁸⁰ Bu karara karşı taraflarca Danıştay'da dava açılmış, açılan davalar sonucunda Kurul'un kararı, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin karar oylamasına katılması nedeniyle iptal edilmiştir. Kurul, bu iptal kararı üzerine ikinci kez dosya üzerinden inceleme yaparak karar almıştır.¹⁸¹ Bu karara karşı açılan davalar Danıştay tarafından reddedilmiştir.¹⁸²

¹⁷⁸ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararı.

¹⁷⁹ Kurul Kararı para.1540 "Bu bağlamda Ege Bölgesi çimento fiyatları incelenmiş, belli dönemlerde paralel ve yüksek fiyat artışları görülmüştür. Söz konusu artışların maliyetlerden kaynaklanabilme ihtimali nedeniyle maliyetlerle karşılaştırma yapılmış, ancak maliyetlerin yıl boyunca neredeyse stabil bir seyir izlediği tespit edilmiştir. Başka bölgelerin fiyatlarıyla yapılan karşılaştırmada ise, aynı ürünün Ege Bölgesi'nde, Ankara fiyatlarına göre % 65'lere varan daha yüksek fiyatlarla satıldığı anlaşılmıştır. Ayrıca, yerinde incelemelerde bulunan belgeler de, rakipler arası koordinasyona ilişkin emareler olarak değerlendirilmiştir. Taraflar tarafından yapılan savunmalarda söz konusu durum, makul ve ekonomik gerekçelerle de açıklanamamıştır." Kurul'a göre oligopol pazarlar aksak rekabetin yaşandığı pazarlardır. Dolayısıyla fiyatların maliyetlerden tamamıyla bağımsız belirlenmesi ve maliyetin fiyatlar üzerinde etkisinin olmaması mümkün değildir.

¹⁸⁰ Kurul Kararı para.1520 "Oligopol pazarlarda, teşebbüslerin karşılıklı bağımlılık içinde oldukları ve dolayısıyla söz konusu davranışların bu bağımlılıktan kaynaklandığı savunmalarının kabul edilmesi halinde, paralel davranıştan başka herhangi bir delil bulunamaması durumunda ihlal sonucuna ulaşılamayacaktır. Öte yandan, paralel davranışın yanında rakipler arası koordinasyonu da gösteren delillerin bulunması durumunda, karine kullanılmasına gerek kalmaksızın, uyumlu eylem olduğu sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla, karinenin kullanılabilmesi için de, paralel davranış ve koordinasyon gösteren delillerin aranması karineyi etkisiz hale getirecektir. Kanun'un açıkça verdiği bir yetkinin kullanılmaması ya da gereksizliği söz konusu olmayacağına göre, koordinasyonun varlığının ispatlanmasına gerek olmadan, piyasadaki fiyat değişimlerinin rekabetin bozulduğu pazarlara benzemesi yahut rekabetçi pazarlardan farklılık göstermesi durumunda uyumlu eylem karinesi kullanılabilir." "

¹⁸¹ 19.10.2007 tarihli ve 06-77/992-287 sayılı Kurul kararı.

¹⁸² Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/2382 E., 2009/9210 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/1054 E., 2009/9211 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/1055 E., 2009/9212 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/274 E., 2009/9213 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/275 E., 2009/9214 K.

Kurul'un Akdeniz Bölgesi çimento pazarı ile ilgili olarak yaptığı benzer bir soruşturma sonucu soruşturma kapsamındaki teşebbüslere benzer gerekçeler ile vermiş olduğu para cezası¹⁸³ da Danıştay tarafından onanmıştır.¹⁸⁴

Uyumlu eylem kararları arasında yer alan bir diğer karar da Ege Bölgesi "hazır beton" üreticileri hakkında açılmış olan soruşturma sonucunda verilen nihai para cezasına ilişkin karardır.¹⁸⁵ Kurul pazarın oligopol bir yapıda olduğunu belirlemiş ve rakip hazır beton üreticilerinin birbirlerine ne kadar satış yaptıklarına ilişkin bilgileri göndermelerinin, pazardaki şeffaflığı artırarak rekabeti sınırlayıcı bir etki yarattığını belirtmiştir. Ticari açıdan hassas olan pazar paylarına ve satış miktarlarına ilişkin bilgilerin değişimi, pazar paylaşımına ilişkin uyumlu eylem içinde bulunduğu dair delil olarak kabul edilmiştir. Kurul bu kararında, uyumlu eylem karinesinin sıkı sıkıya lafza bağlı kalınarak yorumlanması halinde, pazarda oluşmuş bir etkinin (ya da paralel davranışın) gösterilmesi gerekeceği sonucuna varmıştır. Ancak, Kanun ile bu karinenin konuluş amacı dikkate alındığında, uyumlu eylemin varlığının ispatlanması için, "pazarda oluşmuş bir etkinin gösterilmesi, bir başka deyişle, paralel davranışın ortaya konulması" zorunlu değildir.¹⁸⁶ Kurul bu kararı ile bilinçli bir biçimde rekabeti kısıtlayıcı biçimde hareket edildiğini gösteren emareler olduğuna kanaat getirdiği durumlarda, paralel davranışlara ilişkin olarak ayrıca bir belirleme yapmanın gerekli olmadığına ilişkin görüşünü ortaya koymuştur.

Kurul'un bu kararı da Danıştay'da dava konusu edilmiştir. Danıştay açılan davaları önce soruşturmacı üyenin karar toplantısına katılmış olması nedeni ile iptal etmiştir. Daha sonra bu iptal kararı gereğince Kurul tarafından alınan ikinci karara karşı açılan davalarda ise Danıştay, Kurul tarafından asgari ceza miktarına esas alınan mali yılın hatalı olması nedeni ile kararın yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karar üzerine Kurul Danıştay'ın nihai kararını vermesini beklemeden, yürütmenin durdurulması kararını dikkate alarak yeni ve önceki kararına esas alınan mali yıla ilişkin düzeltme yaparak bir karar daha alınmıştır.¹⁸⁷ Kurul tarafından bu iptal ve yürütmenin durdurulması kararı

¹⁸³ 03.10.2006 tarihli ve 06-69/930-267 sayılı karar

¹⁸⁴ Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/2891 E., 2009/9203 K. ve Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/2755 E., 2009/9216K.

¹⁸⁵ 02.12.2004 tarihli ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararı.

¹⁸⁶ Kurul Kararı para. 670. Kurul'un bu yaklaşımı İNAN, N., a.g.e., s.8-9'da eleştirilmektedir.

¹⁸⁷ Bu kararın iptali üzerine Kurul tarafından 19.10.2006 tarihli ve 06-77/991-286 sayılı karar alınmıştır. 19.10.2006 tarihli ve 06-77/991-286 sayılı karar hakkında para cezasının yanlış hesaplanması nedeni ile yürütmenin durdurulmasına karar vermesi üzerine Kurul tarafından nihai karar verilmesi beklenmeden, 25.09.2008 tarihli ve 08-56/898-358 sayılı karar alınmıştır. Ancak, Kurul tarafından yeni bir karar alınmış olmasına rağmen açılan davalar Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2007/3859 E., 2009/3840 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T.,

üzerine alınan en son karar¹⁸⁸ hakkında açılan davalar devam etmektedir. Bu davalarda Danıştay tarafların yürütmenin durdurulması taleplerini reddetmiştir.¹⁸⁹

Kurul'un, benzer gerekçeler ile başlattığı ve Akdeniz bölgesi hazır beton pazarındaki rakipler arası anlaşma yolu ile rekabetin ihlal edilmesi nedeni ile soruşturma kapsamındaki teşebbüslere para cezası verdiği bir başka kararı¹⁹⁰ da Danıştay incelemesinden geçerek hukuka uygun bulunmuştur.¹⁹¹

2.1.4. 4. Maddenin Anlaşma ve Uyumlu Eylem Yolu ile İhlali

Kurul tarafından 4.maddenin ihlali dolayısı ile verilen birçok kararda anlaşma ve uyumlu eylem karinesinin bir arada kullanıldığı görülmektedir. Tespit edilebildiği kadarı ile, bu kararlardan bazıları Danıştay incelemesine sunulurken karara bağlanmıştır.

Anlaşma ve uyumlu eylem karinelerinin birlikte uygulandığı kararlardan bir tanesi seramik kaplama malzemeleri pazarına ilişkindir.¹⁹² Karara konu soruşturma kapsamında seramik kaplama malzemeleri pazarında faaliyet gösteren çok sayıda teşebbüsün, Dernek toplantıları vasıtasıyla da bir araya gelerek rekabete duyarlı bilgi değişimi hususlarında yatay anlaşma ve uyumlu eylemler içinde buldukları,14.12.1994'den başlayıp devam eden tek bir anlaşma ve uyumlu eyleme iştirak etmek suretiyle varlığını göstermektedir. Unsurları, “satım fiyatı ve şartlarının tespit edilmesi, arz miktarının kontrolü-pazar paylaşımı ve rekabete duyarlı bilgi değişimi” olan bu anlaşma ve uyumlu eyleme, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin tamamının, farklı dönemlerle de olsa iştirak etmiş olduğu sonucuna varılmıştır. İlgili teşebbüslerinin kasıtlı olarak hareket ettiklerine

2007/2152 E., 2009/3841 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2007/2153 E., 2009/3842 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2007/2187 E., 2009/3843 K. ; Danıştay 13. Daire, 07.04.2009 T., 2007/8769 E., 2009/3846 K. sayılı kararlar ile sonuçlandırılmıştır.

¹⁸⁸ 25.09.2008 tarihli ve 08-56/898-358 sayılı Kurul kararı.

¹⁸⁹ 25.09.2008 tarihli ve 08-56/898-358 sayılı Kurul kararına karşı açılan Danıştay 13. Daire, 25.03.2009 T., 2009/116 E., ve Danıştay 13. Daire, 13.4.2009 T., 2009/872 E. sayılı kararlar.

¹⁹⁰ 03.10.2006 tarihli ve 06-69/931-268 sayılı Kurul kararı.

¹⁹¹ Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/4556 E., 2009/9204 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/3864 E., 2009/9205 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/4721 E., 2009/9206 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/3593 E., 2009/9207 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/2756 E., 2009/9208 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/4797 E., 2009/9209 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.10.2009 T., 2007/2894 E., 2009/9215 K.

¹⁹² 03.11.2006 tarihli ve 06-80/1034-299 sayılı Kurul kararı. Bu karar Rekabet Kurulu'nun 24.2.2004 tarih, 04-16/123-26 sayılı kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 28.3.2006 T., 2005/5043 E., 2006/1538 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/5041 E., 2006/1541 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/5717 E., 2006/1539 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.6.2006 T., 2005/5910 E., 2006/2749 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.6.2006 T., 2005/5675 E., 2006/2751 K. sayılı kararları üzerine verilen karardır.

ilişkin olarak çeşitli şirketlerin yönetim kurulu karar defterleri, tutanaklar ve Kurum uzmanlarının ilgili teşebbüslerin çalışanları ile yapmış olduğu görüşmelere ilişkin kayıtlar dikkate alınmıştır. Bu karara ilişkin olarak açılan davalarda Danıştay tarafından, teşebbüslerin birlikte uyumlu eylem içinde bulduklarına ilişkin karinenin aksini ispatlayamadıklarına kanaat getirilmiş, dolayısı ile karar hukuka uygun bulunarak açılan davalar reddedilmiştir.¹⁹³

Kurul'un demir-çelik üreticilerinin anlaşarak inşaat demiri fiyatlarını birlikte belirledikleri; üreticilerin birbiri ile bağlantılı olarak ve aynı zamanda inşaat demiri fiyatlarına sürekli ve aşırı oranda zam yaptıkları iddiasına ilişkin soruşturmada uyumlu eylem yolu ile 4. maddenin ihlaline ilişkin tespitlerde bulunmuş ve soruşturma sonucunda soruşturma kapsamındaki teşebbüslere ceza verilmiştir. Kurul bu kararında Demir-Çelik Üreticileri Derneği nezdinde yapılan toplantılar aracılığı ile taraflar arasında koordinasyon ve anlaşmanın sağlandığını tespit etmiştir. Kurul ayrıca bu anlaşma ve koordinasyon sonucunda fiyatların nasıl etkilendiğini, 2000 yılından 2004 yılının Mart ayına kadar grafiksel olarak incelemiştir. Danıştay tarafından bu karara karşı açılan davaların tümü reddedilmiş ve Kurul tarafından verilen kararın hukuka uygunluğu Danıştay tarafından da onanmıştır. Danıştay kararında, tarafların yaptığı anlaşmaların piyasa üzerinde oluşan rekabeti bozucu etkilerinin de somut veriler ile gözlemlendiğini ifade etmiştir. Bu karar, Danıştay'ın uyumlu eylem ve anlaşma incelemeleri açısından matematiksel ve somut verileri hukuka uygunluk açısından önemli bir delil olarak gördüğünün ve tarafların bu verilerin aksini ispatlamaması

¹⁹³ Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/4539 E., 2009/1169 K. ; Danıştay 13. Daire, 19.12.2008 T., 2006/2407 E. 2008/8189 K., Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/2889 E., 2009/1171 K., Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/2610 E., 2009/1172 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3159 E., 2009/1173 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/6876 E., 2009/1174 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3089 E., 2009/1181 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/1965 E., 2009/1183 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/7246 E., 2009/1185 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/6877 E., 2009/1186 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/2311 E., 2009/1190 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/2894 E., 2009/1191 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/2609E., 2009/1192K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3436 E., 2009/1175 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3362 E., 2009/1176 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3944 E., 2009/1177 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/4197 E., 2009/1179 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3888 E., 2009/1180 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009T., 2006/3911 E., 2009/1184 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3943 E., 2009/1187 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2006/3887 E., 2009/1188 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/4539 E., 2009/1169 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/4799 E., 2009/1170 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/5249 E., 2009/1178 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/4540 E., 2009/1182 K.; Danıştay 13. Daire, 27.01.2009 T., 2007/4809 E., 2009/1189 K.

halinde Kurul kararı karşısında iptal talepleri açısından güçlü olmayacaklarını göstermektedir.¹⁹⁴

Seçici kozmetik ürünlerin toptan ve perakende satışı pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşma ve uyumlu eylemler yolu ile Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri ilişkin olarak alınan Kurul kararı da Danıştay tarafından onanan kararlardan bir tanesidir.¹⁹⁵ Kurul bu kararda, seçici dağıtım sisteminde üretici veya dağıtıcıların tek baslarına, bizzat belirleyecekleri kriterleri sağlamayan alıcılara mal vermeme kararları, teşebbüsler hâkim durumda olmadıkça veya söz konusu kararlar bir anlaşma ya da uyumlu eyleme dayanmadıkça, rekabet hukuku çerçevesinde ihlal teşkil etmeyeceğini, perakendecilerin uygulayacakları sabit ya da asgari yeniden satış fiyatının distribütörler tarafından belirlenmesinin ise Kanun'un 4. maddesinin ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir. Karara konu olan Türkiye kozmetik pazarında ise, distribütörlerin yeniden satış fiyatlarına müdahale eder dikey anlaşma kapsamında bir ihlale yol açtıkları, ancak bunun da ötesinde sektördeki satış şartlarının ve uygulamalarının hem rakip firmalar arasında hem de distribütör ve perakendeciler arasında yapılan toplantı, görüşme ve yazışmalarla yapıldığı, tespit edilen yazışmaların, sektördeki iletişimin oldukça yoğun olduğunu ve sektörde oluşan her yeni gelişmenin tüm teşebbüslerce paylaşıldığını göstermektedir. Hem perakendecilerin hem de distribütörlerin birlikte katılımıyla, bazı perakendecilerin yüksek indirim ve uzun vadeler uygulamalarının önüne geçmek için (ki bu teşebbüslerce haksız rekabeti önleme olarak adlandırılmaktadır), çeşitli toplantılar

¹⁹⁴ Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1805 E., 2008/4198 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1359 E., 2008/4199 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1152 E., 2008/4200 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1455 E., 2008/4201 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1148 E., 2008/4202 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1147 E., 2008/4203 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1102 E., 2008/4204 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1294 E., 2008/4205 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1281 E., 2008/4206 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1113 E., 2008/4207 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1458 E., 2008/4208 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1632 E., 2008/4209 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1698 E., 2008/4210 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1456 E., 2008/4211 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1454 E., 2008/4212 K. ; Danıştay 13. Daire, 14.05.2008 T., 2006/1457 E., 2008/4213 K.

¹⁹⁵ 10.10.2005 tarihli ve 05-66/946-255 sayılı Kurul kararı. Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1041 E., 2008/5023 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1046E., 2008/5024 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1459 E., 2008/5025 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1259 E., 2008/5026K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1257 E., 2008/5027 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1094 E., 2008/5028 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1258 E., 2008/5029 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/2347 E., 2008/5030 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1149 E., 2008/5031 K. ; Danıştay 13. Daire, 24.06.2008 T., 2006/1468 E., 2008/5032 K.

yaparak indirim ve taksitlerin ne olacağına karar verdikleri ve ayrıca varılan anlaşmaya uymayan teşebbüslere ne şekilde bir yaptırım uygulanacağı belirlenmesi konusunda bir oluşum içine girdikleri belirlenmiştir. Kurul tarafından teşebbüslerin tam olarak uygulamaya geçiremeseler dahi, bu tip bir oluşuma girişmeleri ve Kanun'un 4. maddesindeki ifadelerle rekabeti kısıtlama amacını taşımaları, bu etkiyi doğurmasa bile hukuka aykırı ve yasak olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Rekabet Kurulu'nun anlaşma ve uyumlu eylem ile 4. maddenin ihlali hakkında verdiği önemli kararlardan bir tanesi de, Ankara ili Yenimahalle, Sincan, Etimesgut bölgelerinde faaliyet gösteren 85 ekmek üreticisi ile anılan bölgelerdeki ekmek üreticisi teşebbüsler tarafından ilgili ürün pazarında koordinasyon sağlamak üzere yetkilendirilen Naci Kutanis ve Diren Organizasyon Danışmanlı Müşavirlik ve Tic. Ltd. Şti. ve 21 market ile Keçiören ve Altındağ ilçelerindeki ekmek pazarında faaliyet gösteren 62 ekmek üreticisi teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine ilişkin tespittir.¹⁹⁶ Bu karara karşı açılan davalar soruşturmacı üyenin karar toplantısına katılması nedeni ile iptal edilmiştir.¹⁹⁷ Danıştay'ın iptal kararı üzerine alınan yeni karara karşı soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin bir kısmı tarafından dava açılmıştır. Açılan davalar halen devam etmektedir. Davalarda davacıların yürütmenin durdurulmasına ilişkin talepleri Danıştay tarafından para cezalarına ilişkin bölümde detayları ile açıklandığı üzere, asgari cezaya esas alınan cironun ait olduğu yılın yanlış tespit edildiği için kabul edilmiş, Rekabet Kurulu'nun yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itirazları reddedilmiştir. Danıştay tarafından ilgili kararın yürütmesinin durdurulması üzerine, Kurul davaların sonuçlanmasını beklemeksizin ve yürütmenin durdurulması kararının gerekçesini dikkate alıp, cezaya esas alınan mali yılı düzelterek yeni bir karar almıştır.¹⁹⁸ Taraflar bu

¹⁹⁶ 18.01.2005 tarihli ve 05-06/52-21 sayılı Kurul kararı.

¹⁹⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 21.04.2006T. , 2006/1526 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1527 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1473 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1525 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1528 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1529 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1530 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1531 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1532 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1533 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1537 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1538 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1539 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1541 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2007/1542 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1543 E. ; Danıştay 13. Daire, 21.04.2006 T., 2006/1544 E., sayılı kararları.

¹⁹⁸ 20.01.2009 tarihli ve 09-03/49-18 sayılı Kurul kararı.

karara karşı da dava açmışlar ancak, açılan bu davalarda yürütmenin durdurulması talepleri Danıştay tarafından reddedilmiştir.¹⁹⁹

2.1.5. Teşebbüs Birliği Kavramı

Bugüne kadar Rekabet Kurulu tarafından çeşitli kamu kurumları, dernekler, meslek odaları, teşebbüs birliği olarak tanımlanmıştır. Bu kararlarda teşebbüs birliği olarak kabul edilen kurumlara örnek olarak; Türk Eczacıları Birliği (“TEB”) ve bağlı eczacı odalarını, veterinerler odaları, Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu, Türkiye Mimar ve Mühendis Odaları Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, ÇAYKUR, PETKİM, Türk Eczacılar Birliği, İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası (İEİS), Takım Tezgahları İş Adamları Derneği, İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği (“İGTOD”), Demir Çelik Üreticileri Derneği, Gübre Üreticileri Derneği, Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu, Sinema Eserleri Yapımcıları Birliği sayılabilir.

Rekabet Kurulu tarafından 4. madde kapsamında rekabeti kısıtlayıcı etkisi veya etki doğurma potansiyeli olup olmadığının değerlendirmesi yapılan kararlar arasında Danıştay incelemesine sunulan ve kesinleşen bazı kararlar aşağıda yer almaktadır:

Rekabet Kurulu’nun 18.09.2000 tarihli ve 00-35/392-219 sayılı kararı ile, Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası (“PUİS”) ve Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri Sendikası (“TABGİS”)’nın, akaryakıt istasyonlarındaki kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılması yönünde bir tavsiye kararı almış olmaları nedeni ile haklarında 4. maddenin ihlali nedeni ile ceza verilmiştir. Kurul kararında, Rekabet Hukuku’nun uygulanması bakımından önemli olan hususun, rekabetin sınırlandırılması veya rekabetin sınırlandırılması tehlikesi olduğunu, dolayısı ile, bir teşebbüs birliği tarafından alınan bir tavsiye kararının, tavsiye niteliğinde olsa bile bu karara birliğin üyeleri tarafından uyuluyor ve bu durum nedeni ile rekabet kısıtlanıyor ise, yasaklanması ve cezalandırılmasının gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Kurul tarafından verilen bu karar PUİS açısından – onama kararının temyiz edilmemesi nedeni ile – kesinleşmiştir.²⁰⁰

¹⁹⁹ Bu doğrultuda verilen karar sayısı çok fazla sayıdadır. Örnek olarak bkz. Danıştay 13. Daire, 2.7.2008 T., 2008/ 2684 E. (Diasa Dia Sabancı Süpermarketleri T.A.Ş.); İDDK, 27.8.2008 T., 2008/828 E. (Diasa Dia Sabancı Süpermarketleri T.A.Ş.)

²⁰⁰ 18.09.2000 tarihli ve 00-35/392-219 sayılı Kurul Kararı ve ilgili Danıştay 10. Daire, 16.12.2003 T., 2001/1076 E., 2003/5205 K., Soruşturulan taraflardan TABGİS söz konusu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuş, temyiz incelemesinde Daire kararı soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanması nedeni iptal edilmiştir. İptal kararı üzerine Kurul tarafından dosya yeniden ele alınmış ve TABGİS hakkında 27.11.2008 tarihli ve 08-67/1091-424

Danıştay, PUİS kararında, bayilerin kredi kartı ile yapacakları satışlarda, komisyon alıp almayacakları ve promosyon uygulamaları hususlarını, kendi özgür iradeleri ile belirlemede serbest olmaları gerekliliği; bu serbestliği ortadan kaldıracak veya bozacak her türlü davranışın Kanun'un yasakladığı uygulama kapsamına gireceği; 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs birliklerinin fiyata veya ödeme koşullarına ilişkin tavsiye niteliğinde dahi olsa alacakları her türlü kararın 4.maddeye aykırı olduğu, sendika kararının ilgili pazardaki etkisinin ihlalin varlığı açısından tek başına bir öneminin olmadığı; Kanun açısından böyle bir karar alınıp uygulanmasının yeterli görüldüğü hususlarına değinilerek, Kurul tarafından yapılan tespitleri yerinde bulmuştur. Bu davada PUİS tarafından, PUİS' in yetkili kurullarının aldığı bir karar bulunmadığı dolayısı ile de Kanun'un aradığı anlamda bir karardan bahsedilmeyeceği ileri sürülmüştür. Ancak bu iddia da Danıştay tarafından, PUİS'in şube başkanlıklarına gönderdiği yazının sendikanın antetli kağıdına basılmış olması ve şubelerin de bu yazıya olumlu cevap vermiş olmaları nedeni ile yerinde görülmemiş ve söz konusu olan teşebbüs birliği kararı, şekil kurallarına uygun olarak alınmamış da olsa, Sendika'nın üyeleri tarafından bağlayıcı bir karar olarak algılanmış olması nedeni ile, Rekabet Hukuku uygulaması açısından bir anlaşma olarak kabul edilmesi gerektiği teyit edilmiş ve her halükarda Kanun açısından, anlaşmanın hukuki şekil şartlarına uygun nitelikte olmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir.

Rekabet Kurumu tarafından 4.maddenin ihlali olarak değerlendirilen bir teşebbüs birliği kararı da TEB kararı²⁰¹ dır ("TEB Kararı"). Bu karara konu olayda İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası, TEB'i eczanelerin alım koşullarını düzenleyen kararlar alması nedeni ile şikayet etmiştir. Kurul bu şikâyeti, TEB 31. Olağan Büyük Kongresi'nde alınan, „*eczanelerin belirlenen azami fiyatların altında bir fiyattan ilaç satışı yapmasına ilişkin karar*“ ve TEB 31. Dönem 1. Başkanlar Danışma Kurulu Toplantısında alınan “*ilaç stoklarının azaltılması*”, “*firma kampanyalarına katılmama*”, “*yeni ilaçların talep olunca alınması*”, “*vadeli alımlara yönelme*”, “*alımlarda mümkün olduğu kadar eczacı kooperatiflerinin tercih edilmesi*” ve *ithal ilacın durumunun tartışmaya açılması*” doğrultusundaki kararları rekabete aykırı bulmuş ve şikayeti haklı görerek, TEB'e 4. maddenin ihlali nedeni ile para cezası vermiştir. Karara ilişkin yapılan Danıştay incelemesi sonucunda dava kısmen kabul kısmen reddedilmiştir. Danıştay kısmi kabul kararına gerekçe olarak; ilaç fiyatlarının belirlenmesinin Sağlık Bakanlığı' nın görev ve yetkisinde olduğu, eczacıların her ne kadar Rekabet Kanunu açısından ekonomik anlamda bağımsız olmaları gerekliyse de bu

sayılı karar verilmiştir. Yapılan araştırmada TABGİS tarafından bu karara karşı açılmış olan bir dava tespit edilememiştir.

²⁰¹ 18.08.2000 tarihli ve 00-35/393-220 sayılı Kurul kararı.

bağımsızlığın ancak ilgili mevzuat çerçevesinde oluşabileceği, eczanelerin Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği fiyatların altında ve üstünde ilaç satılmaması hususunda TEB tarafından alınan kararın Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilemeyeceği, TEB'in bu kararının yetkisini aldığı ilgili mevzuata uygun olup olmadığının hukuki denetiminin ilgili mevzuatta öngörülen idari makamlara ve yargı merciilerine ait olduğu hususlarını göstermiştir.²⁰² Ancak TEB'in resmi/özel kurum ve kuruluşlara yapılacak ilaç satışlarında indirim oranını belirleyerek 4. maddeyi ihlali ettiği gerekçesi ile söz konusu teşebbüse ceza verildiği daha yakın tarihli bir karara²⁰³ karşı açılan davada TEB' in yürütmenin durdurulması talebi, Danıştay tarafından TEB'in eczacılar tarafından yapılan iskontoları kontrol etme yetkisi olmaması dolayısı ile reddedilmiştir.²⁰⁴ Danıştay tarafından verilen bu iki kararın birbiri ile çelişkili olduğu düşünülmektedir. Öte yandan, Danıştay'ın bu kararı, bir kamu kurumunun ilgili kanundan kaynaklanan yetkileri kullandığı ya da bu kanuna uygun hareket ettiği durumların Kurum tarafından verilecek olan kararda gözetilmesi gerektiği açısından önemlidir.

Benzer bir biçimde Kurul'un, gözlükçü derneklerinin, bir teşebbüs birliği kararı olarak ele aldığı, dernek tüzüklerinde fiyat tespitine ve tespit edilen fiyatların uygulanmasına ilişkin maddelere yer verdikleri, "Gözlük Camı Rehberi" ve "Fenni Gözlükçüler Orijinal Fiyat Listesi" hazırlamak suretiyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında ihlale yol açtıkları gerekçesi ile para cezası verilmesini ve ilgili derneklerin tüzüklerinde bir kısım değişiklikler yapılmasını öngören kararı²⁰⁵ ("Gözlükçü Dernekleri Kararı") Danıştay tarafından bozulmuştur. Söz konusu bozma kararında, Dernek tüzüklerinin denetiminin nasıl yapılacağı ve kanuna

²⁰² Danıştay 10. Daire, 09.03.2004 T., 2001/4801 E., 2004/2386 K. Bu karara ilişkin sunulan karşı oyda "Mevzuatta açıkça yasaklanmayan konularda tek başına karar alma özgürlüğü bulunan eczanelerin, Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen tarifinin üstüne çıkmamak kaydıyla diledikleri fiyattan ilaç satabilecekleri halde eczanelerin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen azami fiyatların altında bir fiyattan ilaç satışı yapmasını, dolayısıyla eczanelerin tek başına ve bağımsız olarak ekonomik karar almasını engelleyici yöndeki karar ve uygulamaların rekabeti sınırlayıcı etkiler doğuracağından, davacı Birlik tarafından bu doğrultuda alınan karar ve yapılan uygulamaları n 4054 sayılı Yasanın 4.maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmış olup, dava konusu işlemin kısmen iptali yönünden karara katılmıyoruz" denilmektedir. 10. Dairesinin bu kararı, temyiz incelemesinde, İDDK'nın 29.01.2009T., 2005/81 E., 2009/9 K. Sayılı kararı ile bozulmuştur. Ancak bozma kararı üzerine alınan mahkeme ve Kurul kararları yapılan incelemede tespit edilememiştir. Aynı doğrultuda bakınız: 04.11.2004 T., 04-70/1012-247 sayılı kararının soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanması nedeni ile Danıştay 13. Daire, 23.05.2006 T., 2005/7504 E., 2006/2230 K. ve Danıştay 13. Daire, 23.5.2006 T., 2005/7622 E., 2006/2231 K. sayılı kararlar ile iptali üzerine verilen 02.11.2006 tarihli ve 06-79/1021-295- sayılı Kurul kararının iptali hakkındaki davada verilen İDDK, 27.03.2008 T., 2007/774 E.

²⁰³ 10.07.2007 tarihli ve 07-58/674-233 sayılı Kurul kararı.

²⁰⁴ Danıştay 13. Daire, 27.10.2008 T., 2007/13980 E.

²⁰⁵ 31.08.2001 tarihli ve 01-42/424-107 sayılı Kurul kararı.

aykırılığının tespiti halinde ne gibi işlemlerin yerine getirileceği, derneklerin tabi olduğu 2908 sayılı Kanun tarafından kurala bağlanmış olduğu ve Rekabet Kanunu'nun 27. maddesinde Rekabet Kurulu'na dernek tüzükleriyle ilgili denetim yapmak konusunda yetki verilmemiş olması nedeni ile Kurul'un kararının ilgili derneklerin tüzüklerinde değişiklik yapılmasını öngören kısmında *yetki* yönünden hukuka uygun bulunmayarak iptal edilmiştir.²⁰⁶

Kurul'un teşebbüs birliklerine ilişkin kararları arasında mutlaka incelenmesi gereken örnekler arasında Türkiye Seyahat Acentaları Birliği ("TÜRSAB") Kararları yer almaktadır. Bu kararların konusu TÜRSAB'ın üye giriş aidatlarıdır. Söz konusu hususa ilişkin verilen ilk kararında Kurul²⁰⁷, piyasaya yeni girişleri engelleyici nitelikte yüksek giriş ücreti belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal ettiğini tespit etmiş ve TÜRSAB'a 4. maddenin ihlali nedeni ile ceza vermiştir. Daha sonra, TÜRSAB Genel Kurulu'nda yeni üye kayıt ücretini belirlemiş ve Kurul'a menfi tespit başvurusunda bulunmuştur. Bu başvuruya konu yeni aidatlar da, Kurul tarafından yüksek bulunduğu ve önceki kararın gereği yerine getirilmemiş olması nedeniyle başvuru reddedilmiştir.²⁰⁸ TÜRSAB, Kurul'un kararına uygun aidat

²⁰⁶ Danıştay 13. Daire, 17.05.2005 T., 2005/194 E., 2005/2554 K. Sayılı karar. Bu karar daha sonra İDDK, 29.01.2009 T., 2005/2402 E., 2009/11 K. Sayılı kararı ile bozulmuştur, ancak bozma kararına ulaşılamadığından bozma gerekçesi tespit edilememiştir. Diğer taraftan, Rekabet Kurulu tarafından bozma üzerine alınmış bir karar tespit edilememiştir.

²⁰⁷ 17.12.2003 tarih, 03-80/967-367 sayılı Kurul kararı. Kurul bu incelemesinde meslek birliklerinden gelen cevaplar neticesinde, incelenen 33 meslek birliğinin giriş ücretlerinin 5.000.000.-TL ile 490.000.000.-TL arasında olduğu belirlemiştir. Buna karşın, TÜRSAB giriş ücreti 50.000.000.000.-TL olup, bu miktarın belirlenmesine yönelik ilgili mevzuatta herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Bu karar Danıştay tarafından Danıştay 13. Daire, 28.03.2006 T., 2005/5112 E., 2006/1560 K. sayılı kararı ile soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanmış olması nedeni ile iptal edilmiş, bu iptal kararı üzerine Kurul 22.06.2006 tarihli ve 06-45/572-156 sayılı kararı almıştır. Bu karara karşı açılan davalar reddedilmiştir. Danıştay 13.Daire, 18.10.2006 T., 2006/4507 E. sayılı kararı, İDDK, 15.03.2007 T., 2006/1539 E. sayılı kararı, Danıştay 13. Daire, 29.02.2008 T., 2006/4507 E. sayılı karar, Danıştay 13. Daire, 25.11.2008 T., 2006/4507 E., 2008/7416 K.

²⁰⁸ 15.1.2004 tarih ve 04-03/49-14 sayılı Kurul kararı: 7.12.2003 tarihinde TÜRSAB 16. Genel Kurul Toplantısı yapılmış ve Birliğe üye kayıt ücreti, 2004 yılı için 85.000.000.000 TL, 2005 yılı için ise 120.000.000.000 TL olarak tespit edilmiştir. Rekabet Kurumu kayıtlarına 7.1.2004 tarih, 73 sayı ile giren ve TÜRSAB'ın 16. Genel Kurulu'nda alınan üye kayıt ücretiyle ilgili kararın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine aykırı olmadığına dair menfi tespit belgesi verilmesi talebi üzerine Rekabet Kurulu'nca, "... hakkında soruşturma yürütülen Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği'nin Genel Kurul Kararı'na ilişkin 17.12.2003 tarih, 03-80/967-367 sayılı Kurul Kararı'nda yer verilen gerekçeler geçerliliğini koruduğundan, dosya konusu başvuru ile talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesinin veya muafiyet tanınmasının mümkün olmadığına, Başvuru konusu genel Kurul kararının uygulanmasına son verilmesine, durumun 45 gün

belirlememiştir, bu nedenle Kurul, TÜRSAB'a önceki kararlarında öngörülen düzenlemelerin yerine getirilmemiş olması nedeniyle süreli para cezası uygulanmasına karar vermiştir.²⁰⁹ Daha sonra TÜRSAB yeni bir genel kurul kararı almış ve aidatları daha düşük olarak ve yeniden 20.000 TL olarak belirlemiştir. Bu aidatın Kanun'a uygunluğunun teyidi için tekrar menfi tespit/muafiyet başvurusunda bulunulmuş, ancak bu başvuru da Kurul tarafından reddedilmiştir.²¹⁰ Bu karara karşı açılan dava da Danıştay tarafından reddedilmiştir.²¹¹ Sonuç olarak TÜRSAB'ın 50.000 TL olan üye aidatının, birliğin bütün itiraz ve çabalarına rağmen 20.000 TL'nin altında bir seviyeye indirilmesi zorunlu bir hal almıştır.

Teşebbüs birlikleri arasındaki anlaşmaların da 4. madde kapsamında ihlal teşkil edebileceğine örnek olarak gösterilebilecek bir karar da Kurul'un Afyon Veteriner Hekimleri Odası ile Afyon Eczacı Odası arasında "Veteriner İlaçlarının Satış Fiyatının Belirlenmesi ve Haksız Rekabetin Önlenmesi" başlıklı protokol'ün konu olduğu²¹² kararıdır. Bu karara ilişkin olarak yapılan Danıştay incelemesinde, Afyon Veteriner Hekimleri Odası'nın kamu kurumu niteliğinde bir mesleki kuruluşu olduğu, rekabet hukuku anlamında bir işletme olmadığı, kamu kuruluşlarının kamu hukukuna tabi işlemlerinin rekabeti bozucu etki yapmış olsa dahi, veteriner hekimlerinin ve bunların bağlı bulunduğu veteriner hekimleri

içerisinde Kurum'a tevsik edilmesine, aksi takdirde haklarında soruşturma açılacağına ilgili taraflara bildirilmesine"

²⁰⁹ 15.04.2004 tarihili ve 04-26/284-62 sayılı kararı. Bu karar 17.12.2003 tarih ve 03-80/967-397 sayılı karar iptal edilince, Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği (TÜRSAB)'ne verilen süreli para cezasının durdurulma tarihinin belirlenmesi hakkındaki 24.06.2004 tarihli ve 04-43/522-146 sayılı Kurul kararı da Danıştay 13. Daire, 13.03.2007 T., 2005/5222 E., ve 2007/1302 K. sayılı kararı ile iptal ediliyor.

²¹⁰ 27.10.2004 tarihli ve 04-69/979-237 sayılı Kurul kararı.

²¹¹ Danıştay 13. Daire, 13.03.2007 T., 2005/7473 E., 2007/1303 K. sayılı karar. Kararda yer alan karşı oy gerekçesinde "TÜRSAB'ın 15. ve 16. Genel Kurul toplantılarında belirlenen ve Rekabet Kurulu kararları uyarınca uygulaması durdurulan giriş ücretleri (35-50 milyar, 85-100 milyar) ile birlikte değerlendirildiğinde; 17. Olağanüstü Genel Kurul'da öngörülen 20 milyarlık ücretin, **Rekabet kurulunca objektif bir kriter getirilmeksizin ve 2004 yılı için piyasaya giriş engeli yarattığı hususunda bir piyasa değerlendirilmesi yapılmaksızın**, 4054 sayılı Yasanın 4. maddesine aykırılık oluşturduğu şeklinde verilen dava konusu kararda, eksik incelemeye dayalı olması nedeniyle hukuka uyarlık bulunmadığı" görüşü ile karşı oy bildirilmiştir.

²¹² 19.10.2006 gün 06-77/1007-290 sayılı Kurul kararı. Bu karar, 17.8.2004 tarih ve 04-54/749-186 sayılı kararının Danıştay 13. Daire, 27.3.2006 T., 2005/5763 E., 2006/1515 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7152 E., 2006/1547 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7537 E., 2006/1542 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7541 E., 2006/1546 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7539 E., 2006/1544 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7540 E., 2006/1545 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.3.2006 T., 2005/7538 E., 2006/1543 K. sayılı kararları ile soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle iptal edilmesi üzerine verilen karardır.

odalarının rekabet kurallarını ilgilendiren işlemlerinin Kanun kapsamında olacağı teyit edilmiş ve Kurul tarafından verilen karar hukuka uygun bulunmuştur.²¹³

Kurul tarafından teşebbüs birliği kararları hakkında verilen cezalara bir örnek de, Kurul'un Milli Reasürans T.A.Ş. ve on bir sigorta şirketinin²¹⁴, ticari ve sınai yangın sigortalarında reasüransa devredilecek poliçeler bakımından asgari sigorta fiyatı uygulama konusunda aralarında protokol imzalayarak ana teminatlar ve tarifesi bulunmayan ek teminatlar bakımından minimum bir oran uygulanmasını öngörmeleri nedeni ile 4. maddenin ihlalden dolayı cezalandırıldıkları kararıdır²¹⁵. Kurul bu kararında piyasa koşullarını dikkate alarak, bu koşullar gereğince fiyatların yükseltilemediğini tespit etmiş ve bu fiyatlar hakkında bir asgari oran belirlenmesini rekabete aykırı bulmuştur. Kurul kararında ayrıca, ilgili konularda reasürans teminatı alınmasının mümkün olmayacak seviyelere gelmiş olduğunu bu nedenle de yapılan protokolün tüketici yararına yapılmış olduğu doğrultusundaki savunmaları da yerinde görmemiştir. Kurul, protokolün tüketici yararına sonuç doğurması amacı ile yapılmış olmasının protokolün Kanun'un 5.maddesindeki diğer muafiyet koşullarını taşımaması nedeni ile kanuna aykırılık unsurunu ortadan kaldırmadığına kanaat getirmiştir. Kurul, bu doğrultuda bir anlaşmaya ilişkin "haklı gerekçe" kavramının dar yorumlanması gerektiğini aksi halde, ticari açıdan haklı olan bir kartel anlaşmasının bile Kanun'un uygulaması kapsamında bırakılması gerekeceğini ifade etmiştir. Soruşturma sonucunda şirketlere 4. maddenin ihlali ve yapılan anlaşmanın Kurum' a bildirilmemesi nedeni ile ceza verilmiştir. Söz konusu karar ilgili şirketler tarafından Danıştay nezdinde dava edilmiştir. Danıştay tarafından yapılan inceleme sonucunda bütün kararlar soruşturmacı üyenin kararda oy kullanmış olması nedeni ile iptal edilmiştir.²¹⁶ Daha sonra bu iptal kararları üzerine Kurul tarafından dosyalar yeniden ele alınmış ve yeni kararlar tesis

²¹³ Danıştay 13. Daire, 20.05.2009 T., 2007/2206 E., 2009/5446 K.

²¹⁴ Bu karara konu soruşturma Rekabet Kurulu tarafından, Dünya Gazete'sinde yayınlanan bir haberde yer alan ifadelerden yola çıkılarak re'sen harekete geçilerek başlatılmış olması bakımından da uygulamacılar açısından önemli bir örnektir.

²¹⁵ 30.12.2003 tarih ve 03-70/844-366 sayılı Kurul kararı.

²¹⁶ Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5252 E., 2005/5521 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5251 E., 2005/5519 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5253 E., 2005/5515 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5250 E., 2005/5522 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5260 E., 2005/5503 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5249 E., 2005/5513 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5261 E., 2005/5520 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.11.2005 T., 2005/5254 E., 2005/5514 K. ; Danıştay 13. Daire, 25.10.2005 T., 2005/5257 E., 2005/5188 K. ; Danıştay 13. Daire, 25.10.2005 T., 2005/5258 E. 2005/5190 K. ; Danıştay 13. Daire, 25.10.2005 T., 2005/5259 E., 2005/5189 K. ; Danıştay 13. Daire, 15.7.2005 T., 2005/1757 E., 2005/3458 K. ; Danıştay 13. Daire, 12.7.2005, 2005/5255 E., 2005/3445 K. sayılı kararları.

edilmiştir.²¹⁷ Bu kararlarda Kurul tarafından dosyada mevcut bilgi belgelerden yola çıkarak ve Danıştay kararında tespit edilen usulü eksiklik giderilmek suretiyle, ilk kararlarına paralel bir karar verilmiştir²¹⁸. İlgili taraflar bu kararlara karşı da Danıştay’da dava açmışlar, açılan davalar Rekabet Kurulu lehine reddedilmiştir. Danıştay tarafından yapılan inceleme sonucunda, Kurul kararı bir bakıma özetlenerek bulgu ve gerekçeleri tekrar ve teyit edilmiş, ilgili protokolün muafiyetten yararlanma imkanının da bulunmadığı gözetilerek açılan davaların reddine karar verilmiştir.²¹⁹

2.1.6. Grup Muafiyetinden Faydalanma ve Muafiyetin Geri Alınması

Grup muafiyeti ile ilgili kararlardan belki de en dikkat çekici olanı, Efes Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (“Efpa”) ile Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. (“Bimpaş”)’ın kendileri veya bayi/distribütörlerin nihai satış noktalarıyla yaptıkları münhasırlık içeren tek elden satın alma anlaşmalarına Rekabet Kurulu’nun 15.07.2004 tarihli ve 04-47/610-147 sayılı kararı ile grup muafiyeti tanınması kararı ile aslında bu kararın ardından, Rekabet Kurulu’nun söz konusu grup muafiyetinin geri alınmasına yönelik 22.04.2005 tarihli ve 05-27/317-80 sayılı kararıdır (“Efpa- Bimpaş Kararı”).

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin (“2002/2 sayılı Tebliğ”) 6. maddesi uyarınca, muafiyet tanınan bir anlaşmanın Rekabet Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olmasının tespit edilmesi sonucunda, ilgili anlaşmanın grup muafiyetinden

²¹⁷ 05.01.2006 tarih ve 06-02/44-6 ve 24.04.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı Kurul kararları.

²¹⁸ Son alınan kararların tek farkı, bildirmeme dolayısı ile verilen cezaların Kanun’ daki değişikliğe uygun olarak kaldırılmış olmasıdır.

²¹⁹ 24.4.2006 tarih ve 06-29/361-91 sayılı karar hakkında; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/5570 E., 2008/4455 K. ve Danıştay 13. Daire, 28.05.2008T., 2006/3866 E., 2008/4466 K. ve 5.1.2006 tarih ve 06-02/44-6 sayılı karar hakkında Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1758 E., 2008/4454 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1755 E., 2008/4456 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1822 E., 2008/4457 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1754 E., 2008/4458 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1611 E., 2008/4459 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/2015 E., 2008/4460 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1756 E., 2008/4461 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1707 E., 2008/4462 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/1757 E., 2008/4463 K. ; Danıştay 13. Daire, 27.05.2008 T., 2006/2341 E., 2008/4464 K. ; Danıştay 13. Daire, 28.05.2008 T., 2006/1673 E., 2008/4467 K. bu Kararlarda karşı oy bulunmaktadır, “...Protokolün herhangi bir yaptırım içermemesi nedeniyle mutlak bağlayıcılığı olmadığı, isteyen sigorta şirketinin daha düşük oranlar veren reasürörlerle anlaşma yapabileceği, bunun dışında Türkiye’de faaliyette bulunan ve protokole imza atmamış olan diğer sigorta şirketlerinin istedikleri koşullarda anlaşma yapabilecekleri, tüketicilerin de bu sigorta şirketlerinden polişe alabileceği anlaşıldığından, bir rekabet kısıtlanması niteliğinde olmaması nedeniyle, 4054 sayılı Yasanın 4.maddesinin ihlali söz konusu olmayacağından”

faidalanamayacağına karar verilmesi ve/veya sağlanan grup muafiyetinin geri alınması mümkündür.

Rekabet Kurulu tarafından, Efpa- Bimpaş Kararı ile bira pazarında²²⁰ etkin rekabetin olup olmadığı hususu araştırılmıştır, ve bira pazarında biri Efpa (pazar payı %77), diğeri ise Bimpaş (pazar payı %22-23) olmak üzere başlıca iki teşebbüsün faaliyet göstermekte olduğu, pazara giriş engellerinin yüksek olduğu ve duopolistik bir yapıda olan bu pazarda teşebbüsler arasında etkin bir rekabet bulunmadığı tespit edilerek, Efpa ve Bimpaş'ın açık ve kapalı nihai satış noktaları ile imzaladıkları tek elden satın alma sözleşmelerinde yer alan rekabet etmeme yükümlülüklerinin ve bu etkiyi doğuran sınırlamaların bira pazarındaki rekabeti önemli şekilde engellediğine karar verilmiş, buna bağlı olarak da Rekabet Kanunu'nun muafiyetin geri alınmasına ilişkin olan 13. maddesine dayanılarak, Efpa ve Efes'e verilen grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir.

Efpa tarafından söz konusu kararın Efpa ile ilgili kısımlarının iptali talebiyle Danıştay'da dava açılmıştır²²¹. Danıştay ise kararında davaya konu olayda ilgili pazarda hakim durumda olan bir teşebbüslerin yer aldığı, bu teşebbüsün güçlü bir markaya sahip olduğu, rakip sayısının sınırlı ve pazar paylarının hakim durumdaki şirkete göre yüksek olmadığı, yabancı teşebbüslerin hakim durumdaki teşebbüs ile lisans anlaşması yaparak pazara ürün sunmayı tercih etmelerinin de gösterdiği üzere, üretici olarak pazara girişin zor olduğu, ithalatın önemli boyutta olmadığı' dikkate alındığında, Efpa ve Bimpaş tarafından benzer nitelikte dikey sınırlamalar (özellikle rekabet etmeme yükümlülüğü ve bu etkiyi doğuran diğer hükümler) içeren anlaşmaların toplu etkisinin açık satış noktalarını içeren ilgili pazarda 2003 yılında %47,4 gibi yüksek bir orana ulaştığı, bu nedenle anılan pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırdığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin "İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması" şeklindeki "c" bendindeki şartın sağlanmadığı" sonucuna varılmıştır. Bu doğrultuda, Efpa ve Bimpaş ile bayi ve distribütörlerin nihai satış noktalarıyla yaptıkları münhasırlık içeren tek elden satın alma anlaşmalarından 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında yararlandıkları muafiyetin Rekabet Kanunu'nun 13. maddesine dayanılarak geri alınması yolundaki dava konusu Rekabet Kurulu kararını kabul ederek, davayı reddetmiştir.

²²⁰ 05-27/317-80 sayılı Efes – Bimpaş kararında ilgili pazar: (1) tüketicilere ürünleri kapalı olarak satan bakkal, market ve büfe gibi satış noktaları (kapalı satış noktaları) ile (2) tüketicilere ürünlerin satış noktasından hemen tüketilebilecek şekilde ve genellikle başka bir hizmetle (müzik, lokantacılık ve konaklama gibi) birlikte sunulduğu restoran, bar, otel gibi satış noktaları (açık satış noktaları) olmak üzere iki ayrı pazardan oluşmaktadır.

²²¹ Danıştay 13. Daire, 5.6.2007 T., 2005/8951 E., 2007/3586 K.

Ayrıca, Bimpaş tarafından da Efpa-Bimpaş Kararı'nın Bimpaş ile ilgili kısımlarının ve karara dayanak olan 2002/2 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemi ile Danıştay'da dava açılmıştır. Danıştay, Efes tarafından açılan davadaki açıklamalarına paralel açıklamalarda bulunmuş; bunun yanında, davacının 2002/2 sayılı Tebliğ madde 6(1) hakkındaki iddialarına da "2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinin iptali istenilen 6. maddesinin birinci fıkrasında, bu Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanununun 5. maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu'nun Kanununun 13. maddesine dayanarak, anlaşmaya bu Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabileceği, bu durumda Rekabet Kurulu'nun nihai kararını vermeden önce tarafların yazılı ve/veya sözlü görüşlerini isteyeceği belirtilmiştir. Rekabet Kanunu'nun 13. maddesinde bireysel muafiyetin geri alınmasına ilişkin koşullar düzenlenmiş ancak, grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle Kanun'un 5. maddesinin son fıkrası hükmüne göre grup muafiyeti tanınmasını sağlayan tebliğlerin usulde paralellik ilkesi gereğince yine bir tebliğ ile geri alınması gerektiği kuşkusuzdur. Bununla birlikte başlangıçta belirli konulardaki anlaşma türlerine grup olarak sağlanan muafiyetin, Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulların tümünün sağlanmadığının sonradan tespiti halinde bir veya birkaç teşebbüsten Kanun'un 13. maddesine göre geri alınabileceği de açıktır. Bu durumda iptali istenilen 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesinin ilk fıkrasında kanuna aykırılık bulunmamaktadır" sonucuna vararak, ve dolayısı ile Rekabet Kurulu kararında yer alan gerekçeleri kabul ederek, davayı reddetmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 2005 yılında aldığı kararda, Bira pazarında yaklaşık %77 payla hakim durumda olan Efpa'nın bu durumunu yıllardır korumakta olduğu, Efpa'nın ardından ikinci sırada yer alan Bimpaş'ın yaklaşık %22-23 civarında pazar payı olduğu, Efpa'nın güçlü bir markaya sahip olduğu, Efpa dışında pazarda belli bir güce sahip sadece Bimpaş'ın bulunduğu, pazara yabancı teşebbüslerin pazara hakim durumdaki teşebbüs ile lisans anlaşması yapmak sureti ile girmeyi ve ürün sunmayı tercih ettikleri, üretici olarak pazara girişin zor olduğu ve ithalatın önemli boyutta olmadığı ve pazarın düopolistik yapıda olduğu ve sonuç olarak teşebbüsler arasında etkin rekabet bulunmadığına karar verilmiştir. Bu koşulların varlığında, Efpa ve Bimpaş'ın kendilerinin veya bayilerinin nihai satış noktaları ile akdettikleri tek elden satın alma anlaşmalarındaki münhasırlık şartının ve bu etkiyi doğuran diğer sınırlamaların bira pazarında rekabetin oluşmasında önemli engel olduğuna, dolayısıyla bu iki teşebbüsün grup muafiyetinin geri alınmasına karar verilmiştir. Bu arada belirtmek gerekir ki, hakim durumda olduğu kabul edilen Efpa'nın hakim

durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti yada değerlendirilmesi Efpa-Bimpaş kararında yapılmamıştır.

Verilen 2005 tarihli bu kararda, Bimpaş açısından, kendisinden çok daha büyük pazar payına sahip olan ve hakim durumda olan Efpa ile aynı şekilde değerlendirilmesi hususunun ve Rekabet Kurulu'nun neden 20.09.2004 tarih ve 04-60/870-207 sayılı Frito-Lay - Kraft kararında değerlendirdiği²²², münhasır uygulamaların rekabetçi pazar yapısını olumsuz yönde etkilemesinde, uygulamaya konu teşebbüslerin pazar yapısı ve pazar gücünün dikkate alınması gerektiği, hakim durumda olan bir teşebbüs karşısında pazar payı düşük olan diğer teşebbüsün yaptığı uygulamaların etkilerinin hakim durumdaki teşebbüsten farklı olacağı, ayrıca pazarda hakim durumda olan teşebbüse nazaran çok daha az pazar payına sahip olan teşebbüsün münhasırlık koşullarını müşterilerine kabul ettirmesinin çok daha zor olacağını kabul edilen bir gerçek olduğu hususlarının göz ardı edilmiş olduğu düşünülmektedir. Dolayısı ile, Rekabet Kurulu Efpa-Bimpaş kararında, pazardaki iki teşebbüsü de eşit biçimde değerlendirerek, grup muafiyetinin Efpa'ya nazaran daha az pazar payı ve gücüne sahip olan Bimpaş'tan da alınmasına karar vermiştir. Ancak, Efpa-Bimpaş Kararı'nın bira pazarındaki rekabeti gerekli ölçüde korumaya elverişli olmadığı öngörülmektedir.

Kaldı ki, söz konusu karar, 22.03.2010 tarihinde Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş.'nin ("Bimpaş"-Türk Tuborg) nihai satış noktaları ile münhasır anlaşma yapabilme talebine Rekabet Kurulu tarafından olumlu yanıt vermesi ile tekrar gündeme gelmiştir. Bimpaş'a tekrar grup muafiyeti sağlanması yolunu açan bu kararda, Rekabet Kurulu 2005 yılında almış olduğu Bimpaş'ın münhasırlık şartı içeren anlaşmalarına tanınan muafiyetin pazarda etkin rekabetin tesisi amacıyla geri alınması kararının ardından geçen süre içinde pazardaki gelişmeleri dikkate alarak, Bimpaş'ın pazar payının sürekli azaldığı ve dolayısıyla pazar gücünü kaybettiği tespitleri karşısında, bira pazarındaki mevcut rekabet düzeyinin daha da azalması ihtimalini de nazara almak sureti ile Bimpaş'a beş yıla kadar münhasır anlaşma yapabilme olanağını tekrar tanınmıştır²²³.

²²² Frito Lay- Kraft kararında "Benzer münhasırlık uygulamalarının pazarın rekabetçi yapısını olumsuz yönde etkilemesinin söz konusu uygulamaya yönelik teşebbüsün pazar payı ve pazar gücü ile doğru orantılı olduğudur. Bir başka deyişle piyasada hakim durumda olan teşebbüsün yaptığı bu çeşit uygulamalarla görece düşük pazar payına sahip olan teşebbüslerin yapmış oldukları uygulamaların piyasa ve rakipler üzerindeki etkileri birbirlerinden farklı olacaktır" şeklinde bir değerlendirme mevcuttur. Ayrıca, söz konusu kararda, bu nedenle önemli oranda pazar payı ve/veya pazar gücüne sahip olan teşebbüslerin münhasır anlaşmalarına daha fazla şüphe ile yaklaşılmaktadır denmiştir.

²²³ Rekabet Kurulu gerekçeli kararı Tebliğ yazıldığı sırada yayınlanmamıştır.

Görüldüğü üzere, Rekabet Kurulu tarafından verilen karar, daha sonra tekrar ele alındığında zaman içinde ortaya çıkan gelişmeler de dikkate alınarak kararın değiştirilmesi gerektiğine kanaat getirilmiştir. Danıştay tarafından yapılan incelemenin de Rekabet Kurulu tarafından yapılan analizin ötesine geçemediği görülmektedir.

Bir başka olayda Kurul, TÜVTURK Kuzey Taşıt Muayene İstasyonları Yapım ve İşletim A.Ş. ile kara yolunda seyreden motorlu ve motorsuz araçların periyodik muayene hizmetlerinin alt işletmeciler tarafından verilmesini sağlamak üzere akdedilen “Alt İşletim Sözleşmesi”ne muafiyet tanınması talebini incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda muayene istasyonlarının ve ortaklarının, otomotiv yedek parça ve aksesuar satışı, otomotiv ürünleri bakım ve onarımı alanlarında faaliyet göstermemelerinin, faaliyet gösteren teşebbüslerle çıkar birlikteliği yaratacak her türlü yapısal ve sözleşmeden kaynaklanan ilişkiden kaçınmalarının temin edilmesi şartı ile muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.²²⁴ Bu karara karşı muafiyet başvurusunda bulunan tarafça Danıştay’da dava açılmıştır. Dava henüz devam etmekle beraber Danıştay kararın yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.²²⁵ Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararında, Rekabet Kurulu tarafından yukarıda zikredilen doğrultuda bir şart belirlenirken, alt işletici olan tarafın ortaklarının niteliği ile ilgili hiçbir belirleme yapılmamış olması ve taraflar arasındaki sözleşmede rekabet hukukuna aykırı bir hükmün varlığı ortaya koyulmadan ve 4. maddeye aykırı olan unsur tespit edilmeden kanunun 5. maddesi anlamında bir belirleme yapılmış olması eleştirilmiştir.²²⁶

2.2. 6. Madde Kapsamında Verilen Kurul Kararlarının Danıştay Denetimi

2.2.1. Hakim Durum Kavramı

Kanun’un 3. maddesine göre 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 gücü”dür. Kavramla ilgili olarak ilk ikisi Kanun metninde de yer alan üç unsur bulunduğu belirtilmektedir. Bunlar; sarıh bir tanımla haiz olmamakla birlikte ekonomik güç, müşterilerden ve rakiplerden bağımsız hareket ederek şartları belirleyebilme gücü ve bu durumun devamlılık arz etmesidir.²²⁷ Hâkim durum, hâkim durumda bulunan teşebbüslere anlaşma ve eylemleri ile rekabetin sınırlanmamasına yönelik olarak piyasadaki davranışları konusunda özel bir

²²⁴ 13.03.2008 tarihli ve 08-24/247-81 sayılı Kurul kararı.

²²⁵ Danıştay 13. Daire, 20.10.2008 T., 2008/7958 E. sayılı karar.

²²⁶ Danıştay 13. Daire, 20.10.2008 T., 2008/7958 E. sayılı karar.

²²⁷ ASLAN, İ.Y., 2. Bası, a.g.e., s.210.

sorumluluk yüklemektedir. Hâkim durumda olmak Kanun tarafından yasaklanmamış olmakla beraber, piyasayı kontrol etme gücüne sahip olan hâkim durumdaki teşebbüsün tek yanlı davranışları ile hâkim durumda olduğu pazar ile alt pazarlardaki rekabete olumsuz etki edecek davranışlarda bulunması, yani hâkim durumunu kötüye kullanması yasaklanmıştır. Ayrıca, Kanun'un 7. maddesiyle; bir ya da birden fazla teşebbüsün ilgili coğrafi pazarda birleşme veya devralma yoluyla hâkim duruma gelmeleri de yasaklanmış bulunmaktadır.

Hâkim durum ile ilgili belirleme yapılırken, bir teşebbüsün ekonomik anlamda bütünlük içinde olduğu teşebbüsler de dikkate alınmalıdır. Zira, Kurul tarafından verilen ve yukarıda bölüm III 2.1.1'de bahsedilen TTKMB Kararı'nda Gübretaş'ın TTKMB'nin kontrolü altında olan bir teşebbüs olması nedeni ile, Kanun'un 3. maddesi uyarınca bu teşebbüslerin aralarında ekonomik bütünlük bulunan tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, ekonomik bütünlük ilişkisi içinde bulunan tarafların, birbirleri ile ilişkileri açısından, diğer rakip teşebbüslerle eşit durumda olmadıklarının göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu yorum Danıştay tarafından da ilgili Kurul kararı onanarak teyit edilmiştir.²²⁸

Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespiti konusunda başvuru yapısal, işlevsel ve ekonomik güç esaslı değerlendirme kriterleri bulunmaktadır. Kurul, hakim durumun tespiti için piyasanın özellikleri, piyasanın geçmişi, ilgili pazarda faaliyet gösteren firmanın pazar payı, pazar gücünün süresi, pazardaki yoğunlaşma derecesi ve pazara giriş engelleri gibi kriterler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamaktadır.²²⁹ Hakim durumun belirlenmesinde önemli ve öncelikle ele alınması gereken ölçüt, ilgili teşebbüsün "ilgili pazar"daki payıdır. İlgili pazar tanımının hem ilgili ürün pazarı hem de ilgili coğrafi pazar açısından yapılması, hâkim durum nitelendirmesi açısından gereklidir. Pazar gücü ve hakim durum tespiti yapılırken, yalnız ilgili teşebbüsün pazardaki durumu değil, rakip işletmelerin de pazardaki konumları da belirlenmelidir. Kurul tarafından bu hususta verilen ve Danıştay'ın incelemesine konu olan kararlara ilişkin olarak Danıştay, ağırlıklı olarak, Kurul tarafından belirlenen ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazar nitelendirmelerini kabul etmiştir. Tespit edilebildiği kadarı ile sadece bir kararda, Kurul tarafından yapılan ilgili pazar tanımı ve bu pazar tanımına bağlanan sonuçların kendi içinde çelişkili olduğu belirlenerek, Danıştay tarafından uygun bulunmadığı için verilen karar iptal edilmiştir.

²²⁸ 17.07.2001 tarihli ve 01-33/331-94 sayılı kararı hakkında Danıştay 10. Daire, 12.11.2003 T., 2002/4495 E., 2003/4374 K.

²²⁹ 18.09.2001 tarihli ve 01-44/433-111 sayılı karar. Ayrıca Bkz. Aşağı bölüm 6.2.4.

Bahsedilen karar Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bünyesinde bulunan Rumeli Çimento Grubu şirketlerinden Ladik Çimento Ticari ve İktisadi Bütünlüğü'nün haczedilen tüm mal, hak ve varlıklarının satılmasına ilişkin ihale hakkındadır. İhaleye Akçansa Çimento San. ve Tic. A.Ş.²³⁰ ile Türkerler İnşaat Turizm Madencilik Tic. ve San. A.Ş.²³¹ teklif vermiştir. Kurul bu devralma işlemi ile ilgili olarak, ilgili ürün pazarlarını, torbalı ve dökme çimento ayrımlarını da kapsayacak şekilde “gri çimento üretimi ve satışı pazarı” ile “kraft torba üretimi ve satışı pazarı” olarak belirlenmiştir. İlgili coğrafi pazar ise “çimento” ürün pazarı için “Samsun, Tokat, Amasya, Çorum ve Sinop illerinin sınırlarını çizdiği coğrafi bölge”; kraft torbanın üretim ve satışı için “Türkiye Cumhuriyeti sınırları” olarak belirlenmiştir. Kurul tarafından, karara konu devralma işleminin değerlendirilmesinde “asıl önemi haiz” pazar olması sebebiyle “çimento pazarı” ağırlıklı olarak ele alınmıştır.

Kurul, ihale ile ilgili değerlendirmesinde, teşebbüslerin birden çok pazarda temas halinde bulunmalarının sakıncalı olduğunu ileri sürmüş ve Akçansa ile ortaklık ilişkisi içinde bulunan Oyak ve Hacı Ömer Sabancı Holding A.Ş. arasında çimento ve hazır beton ilgili ürün pazarlarında İç Anadolu, Marmara ve Akdeniz coğrafi bölgelerinde “birden fazla pazarda temas” riski gerçekleştiğini tespit etmiştir.

Kurul ayrıca, devralma işlemini incelerken Herfindahl-Hirschman Index (HHI) analizini kullanmış ve bu analiz sonucu ortaya çıkan verilere göre, ihaleye konu olan firmanın, ihalede en yüksek birinci teklifi veren Akçansa'ya devredilmesi halinde, işlemin “kraft torba üretimi ve satışı pazarında” hâkim durum yaratılmasına ve mevcut hâkim durumun güçlendirilmesine yol açmayacağı, ancak “çimento ilgili ürün” pazarında devir sonrası oluşacak pazarın anti-rekabetçi bir yapıda oluşabileceği, dolayısı ile hâkim durum yaratılmasına ve rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacağına ve bu nedenle bu devir işlemine izin verilemeyeceğine karar vermiştir. Kurul bu kararını verirken önceki çimento soruşturmalarında verilen kararlardan hareketle, ilgili coğrafi pazarda “koordinasyon”a gidilebileceği, birlikte hâkim durum oluşturularak rekabetin önemli ölçüde azaltılacağı varsayımında da bulunmuştur. Bu karara karşı,

²³⁰ Kurul kararından: “Akçansa, Sabancı Grubu tarafından kontrol edilmektedir. Sabancı Grubu, Türkiye klinker kapasitesinin %(...)’ini, çimento kapasitesinin ise %(...)’sini kontrol eden ikinci büyük üretici konumundadır. Sabancı Grubu, İstanbul-Büyükçekmece, Çanakkale, Mersin ve Kayseri’deki üretim tesisleri; OYAK Grubu ile ortaklaşa kontrol ettikleri OYSA teşebbüsüne ait Niğde ve İskenderun üretim tesisleri ve Zonguldak Karabük’teki öğütme tesisi ile Marmara, Ege, İç Anadolu ve Karadeniz Bölgelerinde çimento üretimi ve satışı faaliyetlerinde bulunmaktadır.”

²³¹ Kurul kararından: “Türkerler genel olarak inşaat sektöründe faaliyette bulunmaktadır. Çimento sektöründe herhangi bir faaliyeti bulunmamaktadır.”

Akçansa tarafından açılan iptal davasında Danıştay, Kurul'un ilgili ürün pazarı nitelemesini ve bu nitelemeye dayanarak ilgili işleme izin vermeme gerekçesini hukuka uygun bulmamış ve ilgili işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.²³²

Danıştay, Kurul'un ilgili coğrafi pazarı tespit edip, daha sonra da bu pazarın dışındaki pazarlar ile temas riskini belirtmiş olmasını, "ilgili coğrafi pazar tespiti" ile çelişkili bulmuştur. Danıştay ayrıca, ilgili coğrafi pazar olarak belirlenen "Samsun, Tokat, Amasya, Çorum ve Sinop illeri" için Kurul kararındaki hâkim duruma geçmeye ilişkin çekincenin ihaleye katılan diğer grup yönünden de geçerli olduğu, Akçansa'nın ihale konusu firmayı devralması durumunda ilgili coğrafi pazarda tek başına hakim duruma gelmediği ve dolayısı ile Kanun'un 7. maddesinde yasaklanan bir birleşme veya devralmadan bahsedilemeyeceği, son olarak daha önceki tarihlerde çimento sektöründe yaşanan rekabet aykırılıklarının, Akçansa A.Ş.'nin, ilgili firmayı devralması durumunda yaşanacağına karine teşkil edemeyeceği doğrultusunda görüş oluşturulmuştur. İlgili dava dosyası, Akçansa'nın davadan feragat etmesi nedeni ile, "karar verilmesine yer olmadığına karar verilerek" kapatılmıştır.²³³

2.2.2. Birlikte Hâkim Durum

Hakim durum durumun kötüye kullanılması tek başına ortaya çıkabileceği gibi, birlikte hareket etmek suretiyle, diğer bir deyişle, birlikte birden fazla teşebbüsün beraber yaptığı anlaşmalar ya da işlemler yoluyla da ortaya çıkabilir. Birlikte hakim durumun²³⁴ Kanun'da tanımı bulunmamaktadır. Birlikte hâkimiyet durumunun tanımı ve birlikte hâkim durumun kötüye kullanımının ispatı, tek başına hâkim durum ve hakim durumun kötüye kullanımının tespitinden daha zor ve tartışmalı bir konudur²³⁵.

Hakim durum ve aşağıda daha detaylı bilgi verilecek olan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin unsurlar Kurul tarafından verilen ve BİRİYAY kararı olarak bilenen kararında incelenmiştir. Bu kararda, gazete ve dergi dağıtım piyasasının kendine özgü koşulları dikkate alındığında, gazete ve dergi dağıtım pazarında birlikte hakim durumda bulunan Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. ve bu şirketin ortakları olan Birleşik Basın Dağıtım A.S. ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği ürünleri teşhir edip satan son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, bu noktalara mal tedarikini

²³² Danıştay 13. Daire, 01.03.2006 T., 2005/10038 E.

²³³ Danıştay 13. Daire, 09.07.2007 T., 2005/10038 E., 2007/4430 K.

²³⁴ Joint Dominant Position.

²³⁵ TÜRKKAN, ERDAL, Rekabet Günlüğü, 01.02.2010. www.rekabet.gov.tr

kesmek veya bu yönde tehdit yada uygulamalarda bulunmak suretiyle Star Gazetesi'nin son satış noktalarındaki satışını engellemeleri ve piyasaya yeni giren Star Gazetesinin dağıtımını üstlenen MEDYA Pazarlama Org. Hiz. lth. Tic. A.Ş'nin pazara girişini engelledikleri ve dışlayıcı bir uygulamada buldukları sonucuna ulaşılmıştır ("BİRYAY Kararı").²³⁶ Rekabet Kurulu incelemelerinde, Türkiye genelinde; YAYSAT, BBD ve BİRYAY'a ait binlerce son satış noktasında, Star gazetesinin satılmaması, YAYSAT ve BBD'nin kendileri ile çalışan bayilerine, rakip bir ürünün satışının yapılması halinde, kendi dağıttıkları ürünleri vermek istememeleri, bu teşebbüsler tarafından birlikte hakim durumun kötüye kullanılması davranışının ortak bir sonucu olduğundan bahsedilmektedir.

Bu karara karşı ilgili taraflarca Danıştay'da iptal davası açılmış ve Danıştay ilk derece incelemesinde verdiği karar ile, Kurul'un hâkim durum ile ilgili analizlerine katılmıştır. Danıştay kararında hâkim durum ile ilgili olarak; Kanun ile rekabeti bozucu davranışların yasaklanmasındaki amacın, hâkim durumda olan işletmenin kendisine yarar sağlayan ve doğrudan rekabeti kısıtlayan bir davranışın içine girmesinin engellenmesi olduğu ve bu şekilde rekabeti bozucu davranışların Kanun kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edileceğini, bu nedenle genelde hakim durumdaki teşebbüslere sahip oldukları ekonomik güç nedeniyle özel bir sorumluluk yüklenmekte olduğunu teyit etmiştir. Danıştay'a göre, kötüye kullanma, hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün rekabeti sınırlayıcı, bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı olarak tanımlanabilir.²³⁷ Danıştay, kararında, dağıtım anlaşmalarının bir ürünün üretiminden sonra nihai tüketiciye ulaşmasını sağlayan anlaşmalar olduğunu belirterek, bu anlaşmalar kötüye kullanılarak, rakiplerin mal satabileceği veya mal sağlayabileceği kanalların kapatılması ya da ticari faaliyetin yapılması için zorunlu bir takım hizmetleri sağlamaktan çekilmesi gibi hallerde dışlayıcı bir uygulamanın bulunduğu kabulünün gerekli olduğu ifade edilmiştir. Ancak, bir uygulamanın dışlayıcı olup olmadığına mutlaka somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilmelidir.²³⁸

²³⁶ 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kurul kararı.

²³⁷ Danıştay 10. Daire, 04.11.2003 T., 2001/1632 E., 2003/4243 K. sayılı Kurul kararı.

²³⁸ 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Kurul kararı hakkındaki Danıştay 10. Daire 04.11.2003T., 2001/1632 E., 2003/4243 K. Sayılı kararı daha sonra temyiz aşamasında soruşturmacı üyenin karar aşamasında oy kullanmış olması nedeni ile iptal edilmiştir. Kurul tarafından bu kararın üzerine 07-63/777-283 sayılı karar verilmiştir, bu karara karşı da ilgilileri Danıştay'da dava açmıştır. Dava halen devam etmektedir. Ancak davada tarafların yürütmenin durdurulması istemleri reddedilmiştir.

Birlikte hâkim durum başlığı altında ele alınması gereken kararlardan bir tanesi de Rekabet Kurulu'nun Digtürk/Atlas ortaklığının görüntü satışına ilişkin alıcılara ağırlaştırıcı koşullar ileri sürmek suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiası ile başlatılan soruşturma sonucunda verilen karardır.²³⁹ Bu kararında Kurul, Digtürk/Atlas'ın görüntü servisinde SHOW TV lehine ayrımcılık yapmasının, Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüleri piyasasında sahip olunan hâkim durumun, açık televizyon yayınları piyasasında kötüye kullanılması olduğuna buna bağlı olarak da idari para cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir. Bu karar taraflarca Danıştay nezdinde iptal davasına konu edilmiş, ancak Danıştay tarafından yapılan incelemede, soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanmış olması nedeni ile karar iptal edilmiştir.²⁴⁰ Kurul bu karar üzerine, dosya üzerinde inceleme yaparak, kararı yeniden ele almış ve yeni bir karar tesis etmiştir. Bu kararında da Kurul önceki bulguları çerçevesinde hâkim durum ve kötüye kullanma ile ilgili olarak aynı sonuçlara varmış ve taraflara vermiş olduğu para cezasını tekrar etmiştir.²⁴¹ Taraflar bu karara karşı da dava açmışlar, ancak bu kez Danıştay Kurul'un hâkim duruma ilişkin analizinin, bulgularının ve bunlar sonunda verdiği kararın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁴²

2.2.3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Danıştay'ın Kurul tarafından verilen kararın esasına girerek inceleme yaptığı kararlardan bir tanesi de BELKO kararı²⁴³ olarak bilinen karardır.²⁴⁴ Rekabet Kurulu, Belko kararında, Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin Ankara ısınma amaçlı kömür pazarındaki hakim durumunu aşırı fiyat uygulayarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığı hususunu araştırmıştır. Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkının Belko'ya verilmek sureti ile diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla Ankara kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da, pazarda tekel olmasından yararlanarak, perakende kömür satışında aşırı fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir.

Bu karar ile ilgili olarak Danıştay'da açılan davada, Danıştay, Kanun'un 6. maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olarak

²³⁹ 28.8.2002 tarih, 02-50/636-258 sayılı Kurul kararı.

²⁴⁰ Danıştay 13. Dairesi'nin 29.6.2005 tarih, 2005/5534 E., 2005/3339 K. ve Danıştay 13. Daire, 29.6.2005 tarih, 2005/5535 E., 2005/3340 K. sayılı kararları.

²⁴¹ 07.09.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı Kurul kararı.

²⁴² Danıştay 13. Daire, 13.02.2009 T., 2006/6024 E., 2009/1768 K. sayılı Kurul kararı.

²⁴³ 06.04.2001 tarihli ve 01-17/150-39 sayılı Kurul kararı.

²⁴⁴ Danıştay 10. Daire, 5.12.2003 T., 2001/4817 E., 2003/4770 K.

sayılmamış olan aşırı fiyat uygulamasının hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve teşebbüslerin zarar ettiği hallerde aşırı fiyat uygulamasının ihlal teşkil edip etmeyeceğini tartışmıştır. Bu tartışmalar sonucunda, kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerine, bu faaliyetin fiilen ya da hukuken imkânsızlaşmasına neden olmadığı sürece Kanun'un uygulanabileceği, aşırı fiyat uygulamasının şartları gerçekleştiğinde, m. 6 anlamında hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olarak kabul edilmesi gerektiği, aşırı fiyat uygulayan teşebbüsün zarar etme savunmasını getirmesi halinde de maliyet analizi yaparak, aşırı fiyatın yüksek maliyetlerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, ve eğer kaynaklanıyorsa, teşebbüsün rekabetçi koşullarda faaliyet gösteriyor olsa idi maliyetlerinin düşürülmesi için herhangi bir girişimde bulunup bulunmayacak olması incelenerek, rekabetçi koşulların fiyatların düşmesine neden olacağı tespit edilirse, teşebbüsün zarar etmesine rağmen Kanun'a aykırı davranmış olacağı kanaatine varılmıştır.

Danıştay 10. Dairesi'nin bu kararı, dava dilekçesinde duruşma istemi bulunmasına karşın, duruşma yapılmaksızın esas hakkında karar verildiği gerekçesiyle bozulmuştur.²⁴⁵ İDDK'nın bozma kararını takiben konuyu inceleyen soruşturmayı yürüten Rekabet Kurulu üyesinin, nihai kararın verileceği Kurul toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Kurul kararını iptal etmiştir.²⁴⁶ Bunun üzerine Rekabet Kurulu, anılan dosya üzerinde inceleme yaparak yeninden ve önceki kararı doğrultusunda nihai karar vermiştir.²⁴⁷ Bu karara karşı açılan dava halen devam etmektedir. Davada Belko'nun yürütmenin durdurulmasına ilişkin talebi Danıştay tarafından reddedilmiştir.²⁴⁸

Hakim durumun kötüye kullanılması yollarından birisi de yıkıcı fiyat uygulamasıdır. Rekabet Kurulu tarafından Feribot ile yolcu ve araç taşımacılığı yapan Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.S.'nin ("TDİ"), hakim durumda bulunduğu, Eskihisar-Topçular hattındaki teknolojik, finansal ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir hizmet piyasası olan Çanakkale Boğazı'ndaki hatlarda maliyetin altında fiyat uygulamak suretiyle rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkarması hakkında şikayet üzerine soruşturma açılmıştır. Söz konusu şikayet dilekçesinde, TDİ'nin 2000-2004 yıllarındaki uygulamalarının rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkarttığı iddia edilmiştir.

²⁴⁵ İDDK, 02.12.2004 T., 2004/2540 E., 2004/1927 K.

²⁴⁶ Danıştay 13. Daire, 30.12.2008 T., 2008/6492 E., 2008/8399 K.

²⁴⁷ 08.07.2009 sayılı ve 09-32/703-163 sayılı karar.

²⁴⁸ Danıştay 13. Daire, 01.02.2010 T., 2009/6978 E.

Şikayete konu olan dönemin bir bölümü (2000, 2001 ve 2002 yılının bir kısmı) Kurul'un 21.5.2002 tarih, 02-30/344-140 sayılı kararına konu olmuştur. Bu kararda Kurul, yıkıcı fiyat uygulamasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilmediği gerekçesiyle soruşturma açmamıştır.²⁴⁹ Soruşturma döneminde yapılan tespitler, söz konusu kararın dayanağını oluşturan dosyada bulunanlardan farklı, yeni deliller sunmamaktadır. Diğer yandan, şikayete konu olan dönem dört yıllık bir dönemdir. Bu süre içinde yıkıcı fiyat uyguladığı iddia edilen TDİ'nin de oldukça altında fiyatlarla anılan firmaların faaliyetlerini sürdürmesi ekonomik olarak anlamlı değildir. Bu durum Kurul'un 21.5.2002 sayılı kararını destekler niteliktedir. Bu soruşturma kapsamında ilgili ürün pazarı "feribot ve arabalı vapurlarıyla yolcu ve araç taşımacılığı hizmeti pazarı" ilgili coğrafi pazarlarda "Çanakkale-Eceabat ve Gelibolu-Lapseki arası feribot ve arabalı vapur hatlarının bulunduğu Çanakkale Boğazı bölgesi", "Kabatepe-Gökçeada hattı", "Eskihisar-Topçular hattı" olarak belirlenmiştir.

Aynı konu hakkındaki şikayet üzerine, Kurul tarafından açılan ikinci soruşturma sonucunda, TDİ'nin Eskihisar-Topçular, Kabatepe-Gökçeada, Çanakkale Boğazı hatlarında gerçekleştirilen arabalı vapurla yolcu ve araç taşıma ilgili pazarında hakim durumda olduğu ve fakat, soruşturmaya konu olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı iki eylemden birisi için yargı süreci devam etmekte olduğu, diğerine ilişkin olarak ise yeterli delil bulunmadığı kanaatine varılmıştır, buna bağlı olarak da şikayetin reddine karar verilmiştir.

Bu karar Danıştay önüne getirildiğinde ise, Danıştay; TDİ'nin son üç yılda (2002-2004) Çanakkale-Eceabat hattında sırasıyla maliyetlerin %27, %30 ve %27 altındaki oranlarda; Gelibolu-Lapseki hattında ise aynı dönemler itibarıyla %30, %28 ve %25 oranlarında maliyetin altında fiyatlar belirlediği, bu iki hattın aynı zamanda TDİ'nin rekabetle karşılaştığı hatlardan ikisi olduğu, buna karşın rekabet ortamının mevcut olmadığı Eskihisar-Topçular hattında ise, belirlenen yüksek fiyatlarla aşırı kar elde ettiği, anılan yıllardaki kar oranının sırasıyla %214, %192 ve %254 olarak gerçekleştiği, Çanakkale-Eceabat ile şikayete konu Gelibolu-lapseki hattında son yıllarda uygulanan tarifeler itibarıyla TDİ'nin sürekli zarar ettiği, uygulanan fiyat tarifelerine bakıldığında Çanakkale Boğaz hattındaki tarifelerin 29.08.2003 tarihinden 2005 yılı başına kadar haklı bir gerekçe bulunmaksızın sürekli olarak indirildiği ve maliyetlerin altında fiyatlar uygulandığı, TDİ'nin fiyat indirimi yaparak zararına çalıştığı pazarda rakip

²⁴⁹ Bu karar şikayetçi tarafından Danıştay'a götürülmüştür. Danıştay 13. Dairesi, 22.6.2005 T., 2005/955 E., 2005/3246 K. sayılı kararı ile işlemin iptali istemini red etmiştir. Kararda şikayetçinin uygulamış olduğu fiyatın yıkıcı denene fiyatında altında olması gerekçe gösterilmiştir. Karar şikayetçi tarafından temyiz edilmiş olup, temyiz aşamasındadır.

teşebbüslerin de genel olarak zararına ya da çok düşük karlarla çalışmak zorunda bırakıldıkları tespitlerinde bulunmuştur. Danıştay ayrıca soruşturma raporunda, yıkıcı fiyat değerlendirilmesinde ilk ortaya konan fiyat-maliyet analizlerine göre TDI'nin, özel sektör firmalarıyla rekabet ettiği ve hakim durumda bulunduğu Gelibolu-Lapseki ve Çanakkale-Eceabat arabalı vapur hizmetlerinde son üç yılda %30 civarında maliyetin altında aşırı düşük ve zararına fiyatlarla hizmet sunarak rakip teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırdığı ve rekabetin gelişimine zarar verdiği, tarife indirimlerinin yapıldığı tarihler itibarıyla TDI'nin indirim/erini haklı gösterecek başka herhangi bir maliyet azalması ya da verimlilik artışının da bulunmadığı kaldı ki, TDI'nin rekabetle karşılaşmadığı diğer hatlarda aynı tarihler itibarıyla sürekli fiyat artışları, buna karşın rekabetle karşılaşmış olduğu hatlarda ise süreklilik arz eden indirimler yaptığı, TDI'nin kılavuzluk hizmetlerinden, liman hizmetlerinden ve Eskişehir-Topçular arası arabalı vapur hizmetlerinden elde ettiği kaynaklarla ilgili pazarda çok düşük fiyatlar dolayısıyla oluşan zararlarını sübvansede ettiği saptanmıştır. Bu itibarla, ilgili pazarda hakim durumda olan TDI'nin mali kaynaklarından gelen avantajıyla, Çanakkale Boğaziçi hatlarında 'yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, hakim durumunu kötüye kullandığı, böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) bendlerinde belirtilen davranışlarda bulunduğu kanaatine varmıştır. Bunun sonucunda da Kurul kararında hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir.²⁵⁰

Rekabet Kurumu ETİ Holding A.Ş.'nin bor tuzlarının aranması ve işlenmesi konusunda kanundan kaynaklanan tekel hakkı olduğu, Eti Holding'in bu maddeden çıkan konsantre kolemitin yurt içindeki müşterilere satımının reddedildiği bu suretle hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin iddiaları incelemiştir. Kurum incelemesi sonucunda, Eti Holding'in faaliyetinin söz konusu yasal tekel hakkından kaynaklanması nedeni ile Kanun kapsamı dışında kaldığı, bu nedenle de soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir. İlgililer tarafından açılan davada Danıştay, Kurul'un kararını hukuka uygun bulmuştur. Danıştay kararında da yurtdışı alıcılar ile yerli alıcıların eşit durumdaki alıcılar olarak kabul edilemeyeceğini ifade ederek, yurtdışındaki alıcıların talepleri karşılanırken yerli alıcıların taleplerinin karşılanmamasını hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği doğrultusunda görüş bildirmiştir.²⁵¹

Rekabet Kurulu tarafından Turkcell'in GSM cep telefonu distribütörleri ile münhasır çalışması rakip operatörün piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırarak;

²⁵⁰ Danıştay 13. Daire, 7.1.2008 T., 2006/2508 E., 2008/156 K.

²⁵¹ Danıştay 10. Daire, 31.12.2003 T., 2001/4591 E., 2003/5460 K., Heyet üyesi Orhun Yet karara karşı oy kullanmıştır.

GSM hizmetleri piyasasındaki hakim durumuna dayalı olarak, cep telefonu piyasasında faaliyet gösteren distribütörler arasında mal vermek konusunda ayırıcı uygulamalar yaptığı ve bunun sonucunda kendisi ile münhasır çalışan distribütörler karşısında, münhasır çalışmayan distribütörlerin rekabette dezavantajlı konuma gelmesine neden olduğu gerekçesi ile verilen idari para cezası hakkındaki kararı bu konu açısından önemlidir.²⁵² Soruşturmada yapılan değerlendirmeler ile Turkcell'in "GSM operatörleri piyasasındaki" hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin ("KVK") cep telefonu piyasasındaki durumunu güçlendirmek adına, "cep telefonu piyasasında" KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak hakim durumunu kötüye kullandığı belirlenmiştir. Bu karara göre pazarda hâkim durumda bir teşebbüsün mal sağlamayı reddetmesi ya da satıştan kaçınmasının mutlaka "objektif gerekçeleri" bulunmalıdır. Bu karar ile, mal vermeyi kesmenin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için; (a) mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri mal veriliyor olması, (b) müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve (c) mal vermeyi kesmek için herhangi bir haklı sebebin olmaması gerektiği vurgulanmıştır.²⁵³ Bu karar Danıştay tarafından incelenerek, Kurum'un bulguları ve sonuçları hukuka uygun bulunmuştur.²⁵⁴

Kurul'un önüne hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili bir çok şikayet gelmektedir. Bunlar arasında yer alan Türkiye Kömür İşletmeleri (TKİ)'nin bayilik sistemi ve sistem dışındaki alıcılara mal vermeyi reddetmesine ilişkin şikayet üzerine verilen Rekabet Kurulu kararı Danıştay tarafından onanmıştır. Kurul tarafından tespit edildiği üzere, TKİ yerli parça kömür üretiminde %90 gibi bir pazar payına sahip olup, üretim seviyesinde hakim durumdadır. Şikâyete konu olan olayda, TKİ ithal kömür fiyatlarındaki artışın frenlenmesi ve yerli kömürün dağıtımının belli bir düzene sokulması amacıyla bayilik sistemine geçmiş ve bayilerini ihale yolu ile belirlemiştir. Bu belirlemeden sonra TKİ'den mal alamayan bir teşebbüs TKİ'nin bu uygulaması hakkında

²⁵² 20.07.2001 tarihli ve 01-35/347-95 sayılı karar. Bu karar Danıştay tarafından soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanması nedeni ile iptal edilmiş, Kurul tarafından bu karar üzerine 14.06.2006 tarihli ve 05-88/1221-353 sayılı karar tesis edilmiştir.

²⁵³ Mal vermeyi reddetmeye ilişkin tartışmalar ile ilgili olarak ayrıca bakınız: 08-25/261-88 sayılı ve 20.03.2008 tarihli Gilette kararı " Hakim durumdaki bir teşebbüs, tekelleşme amacı olmaması durumunda, kimlerle is yapacağını özgürce seçme hakkına sahiptir. Bu durum Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme hürriyetine ilişkin hükümle de korunmaktadır. Hakim durumdaki bir teşebbüsün sözleşme hürriyetinin kısıtlanarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilmesi için, teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesinin rakiplerini dışlayarak tekelleşmesine katkı sağlaması ve bundan başka da bir ekonomik anlamı olmaması gerekmektedir

²⁵⁴ Danıştay 13. Daire, 13.05.2008 T., 2006/1219 E., 2008/4195 K.

Rekabet Kurulu'na şikayette bulunmuştur. Ancak Kurul,- karar tarihinde yürürlükte olan şekli ile – 2002/2 sayılı Tebliğ'de, dikey anlaşma yapacak teşebbüslere yönelik bir pazar eşiği getirilmemiş olduğu, pazar güçlerine bakılmaksızın tüm teşebbüslerin bayilik sistemi kurabileceğinin kabul edildiği belirtilmiştir.²⁵⁵ Hâkim durumdaki bir teşebbüsün müşterileri arasında ayrımcılık yaparak mal sağlamayı reddetmesi, ancak bu reddin objektif bir gerekçesi olmaması halinde kötüye kullanma olarak yorumlanabilir. Olayda, TKİ yeni bayilik sistemini herkese açık olan ve ayrımcı olmayan bir ihale ile tespit etmiştir. Kurul, bayilerin tarafsızca seçilmiş olmasını da gözeterek, yeni kurulan bayilik sisteminin TKİ'nin bazı müşterilerine mal vermeyi kesmesinin “objektif ve haklı nedeni” olarak kabul etmiştir. Ayrıca Kurul'a göre, hâkim durumdaki teşebbüsün müşterilerinin faaliyet gösterdiği ilgili ürün pazarında aynı nitelikte faaliyet gösterip göstermediği hususu da önemlidir. TKİ sadece üretim seviyesinde yer alıp, toptancı ya da perakendeci seviyesinde faal değildir. Kurul tüm bu hususları dikkate alarak şikâyet hakkında önaraştırma ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Danıştay bu kararı, karardaki tüm değerlendirme ve sonuçları kabul ederek onamıştır.²⁵⁶

2.2.4. Menfi Tespit

Hâkim durum kavramının ve unsurlarının tartışıldığı önemli kararlar arasında Rekabet Kurulu'nun “Advantage Kredi Kart Programı”na ilişkin menfi tespit ve muafiyetin geri alınması hakkındaki kararları yer almaktadır.

Rekabet Kurumu, 1998 yılında Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.S.tarafından kendisine yapılan başvuru üzerine, o tarihte uygulaması yeni başlayan, mağaza taksit ve indirim kartı hizmetleri pazarında Benkar ile üye işyerleri arasında imzalanacak olan ve Advantage Card üye işyerleri ile karşılıklı münhasıriyet içerisinde çalışılmasını ön gören üye iş yeri sözleşmesine menfi tespit belgesi vermiştir.²⁵⁷

Kurul daha sonra, Boyner Holding A.Ş. ile Fiba Holding A.Ş. arasında, Benkar'ın Fiba Bank A.Ş.'ye devri yoluyla bir ortak girişim kurulması işlemine ilişkin olarak yapılan bildirim üzerine yapılan değerlendirmede, bahsedilen ortak girişime izin vermiştir. Ancak, Rekabet Kurulu, yukarıda zikredilen karar ile menfi tespit verildiği sırada mevcut olan şartların değişmiş olması, bu bağlamda söz konusu anlaşmalarda yer alan karşılıklı münhasırlık hükmünün, Benkar lehine

²⁵⁵ 2002/2 sayılı Tebliğ 2007/2 sayılı Tebliğ uyarınca 1.7.2007 tarihi itibarıyla değiştirilmiştir. Dolayısı ile bu kararın verildiği dönemden farklı olarak %40 eşiği Pazar eşiği getirilmiştir.

²⁵⁶ 19.10.2004 tarihli ve 04-66/949-227 sayılı karar ve Danıştay 13. Daire 14.12.2005T., 2005/5712 E., 2005/5989 K.

²⁵⁷ 28.4.1999 tarihli ve 99-21/177-96 sayılı Kurul kararı.

tek taraflı olarak uygulandığı tespit edilerek, bu uygulamanın piyasaya girişlerini engelleyici nitelik arz etmesi nedeni ile Benkar'ın üye işyeri sözleşmelerine verilen, menfi tespitin geri alınmasına karar vermiştir²⁵⁸. Bu kararda Kurul, hakim durumun tespiti için piyasanın özellikleri, piyasanın geçmişi, ilgili pazarda faaliyet gösteren firmanın pazar payı, pazar gücünün süresi, pazardaki yoğunlaşma derecesi ve pazara giriş engelleri gibi kriterler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu karara karşı, taraflar Danıştay'a başvurmuşlar, ancak Danıştay Kurul tarafından verilen karar gerekçelerini dikkate alarak onamış ve karar temyiz aşamasından geçerek kesinleşmiştir.²⁵⁹

2.3. Birleşme - Devralma - Özelleştirme Kararları

Rekabet Kanunu'nun "Birleşme ve Devralmalar" başlıklı 7. maddesi uyarınca bir veya daha 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 başka bir teşebbüsün kontrolünü ele geçirmesi hukuka aykırı ve yasaktır. Rekabet Kanunu'nda birleşme ve devralma yöntemi açısından bir ayırım öngörülmemektedir. Ayrıca, birleşme ve devralmanın konusu varlıklara ilişkin de bir kısıtlama yoktur. Bu açıdan bir birleşme devralmanın konusu, bir şirket ya da hisse ya da marka vs. gibi her türlü ekonomik varlık olabilir. Kanun birleşme ve devralmanın hukuki yapısı ve şeklinden ziyade, ilgili hukuki işlemin doğurduğu sonuçlar ile ilgilenmektedir. İlgili 7. madde ile Rekabet Kurulu'na birleşme ve devralmaların hukuki denetim ve geçerliliğinin sağlanması için gerekli olan düzenlemeleri yapmak yetkisi verilmektedir. Bu kapsamda, Rekabet Kurulu tarafından *Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkındaki Tebliğ* yayınlamıştır²⁶⁰. Rekabet Kurulu Kanun'dan aldığı yetkisine dayanarak, Kanun'da öngörülen ve Tebliğ'de belirlemiş olduğu esaslar çerçevesinde birleşme ve devralma niteliğindeki işlemleri kontrol etmektedir.

Kurul tarafından bugüne kadar birleşme ve devralmalara ilişkin çok sayıda karar verilmiştir. Verilen bu kararların bir kısmı Danıştay incelemesine götürülmüştür. İncelememizde tespit edilebildiği kadarı ile birleşme ve

²⁵⁸ 18.09.2001 tarihli ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararı.

²⁵⁹ 18.09.2001 tarihli ve 01-44/433-111 sayılı Kurul kararını onayan kesinleşen Danıştay 10. Daire, 23.12.2003 T., 2002/693 E., 2003/5295 K. ; 24.11.2005 tarih ve 05-79/1082-309 sayılı Kurul kararını onayan Danıştay 13. Daire, 25.03.2008 T., 2006/2437 E., 2008/3350 K.

²⁶⁰ 1998/2, 1998/6, 2000/2 ve 2006/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, Tebliğ No: 1997/1, Resmi Gazete Tarih: 12.08.1997, Sayı: 23078.

devralmalara ilişkin kararların Danıştay tarafından genel olarak onandığı görülmektedir. Sadece iki Danıştay kararında (Doğan ve Efes) Rekabet Kurulu'nun görüşünün aksine tespitler yapıldığı tespit edilebilmiştir.

Tespit edilebildiği kadarı ile, bugün itibariyle, Rekabet Kurulu'nun şartlı izin vermiş olduğu kararları²⁶¹ arasında yer alan; "Vatan" gazetesinin yayıncısı ve sahibi Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş. ve Kemer Yayıncılık ve Gazetecilik A.Ş.'nin tam kontrolünün Doğan Gazetecilik A.Ş. ("Doğan") tarafından devralınması işlemine izin verilmesine ilişkin inceleme ve kararı Danıştay incelemesine sunulmuş tek şartlı izin kararıdır.

Kurul devralma işlemine ilişkin incelemesinde, söz konusu devralma işlemi sonucunda ilgili pazarda (günlük siyasi gazete pazarı) yoğunlaşmanın oluşup oluşmayacağını belirlemek için Herfindahl-Hirshman İndeksi metodu ile analiz yapmış ve pazarda devralma öncesinde, ilgili teşebbüslerce pazarlanan yayınların net satış adetleri açısından piyasada "orta riskli", reklam gelirleri açısından "çok riskli" olarak tanımlanabilecek bir yoğunlaşmanın mevcut olduğu, devralma işlemi sonucunda da bu yoğunlaşmanın artacağı hesaplanmıştır. Kurul'a göre, Doğan Grubu'nun portföyüne eklenecek her yeni gazete, bir reklam yeri sağlayıcısı olarak Doğan'ın gazete reklamı piyasasındaki pazarlık gücünü pekiştirecektir. Kurul bu bulgular çerçevesinde, inceleme konusu devir işleminin Doğan'ın günlük siyasi gazete pazarındaki hâkim durumunu güçlendireceğine kanaat getirmiştir.

Öte yandan Kurul, incelemesinde "batan teşebbüs savunması"na dikkate almıştır. Kurul, batan teşebbüs savunmasını dikkate almış olması nedeni ile devralma işlemine bazı şartların yerine getirilmesi koşulu ile izin vermiştir. Kurul kararı uyarınca; Doğan karar tarihinden sonraki iki yıl içinde "Vatan Gazetesi" markası ve imtiyaz hakkına ilişkin tüm borç ve yükümlülükleri giderecek ve bu marka ve imtiyaz hakkını kendi kontrolü dışındaki bir üçüncü kişiye

²⁶¹Kurul tarafından şartlı izin verilmiş olan birleşme devralma kararlarına örnek olarak bakınız: Güneş Express Havacılık A.S. (Güneş Express)'nin %50 oranında hissesinin Deutsche Lufthansa AG (Lufthansa) tarafından Condor Flugdienst GmbH (Condor)'den devralınması işlemi hakkındaki 11.4.2007 tarihli ve 07-31/323-119 sayılı karar; 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 devredilmesi işlemi hakkındaki 21.2.2008 tarih ve 08-16/189-62 sayılı karar; ve TEDAŞ Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.'ye ait 17 görev bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının ilgili firmalara devri hakkındaki 16.10.1998 tarihli 87/693-138 sayılı karar (Bu karara karşı TEDAŞ Genel Müdürlüğüne bağlı Boğaziçi Elektrik Dağıtım Şirketi Çağlayan İşletme Müdürlüğünde sözleşmeli personel olarak çalışan bir kişi Danıştay'da dava açmıştır. Ancak açılan dava menfaat yokluğundan reddedilmiştir.- Danıştay 10. Daire, 25.05.1999 T., 1998/7180 E., 1999/2637 K. - Karara karşı başka bir davaya rastlanmamıştır.).

devredecektir. Kurul bu devir işleminin Tebliğ ile belirtilen eşiklerin altında kalması halinde dahi kendisine bildirilmesini şart koşmuştur. Kurul, ayrıca, şart koşulan satış işleminin alıcı çıkmaması nedeni ile gerçekleştirilememesi ihtimalini gözeterek, öngörülen koşullar ile satış işleminin gerçekleştirilememesi halinde, verilen sürenin bitiminden itibaren iki ay içinde, Rekabet Kurulu'nun gözetiminde ihale yöntemi ile satılmasını şart koşmuştur. Bunlara ek olarak Kurul Doğan ve ilgili teşebbüslere, "Vatan" markası ya da benzerini kullanmamak ve tescil ettirmemek konusunda da yükümlülük yüklemiştir.²⁶²

Doğan Gazetecilik verilen bu karara karşı Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay bu karar ile ilgili olarak yürütmenin durdurulması istemini kabul etmiş ve kabul gerekçesinde Kurul'un Kanun'un 7. maddesi kapsamında 1997/1 sayılı Tebliğ'deki esasları dikkate alarak yapacağı incelemesi sonucunda vereceği izni bazı yükümlülük ve şartlara tabi kılabilceği, ancak bu şartların sadece Kanun'la uyumlu ve dayanağını Kanun'dan alan şartlar olabileceğini ifade etmiştir. Danıştay'a göre, Kurul tarafından 2 yıl sonra gerçekleştirilmesi öngörülen şartlar, ticari hayatın koşulları dikkate alındığında bugünden belirlenmesi mümkün olmayan durumlardan hareket edilerek belirlenmiştir. Dolayısıyla iki yıl sonraki varsayım dayalı durumlardan hareketle ayrıntılı belirlemeler yapmak hukuka uygun değildir. Danıştay kararında ayrıca, bu şartların bazılarının Kurul'un görev ve yetkisi alanına ilişkin tartışmalı olduğu kimi konuları da içermekte olduğunu ifade etmiştir.²⁶³ Ancak Danıştay kararında öngörülen *hangi şartın* Kurul'un yetkisi sınırlarını aştığını ifade etmemiştir.

Şartlı izin kararlarına örnek olarak verilebilecek olan ve Danıştay incelemesinden geçerek onanmış olan bir diğer karar da özel bir şirket ve kişiler arasındaki "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi"ne ilişkin karardır.²⁶⁴ İlgililer bu sözleşme için Kurul'a menfi tespit başvurusunda bulunmuşlardır. Kurul bu devralma işlemine ilişkin başvuruyu menfi tespit incelemesi kapsamında ele almıştır. İnceleme konusu "Sermaye Payı Satış Sözleşmesi" ile hisselerini satan tarafların, 15 yıl süresince, devralan taraf ile devralan tarafın faal olduğu alanlarda ve Dünya çapında devralan ile hiçbir şekilde rekabet etmeyeceklerine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Rekabet Kurulu bu hükmü bir yan sınırlama olarak ele almıştır. Kurul, kararında, rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, "*yoğunlaşma ile doğrudan ilgili ve gerekli olma*" kıstasının yanı sıra "*sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma*" ve "*orantılılık*" kıstaslarını da sağlaması gerektiğini belirtmiş ve somut işlem açısından belirtilen süredeki rekabet etmeme

²⁶² 10.03.2008 tarihli ve 08-23/237-75 sayılı Kurul kararı.

²⁶³ Danıştay 13. Daire, 13.02.2009 T., 2008/13171 E.

²⁶⁴ 08.07.2004 tarihli ve 04-46/588-143 sayılı Kurul kararı.

yasağının makul bir gerekçesinin bulunmadığına kanaat getirmiştir. Bu doğrultuda ilgili sözleşmede rekabet etme yasağına ilişkin hükmün iki yıl ile sınırlı olarak yeniden düzenlenmesi halinde menfi tespit verilebileceğine karar vermiştir. Kurul tarafından verilen bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.²⁶⁵

Birleşme ve devralma kararları arasında dikkat çeken kararlardan bir tanesi de, Kurul' un Mey Alkollü İçkiler San. ve Tic. A.Ş. ("Mey")'nin mülkiyetinde bulunan "Tekel Birası + Şekil" markasının Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. A.Ş. ("Efes") tarafından devralınmasına ilişkin karardır. İnceleme konusu işlem kapsamında "Tekel Birası" markasının ve Şekil markasının marka tescil belgesi üzerinde kayıtlı tüm emtialar için geçerli olmak üzere markanın ve markaya dair şekil, know-how, patent, lisans, izin, tasarım, internet alan ad/adları, ürüne ait tat, reçete, sku spekleri, ambalaj örnekleri, tüm iletişim/pazarlama çalışma ve baskılı malzeme örnekleri gibi ilgili tüm hak ve yetkiler ile Efes tarafından devralınması amaçlanmıştır.

Kararda, bir teşebbüse ait malvarlıklarının kısmen ya da tamamen devredilmesi 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında devralma sayıldığı için, "Tekel Birası Sekil" markasının devrinin 1997/1 sayılı Tebliğ bakımından bir devralma niteliği taşıdığı belirtilmiştir. Kurul önceki kararlarına da atıf yaparak, Efes'in bira pazarında hâkim durumda olduğunu ve "Tekel Birası" markasının en eski Türk birası olarak pazarda belirli bir bilinirliğe sahip olduğunu belirtmiştir. Kurul bira pazarındaki reklam yasaklarını da Efes'in karşısına rakip bir teşebbüsün çıkmasını zorlaştıran bir engel olarak değerlendirmiştir. Kurul'a göre, bira pazarında, yeni bir ürün ambalajı rekabetçi bir araçtır. "Tekel Birası" markası da bilinirliği yüksek bir markadır. Bu markanın devralınması Efes'in sahip olduğu ürün ve marka çeşitliliğini artıracaktır. Fakat Kurul, devre konu "Tekel Birası"nın hâlihazırda piyasada bulunmadığı ve bulunduğu dönemde de Pazar payının çok düşük olduğunu tespit etmiştir. Kurul buna bağlı olarak, ilgili markanın devrinin Efes'in hâkim durumunu güçlendirmeyeceğine karar vermiş ve devir işlemine izin vermiştir.

Ancak, "bira pazar"ında faal olan Bimpaş Bira ve Meşrubat Pazarlama A.Ş. ilgili izin kararına karşı Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay bu davada Bimpaş'ın yürütmenin durdurulmasına ilişkin talebini kabul etmiştir.²⁶⁶ Danıştay kararında, Kurul kararındaki analizlere ve verilere atıf yapılarak, "Tekel Birası" markasının tüketici nezdinde düşük oranda da olsa yardımsız hatırlanan bir marka olduğu, reklam yasakları nedeni ile bira pazarına yeni bir marka ile girişin zor olduğu, Efes'in halihazırda hakim durumda olduğu ve markasının güçlü olduğu,

²⁶⁵ Danıştay 13. Daire, 18.01.2006 T., 2005/6200 E., 2006/157 K.

²⁶⁶ Danıştay 13. Daire, 25.01.2010 T., 2009/6743 E.

bu anlamda özellikle marka bağımlılığının ve tüketici sadakatinin Efes lehine olduğu ve devre konu olan markanın ilgili pazarda pazar payı ve bilinirliği olmayan bir markanın lisansı gibi değerlendirilemeyeceği, bu markanın, markayı taşıyan ürünün üretimi durdurulduktan sonra dahi belirli bir bilinirliğe sahip olduğu, bu nedenle de devir işleminin Efes'in hâkim durumunu daha da güçlendirileceği dolayısı ile Kanun'un 7. maddesine aykırı olduğu gerekçeleri ileri sürülmüştür.

Birleşme ve devralma işlemleri ile ilgili olarak Kurul tarafından izin verilen işlemlerin bir kısmı, menfaati olan diğer teşebbüsler tarafından Danıştay incelemesine götürülmüştür, Danıştay yukarıda bahsedilen iki karar dışında Kurul tarafından inceleme konusu işleme izin verilmesi doğrultusundaki kararı onamıştır.

Ortak girişimler de birleşme ve devralmalar kapsamında değerlendirilen ve ilgili 1997/1 sayılı Tebliğ madde 2(c) uyarınca Tebliğ'in kapsamı dahilinde birleşme ve devralmaya konu olmaktadır. Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlar uyarınca, bir ortak girişimin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılabilmesi için; (i) Ortak kontrol altında bir teşebbüsün bulunması, (ii) Ortak girişimin bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkması ve, (iii) Ortak girişimin, taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisinin olmaması bir başka deyişle rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açmaması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁶⁷ Bu koşullar, Kurul tarafından, re'sen başlatılan Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.S. unvanlı ortak girişim şirketi kurulması ve Turkish Daily News süreli yayınının imtiyaz ve yayın hakkının devredilmesi işlemine ilişkin inceleme sonucunda verilen kararda da açıklanmaktadır.²⁶⁸ Bu kararında Kurul, İngilizce Gazete pazarı esas alındığında, ilgili işlemin Tebliğ kapsamında bildirilmesi gereken bir işlem olduğuna karar vermiştir. Ancak, söz konusu işlem, ilgili pazarda yeni bir hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesine ve böylece rekabetin önemli ölçüde azalmasına yol açmadığı için, Kurul tarafından işleme izin verilmiştir. Kurul bu kararında, taraflara bildirmeme nedeni ile ceza vermiştir. Bu nedenle, hakkında para cezası veren taraflar, kararı Danıştay'a götürmüştür. Karar'ın ortak girişimin koşulları ve bildirime tabi olması ile ilgili kısımları Danıştay tarafından onanmıştır.²⁶⁹

²⁶⁷ 3.6.2009 tarihli ve 09-26/540-129 sayılı Kurul kararı.

²⁶⁸ 12.12.2000 tarihli ve 00-49/519-284 sayılı Kurul kararı.

²⁶⁹ Danıştay 10. Dairesi'nin 30.11.2004 günlü, 2001/4798 E., 2004/7758 K. sayılı kararı ile onan bu karar, bildirmeme nedeni ile verilen para cezasının, lehe olan Kanun değişikliğinin dikkate

Bilindiği üzere, özelleştirmeler de birleşme devralma bildirimine tabi olmakta ve özelleştirme konusu işlem Tebliğ ile belirlenen eşiklerin üzerinde ise, bildirim yapılması zorunludur. 1998/4 sayılı Tebliğ ile özelleştirme yolu ile yapılan devralmaların bildirimine dair usul ve esaslar belirlenmektedir. Özelleştirmelerde Rekabet Kurulu inceleme süreci; ön bildirim (1998/4 sayılı Tebliğ m. 3 ve 4) ve izin (1998/4 sayılı Tebliğ m. 5 ve 6) olarak iki aşamalı olarak gerçekleşmektedir. Dolayısı ile, Kurul tarafından izin verilen işlemler arasında özelleştirme yoluyla devralma işlemleri de bulunmaktadır. Kurul tarafından bu güne kadar verilmiş; POAŞ²⁷⁰, Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.²⁷¹, Tüpraş²⁷², TEKEL²⁷³ ve Türk Telekom²⁷⁴,un özelleştirilmesine izin kararları, ilgili taraflarca Danıştay incelemesine sunulmuştur. Yargılama süreci sonucunda, söz konusu izin kararlarının uygunluğu Danıştay tarafından da onaylanmıştır.

3. Rekabet Kurulu Kararlarının Sonuçlarına Göre Ayrım

4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında, Kurul'un, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya re'sen bu Kanun'un 4., 6. ve 7. maddelerinin ihlâl edildiğini tespiti halinde, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine Kanun'un dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildireceği belirtilmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da Kurul tarafından, birinci fıkra göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine

alınmamış olması nedeni ile hukuka uysuz görülerek İDDK, 19.2.2009 T., 2005/1575 E., 2009/57 K. sayılı kararı ile bozulmuştur (karar yayınlanmamıştır). Bozma gerekçesi dikkate alınarak, Kurul tarafından, yeni bir karar tesis edilmesi ihtiyacı duyulmamıştır.

²⁷⁰ 08.03.2000 tarihli ve 00-10/105-51 sayılı Kurul kararı. Bu karara karşı Petrol İş Sendikası tarafından açılan dava Danıştay tarafından reddedilmiştir: Danıştay 10. Daire, 06.11.2002 T., 2000/1776 E., 2002/4183 K.

²⁷¹ 15.09.2006 tarihli ve 06-64/882-254 sayılı Kurul kararı. Bu karara karşı TMMOB Makina Mühendisleri Odası tarafından açılan dava Danıştay tarafından reddedilmiştir, Danıştay 13. Daire, 29.02.2008 T., 2006/4967 E., 2008/2916 K.

²⁷² 21.10.2005 tarihli ve 05-71/981-270 sayılı Kurul kararı. Bu karara karşı Petrol İş Sendikası tarafından açılan dava Danıştay tarafından reddedilmiştir. Danıştay 13. Daire, 25.6.2007 T., 2005/9936 E., 2007/4097 K.

²⁷³ 15.12.2003 tarihli ve 03-79/965-396 sayılı Kurul kararı. Bu karara karşı Tek Gıda İş Sendikası tarafından açılan dava Danıştay tarafından reddedilmiştir. Danıştay 13. Daire, 01.03.2006 T., 2005/1768 E., 2006/1238 K.

²⁷⁴ 21.07.2005 tarihli ve 05-48/681-175 sayılı Kurul kararı. Bu karara karşı Elektrik Mühendisleri Odası ve Türk Haber-Sen tarafından açılan davalar Danıştay tarafından reddedilmiştir. Danıştay 13. Daire, 22.05.2007 T., 2005/7969 E., 2007/3383 K. ve Danıştay 13. Daire, 22.05.2007 T., 2005/7877 E., 2007/3384 K.

ihlâlâ ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildireceği, maddenin dördüncü fıkrasında ise, Kurul'un, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlâlden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 16. ve 17.maddeleri de Kanun'da yasaklanan davranışlara ilişkin olarak Kurul tarafından verilebilecek olan para cezalarını düzenlemektedir²⁷⁵. 16.madde "idari para cezaları", 17.madde ise "sürelî para cezaları" başlığını taşımaktadırlar. Kurul tespit edeceği ihlale göre, vereceği "ihlale son vermeye" ilişkin kararın yanında ilgili teşebbüslere ihlallerinin ağırlığına göre tayin edeceği para cezalarını da verebilir.

Bu bölümde Kurul tarafından ihlalin önlenmesi ya da sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınabilecek olan tedbirler ve Kurul tarafından verilecek olan para cezaları ele alınarak Danıştay'ın bunlar ile ilgili değerlendirmelerine yer verilecektir.

3.1. Geçici Tedbir

Geçici tedbir kararları 4054 sayılı Kanun m.9/3'de düzenlenmiş olup, nihaî karar niteliğinde olmamalarına rağmen Kanun m.55 gereğince yargısal denetime tabi tutulmuşlardır.

Özellikle telafi olunamayacak zararlar açısından Kurul'un geçici tedbire karar verme yetkisinin kullanımı, nihaî kararın etkinliğini sağlayabilmek bakımından son derece önemli olup, bu kararın alınabilmesi 4054 sayılı Kanun'da belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Bu şartlar ilgili 9. madde metninden anlaşılmaktadır. 9.maddede "Kurul, nihaî karara kadar ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, **ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihaî kararın kapsamını aşmayacak şekilde** geçici tedbirler alabilir." denilmektedir.

Buna göre, geçici tedbir kararı verilebilmesi için;

- Kurul'un bir ihlal tespit etmiş olması,
- Bu ihlalden önceki duruma ilişkin bir belirleme yapmış olması,
- Tedbir talebinin konusu eylem hakkında tedbir alınmaz ise, ciddî ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunması gerekmektedir

Kurul tarafından verilecek olan geçici tedbir sürelî olup, nihaî karar verilinceye kadar geçecek olan süre boyunca tedbirin devamı öngörülebilir.

²⁷⁵ 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 472. madde ile değiştirilmiştir.

Geçici tedbir kararlarının konu olduğu Danıştay kararlarında Danıştay'ın değerlendirmesi genel olarak verilen geçici tedbir kararın kapsamı açısından yapılmıştır.

Kanun metni incelendiğinde Kurul'un herhangi bir ihlal tespit ettiği bir durumda, ihlalin sonuçlarını (ya da potansiyel sonuçlarını) esas alarak, bunları ortadan kaldırıcı tedbirler almasının mümkün olduğu, Kanun'un bu tedbirin hangi şekilde alınacağına ve hangi hukuki araçların kullanılacağına ilişkin bir belirleme yapmamış olduğu görülmektedir. Dolayısı ile Kurul tüketici menfaatine olacak şekilde ve ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve hukukilik, iyi niyet ve doğruluk dürüstlük kurallarına uygun herhangi bir tedbir kararı alabilir.

Kurul'un herhangi bir geçici tedbir kararı vermesinden önce ilgili teşebbüse ihlal şüphesi olan bir davranışa ilişkin bir uyarı yazısı göndermesi de mümkün görülmektedir.²⁷⁶

Türk Rekabet Hukuku uygulaması bakımından da durum benzer şekildedir. Rekabet Kurulu'nun bugüne kadar vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararlarının sayısının oldukça az olmasının yanı sıra; bu karar tek başına yayımlanmamakta ve ancak nihai karar ile birlikte, bunun içerisinde bahsedilmek suretiyle yayımlanmaktadır. Bu nedenle de, ihtiyati tedbir kararlarının etkinliği ve Rekabet Kurulu'nun ihtiyati tedbir kararları karşısındaki tutumunu saptayabilmek kolay olmamaktadır.²⁷⁷

Geçici tedbirler ile ilgili olarak Danıştay incelemesine başvurulmuş olan kararlardan bir tanesi, 9.10.2003 tarih ve 03-66/795-M sayılı geçici tedbir kararıdır. Bu dosyada Kurul, bir şikayetçinin Göltaş Göller Bölgesi Çimento San ve Tic. A.Ş.'nin (Göltaş) ilgili bölgedeki tek klinker sağlayıcısı olduğu ve haksız bir biçimde mal vermeyi reddettiği hakkındaki başvurusunu ciddiye alarak, soruşturulan taraf Göltaş'ın soruşturma sonuna kadar, şikayetçiye günlük 300 ton klinkerin satışının 29 ABD Doları fiyatla sağlamaya devam etmesi yönünde karar vermiştir ("Göltaş Kararı"). Bu karara karşı Göltaş tarafından açılan davada Danıştay, şikâyetçi ve soruşturulan taraflar arasındaki sözleşmenin 31.12.2003 tarihi itibarıyla sona erdiğini dikkate alarak, bu tarihten sonra davacı şirkete mal

²⁷⁶ ARI, HALUK, AYGÜN, ESİN ve KEKEVİ, H.GÖKŞİN (2009) "Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma" Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, 17-18 Nisan 2009, Kayseri., s.271., 06.12.2007 tarih ve 07-89/1128-439 sayılı kararı hakkında verilen Danıştay 13. Daire'nin 11.6.2008 T., 2008/1686 E., 2008/4778 K. sayılı kararında da Kurul'un bu nitelikte bilgilendirici ve uyarıcı işlemler tesis edebileceği ifade edilmiştir.

²⁷⁷ İnceleme sırasında Rekabet Kurumu tarafından Türk Telekom-TTNET, Teleon, Göltaş, CNR, Afyon Veterinerler Odası ve CNR-NTSR hakkındaki incelemeler kapsamında geçici tedbir kararı alınmış olduğu tespit edilmiştir. Bu kararlardan Göltaş, CNR ve NTSR dosyalarındaki geçici tedbir kararları ile ilgili Danıştay kararlarına rastlanmış ve çalışmada yer verilmiştir.

sağlamaya ilişkin herhangi bir yükümlülük yüklenemeyeceğini ifade ederek, Kurul kararının iptaline karar vermiştir. Danıştay, Kurul'u ayrıca geçici tedbir kararını, şikâyetçinin pazarda faaliyeti olan diğer teşebbüslerden mal almak girişiminde bulunup bulunmadığının ve diğer firmaların bu talebi reddedip etmediklerinin araştırılmamış olması açısından da eleştirmiştir. Kurul tarafından verilen kararda ayrıca, geçici tedbir kararlarının ciddi ve telafi edilemez zararların önlenmesi amacına uygun olması ve "ihlalin mağduru olan teşebbüsün ihlalden öncekinden daha iyi bir duruma ya da Kanun'u ihlal eden teşebbüsün ihlalden önceki durumdan daha kötü bir duruma" getirilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Danıştay bu kararında geçici tedbir kararlarının "sadece ihlalden önceki durumun iadesini sağlayıcı, ihlalin devamını önleyici nitelikte" olması gerektiğini ve bu kararların teşebbüsleri cezalandırmak amacı ile kullanılamayacağı, "ihlal eden teşebbüse nihai kararda en fazla hangi yükümlülükler verilecek ise, geçici tedbir kararında bu yükümlülüklerin aşılmaması" gerektiğini de ifade etmiştir. Danıştay, Kurul'un kararını, tedbir kararının nihai kararı aşmaması kuralı karşısında hukuka uysuz bulmuştur.²⁷⁸

Geçici tedbir kararlarının sınırları ile ilgili olarak verilmiş olan bir başka karar da Kurul'un CNR hakkında yürütülen soruşturmada verdiği 06.11.2006 tarih ve 06-81/1036-300 sayılı kararına (CNR-NTSR Kararı) ilişkindir. Şikâyetçi NTSR tarafından CNR firmasının Uluslararası İstanbul Boat Show (Boat Show) için 2007 kira sözleşmesine kabul edilmesi mümkün olmayan şartlar öne sürmek yoluyla NTSR'nin faaliyetlerini imkansız hale getirerek 4054 sayılı kanunun 6. maddesi kapsamında rekabeti ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Rekabet Kurulu bu iddiayı ciddiye alarak ve CNR hakkında geçici tedbir kararı tesis etmiştir. Söz konusu geçici tedbir kararında Rekabet Kurulu, CNR'ın fuar alanındaki belli salonları şikâyetçi NTSR'ye 2007 yılı kiralamasında esas alınan ekonomik ölçütleri dikkate alarak kiralamasına karar vermiştir. Bu karar'a karşı CNR tarafından açılan davada karar Danıştay tarafından, Kurul'un vereceği nihai kararın kapsamının aşılması gerekçesi ile iptal edilmiştir.²⁷⁹ Danıştay kararında, taraflar arasında bir akdi ilişki olmadığını dikkate alarak, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararın CNR'ı kısa sürecek olan bir fuarda belli yerleri kiralamak zorunda bıraktığını ve dönüşü olmayan bir inşai durum yarattığını

²⁷⁸ Danıştay 10. Daire, 9.3.2004 T., 2003/5592 E., Göltaş Göller Bölgesi Çimento hakkında verilen 9 Ekim 2003 tarih ve 03-66/795-M sayılı geçici tedbir kararının iptali istemi ile açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararıdır (karar yayınlanmamıştır). Aynı doğrultuda bkz. Türkiye Futbol Federasyonu hakkında verilen 8.10.2001 günlü, 01-48/485-M sayılı Kurul kararının iptali hakkında açılan davada Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen 19.11.2003 T., 2001/4818 E., ve 2003/4533 K. sayılı karar, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/ozet.jsp?ozet=metin&dokid=28344> (4 Mart 2010).

²⁷⁹ Danıştay 13. Daire, 05.02.2007 T., 2006/5600 E.

tespit etmiştir. Danıştay'a göre, Kurul tarafından soruşturma sonucunda şikâyet edilen lehine bir karar alınırsa²⁸⁰ geçmişe dönük olarak soruşturulan CNR'ın açısından aleyhe bir durum oluşacaktır, diğer taraftan, şikâyet eden NTSR'nin kayıplarının nihai karar aşamasında verilecek olan bir para cezası ile gidermek mümkündür.²⁸¹

Bu kararlar incelendiği zaman, Danıştay'ın 9. maddeye ilişkin yorumunda, Kurul tarafından verilecek olan tedbir kararının sınırlarına ilişkin belirlemede “nihai karara ilişkin sınırların” yanında, “şikâyet eden ve hakkında soruşturma yürütülen taraflar arasındaki menfaat dengesi” açısından ele alarak değerlendirdiği görülmektedir. Oysa, Rekabet Hukuku'nda korunması arzu edilen amaçlardan bir tanesi de tüketici refahıdır. Danıştay'ın 5.12.2003 tarihli kararında²⁸² kendisi tarafından da ifade edildiği gibi, “Rekabet koşullarının bulunmadığı, piyasanın kendi kendini düzeltilmediği, aşırı fiyatlandırmanın yeni girişleri teşvik etmediği, giriş engellerinin bulunduğu, bilgi akışının tam ve homojen olmadığı bir ekonomide rekabet düzenlemelerinin asli amacının gerçekleşmesi söz konusu olmayacağından, rekabetin işleyişi, **tüketici yararı ve kamu vicdanı yönünden** sakıncalar doğuran bu gibi istismar edici eylemlere rekabet kuralları aracılığı ile müdahale edilebileceğinin kabulü gerekir.”. Dolayısı ile, Kurul tarafından verilen geçici tedbir kararları incelenirken alınan bu kararlardaki en önemli eksikliğin, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararın, tüketici menfaatine uygun olup olmadığı açısından değerlendirilmemiş olmasıdır.

Öte yandan, yukarıda da açıklandığı gibi, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararların ilk inceleme mercii olarak Danıştay'da görülmesinin en önemli nedenlerinden bir tanesi, rekabet düzeninin tüketici yararı ve kamu vicdanına odaklanmasından kaynaklanmaktadır. Rekabet Kurulu işlemleri toplumsal sonuçlar doğurmaktadır. Tüketicilerin bireysel olarak dava açmaları ve bunun takibini yaparak zararlarını gidermeleri oldukça zordur, bu nedenledir ki Türkiye'de rekabet ihlallerinden doğan tazminat davaları konusundaki gelişmeler oldukça yavaş ilerlemektedir. Kaldı ki, Rekabet Kurumu gibi bir idari kurumun

²⁸⁰ 07-74/896-333 sayılı ve 19.9.2007 tarihli nihai kararında Kurul; CNR'ın ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğuna, ancak hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin yeterli delil bulunmadığına, buna rağmen, CNR'ın 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 eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapmaması yönünde görüş yazısı gönderilmesine karar vermiştir.

²⁸¹ Kararda Suna Türkoğlu'nun CNR'ın eyleminin NTSR'nin ilgili Pazar dışına itilmesi sonucu doğabileceği ve verilen karar ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte olduğunu gözetken karşı oyu bulunmaktadır.

²⁸² Danıştay 10. Daire, 5.12.2003 T., 2001/4817 E., 2003/4770 K.

ve kamu vicdanını temsil eden Danıştay'ın varlık amaçlarından birisi de tüketicilerin daha rekabetçi bir piyasanın sağlayacağı avantajlardan faydalanmasını temin etmektir. Dolayısı ile, Danıştay tarafından bu konuda inceleme yapılırken tarafların menfaatleri açısından değil, tüketicinin menfaati açısından değerlendirme yapılması Kanun'un ve rekabet düzeninin amacına da daha uygun olacaktır.

NTSR somut olayı örnek alınarak bu değerlendirmemizin gerekçesi daha net bir biçimde ortaya koyulabilir. Şikayetçi NTSR' nin, kendisine sunulan yüksek kira bedeli nedeni ile fuara katılmamış olması sonucunda "yatçılık ve su sporları fuarının düzenlenmesine uygun fuar alanları işletmeciliği pazarı"²⁸³ en önemli oyuncusu olan CNR' da düzenlenen "Boat Show" fuarına katılan ve konu olan ürünlere ulaşp, karşılaştırmalı değerlendirmeler yaparak alacağı üründe karar kılan tüketicinin, alternatiflerinde bir azalma gerçekleşmiştir. Dolayısı ile Kurul kararının iptali sonucunda tüketici refahında bir azalma gerçekleştiği ileri sürülebilir. Oysa, gerek Rekabet Kurulu gerekse Danıştay tarafından verilen geçici tedbir kararlarında, soruşturmanın tarafları arasındaki menfaat dengesinin değil ekonomik etkinlik ve tüketici refahının dikkate alınmasının ve karara ilişkin gerekçelerini bu açıdan ortaya konulmasının Kanun'un amacına ve ilgili hükmün ruhuna daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Geçici tedbir kararlarının nihai karar gibi detaylı olarak kaleme alınmaları zorunlu değildir. Nitekim, Danıştay'ın 19.11.2003²⁸⁴ tarihli kararında, dava konusu kararda savunma özeti ve raportör görüşü bulunmadığı yolundaki iddiaları iptali gerektiren bir hukuka aykırılık sebebi olarak görülmemiştir. Danıştay bu husus ile ilgili gerekçesinde, "Yasa'nın 52. maddesi başlığının "Kararlarda Bulunması Gereken Hususlar" olarak yer almasına karşın, madde gerekçesinde Kurul'un "nihai kararları"nda bulunması gereken hususların düzenlendiği belirtmiş, Kurul'un nihai kararları dışında dava konusu edilebilecek nitelikteki kararlarında aynı hususların yer alması zorunluluğu bulunmadığını, dolayısı ile kurulun tedbir kararlarının içeriğinin nihai karar içeriği gibi olması gerekmediğini ifade etmiştir.

Danıştay'ın verdiği bu kararda ileri sürülen şekli itiraz reddedilmiş olmakla beraber, takip edilen usulde kararın esasına etki edecek nitelikte bir usuli hata olduğunun kabul edildiği durumlarda, nihai kararların iptalinde olduğu gibi geçici tedbir kararları da iptal edilebilmektedir. Soruşturmacı üyenin geçici tedbir

²⁸³ Kurul'un ilgili soruşturma sonucunda verilen 07-74/896-333 sayılı ve 19.9.2007 tarihli nihai kararı.

²⁸⁴ 8.10.2001 tarih ve 01-48/485-M sayılı kararının iptali istemi ile açılan davada verilen karar: Danıştay 10. Daire, 19.11.2003 T., 2001/4818 E., 2003/4533 K.

kararının verildiği toplantıda oy kullanmış olması gerekçesi ile kararın iptal edilmiş olan durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.²⁸⁵

Ayrıca 24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı kararında, Kurul tarafından nihai karara karşı açılan davada şikayetçi IGTOD tarafından açılan davada, IGDOT nihai kararda geçici tedbir kararı verilmemiş olduğunu ve nihai karara karşı açılan davalar sonucunda nihai karar kesinleşmeyeceğinden Kurul'un ceza verdiği tarafların yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve pasif satışların engellenmesi ihlallerine, eylem ve işlemlerine son verilmesi ve ihlalden önceki rekabet ortamının sağlanması için gerekli işlemlerin yapılması için soruşturma kapsamındaki teşebbüslere bildirimde bulunmasının hüküm ifade etmeyeceği, dolayısı ile de zararın devam edeceğini iddia etmiştir. Danıştay bu iptal gerekçesini, Kanun'un 9. maddesi uyarınca geçici tedbir kararlarının ancak nihai karar alınıncaya kadar verilebileceğini düzenlenmiş olmasına dayanarak reddetmiştir.²⁸⁶

3.2. Para Cezalarına İlişkin Kararlar

Rekabet Kurulu tarafından Kanun'un 16. ve 17. maddelerine dayanılarak verilebilecek olan para cezaları aşağıdaki tabloda özetlenmektedir:

²⁸⁵ 21.6.2001 tarih ve 01-78/273-M sayılı Rekabet Kurulu kararında internet hizmetleri sektörüne yönelik geçici tedbir alınmıştır. Bu karar Danıştay 13. Dairesi ise 05.12.2008 T. ve 2008/6512 E., 2008/7657K. sayılı kararı ile soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanmış olması gerekçesi ile bozulmuştur. Kurul 5.3.2009 tarihli ve 09-09/188-583 sayılı kararında geçirilmiş olan mahkeme süreci sonucunda, mevcut durumda geçici tedbir alınmasıyla korunmak istenen bir menfaatin kalmadığını tespit ederek, bulunulan aşamada bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

²⁸⁶ 24.11.1999 tarihli ve 99-53/575-365 sayılı Karar (IGDOT) hakkında verilen Danıştay 10 Dairesi, 19.11.2003 T., 2001/2278 E., 2003/4479 K., IGDOT kararı Danıştay tarafından soruşturmacı üyenin karar toplantısında oy kullanması nedeni ile iptal edilmiştir. Kararın iptali üzerine Kurul tarafından, 03.07.2008 tarih 08-43/591-223 , 18.02.2009 tarih 09-07/129-40 ve 18.02.2009 tarih 09-07/129-41 NOLU KARARLAR tesis edilmiştir. Kararlar Kurul tarafından verilen ilk karara paraleldir, ancak verilen son kararlarda Kurul soruşturma kapsamında ilk ceza verildiği tarihten son inceleme tarihine kadar geçen süre içindeki mevzuat değişikliklerini dikkate alarak kararında bazı değişiklikler yapmıştır. Bunlardan sadece 08-43/591-223 sayılı karar hakkında açılmış olan iptal davası bulunduğu tespit edilebilmiştir. Açılan bu davalar Danıştay 13. Daire, 25.03.2009 T., 2008/13175 E. Sayılı ve Danıştay 13. Daire, 13.04.2009 T., 2008/14083 E. Sayılı dosyalarında görülmeye devam etmektedir. Davalarda soruşturma kapsamındaki taraflarca açılan bu davalardaki yürütmenin durdurulması talepleri Danıştay tarafından red edilmiştir.

16. Maddedeki İhlaller	Cezalar (Ciro Üzerinden)
a) İzin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi/belge verilmesi	Binde 1
b) İzinsiz birleşme işlemi gerçekleştirilmesi halinde – birleşen şirketlerin her birine / izinsiz devralmalarda – sadece devralana:	Binde 1
c) Bilgi istemeye eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi/belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi hallerinde:	Binde 1
d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması hallerinde:	Binde 5
16/3: Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlar – rekabet ihlalleri halinde - teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerine :	Yüzde 10
16/3 (devam): İhlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına:	teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde 5'i
17. Maddedeki İhlaller (16. maddedeki cezalara ek olarak)	Cezalar (Ciro üzerinden - Günlük)
a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülükler veya verilen taahhütlere uyulmaması halinde:	Onbinde 5
b)Yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılması hallerinde:	Onbinde 5
c) Bilgi isteme ile yerinde inceleme kararlarının uygulanması sırasında istenen bilgi/belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi hallerinde	Onbinde 5

Bütün bu cezalar hesaplanırken esas alınması gereken ciro nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan cirodur. Ayrıca, 16. maddenin birinci fıkrasının a,b,c ve d paragraflarında öngörülen cezaların alt sınırı Kanun'da on bin Türk Lirası olarak belirlenmiştir. Rekabet Kurulu her yıl çıkarttığı tebliğler ile alt sınıra ilişkin olarak Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği paralelinde verilecek cezaya esas alınacak alt sınırı belirlemektedir²⁸⁷.

²⁸⁷ Son olarak yayınlanan; 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2010 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No : 2010/1) 25 Aralık 2009 tarihli ve 27443 sayılı Resmî Gazete.

Kanunun 4. ve 6. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri ile bunların yönetici ve çalışanlarına, Kanun'un 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları uyarınca verilecek para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere, "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" ("Ceza Yönetmeliği") yayınlanmıştır.²⁸⁸ Ceza Yönetmeliği 7. madde kapsamında verilecek olan cezalara ilişkin bir düzenleme yapmamaktadır. Ceza Yönetmeliği ile bazı kavramlara netlik getirilmiştir. Örneğin, aşağıda da değinilecek olan "yıllık gayri safi gelir" kavramı, Yönetmelik'in 2/f maddesinde "Tek düzen hesap planındaki net satışları veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, Kurul tarafından saptanacak olan, net satışlara en yakın gelir" olarak tanımlanmaktadır.

Rekabet Kurulu hakkında verilen Danıştay kararları incelendiğinde para cezasının hatalı tespit edilmiş olması dolayısı ile birçok kararın iptal edildiği tespit edilmiştir.

Kurul tarafından sık yapılan bir hatanın; soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai kararda oy kullanmış olması nedeni ile verilen kararların iptali üzerine, Kurul'un inceleme dosyasını yeniden ele alarak verdiği kararlarda, iptal kararına konu incelemenin sonuçlandığı tarihten sonra mevzuatta gerçekleşen ve inceleme kapsamındaki tarafların lehine olan değişikliklerin dikkate alınmamış olmasıdır. Bunun dışında, Danıştay tarafından verilen iptal kararlarının gerekçelerinden yola çıkılarak, para cezalarına ilişkin sorunları; yıllık gayri safi gelirin esas alınacağı mali yıl ve yıllık gayri safi gelirin tanımı, Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girişi ile beraber para cezalarına uygulanacak olan zamanaşımı sorunu ve Kanun'un aynı maddesinin birden fazla eylem ile ihlal edilmesi halinde her bir eyleme ayrı ceza verilip verilemeyeceği sorunu olarak gruplandırmak mümkündür.

Bunlara ek olarak; tespit edilebildiği kadarı ile cezalarda dikkate alınacak hafifletici nedenler ve süreli para cezaları açısından Danıştay'ın Kurul tarafından verilen kararları uygun bulduğunu belirtmek gereklidir.

Aşağıda da görüleceği üzere, para cezaları ile ilgili olarak Kurul tarafından verilen ceza Kanun'da öngörülen sınırlar içinde kaldığı sürece Danıştay tarafından onanmıştır. Danıştay Kurul'un para cezası belirlerken takdir yetkisini hukuka uygun biçimde kullanıp kullanmadığı konusunda taraflardan

²⁸⁸ Resmi Gazete Tarih: 15 Şubat 2009, Sayı: 27142. Bu Yönetmelik ile ilgili detaylı bilgi için bkz. AYGÜN, ESİN (2009), "Ceza Yönetmeliği: İhtiyaçlar, Esaslar ve Beklentiler", Rekabet Hukuku Yaptırım Politikasında Yeni Dönem: Ceza ve Pişmanlık Yönetmelikleri (14 Mayıs 2009-Konferans Kitabı), İstanbul Bilgi Üniversitesi., XII Levha Yayınları, s.30-50.

gelen itirazları değerlendirmiştir. Danıştay bu değerlendirmesinde, Kurul tarafından verilen ceza Kanun’da öngörülen sınırlar içinde ise, Kurul’un takdir yetkisini hukuka uyarlı bir biçimde kullanmış olduğuna kanaat getirmiş ve verilen cezaları onamıştır.²⁸⁹

3.2.1. Mevzuat Değişikliklerinin Taraflar Lehine Yarattığı Durumlar

Para cezalarına ilişkin hükümlerin 16. madde ilk kez 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun, daha sonra da hem 16. hem de 17. madde 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır.

Bu değişiklikleri takiben Kurul’un para cezaları ile ilgili olarak vermiş olduğu ve fakat 2005 yılında kanun değiştikten sonra Danıştay’ın iptal kararları dolayısı ile Kurum önüne yeniden gelen olaylarda, bu değişiklikler açısından taraflar lehine gerçekleşen durumlar gözden kaçırılabilmiştir.

Kanun’un 16. maddesinde yer alan “bildirmeme cezası alan teşebbüslerin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanması” hükmü, 2.7.2005 tarih ve 5388 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile maddeden çıkarılmıştır. Ancak bu hükümde değişiklik yapılmasından önce tesis edilen Kurul kararlarında, karar kapsamındaki teşebbüsler tarafından yapılan anlaşmaların bildirilmemesinden ötürü –rekabet ihlali olan hallerde rekabet ihlali için verilen cezalara ek olarak - anlaşmanın bildirilmemesi nedeni ile de ceza verilmiştir. Daha sonra bu kararlar soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısında oy kullanması gibi usuli nedenlerle iptal edilmiştir. Danıştay tarafından verilen iptal kararları üzerine, iptale konu olan kararlar Kurul tarafından tekrar ele alınmıştır. Kurul tarafından aynı maddi vakalara ilişkin olarak tekraren yapılan inceleme sonucunda verilen kararlarda “bildirmeme” nedeni ile verilmiş olan cezaların da yinelenildiği kararlar verilmiştir. Bu kararlara karşı açılarda davalarda Danıştay bu kez verilen kararı “Ancak 2.7.2005 günlü, 5388 sayılı Kanunla 4054 sayılı Kanunun 10. ve 16.

²⁸⁹ Örnek olarak Bkz. Danıştay 10. Dairesi 2001/907E., 2003/4066K., Kararda ihlal yaratan teşebbüsün cirosunun %04 oranında ceza uygulanması hukuka uygun bulunmuştur; Danıştay 10. Dairesi 9.12.2003T. 2001/1405E., 2003/4003K., “4054 sayılı Yasanın 16/2 maddesinde, bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlara bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin % 10 una kadar para cezası verileceği kuralı bulunmaktadır...Dosyanın incelenmesinden, davacının hafifletici neden olarak ileri sürdüğü hususlar göz önünde bulundurularak cezanın en üst sınırı olan % 10 oranı yerine % 1 oranının uygulandığı, ihlal kararının verildiği 2000 yılından bir önceki yıl olan 1999 yılı yerine soruşturmanın açıldığı 1999 yılının bir öncesi olan 1998 yılı gayri safi gelirinin matrah alındığı ve gayri safi gelirin de brüt satışlar yerine davacı şirket lehine olan net satışlara göre belirlendiği anlaşıldığından, davacının bu iddiasına da itibar edilmemiştir”

maddelerinde değişiklik yapılarak 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kuralların yürürlükten kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ihlalin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmü, anılan değişiklikle yürürlükten kaldırılarak idari para cezasına konu edilen eylem rekabet ihlali olmaktan çıkarılmıştır. İdari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir. Bu durumda, yeni hukuki duruma göre rekabet ihlali olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bildirim yapılmaması eyleminden dolayı davacılara idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu Kararında bu nedenle de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.²⁹⁰ gerekçesi ile bozmuştur. Daha sonra, Kurul tarafından da verilen kararlarda, söz konusu Kanun maddesinin yeni hali dikkate alınmış ve iptal üzerine tesis edilen kararlar bildirmeme nedeni ile verilen cezalardan arındırılmıştır.²⁹¹

3.2.2. Cezaya Esas Alınacak Mali Yıl ve Yıllık Gayri Safi Gelir Kavramı

Rekabet Kurulu tarafından verilen para cezaları açısından tartışmalara yol açmış olan konulardan bir tanesi de cezaya esas alınacak mali yıl olmuştur.

Örneğin, Kanun'un 16. maddesinin değiştirilmesinden önceki 2003 yılına ilişkin olan Maya Kararı'nda Kurul, teşebbüslerin ihlal eylemini

²⁹⁰ Aynı doğrultudaki kararlar için bkz. 01.04.2004 tarihli ve 04-23/250-54 sayılı Kurul kararı hakkında verilen Danıştay 13. Daire 13.03.2006T., 2005/6635E., 2006/1385K.; 24.05.2006T. 2005/6948E., 2006/2247K.; 24.05.2006T., 2005/6947E., 2006/2248K.; 24.05.2006T. 2005/9023E., 2006/2249K.; 19.06.2006T. 2005/6605E., 2006/2532K.; 19.06.2006T., 2005/6606E., 2006/2535K.; 05.12.2006T., 2005/9603E., 2006/4635K. sayılı davanın kabulüne ilişkin kararlar. Bu kararlar Temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek kesinleşmiştir. Kurul, ilgili karar konusu sözleşmede değişiklik yapılmasını ve bu değişiklik ile grup muafiyetinden yararlanmasına ilişkin olduğundan, bu iptal kararları üzerine yeni bir karar tesis etme ihtiyacı duymamıştır.

²⁹¹ Örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun 17.7.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı BİRYAY kararının iptali üzerine verilen: 13.4.2009 tarihli ve 09-14/297-71 sayılı kararı. Kurul'un 01.12.2005 tarih ve 05-80/1106-317 sayılı kararı hakkındaki davada Danıştay 13. Daire 28.12.2007T., 2006/1669E., 2007/9524K. sayılı kararı ile açılan davayı "Bu durumda, ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Kanun hükmü, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yürürlükten kaldırılıp, aynı Kanun'un 4. maddesiyle diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü yeniden belirlendiğinden ve dava konusu kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 2005/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca da söz konusu para cezasında lehe düzenleme yapılması nedeniyle, ortaya çıkan yeni hukuki durum dikkate alınarak işlem tesis edilmesi gerekirken, 2002/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca davacıya idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir." gerekçesi ile kısmen kabul etmiştir.

gerçekleştirdikleri 2003 yılını ceza hesabına esas almıştır. Ancak Danıştay tarafından, davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan Kanun'un "Para Cezaları" başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrasında, Kanun'un 4. ve 6. maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul karar ile sabit olanlara verilecek olan cezanın, ilgili teşebbüs (ya da teşebbüs birliğinin) bir yıl önceki mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan gayrisafi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceğinin öngörülmüş olması dikkate alınmıştır. Danıştay'a göre, 16. maddenin "bir önceki mali yıl" ifadesi ihlal olarak saptanan davranışın eylem tarihi dikkate alınarak, ilgililerin eylem tarihinden bir yıl önceki mali yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden cezalandırılmasını gerektirmektedir. İhlale konu olan eylemler 2003 yılında işlendiğine göre, Kurul'un eylem tarihinden bir önceki mali yıl olan 2002 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerekmektedir. Danıştay aynı RK kararı ile ilgili incelemesinde görülen davada, aynı gerekçeyi kabul etmiş ancak, ilgili teşebbüsün bir önceki mali yıla ilişkin cirosu Kurul kararında esas alınan 2003 yılı mali cirosundan daha düşük olduğu için teşebbüs lehine ortaya çıkan durumu dikkate alarak davanın reddine karar vermiştir²⁹².

Kurul tarafından para cezalarına – ve tabii ki Kanun'daki diğer hükümlere - ilişkin olarak yapılan değişikliklerin, ilgili Kurul kararının Danıştay tarafından iptal edildiği durumlarda, dosyalar yeniden ele alındığında mutlaka dikkate alınması gereklidir. Danıştay tarafından yapılan inceleme Kanun'a uygunluk incelemesidir. Bu açıdan, karar tarihinde yürürlükte bulunan hükümler, yürürlüğe yeni giren hükümler ve bu hükümlerin taraflar açısından lehe ya da aleyhe doğurduğu sonuçların dikkate alınması zorunludur. Danıştay tarafından verilen bir kararda²⁹³ Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte

²⁹² 3.09.2006 tarihli ve 05-60/896-241 sayılı Kurul kararı hakkındaki Danıştay 13. Daire 23.05.2008T., 2006/1381E., 2008/4389K. Aynı karar ile ilgili olarak farklı teşebbüsler hakkında verilen kararlarda, lehe durum olmadığı için verilen karar iptal edilmiştir, bu doğrultuda bakınız: Danıştay 13. Dairesi 23.05.2008T., 2006/1521E., 2008/4391K. ve 23.05.2008T., 2006/1150E., 2008/4392K.

²⁹³ 02.12.2004 tarih ve 04-77/1108-277 sayılı Kurul kararının Danıştay 13. Daire 9.5.2006T., 2005/7386 E., 2006/2136 K.; 2005/7505E., 2006/2139K. ; 2005/7388E., 2006/2134K.; 2005/7484E., 2006/2131K. ve 27.6.2006T. 2005/7506E., 2006/2752K. sayılı kararlarıyla, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin karar oylamasına katılması nedeniyle iptal edilmiştir. Bu karar üzerine verilen 19.10.2007 tarihli ve 06-77/992-287 sayılı Kurul kararı hakkında açılan davalar Danıştay 13. Daire tarafından verilen 19.10.2009T. 2007/2382E., 2009/9210K.; 2007/1054E., 2009/9211K.; 2007/1055E., 2009/9212K.; 2007/274E., 2009/9213K.; 2007/275E., 2009/9214K., sayılı kararlar ile reddedilmiştir. Aynı doğrultuda bkz.: 19.10.2006 tarihli ve 06-77/991-286 sayılı kararı iptal eden kararlar: Danıştay 13. Daire 07.04.2009T. 2007/3859E., 2009/3840K. ve aynı tarihli 2007/2152E., 2009/3841K.; 2007/2153E., 2009/3842K.; 2007/2187E., 2009/3843K.; 2007/8769E., 2009/3846K.

bulunan "Para Cezalan" başlıklı 16. maddesi uyarınca para cezası uygulamasının; yasak fiil ve davranışın saptanarak soruşturmanın açıldığı tarihte devam eden ihlaller yönünden, soruşturmanın oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden, yasak fiil ve davranışın belli bir dönemi kapsadığı, diğer bir deyişle, soruşturmanın açıldığı tarihinden önce yasak fiil ve davranışın sona erdiği durumda ise, son eylem tarihinden bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden yapılması gerekli bulunduğu ifade edilmiştir. Öte yandan, Danıştay, 4054 sayılı Kanun'un Kurul'un işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin 5728 sayılı Kanun'un değiştirilmesi sonucunda davacı lehine bir sonuç doğurup doğurmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Danıştay incelemesine konu olan olayda Kurul ilgili taraflara soruşturmanın açıldığı 24.04.2003 tarihinden bir önceki mali yıl olan 2002 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası vermiştir. Ancak nihai kararın tarihi 19.10.2006 tarihidir. Danıştay davada re'sen 16. maddede yapılan değişikliğin taraflar lehine bir durum oluşturup oluşturmadığını araştırmıştır. Bu kapsamda ilgili taraflardan, Kurul kararından bir önceki mali yıl olan 2005 yılı gayri safi geliri sorulmuştur. Gelen yanıtlarla dosyada mevcut 2002 yılı gayri safi gelirinin karşılaştırılmasından, daha düşük olduğu belirlenen 2002-yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinin davacı şirketin lehine bulunduğu tespit edilmiş ve bu nedenle davalar reddedilmiştir.

Danıştay kararlarına yansıyan bir başka konu da "yıllık gayri safi gelir" in hangi hususlar dikkate alınarak hesaplanacağıdır. Danıştay kararlarına yansıyan bir kararda Kurul gayri safi geliri şirketin "net satışlarına" göre belirlemiş ve Danıştay bu hususun davacı lehine sonuç doğurduğunu da dikkate alarak uygun bulmuştur.²⁹⁴

Bir başka olayda, Kurul, para cezasının hesaplanması sırasında, gayri safi gelir kapsamına ilgili teşebbüsün yurtdışı satışları ile iki ayrı soruşturma kapsamına giren iki ayrı ürün grubundan elde edilen gelirlerin birlikte ve mükerrer olarak cezaya esas alındığı ileri sürülmüştür. Ancak Danıştay, Kurul'un para cezasını verirken, kastın varlığı, ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağını ifade etmiş; ve Kanun'da yer alan "gayri safi gelir" kavramı ile teşebbüsün pazar içindeki gücünü esas alan bir yaklaşımın sergilendiği, bu nedenle gayri safi gelir unsurları arasında bir ayrıma gidilmediği belirtilmiştir.

²⁹⁴ 20.10.2000 tarihli ve 00-40/443-243 sayılı karar hakkında Danıştay 10. Daire 9.12.2003T. 2001/ 1405E., 2003/4903K.

Danıştay bu olayda, verilen cezanın Kanun'da öngörülen %10 sınırı içinde kaldığını tespit ederek davayı Kurul lehine reddetmiştir.²⁹⁵

Danıştay önüne gelen bir dosyada, yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin itiraz incelemesinde İDDK tarafından verilen itirazın reddi kararına konu olan karşı oy gerekçesine burada değinilmesi ihtiyacı duyulmaktadır. Danıştay incelemesine konu olan kararında Kurul, ilgili teşebbüsün ihlalde bulunduğunu tespit etmiş ve şirketin tüm cirosu üzerinden ceza uygulamıştır. Bu karara karşı açılan davada davacı yürütmenin durdurulması talebinde bulunmuş, talep Daire tarafından reddedilmiş, ret kararına karşı İDDK'da itirazda bulunulmuştur. DDGK itirazı reddetmekle beraber, DDGK incelemesinde oy kullanan 8 üye bu karara karşı oy kullanmıştır. Karşı oy kullanan üyeler Kanun'un 16. maddesi hükmünde para cezasının takdirinde hangi cironun esas alınacağı açık bir şekilde belirtilmemiş olduğunu, dava konusu olayda, davacı şirketin ilgili ürün pazarındaki²⁹⁶ faaliyetleri nedeniyle rekabeti ihlal ettiği saptanmış olduğundan, para cezasının takdirinde de ilgili pazardaki faaliyetlerinin dikkate alınması gerektiğini ve dolayısıyla verilecek olan para cezasında davacının, çok farklı işkollarında faaliyet göstermekle birlikte, dava konusu işlemin tesisine neden olan ilgili pazarda faaliyet gösteren birimlerinin cirosunun esas alınması gerektiği belirtilmiştir.²⁹⁷

Ceza Yönetmeliği'nin yukarıda bahsedilen 2/f bendi ile "yıllık gayri safi gelir" kavramı tanımlanmış olup, Kurul'un bundan sonraki uygulamaları açısından bu tanımın yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

3.2.3. Kanun'un Aynı Maddesinin Birden Fazla Eylem İle İhlali

Para cezaları ile ilgili olarak, Kurum'un aynı soruşturma kapsamında, rekabet ihlaline yol açan birden fazla sebep tespit etmesi halinde bu sebeplerin her birisi için ayrı ayrı para cezası verip veremeyeceği hakkında da çelişkili kararlar bulunmaktadır.

Danıştay önüne gelen bir dosyada Kurul'un "birden çok sebeple ihlalin varlığının saptanması halinde, 4054 sayılı Kanun'da bileşik suç, zincirleme suç tanımlarına ve içtimaya yer verilmemiş olması nedeniyle, Kurul'un para cezası

²⁹⁵ 24.04.2006 tarihli ve 06-29/355-87 sayılı Kurul kararı hakkındaki Danıştay 13. Daire 27.01.2009T. 2006/3887E., 2009/1188K., karar temyiz aşamasındadır. Aynı doğrultudaki aynı soruşturma ile ilgili kararlar: Danıştay 13. Daire 27.01.2009T. 2006/3944E., 2009/1177K.; 27.01.2009T. 2006/4197E., 2009/1179K.; 27.01.2009T. 2006/3888E., 2009/1180K.; 27.01.2009T. 2006/3911E., 2009/1184K.

²⁹⁶ Trafik sinyalizasyon hizmetleri pazarı.

²⁹⁷ 24.04.2007 tarihli ve 07-34/349-129 sayılı Kurul kararı hakkında DİDDGK, 27.3.2008 T., 2007/1010 E., Y.D(İtiraz Red). Kararda 8 üyenin aynı doğrultuda karşı oyu bulunmaktadır.

verirken 16. maddenin 4. fıkrasında öngörülen kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin Pazar içindeki görev ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları da dikkate almasını ve uygulayacağı ceza oranının takdirini etkileyeceği açık bulunmaktadır. Bu durumda 4054 sayılı kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği saptanan davalı şirkete, bu ihlal nedeni ile tek para cezası verilmesi gerekirken, 4. maddenin birden çok fiille ihlal edildiğinden bahisle iki ayrı para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.²⁹⁸ gerekçesi ile, Rekabet Kurumu'nun birden fazla sebep olması nedeni ile birden fazla para cezası kesmesi hukuka aykırı bulunmuştur.

Daha sonra, Danıştay 13. Dairesi tarafından verilen kararlar ile bu görüşten ayrılmıştır. Danıştay 13. Dairesi'nin E. 2008/5038 sayılı kararında "4054 sayılı Kanun'un davaya konu eylem ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında, "...bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirin yüzde onuna kadar para cezası verilebileceği", yine anılan maddenin dördüncü fıkrasında da, Kurul'un para cezasını verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı hükme bağlanmıştır. Anılan yasal düzenlemedeki, "gayri safi gelir" kavramı ile teşebbüsün pazar içindeki gücünü esas alan bir yaklaşım sergilendiğinden, bu nedenle gayri safi gelir unsurları arasında bir ayırma gidilmediğinden ve diğer yandan bakılan uyuşmazlıkta; rekabete aykırı anlaşmanın Kurul tarafından soruşturmanın açıldığı tarih olan 20.06.2000 tarihinde saptandığı ve hukuka aykırı davranışın bu tarihe kadar sürekli ve tekrarlanan ihlallerle devam ettiği görüldüğünden, soruşturma açılması tarihinden bir önceki yıl olan 1999 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinde 4054 sayılı Kanun'a aykırılık görülmemiştir. Ayrıca Kanun'da öngörülen en yüksek ceza oranının %10 olmasına karşın, davacıya uygulanan cezanın da iki ayrı ihlâl için yüzdebir ve bindeiki oranında olduğundan, davacının para cezasının hesaplanma biçiminin ve takdirinin hukuka aykırı olduğu yolundaki iddiaları yerinde bulunmamıştır." denilerek Kurul'un uygulamasının hukuka aykırı olmadığı tespit edilmiştir.²⁹⁹

Bu yaklaşım değişikliğinde Kabahatler Kanunu 15. maddesinin b bendinin "Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir." şeklindeki hükmünün etkili olduğu düşünülmektedir.

²⁹⁸ 8.4.2004 tarihli ve 04-25/279-61 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 28.9.2005 T., 2005/5953 E., 2005/4786 K.

²⁹⁹ 24.4.2006 tarih ve 06-29/354-86 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire, 24.6.2008 T., 2006/4686 E., 2008/5038K.

Ayrıca Ceza Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1/a paragrafında da “Temel para cezası, Kanununun 4. veya 6. maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır.” denilerek her eyleme ayrı ceza verileceği konusunda açık bir düzenleme yapılmıştır. Diğer taraftan Danıştay'ın yukarıda bahsedilen kararlarında Kurul'un para cezası konusundaki takdir yetkisini Kanun'da belirlenen %10 sınırı içinde olduğunu kabul ettiğinin dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla, Kurul tarafından, ayrı ihlali eylemler için ayrı ceza takdir edilse bile toplam cezanın %10 sınırını aşmaması gerektiği, aksi halde Kanun'a aykırı bir belirleme yapılmış olacağının kabulü gerektiği düşünülmektedir.

3.2.4. Para Cezalarına Uygulanacak Zamanaşımı Sorunu

Danıştay tarafından verilen iptal kararları üzerine Kurul tarafından yeniden ele alınan dosyalar ile ilgili olarak Kurul'un gündeme gelecek olan tartışmalardan bir diğeri de “zaman aşımı” sorunudur.

Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan tartışmalara son vermek amacıyla Maliye Bakanlığı Tahsilat Genel Tebliği Seri No: 442'yi yayınlamıştır.³⁰⁰ Bu Tebliğ'de Kabahatler Kanunu'nun genel kanun olma niteliği vurgulanmakta ve kanun yolu dışındaki genel hükümlerinin tüm idari para cezaları hakkında uygulanacağını belirtilmektedir. Kanun yoluna ilişkin olarak da ilgili kanunda bir düzenleme bulunmuyorsa, bu durumda Kabahatler Kanunu'nun kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Tebliğ'de ayrıca genel hükümler kapsamına giren hükümler sınırlı sayıda olmaksızın sayılmış ve bunlar için ilgili kanunlarda aksine hükümler bulunsaydı bile Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

İdari para cezalarının zamanaşımı konusu da Tebliğ'de ele alınan konulardan bir tanesidir. Tebliğ'de Kabahatler Kanunu kapsamındaki idari para cezalarının tahsil zamanaşımı süresinin bu konuyu düzenleyen Kabahatler Kanunu maddesine göre tespit edileceği ancak tahsil zamanaşımını kesen haller ile tahsil zamanaşımının işlememesi hallerinin ayrıca 6183 sayılı Kanun bazında ele alınacağı ifade edilmiştir.

Geniş kapsamlı ilişkileri düzenleyen kanunlara genel kanun, geniş ve kapsamlı olmayan bir takım özel hukuki olayları düzenleyen kanunlara da özel kanun adı verilir³⁰¹. Genel kanun, özel kanun ayırımının nedeni, bir konuda bu iki tür kanun hükümleri arasında aykırılık bulunursa hangisine itibar edileceğini

³⁰⁰ Resmi Gazete Tarih: 12 Mayıs 2007 Sayı: 26520.

³⁰¹ AKYOL, Ş., a.g.e., s. 186.

anlayabilmektir³⁰². Hukuk sistematığı bakımından normlar hiyerarşisini ve genel - özel kural ilişkisi, kanunların uygulanması aşamasında da önemli arz etmektedir. Temel normlar hiyerarşisi kuralı gereği, yönetmelikler kanuna, kanunlar AY'ye aykırı olamaz. Özel-genel kural ilişkisi açısından da; iki kanundaki düzenlemenin farklı olduğu hallerde, özel kanun hükmü, genel kanun hükmünden üstün olduğu kabul edilmekte; iki genel veya özel kanun hükmü arasında çelişki varsa, yürürlük tarihi sonra olan kanun düzenlemesi geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Kabahatler Kanunu kabahatleri düzenleyen genel nitelikli bir kanundur. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise özel nitelikli bir kanundur. Kabahatler Kanunu sonradan yürürlüğe girmiş bir kanunken, 4054 sayılı Kanun önceki kanun durumundadır. Sonraki genel kanunun, önceki özel kanunu yürürlükten kaldırdığını söyleyebilmek için, sonraki kanunda, önceki özel kanunu yürürlükten kaldırdığına ilişkin açık bir hükmün bulunması gerekir³⁰³. Nitekim Kabahatler Kanunu'nda zamanaşımı bakımından böyle bir açık irade bulunmaktadır. Dolayısıyla, Kabahatler Kanunu zamanaşımı hükümlerinin 4054 sayılı Kanunu kapsamındaki idari para cezaları açısından uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

5728 sayılı Kanun'un 578. maddesinin (kk) bendi, 4054 sayılı Kanun'un zamanaşımı ve kesilmesi hallerini düzenleyen "Kurulun para cezası ve süreli para cezası verme yetkisi aşağıdaki zamanaşımı sürelerine tabidir: a) Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu veya bildirimle, bilgi verme ya da yerinde inceleme yapılmasıyla ilgili hükümlerin ihlali halinde üç yıl, b) Diğer hallerde beş yıl. Süre, ihlalin vuku bulduğu gün işlemeye başlar. Sürekli veya tekrarlanan ihlaller söz konusu ise süre, ihlalin sona erdiği ya da en son tekrarlandığı günden itibaren başlar. Bu ihlalle ilgili olarak kurulun inceleme veya araştırma amacıyla yapacağı herhangi bir işlem, bu işlemin ilgili taraflardan birine tebliği anından itibaren zamanaşımını keser. Karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olması zamanaşımı süresini keser." şeklindeki 19. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Bu hüküm ile Kanun'daki zamanaşımı hükümlerinin açıkça ilga edildiği görüldüğünden, rekabet ihlallerinde zamanaşımı, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeye tabi hale geldiği tartışılmazdır.

³⁰² AKYOL, Ş., a.g.e., s. 184.

³⁰³ AKYOL, Ş. a.g.e., s.186-187.; ÜYÜMEZ, M. ERKAN, "Kabahatler Kanunu ve İdari Vergi Cezalarında İndirim 1", Yaklaşım Dergisi, Haziran 2009, S.198 ; KIZILOĞLU, ŞÜKRÜ, ŞENYÜ DOĞAN, TAŞ, METİN, DÖNMEZ, RECAİ, Vergi Hukuku, Siyasal Kitabevi, Ankara 2007, s.57.

Kabahatler Kanunundaki para cezaları, Ceza Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerine tabi değildirlir³⁰⁴. Bununla birlikte Kabahatler Kanundaki zamanaşımı hükümleri genel olarak bakıldığında mükellefin menfaatinedir³⁰⁵. Zira Kabahatler Kanununda iki tür zamanaşımı belirlenmiş olmakla birlikte, soruşturma zamanaşımı soruşturma zamanaşımı beş, dört ve üç yıl olarak öngörülmüştür. Nispi idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde ise zamanaşımı süresi sekiz yıl olarak düzenlenmiştir. Yerine getirme zamanaşımı ise yedi, beş, dört ve üç yıl olarak düzenlenmiştir. Yerine getirme zamanaşımı süresi, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye baslar.

Yakın tarihlerde verilen Kurul kararları incelediğinde kararlarda zamanaşımı süreleri ile ilgili olarak karşı oyların bulunduğu görülmektedir. Bu karşı oyların da gerekçesi, iptal edilen Kurul kararları yeniden ele alındığında, Kabahatler Kanunu uyarınca uygulanacak olan ve tarafların lehine olan zaman aşımı sürelerinin dikkate alınması gerektiğine ilişkindir. Zamanaşımı konusundaki tartışmaların Danıştay tarafından yakın tarihlerde verilecek olan kararlar ile çözümlenecektir. Bu aşamada bu konuya ilişkin itirazları içeren ve Danıştay önüne gelen dosyalarda Danıştay'ın yürütmenin durdurulması taleplerini reddetmiş olduğunu belirtmek gerekir.³⁰⁶

3.2.5. Hafifletici ve Ağırlaştırıcı Nedenler

Kanun'un 16. maddesi ile Kurul'un para cezasına karar verirken kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüsün veya teşebbüslerin Pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı ifade edilmektedir. Bu hükme uygun olarak Kurul tarafından verilen kararlarda tarafların soruşturma süreci ve Kurul kararları ile ilgili tutumları, ihlal davranışlarının sonuçlarının ağırlığı gibi unsurlar hafifletici neden olarak değerlendirilerek para cezaları belirlenmektedir. Danıştay tarafından Kurul'un belirlediği para cezalarının – yukarıda bahsedilen nedenler dışındaki durumlarda - genel olarak kabul gördüğü tespit edilmektedir.³⁰⁷

³⁰⁴ MAHMUTOĞLU, FATİH SELAMİ (1995), Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ve düzene aykırılıklar hukukunda (idari ceza hukukunda) yaptırım rejimi, Kazancı Kitap, İstanbul., s.155.

³⁰⁶ Örnek olarak bkz. 12.11.2008 tarihli ve 08-63/1051-410 sayılı Kurul kararında yer alan karşı oy gerekçesi ve bu karar hakkında Danıştay 13. Daire, 4.8.2009 T., 2009/3274 E. ve 11.8.2009 T., 2009/3359 E. sayılı kararlar.

³⁰⁷ Danıştay yukarıda da bahsedilen Danıştay 13. Daire, 28.12.2007 T., 2006/930 E., 2007/9523 K. sayılı kararında "Davacı şirket tarafından, 1999 yılı sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirinin taktiren %3'ü oranında olmak üzere idari para cezası verilmesinin fahiş olduğu ileri sürülmektedir. Davacı şirket yönetim kurulunca hukuka aykırı bulunduğu saptanan ayırmacı kapı

Ancak Danıştay, Kotan Kararı'nda, Kurul tarafından verilen kararlarda taraflar hakkında dikkate alınan hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlerin kararlarda yer alması gerektiğini ifade etmiştir. Bahsedilen karara konu Kurul kararında ilgili teşebbüse asgari miktarda ceza uygulanmıştır. Danıştay'a göre, Kurul tarafından ilgili teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası ve 2006/1 Tebliği "uyarınca asgari ceza verilmesi kararlaştırılmış ise de, "16.maddenin 4.fıkrası; "Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır." hükmünü öngördüğünden, takdir yetkisi kullanılırken, maddede tahdidi biçimde düzenlenmeyen bu unsurların gerekçeli olarak gösterilip, ilgili teşebbüslerin piyasadaki gücünün, kasıtlı hareketlerinin, uğranılan zararın, cezaların caydırıcılığının ve etkinliğinin dikkate alınarak ceza tayin edilmesi gerekmekte"dir.³⁰⁸ Kurul bu iptal kararı üzerine verdiği kararda "ihlallerinden dolayı, Kanun'un 16. maddesinde yer verilen hususlar dikkate alınmak suretiyle aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca Selçuk, Hedef ve Es'e ayrı ayrı olmak üzere "takteren" 6,368.- YTL para cezası uygulanmasına karar vermiştir. Kararda takdir edilen bedel verilebilecek olan asgari para cezasıdır, ancak Kurul kararında asgari ibaresi yerine "takteren" ibaresini kullanarak iptal edilen bir önceki kararında verdiği aynı ceza miktarını uygulamıştır.³⁰⁹ Bu karara karşı da Danıştay'da iptal davası açılmış olup, davacının yürütmenin durdurulması talebi Mahkemece reddedilmiştir.³¹⁰ Ancak bu davada Danıştay'ın verilen para cezasının, cezanın asgari ceza miktarından verilmesine ilişkin iptal kararının gereğini yerine getirmedeği gerekçesi ile iptal edilmesi söz konusu olabilir. Kaldı ki, tespit edilebildiği kadarı ile karar tarihinde geçerli olan 2007/1 sayılı Tebliğ uyarınca, asgari ceza tutarı 6.864 YTL olup, verilen ceza bunun da altında kalmaktadır.

Kanun'un 4. ve 6. maddelerinin ihlali nedeni ile verilen cezalar açısından hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenlerin neler olduğuna, Ceza Yönetmeliği'nin 6. ve 7. maddeleri ile netlik kazandırılmıştır. Bu hükümlerin idarenin faaliyetlerinin belirliliği ve öngörülebilirliğinin sağlanması açısından da faydalı olduğu

ücretleri uygulamalarının, İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen tedbir kararıyla durdurulmasına rağmen, farklı biçimlerde sürekli yenilendiği ve uygulama tehdidini içerecek şekilde yürürlükte tutulduğu görüldüğünden, davacıya gayrisafi gelirinin %3'ü oranında para cezası verilmesinde 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık görülmemiştir".

³⁰⁸ 09.03.2006 tarihli ve 06-18/212-53 sayılı Kurul kararı hakkında Danıştay 13. Daire 25.03.2008T. 2006/2917E., 2008/3356K.

³⁰⁹ 04.12.2008 tarihli ve 08-69/1114-431 sayılı Kurul kararı.

³¹⁰ Danıştay 13. Daire, 4.8.2009 T., 2009/3231 E.

düşünülmektedir. Ceza Yönetmeliği'nin 6. maddesinde yer alan ağırlaştırıcı nedenler dikkate alınarak verilen cezanın ağırlaştırılması halinde de, yine Ceza Yönetmeliği'nin m.4/2'si uyarınca Kanun'da öngörülen yüzdelerin üzerine çıkılmaması gereklidir.

3.2.6. Süreli Para Cezaları

Süreli para cezaları Kanun'un 17. maddesi uyarınca, geçici tedbir ve ihlale son verilmesine ilişkin kararlara, yasaklanan birleşme-devralmalara ilişkin karar ve tedbirlere, menfi tespit ve muafiyet verilen durumlar için sonradan öngörülen yasaklama kararlarına uyulmaması ve Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının önlenmesi hallerinde teşebbüslerin emredilen davranışları yapmalarını zorlamak amacıyla karara uymakta gecikilen her gün için uygulanan para cezalarıdır.

Tespit edilebildiği kadarı ile, Danıştay önüne gelen süreli para cezalarına ilişkin kararlarında Kurul tarafından verilen cezaları onamıştır. Örneğin Kurul BİRYAY kararı sürecinde, yukarıda Bölüm III 2.2.'de bahsedildiği üzere tarafların BİRYAY ana sözleşmesinden belli hükümlerin çıkartılmasına ilişkin kararına uymaması nedeni ile taraflara süreli para cezası vermiştir. Taraflar, Kurul'un bu işlemi ile ilgili olarak Danıştay'da Kurul'un kararı ile ilgili yargılama süreci devam ettiğini, bu nedenle böyle bir para cezası verilemeyeceğini ileri sürmüşse de Danıştay, bir idari kararın iptal edilinceye kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlandığını, Kurul'un ilgili ana sözleşmenin Kanun'u ihlal ettiğini tespit eden kararı hakkında verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı da bulunmadığını gözeterek, Kurul tarafından süreli para cezası uygulanmasına ilişkin kararı onamıştır.

Danıştay tarafından da teyit edildiği üzere, para cezaları ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir konu, süreli para cezasının bitiş tarihi Kurul tarafından öngörülen nedeninin sona erme tarihi olarak belirlenmektedir. Bir başka deyişle, süreli para cezasının durdurulması için tarafların Kurul'a cezaya konu olan eylemin sona erdiğine ilişkin bir bildirimde bulunması yeterlidir. Bundan sonra Kurul cezanın tahsili ile ilgili süreci başlatacaktır.³¹¹

3.3. İhlale Son Verme

Rekabet Kurulu yapacağı inceleme sonucunda Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, Kanun'un 9. maddesinden aldığı yetkiye dayanarak, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki

³¹¹ 11.11.2004 tarih ve 04-71/1027-253 sayılı BİRYAY kararı ve bu karar hakkında Danıştay 13. Daire, 11.12.2007 T., 2005/7740 E., 2007/8695 K.; Danıştay 13. Daire, 27.5.2008 T., 2008/2196 E., 2008/4453 K.

durumun korunması için “yerine getirilmesi” ya da “kaçınılması” gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirebilir. İhlale son verme konusunda alınacak olan kararların sınırlarına ilişkin olarak bir belirleme yapmanın oldukça zor olduğu görülmekle beraber, Kanun’un 9. maddesinin Rekabet Kurulu’na davranışsal önlemler alma yetkisi vermekte olduğunu belirtmek gerekir. Lafzi yorum bir kenara bırakılarak, Kanun’un amacı açısından değerlendirme yapıldığında, Kurul’a verilen bu yetkinin yapısal önlemler alınmasına da imkan verdiği düşünülmektedir.

Danıştay kararları incelendiğinde, geçici tedbir kararlarında olduğu gibi “ihlale son verme” kararları ile ilgili olarak da bazı durumlarda Rekabet Kurulu’nun kararının iptal edildiği tespit edilmiştir.

Bu kararlar incelendiğinde Danıştay ile Rekabet Kurulu arasında “ihlale son verme” kararının sınırlarına ilişkin bir görüş ayrılığı bulunduğu tespit edilmektedir.

Danıştay’ın “ihlale son verme” kararlarıyla ilgili değerlendirmelerinde, soruşturma kapsamındaki olay ya da teşebbüsleri, teşebbüs birliklerini ve bunların eylem ve işlemlerini ilgilendiren özel nitelikte yasal düzenlemelerin bulunduğu durumlarda, Rekabet Kurulu tarafından verilen kararın, ilgili özel nitelikli yasaların kapsamında olduğuna kanaat getirdiği durumlarda, Kurul kararının iptaline karar vermiştir. Örneğin, Rekabet Kurulu tarafından yukarıda bahsedilen TEB kararı ve Gözlükçü Dernekleri Kararı’nda bu husus öne çıkmıştır.

Danıştay TEB Kararı’nda, ilaçların fiyatlarının Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmesi ve Gözlükçü Dernekleri Kararı’nda Rekabet Kanunu’nun Kurul’a derneklerin tabi olduğu 2908 sayılı Kanun karşısında Dernek tüzükleri ile ilgili bir işlem yapmak yetkisi vermemiş olduğu karşısında, Kurul’un bahsedilen yasal düzenlemeleri aşan bir karar almasının yetkisi içerisinde olmadığını karara bağlanmıştır.

İhlale son vermeye ilişkin kararlar açısından önemli bir karar da BİRİYAY Kararı’dır. Bu kararda, Kurul BİRİYAY Ana Sözleşmesi’nin, rakip firmaların pazarı paylaşmalarına yol açan Rekabet Yasağı başlıklı 38. maddesi ve rakip firmaların fiyat tespitine izin veren Uygulanacak Tarife başlıklı 39. maddesinin Kanun’u ihlal ettiğini, dolayısı ile Borçlar Kanunu’nun (“BK”) 19. maddesi uyarınca kanuna aykırı bir sözleşme olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Kurul, ilgili 38. ve 39. maddelerinin ana sözleşmeden çıkartılması için taraflara 45 gün süre verilmesine karar vermiştir. Taraflar söz konusu hükümlerin değiştirilmesine ilişkin herhangi bir işlem yapmamışlardır ve Kurul tarafından daha sonraki bir tarihte açılan soruşturmada tarafların halen ana sözleşme ile ilgili değişiklikleri yapmamış oldukları tespit edilmiştir. Bunun üzerine Kurul, aynı

konu ile ilgili verdiği ikinci kararında³¹² ve bu soruşturma sonucunda verilen ile BİRİYAY ana sözleşmesindeki hükümlerin 4054 sayılı kanuna aykırı olması nedeni ile oluşan ihlale son vermek için Kanun'un 27.maddesinin (a) bendi uyarınca dava açma yoluna gidilmesine karar verilmiştir. Bu karar uyarınca Kurul tarafından adli mahkemelerde, ilgili ana sözleşme maddelerinin BK 19. ve 20. hükümlerine aykırılık dolayısı ile butlan ile batıl oldukları gerekçesi ile dava açılmıştır. Açılan bu dava mahkeme tarafından kabul görülerek, sözleşmenin bu hükümlerinin butlan nedeni ile batıl olduğuna karar verilmiştir. BİRİYAY Kararı, yukarıda açıklandığı üzere, Danıştay iptal edilmiş olmasına rağmen, iptal gerekçeleri arasında Kurul'un böyle bir davayı açmak yetkisi olmadığına ilişkin bir açıklama olmadığı gibi, davanın açıldığı mahkeme de Kurul'u böyle bir dava açmakta yetkili görerek, istem doğrultusunda karar vermiştir.³¹³

İhlale son verme kararları ile ilgili olarak değerlendirme yapılırken, Danıştay'm, yukarıda bahsedilen geçici tedbir kararları ile ilgili kararlarının burada da dikkate alınması gerektiği düşünülmektedir. Göltaş ve CNR-NTSR kararlarında Kurul tarafından taraflara arasında "inşai" bir ilişkinin kurulamayacağı doğrultusunda karar verilmiştir. Kurul, bahsedilen bu kararlardan Göltaş hakkındaki nihai kararında Göltaş'ın hakim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiş, Göltaş'a bu nedenle sadece para cezası vermiştir.³¹⁴ CNR-NTSR kararında ise herhangi bir ceza uygulanmamıştır.

Bu kararın ardında yatan gerekçelerin çok iyi değerlendirilmesi ve anlaşılması gereklidir. Danıştay'ın böyle bir karar vermesinin ardında yatan gerekçenin, "sözleşme hürriyetinin" kaynağını AY'den (m.48) alan bir ilke olması ve Danıştay'ın kararında açık bir biçimde ifade etmemekle beraber, Rekabet Kurulu tarafından alınabilecek olan davranışsal önlemlerin taraf iradesinin önüne geçerek, sözleşmesel bir ilişki yaratamayacağı yönünde olabilir. Bu açıdan, AYM tarafından "Elektrik Piyasası Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun"un iptaline ilişkin gerekçelerin dikkate alınmasında fayda görülmektedir³¹⁵.

Bu kararda AYM Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi tarafından imzalanmış olan enerji satış anlaşmaları TEAŞ ve TEDAŞ'tan devralacağına ilişkin ve kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakkı devri öngörülenlerden devir işlemlerini belli bir tarihe kadar tamamlayamayanların sözleşmelerinin fesholacağına ilişkin hükümleri AY'ye

³¹² 06.11.2002 tarihli ve 02-68/821-333 sayılı Kurul kararı.

³¹³ 13.4.2009 tarihli ve 09-14/298-72 sayılı Kurul kararı, para.190-230.

³¹⁴ 20.09.2007 tarihli ve 07-76/908-346 sayılı Kurul kararı.

³¹⁵ Anayasa Mahkemesi 13.2.2002 T., 2001/389 E., 2002/29 K., Resmi Gazete Tarih: 18.04.2002 Sayı: 24730. Ayrıca bkz. 27.02.2003 tarih ve 03-13/140-67 sayılı Kurul kararı.

uygunluk açısından değerlendirilmiştir. AYM kararında; “Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" kuralını içermektedir. Buna göre **tarafklar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler**. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. AY'nin 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında **yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir**. Ayrıca, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağılı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içerisinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır. Dava konusu kuralla daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir. Öte yandan, bir hukuk devletinde **hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar**. Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır.” demiştir.

Bu kararda “sözleşme hürriyetinin” müdahale edilemeyeceğinin ifade edilmiş olmasının Rekabet Hukuku uygulamaları açısından da gözetilmesi gerektiği ve Kurul tarafından taraflar arasında bir sözleşme yapılmasına hükmedeceği kararlarının AY'ye uygunluk açısından tartışma konusu olabileceği öngörülmelidir. Bir örnek ile açıklamak gerekirse, bahsedilen karardan, mal vermeyi reddetmek suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması hakkında yürütülen bir soruşturma sonucunda, Kurul reddetme eyleminin piyasaya giriş engeli yarattığı doğrultusunda bir karar alarak, hakim durumdaki teşebbüsün eylemine son vermesi, bu bağlamda talep edilen malın sağlanmasına karar verilmesi mümkün olamaması, böyle bir ihlalin sadece para cezası yaptırımına bağlanabileceği anlamı çıkmaktadır.

4. Tespitler ve Sonuç

Her şeyi konuşabilen insanlar,
Her Şeyin Üstesinden Gelirler...
(Napoleon Bonaparte 1796 – 1821)

Devlet adına açıklanan iradenin etkili ve hukuka uygun sonuçlar doğurabilmesi için, “hukuk devleti”ni yaşatmayı ilke edinmiş bir idari yönetim anlayışının benimsenmesi zorunludur. Çünkü hukuk, Devlet'in tüm sistemlerinin bir arada ve ahenk içinde çalışmasını temin eden bir program; hukukun genel ilkeleri

de bu programın özüdür. Devlet, hukuk ve hukukun genel ilkelerini birbirinden ayrı düşünmek ve ele almak, bir canlının bedenindeki tek bir organı yerinden çıkartıp yaşamasını istemekle eş değerdir. Aksi bir yaklaşım, yasaları biçimsel olarak uygular görünmek sonucunu doğurur ki, böyle bir uygulama ancak hukuka aykırı yönetimin bir örneğini oluşturabilir.³¹⁶

Rekabet Kurumu'nun "kamu gücü"nü kullanmak ayrıcalığından yararlanması karşısında muhatapların Kurum karşısında korunması gereklidir. Kaldı ki, Anayasa, idarenin bütün faaliyetlerinin, bağımsız ve teminatlı bir yargı organı tarafından denetlenmesini öngörmektedir.

Bu çerçevede idarenin eylem ve işlemleri ile ilgili uyuşmazlıkların Danıştay'da çözümleneceği öngörülmüştür. 521 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre Danıştay, AY ile görevlendirilmiş yüksek idare mahkemesi, danışma ve inceleme merciidir. Dolayısıyla, Kamu Hukuku'nun bir parçası olan Rekabet Hukuku ile ilgili tespitleri de rekabet düzeninin gelişmesine yön verecektir. Danıştay'ın Rekabet Hukuku'nun maddi ve şekli unsurları ile ilgili tespitleri de rekabet düzeninin gelişimine katkı sağlayacaktır.

Geçmiş on yıllık süreç incelendiğinde Rekabet Kurumu'nun birçok pazar açısından Türkiye'de daha rekabetçi bir piyasanın oluşumuna önemli bir katkı sağlamış olduğu ve tüketicilerin bu katkıdan faydalanmış olduğu rahatlıkla söylenebilir. Danıştay da Rekabet Kurulu kararlarının usuli açıdan hukuka uyarlı şekilde gelişmesini sağlayan kararlar vermiştir. Ancak Danıştay'ın maddi Rekabet Hukuku açısından hukukun gelişimine katkı sağlayan kararları henüz fazla sayıda değildir. Bunun önemli bir nedeni, Danıştay'ın bir idari yargı mercii olarak AY ve İYUK'da belirlenen inceleme biçimi ile sıkı sıkıya bağlı olması ve İYUK ile yargısal incelemede önceliğin usul kurallarına verilmiş olmasıdır.

Son zamanlarda, Danıştay'ın maddi hukuka ilişkin daha sık değerlendirme yaptığı görülmektedir. Bu değerlendirmelere bakıldığında, Danıştay'ın maddi hukuka ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından varılan sonuçları benimsendiği tespit edilmektedir. Bunun iki anlamı olabilir; birincisi, Danıştay'ın, Rekabet Kurulu'nun maddi hukuka ilişkin verdiği kararların hukuka uygun olduğu kanaatinde olması, ikincisi ise, Danıştay'ın iş yükü nedeni ile, Rekabet Kurulu kararlarını maddi hukuk açısından derinlemesine analiz edecek kaynağa sahip olmaması olabilir.

Danıştay ve Rekabet Kurulu kararlarının incelendiği usul ve esas konularına ilişkin olarak detayları ile aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

³¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, ŞEREF (2000), Yönetim Hukuku, 14. bası, Turhan Kitabevi, Ankara., s.22. ; GÜNDAY, METİN (2003), İdare Hukuku, 8. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara., s.41.; Danıştay 10. Daire, 9.6.1997 T., 1995/3314 E., 1997/2257 K.

Usule ilişkin konular hakkında:

- **Rekabet Kurulu karar alırken ve Kanun ile kendisine verilen yetkileri kullanırken, hukukun genel ilkelerini ve Kanun’un diğer hukuk kuralları ile ilişkisini yeterince iyi analiz etmemiştir.**

Danıştay’ın hangi kriterlere göre denetim yaptığı 1961 Anayasa’sının yayınlanmasından bu güne geçen yaklaşık 50 yıllık sürede tecrübe edilmiştir. Danıştay bir idari işlemi denetlerken, işlemin mevcut hukuk ilke ve kurallarına uygunluğu açısından inceleme yapar. Dolayısıyla, hukuk kuralları iyi anlaşılırsa ve bunlara uygun işlemler tesis edilirse, Danıştay’ın iptal kararı vermesi söz konusu olmaz.

Rekabet Kurulu kararları arasından; para cezaları açısından lehe olan kanun hükmünün dikkate alınmamış olması, iptal edilen bir karar olmasına rağmen sadece karşı oy yazılarını göndererek sakatlığı gidermek yoluna gidilmesi, ilk inceleme süreci sonucunda rekabet ihlali olmadığına karar verilmesi gibi örnekler dikkate alındığında, Kurul’un kararlarını tesis ederken tabii olduğu hukuk kural ve ilkelerini yeterince iyi analiz etmediği görülmektedir.

Bundan sonraki uygulamalarda Kurul tarafından daha dikkatli bir hukuki analiz yapılacağı ve düzeltilmeye ihtiyaç duyulan çok daha az sayıda karar tesis edileceği öngörülebilir.

Kurum hukuki tecrübesini, benzer görevlerle yükümlendirilmiş idari kurumların işlem ve eylemleri hakkında verilen kararları da gözeterek derinleştirebilir. Örneğin, Enerji Piyasası Denetleme Kurulu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bilişim ve Teknoloji Kurumu gibi benzer yapıdaki kurumlar hakkında verilen kararlar da sağlıklı hukuki değerlendirmelere ışık tutabilir. Bu açıdan Rekabet Kurumu’nun içyapısı içerisinde hukuksal gelişmeleri yakından takip edecek bir mekanizma oluşturmasında fayda olabilir.

- **Rekabet Kurumu ile diğer idari kurumlar arasındaki yetki paylaşımı konusunda tereddütlerin ortadan kaldırılması için, kurumlar arası işbirliği ve iletişimin artırılması gereklidir.**

Rekabet Kurulu kararları hakkında verilen geçmiş 10 yıllık Danıştay kararları incelendiğinde, Rekabet Kurumu’nun özellikle diğer kamu kurumları ile görev alanlarının kesiştiği konularda, ilgili yasal ve idari düzenlemelerde yer verilen iletişim, etkileşim ve karar alma süreçlerine uygunluğun sağlanması için önlemler alması gerektiği görülmektedir. Rekabet Kurulu’nun sektör ayrımı yapılmaksızın her sektörde rekabet ihlalleri hakkında işlem başlatma ve gerektiğinde para cezası verme yetkisi ve görevi olduğu tartışmasızdır. Ancak, Bilişim ve Teknoloji Kurumu örneğinde görüldüğü gibi, merkeze doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olan tüm idari kurumlar arasındaki ilişki etkinliğinin sağlanması Danıştay

tarafından gözetilen konulardan bir tanesidir. Bu durumda Rekabet Kurumu tarafından, kurumlar arasındaki entegrasyon ve iletişimin geliştirilmesine ilişkin olarak başlatılan çalışmalar sürdürülmelidir. Kamu İhale Kurumu ve Rekabet Kurumu arasında imzalanan protokol bu işbirliğinin ve etkileşimin güzel örneğidir.

• **Rekabet Kurulu soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerinin gizliliği ve avukat-müvekkil yazışmalarının delil olarak kullanılması konularındaki uygulamalarının şeffaflaştırılması ve hukukun genel ilkelerine uyarlı hale getirilmesi gereklidir.**

Rekabet Kurulu'nun 2010/3 sayılı Dosyaya Giriş Hakkının ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in yayınlanması, soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğine ilişkin uygulamalara şeffaflık kazandırılması açısından önemli bir adım olarak görülmektedir. Ancak, bu düzenlemenin soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin "savunma hakkını" yeterince güvence altına aldığı söylemek güçtür. Özellikle, yukarıda ilgili Bölüm II 3'de bahsedilen AYM kararları arasında yer alan ve Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasındaki "uyumlu eylem karinesi"nin AY'ye uygunluğunun teyit eden kararı ertesinde, "uyumlu eylem karinesi"nin uygulandığı durumlarda, tarafların savunma haklarının nasıl daha etkin bir biçimde korunabileceğinin tartışılması zorunludur. Aksi halde, soruşturma kapsamındaki tarafların gerekçelerini tam olarak anlayamadıkları ve bu nedenle de savunmalarını sağlıklı bir biçimde şekillendiremedikleri süreçlerin yaşanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, uyumlu eylem iddiasına dayanan soruşturmalarda Kurul tarafından incelenen ve yapılan iktisadi analizlere esas alınan her türlü bilgi ve belgenin taraflara verilmesinin savunma hakkının teminat altına alınması açısından gerekli olduğuna inanılmaktadır. Taraflara dile getirebilecekleri her türlü savunmayı yapmak imkanı vermek, Rekabet Kurulu tarafından da verilecek olan kararlara etkinlik kazandıracaktır.

Danıştay'ın da Rekabet Kurulu uygulamalarının AY'ye ve hukukun genel ilkelerine uygunluğunu sağlamak amacı ile verdiği kararlarda dengeli bir değerlendirme yapmaya yüksek özen göstermesi gereklidir. Bu bağlamda, en temel insan hakları arasında sayılan "savunma hakkının korunması ilkesine" rekabet düzeninin korunmasından daha az değer addedilmesi düşünülemez.

Rekabet Kurulu'nun avukat-müvekkil yazışmalarının delil olarak kullanımına ilişkin değerlendirmesinin Avukatlık Kanunu ve Ceza Hukuku prensiplerine uygunluğunun teminat altına alınması gereklidir. Bu amaçla Kurul bir düzenleme yapabilir. Danıştay'ın da soruşturma kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliği ya da avukat – müvekkil gizliliğine tabi olan evrakın delil olarak kullanılması gibi konularda önüne gelen olayları aynı titizlikle ele alması gereklidir.

- **Rekabet Kurulu'nun bir işlemleri hakkındaki yargı süreci devam ederken, yargılama sona ermeden (dava konusu karar nihai hale gelmeden) yeni bir karar alması hukuki sorunlar doğurabilir.**

Rekabet Kurulu'nun bazı dosyalarda vermiş olduğu ilk karar henüz Danıştay incelemesindeyken, ikinci bir karar tesis ettiği ve tarafların bu karara karşı da yargıya başvurdukları durumlar görülmektedir. Rekabet Kurulu tarafından verilen her karar tek başına bir idari işlemdir. Dolayısıyla böyle bir durumda her iki karar hakkında da yargılama devam edecektir. Yargılama sonucunda Danıştay tarafından verilen ilk karar temyiz incelemesinde bozulursa, Danıştay'ın önünde tarafları ve maddi vakaları aynı olan iki farklı kararın bulunması sonucu doğabilecektir. Bu incelemelerden ilki hakkında maddi hukuka uyarlılık nedeni ile verilecek olan bir yargı kararının ikinci Kurul kararı açısından da geçerli olabileceği aşikârdır. Bu sürecin bir hukuk karmaşası yaratması ise kaçınılmazdır. Rekabet Kurulu'nun bundan sonraki kararlarında, kararın öncesindeki yargılama süreci ile ilgili ortaya çıkabilecek olan sonuçları gözeterek karar alması, hukuki açıdan yorucu tartışmaların doğmasına engel olacaktır.

- **Danıştay Rekabet Kurulu'nun bilgi isteme, yerinde inceleme, önaraştırma, soruşturma süreçlerindeki usuli işlemlerini genel olarak hukuka uyarlı bulmuştur.**

Danıştay'ın özellikle bilgi istemi ve yerinde inceleme süreçlerine ilişkin olarak taraflarca ileri sürülen itirazları, Kanun ile Rekabet Kurumu'na bu konuda verilmiş olan geniş yetkileri gözeterek, reddettiği tespit edilmiştir. Danıştay, soruşturma kapsamındaki taraflara, inceleme süreçlerinde izlenen usul nedeni ile haklarının zedelendiğine ilişkin kaygılarını Rekabet Kurulu'na yazılı olarak bildirmeleri konusunda yol göstermiştir.³¹⁷

- **Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararlarında “idarenin savunması alınıncaya kadar” ibaresini kullanması, tarafların hak kaybına yol açabilir.**

Danıştay'ın hukuki karmaşaya yol açabileceği düşünülen bir uygulaması da yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak karar verme yöntemidir. Danıştay, bazen, davacı tarafın yürütmenin durdurulmasına ilişkin istemini “idarenin savunması alınıncaya kadar” ifadesini kullanarak tesis etmektedir. Bazı kararlarında ise “idarenin savunması alınıp, yeni bir karar tesis edilen kadar” ifadesini kullanmaktadır. Danıştay tarafından, “idarenin savunması alınıncaya kadar” ifadesinin kullanılması, yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar ancak bu savunma alınıncaya kadar hüküm ifade etmesi, savunma sunulduktan sonra ortadan kalkması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda,

³¹⁷ Örnek olarak bkz. Bölüm Bölüm III-1.3

Kurum'un savunmasını sunduğu zamandan sonra esasen bir yürütmenin durdurulması kararı kalmamakta ve Danıştay tarafından Kurul kararı sunulduğu gün incelenerek yürütmenin durdurulmasına ilişkin yeni bir karar verilene kadar geçen süre içinde Kurul tarafından öngörülen para cezası tahsili kabil hale gelmektedir. Uygulamada Kurul'un tahsilât sürecini başlattığı görülmemiştir. Ancak, Kurul tarafından tahsilat süreci başlatılırsa, cezanın tahsili 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkında Kanun uyarınca yapılacağından cezaya muhatap olan taraflar bu cezaları kısa süre içinde ödemek zorunda kalabilir. Danıştay tarafından daha sonra ilgili karar hakkında yürütmenin durdurulması kararı verildiğinde, söz konusu idari para cezasını ödeyen teşebbüslerin hukuki ve ekonomik hak kayıplarına uğraması kaçınılmazdır. Dolayısıyla, Danıştay'ın yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararını verirken "idarenin savunması alınıp yeni bir karar tesis edilen kadar" ifadesini tercih etmesi tarafların hak ve menfaatlerinin korunması açısından önemlidir.

- **Danıştay, hukuki belirliliğin sağlanması için kararlarını daha anlaşılır ve tatmin edici bir gerekçe ile kaleme almalıdır.**

Danıştay kararları açısından ifade edilmesi zorunlu görülen bir husus da, genel olarak kararların tatmin edici bir gerekçeyi haiz ve anlaşılabilir şekilde kaleme alınması ihtiyacıdır. Danıştay yüksek idari yargılama mercii olarak bir karar verip, bir görüş ileri sürdüğünde bu görüşün hem toplum hem de davanın taraflarınca anlaşılabilir derecede açık olması, hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması için önemlidir. Rekabet Hukuku uygulamaları ile ilgili olarak da verilen kararlar incelendiğinde Danıştay'ın kararlarında kararın gerekçesinin net bir biçimde anlaşılmasını temin etmesi gereklidir.

Esasa ilişkin konular hakkında:

- **Rekabet Kurulu'nun anlaşma, uyumlu eylem, hakim durum kavramları hakkındaki değerlendirmeleri Danıştay tarafından kabul görmüştür.**
- **Uyumlu Eylem Karinesi'nin Anayasa'ya aykırılığı iddiası Danıştay tarafından yerinde bulunmamıştır.**

Danıştay tarafından bir kararında, uyumlu eylem karinesi hakkındaki Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrasının AY'ye uygun olmadığı yönündeki davacı yan iddiası yerinde bulunmamıştır. Belirtmek gerekir ki, Danıştay bu kararında, uyumlu eylem karinesine ilişkin olan Kanun'un 4. Maddesinin 3. fıkrasının AY'ye aykırı olduğu iddialarını hangi gerekçelerle yerinde bulmadığını dile getirmemiştir.³¹⁸

³¹⁸ Bakınız yukarıda Bölüm II 3.

- **Rekabet Kurulu Kanun ile kurulmuş kamu tüzelkişilerinin kararları hakkında inceleme yaparken, bu kamu tüzelkişilerine ilgili kanun ile verilmiş olan görevleri gözetmek zorunluluğunu vurgulamıştır.**

Danıştay Rekabet Kurumu'nun rekabet düzeninin korunmasındaki görevini ifa ederken, kanun kapsamında teşebbüs olarak belirlediği kamu tüzelkişilerinin tabi olduğu mevzuatı da dikkate almak gerektiğini ortaya koymuştur.³¹⁹ Rekabet Kurulu tarafından bundan sonra yapacağı incelemeler açısından, eğer inceleme kapsamındaki teşebbüsler arasında bir kamu tüzelkişisi var ise, bu kurumun ilgili işlem veya eyleminin özel mevzuatında kendisine verilmiş bir yetkiden kaynaklanıp kaynaklanmadığının gözetilmesi gereklidir.

- **Rekabet Kurulu önüne gelen şikayetlerde, şikayetçilerin istemlerini tam olarak karşılayan ret gerekçeleri oluşturmalıdır.**

Rekabet Kurulu, Kanun'a aykırılık iddiası ile kendisine yapılan şikayet başvurularını ele alırken başvurunun tüm gerekçelerini ve başvuruya konu olan bilgi ve belgeyi inceleyerek, her birinin neden reddediliyor olduğunu açıklamaya özen göstermelidir. Aksi halde, Kararlar Danıştay tarafından eksik inceleme ve değerlendirme gerekçesi ile iptal edilebilmektedir.³²⁰

- **Rekabet Kurulu tarafından verilen kararlarda bir şart belirlenirken belirlenen şartın gerekçesinin belli, taraflarca anlaşılabilir olmasına, varsayımsal nedenlere dayanmamasına ve Kurul'un yetkileri açısından uygun olması gereklidir.**

Danıştay'ın Rekabet Kurulu'nun kararlarına ilişkin maddi hukuka uygunluk incelemelerinde Kurul tarafından verilen kararlarda öngörülen şartlar ile ilgili önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Danıştay kararlarında, Kurul tarafından belirlenen şartların gerekçelerinin kanuna uygun olması, varsayımsal nedenlere dayanmaması ve şartın yerine getirilmesi için Kurul'un dahil olacağı bir süreç öngörülüyor ise bu sürecin Kurul'un yetkilerini aşmaması gerektiği ifade edilmiştir.³²¹

- **Rekabet Kurulu geçici tedbir ya da ihlale son verme kararlarında taraflar arasında inşai bir ilişki kuramaz.**

Danıştay Kurul'un inceleme kapsamındaki taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı durumlarda, tarafları belli koşullar ile sözleşme yapmaya iten kararlarının hukuka uyarlı olmadığı yönünde görüş bildirmiştir.³²² Danıştay kararları çerçevesinde, Kurul'un ihlalin giderilmesi ve geçici tedbir kararlarına

³¹⁹ Örnek olarak bkz. Bölüm III – 2.1.5. TEB Kararı.

³²⁰ Örnek olarak bkz. Bölüm III 2.1.2 Ford Otosan Kararı.

³²¹ Örnek olarak bkz. Bölüm III 2.1.6 TÜVTURK kararı, Bölüm III 2.3. Vatan Kararı.

³²² Bkz. Bölüm III 3.1 ve 3.2.'de yer alan açıklamalar.

ilişkin karar almak konusundaki yetkisinin sınırlarının ne olduğunun belirlenmesinin Kurum'un gündemine alınması gereken konulardan biri olarak öne çıkmaktadır. Bu bağlamda, Kurul'un gerektiğinde taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyecek sonuçlar doğuran kararlar alabilmesine imkân verecek bir sistem oluşturulması bir öneri olarak belirtilebilir. 4054 sayılı Kanunu'nun kaynağı olan Avrupa Birliği Rekabet Hukuku uygulamalarında Avrupa Birliği Komisyonu'nun gerekli durumlarda ilgili tarafları belli bir doğrultuda işlem yapmaya yönlendiren kararlar verdiği ve bu kararların ATAD tarafından da uygun bulunduğu görülmektedir.³²³ Diğer taraftan Avrupa Birliği Komisyonu tarafından izlenen rekabet ihlalinin giderilmesi ya da önlenmesi için alınacak olan tedbirler ile ilgili olarak tarafların aktif olarak teklif sunmasını sağlayacak olan bir sistem öngörülebilir. 4054 sayılı Kanun'un değişiklik tasarısında 9. maddenin geçici tedbirlere ilişkin hükmünün "*Kurul, nihai kararın alınmasına kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbir alabilir.*" şeklinde revize edilmesi öngörülmektedir.³²⁴ Geçici tedbir kararları hakkındaki hükümde, geçici tedbir kararı verilmesi için "zarar doğması ihtimali" yerine "ihlal tehlikesi" olan durumlarda geçici tedbir kararı alınabileceğinin ifade edilmesinin Kanun'un ruhuna daha uygun olacağı düşünülmektedir.

• **Kurul'un iptal edilen para cezalarına ilişkin kararları ile ilgili zamaşımı konusu henüz çözümlenmemiş olmakla beraber, Danıştay tarafından bu itirazların ileri sürüldüğü dosyalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş olması, Danıştay'ın zamaşımı konusunda Kurul lehine bir yorum yapacağına bir işaret olabilir.**

Son olarak; bu hususların tümü gelecekte açıklığa kavuşturulacak ve farklı konular gündemimize gelmeye devam edeceğini ifade etmek sanırım gerçekçi olacaktır. Çünkü, yönetim ve karar mekanizmalarının her geçen gün daha da gelişmesi yaşamın ve hukukun deviniminin bir gereğidir. Anayasal tüm kurumlar ve Devlet düzeni içinde görev alan herkes olumlu ya da olumsuz olarak bu süreci etkileyecektir. Gelişim süreci içinde unutulmaması gereken en önemli erdemlerden birisi evrensel hukuki ilkeler çerçevesinde dünkü durumumuzdan daha iyiye ve ileriye gitmek çabasıdır.

³²³ Avrupa Birliği hukukunda "İhlale son verme" hakkındaki kararlar, mevzuat ve mahkeme kararları hakkında detaylı bilgi için bakınız: JONES, A., SUFRIN ,B, EC Competition Law, Second Edition, s.1110 -1114.

³²⁴ İnternette ulaşılabilen Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı http://alomaliye.com/2008/rekabetin_korunmasi_tasarisi.htm (23 Mart 2010).

**TÜRK İLAÇ SEKTÖRÜNDE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ
KULLANIMININ REKABET HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Av. Mehmet GÜN, Av. Özge Atılgan KARAKULAK,
Av. Filiz TOPRAK**

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

I. İLAÇTA FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET İLİŞKİSİ

A. İLAÇ SEKTÖRÜ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

1. Genel Olarak İlaç Sektörünü İlgilendiren Fikri Mülkiyet Hakları
2. Patentler
3. Veri Koruması
 - a. Genel Olarak Veri Koruması
 - b. Özel Bir İdari Koruma Yöntemi Olarak Veri İmtiyazı
 - c. Veri İmtiyazı A la Turca Üzerine Eleştiri
4. Markalar
 - a. Genel Olarak Markalar
 - b. Uluslararası Mülkiyeti Haiz Olmayan İsimler
5. Endüstriyel Tasarımlar
6. Telif Hakları

B. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KULLANIMI ve REKABETE ETKİSİ

1. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar
2. Lisans Vermeyi Reddetme
3. Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak
4. Bağlama
5. Aktif (Yıkıcı) Dava Stratejisi
 - a. AB Rekabet Otoritesi ve Mahkeme Kararları
 - (i) BBI/Boosey & Hawkes ve Decca Navigator System Davaları
 - (ii) ITT Promedia Kararı
 - (iii) AstraZeneca Kararı
 - b. Türk Rekabet Kurumu Kararları
 - (i) Renault Kararı
 - (ii) Ulusal Dolaşım Kararı

(iii) Hekim Optik-SESA Kararı

II. AB İLAÇ SEKTÖRÜ ARAŞTIRMASININ FİKRİ MÜLKİYET BOYUTU VE TÜRKİYE'DEKİ YANSIMALARI

A. AB İLAÇ SEKTÖRÜ ARAŞTIRMASININ FİKRİ MÜLKİYET BOYUTU

1. AB İlaç Sektör Araştırmasının Amacı
2. Araştırılan Temel Konular
3. Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması ve Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları ve Değerlendirme
 - a. Patent Stratejileri (Patent Kümeleri) ve İkinci Jenerasyon Ürünler (İkincil Patentler)
 - b. Tescil Otoritelerine Yapılan İtirazlar
 - c. Patent İhtilafları (İhtarnamelemler ve Davalar)
 - d. Sulh Sözleşmeleri

B. TÜRKİYE'DE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KULLANIMINDA YAŞANAN BELİRSİZLİKLER VE REKABETE ETKİSİ

1. Patent Tescil Sürecinde İtirazlar
2. İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti Talepleri ile Patent Tecavüzü Davaları
3. Menfi Tespit ve Hükümsüzlük Davaları
4. Veri Koruması ve Haksız Rekabet Davaları
 - a. Bir Mülkiyet Hakkı Çeşidi Olarak Veri Koruması
 - b. Veri Koruması – Veri İmtiyazı İlişkisi
5. Yargılama Delili ve Delillere Erişimde Zorlukları
6. Yargılama Aleniyeti ve Gizlilik Sorunları

SONUC

BİBLİOGRAFYA

ABSTRACT

On January 16, 2008, the European Commission launched an inquiry into competition in the pharmaceuticals sector. The underlying reasons of the Commission to launch the sector inquiry were that fewer new medicines are being brought to market, and that the entry of generic medicines may be delayed.

The preliminary report of the Commission was published on November 28, 2009 where the emphasis was given to the enforcement of intellectual property rights ("IP") and it was found that the innovator companies may have been delaying the generic entry with their defense strategies based on their IP rights. The preliminary report was criticized as it did not address the regulatory hurdles affecting the entry of medicines and establish any causation between the company behaviors and the delays. On the other hand, the Commission, in accordance with the criticism, has taken softer tone in its final report of July 8, 2009, highlighted that the use and enforcement of IP rights may in exceptional circumstances destroy competition, and that the company behaviors need to be assessed in the context of the existing regulatory framework.

In the meantime, the Turkish Competition Authority also started an inquiry into the pharmaceutical sector on January 20, 2009. In this inquiry the structural problems in the sector will be scrutinized and suggestions will be presented to develop the competition conditions. The main issues which will be investigated by the Authority were determined as pricing, reimbursement, entry into market, distribution channels and tender processes.

There is no doubt that the findings of the Commission in the pharmaceutical sector inquiry will also be taken into account by the Turkish Competition Authority. However, as the enforcement of IP rights in the EU is different than it is in Turkey, it will not be possible to directly acquire the conclusions of the report for Turkey. This is because the patent protection for the pharmaceutical products has started for the first time in January 1, 1999; since then very limited patents were granted; and the pharmaceutical patent cases started to be seen in 2004. The hurdles in access to evidence and obtaining fast and efficient decisions are still continuing today and the suggested solutions to these problems do not remove the uncertainty concerning the entry of a pharmaceutical product into market. This follows that whether the enforcement of IP rights in the pharmaceutical sector leads to breach of competition or not

needs to be assessed from the perspective of the hurdles increasing the uncertainties in the IP enforcement.

To this end, in this article, we firstly touch on the types of the IP rights used in the pharmaceutical sector and the question whether the use and the enforcement of such rights may constitute infringement of competition. Then we attempt to provide an analysis on the Commission's findings in the sector inquiry with respect to the enforcement of the IP rights. At the final section, the judicial problems in the enforcement of the IP rights in Turkey and the effects of the same to competition will be evaluated along with the proposals of solutions.

GİRİŞ

Avrupa Birliği Komisyonu 16.01.2008 tarihinde, ilaç sektöründe bir sektör araştırması başlatmıştır. Komisyon'u sektör araştırması yapmaya iten sebepler, son yıllarda piyasaya sürülen yeni ilaç sayısında düşüş olması, jenerik ilaçlar bakımından ise piyasaya çıkışta gecikmeler yaşanması olarak açıklanmıştır.

Komisyonun sektör araştırması hakkındaki ön raporu 28.11.2008 tarihinde yayımlanmış, raporda fikri mülkiyet haklarının kullanımı meselesine yoğunlaşarak buluşçu şirketlerin, birçoğu fikri mülkiyet hakkına dayanan savunma stratejileri ile jenerik ürünlerin piyasaya çıkışını geciktiriyor olabileceği belirtilmiştir. Ön rapor, ilaçların geç piyasaya çıkışı konusunda regüasyondan doğan sebeplerin irdelenmemesi ve gecikme ile buluşçu şirket davranışları arasında illiyet bağı kurulmaması sebepleriyle eleştirilmiştir. Komisyon 08.07.2009 tarihli nihai raporunda ise eleştiriler doğrultusunda tonunu değiştirerek, fikri mülkiyet haklarının kullanımının istisnai hallerde rekabeti bozacağını vurgulamış ve şirket davranışlarının mevcut regülasyon çerçevesi içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu arada, Türk Rekabet Kurumu da 20.01.2009 tarihinde ilaç sektörüne yönelik bir sektör araştırması başlatmıştır. Söz konusu araştırmada, sektördeki yapısal sorunlar incelenerek rekabet koşullarının geliştirilmesi yönünde öneriler sunulacaktır. Kurum'un inceleyeceği ana başlıklar fiyatlandırma, geri ödeme, pazara giriş, dağıtım kanalları ve ihale süreçleri olarak belirlenmiştir.

Komisyon'un sektör araştırmasındaki sonuçları kuşkusuz Kurum tarafından dikkate alınacaktır. Ancak Avrupa Birliği'ndeki fikri mülkiyet haklarının uygulaması Türkiye'dekinden farklı olduğundan, rapor sonuçlarının doğrudan iktisap edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira Türkiye'de ilaçta patent koruması ilk defa 1 Ocak 1999'da başlamış, sınırlı sayıda ilaç patenti verilmiş, ilaç patenti davaları 2004 yılında ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu davalarda

delillere ulaşım, hızlı ve etkin karar elde etme gibi sorunlar günümüzde devam etmekte, önerilen çözümler ilacın piyasaya girişindeki belirsizlikleri ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla ilaçta fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet ihlali yaratıp yaratmadığı hususu bu konjonktürde incelenmelidir.

Bu doğrultuda tebliğde öncelikle, sektörde kullanılan fikri mülkiyet hakkı türlerine değinilerek, bu hakların kullanımının rekabet ihlali teşkil edip etmediği sorgulanacaktır. Ardından Komisyon'un sektör araştırmasındaki fikri mülkiyet haklarının kullanımına ilişkin tespitleri incelenecektir. Son bölümde ise fikri mülkiyet haklarının kullanımında Türkiye'de yaşanan yargısal sorunlar ve rekabete etkileri, çözüm önerileri ile birlikte değerlendirilecektir.

I. İLAÇTA FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET İLİŞKİSİ

A. İLAÇ SEKTÖRÜ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

1. Genel Olarak İlaç Sektörünü İlgilendiren Fikri Mülkiyet Hakları

“*Fikri mülkiyet*”¹ terimi için bazen “*fikri ve sınai mülkiyet*” bazen de “*fikri, sınai ve ticari mülkiyet*” terimleri kullanılsa da, esasen bu terimlerin anlamları ve kapsamaları aynıdır. Fikri mülkiyet hakkı; buluş, fikir ve sanat eseri ve ticaret alanında kullanılan ayırt edici işaret ile tasarım sahiplerine Devlet tarafından verilen bir tekel hakkıdır². Fikri mülkiyet kavramı, sınai mülkiyet hakları ile telif ve bağlantılı haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Patent, marka, faydalı model, endüstriyel tasarım, ticari sır, ticaret unvanları ile coğrafi ad ve işaretler “*sınai mülkiyet*” olarak nitelendirilirken; fikir ve sanat eserlerinin “*telif ve bağlantılı haklar*” başlığı altında incelendiği görülmektedir. Ancak günümüzde bu ayrımın önemini yitirdiği kabul edilmektedir³. Zira sadece fikir ve sanat eserleri değil, patent veya endüstriyel tasarımlar da bir fikrin ürünüdür. Diğer taraftan, fikir ve sanat eseri kapsamında değerlendirilen bilgisayar programları gibi eserler sanayileşmiş, ticaret hayatının bir parçası haline gelmiştir. Dolayısıyla, fikri hak ve sınai hak arasındaki ayrım gün geçtikçe belirsizleşmiştir. Bu bağlamda, çalışmamızda fikri mülkiyet hakları geniş anlamıyla kullanılmakta, hem fikri hem de sınai hakları kapsamaktadır. Ancak çalışma ilerledikçe, ilaç sektörünü en çok ilgilendiren fikri mülkiyet hakkı olan patent hakları özelinde değerlendirmeler yapılacaktır.

Fikri mülkiyet hakları ilaç sektörü için son derece önemlidir. Bir ilaç şirketinin fikri mülkiyet hakkı kullanımı, şirketin iş stratejisi, büyüklüğü, kaynakları, yenilikçi kapasitesi, rekabetçi olması ve uzmanlığı gibi birçok faktöre

¹ İngilizcedeki “intellectual property”, Fransızcadaki “propriété intellectuelle”.

² http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip_pharma.html

³ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta, 4 Baskı, İstanbul, 2005, s. 1.

dayanmaktadır. Yeni ilaçlar geliştiren, araştırmacı ve yenilikçi şirketler Ar-Ge sürecinde katlandıkları maliyeti telafi edebilmek için özellikle patent sistemine ihtiyaç duymaktadır⁴. İlaç sektöründe patent sistemine olan bağımlılığı, Levin'in şu cümlesiyle özetlemek mümkündür: “Çoğu sektörde patentler, bir firmanın rekabetçi avantajını korumada çok etkili olarak görülmez. Ancak, ilaç sektörü ve diğer bazı kimyasal sektörler bu durumun çarpıcı istisnalarıdır”⁵. Patent korumasının varlığı bir yandan orijinal ilaç üreten şirketi Ar-Ge yatırımı yapıp yeni ürünler üretmeye teşvik ederken, diğer taraftan da jenerik şirketlere kopyalanacak ürün bulup koruma süresinin sonunda piyasaya çıkma imkanı vermektedir.

Diğer sektörlerde olduğu gibi, ilaç üretim usulleri ve ilaç ürünlerinin patent koruması da başvuru tarihinden itibaren yirmi yıldır. Ancak, yeni bir ilacın izin sürecini tamamlayıp piyasaya girişinden itibaren başlayan ve patent süresi doluncaya kadar devam eden etkili patent süresi ortalama olarak 12 yıldır ve yaklaşık 900 milyon dolara mal olmaktadır. Bu süreç laboratuvar çalışmalarıyla başlar, insanlar üzerinde gerçekleştirilen 4 ayrı klinik çalışma fazıyla devam eder. Sürecin uzunluğu nedeniyle, araştırma ve geliştirme için ilk başvurunun yapılmasından itibaren başlayan 20 yıllık patent koruma hakkının tamamından yararlanmak mümkün olmamaktadır⁶. Bu da, ilerleyen bölümlerde bahsedeceğimiz, söz konusu korumadan kaybedilen süreyi telafi eden veri koruma düzenlemeleri ile giderilmeye çalışılmaktadır.

İlaç sektöründe her ne kadar patent ve veri koruması ön plana çıksa da, marka, endüstriyel tasarım, telif ve bağlantılı diğer haklar da ilaç endüstrisi için önemli diğer fikri mülkiyet haklarıdır. Devlet tarafından sıkı regüle edilmiş olan ve tanıtım gibi kısıtlamalara maruz kalan ilaç endüstrisi için ortaya çıkan yeni ilacın piyasadaki yerini koruyan her bir fikri mülkiyet hakkı hayati önem taşımaktadır. Bu sebeple, çalışmamıza ilaç sektöründe kullanılan tüm fikri mülkiyet haklarından bahsederek başlamakta fayda görüyoruz.

2. Patentler

Patentin konusunu oluşturan buluş, bilinen bilgilerden yararlanarak daha önce bilinmeyen yeni bir bulguya ulaşma veya yöntem geliştirmedir⁷. Buluş,

⁴ Bkz *supra* note 2.

⁵ LEVIN, Richard C., “Testimony before FTC/DOJ Joint Hearings on Competition and Intellectual Property Law”, 6 Şubat 2002.

(<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/levinrichardc.htm>)

⁶ http://www.aifd.org.tr/PDF/PozisyonBelgeleri/tr/Fikri_Mulkiyet_Haklari_ve_Veri_Korunasi.pdf

⁷ ODMAN, Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, 2002, s.39.

beşeri bir gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren ve uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getirir. Bir mucit bir soruna çözüm bulunca, aynı soruna başkalarının başka çözümler bulmalarının yolu kapanmaz⁸.

Buluş ortaya çıktıktan sonra ancak patent belgesinin alınması buluşçuya etkin koruma sağlamaktadır. Bunun için de buluş sahibi buluş üzerindeki hakkı olan patent isteme hakkını kullanır.

Patent, yeni olan, buluş basamağı içeren ve sanayiye uygulanabilir olan bir buluş için, devlet tarafından sahibine verilen bir münhasır haktır. Bu münhasır hak sahibine, kendisinden izin alınmaksızın, patentli buluşun başkaları tarafından üretilmesini, kullanılmasını, satışa sunulmasını, satılmasını veya ithal edilmesini önleme hakkı verir. Patent, şirketlerin yeni bir ürün ya da usul üzerinde pazarda münhasıriyet kazanması ve lisanslama yolu ile de güçlü bir pazar yeri edinmesi veya ek gelir elde etmesi bakımından son derece güçlü bir işletme aracıdır.

Türkiye’de patent haklarına ilişkin 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (“551 sayılı KHK”)’ya göre de, patentten doğan hak, elde edilen patente dayanılarak kanun gereği kazanılan ve sahibine, 20 yıllık bir süre boyunca patent konusu buluştan münhasıran yararlanma yetkisi veren ve üçüncü kişilerin patente konu olan ürünlerin üretilmesini, satılmasını vb. engelleme hakkı veren mutlak bir haktır.

Yeni ürünler geliştirmeyi, mevcut ilaçları iyileştirmeyi veya yeni teknolojiye adapta etmeyi veya yeni usuller geliştirmeyi hedefleyen araştırmacı ve yenilikçi şirketler, araştırma ve geliştirme faaliyetleri nedeni ile yaptıkları yatırımın telafisi için patent sistemine bel bağlamaktadırlar. Öte yandan sadece araştırmacı ve yenilikçi global şirketler için değil, ilaç sektöründeki kobiler ve jenerik şirketler için de patent sistemi son derece önemlidir. Patent dokümanlarındaki bilgiler bu tür şirketlerin Ar-Ge faaliyetlerine katkıda bulunmakta, şirketlere daha sonraki buluşlar için fikirler vermekte, ayrıca bu şirketlerin serbest faaliyette bulunabilecekleri alanları belirlemelerine ve patent korumasının ne zaman sona ereceğini öğrenmelerine yardımcı olmaktadır.

Öte yandan Türkiye ilaçlar için patent koruması ile diğer ülkelere göre daha geç tanışmıştır. 551 sayılı KHK’den önce patent korumasını düzenleyen 23.03.1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu’nun 3. Maddesi, eczacılıkla ilgili bileşimlere, her çeşit ilaçlara ve ilaç yapımlarına ihtira berati⁹ verilmeyeceğini hükme bağlamıştı. Türkiye’nin tıbbi ve veteriner ürün ve usullere patent vermeyi

⁸ TEKİNALP, s.494.

⁹ Türk Dil Kurumu’na göre ihtira berati: Bilinen araç, gereçlerle ve yaratıcı güçle yeni bir şey bulana, bulunduğu şeyden bir süre yalnız kendisinin yararlanması için devletçe verilen belge.

kabul etmesi ise daha sonradan Dünya Ticaret Örgütü (“DTÖ”)’yü kuran anlaşmanın eki olan TRIPS¹⁰ hükümlerinin bir gereğidir. TRIPS, 29.01.1995 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak, 4067 sayılı kanunla onaylanarak, 31.12.1994 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Anayasa’nın 90. Maddesinin son fıkrası aynen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” demektedir. Anayasanın bu açık hükmü karşısında, usulünce onaylanarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmaların Türk Hukuk düzeninde kanun kuvvetinde olduğu, hükümlerinin diğer kanunlar gibi yürütme ve yargı organlarının yanında idareyi de bağladığı ortadadır. Bu husus doktrinde de tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de Pazarıcı’ya göre¹¹, Türkiye’nin taraf olduğu antlaşmalar yasa değerindedir ve iç hukuk düzenimizde doğrudan etki doğuracaktır. Özbudun¹², uluslar arası antlaşmalarla kanunların eşdeğerde olduklarını; Gözler¹³ ise, milletlerarası antlaşmaların kanun gibi işlem göreceğini, yargı organlarının bir antlaşmaya aykırı olması nedeniyle idari bir işlemi, bir tüzüğü veya yönetmeliği iptal edebileceklerini ifade etmektedirler¹⁴. Ayrıca TRIPS sözleşmesinin iç hukukumuzda kanun hükmünde olduğu ve 31.12.1994 tarihinden itibaren uyulması zorunlu iç hukuk hükmü haline geldiği Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 8.3.2002 tarihli 2002/1719 E ve 2002/2064 K sayılı kararında da açıkça kabul ve ifade edilmiştir. Doktrinde uluslararası anlaşmalara yasalardan üstün bir değer veren ya da yasalarla eşit değerde gören

¹⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), 15.04.1994’te imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Kurucu Anlaşması olan Marakeş Anlaşması’nın 1C no.lu ekidir. Türkiye’de Marakeş Anlaşması’nı, 29.01.1995 tarihli ve 22186 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren, 4067 sayılı Kanun’la Bakanlar Kuruluna verilen yetkiye dayanarak, 25.02.1995 tarihli ve 22213 (1.Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Hakkında Karar” ile iç hukukumuzda dahil etmiştir. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması için Tebliğ’de, İngilizce adının genel olarak bilinen kısaltması TRIPS kullanılacaktır.

¹¹ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 8. Baskı, Ankara,1999, s. 22.

¹² ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 213.

¹³ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Bursa, 2000, s. 451.

¹⁴ Yargıtay uygulamasında da usulüne göre onaylanarak yürürlüğe girmiş anlaşmaların kanun hükmünde ve bağlayıcı olacağı hususu yerleşik içtihat haline gelmiştir. Bkz. Yargıtay HGK’nin E. 1999/10-654, K. 1999/899 no’lu ve 3.11.1999 tarihli, Yargıtay 4. HD’nin E. 2002/13252, K. 2003/3743 no’lu ve 27.3.2003 tarihli, Yargıtay 2. HD’nin E. 1995/12587, K. 1995/14097 no’lu ve 22.12.1995 tarihli kararları.

görüşler bulunmaktadır¹⁵. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin, TRIPS hükümlerine yasaların üstünde bir değer verildiğinde TRIPS'in uygulamada önceliğe sahip olacağı, TRIPS yasalarla eşdeğer kabul edilse de, TRIPS hükümlerinin sonraki kanun olması nedeniyle İhtira Beratı Kanunu'nun aykırı hükümlerini ilga edeceği ortadadır. Doktrin görüşlerinde açıkça ortaya konan bu durum, yargı içtihatlarında da kabul edilmektedir. Gerçekten de Danıştay 5. Dairesi'nin 22.05.1991 tarih, E. 1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararında¹⁶ usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı bile ileri sürülemezken, kendisinden önce ya da sonra çıkartılmış bir yasanın antlaşma metnine aykırılığı bahane edilerek antlaşmanın uygulanmasının engellenmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir^{17 18}.

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, “Anayasaya uygunluğu bile denetlenmeyen antlaşmaların kendisinden önce ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ileri sürülerek uygulamasının savsaklanamayacağını” belirtmektedir (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2004, s. 227.). TEZİÇ, “Uluslararası antlaşmaların kanunların da üstünde yer aldığını, ‘uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir’ ifadesinin asıl amacının bir antlaşmaya dayanarak uyumazlığı çözüme durumda kalan mahkemeleri kuşkudan kurtarmak” olduğunu ve “kanun ile antlaşma arasında bir çatışma olduğunda mahkemelerin antlaşma hükümlerine göre karar vermesi gerektiğini” ifade etmektedir (TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1996, s:8) PAZARCI ve ÖZBUDUN’a göre ise antlaşmalar yasaların üstünde değil fakat yasa gücündedir ve antlaşmalarla yasalar arasında bir çatışma çıktığında ise sorunun “sonraki kanun öncekini ilga eder” prensibi ile çözülmesi gereklidir (PAZARCI, s. 30, 32; ÖZBUDUN, s. 212, 213.).

¹⁶ Söz konusu karara göre “Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası hükmü ve özellikle bu fıkradaki uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı karşısında, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir sözleşmenin, anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile, uygulanmaktan alıkonamayacağı, kendisinden önce ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, antlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle iç hukuk yönünden antlaşmanın üstünlüğü ilkesini belirtmiş olmaktadır. ...(bu durum) sözleşmelerin yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır”.

¹⁷ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2001, s. 475, 476.

¹⁸ Danıştay'ın bu uygulaması Yargıtay içtihatlarında da süreklilik kazanmıştır. Yargıtay 4.HD, E. 1993/8217, K. 1994/6585 no'lu, 11.7.1994 tarihli, sendikal haklarla ilgili bir kararında “TBMM’ce onaylanan ve usulüne göre yürürlüğe konulan milletlerarası antlaşmalar, kanun hükmündedir. Bu nitelikteki sözleşmeler iç hukukumuzla bütünleşerek bağlayıcılık kazanmıştır. Yasa koyucunun onayladığı sözleşmelerle, kural olarak Devlet memurlarına sendika kurma hakkını verdiği ve memur sendikalarına da tüzel kişilik tanıdığı kabul edilmeli ve memur sendikalarına ilişkin yorumlar söz konusu onaylanan sözleşmelerle yapılmalıdır. İç hukukumuzda halen memur sendikalarının kurulmaması ve özellikle sendikal haklarıyla ilgili bir düzenleme yapılmamış olması da kurulmuş olan sendikaların tüzel kişilik kazanamayacağı biçiminde yorumlanamaz.”denilerek uluslararası sözleşmelere öncelik

Dolayısı ile TRIPS yürürlüğe girdiği 31.12.1994 tarihinden itibaren patent koruması hakkındaki öncelikli yasa hükmüdür ve İhtira Beratı Kanunu'nun TRIPS'e aykırı ilaç ürün ve usullerine patent verilmesini yasaklayan hükümlerinin uygulamasını durdurmaktadır.

TRIPS'in 27. Maddesi, yeni olmaları, buluş basamağını içermeleri ve sanayiye uygulanabilir olmaları koşuluyla teknolojinin her alanında ürünlerle ve usullerle ilgili her türlü buluş için patent verilmesini, buluş yeri, teknoloji alanı ve ürünlerin menşei konusunda herhangi bir ayırım yapılmamasını öngörmektedir. Bunun yanında TRIPS'in 65'inci maddesi gelişmekte olan ülkeler için bir geçiş dönemine izin vermektedir. Türkiye bu hükümler çerçevesinde bir geçiş dönemi belirlemiş ve 551 sayılı KHK'nin geçici 4. maddesinde yapılan bir değişiklik ile tıbbi ve veteriner ilaç üretim usullerine ve ürünlerine yönelik patent korumasını 1.01.1999'dan itibaren başlatmıştır.

Ancak TRIPS'in 70/8'inci maddesi, geçiş dönemine ilişkin hükümler dikkate alınmaksızın, DTÖ antlaşmasının yürürlüğe girdiği tarih olan 31.12.1994'te farmasötik ve tarımsal ürünlere patent koruması sağlamayan ülkelere, patent başvurularını kabul etmek ve başvuru sahiplerine ürün patenti verilene kadar veya reddedilene kadar münhasır pazarlama hakkı tanıma zorunluluğu getirmiştir. Gerçekten de TRIPS'in 70/8'inci maddesinin İngilizce dilindeki orijinal metninde *"Where a Member does not make available as of the date of entry into force of the WTO Agreement patent protection for pharmaceutical and agricultural chemical products commensurate with its obligations under Article 27, that Member shall: (a) notwithstanding the provisions of Part VI, provide as from the date of entry into force of the WTO Agreement a means by which applications for patents for such inventions can be filed"* denmektedir. Ancak İngilizce dilindeki orijinal metin dilimize *"Herhangi bir Üye DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihte farmasötik ve tarımsal kimyasal ürünler için madde 27 kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak patentin korunmasını sağlayamadığı takdirde, bu Üye: (a) Kısım VI hükümleri dikkate alınmaksızın, DTÖ Anlaşması'nın*

tanınmasının yanında, sözleşmenin dışında ayrıca konuyla ilgili bir iç hukuk düzenlemesinin bulunması da gerekli görülmemiştir. Ayrıca Yargıtay 10. HD'nin E. 2003/1898, K. 2003/3807 no'lu 24.4.2003 tarihli kararında *"1479 sayılı kanuna göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş bulunan uluslar arası sözleşmelerdeki, mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınacağına dair hükümler karşısında, 1479 sayılı Kanundaki hüküm göz ardı edilip, uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümleri davaya uygulan"*malı denilerek usulünce yürürlüğe konan bir uluslararası sözleşmenin kendinden önceki ve kendisine aykırı kanun hükümlerinin uygulamasını durdurduğuna karar verilmiştir. Ayrıca bkz. Yargıtay 10. HD'nin E. 1994/12170, K. 1994/19856 no'lu 6.12.1994 tarihli kararı.

yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, bu tür buluşlar için patent başvurusunun yapılabileceği bir yöntem temin edecektir” şeklinde çevrilmiştir. İngilizce metinde yer alan “means” terimi “olanak” ya da “imkân” olarak tercüme edilebilecektir. Görüldüğü üzere TRIPS’in 70/8’inci maddesi üye ülkelere geçiş hükümlerine rağmen farmasötik ve tarımsal ürünlere ilişkin patent başvurularının kabulü için olanak yaratma, imkân tanıma yükümlülüğü getirmiştir. Ancak Türkçe metin hazırlanırken hatalı olarak olanak veya imkân terimleri yerine yöntem kelimesi kullanılmıştır. Bahsedilen tercüme hatası ise TRIPS 70/8’inci maddede üye ülkelere yüklenen patent başvuruları kabul zorunluluğunun ancak o üye ülkenin patent başvurusunu kabul edecek bir iç düzenleme yapması, bir başka deyişle yöntem belirlemesi halinde ortaya çıkacağı yorumuna neden olabilmektedir. Oysa orijinal metinde açıkça belirtildiği üzere üye ülkeler, geçiş hükümlerine rağmen farmasötik ve tarımsal kimyasal ürünlere ilişkin patent başvurularının kabulü için bir olanak yaratmak, bir başka deyişle bu başvuruları kabul edip işleme almak durumundadır. Türk Patent Enstitüsü (“TPE”) de, TRIPS’in 70/8’inci maddesinde öngörülen zorunluluğun bir sonucu olarak 1.01.1995 tarihinden itibaren Türkiye’de farmasötik ürün ve usullerine ilişkin patent başvurularını kabul etmeye başlamıştır. Türkiye’de 1995 tarihinden 1.01.1999 tarihine kadar toplam 1240 patent başvurusu yapılmış ve bunlardan 566’sı tescil belgesi almıştır¹⁹.

Nitekim Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi (“FSHHM”)’nin yakın tarihli bir kararındaki “... TRIPS Anlaşmasının 70. Maddesinin 8. Paragrafı, geçiş sürecine ilişkin VI. Kısım hükümleri dikkate alınmaksızın üye ülkede Anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu tür buluşlar (fo[a]rmasötik ve tarımsal kimyasal ürünler) için “patent başvurusunun yapılabileceği bir yöntem” temin edileceği hükmünü öngörmüştür. Üye ülkelerin sağlayacağı yöntem hakkında bir açıklık yoktur. Ancak Anlaşma bu yöntemin kanun ya da yönetmelikle ayrıca ve açıkça belirlenmesi ya da diğer patentlerin tabi olduğu yöntemin uygulanması hususunu taraf devletlere bırakmıştır. Sonuç itibariyle Anlaşmanın 70/8 hükmü doğrudan uygulanabilir bir hüküm mahiyetinde olup TPE’nin 31.12.1994 ila 551 sayılı KHK’nun yürürlüğe girdiği 27.06.1995 tarihleri arasındaki başvuruları kabul etmesinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu kabule olanak bulunmamaktadır. Aksine iç hukuka aktarılmak suretiyle kanun hükmünde bulunan TRIPS Anlaşması’nın 27, 70/8 hükümlerinin gereğini yerine getiren TPE’nin bu işlemi, hukuka uygun bulunmaktadır.” tespiti de, Türkiye’nin TRIPS’in yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, tıbbi ve veteriner ürünlerle usullere

¹⁹ YALÇINER, Uğur, “İlaç ve Patent Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”, FMR 3/2002, s.25.

ilişkin patent başvurularının kabul edilip edilmeyeceği tartışmasına açıklık getirmiş bulunmaktadır²⁰.

Görüldüğü gibi Türkiye’de patent koruması sadece 1995 yılından sonra patent başvurusu yapılan molekülleri kapsamaktadır. Bu tarihten önce patent başvurusu yapılmış hiçbir ilaç Türkiye’de patentli değildir. Patentli bir molekülün, piyasaya sürülebilir bir ilaca dönüştürülmesinin yaklaşık 12-15 yıl sürdüğü dikkate alındığında, bu tarihten sonra patent başvurusu kabul edilmiş ürünler ise ancak 2007-2010 yılında kısa bir süre için etkin korumaya sahip olabilmektedir. Dolayısı ile Türkiye’de patentli molekül sayısı diğer ülkelere nazaran oldukça azdır.

Türkiye’de patent koruma süresinden yiyen, ilacın pazara girişi için Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan ruhsat inceleme süresini telafi eden bir sistem de yer almamaktadır. İlaç ürününden fayda sağlamak, ilacın pazara sunulması için sağlık otoritelerinden izin alınmasına kadar ertelendiğinden, patent koruma süresi azalmaktadır²¹. Geriye kalan gerçek koruma süresi ise buluş için yapılan yatırımı karşılamamaktadır. Bu nedenle de patent, ilacın bulunup geliştirilmesi için yapılan araştırma geliştirme faaliyetlerini ve diğer yatırımları teşvik edici özelliğini yitirmektedir. Özellikle ilaç sektöründe yaşanan bu adil olmayan durumun ortadan kaldırılması için, Avrupa Birliği’nde (“AB”) 18.06.1992 tarihli, 1768/92 no’lu Konsey Tüzüğü ile beşeri tıbbi ürünler için Ek Koruma Belgesi (“SPC”) düzenlenmiş, bu uygulama 02.01.1993 tarihinde yürürlüğe konularak, patent sahiplerinin, patent koruma sürelerindeki kaybın telafi edilmesi amaçlanmıştır. Komisyonun SPC’yi önerdiği ilk Açıklayıcı Memorandumda SPC’nin amacının, iç pazarın doğru bir işleyiş göstermesi zorunluluğu, AB’nin diğer ticari ortakları karşısındaki rekabetçi yapısını iyileştirme ve sağlık alanında araştırma ve geliştirmenin teşviki ile ilgili olduğu belirtilmiştir²². Temel bir patent ile korunan ilk defa ruhsatlandırılmış ilaçlar için pazara sunulmadan önce SPC başvurusunda bulunulabilmektedir. Tüzüğe göre, SPC’ye sahip olan patentli bir ilaç, ilacın sağlık otoritesinden satış izni almasından itibaren azami 15 yıl boyunca patent korumasından yararlanır. Ancak SPC 5 yıldan fazla bir süre için düzenlenemez. Diğer bir deyişle, patent ile korunan, ilk defa ruhsatlandırılmış

²⁰ Ankara 1. FSHHM’nin de aynı yönde bir kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararlar kesinleşmemiş olduğundan tarih ve dosya numaraları henüz belirtilememektedir.

²¹ Patentli bir molekülün, pazara sunulabilir bir ilaca dönüştürülmesinin yaklaşık 12-15 yıl sürdüğü dikkate alındığında, patent korumasından aktif olarak yararlanan süre 5-8 yıla kadar düşebilmektedir.

²² Explanatory Memorandum to the Proposal for a Council Regulation (EEC), of 11 April 1990, Concerning the Creation of a Supplementary Protection Certificate for Medicinal products (COM(90) 101 final), par. 8.

ilaçlar, pazara sunulmadan önce SPC'ye başvurabilmekte, böylece ilaç patent koruma süresine, pazarda münhasıran bulunma süresinin 15 yılı aşmaması koşulu ile 5 yıl eklenmesi mümkün olabilmektedir. Türkiye'de halen uygulaması bulunmayan SPC'nin AB mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında uygulanmaya başlaması gerekmektedir. Zira SPC uygulamasının ana hedeflerinden biri de, jenerik endüstriye patent süresi bitmeden ruhsat başvurularını yaparak sonuçlandırmaları imkanını veren sisteme karşılık (Bolar İstisnası)²³, araştırmacı ilaç endüstrisi ile aralarında bir denge kurulmasıdır²⁴. Türkiye'de 551 sayılı KHK'nın 75/(f) maddesi ile jenerik endüstriye getirilen istisna karşısında SPC sisteminin halen uygulanmaması, iki endüstri arasındaki dengeyi araştırmacı şirketler aleyhine bozmaktadır.

3. Veri Koruması²⁵

a. Genel Olarak Veri Koruması

Bir ilacın pazarlanabilir hale gelmeden önce geçirdiği uzun ve karmaşık süreçte, öncelikli olarak Ar-Ge çalışmaları sonucunda bir molekül keşfedilmektedir. Daha sonra, bu molekülün ilacın etken maddesi olarak kullanılıp kullanılmayacağını anlaşılabilmesi için, kullanılacak olan maddelerin bileşiğinin insan vücudunda nasıl etki edeceği laboratuvarlarda yapılan birçok test ve deney sonucu tespit edilmektedir. Bu dönem Klinik Öncesi Dönem (*pre-clinical trials*) olarak adlandırılmaktadır. Bu dönemde ilacın, teknik özellikleri, bilinen veya muhtemel etki mekanizması, sistem ve organlara etkisi, metabolizma, emilim, dağılım ve atılımı (farmakokinetik etkileri) gibi bilgileri oluşturulmaktadır. Bu aşamadan sonra, bileşiğin insan üzerinde nasıl etki doğurduğunun araştırılması için Klinik Dönem başlar. Klinik dönem üç fazdan oluşmakta, bütün fazların nasıl yürütülmesi gerektiği ise çok sıkı kurallara tabi tutulmaktadır. Bu dönemlerde veriler şöyle oluşturulmaktadır:

I. Faz'da, ilacın emilim, dağılım, metabolizma, atılım özellikleri, toksisitesi, biyoyararlanımı²⁶, vücut fonksiyonlarına etkisi ve biyolojik aktivitesi, az sayıda sağlıklı gönüllüler üzerinde denir.

²³ Türk Bolar İstisnası ile ilgili detaylı açıklamalara İhtiyati Tedbir Talepleri ve Patent Tecavüzü Davaları Bölümünde yer verilecektir.

²⁴ DUNCAN, Curley, "Supplementary protection certificates - Keeping pace with drug development?".

www.ip-institute.org.uk/pdfs/ipi_presentation_23-january_2008.ppt

²⁵ Veri Koruması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. GÜN, TAŞDEMİR, BOZOĞLU, "İlaç Piyasasında Veri Koruması ve Rekabet Hukuku İlişkisi", Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2006.

II. Faz'da, az sayıda seçilmiş hasta üzerinde, ilacın etkili doz sınırları, klinik etkinliği, biyolojik aktivitesi, yararı, güvenilirliği, hastalık halinde gösterdiği özellikleri ve toksisitesi araştırılır.

III. Faz'da, I. ve II. fazlarda olumlu bulunan ilaç, daha fazla sayıda hasta üzerinde etkinliği, emniyeti ve değişik dozları yönünden denenir.

Eğer, bu dönemlerin tümünü geçirdikten sonra elde edilen verilere göre bileşiğin insan sağlığı için yararlı olduğu ispatlanmış olursa, bileşik, artık ilaç olarak ruhsatlandırılabilir. Ancak araştırmalar burada sona ermez, ilaç haline gelmiş olan bileşiğin IV. Faz olarak kabul edilen dönemde hastalar tarafından kullanılmaya başlandıktan sonra endikasyonları üzerinde emniyeti, doz farklılıkları ve yan etkileri gibi konular araştırılmaya başlanır²⁷.

İlaçta veri korumasına konu olan veriler, ruhsat alınmasının bir ön şartı olarak ruhsat makamlarına sunulmaları zorunlu olan, çoğu zaman onlarca klasörü bulabilen bu klinik öncesi ve sonrası araştırmaların sonuçlarına ilişkin verilerdir. Bu veriler, teşebbüslerin ticari bir amaçla önemli miktarlarda harcama yaparak elde ettiği bilgilerdir. Teşebbüslerin bunları gizli tutmak için çaba harcadığı ve verilerin her halükarda ticari gizliliğe sahip olduğu açıktır. Doğal olarak ilaç geliştirme sürecinde belirli bir sistematik içinde oluşturulan verilerin, bunları ilk oluşturan kişi ile aynı çalışmayı yapmadıkları sürece başkalarının da elinde olması beklenemez. Korunması öngörülen veriler, bütün bu özelliklere uyan bilgilerdir²⁸.

²⁶ Biyoyararlanım: Etkin maddenin veya onun terapötik molekül kısmının farmasötik şekilden absorbe edilerek sistemik dolaşıma geçme ve böylece vücuttaki etki yerinde veya onu yansıtan biyolojik sıvılarda (genellikle serum veya plazmada) var olma hızı ve derecesi, (Tıbbi Müstahzarların Biyoyararlanım ve Biyoşdeğerliğinin Değerlendirilmesi hakkında Yönetmelik, Madde 4/c, Resmi Gazete Yayın Tarihi: 27.05.1994-Sayı: 21942.)

²⁷ Türkiye'de bu süreç 29.01.1993 tarihli ve 21480 sayılı Resmi Gazete'de yürürlüğe giren İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmektedir. Dünya'nın diğer ülkelerinde de bu sistem uygulanmaktadır. *Bkz.* PUGATCH, Meir Perez, "Intellectual Property and Pharmaceutical Data Exclusivity in the Context of Innovation and Market Access", s.4, www.iprsomine.org/uncadictsd/bellagio/docs/pugatch_bellegio3.pdf.

²⁸ TRIPS, "Açıklanmamış Bilgilerin Korunması" başlıklı m. 39(1)'de "*Üyeler Paris Konvansiyonu'nun 10'uncu maddesinde öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarlarken, açıklanmamış bilgileri 2'nci paragrafa uygun olarak ve hükümetlere veya hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri 3'üncü paragrafa uygun olarak koruyacaklardır*" demektedir, 39(3)'te de "*Üyeler, yeni kimyasal maddelerin kullanıldığı farmasötik veya tarımsal kimyasal ürünlerin pazarlanmasını onaylamanın koşulu olarak, meydana getirilmesi büyük çaba gerektiren ifşa edilmemiş testlerin veya diğer verilerin sunulmasını talep ettiklerinde, bu verileri haksız ticari kullanıma karşı koruyacaklardır. Üyeler bunun yanı sıra, kamunun korunması için gerekli olmadıkça veya verilerin haksız ticari kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler almadıkça, bu verileri ifşa edilmemeleri için koruyacaklardır*" demektedir.

Bir ilacın geliştirilmesi ve insan sağlığına faydalı bir ürün olduğunun ispatlanması için gerekli olan test ve deney sonuçlarına ilişkin tüm bu veriler sahiplerinin fikri emek ve çabalarının sonucu oluşturulan gizli ticari bilgileridir ve dolayısı ile fikri mülkiyetin konusuna girmektedirler. Nitekim TRIPS Anlaşması'nın 1. maddesinin ikinci bendinde, "...'*fikri mülkiyet*', *Kısım II'nin 1-7 sayılı Bölümlerine tabi olan bütün fikri mülkiyet kategorileri anlamına gelir*" denilmekte ve Kısım II'nin (7) no.lu bölümü içinde yer alan *Açıklanmamış Bilgilerin Korunması* başlıklı 39. maddesi ile düzenlenen veri korumasının, TRIPS'te yer alan bir fikri mülkiyet hakkı türü olarak kabul edildiğine işaret edilmektedir.

Veriler üzerindeki hak, özel mülkiyete konu bir hak türü olarak korunan türde bir fikri mülkiyet hakkıdır. Sağlanan korumanın özü de mülkiyet hakkı korumasıdır²⁹. Korumanın kapsamına verilere izinsiz olarak ulaşılmasının önlenmesini, ruhsat makamları tarafından gizli tutulmasının sağlanmasını ve başkaları tarafından yararlanılmasının önlenmesini istemek hakkı gibi, mülkiyet hakkının sonucu olan haklar dahildir.

TRIPS ve Paris Konvansiyonu ise, mülkiyet hakkı korumasına ilaveten, verilerin sahibini, kendisine yöneltilebilecek haksız rekabete karşı korumaktadır. Paris Konvansiyonu'nu ve TRIPS'i ilgilendiren işte bu korumadır. Gerçekten de TRIPS, m. 39'da, üyelerin, açıklanmamış bilgilerin Paris Konvansiyonu 10*bis*. maddesinde düzenlediği üzere haksız rekabete karşı etkin korumasını sağlarken verileri de koruyacağını öngörmektedir.

Dolayısıyla veri koruması, hem veriler üzerindeki mülkiyet hakkının korunması ve hem de haksız rekabete karşı koruma niteliğindedir. Veri imtiyazına ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin ise, kanunlaştırılmış olmak kaydıyla³⁰, veri üzerindeki mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olduğu söylenebilir.

²⁹ Türk Medeni Hukuku sisteminde mülkiyete konu olabilecek şeyler menkuller ve gayrimenkuller olarak belirlenmiştir. Ancak, modern hukuk sistemlerinde menkul ve gayrimenkul mallar dışında, bir takım gayri maddi malların da mülkiyete tabi oldukları görülmektedir (Burada ifade edilen "mülkiyet" kavramı Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mülkiyet kavramından biraz farklı olup; esasen "mutlak hak"ı ifade etmektedir. **GÜNEŞ, Gülsen;** Türk Hukukunda Entelektüel Sınai Haklar ve Vergilendirilmesi, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s. 9). Gerçekten de, fikri mal olarak nitelendirilen bu mallar üzerinde mülkiyet kurmak mümkündür. Zira, fikri mallarda mülkiyet hakkı; şahısların zeka ve düşünce (fikir) ürünleri üzerinde sahip olduğu mutlak bir haktır.

³⁰ Henüz Türkiye'de veri üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayan bir kanun çıkarılmamıştır.

İlaçta veri koruması hususunun Türk Hukuku'na ilk defa TRIPS ile getirildiği söylenebilir³¹. Öte yandan TRIPS hükümlerinin Türk Hukuku'nda doğrudan uygulanabilir olmadığına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Ancak Anayasa'nın 90. maddesinin hükmü ve yerleşik Yargıtay ve Danıştay içtihatları karşısında, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı görüşündeyiz.

Anayasa'nın 90. maddesi “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” hükmünü haizdir. Türkiye'nin DTÖ'yü kuran anlaşma ve onun eki olan TRIPS metnini usulüne uygun olarak onayladığında herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Gerçekten de TRIPS, herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürülmeden 26.1.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Kuruluş Anlaşmasıyla birlikte 25.2.1995 tarih ve 22213 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Dolayısı ile TRIPS iç hukukta kanun hükmünü haizdir. Uluslar arası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilir olduğu yerleşik Mahkeme içtihatları ile ortaya konulmuştur. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.11.1999 tarih, E.1999/6866, K.1999/9075 sayılı kararında Yargıtay, Türkiye'de DTÖ ve eki TRIPS Antlaşması'nın onaylanmış olması nedeniyle dava konusu olaya uluslar arası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle karar vermiştir. Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir başka uluslar arası sözleşme ile ilgili vermiş olduğu 10.04.1997 tarih, E. 1997/1920, K.1997/2708 sayılı kararında Türkiye'nin Paris Konvansiyonu'na katılmış olduğu, ihtilafın da Paris Mukavelesine göre çözümlenmesi gerektiği hükmolunmuştur. Danıştay 5. Dairesi de 22.5.1991 tarih ve E.1986/1723, K. 1991/933 sayılı kararı ile antlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle iç hukuk yönünden antlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiş bulunmaktadır. Dolayısı ile TRIPS'in doğrudan uygulanabilir bir kanun hükmünde olduğunun kabulü gerekmektedir.

Öte yandan Türk Hukukunda, maddi veya gayrı maddi malların onları ortaya çıkaranlara ait olduğu ve özel mülkiyete konu olacağı köklü bir şekilde yerleşmiş olup, bu hususta da hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'de maddi veya gayrı maddi bir malın ortaya çıkarılması ve bu mal

³¹ Öte yandan veriler üzerindeki hakların Türk Hukuku'na göre korunması için TRIPS hükümlerine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu konudaki açıklamalarımıza ileride yer verilecektir.

üzerinde mülkiyet hakkının kazanılması için TRIPS'e veya başka bir uluslararası anlaşmaya taraf olunmasına gerek bulunmamaktadır.

Nitekim, veri sahibinin veri üzerindeki hakkı kaynağını, Anayasa'nın mülkiyet hakkının güvencesini düzenleyen 35. Maddesinden almaktadır. Öte yandan İnsan hakları Evrensel Beyanamesi'nin 27. Maddesinin 2. Fıkrasının “Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.” hükmü bu çıkarımı desteklemektedir. Bu nedenle Anayasa madde 35'in, mülkiyet hakkı “ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir” hükmü, veriler üzerindeki haklar için de geçerlidir. Öte yandan fikri mülkiyet hakkı, aynı etkiler taşıyan bir mutlak hak olarak özel hukuk hakları kategorisi içinde yer alır. Bu nedenle medeni hukukla yakın bağlantı içindedir³².

Veriler haksız rekabet hukuku ile de bağlantılıdır. Zira haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır³³. Dolayısı ile veriler üzerindeki haklar, mülkiyet hakkını koruyan genel hükümler yanında, Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)’nin haksız rekabete ilişkin hükümleri olan 56. Maddesi ile 57'nin maddenin (5). ve (8). bentleri uyarınca koruma altındadır.

b. Özel Bir İdari Koruma Yöntemi Olarak Veri İmtiyazı

TRIPS'in 39. Maddesi, üyelere verilerin haksız rekabete karşı etkin korumasını sağlama yükümlülüğü vermenin yanında, haksız kullanıma karşı bir koruma tedbiri olarak, verilerin ibraz edildikleri hükümet mercileri tarafından ifşa edilmelerinin önlenmesini düzenlemektedir. Verilerin ruhsat makamları tarafından ifşa edilmesinin önlenmesi hususundaki bu hüküm, idare tarafından ve idare hukuku alanında sağlanacak korumaya ilişkindir. TRIPS fikri mülkiyet haklarının korunması hususunda bir yöntem empoze etmeyip elde edilecek asgari standartları belirlediği için, üye ülkeler daha gelişmiş koruma sistemleri de getirebileceklerdir.

Nitekim bir kısım gelişmiş ülkeler hukuklarında, örneğin ABD, AB, Kanada ve Meksika'da, verilerin ifşa edilmesinin önlenmesi korumasını daha da ileri götüren *Veri İmtiyazı* sistemi idari bir koruma yöntemi olarak kabul edilmiştir. TRIPS Plus olarak da anılan Veri İmtiyazı ile koruma yönteminde, idare, kendisine sunulan verilere sadece veri sahibinin ruhsat müracaatını değerlendirmek için dayanmayı, jenerik ilaç başvurularının değerlendirilmesinde bu verilere dayanmamayı, böylelikle jenerik başvuru sahiplerinin orijinal ilaçlara

³² TEKİNALP, s. 35.

³³ TEKİNALP, s. 36.

ait verilerden doğrudan ya da dolaylı bir şekilde yararlanmasına izin vermemeyi benimsemiştir. Verilerin münhasıran onları sağlayan orijinal ilaç başvurusu sahibinin yararlanabildiği bu sistem “Veri İmtiyazı” ya da “Veri Münhasıriyeti” olarak adlandırılmaktadır. İdari alanda ruhsat makamlarının sağladığı Veri İmtiyazı koruması genelde 6 yıldan az olmayan belli bir süre ile sınırlandırılmakta olup; bu süre AB’nde başlangıçta 6 yıl olarak kabul edilmiş iken 11 yıla kadar uzatılması kararlaştırılmıştır.

Türkiye de AB mevzuatına uyum çalışmaları çerçevesinde, Veri İmtiyazı koruması sağlamayı kabul etmiş ve Sağlık Bakanlığı’nca 19.01.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin 9(1)(a)(3) maddesinde idari alanda Veri İmtiyazı koruması getirilmiştir. Yönetmelik 19.01.2005 tarihinde çıkarılmış olmakla birlikte, TRIPS’e ve Gümrük Birliği Anlaşması’na uyumun sağlanması düşüncesi ile geçmişe etkili olarak, yani 1.01.2001 tarihinden sonra ruhsat verilen ilaçlara ilişkin veriler için Veri İmtiyazı koruması getirmiştir. Öte yandan Yönetmelik hükmünde, Veri İmtiyazı korumasının başlatıldığı 1.01.2001 tarihi ile Yönetmeliğin yayımlandığı tarih arasında yapılmış olabilecek jenerik başvurular için bir istisna getirilmiş, bu doğrultuda 1.01.2005 tarihinden önce jenerik ilaç ruhsat başvurusu yapılmış olan orijinal ilaç verilerinin Veri İmtiyazı korumasından yararlanması önlenmiştir. Sonuç olarak Yönetmelik sonrasında 01.01.2005 tarihinden sonra Gümrük Birliği alanında herhangi bir ülkede ruhsat almış ürünlere, 1.01.2005 tarihine kadar bu ürün referans gösterilerek herhangi bir jenerik başvurusu yapılmamış olması veya Gümrük Birliği sahasında 01.01.2001’den önce ruhsat verilmemiş olması şartıyla, ilk ruhsat sahibinin izni olmadan köprülendirilmiş başvuru yapılmasına idari engeller getirilmiştir. Böylelikle Sağlık Bakanlığı AB’ye uyum çalışmaları çerçevesinde, buluşçu teşebbüslerin ilk defa aldıkları ruhsat dosyalarındaki verilerden başkalarının köprülendirilmiş ruhsat başvurusu yoluyla yararlanmasına karşı idari engeller getirmiş ve yukarıda da belirtildiği gibi bu tedbirleri belirli şartlara tabi bir biçimde (6) yıl olarak sınırlandırmıştır.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin 9(1)(a)(3) maddesi ile idari alanda bu tür bir koruma tedbiri getirilmesi ise yukarıda bahsedilen verilerin korunmasına ilişkin genel hukuk kurallarının uygulanmasına engel olmamaktadır. Dolayısı ile yönetmelik hükmü ile getirilen idari koruma tedbirinin, Anayasa ve Medeni Kanun ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin hükümlerini ve hem uluslararası anlaşmaların hem de TTK’nın haksız rekabetin önlenmesine ilişkin hükümlerini ortadan kaldırdığını ya da yerini aldığını düşünmek doğru olmaz. Zira Yönetmeliği çıkaran idarenin kişilerin verileri üzerindeki mülkiyet haklarını kısıtlama yetkisi olmadığı gibi,

idarenin düzenleyici işlemlerinin kanun hükümlerinden önce uygulanması da söz konusu değildir.

Aynı şekilde, idare tarafından bir ilaç ruhsat başvurusuna ruhsat verilmesi kararına üstünlük tanınarak, ruhsat geçerli kaldığı sürece, ruhsata konu faaliyetlerin hukuka uygun olduğu ve haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönündeki görüşler de son derece sakıncalıdır. İdarenin vermiş olduğu ruhsat kararına üstünlük tanıyan bu düşünce benimsendiğinde, bir jenerik ilaca ruhsat verildikten sonra, jenerik ruhsat başvurusunun ya da ona ilişkin herhangi bir faaliyetin haksız rekabet denetimini yapmak imkansız hale gelecektir. Buluşçunun verilerini 3. Kişilerin haksız kullanımına karşı korumayan bir koruma, gayri maddi hakların temeli olan mülkiyet hakkına tecavüz niteliğindedir. Türk haksız rekabet hukuku perspektifinden bakıldığında, verilerin haksız olarak kullanılması sonucu yapılan bir ruhsat başvurusuna idare tarafından ruhsat verilmesi dahi, söz konusu haksız rekabeti ortadan kaldırmamakta ve haksız eylemi meşrulaştırmamaktadır³⁴.

c. Veri İmtiyazı A la Turca Üzerine Eleştiri

Türkiye adına bir öz eleştiri yapmak gerekirse, İlaçta Veri'nin ne olduğu, Veri Koruması'nın ne tür bir koruma olduğu ve Veri İmtiyazı'nın neye karşı bir koruma olduğu hususunun Türkiye'de bilinmediği, bu husustaki tartışmaları belirleyici durumda olan bir kısım görüş sahiplerinin ise konuyu yanlış ve başka bir mecraya sürüklediği görüşündeyiz.

Öncelikle işaret edilmesi gereken sorun, TRIPS m. 39(1)'deki "**Üyeler Paris Konvansiyonu'nun (1967) 10 uncu maddesinde öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken**" ibaresinin görülmemesi sonucunda, haksız rekabet korumasının m. 39(3)'teki idari alanda veri imtiyazı yoluyla sağlanan korumaya indirgenmesidir. Oysa TRIPS m. 39(1) açıkça "**haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken hükümet kuruluşlarına sunulmuş verilerin 39(3)'e uygun olarak** [veri imtiyazı yolu ile] **korunmasından**" bahsetmektedir. Böylelikle TRIPS m. 39(1), ilaca ait verilerin açıklanmamış bilgilerden olduğunu ve haksız rekabete karşı korunacağını açıkça ortaya koymuştur. Açıklanmamış bilgiler ve ticari sırların sahibine ait gayri maddi hak olduğu Türk hukukunda tartışmasızdır. TRIPS m. 39 olmadan da bu tür bilgiler haksız rekabet hükümlerine göre korunurlar. TTK'nın m. 57/7'deki "**ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek**" ve m. 57/8'deki "**hüsnüniyet**"

³⁴ ILGAZ, D. "Turkey Aims at Full Harmonisation with the EU Acquis Communautaire in Intellectual Property as a Requirement of Membership", Euro-Mediterranean Integration, The Mediterranean's European Challenge, Volume: III, Ed. Peter G. Xuereb, 364-393, European Documentation and Research Centre, University of Malta, 2002, s.383. http://www.uni-mannheim.de/edz/pdf/malta/emi_3/ilgaz.pdf

kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak ve onları başkalarına yaymak” hallerinin haksız rekabet teşkil eden hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketlere örnek olarak sayılmış olması karşısında, açıklanmamış verilerin haksız rekabete göre korunacağını tartışmaya lüzum bile bulunmamaktadır.

TRIPS m. 39(2), veri sahiplerinin kendi kontrolleri altındaki (açıklanmamış) bilgilerinin (verilerinin) dürüst ticari uygulamalara aykırı olarak başkaları tarafından açıklanmasını, elde edilmesini ve kullanılmasını engelleme olanağına sahip olacaklarını öngörmekte ve bu tür bilgilerin niteliklerini ortaya koymaktadır. Maddenin alt notundaki “*Dürüst ticari uygulamalara aykırı*” teriminin “*açıklanmamış bilgilerin ele geçirilmesini*” de içerdiğine dair açıklamanın TTK m. 57/8’deki “*imalat veya ticaret sırlarını elde etme ve öğrenme*” ile neredeyse aynı olduğu dikkate alındığında da, TRIPS m. 39’un açıklanmamış bilgilerin haksız rekabete karşı korunması ile ilgili bir hüküm olduğu tartışmasız olarak ortaya çıkmaktadır.

TRIPS m. 39(3) bu bilgilerin ruhsat makamlarına sunulmasının zorunlu tutulması durumunda, üyelerin bu bilgilerin haksız ticari kullanıma – *unfair commercial use* – karşı koruyacaklarını ve haksız ticari kullanımı önleyen önlemler alınmadığı takdirde bu bilgilerin ifşaya karşı da korunacağını öngörmektedir.

TRIPS m. 39 metninin açıklanmamış bilgilerin ve bu kapsamda ilaç verilerinin haksız rekabete karşı korunmasına dair olduğu, yoruma ihtiyaç göstermeyecek derecede açık ve tartışmasızdır. Aynı şekilde, söz konusu 39. maddenin 3. bendinin, açıklanmamış bilgilerin kendisine sunulmasını isteyen üye devletlere bu şekilde kendilerine sunulan bilgilerin ve verilerin haksız rekabete karşı korumasını önlemek için özel ve ilave bir yükümlülük getirdiği, bu yükümlülüğün, eğer haksız ticari kullanıma karşı etkin koruma sağlanmamış ise, açıklamamayı da içerdiği ortadadır. Söz konusu TRIPS m. 39(3) hükmü, “*Verilerin İdari Tedbirlerle Korunması*”nı öngörmekte, bu nedenle buradaki koruma yöntemi bu terimin İngilizce karşılığı olana “*Regulatory Data Protection*” olarak bilinmektedir.

Ancak, TRIPS m. 39’u ilgilendiren konularda Türk hukukundaki görüşler ve içtihatlar oldukça sığ ve tek tüktür. Bu konularda yayımlanmış olan tek ayrıntılı görüşün incelenmesinden ise görüşün, maalesef, TRIPS m. 39’da gizli bilgilerin haksız rekabete karşı korunmasının öngörüldüğü, m. 39(3)’te öngörülen korumanın da idari alanda gizli bilgilerin korunması yöntemi olduğu

anlaşılardan oluşturulduğu düşüncesindeyiz³⁵. Hatta bazı mahkeme kararlarında hatalı olarak, TRIPS 39 hükmüne dayanılarak jenerik ruhsat başvuru dosyalarının

³⁵Şöyle ki yazar, “... kısaltılmış ruhsat başvurusu yoluyla jenerik ilaç firmaları, orijinal ilaç firmalarının yıllarca test ve deneyler yürütüp, ciddi bir maliyet yüklenerek vardıkları noktaya, jenerik firmalar çok kısa bir zamanda ve düşük maliyetle kısa yoldan varmaktadırlar. Bunun hakkaniyete uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Öyle ise ilacı geliştirmek için yıllarca araştırma geliştirme faaliyetinde bulunan ve test ve deney sonuçlarını meydana getiren ilaç firmalarının bir şekilde korunması gereklidir.” demektir. Ancak yazar, başta ilaca ilişkin test ve deneyler ve klinik araştırmalara ilişkin verilerin bunları oluşturan orijinal ilaç firmasının mülkiyetinde olan ticari bilgi ve sır olduğunu tespit etmeyi ihmal etmektedir. Yazar, sanki orijinal ilaç üreticisinin malı olan test ve deney sonuçları herkesin malı imiş de, orijinal ilaç üreticisi ile jenerik ilaç üreticisi arasındaki haksızlık sadece, birinin uzun sürede ve maliyete katlanarak edindiği ruhsatı diğerinin kısa sürede ve ucuz bir şekilde elde etmesiymiş gibi yorumda bulunarak, bu zehaba göre TRIPS m. 39(3)’ten yeni bir hak türü ve yeni bir kural ortaya çıkarmaktadır. Bir maddenin ilaç olarak kullanılabilmesini, etkinliğini ve güvenliğini gösteren bilgi ve verileri oluşturan ve ruhsat alması için zorunlu tutulmadığı sürece başka kimsenin bilmemesi gereken ticari sırlar üzerinde, onu oluşturanın hakkını teslim etmekten kaçınan bu görüş kanaatimizce yerinde değildir. Gerçekten de yazar bir yandan “İşte bu koruma, özellikle TRIPS anlaşmalarının bazı ülkelerin iç hukuklarına 39. maddedeki minimum düzey aşılarak aktarılmasından sonra, orijinal ilaç üreticilerine belirli sürelerle ilaç ruhsat sahipliği bakımından tekel sağlayan **kendine özgü bir koruma modeli** olarak ortaya çıkmıştır.” derken diğer yandan, bir önceki sayfada “Araştırmacı ilaç firmalarının ruhsat başvurusu yaparken ... ibraz etmek zorunda oldukları test ve deney sonuçlarının, jenerik ilaç üreticisi firmalar tarafından yeniden yapılmasının çeşitli etik ve ekonomik sakıncaları ile araştırmacı ilaç firmalarının ilaç geliştirmek için yaptıkları yatırımın bir şekilde korunması ve jenerik ilaç firmalarının bu test ve deneyleri yeniden yapmak zorunda kalmadan bunlara atf yapabilmelerinin belirli sürelerle engellenmesi düşüncesi, **kendine özgü yeni bir sınai hak türünü** meydana getirmiştir. Bu hak , yeni ilaç geliştiricisi firmaya, o ilacın etken maddesini içeren ilaçların ilgili ülkede satış ruhsatına sahip olması bakımından bir tekel olma avantajı sağlamaktadır.” demektir. Yazar veri imtiyazını bir yerde, doğru olarak, bir koruma yöntemi olarak tanımlarken, aynı şeyi diğer bir yerde yeni ve kendine özgü [ve sanki mülkiyet hakkının dışında olan] bir hak türü olarak tanımlamaktadır. Başka bir deyişle yazar, tüm fikri ve sınai mülkiyet haklarının temelde mülkiyet hakkı olduğunu ve özel bir koruma yöntemi öngörülmediği takdirde genel hükümlere – bu meyanda mülkiyet ve haksız rekabet hükümlerine göre – korunacağını gözden kaçırmakta; verilerin özel bir fikri veya sınai mülkiyet hakkı olarak tanımlanmamış olmasını, bunlar üzerindeki hakkın mülkiyet hakkının dışında kendine özgü (nevi şahsına münhasır) bir hak olarak görmektedir. Öte yandan yazar, “Maddenin birinci fıkrasında, 3. paragrafa yapılan gönderme nedeniyle, veriler bakımından **öngörülen korumanın, haksız rekabet hükümlerine göre koruma türü olduğunu söylemek mümkündür.** Ancak maddenin 3. bendinde **veriler bakımından 2 farklı koruma alanı bulunmaktadır.** Bunlardan birincisi, **bu verilerin, “haksız ticari kullanıma karşı korunması, diğeri ise bu bilgilerin gizli tutulması ve açığa vurulmaması için koruma”dır.**” dedikten sonra ilerleyen sayfalarda “jenerik firmanın kısaltılmış başvurusunda, söz gelimi referans X ürünü için verilen test ve deney sonuçlarına atf yapılması durumunda, Sağlık Bakanlığı tarafından ilacın güvenlik ve etkinliğinin kabul edilmesi için eğer atf yapılan bu dosyanın varlığı belirleyici ise bu durumda “dolaylı kullanım”dan söz edilmesi mümkündür. .. eğer referans ilaç başvuru evrakı

korunmasının sağlandığı ve bu hüküm uyarınca mahkemelere celp ettirilerek taraflara incelettilmediği dahi gözlenmektedir. Tüm bu görüşler ve konu ile ilgili yol gösterici içtihat eksikliği bir fikri mülkiyet hakkı türü olan veri korumasının Türkiye’de etkin bir şekilde kullanılmasına engel olmaktadır.

4. Markalar

a. Genel Olarak Markalar

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (“556 sayılı KHK”)’nın 5. Maddesine göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi” veya "ambalajları" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir. Maddedeki işaret ibaresi, ayırt edici olmak kaydı ile kelime ve şekil birleşimleri, grafikler, harfler, sayılar, logolar, ürün ve ambalaj biçimleri, sloganlar, üç boyutlu şekiller, renkler gibi tüm işaretleri kapsamaktadır. İlaç şirketlerinin, logo ve kelime markası yanında, ilaçlarının ayırt edici şekil ve renkleri (kapsül veya tabletler gibi) veya ilaç ürün ambalajları için de marka koruması talep ettikleri bilinmektedir.

olmadan, jenerik ilaç başvurusu reddedilecek ise .. dosyanın kapağı açılmamış olsa bile referans ilaç verileri sayesinde jenerik ürün başvurusu kabul ediliyor ise, bu halde ‘dolaylı bir kullanım’ mevcuttur. Zira eğer referans ilaç için başvuru yapılmassa ve ilaç etken maddesi için gerekli test ve deney sonuçlarını içeren veri dosyası bakanlığa hiç sunulmamış olsa idi, jenerik ilaç için yapılan başvuru reddedilecek idi. Kullanım ister doğrudan ister dolaylı olsun sonuç değişmeyecektir.” diyerek, 39(3) madde gereğince ruhsat otoritesine sunulan verilere referans yapılması halinde bunların jenerik ilaç firması tarafından sonuçta, dolaylı ya da doğrudan fark gözetmeksizin, bir kullanımın var olduğunu kabul etmektedir. Yazar, bu şekilde belirlediği verileri kullanma durumunun haksız olup olmadığını irdelerken “ .. TRIPS 39. maddede Paris Konvansiyonu’na atıf yapıldığına göre burada ‘unfair’ sözcüğünün anlamı irdelenirken de Paris Konvansiyonu’nun anılan hükmünde ise haksız rekabet (unfair competition) ‘ticari ve sınai konularda dürüst uygulamalara aykırı rekabet eylemler” olarak tanımlanmakta ve özellikle bazı eylemlerin haksız rekabet sayılacağı örnek olarak düzenlenmektedir..” demektedir. Yazarın bu noktaya kadar ki görüşlerine göre mantık kuralları işletildiğinde şöyle bir sonuca varmak gerekir: Jenerik ilaç firması orijinal ilaç dosyasına referans verdiğinde, Bakanlık bu dosyayı açmamış olsa bile bir kullanma ve yararlanma söz konusudur. Bu yararlanma adil değil ise o zaman haksız rekabet olur. Oysa yazar, her nedense, kuralların uygulanması söz konusu olunca “kullanımın” haksız olup olmadığını, dolayısı ile “haksız rekabet olup olmayacağını” irdelemek yerine, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapmanın dürüst ya da haksız olup olmadığını irdelemekte, böyle bir başvuru yapmanın dürüst olmayan bir eylem olmadığını söyleyerek, haksız rekabetin söz konusu olmayacağı sonucuna varmaktadır. ÇOLAK, Uğur, “Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul 2009 s. 227 - 272.

İlaçlar, özellikle reklam ve tanıtımlarındaki hukuki kısıtlamalar nedeni ile diğer tüketici ürünlerinden ayrılmaktadır. Hukuki kısıtlamaların yanında, ilaç alım tercihlerinin sadece kullanıcı hasta tarafından değil, hekim ve eczacı tarafından da yönlendiriliyor olması, ilaç üreticilerinin marka yaratma ve marka bağlılığını artırma çalışmalarını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle büyük zorluklar sonucu yaratılan markanın etkin korunmasının sağlanması son derece önemlidir.

Türkiye’de marka korumasının süresi başvuru tarihinden başlamak üzere on yıldır. Marka yenileme ücretinin zamanında ödenmesi şartıyla koruma, birbirini izleyen on yıllık süreler için, süresiz olarak uzatılabilmektedir.

556 sayılı KHK’nın 9. Maddesi marka sahibine, markası ile aynı olan ya da benzer olan ve kapsadığı mal veya hizmetleri aynı veya benzer olan ve bu nedenle de halk tarafından -ilişkilendirilme ihtimali de dahil- karıştırılma ihtimali bulunan markaların kullanılmasını önleme hakkı vermektedir³⁶.

Sahibine etkin bir koruma sağlayacak başarılı bir marka için, ilaç şirketlerinin markalarını rakiplerinin markalarından farklılaştırmaları gerekmektedir. Ancak daha önce yaratılan bir markaya benzerlik oluşturma, şirketlerin emek ve harcamalarından büyük miktarda tasarruf etmelerine yardımcı olmaktadır. Öte yandan ilaç endüstrisinde marka yaratmanın zorluğu, üreticilerin ilaç markalarını oluştururken ilaçların etken madde isimlerine, iyileştirdiği hastalık ismine ya da hâlihazırda piyasada olan ilaç isimlerine benzetme geleneğini de ortaya çıkartmıştır. Ancak böyle bir benzetme geleneğinden edinilecek tasarruf, markanın ilk ve gerçek yaratıcısının milyonlarca dolarlık yatırımından haksız bir yararlanmaya sebep olabileceği gibi kamu sağlığını ve düzenini tehlikeye atan ciddi problemler de meydana getirebilecektir.

b. Uluslararası Mülkiyeti Haiz Olmayan İsimler

Bu hususta Uluslararası Mülkiyeti Haiz Olmayan İsimler (INN)³⁷ kullanımına değinmek önem arz etmektedir. INN, isminden de anlaşılacağı gibi üzerinde bir şahsın mülkiyet kurması mümkün olmayan isimdir. Zira her bir INN, dünya çapında kabul edilmiş ve kamuya ait olan benzersiz bir isimden oluşmaktadır. Bu nedenle mülkiyete konu olmayan bu isimler jenerik/cins isim olarak da adlandırılabilirler.

³⁶ Tanınmış niteliği kazanmış bir markanın sahibinin, markasının sadece kendi mal ve hizmet sınıfında değil, belli şartlar altında başka mal ve hizmetlerde kullanılmasını da önleme hakkı bulunmaktadır [556 sayılı KHK m.9/1(c)].

³⁷ İngilizcesi “International Non Proprietary Names” olan bu terim uluslararası mevzuat ve doktrinde INN olarak geçmekte ve yaygın olarak bu isim altında bilinmekte olduğundan, Tebliğ’de “Uluslararası Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim” kavramı yerine “INN” kavramı kullanılacaktır.

INN'ler ilaç etken maddelerinin tanımlanmasına yardımcı olan isimlerdir ve bugün var olan INN sistemi, 1950 yılında Dünya Sağlık Asamblesi WHA.3.11 sayılı raporu ile başlatılan bir ilaç etken madde sınıflandırma çözümdür. Dünyada her sene 120-150 arasında isim Dünya Sağlık Örgütü (“DSÖ”) tarafından listelenmekte ve kamusal alana resmi olarak sunulmaktadır.

İlaç etken maddeleri için uluslararası bir terminolojinin var olması ve bu sistemin DSÖ tarafından korunması, net bir bilimsel tanımlamayı, ilaçların sınıflandırılmasını, hastalara güvenilir reçeteler verilmesini de beraberinde getirmekte ve dünya genelindeki sağlık uzmanları ve bilim adamları arasında sağlıklı bir bilgi alışverişi ve işbirliğinin sağlanması açısından büyük bir önem arz etmektedir.

INN listeleme sisteminin bir başka önemi ve kullanım amacı da, farmakolojik açıdan bağlantılı etken maddeler arasında, “stem” olarak tanımlanan kök isimlerin kullanılması suretiyle bir sınıflandırma yaratmasıdır. Bunun sonucu olarak ilaç etken maddeleri kök isimlerinden yola çıkılarak bilimsel gruplara ayrılabilmekte ve gruplar arasında bir ayırt edicilik sağlanmaktadır. Böylece bir hekim, eczacı veya ilaç ürünleri ile ilgilenen herhangi bir kişi, bir etken maddenin benzer farmakolojik özelliği haiz etken madde grubuna dahil olup olmadığını anlayabilmektedir.

INN'lerin dünya çapında ilaç endüstrisinde farmakopelerde, ürün etiket ve ambalajlarında, kullanma kılavuzlarında, ilaç düzenlemelerinde, bilimsel literatürde kullanılmakla beraber ilaç markalarında da kullanılmakta olduğu görülmüştür. Ancak, DSÖ kurallarına göre, hastaların güvenliğini tehlikeye atabilecek olan karıştırılma ihtimalini önlemek için, ilaç markaları INN'lerden türetilmemeli ve INN'lerde kullanılan ortak kökleri içermemelidir³⁸. Bu konuda gerek uluslararası gerek ulusal düzlemde sağlık ve marka tescil otoriteleri nezdinde oldukça yoğun çalışmalar yapılmakta ve INN'lerin ilaç markalarında kullanılması engellenmeye çalışılmaktadır³⁹.

³⁸ Dünya Sağlık Örgütü'nün bu husustaki WHA46 no'lu 1993 tarihli kararı. Daha ayrıntılı bilgi için bakınız: <http://www.who.int/medicines/services/inn/en/>.

³⁹ Avrupa Komisyonu'nun Beşeri Tıbbi Ürünlerle İlişkin 2001/83/EC no'lu Direktifi'nin Avrupa Parlamentosu ve Komisyonu'nun 31 Mart 2004 tarihli 2004/27/EC Direktif'i ile değişik 1. maddesinin (20). bendine göre, ilaç isimleri; ilacın ortak ismi ile herhangi bir karışıklık yaratmayacak yeni bir isimden (*invented name*) veya ilacın ortak ya da bilimsel ismi ile birlikte kullanılabilir bir markadan ya da ortak ya da bilimsel isimle birlikte kullanılabilir ruhsat sahibinin isminden oluşabilecektir. Ortak isim ise Direktif'in 1. maddesinin (21). bendinde, DSÖ'nün önerdiği uluslararası mülkiyete konu edilemeyen isim veya böyle bir isim yoksa ilacın alışılmış ortak ismi, olarak tanımlanmıştır. Avrupa Birliği İlaç Ruhsatlandırma Otoritesi EMEA, bünyesinde oluşturduğu isim değerlendirme birimi ile (Name Review Group – “NRG”), ilaç

Türkiye 9.06.1949 tarih ve 5062 sayılı kanunla DSÖ Anayasası'nı onaylayarak DSÖ'ye üye olmuştur. Dolayısı ile DSÖ Anayasası hükümleri ve bu hükümler uyarınca oluşturulan sağlık kuralları Türkiye bakımından bağlayıcıdır. DSÖ, üye devletlerine iç hukuklarında da INN ile ilgili gerekli düzenlemelere gitmeleri yönünde tavsiye ve taleplerde bulunmuştur. Türkiye de DSÖ'nün bu talepleri doğrultusunda INN'lerin korunması için iç hukukunda yasal düzenlemelere yer vermektedir.

12.08.2005 tarih ve 25904 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinin 4. maddesindeki "Tanımlar" bölümünde, "*Uluslararası olan ve mülkiyete konu*

isimlerinin Avrupa Birliği'nde herhangi bir kamu sağlığı sorununa yol açıp açmayacağı denetimini yapmaktadır. Bu amaçla EMEA tarafından hazırlanan, Merkezi Usule Tabi Beşeri Tıbbi Ürünlerin İsimlerinin Kabul Edilebilirliğine ilişkin Rehber'in ("Rehber") 11.12.2007 tarih ve 5 no'lu Revizyon'unda, NRG'nin tıbbi ürünlerin isimlerinin kabulünde uyguladığı kriterlere yer verilmiştir. Söz konusu Rehber'in 2.1.1. maddesine göre, tıbbi ürünün isminin yazılışının (el yazısı ya da daktilo/bilgisayar yazısı) veya okunuşunun başka bir tıbbi ürünün ismi ile karışıklık yaratmaması gerekmektedir. Rehber'in 2.1.2 ve 2.1.3. maddelerinde ise, tıbbi ürünün isminin yanıltıcı terapötik (tedaviye ait) ve/veya farmasötik çağrışımlar taşıyamayacağı ve ismin, ürünün kompozisyonu bakımından da yanıltıcı olamayacağı düzenlenmiştir. Rehber'in INN'lere ilişkin 2.2. no'lu bölümünde ise, INN problemlerinin, ilaç isimlerinin mevcut INN'lerle benzerliği ve mevcut INN stemlerini içermesi konularında ortaya çıktığı belirtilmektedir. İki durum için de, başvuru sahiplerine başvuru öncesinde INN benzerliğini ve INN stem içeriğini kendilerinin incelemesi gerektiği ve buna ilişkin bilgilerin başvuru formlarında bulunması gerektiği bildirilmektedir. NRG bu konudaki incelemelerini, DSÖ'nün INN Genel Kurallarına ve 2006 stem listesine göre yapmaktadır. Rehber'de belirtilen, kamu sağlığının korunmasına ilişkin bir başka kriter de, tıbbi ürün isimlerinde kullanılacak niteleyici ibareler (hot, cold, 24, women, men vb) veya kısaltmalarla ilgilidir. Rehber'in 2.3.1. maddesine göre bu tür ibareler, yararlı ise, yokluğu herhangi bir risk yaratabilecek ise, eklenti tek harf ya da tek rakam değilse ve Avrupa Birliği ülkelerinin tümünde anlam ifade edilebiliyorsa kabul edilebilecektir.

Görüldüğü gibi Avrupa Birliği ruhsatlandırma otoritesi EMEA, ilaç isimlerinin benzerliği konusuna son derece hassas yaklaşmakta, ilaç isimlerinin izin kriterlerini ve prosedürünü açıklayan rehberler çıkartarak sektöre ışık tutmaktadır. EMEA, marka hukuku anlamında bir denetim görevi bulunmamasına rağmen kamu güvenliği açısından bir benzerlik denetimi yapmaktadır. EMEA'nın ilaç markasına uygunluk vermesi, marka tescil otoritesinin de bu karara uyacağı anlamına gelmemektedir. Ancak tespit edilebildiği kadarıyla, marka tescil otoritesi şu ana kadar EMEA'nın yaklaşımına aykırı kararlar oluşturmamıştır. Bu noktada, ilaç isimlerinin denetimi konusunda, ilaç ruhsatlandırma otoriteleri ile marka tescil otoriteleri arasındaki ilişki önem kazanmaktadır. Genel olarak ilaç ruhsatlandırma otoriteleri, ilaç markalarının hitap ettiği hasta kesimi, markanın kullanıldığı ilacın özellikleri, aynı özellikteki diğer ilaçlar, bu ilaçların karıştırılması durumunda meydana gelebilecek yan etkiler konusunda bilgi sahibi olmakla birlikte, bu otoritelerin markaların benzer olup olmadığı incelemesinin nasıl yapılacağı, hangi kriterlerin uygulanacağı konularında uzmanlığı bulunmamaktadır. Marka tescil otoriteleri ise, ilaç markalarında yukarıda belirtilen özel durumları değerlendirebilecek uzmanlığa sahip değillerdir. Bu nedenle, ilaç markaları yönünden bu iki kurum arasında bir koordinasyon ve bilgi akışının bulunması son derece önemlidir.

edilemeyen isim (International Nonproprietary Name/INN): Bir etkin maddenin Dünya Sağlık Örgütüncü kabul edilen veya önerilen, mülkiyete konu edilemeyen ve Dünya Sağlık Örgütü kuralları doğrultusunda marka tescilinde kullanılmaması gereken uluslararası ismi ifade eder” denmektedir. Yine aynı maddede, “Beşeri tıbbi ürünün ismi: Ürünün INN veya yaygın ismi ile karıştırılmasını engelleyecek, ürünün üreticisinin ismi veya ticari marka ile birlikte verilen yaygın veya bilimsel bir ismi veyahut icat edilmiş olan ve Bakanlıkça kabul edilen ruhsatlandırmayan/izne esas ismi” olarak tanımlanmıştır.

2.03.1995 tarih ve 22218 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve daha sonra mülga edilmiş olan Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin 37. maddesinde “Ticarete sunulacak tıbbi farmasötik ürünlere verilecek ticari isimlerin seçiminde, Dünya Sağlık Teşkilatınca belirlenen ve INN (International Nonproprietary Names) isimlerin korunmasını öngören kuralların dikkate alınması zorunludur.” Şeklinde açık bir hükmü yer almaktayken, bu Yönetmeliğin yerini alan ve hazlihazırda yürürlükte olan 19.01.2005 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği INN’e “Dünya Sağlık Örgütü tarafından önerilen uluslararası mülkiyeti haiz olmayan isim” olarak atıfta bulunmakla yetinmekte, INN’lerin ilaç isimlerinde kullanılmasını engelleyen herhangi bir hüküm içermemektedir.

DSÖ kuralları ve Sağlık Bakanlığı düzenlemeleri ile INN isimlerine getirilen koruma, 556 sayılı KHK’da da yansımaları bulmaktadır. INN’lere iltibas oluşturmak suretiyle tescil edilmiş olan bir markanın, mutlak ret nedenlerini düzenleyen hükümlerin birçoğunun kapsamına girdiği görülmektedir. Şöyle ki; 556 sayılı KHK’nın mutlak ret nedenlerini düzenleyen 7/1. maddesinin (a), (c), (d), (f) ve (k) bentleri incelendiğinde, bu hükümlere aykırılık teşkil eden; INN ve köklerini içeren marka başvurularının mutlak surette tescil edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. Dairesinin 22.11.2007 tarih ve 2006/12387 E. 2007/14631 K. sayılı kararına konu olayda da yerel mahkeme Olanzapin etken maddeli bir ürün için kullanılan AZAPİN markasının INN kökü içermesi nedeniyle hükümsüzlüğü talebine ilişkin olarak; “OLANZAPİN’in DSÖ’nün INN listesinde bulunan bir etken madde ismi olduğu, DSÖ’nün trisiklik antidepressan özellikteki bileşikler için INN türetmekte kullandığı “-pin(e)” ve trisiklik antidepressanlardan psikoaktif özellikteki bileşikler için INN’lerin türetilmesinde kullandığı “apine(apin)” kökünü içerdiği, ayrıca azap sözcüğü ile başlayan azaperone, azapracin ve azapropazone ibareli INN’ler bulunması nedeniyle bu etken maddeyi içermeyen bir üründe kullanılması durumunda doktor ve eczacılar bakımından yanlıtıcılık doğuracağı, bu sebeple 556 sayılı KHK’nın 7/f maddesi uyarınca hükümsüzlüğünün gerektiği...”ne

karar vermiş, söz konusu karar Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda aynen onanmıştır.

Bir sektördeki marka tescillerinin hacmi, o sektördeki ticari güven ve marka yatırımına eğilim hakkında fikir verebilecektir. İlaç sektörü de yeni ürünler geliştikçe sürekli olarak daha fazla sayıda marka başvurusunda bulunmaktadır. Ayrıca bir araştırma sonucuna göre⁴⁰, marka değeri, bir pay sahipliği değerinin yaklaşık üçte birine tekabül etmekte ve bu değer güçlü markaların yüksek getirisi ve az riski sayesinde borsa değeri ile de ilintilendirilmektedir.

İlaç sektöründe hem buluşçu ve jenerik üreticiler hem de bu üreticilerin kendi içlerindeki rekabet arttıkça ilaçların laboratuardan çıkar çıkmaz bir marka stratejisi ile donatılması da kaçınılmaz hale gelmektedir.

5. Endüstriyel Tasarımlar

554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. Maddesine göre "*Tasarım, bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü*" ifade etmektedir. Tasarım, ürünün şekli veya yüzeyi gibi üç boyutlu özelliklerden oluşabileceği gibi, desen, çizgi veya renk gibi iki boyutlu özelliklerden de oluşabilir.

Tescilli tasarımın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer yıllık süreler için yenilenerek toplamda yirmi beş yıla kadar uzatılabilir. İlaç sektöründe endüstriyel tasarım koruması genelde medikal malzemelerin tasarımı üzerinde münhasırlık elde etmek için kullanılmaktadır.

6. Telif ve Bağlantılı Haklar

Telif hakları yazarına, sanatçısına veya genel olarak yaratıcısına fikri ve sanatsal yaratıları üzerinde izinsiz kullanıma karşı koruma sağlamaktadır. Bunlara ilave olarak, telif hakkı ile ilgili haklar, müzisyenler ve aktörler gibi icracı sanatçılara, prodüktörlere ve yayım kuruluşlarına koruma sağlar. İlaç sektöründe telif hakkı koruması, örneğin ilaçların sınırlı tanıtım ve bilgilendirme materyallerinde, prospektüslerinde veya diğer yaratıcı ürünlerde söz konusu olabilecektir.

⁴⁰ Business Week Special Report, 1 Ağustos 2006; Interbrand corporate literature 2006.

B. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ KULLANIMI VE REKABETE ETKİSİ

Çalışmamızın bu bölümünde fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabeti ihlal etme ihtimalinin olup olmadığı sorusuna yanıt aranacaktır. Hemen belirtelim, fikri mülkiyet hakkının “mevcudiyetinin” rekabet hukukunu ihlal etmediği gerek doktrin gerekse yargı mercileri tarafından kabul edilmektedir. Ancak bu hakların “kullanılması” bazı şartlar altında rekabet hukuku kurallarını ihlal niteliği taşıyabilir. Bu durumda, rekabet hukukunun fikri mülkiyet haklarına müdahalesi kaçınılmazdır⁴¹. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (“ATAD”) kararlarında fikri mülkiyet haklarının mevcudiyeti ve kullanılması arasındaki ayırım ilk defa *Hoffman v. Centrafarm* davasında yapılmıştır⁴². Söz konusu kararda markanın hakim durumun kötüye kullanılması için araç olarak kullanılmadığı durumda söz konusu kullanımın Madde 102’ye aykırı olmadığı belirtilmiştir⁴³.

AB hukukunda hakim durum ve bu hakim durumun kötüye kullanılması kavramları açıkça tanımlanmamış, bu boşluk ATAD içtihatlarıyla doldurulmaktadır. Oysa Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”)’nın “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde hakim 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 gücü*” şeklinde tanımlanmıştır. “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır*” hükmünü amir olan 6. madde ise hakim durumun kötüye kullanılmasının yasak olduğunu düzenlemiş ayrıca beş bentle kötüye kullanma hallerini sıralamıştır. RKHK’nın bu yapısının ATAD tarafından verilen tanımlardan esinlenilerek Kanun metnine geçirilmiş olduğu belirtilmektedir⁴⁴.

⁴¹ ATEŞ, Mustafa, “Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.39.

⁴² Case 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH* (1978) E.C.R 1139.

⁴³ Paragraf 16 “*to the extent to which the exercise of a trade-mark right is lawful in accordance with the provisions of Article 36 of the Treaty, such exercise is not contrary to Article 86 of the Treaty on the sole ground that it is an act of an undertaking occupying a dominant position on the market if the trademark right has not been used as an instrument for the abuse of such a position.*”

⁴⁴ ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 151; ASLAN, Yılmaz Rekabet Hukuku, Bursa, 2007, s.437.

Hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsetmeden önce, fikri mülkiyet hakkına sahip bir teşebbüsün ilgili ürün pazarında hakim durumda olup olmadığı araştırılmalıdır. Bilindiği gibi, bir teşebbüsün fikri mülkiyet hakkına sahip olması ve bu hakkı kullanabiliyor olması, o teşebbüsü kendiliğinden ilgili ürün pazarında hakim duruma getirmez. Bir teşebbüsün hakim durumda olduğu sonucuna varmak için birçok unsurun incelenmesi gerekmektedir. Hakim durumun tespitinde pazar payı gibi niceliksel ölçütlerin yanı sıra niteliksel ölçütler (dikey bütünlük, teknolojik üstünlük, kullanılmayan kapasite, pazara giriş koşulları) de dikkate alınmalıdır. Örneğin fikri mülkiyet haklarının pazara giriş engeli oluşturabilecekleri Türk hukukunda kabul edilmektedir. Ancak bunların giriş engeli oluşturması için söz konusu fikri mülkiyet haklarının koruma sağladıkları bölgelerde başka ikame mal olmaması, diğer bir deyişle markalar arası rekabetin bulunmaması veya zayıf olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵. Tüm bu niteliksel ve niceliksel testlerden sonra söz konusu teşebbüsün elinde bulundurduğu gücü belli bir süre muhafaza etmesi aranmaktadır⁴⁶. Dolayısı ile ne zaman ki korunan ürünün ilgili pazarda ikamesi mümkün değilse fikri mülkiyet hakkı sahibi o zaman hakim durumdadır⁴⁷. Örneğin, patent konusu buluşun başkaları tarafından üretilmesinin, satılmasının ithalinin engellenmesi ile patent konusu teknik alanda ve buluşun kullanıldığı pazarda patent sahibinin tekel olduğu, bütün rakipleri pazarın dışına ittiği söylenemez. Gerçekten de, örneğin ülsere iyi gelen bir ilaç molekülü için patent almış bulunan bir işletme, diğer işletmelerin ülsere iyi gelen başka ilaçları yapmalarını engelleyemez⁴⁸.

Kuşkusuz, fikri mülkiyet hakkına sahip ve hakim durumda olan bir teşebbüs, hakim durumu nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Rekabet hukukunun müdahalesi söz konusu hakim durumun kötüye kullanılması noktasında söz konusu olacaktır. Aşağıdaki başlıklar altında fikri mülkiyet hakkı sahibi teşebbüslerin rekabeti ihlal niteliğinde olabilecek davranışları ve şartları incelenecektir.

1. Lisans Anlaşmalarında Yer Alan Rekabete Aykırı Koşullar

Lisans verenin hakim durumda olması durumunda talep edilen lisansa fahiş bedel istenmesi veya lisans anlaşmalarında ayrımcı koşullar öngörülmesi yoluyla hakim durum kötüye kullanılabilir. Diğer taraftan, lisans alanın hakim

⁴⁵ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.454.

⁴⁶ GÜÇER, Sülün, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Yüksek lisans tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005, s.105.

⁴⁷ KARAEĞE, Özge, Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, Legal Yayınları, 2010, s. 174.

⁴⁸ ÖZTÜRK, Pınar, "Patent Hakkı ve Rekabet Hukuku", Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005, s.41.

durumda olması halinde, amacı aşan veya süresi benzer lisans anlaşmalarından daha uzun olan lisans anlaşması yapılması talepleri ile hakim durum kötüye kullanılabilir⁴⁹.

Gerçekten de, hakim durumun kötüye kullanılmasından bahsetmek için lisans anlaşmalarında hakim durumda olan teşebbüsün dayattığı şartların diğer tarafça kabul edilemez olması gerekmektedir. İlgili ürün pazarında hakim durumda olan teşebbüsün bu tarz rekabete aykırı koşullar dayatması, RKMK m. 6/II-a uyarınca yasaklanmış olan rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan bir eylem olarak kabul edilmelidir. Örneğin, lisans verenin fahiş lisans bedeli talep etmesinin veya belli kişilere lisans verip diğerlerine vermeyerek ayrımcılık yapmasının yeni teşebbüslerin piyasaya girişini engelleme veya piyasada faaliyetini zorlaştırma amacı taşıdığı söylenebilir⁵⁰.

2. Lisans Vermeyi Reddetme

Kural olarak, fikri mülkiyet hakkı sahibi hakim durumdaki teşebbüsün, üçüncü kişilere fikri mülkiyet hakkına konu mal veya hizmeti ile ilgili lisans verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, rakibine lisans vermeyi reddeden teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna her durumda varılamaz. Ancak bazı istisnai hallerde, lisans vermeyi reddetme piyasaya girişin engellenmesi veya mal vermenin reddi gibi değerlendirilerek RCHK madde 6/II-a (Madde 102) uyarınca yasaklanabilecektir⁵¹. ATAD'ın yerleşmiş içtihadına göre **çok istisnai hallerde** lisans vermeyi reddetme hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir.

Avrupa Birliği'nde lisans vermeyi reddetmeye ilişkin ilk dava *Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd.*⁵² davasıdır. Karara konu olayda, Volvo Büyük Britanya'da model Volvo 200 serisi olan arabaların ön panellerinin endüstriyel tasarım hakkına sahiptir. Veng şirketi ise, Volvo'nun iznini almaksızın ürettiği yedek parçaları diğer üye ülkelerden Büyük Britanya'ya ithal etmiştir. Volvo, söz konusu parçaların ithaline ve pazarlanmasına engel olmuştur. Veng'in Volvo'dan lisans alma talebinde bulunmuş olmasına karşılık Volvo talebi reddetmiştir. ATAD, hak sahibine makul bir bedel karşılığı bile olsa üçüncü kişilere lisans

⁴⁹ GÜÇER, s. 119.

⁵⁰ Ayrımcılık hakkında bkz: GÜÇER, s.123 “Ayrımcı koşullar öne sürülerek hakim durumun kötüye kullanılması halinde ise, lisans anlaşmaları yoluyla rekabete aykırı koşulların dayatılmasından farklı olarak, ayrımcı koşulların sadece bir kısım müşteri, alıcıya dayatılması diğer müşteri/alıcılara ise, bu koşulların dayatılmaması söz konusudur. Dolayısıyla her şekilde hakim teşebbüs tarafından dayatılan koşulların ayrımcı olması halinde bu tutum RCHK m. 6/II-b uyarınca yasaklanabilecektir.”

⁵¹ GÜÇER, s. 120.

⁵² Case 238/87, *Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd.*, ECR 1988, 6211.

verme yükümlülüğü getirilmesinin bu kişiyi münhasır hakkından yoksun bırakmak anlamına geldiğini belirtmiş; bu tür bir lisans vermeyi reddetme durumunun hakim durumun kötüye kullanılması sayılamayacağına hükmetmiştir⁵³.

ATAD'ın zorunlu lisansa hükmettiği ünlü *Magill* davasına⁵⁴ konu olayda, Magill adlı teşebbüs haftalık televizyon dergisinde kullanmak üzere İrlanda ve Kuzey İrlanda'da faaliyette bulunan üç televizyon yayıncısı RTE, BBC ve ITP'den program listelerinin telif hakkı lisansını istemiştir. Söz konusu üç televizyon yayıncısı telif hakkı lisansı vermemiş; İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak Magill'in haftalık televizyon dergisini lisans söz konusu olmaksızın çoğalttığı gerekçesiyle ihtiyati tedbir talep etmişlerdir. ATAD incelemesinde öncelikle fikri mülkiyet hakkının varlığının tek başına hakim durumu ispat etmediğini belirtmiştir⁵⁵. İkinci olarak, Volvo kararına atıf yaparak, lisans vermeyi reddetmenin kural olarak hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmemesi gerektiğini, ancak istisnai hallerde böyle bir ihlalden bahsedilebileceğini tekrarlamıştır⁵⁶. Diğer taraftan, ATAD bu davada telif hakkının kullanımı/varlığı ayırımına değinmemiştir. Bunun yerine lisans vermeyi reddetmenin Madde 102 çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanımı sayılabilesine olanak sağlayan istisnai koşulların varlığını inceleme konusu yapmıştır⁵⁷. Bu bağlamda, ATAD üç istisnai koşula işaret etmiştir⁵⁸:

- (i) Hakkında belirli, sürekli ve düzenli tüketici talebi bulunmasına rağmen Magill'in ürünü yerine ikame edilebilecek mevcut ya da potansiyel bir ürünün bulunmaması;
- (ii) Lisans vermeyi reddetmek için ortada herhangi bir haklı sebebin olmaması;
- (iii) Teşebbüslerin ikinci pazarı (haftalık televizyon dergisi pazarı), oradaki tüm rekabeti bertaraf etmek suretiyle kendilerine ayırmaları.

Görüldüğü üzere, Magill davasında ATAD açıkça "esaslı unsur doktrini" (*Essential Facilities Doctrine*) zikretmese de ortaya koyduğu yaklaşım bu doktrini fikri mülkiyet hakları açısından zımnen benimsediğini göstermektedir⁵⁹. Esaslı unsur doktrini uyarınca bir faaliyetin, diğer faaliyetlere

⁵³ KARAEGE, s.141.

⁵⁴ Case T- 69/89, *RTE v. Commission*, ECR 1991, II – 485; Joined Cases C-241-242/91 *P RTE and ITP v. Commission* (1995) ECRI – 743.

⁵⁵ *Magill*, par. 46. "So far as dominant position is concerned, it is to be remembered at the outset that mere ownership of an intellectual property right cannot confer such a position."

⁵⁶ *Magill*, par. 49,50.

⁵⁷ KARAEGE, s. 152.

⁵⁸ *Magill*, par. 52, 55, 56.

⁵⁹ KARAEGE, s.154. WHISH, Richard, *Competition Law*, Oxford Press, 6th Edition, 2009, s. 787 atfıyla bkz Magill kararının eleştirileri, Pombo "Intellectual Property and Intra-Community

kaynaklık etmesi halinde, lisans vermenin reddedilmesi rekabet makamları tarafından hoşgörü ile karşılanmamaktadır⁶⁰. Ancak Magill kararı zorunlu lisansın fikri mülkiyet haklarına uygulanması bakımından eleştirilmiştir. Özellikle esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet alanında bu şekilde desteklenmesinin, yüksek maliyetler gerektiren, riskler ortaya koyan ve yenilik yaratan yatırımların yapılması konusunda teşebbüslerin sahip oldukları güdülerini yok etme riskini artırdığı düşünülmektedir⁶¹.

ATAD, Magill davasındaki anlayışını *Oscar Bronner v. Mediaprint* davasında⁶² devam ettirmiştir. Davaya konu olayda Mediaprint Avusturya’da iki günlük gazetenin yayımcısıdır ve evlere dağıtım yapmaktadır. Bronner, Mediaprint’in söz konusu hizmet sektöründe hakim durumunu kötüye kullandığını Bronner’in gazetelerinin de aynı dağıtım ağından yararlanması gerektiğini iddia etmektedir. ATAD, Magill davasında saydığı bütün şartları aynen tekrar ederek olayda bu şartların oluşmadığını⁶³ ve Bronner’in başka alternatif dağıtım yolları kullanabileceğini belirtmiş, hakim durumun kötüye kullanılmadığı sonucuna varmıştır.

Zorunlu lisansın tartışıldığı bir diğer dava ise *IMS Health GmbH&Co v NDC Health GmbH&Co*⁶⁴’dir. ATAD bu davada da Magill ve Bronner’deki formülü tekrar etmiştir. IMS, Almanya’daki ilaç şirketleri için satış verileri toplanması, karşılaştırılması ve pazarlanmasına imkan veren “1860 birim yapısı”⁶⁵ olarak adlandırılmış bir veri toplama sistemi geliştirmiştir. NDC Health,

Trade” [1996] Fordham Corporate Law Institute (ed Hawk), 491-505; Crowther “Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights” (1995) 20 EL Rev 521; Anderman EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation (Clarendon Press Oxford, 1998), par. 14.3.1-14.4.

⁶⁰ *MCI Communicatios Corp. v. AT&T Co.* 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983); aynı yönde *United States v. AT&T Co.*, 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982); *Fishman v.Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520 (7th Cir.1986).

⁶¹ ÖLMEZ, Hakan Suat, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003, s.46, KAYA, Yüksel, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001, s. 22.

⁶² Case C-7/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

⁶³ “Oscar Bronner, s. 144–145, par. 41 (emphasis added), “[F]or the Magill judgment to be effectively relied upon in order to plead the existence of an abuse within the meaning of Article 86 of the Treaty . . . not only that the refusal of the service comprised in home delivery be likely to eliminate all competition in the daily newspaper market on the part of the person requesting the service and that such refusal be incapable of being objectively justified, but also that the service in itself be indispensable to carrying on that person’s business, in as much as there is no actual or potential substitute in existence for that home delivery service.”

⁶⁴ Case C-418/01 *IMS Health GmbH&Co v NDC Health GmbH&Co* [2004] ECR I-5039, [2004] 4 CMLR 1543.

⁶⁵ 1860 brick structure

IMS'in birim yapısını kullanarak faaliyet göstermektedir. IMS NDC'nin lisans alma talebini reddetmiştir. ATAD, söz konusu data kullanımının NDC Health için zaruri bir şart olup olmadığını, lisans vermeyi reddetmenin ikincil pazarda tüm rekabeti ortadan kaldırıp kaldırmayacağını ve yeni bir ürünün çıkmasına engel olup olmayacağını irdelemiştir. Bu son nokta ile ilgili olarak ATAD fikri mülkiyet hakkı sahibinin ekonomik özgürlüğü ile serbest rekabetin korunması arasında bir denge oluşturulması gerektiğine işaret etmiştir⁶⁶. Buna ilaveten ATAD, "yeni ürün"le ilgili olarak, fikri mülkiyet hakkı sahibinin halihazırda ürettiği ürünü kopyalayacak bir başka teşebbüse lisans verme yükümlülüğünün olmadığını açıkça vurgulamıştır⁶⁷.

Topluluk Mahkemelerinin uygulamasına ilişkin inceleyeceğimiz son önemli karar ise İlk Derece Mahkemesi'nin ("İDM") *Microsoft* kararıdır⁶⁸. 24 Mart 2004 tarihli kararında Avrupa Birliği Komisyonu ("Komisyon") Microsoft'un biri 'müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemleri', diğeri 'iş grubu sunucu işletim sistemleri' olmak üzere iki pazarda hakim durumda olduğunu saptamıştır. Komisyon, Microsoft'un rakiplerine ara işlerlik bilgilerini sağlamayı reddederek iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarındaki rekabeti bertaraf etmeye çalıştığını dolayısıyla hakim durumunu kötüye kullandığını belirtmiştir. Komisyon ayrıca Microsoft'un işlerlik sistemi ile Windows Media Player'ı bağlama yoluyla sattığını tespit etmiş ve Microsoft'a 497 Milyon Avro'luk ceza vermiştir⁶⁹. Microsoft'un Komisyon kararını temyiz etmesi üzerine İDM'nin uyuşmazlık ile ilgili önemli saptamaları olmuştur. İDM Magill, Bronner ve IMS Health kararlarına atıfta bulunarak:

- Üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmenin ancak istisnai koşulların varlığı halinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edileceği,
- Yukarıda bahsettiğimiz kararlarda yerleşmiş olan üç istisnai şartın⁷⁰ geçerli olduğu,
- Söz konusu istisnai şartların varlığı halinde, eğer reddetme, objektif olarak gerekçelendirilemezse Madde 102'ye aykırılığın oluşacağı,

⁶⁶ IMS Case, par. 48 "the latter (the protection of free competition) can prevail only where refusal to Grant a license prevents the development of the secondary market to the detriment of consumers".

⁶⁷ WHISH, s. 789.

⁶⁸ Case T-201/04 [2007] ECR II-000, [2007] 5 CMLR 846.

⁶⁹ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft,
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.

⁷⁰ Bkz: Dipnot 58 civarı.

- Lisans vermeyi reddetmenin yeni bir ürünün, potansiyel talebin olduğu bir piyasaya girişini engellediği durum, ancak bir fikri mülkiyet hakkı kullanımı olduğu zaman söz konusu olabilecektir,

sonuçlarına varmıştır⁷¹. Bu şekilde Microsoft davasında esaslı unsur doktrini uygulama alanı bulmuştur. Doktrinde de kabul edildiği üzere Windows işletim sistemi ile iletişimi sağlayacak ara bilgiler esaslı unsur niteliğindedir ve bu bilgiler müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarında bulunmaktadır. Bu bilgilerin kullanılması suretiyle sunucu ürünlerinin üretileceği pazar ise iş grubu işletim sistemleri pazarıdır. Dolayısıyla Microsoft, müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarındaki hakim durumunu iş grubu işletim sistemleri pazarındaki hakim durumunu devam ettirmeye yönelik olarak kötüye kullanmıştır⁷².

Türkiye’de ise Rekabet Kurulu’nun ilaç sektöründe fikri mülkiyet haklarının kullanımı açısından esaslı unsur doktrininin şartlarını detaylı olarak irdelediği bir kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Rekabet Kurulu (“Kurul”)’un zorunlu lisans ile ilgili verdiği kararlar incelendiğinde *Eti Holding A.Ş.* kararında esaslı unsur doktrininin irdelendiği ve zorunlu unsurun tanımının yapıldığı görülmektedir. Kurul’a göre, “*Zorunlu unsur, bir faaliyette bulunabilmek için mutlaka yararlanılması gereken ve hakim durumda bulunan teşebbüs dışında, söz konusu kaynak faaliyetin başka bir alternatifinin bulunmaması veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağın oluşturulamaması anlamına gelmektedir. Bu şekilde bir temel kaynak faaliyetine sahip olan bir teşebbüs, imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır*”⁷³. *Eti Holding A.Ş.* kararında belirtildiği üzere, zorunlu unsur doktriniyi uygulamak için birbiriyle bağlantılı iki pazar olmalı ve söz konusu malın veya hizmetin belli bir pazarda faaliyet göstermek için esaslı bir unsur teşkil etmesi gerekmektedir⁷⁴. Kurul’un aradığı bu şartlar Magill kararındaki anlayışın benimsendiği şekilde yorumlanabilir⁷⁵.

Telif hakkının mevzu bahis olduğu bir kararda *Teleon*, sahip olduğu yayın hakkı yoluyla banda kaydettiği görüntüleri spor programlarında kullanmak isteyen diğer televizyon kanallarına satışı zorlaştırıcı şartlar dayatmış ve banda kaydedilmiş görüntüler pazarındaki hakim durum televizyon yayınları pazarında

⁷¹ Microsoft Kararı, *supra note* 68, par. 331-334.

⁷² Aynı görüşte bkz KARAEGE, s. 171, 172.

⁷³ Rekabet Kurulunun 00-50/533-295 sayı, 15.09.2001 tarihli *Eti Holding A.Ş.* kararı.

⁷⁴ GÜÇER, s.120.

⁷⁵ Kurul’un enerji sektörüne ilişkin verdiği kararı için bkz: ÇEAŞ kararı 03-72/874-373, 10.11.2003, telekomünikasyon sektörü ile ilgili verdiği kararı için bkz: İŞ-TİM – Turkcell/Telsim Kararı 03-40/432-186, 09.06.2003; dağıtım ağı ile ilgili verdiği kararı için bkz: Ulusal Basın Gazetecilik / Medya- BBD/Biryay/Yaysat Kararı 00-49/529-291, 14.12.2000.

kötüye kullanılmıştır. Kurul'a göre "Soruşturma konusu olayda diğer TV kanallarından maç görüntü bedeli peşin ödenmesine rağmen teminat mektubu istenilmektedir. Satıcı açısından bu eylemin amacı, pazarın kapatılması, giriş engeli yaratmak ve belirli teşebbüslere avantaj sağlamak olabilir. Bir başka deyişle, teminat mektubu talebi ile bazı yayıncıların söz konusu görüntüleri satın almaları pratikte olanaksız kılınmaktadır. Görüntülerin satın alınmasının zorlaştırılması ile de, hem dekoder satışlarının artırılması, hem de hak sahibi yayıncı kuruluşla yakın ilişkide olduğu bilinen açık televizyon kanalının (Star TV) rekabette avantajlı konuma geçirilmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu eylem hakim durumda olan firmaların, hakim durumdan kaynaklanan güçlerini kötüye kullanma hallerine uygunluk göstermektedir."⁷⁶. Ancak kanımızca bu kararda, esaslı unsur doktrininin uygulanabilmesi için Teleon'un elindeki görüntülerin diğer pazarda faaliyette bulunan televizyon kanalları açısından esaslılık arz edip etmediği araştırılmalıydı⁷⁷.

3. Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunan Bir Ürüne Aşırı Fiyat Uygulamak

ATAD'ın *Parke Davis* kararında fikri mülkiyet hakkına sahip hakim durumdaki teşebbüsün fazla fiyat istemesinin Madde 102'ye aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir⁷⁸. Gerçekten de, örneğin patent hakkı sahibinin buluşu ile yaptığı Ar-Ge ve benzeri diğer masrafları göz önünde bulundurulduğunda benzer buluşu yapmamış ürün sahibinin belirlediği fiyattan fazla fiyat belirlemesi makul bir davranıştır.

Fikri mülkiyet hakları ile korunan ürünlere fahiş fiyatların uygulanması tüketicinin sömürülmesine neden olmasından bahisle RKKHK m. 6/II-e⁷⁹ uyarınca yasaklanmış olan eylemlerden biridir. Asıl mesele söz konusu fiyat uygulamasının aşırı olup olmadığının nasıl tespit edileceğidir. Rekabet Kurulu böyle bir saptama yapabilmek için tüm üretim maliyetleri toplamı ile fiyatın karşılaştırılması, ilgili pazardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması, komşu pazarlardaki aynı veya benzer ürünlerin fiyatlarının karşılaştırılması gibi yöntemler uygulamaktadır⁸⁰. ÖZ'e göre bir diğer yöntem ise, piyasanın rekabete açık olduğu farz edilerek piyasada fiyat nasıl oluşacak idi ise, hakim teşebbüs tarafından talep edilen fiyatın bu fiyatla karşılaştırılmasıdır⁸¹. İncelediğimiz kadarıyla, fikri mülkiyet hakkı sahibi bir teşebbüsün ürünü için herhangi bir fikri

⁷⁶ Rekabet Kurulunun 05-61/900-243-159 sayılı 26.09.2005 tarihli kararı.

⁷⁷ Aynı yönde, bkz KARAEĞE, s. 173.

⁷⁸ Case 24/67 *Parke Davis and Co v Probel*, (1968), ECR 55, s.72.

⁷⁹ Madde 6/II-e: "Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması".

⁸⁰ Rekabet Kurulu'nun 01-12/114-29 sayılı ve 13/03/2001 tarihli kararı.

⁸¹ ÖZ, s. 170, aksi görüşte GÜÇER, s. 111.

mülkiyet hakkı ile korunmayan bir üründen daha fazla fiyat talep etmesiyle ilgili Rekabet Kurumu tarafından verilmiş bir karar bulunmamaktadır.

4. Bağlama

RKHK’da öngörülen kötüye kullanma hallerinden bir diğeri de “*Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi*”dir (m.6/II-d). Söz konusu kötüye kullanma hali “bağlama” olarak adlandırılabilir. Bu strateji ile oluşmaktadır. Bağlama fiilinden söz etmek için hakim durumda olan bir teşebbüsün ürün veya hizmetin sağlanmasını, alıcı tarafından diğer bir ürün veya hizmetin (bağlı ürün) alımı şartına bağlamış olması gerekmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bağlamanın gerçekleşmesi için üç şartın varlığı gereklidir: (i) bağlayan ve bağlı ürün birbirinden bağımsız ürünler olmalı; (ii) patent sahibinin lisans alanı aynı zamanda bağlanmış ürün ya da teknolojiyi de almaya zorlamalı ve (iii) lisans verenin/satıcının bağlayan ürün pazarında hakim durumda olmalıdır⁸².

ATAD *Hilti* kararında patent hakkı ile korunan zımba tabancası kartuşlarının, patent hakkı ile koruma altında olmayan zımba telleri ile birlikte satın alınma zorunluluğunun getirilmesini 102. Maddeye aykırı bulmuştur⁸³. Keza 2004 yılında Komisyon, Microsoft’un, Windows işletim sisteminin Microsoft’unkiler dışında diğer programlarla uyumlu çalışmasını engelleyerek ve Windows Media Player ürününü Windows işletim sistemi ile birlikte satarak hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir⁸⁴.

5. Aktif (Yıkıcı) Dava Stratejisi

Bireylerin dava hakkı gerek AB üye ülkelerinde gerekse Türkiye’de anayasal bir haktır. Bu hak aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”)’nin 6. ve 13. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de bir hakkın varlığının doğal sonucu bu hakkı korumaya elverişli mekanizmaların bulunmasıdır. Dolayısıyla, fikri mülkiyet haklarının ihlali iddiası ile davalar açılması son derece doğaldır. Konunun rekabet hukuku ile ilişkisi ise, hakim durumdaki bir şirketin, dava hakkını kötüye kullanarak rekabeti olumsuz

⁸² JACOBSEN, R.A./MCDERMOTT, S.M.: “Antitrust Principles Applicable to Intellectual Property, The Antitrust Review of the Americas”, 2003, s.32, www.Mwe.com/ifo/7pubs/anitrust2003.pdf, s.32.

⁸³ Case T-30-89 *Hilti AG v. Commission*, ECR II-1439.

⁸⁴ Bkz. *supra note* 69, ÖZTÜRK, s.53

etkilediğinin tartışıldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak hemen belirtelim, yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak fikri mülkiyet haklarının korunması için açılan davaların 6. Maddeye aykırı olarak yorumlanması son derece istisnai bir durumdur⁸⁵. Aşağıda, fikri mülkiyet hakkı sahipleri tarafından açılan davaların ne zaman aktif dava stratejisi olarak kabul edileceği ve bu davaların rekabet hukukuna ne gibi etkileri olacağı AB Komisyonu, Topluluk Mahkemeleri ve Rekabet Kurulu kararları ışığında incelenecektir.

a. AB Komisyonu ve Topluluk Mahkemeleri Kararları

i. BBI/Boosey & Hawkes ve Decca Navigator System Davaları

AB’de hakim durumda olan bir teşebbüsün, bir rakip teşebbüse karşı aktif dava stratejisi uygulamasının 102. maddenin ihlali olduğu, ilk kez Komisyon’un önündeki *BBI/ Boosey & Hawkes (“B&H”)*⁸⁶ davasında ileri sürülmüştür. İddiaya göre hakim durumda olan B&H, rakibi olan BBI’ye karşı İngiltere’de yasal dayanağı olmayan davalar açmıştır. BBI Komisyon’a yaptığı başvuruda, B&H’in dayanaksız telif hakkı tecavüzü iddiaları ile kendisinin pazara girişini engellemeye çalıştığını, bu nedenle B&H’nin dava hakkını ve hakim durumunu kötüye kullandığını ileri sürmüş, ancak Komisyon kararında bu iddiayı yanıtızsız bırakmış ve ihtilafı hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden olan mal vermeyi reddetme (*refusal to supply*) başlığı altında çözmüştür⁸⁷.

Komisyon’un, aktif dava stratejileri hakkında önüne gelen bir diğer ihtilaf ise *Decca Navigator System*⁸⁸’dir. Söz konusu karara konu olayda, bir İngiliz şirketi olan Decca, özellikle denizde kullanılan bir navigasyon aleti (DNS) üretmiş ve üçüncü kişilerin bu ürünle uyumlu olan alıcıları üretmesini engelleyen patent koruması sona erince, üzerinde telif hakkı iddia ettiği alıcılar için çeşitli rakip şirketlere lisans anlaşmaları yaparak pazarı rakiplerle paylaşmıştır. Daha sonra, bazı rakip şirketlerin DNS ile uyumlu farklı sinyal alıcılarını ithal edip İngiltere’de pazarlayacağını öğrenen Decca, sekiz farklı ülkede rakiplerine haksız rekabet davaları açarak rakipleri pazara giriş konusunda yıldırmaya çalışmıştır⁸⁹. Komisyon, kararında Decca’nın söz konusu dava stratejisinin hakim durumunu kötüye kullanmaya yol açtığına açık olarak değinmese de, Decca’nın bu eylemlerini diğer eylemlerle birlikte bir bütün olarak değerlendirmiş ve söz konusu

⁸⁵ ASLAN, Yılmaz, Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, 2001, s.38.

⁸⁶ Commission Decision *BBI/Boosey & Hawkes* [1987] OJ L286/36.

⁸⁷ *BBI/Boosey & Hawkes*, par. 11.

⁸⁸ Commission Decision, *Decca Navigator System* OJ [1989] L 43/27.

⁸⁹ *Decca Navigator System*, par. 48-50.

ihtilafa konu olan lisans, teknoloji transferi veya münhasır distribütörlük gibi anlaşmaların rekabeti sınırladığını; ayrıca Decca'nın kendi altyapısını kullanarak, rakiplerin pazarlayacakları alıcıların çalışmasını engellemek amacıyla sinyalleri değiştirmek suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiştir. Bu bağlamda Komisyon, incelemesinin sınırlı kaldığından bahisle eleştirilmiştir⁹⁰.

ii. ITT Promedia Kararı

Konu ile ilgili daha detaylı bir incelemeye, İDM'nin *ITT Promedia*⁹¹ kararında rastlanabilecektir. Belçika'da hakim durumdaki bir telefon operatörü olan Belgacom'un, ITT Promedia şirketine açtığı davalar dizini sonucunda, ITT Promedia Komisyon'a başvurmuş ve Belgacom'un Belçika mahkemelerinde kendisi aleyhine başlattığı dayanaksız davalar yolu ile hakim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir. Komisyon her ne kadar hakim durumdaki bir şirketin açmış olduğu dayanaksız davaların 102. maddenin ihlaline yol açacağını kabul etmişse de, söz konusu davada böyle bir durumun gerçekleşmemiş olması gerekçesiyle, ITT Promedia'nın talebini reddetmiştir. Komisyon, rakiplere karşı dava açmanın hakim durumun kötüye kullanımı teşkil etmesine ilişkin kriterleri:

- (i) Davacı tarafın, hakkını arama amacını değil karşı tarafı yıldırma amacını taşıması,
- (ii) Davacı tarafın, rekabeti ortadan kaldırma amacını taşıması

olarak belirlemiştir. Söz konusu kararda, Belgacom'un rakiplerine karşı açtığı davalarda haklarını makul bir şekilde savunduğu ve bu davaların rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bir planın parçası olmadığı, bu nedenlerle hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁹².

Komisyon kararının temyizinde İlk Derece Mahkemesi ise, Komisyon'un yukarıda saydığı kriterlerin meşruiyetini sorgulamamış, *sadece ve tamamen istisnai durumlarda* rakibe karşı dava açılmasının hakim durumun kötüye kullanımı teşkil edebileceğini ifade etmiştir. İlk Derece Mahkemesi, ITT Promedia'nın taleplerini incelemeden önce üç noktaya dikkat çekmiştir. Mahkeme ilk olarak; dava hakkının üye ülkelerin anayasal geleneklerinin ve genel hukuk kurallarının bir yansıması olduğunu ve bu kuralın kaynağını AİHS madde 6 ve 13'te bulduğunu belirtmiştir. Dava hakkının temel bir hak olması nedeniyle de, *son derece istisnai hallerde* hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği söylenmiştir⁹³. İkinci olarak ise; Komisyon'un tespit

⁹⁰ LUTERKORT, Eva, "Vexatious (Patent) Litigation & Art. 82 EC Following AstraZeneca – EC and US Converging Approaches?", University of Lund, FACULTY OF LAW, 2007, s.68

⁹¹ Case T-111/96 *ITT Promedia NV v. Commission* [1998] ECR II-2937.

⁹² Komisyon kararı p. 41 ve 42.

⁹³ *ITT Promedia*, par. 60.

ettiği iki kriter, genel kuralın istisnai bir görünümü olduğu için, esas olanın adalete erişim hakkı prensibi olduğu; aksi hallerin *dar yorumlanması* gerektiği ifade edilmiştir⁹⁴. Son olarak ise; yerleşmiş içtihatlarla göre Komisyon'un soruşturma yapmadan reddettiği başvurularda, İlk Derece Mahkemesi'nin incelemesinin, Komisyon'un, verdiği kararda yanlış olayları temel alıp almadığı ve açık hukuki hata veya yetkinin kötüye kullanımı olup olmadığı ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır⁹⁵. Tüm bu saptamalar ışığında Mahkeme, Komisyon'un kararının iptal edilmesi talebini reddetmiş ise de, hakim durumdaki teşebbüslerin rakipleri aleyhine başlattıkları açıkça dayanaksız olan hukuki sürecin, 102. maddenin ihlali olarak kabul edilebileceğini teyit etmiştir⁹⁶.

iii. AstraZeneca Kararı

Komisyonun günümüze kadar 102. Madde kapsamında ilaç sektörüne yönelik aldığı ilk karar olan *AstraZeneca* ("AZ") kararında⁹⁷, ilgili teşebbüsün idari süreçleri ve kendisine verilen ek koruma sürelerini kötüye kullanmış olduğu kanaatine varılarak, bunun hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar verilmiş ve soruşturma AZ aleyhine 60 milyon Avro para cezası ile sonuçlanmıştır. Komisyon aldığı bu karar sonucunda, fazla müdahaleci bir yaklaşım sergilemek ve 102. maddenin kapsamını çok genişletmek ile eleştirilmiştir.

Komisyon kararında iki tür kötüye kullanım tespit edilmiştir;

- (1) Ek patent koruma süresi için yapılan başvurularda, ek koruma verilmesinde belirleyici olan tarihe ilişkin olarak, ulusal patent makamlarına yanıltıcı bilgi vererek haksız ek koruma elde etmek ve böylece ilgili pazarda jenerik ilaçların pazara girmesini geciktirmiş olmak,
- (2) Losec adlı ilacın tablet formuna ilişkin ruhsat alınması ile birlikte, AZ tarafından eski kapsül formuna (orijinal formülasyon) ilişkin ruhsatın bazı ülkelerde geri çekilmesi yoluyla jenerik ilaçların ve paralel ithalatçıların pazara girişinin engellenmesi⁹⁸.

⁹⁴ *ITT Promedia*, par. 61.

⁹⁵ *ITT Promedia*, par. 61

⁹⁶ PREECE, Steven, *ITT Promedia v. E.C. Commission: Establishing an Abuse of Predatory Litigation* E.C.L.R. 1999, 20(2), 119-120.

⁹⁷ Case COMP/A. 37.507/F3. *AstraZeneca* (Bkz. Komisyon Basın Açıklaması, IP/05/737.)

⁹⁸ Zira AB'nin o dönemde yürürlükte olan kısaltılmış başvurulara ilişkin regülasyonları uyarınca, kapsül formuna ilişkin ruhsatın geri çekilmesi, jenerik ilaç üreticilerinin, kapsül formuna ilişkin ruhsat bilgilerine atıfta bulunarak kısaltılmış ruhsat başvurusu yapabilmesi olanağını ortadan kaldırmaktadır.

Komisyon kararında, AZ'nin, AB'de Supplementary Protection Certificate (Ek Koruma Belgesi) ("SPC") adı verilen ve amacı, patent koruma süresinin başlangıcı ile patente konu ilaç için yetkili makamdan ruhsat alınması süresi arasında geçebilecek uzun sürenin, patent sahibi yararına tazmin edilmesi olan prosedürü kötüye kullandığını tespit etmiştir. İlgili teşebbüs ayrıca, AZ'nin, jenerik üreticilerin kısaltılmış başvuru yolu ile ilaçlarına ruhsat alabilmeleri için ruhsatlı orijinal ürünün piyasada olması zorunluluğundan faydalanarak, orijinal ilaca ilişkin ruhsatını bazı ülkelerde geri çekmiş, böylece jenerik üretici ve paralel ithalatçıların o ülkelere girişi engellenmeye çalışmıştır.

Karara göre, bu ihlallerin sonucunda, AZ'nin rakipleri tarafından, uzun ve maliyetli davalar açılması gerekmiş, diğer bazı ülkelerde ise AZ, uzatılan koruma süresine dayanarak patent tecavüzü davaları açmıştır. AZ'nin bu davranışı pazarda belirsizlik yaratmış, ayrıca jenerik şirketlerin pazara giriş hazırlıklarına engel teşkil etmiştir. AZ bir yandan ulusal patent makamlarına yanıltıcı bilgi vermek suretiyle SPC koruması elde etmiş iken, diğer yandan jenerik şirketlerin SPC'nin hükümsüzlüğü için açtığı davalarda bu yanıltıcı beyanlara dayanmaya devam etmiştir.

Komisyon daha önce *ITT Promedia* kararında, *Tetra Pak* kararına⁹⁹ atıfta bulunarak, hakim durumda olan bir teşebbüsün, normal şartlarda ihlale neden olmayacak hakları elde etmekten istisnai hallerde mahrum kalabileceğini belirtmişti¹⁰⁰. Aynı doğrultuda *AZ* kararında da Komisyon, *ITT Promedia* kararının ilgili bölümüne yaptığı göndermelerle, idari ve adli dava süreçler dahil olmak üzere usul ve mevzuattan kaynaklanan hak kullanımının, hakim durumda olan bir teşebbüs için çok istisnai hallerde ihlal niteliğinde olduğunu tespit etmiştir¹⁰¹.

Bu nedenle, *ITT Promedia* kararında Komisyon Belgacom'un savunma hakkını makul bir şekilde kullandığını ve rekabeti ortadan kaldırmayı amaçlamadığını ifade etmişken, *AZ* kararında AZ'nin ulusal mahkemelere yanıltıcı bilgi vermesinin rekabeti ortadan kaldırmaya yönelik bir planın parçası olduğuna karar vermiştir.

Soruşturmanın sonunda Komisyon, AZ'nin söz konusu davranışlarında kamu sağlığı gibi objektif meşruiyet sağlayacak bir yön görmemiş ve AZ'ye 60 milyon Avro para cezası vermiştir. Karar 25 Ağustos 2005 tarihinde AZ tarafından İDM nezdinde temyiz edilmiştir.

⁹⁹ Case T-51/89 *Tetra Pak v Commission* [1990] ECR II-309, par. 23.

¹⁰⁰ *ITT Promedia*, par.139.

¹⁰¹ *AZ* par. 743.

Sonuç olarak, her ne kadar aktif dava stratejileri AB rekabet hukukunda bir ihlal türü olarak değerlendirilebilirse de, *AZ* kararı “açıkça dayanaksız” dava ve tehditlerin 102. maddeyi ihlal edip etmediğine dair yeterli bir açıklama getirmemektedir. Komisyon kararında, “*hakim durumdaki teşebbüslerin piyasadaki rekabeti bozmamak adına yüklendiği “özel sorumluluk”, aynı zamanda idari ve adli dava süreçleri dahil olmak üzere, usul ve mevzuattan kaynaklanan hakkın açıkça rakipleri pazardan dışlamak amacıyla kullanılmamasını da kapsamaktadır*”¹⁰² demiştir. Diğer bir deyişle, hakim durumdaki teşebbüslerin rekabetin bozulmaması yönünde gösterecekleri özen ve özel sorumluluk bu karardaki tespitlerle daha da genişletilmiştir. Bu da, zaten belirsiz olan bu “özel sorumluluk” kavramının daha da belirsiz olan aktif dava stratejileri uygulamaları ile genişletilmesine sebep olmuştur. Bu kavram belirsizliği kuşkusuz hakim durumdaki teşebbüslere ağır bir ispat yükü yüklemektedir. Komisyon da, *AZ* kararında eksik inceleme yapması ve 102. maddenin kapsamını bu şekilde genişletmesi nedeniyle eleştirilere maruz kalmıştır¹⁰³. Tüm bu tartışmaların ve eleştirilerin İDM tarafından yanıtlanması beklenmektedir.

b. Türk Rekabet Kurumu Kararları

Türk rekabet hukukunda dava hakkının kötüye kullanılmasının ya da diğer aktif dava stratejilerinin hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olup olmadığı ise henüz esaslı bir tartışma konusu yapılmamıştır. Konu ile doğrudan ilgili herhangi bir Rekabet Kurulu kararına rastlanılmamak birlikte, rakiplere karşı dava açılması ya da ihtarnameler göndermek suretiyle bir takım aktif dava politikaları uygulanması konularına dolaylı olarak değinen kararlar mevcuttur. Bu kararların fikri mülkiyet haklarına dayanılarak açılan davalar ya da ihtarnameler bakımından örnek teşkil edebileceği düşünülmektedir.

i. Renault Kararı

Kanun ile düzenlenen bir hakkın yargı kararı ile korunmasının 6. Madde ile yasaklanmadığı Kurul’un *Renault* kararında belirtilmiştir¹⁰⁴. İhtilafa konu olay, Kurul tarafından incelenmeye başlanmadan önce İstanbul ve Bursa Mahkemelerinde görülmüştür. Davacı Oyak Renault Otomotiv Fab. A.Ş., adına marka tescilli otomobil yedek parçalarının taklit ve kalitesiz şekilde davalı Boztekin Kaporta San. ve Tic. A.Ş. tarafından üretilip diğer davalılar Dörtel

¹⁰² *AZ*, par. 747.

¹⁰³ LUTERKORT, s. 80.

¹⁰⁴ Rekabet Kurulu’nun 00-42/453-247 sayılı, 2.11.2000 tarihli kararı. Bu karar Danıştay 13. HD tarafından iptal edilmiştir. Danıştay’ın iptal kararı üzerine verilen Rekabet Kurulunun kararının dosya numarası: D1/1/Ç.D.-98/5, Karar Sayısı 06-02/49-10, Karar Tarihi. 5.1.2006.

Koll. Şti. ve Süleyman Tunç'un da yedek parçaları piyasaya sürdüklerini ileri sürerek davalıların eylemlerinin haksız rekabet oluşturduğundan, üreticiye ait kalıp malzeme ve takımlara el konulmasını, üretimin durdurulmasını, maruf malların toplatılmasını ve imhasını, 1.000.000.000-TL tazminatın davalılardan faizi ile tahsilin ve kararın ilanını talep ve dava etmiştir. İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi davalıların, davacılara ait tescilli otomobil yedek parçalarını üretip satmak suretiyle haksız rekabet eylemini oluşturduklarının tespitine, üretime ait kalıplara el konulmasına, üretimin durdurulmasına, üretilen malların toplatılmasına ve imhasına, makine ve malzemelerle ilgili talebin reddine karar vermiştir¹⁰⁵. Yargıtay ise söz konusu kararı onamıştır¹⁰⁶. Bunun üzerine davalılar Rekabet Kurulu'na davacı aleyhine şikayette bulunmuş mahkeme kararının "tescilli" malların üretimini yasakladığından bahisle mahkeme ilamının kendi ürettikleri tescilsiz ürünler aleyhine icra edilmeye çalışılmasının ilamla davacıya verilen haklardan fazlasını kullanmak anlamına geldiğini iddia etmiş ve bu durumun 6. Maddenin ihlali olduğunu ileri sürmüşlerdir¹⁰⁷. Gerçekten de, yukarıda saydığımız itirazlar nedeniyle icra memurunun işlemi davalı tarafından şikayet konusu yapılarak iptal ettirilmiş böylece ilam icra edilememiştir. Rekabet Kurulu şikayete konu olayı inceledikten sonra hakkında mahkeme kararı olan bir konuda soruşturma açamayacağını düşünerek şikayeti reddetmiştir¹⁰⁸. Dolayısı ile fikri mülkiyet hakkının kötüye kullanıp kullanılmadığı konusunda bir inceleme yapılamamıştır.

ASLAN'a göre, icra memurunun mahkeme ilamını hüküm kapsamında icra etmemesi sonucu ortaya çıkan durum, fikri mülkiyet hakkı sahibi teşebbüsün rekabeti bozucu bir davranışı değil, resmi bir makamın yanlış uygulamasından ibarettir. Dolayısıyla, bu resmi makamlar bir işletme olmadığına göre bunların kararları ile rekabetin sınırlanmasına Kurul müdahale edemeyecektir^{109 110}.

¹⁰⁵ İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 1995/1561, K. 1996/1297, T. 27.12.1996.

¹⁰⁶ Yargıtay 11. HD, , E. 1997/2514, K. 1997/4904, T. 23.6.1997.

¹⁰⁷ ASLAN, "Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler", s.38.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ Kurul benzer bir şekilde 4.7.2000 tarihli Fruko-Tamek kararında da idarelerin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu nedeniyle, mahkeme kararıyla rekabeti sınırlayıcı bir uygulama ortaya çıksa dahi, mahkeme kararına müdahale etmenin kendi yetkisinde olmadığına karar vermiştir. D3/1/Ş.YA.-00/1, Karar Sayısı: 0-25/258-140, Karar Tarihi: 04.07.2000. "Yargı yerlerinin ya da idarenin düzenleyici birimlerinin, teşebbüs niteliği haiz olmadan alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dolayısıyla rekabet kısıtlanırsa, Kanun hükümleri uygulanamayacak ve ilgililer hakkında zorlayıcı bir işlem tesis edilemeyecektir. Kaldı ki; Anayasa'nın 138 inci maddesinin son fıkrasında, 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir

ii. Ulusal Dolaşım Kararı

Fikri mülkiyet haklarının kullanılmasına ilişkin olmasa da aktif dava stratejileri başlığı altında değerlendirilebilecek bir karar da Rekabet Kurulu'nun 09.06.2003 tarihli *Ulusal Dolaşım(Roaming)*¹¹¹ kararıdır. Bu kararda, Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durumda buldukları ilgili pazarda birlikte davranışlar sergilediklerini gösteren bazı tespitler arasında, Turkcell ve Telsim'in, İŞ-TİM'in piyasaya girişini geciktirmek amacıyla yargıya başvurmak için tanınan sürelerin sonunu beklemeleri de sayılmıştır.

Ayrıca karara göre, ilgili teşebbüslerden elde edilen belgede yer alan, “*süreci ertelemek başarı, ancak bu da bizi tatmin etmeyecek*”, “*Yasanın UR ile ilgili maddelerine itiraz edebiliriz.*” şeklindeki ifadeleri, teşebbüslerin ulusal dolaşım anlaşmasını mümkün olduğunca erteleme niyet ve çabalarını açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısı ile burada, ilgili teşebbüslerin, çeşitli hukuksal süreçleri de kullanarak, hizmet vermeyi reddetme suretiyle rakibin piyasaya girişini engelleyip engellemedikleri, çözülmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmıştır. Ancak kararda, teşebbüsler arasındaki sorunun çözümü için mahkemelerin veya rekabet otoritelerinin devreye girmesi sonucu kaybedilecek zamanın, zorunlu unsurdan yararlanmayı geciktirenin yararına çalıştığı ve sorun bilahare çözülsün bile bu çözümden beklenen yararın elde edilemediği belirtilmesine rağmen, ilgili teşebbüslerin dava haklarını kullanmaları ile hakim durumun kötüye kullanılması durumu arasında doğrudan bir bağlantı olup olmadığına değinilmemiştir.

iii. Hekim Optik-SESA Kararı

İlaç piyasası ile ilgili olmamakla birlikte; diğer bir fikri mülkiyet hakkı olan, marka haklarına dayanılarak müşterilere ihtarnameler gönderilmesinin ya da rakiplere dava açılmasının rekabeti sınırlayıcı etkisinin olup olmadığı ya da hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, Rekabet Kurulu'nun 06.11.2000 tarihli *Hekim Optik-SESA*¹¹² kararında irdelenmiştir. Karara konu olayda, marka hakkını haiz ürünlerin tek satıcısı olarak yetkilisi olan ilgili teşebbüs, marka hakkına tecavüz edildiği ve haksız rekabet yaratıldığı iddiası ile Türkiye çapında yaklaşık üç bin adet gözlük

suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.’ denilmek suretiyle yürütmeye göre yargıya tanınan üstünlük vurgulanmaktadır. Şikayet konusu olayda; her ne kadar 4054 sayılı Kanun açısından çelişkili bir durum mevcut olsa da, rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran olayın yargı kararı doğrultusunda oluşmuş olmasından dolayı, şikayetle ilgili bir işlem yapılamamaktadır.”

¹¹¹ Rekabet Kurulunun 03 - 40 / 432-186 sayı, 9.6.2003 tarihli kararı.

¹¹² Rekabet Kurulunun 00-44/472-257 sayı, 6.11.2000 tarihli kararı.

satıcısına ihtarname göndermiş, ihtarnamelerde kendileri haricindeki kişilerden ilgili ürünlerin temin edilmesinin haksız rekabet oluşturduğu ve haklarında marka tecavüzü ve haksız rekabet sebebiyle dava açılacağı bildirilmiş, ayrıca aynı iddialarla birçok optik firmasına davalar açılarak, ihtiyati tedbir kararı verilmesi talep edilmiştir. Kurul tarafından yapılan inceleme sonucunda, Türkiye'de piyasaya sunulmuş olan markalı bir malın yasal olmayan bir şekilde üçüncü kişilerce yurda sokulması halinde marka sahibinin veya yetkili satıcının (gerek TTK gerekse diğer kanunlar çerçevesinde) yasal haklarını kullanmasının paralel ithalatın engellenmesi ve dolayısıyla rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceğine, ilgili teşebbüs tarafından çekilen ihtarnamelerin, marka sahibinin 556 sayılı KHK'dan doğan haklarını korumak ve markayı taşıyan malın yasalara aykırı bir şekilde piyasaya sunumunu engellemek amacıyla taşıdıklarına, paralel ithalatın engellenmesi kastının bulunmadığına karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu, konuyu esaslı bir şekilde inceleme konusu etmemiş olmasına rağmen, söz konusu kararlardan, bir hakkın korunması anlamında teşebbüslerce açılan davaların veya rakip ya da müşterilere gönderilen ihtarnamelerin, genel olarak yasal hakların kullanılması kapsamında değerlendirildiği, kötüye kullanma hali olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak, fikri mülkiyet hakları, sahiplerine münhasır yetkiler verdikleri için pazarda rekabeti sınırlayıcı haklar olarak görülebilmektedirler. Kural olarak fikri mülkiyet haklarının kullanımı meşrudur. Ancak "silahın meşru olması her kullanımını meşru kılmaz"¹¹³. Fikri mülkiyet haklarının meşru olmayan kullanımı istisnai bir durum olduğu için dar yorumlanmalı ve çok dikkatli incelenmelidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; sırf fikri mülkiyet haklarının varlığı sahiplerine hakim durum bahşetmeyeceği gibi; bu hakların tanıdıkları yetkinin kullanımı da her zaman hakim durumun kötüye kullanılmasına neden olmayacaktır. Bu nedenle, hakim durumun kötüye kullanıldığını saptarken *per se* bir yaklaşım uygulanmamalı, rekabet hukukunun fikri mülkiyet haklarına ancak çok istisnai hallerin varlığında müdahale edeceği hatırlanmalı ve bu fevkalade istisnai haller her bir olay özelinde değerlendirmelidir.

¹¹³ FORRESTER, I.S., "Software Licensing in the Light of Current EC Competition Law Considerations", ECLR, No:1, (1992), s.17.

II. AB İLAÇ SEKTÖRÜ ARAŞTIRMASININ FİKRİ MÜLKİYET BOYUTU VE TÜRKİYE'DEKİ YANSIMALARI

A. AB İLAÇ SEKTÖRÜ ARAŞTIRMASININ FİKRİ MÜLKİYET BOYUTU

1. AB İlaç Sektörü Araştırmasının Amacı

Komisyon 16.01.2008 tarihinde, ilaç sektöründe rekabetin iyi işlemiyor olabileceği kuşkusunu ile bir “sektör araştırması” (“AB Sektör Araştırması” veya “Araştırma”) başlatıldığını ve Araştırma kapsamında birçok inovator (buluşçu) ve jenerik şirketin merkezinde denetimlerin yapılmakta olduğunu duyurdu. Duyurunun dayanağı olan 15.01.2008 tarihli Komisyon Kararı'nda¹¹⁴ Anlaşmanın¹¹⁵ 101 ve 102. Maddelerinde belirtilen rekabetle ilgili kuralların uygulanmasına ilişkin 16.12.2002 tarihli 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü ve özellikle, bu Tüzüğün 17(1). Maddesi uyarınca, buluşçu veya jenerik beşeri tıbbi ürünlerin piyasaya girişi ile ilgili olarak AB ilaç sektöründe bir araştırma başlatıldığı belirtilmiştir.

Komisyon'un bir süredir, özellikle *AstraZeneca*¹¹⁶ davasından sonra, ilaç sektöründe rekabetin olması gerektiği gibi işlemediği endişesinde olduğu bilinmekte idi. Komisyonun yapmış olduğu açıklamaya göre, Avrupa İlaç Endüstrileri ve Birlikleri Federasyonu (EFPIA)'nın 2006 yılında yayınladığı “Rakamlarla İlaç Endüstrisi” adlı incelemesinde, 1995-1999 yılları arasında, her yıl ortalama 40 yeni moleküler madde piyasaya sürülüyorken, 2000-2004 yılları arasında bu oran 28'e düşmüştür¹¹⁷. Komisyon'a göre yeni ilaçlarda durum böyle iken, jenerik ilaçlarda da bazı durumlarda jenerik ürünlerin piyasaya girişinin geciktirildiği doğrultusunda göstergeler bulunmaktadır. Söz konusu sektör araştırmasında, bu eğilimlerin arkasında yatan nedenler ve özellikle üreticiler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların veya tek taraflı hakim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin, bu yönelimle herhangi ilgisinin olup olmadığı incelenmek istenmiştir¹¹⁸. Araştırma sırasında ayrıca, şirketlerin fikri mülkiyet haklarını kötüye kullanarak, yasal dayanağı olmayan davalar açarak ya da idari süreçleri kötüye kullanarak suni giriş engelleri yaratıp yaratmadıkları ve bu tür

¹¹⁴ Case No COMP/D2/39.514

¹¹⁵ “The Treaty on the Functioning of the European Union” (AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma) 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁶ Bkz. *supra* note 97.

¹¹⁷ EFPIA, “The Pharmaceutical Industry in Figures”, 2006 Edition, p.7.

¹¹⁸ MEMO/08/20 (FAQ)

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/20&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en#fn2#fn2>

davranışlar sonucunda hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı da araştırılmak istenmiştir.

AB Sektör Araştırması'nın odak noktası temel olarak sektördeki şirket davranışlarıdır. Araştırma'da ağırlık verilen noktalar ise şirketlerin jenerik rekabetini önlemek veya geciktirmek veya rekabetçi orijinal ürünleri önlemek veya geciktirmek amacıyla girilen şirket davranışlarıdır. Dolayısı ile öncelikli olarak, buluşçu ve jenerik şirketlerin ve buluşçu şirketlerin kendi aralarındaki rekabetçi ilişki üzerine yoğunlaşmıştır. Bu amaçla Komisyon derinlemesine bir analiz için, birden fazla üye ülkede faaliyet gösteren ve AB'deki ilgili cironun %80'ini temsil eden, büyük ölçekli 43 buluşçu ve 27 jenerik şirket seçmiştir¹¹⁹. Araştırma, ihlallerin bulunduğu münferit olayların belirlenmesini ve bu olayların AB rekabet kuralları ile uyumluluğunun denetlenmesini hedef almamakta, bunun yerine Komisyon'un sektöre ilgili herhangi bir aksiyon alınıp alınmaması konusunda karar verebilmesi için somut bir temel ve çerçeve sunmaktadır¹²⁰.

Komisyon araştırmaya ilişkin ilk tespitlerinin yer aldığı ön raporu ("Ön Rapor") 28.11.2008 tarihinde yayımlamıştır¹²¹. Daha sonra Komisyon kamu paydaşlarını Ön Rapor'la ilgili yorumda bulunmaya davet ederek, 31 Ocak 2009 tarihine Ön Rapor'la ilgili kamu müzakeresine başvurmuş, bu kapsamda 70'in üzerinde paydaştan Ön rapor'la ilgili yorumları alınmıştır¹²². Ön Rapor en çok fikri mülkiyet haklarının kullanımı meselesine yoğunlaşırken, ilaç regülasyonunun rekabete etkisi konusunda neredeyse sessiz kalmıştır. Komisyonun Ön Raporu bu nedenle ve özellikle belirtiler ve sektör davranışları arasında sebep-sonuç ilişkisini kuramadığı, inkremental buluşları teşvik etmediği ve sektörün bir kısmına yönelik önyargı beslenmiş olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Komisyon, ilaç sektörünün sıkı bir şekilde regüle edilmiş olması nedeniyle, şirket davranışlarının mevcut regülasyon çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiği mesajını verdiği nihai raporu ("Nihai Rapor") 8.07.2009 tarihinde yayımlanmıştır.

¹¹⁹ 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, par.15.

(<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>)

¹²⁰ 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, par.22.

¹²¹ <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>

¹²² Komisyon'un Kamu Müzakeresi davetine yanıt verenler arasında, buluşçu şirketler ve temsil edildikleri kurum ve dernekler, jenerik şirketler ve temsil edildikleri kurum ve dernekler, ticari konfederasyonlar, EPO gibi kamu otoriteleri, hasta yardım fonları ile ilgili dernekler, fikri mülkiyet avukatlarının temsil edildiği dernekler, hukuk büroları ve akademisyenler bulunmaktadır.

(<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>).

2. Araştırılan Temel Konular

AB Sektör Araştırması'nda araştırılan temel konular temel olarak üç başlık altında toplanmıştır. Bunlardan, INN'leri, ürünleri ve patentleri içeren ilk bölümde Araştırma için seçilen, 2000 - 2007 yılları arasındaki dönemde patent, SPC ya da veri imtiyazından doğan münhasırlığını kaybetmiş 219 adet en çok satan INN tanımlanmaktadır. Buna göre Araştırma'da buluşçu şirketlerin şirket ve INN başına düşen ortalama ürün sayısının jenerik şirketlere göre daha yüksek olduğu, bunun da jenerik şirketlerin bir INN için daha az seçilmiş ürün üzerine odaklandığının, buluşçu şirketlerin ise daha geniş bir ürün yelpazesi sunduğunun işareti olduğu teyit edilmiştir¹²³. Bunun yanında patent sisteminin ana kullanıcılarından olan ilaç sektöründe 2000 ila 2007 yılları arasında Avrupa Patent Ofisi ("EPO")'ya yapılan patent başvurularının sayısının iki katına çıktığı¹²⁴, özellikle blockbuster¹²⁵ ilaçlarda münhasır korumanın sonuna doğru patent başvurularının sayılarında artma olduğu belirtilmiştir.

Araştırma'nın temel konularından diğer ikisi ise buluşçu ve jenerik şirketler arasındaki rekabet ve buluşçu şirketlerin kendi aralarındaki rekabet konularıdır¹²⁶. Buluşçu şirketlerin kendi aralarındaki rekabet kısmında, patent başvuru stratejileri, patentle ilgili ihtilaf yazışmaları ve davalar, itiraz ve temyiz başvuruları, sulh sözleşmeleri ve diğer sözleşme türleri mercek altına alınırken, buluşçu ve jenerik şirketler arasındaki rekabet kısmında bunlara ek olarak devam eden ürünlerle ilgili yaşam stratejileri ve jenerik ürünlerin piyasaya girişini etkileyen diğer şirket davranışları irdelenmiştir.

Buluşçu şirketlerin kendi aralarındaki rekabetin incelenmesinde, buluşçu şirketlerin belli bir hastalığın tedavisi için piyasada ilk olma hedefi ile birbirleri ile Ar&Ge faaliyetleri bakımından rekabet ettiklerini, tedavinin piyasada var olduğu durumlarda da alternatif tedaviler için yarıştıklarını, bunun da tüketicinin seçimini artırdığını belirtmiştir. Ancak bu rekabet sırasında şirketlerin, Ar-Ge sürecindeki başarısızlık ihtimali ve ruhsat ve izinle ilgili sorunların yanında diğer buluşçu şirketlerin yarattığı engellerin de üstesinden gelmek zorunda kaldığı tespit

¹²³ 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, par.405

¹²⁴ 28.11.2008 tarihli Ön Rapor'da INN başına alınan veya başvurusu devam eden patentlerin sayısının 1,300'e kadar çıkabildiği belirtilmiş, ancak bu patent ve patent başvurularının sayısının, patentlerin valide edildiği veya edileceği üye ülke sayısı ile bağlantılı olduğu ifade edilmiştir. Kamu müzakeresi sırasında bu ifadeler, aynı patent ailesine bağlı patentlerin, üye ülkelerdeki ayrı ayrı milli koruma ilkesi göz önüne alındığında, patentlerin çifte hesaplandığı ve yanlış bir algı yaratıldığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Nihai Rapor'un (357) no'lu dipnotunda bu eleştirilere de yer verilmiştir.

¹²⁵ Dünya çapında 1 milyar Dolardan fazla satan ilaçlar için kullanılan terimdir.

¹²⁶ Kamu müzakeresi sırasında Rapor'da jenerik şirketlerin kendi aralarındaki rekabet hususunda değinilmemesi paydaşlar tarafından eleştirilmiştir.

edilmiştir. Dolayısı ile inceleme sonucunda Komisyon, buluşçu şirketlerin rakip ilaçların geliştirilmesine müdahale edici nitelikte patent stratejileri uyguladığı sonucuna vararak, hatta bu stratejileri herhangi bir yenilikçi çaba göstermeden rakipleri pazar dışına itme amacıyla kullanan bazı buluşçu şirketlerin, bu stratejiye “defansif patent stratejisi” ismini verdiğini belirtmiştir.

Nihai Rapor’un fikri mülkiyet haklarını ve kullanılmasını ele alan asıl bölümü ise, buluşçu şirketler ve jenerik şirketler arasındaki rekabetin incelendiği bölümdür. Gerçekten de jenerik şirketlerin kural olarak, orijinal ilacı koruyan patent koruması bittiğinde bu ilacın eşdeğerini üretilip pazarlamaları gerekmektedir. Ancak jenerik şirket orijinal ürün patentini ihlal etmeden piyasaya çıkmanın bir yolunu bulduğunda, buluşçu şirket ile jenerik şirket arasındaki rekabet patent süresinin bitiminden önce de başlayabilmektedir. Nihai Rapor’da (inkremental) buluşların değerinin hiçbir şekilde tartışmaya açılmadığı ve sorgulanmadığı vurgulanarak¹²⁷, jenerik ürünün piyasaya girmesi ile ilgili orijinal ürünün fiyatının ve pazar payının önemli derecede azalması nedeni ile buluşçu şirketlerin pazar paylarını korumak için bir çok araç kullandığı belirtilmiş ve buluşçu şirketlerin alet çantaları¹²⁸ içindeki bu araçları rakip jenerik ürünlerin piyasaya girişini engelleme ya da geciktirme amacıyla kullanıp kullanmadığı irdelenmiştir. Komisyon’un temel olarak fikri mülkiyet hakları ve bunların kullanımına ilişkin tespitlerde bulunduğu bu bölümün sonuçlarına ve değerlendirmelerimize bir sonraki başlık altında değineceğiz.

3. Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanılması ve Rekabet Hukuku Bakımından Sonuçları ve Değerlendirme

a. Patent Stratejileri (Patent Kümeleri) ve İkinci Jenerasyon Ürünler (İkincil Patentler)

Sektör Araştırması’ndaki sonuçlara göre buluşçu şirketler son yıllarda patentleme stratejilerini değiştirmiş, özellikle stratejilerinin bir kısmında sahip oldukları patent korumasının kapsamını ve süresini uzatmayı amaçlamışlardır. Özellikle aynı ilaç için fazla sayıda patent başvurusunda bulunulması ortak bir

¹²⁷ 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, par.463.

¹²⁸ Ön Rapor’da buluşçu şirketlerin jenerik ürün girişini engellemek ya da geciktirmek için kullandıkları enstrümanların tümü için "tool-box" – “alet çantası” terimi kullanılmış, ancak bu terim buluşçu şirketler ve bu şirketlerin temsilcisi kuruluşlar tarafından küçültücü ve kötileyici olması dolayısıyla eleştirilmiştir. Nihai Rapor’da cevaben, bu terimin Komisyon tarafından yaratılmış bir terim olmadığı ve sektörde yaygın olarak kullanıldığı belirtilmiş, “alet çantası” teriminin kullanılmasının her şirketin burada yer alan tüm enstrümanları ürününü korumak için kullandığı ya da her bir enstrümanın hukuka aykırı olduğu anlamına gelmediği açıklanmıştır.

uygulama haline gelmiş ve Komisyon tarafından bu uygulamaya patent kümeleri (*patent cluster* veya *patent thicket*) adı verilmiştir.

Bu kavramlardan ilk olarak 1970 tarihli *SCM Corp. v. Xerox Corp.* davasında bahsedildiği belirtilmektedir. Ancak ekonomist Carl Shapiro, akademik söylemlerde bu kavramı “*bir şirketin yeni teknolojiyi ticarileştirmek için ihtiyaç duyduğu çakışan bir dizi fikri mülkiyet hakkından oluşan yoğun ağ*” olarak yeniden tanımlamıştır¹²⁹. Nihai Rapor’da bu yaklaşımdaki esas hedefin, jenerik ilaçların piyasaya girişini geciktirmek veya engellemek olduğu belirtilmiştir. Komisyon’a göre bir ilaç neredeyse 100 ürüne-spesifik patent ailesi tarafından korunabilmekte, bu da tüm üye ülkeler çapında sayısı 1300¹³⁰’e ulaşabilen patent veya patent başvurusuna tekabül etmektedir. Bu durumda pazara girmek isteyen bir jenerik şirket, tüm bu patentleri veya patent başvurularını analiz etmek ve karşı koymak zorunda kalmakta, dolayısı ile jenerik rakipler için belirsiz bir ortam yaratılmaktadır¹³¹.

Bilindiği gibi patent, toplum ile buluşu yapan kişi arasında yapılmış bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu sözleşme ile belli kriterleri gerçekleştiren buluş sahibinin talebi üzerine toplum ona münhasır bir hak bahşederken, buluş sahibi de buluşunu toplum ile paylaşmakta, topluma buluşun ne şekilde üretileceğini ve en iyi şekilde nasıl kullanılacağını öğretmektedir. Buluş sahibi ile toplum arasındaki bu ‘buluşu açıklama pazarlığı’ patent politikasının merkezini oluşturmaktadır. Buluşu yapanın buluşunu topluma açıklayarak patent alabilmesi iki amaca hizmet etmektedir. İlk olarak patent süresi sona erdiğinde buluş toplumun malı olacaktır; ikinci olarak da patent süresi boyunca dahi üçüncü kişiler bu buluşu öğrenip anlama imkanına sahip olacaklardır. Bu sonuncu halde de bu kişiler ya patentin “etrafından dolanarak” patente tecavüz etmeyen kendi versiyonlarını üretecekler ya da patent konusu buluşun daha iyi versiyonunu geliştireceklerdir. Her iki halde de sonuç teknolojik gelişme olacaktır¹³².

Buluş sahibinin patent süresince bu haktan mümkün olan en fazla faydayı sağlamayı arzu etmesi son derece doğaldır. Patent başvuru süreci tipik olarak, işin

¹²⁹ BALLARDINI, Rosa Maria, "The Software Patent Thicket: A Matter Of Disclosure", (2009) 6:2 *SCRIPTed* 207.

¹³⁰ Komisyon’un bir tek INN için tespit ettiği 1300 sayısı EPO tarafından da eleştirilmiş ve bu şekilde her bir üye ülkedeki patent ve patent başvurularının abartılarak birden fazla kez sayılmasının Avrupa patent sisteminin işlemediği ve patentlerin kalitesinin düşük olduğu yönünde ön yargı yarattığı belirtilmiştir (EPO’nun Kamu Müzakeresi sırasında vermiş olduğu rapor. COMMENTS FROM THE EPO, 10.03.2009).

¹³¹ 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, s. 201.

¹³² LEMLEY, Mark.A.; “Is Patent Law Technology-Specific?” *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.17 (2002), 1161.

sonunda pazarlanacak olan yeni kimyasal ürün belirlenip tanımlanmadan önce, buluşa yön verici ilk faaliyetin keşfinden sonra başlamaktadır. Bunun nedeni, buluş için erken rüçhanın elde edilmesini amaçlayan bu ilk patent başvurusu sırasında genelde pazarlanabilir bir ürünün ortaya çıkıp çıkmayacağını bilinememesidir. Dolayısı ile talep edilen korumanın kapsamı nispeten geniş olacaktır. Bunun esas sebebi rekabeti engellemek değil, başvuru sahibine, araştırması devam ederken, geliştireceği muhtemel konularda bir seçim ve makul bir tahmin şansı tanımaktır. Böyle bir patent başvurusundaki istemler geliştirilme aşamasındaki nihai kimyasal üründen daha geniş olabilecektir. Ancak bu durum tüm teknoloji sektörlerini ilgilendiren patentler için geçerlidir. İlaçların bulunması ve geliştirilmesi son derece riskli ve uzun bir süreçtir. Başlangıç biyolojik faaliyet bulunduktan sonra geliştirilecek en iyi kimyasal ürünün tanımlanması için ileri araştırmaların yapılması gerekecek ve bundan yıllar sonra bir ilerleme kaydedilerek, ilaç beşeri kullanım için optimum hale gelecektir¹³³. Yapılan bir araştırmaya göre, araştırılan 5000 ila 10000 bileşik arasından sadece 250'sinin prelinik test aşamasına, bunlardan yalnız 5'inin ise insanlar üzerindeki klinik test aşamasına erişebilmekte ve bunlardan sadece 1 adet bileşiğin ruhsatlandırma otoritesinden izin alabilmektedir¹³⁴. Ayrıca ilacın geliştirilmesi sırasında yaşanan teknik problemler bazı yeni buluşların da ortaya çıkmasına sebep olmakta, bu da yeni patent başvuruları için imkanlar yaratmaktadır (Komisyon'un terminolojisine göre "ikincil patentler"). Süreç burada da bitmemekte, ilaç insanlar üzerinde kullanılmaya başlandıktan sonra, yeni kullanımlar için de yeni patentlerin ortaya çıkması muhtemeldir¹³⁵. Dolayısı ile asıl¹³⁶ patentin ardından yapılan patent başvuruları mutlaka jenerik rekabetini engelleyici nitelikte bir patent kümesi

¹³³INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE Response to the invitation to submit comments to the preliminary findings in the European Commission Pharmaceutical Sector Inquiry (reference: 39514). <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>

¹³⁴ BURRILL & COMPANY, Analysis for Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, 2008; and Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, PhRMA Annual Member Survey (Washington, DC: PhRMA, 2008).

¹³⁵ Örneğin kardiovasküler bir ajan olan sildenafil'in (Viagra) ereksiyon bozukluğunun tedavisinde kullanımının bulunması gibi. INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (reference: 39514).

¹³⁶ Ön ve Nihai Raporlarda "asıl patent" (primary patent) kavramı, bir ürünün aktif/etken maddesine ilişkin ilk aktif molekül patenti anlamında kullanılmıştır. Bu patenti izleyen patentlere ise "ikincil patent" (secondary patents) denmesi fikrinin ise sadece zamanlama bakımından asıl patenti izleyen patentler olmasından kaynaklandığı, bu ifadenin Komisyon tarafından kesinlikle ikincil patentlerin daha az kalite ve değerde olduğunun kabul edildiği şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. (8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu, par.20). Ön rapor'un yayınlanmasının ardından Kamu Müzakeresi sırasında Komisyon'un ikincil patent terimini kullanım şekline yönelik paydaşlardan gelen tepkileri yanıtlamak amacıyla Nihai Rapor'a bu yorumun eklendiği düşünülmektedir.

yaratılması amacıyla yapılmamaktadır. İkincil patentler (inkremental buluşlar) sadece ilk buluşu yapan kişinin değil üçüncü kişilerin de yeni buluşlar yapmasını teşvik etmektedir.

Öte yandan patent kanunlarına göre hiçbir patent bir öncekinin süresini ve koruma kapsamını genişletemez. Sonradan gelen patent başvurularının tescil edilebilmeleri için, bu patent başvurularının da patentlenebilirlik kriterlerini karşılması, dolayısı ile yeni buluşlara ilişkin olması ve tıbbi ürüne ilişkin yeni bazı hususları daha dar kapsamda koruyan yeni istemlere sahip olması gerekmektedir. Ancak buluş sahibi için önemli ise, buluş sahibinin buluşuna yeni ilerlemeler getirme ihtimali çok yüksektir. Zira buluş sahibi ticari menfaatinin bulunduğu ürünler üzerinde araştırma ve yatırım yapmaya devam eder. Bu durumda eski versiyon (asıl patente bağlı) ürünün jenerik şirketlerce üretilmesinde hiçbir engel bulunmamaktadır. Ancak yine de jenerik şirketler genelde inkremental buluşlara ilişkin olarak verilen ve genel olarak ikincil patentler adlandırılan patentleri eleştirmektedirler¹³⁷. Çünkü yeni versiyon (ikincil patente konu) ürün buluş sahibi tarafından doktorlara tanıtıldıkça, eski versiyon ürün daha az tercih edilmekte, jenerik şirketlerin satışları da düşebilmektedir¹³⁸. Bu durum inkremental buluşlara patent verilmesine karşı çıkılmasını haklı göstermez. Çünkü, öyle bir durumda buluşçu şirket ürünlerini geliştirmek için araştırma faaliyetinde bulunmayacak, ürün bulunduğu ilk hali ile yeni özellikler eklenmeden kullanılmaya devam edilecektir. Aynı zamanda büyük buluşların küçük buluşları takiben ortaya çıktığını, büyük ilerlemelerin ancak birçok küçük ilerleme sonucunda ortaya çıktığını da unutmamak gerekir. Ayrıca ikincil patentler sadece buluşçu şirketlere özgü bir patentleme sistemi değildir. Bir kez asıl buluş bulunarak topluma ifşa edildikten sonra jenerik şirketlerin buluş konusunu öğrenerek nispeten daha az yatırım ve zamanla asıl ürünün yeni bir versiyonunu geliştirerek ya da iyileştirerek ikincil patentler alması pek tabii ki mümkündür. Dolayısı ile patent sahibinin asıl patent süresi sona erdiğinde önceki buluşunda yaptığı iyileştirmeler dolayısı ile ortada birçok sayıda patentinin olması ve bu şekilde monopollüğünü sürdürmek istemesi doğaldır. Bu patent sisteminin

¹³⁷ Ancak, jenerik firmalar kendileri de inkremental buluşlar için patent başvuruları yapmaktadırlar.

¹³⁸ Türkiye de patent korumasının geç başlaması nedeni ile asıl bileşiklere ilişkin buluşlar patentten yararlanamamakta daha çok ikincil patent korumalarına rastlanılmaktadır. Asıl bileşiğe ilişkin patent koruması yer almamasına rağmen Türkiye'deki jenerik ürün ruhsat başvurularının, söz konusu ürüne ilişkin yeni ilerlemeleri de içerecek şekilde yapıldığı gözlenebilmektedir. Jenerik şirketler daha güvenli olan asıl bileşiği üretmek yerine, ticari değeri daha fazla olduğu için, buluşçu firmanın bu ürüne yeni bir şey katarak geliştirdiği ve hastaların kullanımına açtığı ikincil patent konusu ürünü üretmeyi tercih edebilmektedirler. Bu durumda da patent sahibinin patent tecavüzü iddiaları ile karşılaşabilmektedirler.

doğasında vardır¹³⁹. Ayrıca AB Mahkemeleri aktif patent portföyü sürdürülmesinin hatta kapsamlı portföy yaratılmasının dahi hukuka uygun olduğunu tespit etmişlerdir¹⁴⁰.

Araştırma sırasında jenerik şirketler bölünmüş patent başvurularının artan kullanımına ilişkin de itirazlarda bulunmuşlar ve bu başvuruların belirsizliği artırarak münhasırlık için saati tekrar başlattığını bu şekilde jenerik ürünlerin piyasaya girişini önlediğini veya geciktirdiğini belirtmişlerdir. Ancak bilindiği gibi buluşun bütünlüğü ilkesine göre, bir patent başvurusu, sadece bir tek buluşa veya genel nitelikte bir ana buluş fikri etrafında gerçekleştirilmiş olan ve birbirlerine bu ana buluş fikri ile bağlı birden çok buluşu içerir (551 sayılı KHK md. 45). Bu ilke ve tanıma uygun olmayan patent başvuruları ise ayrılır/bölünür. Ancak patent başvurusu bölünse dahi ilk başvuru konusunun kapsamı içinde kalmak zorundadır ve ayrılan her başvuru için başvuru tarihi, ilk başvurunun tarihidir. Bölünmüş bir patentten doğan münhasır hak ana patentten daha uzun ve daha geniş bir koruma sağlayamayacağından, bu başvuruların jenerik ürünlerin piyasaya çıkış zamanı ve patentin kapsamı konusunda belirsizlik yarattığını söylemek de doğru olmayacaktır.

Komisyon hem patent kümelerinin hem de bölünmüş başvuruların bir yandan patent sisteminin ana hedeflerinden olduğunu belirtirken bir yandan bazı durumlarda sadece rekabeti ortadan kaldırma amacıyla kullanılabilirliğine işaret etmiştir. Bu tespit daha sonradan kamu müzakeresi sırasında birçok paydaş tarafından eleştirildiği gibi EPO tarafından da eleştirilmiştir. EPO kamu müzakeresi sırasında bir patent başvurusunun arkasında yatan niyetin patent hukukunu ilgilendirmedeğini ve ilgilendirmemesi gerektiğini belirtmiştir. EPO'ya göre başvuru sahibinin niyeti gibi subjektif bir konunun patentlenebilirlik ya da hakların kullanılabilirliği değerlendirilmesinde kriter olarak kabul edildiği ülkelerde, bu kriterlerin dava masraflarını artırdığı ve hukuki belirlilik seviyesini düşürdüğü gözlenmektedir¹⁴¹.

Sonuç olarak buluşu yapanın mümkün olan en uzun süre ve en geniş kapsamlı korunma konusundaki menfaati ile toplumun hastalıklarının tedavisi, uluslararası rekabet gücü, yenilik ve ilerleme karşılığında makbul bir bedel ödeme menfaati arasındaki denge ideal patent stratejisini oluşturmalıdır. Aynı şekilde fikri ve sınai hak sahiplerinin mükafatlandırılarak yeni buluşlara yönelmelerini teşvik için münhasır hak tanınması ile serbest piyasa ve rekabet ortamının

¹³⁹ JACOB LJ, <http://ipkitten.blogspot.com/2008/12/that-pied-piper-speech-full-text-now.html>.

¹⁴⁰ *Tetra Pak Case*, bkz. *supra note 99*, par.242.

¹⁴¹ COMMENTS FROM THE EPO, 10.03.2009, s.6.

sağlanması arasında da benzer bir denge sağlanmalı, ancak inovasyonun teşvik edilmesi hedefi, yapılacak her değerlendirmede öncelikle dikkate alınmalıdır.

Bir buluşa ilişkin patent sayısının fazlalığı ve jenerik ürünler için belirsiz bir ortam yaratılması eleştirilerine karşılık yapılan bir öneri de, AB’de de ABD’dekine benzer bir “Orange Book” (Turuncu Kitap) uygulamasına geçilmesidir. Orange Book, belli bir tıbbi ürünle ilgili olan tüm patentlerin listelenmesine imkan vermekte ve böylece rakiplerin jenerik ürünlerini piyasaya çıkarmadan önce, açık ve pürüzsüz bir şekilde patent engelleri ile ilgili değerlendirme yapabilmesine olanak tanımaktadır. Tüm patentlerin ve SPC’lerin buluşçu şirketler tarafından bildirildiği, ruhsatlandırma otoritelerinin ise başvuru yapılan jenerik ruhsat başvuruları hakkında bilgi sağladığı, merkezi bir AB veri tabanının, Komisyon’un Sektör Araştırma’sında bahsettiği “belirsizlik” sorununun çözülmesinde büyük katkı sağlayabileceği belirtilmektedir¹⁴².

b. Tescil Otoritelerine Yapılan İtirazlar

Komisyon’un Araştırma’sında ilaç patentleri ile ilgili EPO nezdindeki itiraz oranının diğer sektörlere göre daha fazla olduğu, jenerik şirketlerin neredeyse tüm ikincil patentlere itirazlarda bulunduğu, bu itirazların (itiraz ve temyiz dahil) %60’ında jenerik firmaların başarılı olduğu, başka bir %15’lik oranda ise buluşçu firmaların patentlerinin istemlerinde sınırlamaya gidildiği tespit edilmiş ve bu itiraz prosedürünün süresinin, jenerik şirketlerin potansiyel jenerik ürünleri ile ilgili patent durumunu netleştirip aydınlığa kavuşturmalarında ciddi engel oluşturduğu tespit edilmiştir.

Bu tespitlerle ilgili olarak EPO, itiraz rakamlarında itiraz ve temyiz aşamalarının bir arada değerlendirilmemesi gerektiğini ancak ilaç sektöründe itiraz sayısının fazla olmasının, pazarın değeri ve karlılığı karşısında sürpriz olmadığını belirterek özellikle itiraz sonuçlarının jenerikler bakımından bir “başarı” olarak değerlendirilmesini garipsediğini ifade etmiştir. Bir patentin sitemlerinde bazı değişiklikler yapılarak itiraz süresinin sonunda patentin hükümsüz kılınmasına engel olunmasının da buluşçu firmalar tarafından başarı olarak kabul edilebileceği yorumunu getiren EPO, itiraz sürecinin özellikle ilaç sektörü için son derece önemli olduğunu, çünkü bu sektörde EPO patent uzmanlarının ilgili deneylerde birebir yer alamadıklarını böylece tarafların sürece müdahil olarak etkin sonuçların alındığını belirtmiştir.

Sektördeki paydaşlardan alınan yorumlar ve görüşler sonrasında Nihai Rapor’da Avrupa Topluluk Patentinin biran önce adapte edilmesi, uzmanlaşmış ve AB içinde birleştirilmiş patent mahkemelerinin oluşturulması ve itiraz

¹⁴² INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (reference: 39514), s.6-7.

prosedürünün, jenerik ürün piyasaya çıkmadan sonlandırıldığı bazı politika önerilerinde bulunmuştur¹⁴³.

c. Patent İhtilafları (İhtarnamele ve Davalar)

Komisyon Araştırma Raporu'nda patent haklarının mahkemelerde icra edilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından garanti edilmiş hukuki ve temel bir hak olduğu notu ile birlikte, diğer sektörlerde de olduğu gibi dava hakkının özellikle küçük çaptaki jenerik şirketler için engel yaratmak üzere kullanabildiğine işaret etmiştir. Komisyon'a göre buluşçu ve jenerik şirketler arasında örnek olarak ele alınan 219 molekül için en azından 1300 adet patentle ilişkili mahkeme dışı yazışma yapılmış ya da kontak kurulmuş, bu kontaklarda 2000 ile 2007 yılları arasındaki dönem için jenerik ürünlerin piyasaya girişi ile ilgili konuların görüşüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca bu kontakların büyük çoğunluğu buluşçu şirketler tarafından jenerik şirketlere, genellikle asıl patentten doğan hakların savunulduğu ihtarnameler gönderilmesi şeklinde başlatılmıştır. Yine Nihai Rapor'a göre buluşçu şirketler ile jenerik şirketler arasındaki dava sayısı oldukça yüksek olup bunların neredeyse üçte biri sulhle sonuçlanmış, daha az bir kısmında ise karara ulaşılmıştır. Söz konusu davaların büyük çoğunluğu buluşçu şirketler tarafından açılmışken, jenerik şirketlerin bu davalarda %62 oranında başarılı oldukları belirtilmiştir.

Komisyon, her ne kadar Araştırma'sında şirketler arasında ihtarname gönderilip alınmasının ya da dava açılmasının AB rekabet hukuku ile uyumlu olup olmadığına ilişkin bir sonuca varmayı amaçlamadığını belirtmiş olsa da, tamamen hukuki olan hakların savunulması sonucu girişilen bu davranışların küçük çaplı firmalar bakımından bir engel teşkil ettiğinin ifade edilmesi; rakamlarla buluşçu şirketlerin bu girişimlerde çok da başarılı olamadıklarına işaret edilmesi birçok paydaş tarafından eleştirilmiştir¹⁴⁴.

Gerçekte sayılarının çok fazla olduğu belirtilen ihtarnamelerin konularının ne olduğu, içlerinde ileriki ihtilafları önlemeye yönelik bilgi taleplerine ilişkin yazışmaların olup olmadığı Komisyon'un tespitlerinden anlaşılamamaktadır. Buluşçu şirketler örneğin jenerik ürünün üretim yöntemine ilişkin bilgilere sahip olmadığından, patentlerine tecavüzün olup olmadığına ilişkin bilgiye ihtiyaç duymakta, ancak birçok durumda bu aşamada da bilgi edinilemediğinden, yazışmaların çoğu davaların açılmasına engel olamayabilmektedir. Dolayısı ile her iki taraf açısından da bu tür bilgi paylaşımının dava aşamasına getirilmeden

¹⁴³ Türkiye'deki patent itiraz süreci ve AB'den farklılıklarına ilişkin açıklamalarımız için bkz. "Patent Tescil Sürecinde İtirazlar" başlığı.

¹⁴⁴ Örneğin Intellectual Property Institute, American Intellectual Property Law Association, Intellectual Property Lawyer's Association, Simmons&Simmons hukuk bürosu, EFPIA.

yapılmasını sağlayıcı ve böylece ihtilafların bir kısmının elimine edilebileceği mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır.

Patent davaları ile ilgili olarak ise Komisyon, patent haklarının mülkiyete ilişkin münhasır bir hak olduğunu, patent sahibinin patentine tecavüz edenlere karşı patentini icra etmesinin, patent sahibine verilen maddi hakkın hukuku dayalı yargısal bir boyutu olduğunu, dolayısıyla patent haklarının bu şekilde icra edilmesinin itiraz edilebilecek bir husus olmadığını, tam tersine patent koruması olanların patent haklarını icra etme yetkilerinin olduğunu kabul etmiştir¹⁴⁵. Ancak bunun devamında patent davalarının agresif nitelik taşıyabildiği ve rekabeti engelleme amaçlı olarak kullanılabilmesine işaret edilmiştir. Ayrıca patent davalarının yarattığı belirsizlik ortamının, davaların uzun süre karar aşamasına gelememesi ve fazla maliyetli olmasının jenerik ürünlerin piyasaya girmesinde tedirginlik yarattığı ifade edilmiştir.

Komisyon'un patent davalarına ilişkin bu görüşlerine katılmak mümkün değildir. Aynı şekilde Komisyon'un patent haklarının jenerik rakiplere karşı ne şekilde icra edilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmasının da yerinde olmayacağı görüşündeyiz. Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımı ve Rekabete Etkisi başlıklı bölümde de bahsedildiği gibi, bireylerin dava hakkı temelini AİHS'nin 6. ve 13. Maddelerinden alan, gerek AB üye ülkelerinde gerekse de Türkiye'de anayasal bir haktır. Ayrıca Türk rekabet hukukunda bu yönde bir karara rastlanmasa da, AB'de verilmiş olan *ITT Promedia*¹⁴⁶ kararında dava hakkının ancak istisnai durumlarda sınırlanabilecek temel bir hak olduğu tespit edilmiş bulunmaktadır. Yine daha yakın bir Komisyon kararında da, bir patente sahip olunması ve bu patentin rakibe karşı icra edilmesinin rekabet hukuku ihlali olmadığı tespit edilmiştir¹⁴⁷.

Rekabet otoritelerinin, fikri mülkiyet haklarından doğan dava hakkının çok istisnai hallerde sınırlanabileceğine ilişkin son derece müstesna bir değerlendirme eşiği öngören bu ilkeyi değiştirerek yerine daha esnek ve düşük bir eşik getirmesi, buluşçu şirketlerin adalete erişimi konusunda çok ciddi sınırlamalara yol açabilecektir.

Öte yandan Komisyon'un incelediği davalardaki başarı oranına bakarak, kararlardaki gerekçeler ve sulh olunan davalardaki muhtemel sonuçlar bilinmeden, davalarda dayanılan patentlerin zayıf ya da güçlü olduğuna ilişkin bir çıkarımda bulunması da doğru değildir. Patentlerin güçlü patentler olup olmadığı son derece teknik bir konudur ve bu nedenle de Komisyon'un da işaret ettiği

¹⁴⁵ 28.11.2008 tarihli İlaç Sektör Araştırması Ön Raporu par.422-423.

¹⁴⁶ *ITT Promedia Case*, bkz. *supra note* 91.

¹⁴⁷ *AstraZeneca Case*, Bkz. *supra note* 97, par. 741.

üzere, aynı patentlerin hükümsüzlüklerine ilişkin farklı mahkeme kararlarının ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca patentin hükümsüz kılınp kılınmayacağına ilişkin değerlendirme hem tekniğin bilinen durumunun niteliğine ve hükümsüzlük iddia eden tarafın iddialarına göre değişebilmektedir. Patent sahibinin kendisi dahi tekniğin buluştan önceki bilinen durumuna ilişkin dünyadaki tüm dokümanlardan haberdar olamayabilmektedir¹⁴⁸. Bu belirsizlik patent sisteminin doğasında vardır ve sektörler arasında farklılık arz etmemektedir. Dolayısı ile patent hukukunun kompleks ve zorlu yapısı dikkate alındığında, patent uzmanlığı olmayan rekabet otoritelerinin henüz mahkemelerin nihai kararları olmadan patentlerin gücü ya da patent davalarının yerindeliği konusunda bir değerlendirme yapması doğru olmayacaktır.

Patent davalarının kaybedilmesi, patent sahibinin dava hakkını doğru şekilde kullanıp kullanmadığı ya da davayı hiç açmaması gerektiği yönünde bir sorgulamayı da beraberinde getirmemelidir. Bu konularda yargıya varacak kurum zaten mahkemelerdir. Gerçekten de, açılan davaların ya da diğer hukuk yollarının, tamamen temelsiz olduğuna, hakim durumdaki şirketlerin bu tür yollara başvurma sebebinin sadece rakibi eleme ya da yıldırma amaçlı olduğuna dair kuvvetli emareler olmadığı sürece, hukuk yollarına başvurulmasını bir kötüye kullanma hali olarak değerlendirmek mümkün değildir. Esasen böyle bir durumla karşılaşıldığında, Mahkemeler de dava hakkının kötüye kullanılmasını engelleyici kanun hükümlerini uygulayabilecek ve durumu tespit edip yaptırım uygulayabilecektir.

Gerçektende örneğin Türk Hukuku'nda Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ve dava hakkı teminat altına alınmıştır. Ancak hak arama özgürlüğü tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız değildir; kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zarara uğratmak için bu hakkı kullanamaz. Aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılarak, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlandırılmaz¹⁴⁹. Dava hakkının kötüye kullanılmasının yaptırımı Medeni Kanun'un 2. maddesinde ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ("HUMK") 421 ve 422. maddelerinde düzenlenmiştir. Medeni Kanun md.2/II'ye göre, "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*". HUMK'nın, 23.1.2008 tarihinde 5728 sayılı yasa ile değişikliğe uğrayan 422. maddesine göre ise "*Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkum*

¹⁴⁸ Bu nedenledir ki 2007 yılında yürürlüğe giren Avrupa Patent Konvansiyonu (EPC)'de yapılan değişikliklerle, patent sahibine patentin tescil edilmesinden sonra istediği zaman patent istemlerinde değişiklik yapma hakkı getirilmiştir (EPC md. 105a, 105b, 105c).

¹⁴⁹ Yargıtay 4. HD.. E. 2003/15591,K. 2004/5092, T.19.4.2004.

edilebilir. Vekalet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması halinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan tarafa ayrıca mahkemece beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise idari para cezası vekil hakkında uygulanır”. Bunların dışında, dava hakkının kötüye kullanılması bir haksız fiil teşkil ediyorsa, davalı, davacıya karşı tazminat davası da açabilecektir. Dolayısıyla Türk Hukuku’nda, özel kanunlarda olmasa da, genel hükümlerde, dava hakkı, bu hakkın kötüye kullanılması ve yaptırımı düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, dava hakkının kötüye kullanılması ile ilgili hükümler soyut unsurlar içerdiğinden, kötüniyetin ya da kötüye kullanma halinin her bir somut olay bazında ve maddi olgulara dayandırılarak tespit edilmesi gerekmektedir¹⁵⁰.

Komisyon buluşçu şirketler tarafından mahkemelerden ihtiyati tedbir kararlarının alınmasının da jenerik şirketlerin piyasaya girişlerini etkilediğini belirtmiştir. Ancak ihtiyati tedbir kararlarının verilmesi için gecikmesinde tehlike olduğunun veya mühim bir zarar olacağını anlaşılması ve patentin kullanıldığının ya da kullanılacağını ispat edilmesi gerekmektedir. Ayrıca, ihtiyati tedbir talep edenin talebinin haksız olduğunun anlaşılması durumunda karşı tarafın zararlarını karşılamasını garanti altına almak için, ihtiyati tedbir talep edilenden teminat

¹⁵⁰ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun (“HGK”) 20.11.2002 tarihli kararında, kötüye kullanmanın belirlenmesindeki kıstaslar şu cümlelerle ifade edilmiştir: “... her hak gibi dava hakkı da sınırsız değildir. 743 sayılı Medeni Yasanın 2. maddesinde ‘Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir’ ilkesi yer aldıktan sonra devamla ‘bir hakkın sırf gayri izrar eden süstimalini kanun himaye etmez’ kuralını da getirmiştir. Burada açıklanan bir hakkın kullanılması kullanana bir yarar sağlamıyor veya sağladığı küçük yarara rağmen, karşı tarafta büyük bir zarar doğmasına neden oluyorsa, böyle bir hakkın kullanımında yasal dayanak olsa dahi kötüye kullanmanın var olduğu kabul edilir. Diğer bir söyleyişle, hiç gerek olmadığı halde, hakkın kullanılması sonucu kullanana bir yarar sağlamanın yanında karşı taraf için yıkım ölçüsünde bir zararın doğumuna neden oluyorsa kötüye kullanma gündeme gelir. Kullanılan hak soyut değil somut olaylara dayanmalıdır. Hak sahibinin hakkını kullanmada iyi yada kötü niyetli olduğunu saptamak kullananın iç dünyası ile ilgili olduğundan bunu belirlemek oldukça güçtür. Ancak bunun belirlenmesi her somut olaydaki durum gözetilerek dışa yansıyan olgulara göre belirlenmelidir.” 1974 tarihli bir kararda da, dava hakkının kullanılmasının genel olarak kullanana bir sorumluluk yüklediği, ancak dava ve savunma hakkının kötüye kullanılmasını, kanunun korumadığı belirtilerek, kötüye kullanmanın yaptırımlarının uygulanabilmesi için dava açanın kötüniyetli olması, yani hiçbir hakkı olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, sırf karşı tarafa zarar verme kastı ile hareket etmesi gerektiği belirtilerek uygulamanın sınırları çizilmeye çalışılmıştır. Kararda ayrıca, kendini haklı bilerek dava açan kimsenin davasının reddedilmesi halinde, 421. maddenin uygulanmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır. [Yargıtay HGK 23.3.1974, 8/143-262 (İBK 1975/3-4 s.350-351) KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt V, İstanbul, 2001, s.5386.].

almaktadır. Türkiye’de ise özellikle patent davalarında ihtiyati tedbire karar verilmesi durumu ile nadiren denilebilecek kadar az karşılaşılmaktadır¹⁵¹. Üstelik mahkemelerce patent sahibine ödenmesi emredilen teminat miktarları da oldukça yüksektir¹⁵². Burada unutulmamalıdır ki, buluşçu şirketin orijinal ürününün piyasada tek olduğu durumlarda, gerçekte patente tecavüz eden jenerik ürünün piyasaya girişi geri dönülemez zararlara ve buluşçu şirket aleyhine pazar kaybına sebep olacaktır.¹⁵³ Bu nedenle davanın sonuçlanmasına kadar beklenmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Dolayısı ile verilmesi oldukça zor olan ihtiyati tedbir kararları olmadığı sürece patent davaları jenerik ürünlerin piyasaya girişini engellemektedir. Hatta jenerik ürünlerin piyasaya girişinin engellenmemesi için tersine tedbir denilen, aleyhine tedbir talep edilenin teminat vererek piyasaya çıkmasına izin verilmesi yönüne dahi başvurulabilmektedir. Sonuç olarak herhangi bir engel olmamasına rağmen jenerik şirket piyasaya girmiyorsa, ya ürününün patente tecavüz etmediğinden emin değildir ya da jenerik şirket, ürünün piyasaya sunulmasından edineceği karla davaya harcayacağı masrafı karşılamış ve belki de diğer başka sebepleri de değerlendirerek çıkmama kararı almış olabilecektir.

d. Sulh Sözleşmeleri

Patent sulh sözleşmeleri tarafların ihtilaf, yargılama veya itiraz sürecini sonlandırmak veya önlemek üzere akdettikleri bir sözleşme türüdür. Sulh sözleşmeleri ticari sözleşmeler olup tarafların hür iradelerini yansıtmaktadırlar. Sulh sözleşmelerinin olumlu etkilerinden biri de kuşkusuz yargılama masraflarını azaltması veya ortadan kaldırılmasıdır. Keza Komisyon, yargılama masraflarını azaltmak için sulh olma yolunu teşvik eden usul kuralları oluşturmaları için üye devletleri desteklemektedir¹⁵⁴. Konu patentler olduğunda ise sulh sözleşmelerine özgü ortak bir nokta vardır ki; o da sözleşmenin konusunun patent tarafından korunan bir ilacın jenerik şirket tarafından üretilmesi ve/veya pazarlanması ile ilgili olmasıdır.

Amerikan antitröst hukuku uygulamasında sulh sözleşmelerinin jenerik ürünlerin pazar girişinin gecikmesine neden olduğu, dolayısıyla pazarda rekabetin engellendiği ve tüketicilerin bu gecikmeden dolayı yüksek fiyatlara maruz kaldığı

¹⁵¹ Türkiye’de patent haklarına dayalı ihtiyati tedbir talepleri ile ilgili uygulamaya yönelik detaylı açıklamalara bir sonraki ana başlıkta değinilecektir.

¹⁵² Örneğin uygulamada 1 milyon Türk Lirası’na kadar istendiği görülmektedir.

¹⁵³ Bu sebeptir ki ihtiyati tedbire karar verilmesinin koşulu olan gecikmesinde tehlike olan veya mühim zarar olan durum, ilaç patentlerinin doğasında ve kendiliğinden vardır.

¹⁵⁴ Commission of the European Communities, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008, COM(2008) 165 final, s.9.

görülmüştür. Komisyon sulh sözleşmelerinin Avrupa Birliği'nde benzer etkileri olup olmadığını ortaya çıkarmak için sektör araştırması sırasında (Ocak 2000-Haziran 2008) 200 sulh anlaşması saptamış ve bu anlaşmalar nedeniyle jenerik şirketlere birçok ticari yarar sağlanmasının yanı sıra toplamda 200 milyon Euro'yu aşan bedelin ödendiğini öğrenmiştir¹⁵⁵. Bu sulh sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda buluşçu şirketlerin jenerik şirketlere gerek doğrudan bir bedel ödeyerek gerekse lisans veya distribütörlük vererek bir "karşılık" sunduğu görülmektedir. Diğer bir deyişle jenerik şirketler, buluşçu şirketlerin patentlerinin hükümsüzlüğünü iddia etmeyeceklerini ve orijinal ürünün jenerik versiyonu ile pazara çıkmayacaklarını taahhüt ederken; buluşçu şirketler bu taahhüt için karşılık bir bedel (direkt ödeme, lisans veya distribütörlük vermek gibi) vermektedirler. Tarafların sulh sözleşmelerinde dikkat ettiği hususlar ise, buluşçu şirketler olası bir dava açılması durumunda kazanma ihtimallerini tartarken, ürününü önemini ve pazardaki büyüklüğünü değerlendirmekte; jenerik şirketler ise uzun, belirsiz ve pahalı yargılama sürecinden uzak durmaya çalışmaktadırlar. Nihai Rapor'da, buluşçu şirketlerin jenerik şirketlerle bir bedel karşılığı imzaladığı sulh sözleşmelerinin, jenerik şirketlerin normalde pazara girebilecekleri tarihten daha sonra pazara girmeyi taahhüt etmelerini gerektiriyorsa rekabeti engelleyebileceği belirtilmiştir¹⁵⁶.

Komisyon'un bu saptamaları yapmadan önceki Kamu Müzakeresi sırasında buluşçu şirketler, temsil edildikleri dernekler ve hukuk büroları sulh sözleşmelerinin aslında ihtilafları sonlandırmada etkili bir yöntem olduğunu, büyük yargılama giderleri ve sonuca dair belirsizliği bertaraf etmek için faydalı olabileceğini, hatta tüketiciler için de yararları olabileceğini bildirmişlerdir. Örneğin, Intellectual Property Institute verdiği görüşte, sulh sözleşmelerinin tüketicinin aleyhine sonuçlandığı yorumuna katılmadıklarını, jeneriğe lisans verilen sulh sözleşmelerinde tüketicinin iki ilaca birden ulaşma ihtimali olduğunu belirtmiş, Komisyon'un sulh sözleşmelerine ilişkin bir kılavuz çıkarmasında fayda olduğuna değinmiştir¹⁵⁷. Diğer taraftan jenerik şirketler ve temsil edildikleri dernekler de sulh anlaşmalarının ihtilafı sonlandırmada arzulanan bir yöntem olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, söz konusu anlaşmaların madde 101 değil madde 102 kapsamında değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmişlerdir¹⁵⁸.

Komisyon'un nihai raporunda AB ve ABD uygulamaları arasındaki farklara değinilmiştir ve ABD sisteminin aynen iktisap edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Gerçekten de iki hukuk sistemi arasında önemli

¹⁵⁵ Bkz. 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu s. 310.

¹⁵⁶ Bkz. 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu par. 1342

¹⁵⁷ Bkz. INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (reference: 39514),s. 11.

¹⁵⁸ Bkz. 8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu par. 1348.

farklılıklar bulunmaktadır. ABD’de 2004’ten bu yana ilaç şirketleri bazı sulh sözleşmelerini Federal Trade Commission¹⁵⁹ (“FTC”)’a bildirmek zorundadırlar. FTC’nin bu anlaşmaları inceleme, rekabet ihlali gördüğü anda müdahale etme yetkisi vardır. FTC’nin başkanı Jon Leibowitz, bedel karşılığı jenerik şirketlerin pazara girişinin geciktirildiği sulh sözleşmelerinin FTC’nin en büyük önceliği olduğunu ifade etmiştir¹⁶⁰. 2007 yılında yayınlanan yıllık raporda, FTC bu sistemin rekabet ihlallerini yakalamada çok işe yaradığını ifade etmiştir¹⁶¹. Şubat 2008’de FTC Cephalon’a dava açarak narkolepsi ilacı Provigil hakkında dört jenerik şirket ile yaptığı sulh sözleşmelerinin pazardaki rekabeti ihlal ettiğini iddia etmiştir¹⁶². Cephalon, dört jenerik şirkete 2012 yılına kadar pazara girmemeleri için 200 milyon \$’ın üstünde bedel ödemiştir. 2 Şubat 2009’da FTC Federal Bölge Mahkemesi nezdinde Solvay ve üç jenerik şirket (Watson Pharmaceuticals, Par Pharmaceuticals ve Paddock Pharmaceutical) hakkında şikayet başvurusunda bulunmuştur¹⁶³. Şikayete konu olayda Watson Pharmaceuticals, ana ortağı Paddock Pharmaceutical aracılığıyla ruhsat başvurusunda bulunmuş ve ruhsat dosyasında Solvay’in AndroGel ilacıyla ilgili olan patentini ihlal etmediklerini ve patentin hükümsüz olduğunu iddia etmiştir. FTC’ye göre Solvay, jenerik girişini engellemek için Watson Pharmaceuticals ve Par Pharmaceuticals’a AndroGel ürününün kârından pay vererek jenerik şirketlerin patente ilişkin iddialarından vazgeçmelerini ve ürünlerinin piyasaya girişini 2015’e kadar ertelemelerini istemiştir. Bu durumda, şirketler rekabet etmek yerine iş birliği yaparak pazardaki tekel payını paylaşmaktadırlar.

FTC, patenti olasılıklı bir mülkiyet hakkı olarak görmektedir. Adalet Bakanlığı Antitröst Birimi baş ekonomisti Carl Shapiro patentin geçersiz olmasının veya ihlal edilmemiş olmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir. Bu olasılık da piyasada rekabetin mümkün olabileceğini göstermektedir; rekabetin varlığı ise tüketicilerin lehinedir¹⁶⁴.

FTC’nin Solvay’a karşı şikayet başvurusu yaptığı sırada Antitröst Alt Komite Başkanı Senatör Herbert H. Kohl ve Senatör Chuck Grassley, buluşçu ilaç şirketlerin jenerik şirketlere yaptıkları ödeme karşılığı pazara girişlerini engellemelerini yasaklayan bir kanun tasarısını Kongre’ye sunmuşlardır. İngilizce

¹⁵⁹ Federal Ticaret Komisyonu.

¹⁶⁰ Bkz. "FTC's Leibowitz to prioritise scrutiny of generic pharma agreements", 27 March 2009, Robert

McLeod, MLex market intelligence.

¹⁶¹ Bkz <http://www.ftc.gov/os/2008/05/mmaact.pdf>

¹⁶² Federal Trade Commission, v. Cephalon, Inc., Civil Action: 08-CV-2141-RBS.

¹⁶³ Solvay şikayeti hakkında bkz. Nihai rapor s. 287.

¹⁶⁴ SCHNEIROV Elizabeth, İlaç Sektöründe Patent Davalarına İlişkin Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 2.4.2009, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2010,s.128.

“*The Preserve Access to Affordable Generics Act*” olarak anılan tasarıya göre (i) jenerik şirket bir bedel alıyorsa ve (ii) bu bedel karşılığı anlaşmaya konu ilaca dair hiçbir zaman araştırma, geliştirme, üretim, pazarlama veya satış yapmayacağını taahhüt ediyorsa, söz konusu sulh anlaşması hukuka aykırı olacaktır¹⁶⁵.

FTC'nin sulh sözleşmelerine dair tutumunun karşısında mahkemelerin de aynı doğrultuda karar verdiğini söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda, 11. Bölge Mahkemesi'nin FTC aleyhine verdiği *Schering-Plough*¹⁶⁶ kararı ilgi çekicidir. Schering-Plough, bir potasyum klorür tableti olan K-DUR 20'yi üreten buluşçu bir şirkettir. Upsher ve ESI (jenerik şirketler) ruhsat başvurusunda bulununca Schering patent tecavüzü davası açmıştır. Ardından, Schering-Plough, adı geçen iki jenerik şirket ile sulh olmuştur. Aralarındaki sulh sözleşmesine göre iki jenerik şirket de sözleşmede belirtilen tarihe kadar ürünlerini pazarlamamayı taahhüt etmiştir. Bunun karşılığında Upsher 60 milyon \$, ESI ise 15 milyon \$ almıştır. Ayrıca Schering-Plough Upsher'in 5 ürününe lisans vermiştir. FTC söz konusu taahhütlerin *rule of reason* çerçevesinde rekabeti engellediği sonucuna varmıştır. Schering-Plough ve Upsher FTC'nin kararını temyiz etmiştir. Mahkeme taraflar arasındaki sözleşmeleri incelemiş, patent süresinin dolmasından 5 yıl önce Upsher'in, 2 yıl önce de ESI'nin pazara giriş yapabileceklerini saptamıştır. Sonuç olarak, Mahkeme, Schering-Plough tarafından jenerik şirkete verilen lisansların makul bir karşılık olduğuna, bunların jenerik ürünlerin pazara girişini geciktiren direkt ödemeler gibi değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Schering-Plough'ın yanı sıra yine 11. Dairenin *Valley Drug Co. v. General Pharmaceuticals*¹⁶⁷, 2. Dairenin *Tamoxifen*¹⁶⁸ davalarında Mahkemelerin ortaya koyduğu ortak görüş bu tarz sulh sözleşmelerinin *per se* ihlal olmadıkları, bunların *rule of reason* çerçevesinde değerlendirilmeleri yönündedir.

Mahkemelerin önemle altını çizdiği hususlar şu şekilde özetlenebilir¹⁶⁹:

- Rekabeti sadece patentin dışlayıcı potansiyeli çerçevesinde kısıtlayan anlaşmanın rekabeti ihlal etmediği varsayılmaktadır;
- (i) patentin hileli yollarla edinildiği veya (ii) tecavüz iddiasının objektif bir şekilde mesnetsiz olduğu gösterilmediği sürece patentin hükümsüz olmadığı kabul edilir;

¹⁶⁵ Tasarının tüm metni için, bkz: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:S.369.IS>;

¹⁶⁶ *Schering-Plough Corp. v. FTC* – Eleventh Circuit Court.

¹⁶⁷ *Valley Drug Co. v. Geneva Pharma Inc., Abbott Lab.*, 2003 WL22120130, 15-16 (11th Cir.).

¹⁶⁸ <http://www.ftc.gov/os/2005/12/051202amicustamoxifen.pdf>

¹⁶⁹ <http://www.mondaq.com/unitedstates/article.asp?articleid=93380>

- Bedel ödeme taahhüdünün varlığı doğası gereği rekabet ihlali teşkil etmemektedir. Kural olarak, açıkça patentin korunmasına hizmet eden sulh sözleşmeleri hukuka aykırı değildir.

2000 yılında ABD’de Federal Mahkeme *Terazosin*¹⁷⁰ ve *Cardizem*¹⁷¹ kararlarında, buluşçu şirket ile jenerik şirket arasında jeneriğin pazara girişini engellemek amacıyla yapılmış sulh anlaşmalarının *de facto* patentin süresini uzattığı ve *per se* rekabeti sınırladığı sonucuna varmış iken 2008 tarihli *Ciproflaxacin*¹⁷² kararında *rule of reason* anlayışının hakim olduğu görülmektedir.

AB’de sulh anlaşmalarının *per se* rekabet ihlali olduğuna dair bir karine bulunmamaktadır. Aksine ATAD *Bayer v. Süllhöfer*¹⁷³ kararında, sulh sözleşmelerinin diğer herhangi bir sözleşme tipinden farkı olmadığını belirtmiştir. Aynı doğrultuda, sektör araştırması ekibinin lideri basın açıklamasında *per se* yaklaşımı benimsemediklerini ifade etmiştir¹⁷⁴. Nihai Rapor’da da belirtildiği üzere, AB ve ABD sistemleri arasındaki en büyük fark, ABD’de patent koruma süresi devam ederken jenerik şirketin FDA’da¹⁷⁵ ruhsat başvurusu yapabilmesidir. Kanuna göre, ilk jenerik başvurusu 180 günlük münhasır pazarlama hakkına sahip olmakta, bu süre içerisinde başka bir jenerik şirketin pazara girişi engellenmektedir¹⁷⁶. Oysa, AB’de ilk jenerik şirket, pazara ilk giren aktör olarak ikinci ve üçüncü şirkete göre dava iyi konumda olsa bile kanun tarafından verilmiş bir münhasır hakka sahip değildir. Komisyon’un Nihai Rapor’unda değinilen diğer bir fark ise ABD uygulamasında sulh sözleşmelerinde direkt ödeme dışında başka yan faydaların da jenerik şirketlere sağlandığı, ancak bu uygulamanın AB’de çok yaygın olmadığıdır.

Sonuç olarak, sulh sözleşmelerinin *per se* ihlal saymamasının ve her sözleşmenin onu yaratan şartların ışığında değerlendirmesinin ilaç sektörü için daha olumlu olduğu görüşündeyiz. Zira sulh sözleşmelerinin uzun¹⁷⁷ ve pahalı olan patent davalarını sonlandırmadaki yararları göz ardı edilemez. Öte yandan

¹⁷⁰ Terazosin, 164 F.Supp. 2d 1340 (SD Fla. 2000).

¹⁷¹ Cardizem CD, 105 F. Supp.2d 682 (ED Mich 2000).

¹⁷² Ciproflaxacin Hydrochloride Antitrust Litigation, No. 08-1097, 2008 WL 4570669 (Fed. Cir. Oct. 15, 2008).

¹⁷³ Case 65/86 *Bayer v. Süllhöfer* [1988] ECR 5249

¹⁷⁴ RUBENSTEIN, Abigail, “*the Commission will not take the view per se that patent settlements are probably illegal*”, EU to Request Drug Patent Deal Details, Law 360, 19 November 2009.

¹⁷⁵ ABD Yiyecek ve İlaç İdaresi (US Food & Drug Administration).

¹⁷⁶ Bkz. Hatch-Waxman Act, 21 U.S.C. § 355.

¹⁷⁷ Tecrübelerimize göre Türkiye’de patent davalarının sonuçlanarak kesin hükme bağlanması altı yılı geçebilmektedir.

sulh sözleşmeleri örneğin lisans verme gibi sonuçlar ön görüyorsa, tüketiciler bakımından davanın devam etmesinden daha fazla yarar sağladığı düşünülebilir. Dolayısı ile temeli farklı regülasyonlara dayanan ve uygulamasında fikir birliği sağlanamamış olan ABD'deki sistemin, AB ya da Türkiye için örnek teşkil etmemesi gerekmektedir. Ancak Komisyon 12 Ocak 2010 tarihinde birçok ilaç şirketinden sulh sözleşmelerinin kopyalarını göndermelerini istemiştir¹⁷⁸. Bu bağlamda, Komisyon'un FTC uygulamasından esinlendiğini ve şirketlerin ne tür sulh sözleşmelerine imza attıklarını denetlemek istediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

B. TÜRKİYE'DE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KULLANIMINDA YAŞANAN BELİRSİZLİKLER VE REKABETE ETKİSİ

AB'de Araştırma Raporu yayınlandıktan sonra AB mahkemelerinde ilaç sektöründeki fikri mülkiyet haklarının kullanımı ile ilgili herhangi bir yerleşmiş rekabet ihlali içtihadının olmadığından yakınılmıştır. Aynı durum Türkiye için de geçerli olmakla birlikte, durumun daha da vahim olduğu söylenebilir. Şöyle ki, rekabet hukukundan bağımsız olarak söz konusu fikri mülkiyet haklarından özellikle patent ve veri koruması haklarının nasıl ve hangi kapsamda kullanılacağı, yargılama aşamalarının nasıl olması gerektiği ve tecavüzün ispatı konularında henüz yerleşik içtihatlarımız bulunmamaktadır. Bu Tebliğ'in amacı da, bu konuda inceleme yapacak hukukçulara ve rekabet uzmanlarına rehberlik etmeye çalışmaktır.

1. Patent Tescil Sürecinde İtirazlar

Türkiye'de patent verilmesi – tescili yöntemleri konusunda birbirinden farklı ve zaman zaman çelişen iki farklı sistem aynı anda yürürlüktedir: Bunlardan ilki 551 sayılı KHK ile kabul edilen inceleme ve tescil sistemi iken diğeri ise Türkiye'nin 1.11.2000'den beri¹⁷⁹ üyesi olduğu Avrupa Patent Sözleşmesi ("EPC")'deki tescil sistemidir. 551 sayılı KHK sistemi, doğrudan Türkiye'de TPE'ye yapılan başvurular ile Patent İşbirliği Anlaşması ("PCT") gereğince Türkiye'nin doğrudan designe edildiği PCT başvuruları hakkında uygulanmaktadır. EPC sistemi ise EPO'ya yapılan ve başvuru içeriğinde Türkiye'nin de designe edildiği başvurular (Euro-direct) ile PCT başvurularında EPO'nun ve EPO içinde Türkiye'nin designe edildiği başvurular [Euro-PCT] hakkında uygulanmaktadır. EPC hükümlerine göre yapılan EPC başvuruları ve keza EPO tarafından EPC hükümlerine göre verilen patentler Türkiye'de de

¹⁷⁸ Official Press Release IP/10/12.

¹⁷⁹ Türkiye'nin EPC'nin Değiştirilmiş En Son Metnine (EPC 2000) katılımına ilişkin 5598 sayılı Kanun ise 17 Mart 2007 tarih ve 26465 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

doğrudan geçerli olup; tek yapılması gereken, EPO patentinin Türkçe'ye tercüme edilerek TPE'ye sunulması ve TPE tarafından yayımlanması suretiyle validasyonunun yapılmasıdır.

EPC, Anayasa m. 90 hükmü gereğince kanun hükmünde olan uluslararası bir anlaşmadır. EPC doğrudan bir uygulama mekanizması ve organizasyonu da içerdiği için, bir kısım uluslararası anlaşmalar için ortaya atılan ve icra edilebilir hükümler içermeyen uluslararası anlaşmaların doğrudan uygulanamayacağına, uygulanabilmeleri için yasal veya idari düzenlemeler yapılması gerektiğine dair itirazlardan da aridir. Gerçekten de EPO tarafından EPC hükümlerine göre verilen patentler doğrudan Türk patent sisteminin bir parçasıdır ve Türkiye'de geçerli patentler olarak korumadan yararlanmakta; hükümsüzlük ve menfi tespit davalarına tabi olabilmektedir.

Böylelikle Türkiye'de geçerli olan patentlerin verilmesinde ve tescilinde hem EPC hükümleri ve hem de 551 sayılı KHK hükümleri uygulanmaktadır. 551 sayılı KHK m. 4 hükmüne göre daha elverişli hükümler taşıması halinde patent başvurusu sahibinin EPC hükümlerinin uygulanmasını isteme hakkı olmasına rağmen, TPE'nin başvuru sürecinde kendi iç sistemini EPC'ya uygun olarak değiştirmesi mümkün görülmemektedir. Aynı durum, mahkemelerde görülen davalar bakımından da söz konusudur. Dolayısı ile Türkiye'de patent tescil süreci ile ilgili olarak iki farklı sistem yürürlüktedir.

Bu farklılık en bariz olarak patent tescil sürecinde üçüncü şahısların ileri sürebileceği itirazlar ile ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Temel olarak EPC'ye göre patent başvurularına karşı itirazlar, patent verilmesinden sonra yapılabilir iken 551 sayılı KHK'ya göre itirazlar patent verilmesinden önce yapılmakta ve itiraz konusu halledildikten sonra patent verilmektedir. Bu bakımdan Komisyon'un Araştırma'sında eleştirmiş olduğu, patente itiraz konusu halledilmeden, yaşayıp yaşamayacağı belirsiz olan patentlerin buluşçu firmalar tarafından kullanılmasının yarattığı belirsizlik, itiraz sürecinin çok uzun olmasının jenerikler bakımından yarattığı söylenen mağduriyet Türkiye'de tescil edilen patentler bakımından söz konusu değildir. Türkiye'de patentlere ilişkin itirazlar patent kesin olarak tescil edilmeden hallolmaktadır.

Ancak Avrupa patentleri bakımından, patent istemlerinde daha sonradan değişiklik yapılması ya da istemlerin sınırlandırılması uygulamada bazı sorunlara sebep olmaktadır. Hem EPC'de ve hem de 551 sayılı KHK sisteminde itirazların yapılması ve incelenmesi sürecinde buluş sahibi istemlerini istediği gibi değiştirebilmektedir. Bu süreç, buluş sahibi ile toplum arasında patent belgesi ile şekillenecek olan koruma kapsamının, sadece tescil makamının incelemesi ile değil buluşa patent verilmesi sürecine toplumun ilgili tüm kesimlerinin de katılımı

suretiyle en açık ve doğru olarak belirlenmesine imkan vermektedir. Şöyle ki; itiraz sahipleri buluş sahibinin başvurusunun patent verilebilirlik şartlarını taşımadığını ortaya koymakta; buluş sahibi de ortaya konulan bilgilere göre istemlerini – korumanın kapsamını düzeltip daraltmakta; tescil kurumu bütün bunların sonucunda toplum adına patent belgesi düzenleyerek vermektedir.

551 sayılı KHK'a göre verilen patentler bakımından itiraz aşaması geçilip patent verildikten sonra istemlerde değişiklik yapılması mümkün değildir. Patent sahibi istemlerinin tamamından veya bir kısmından, ancak o da ilgili isteminden bir bütün olarak vazgeçebilmektedir. Bir istemden kısmi bir şekilde vazgeçmek mümkün değildir. Patentteki istemlerin bir kısmından vazgeçilmesinden sonra ortaya çıkan durumda eğer geri kalan istemler tek başlarına patent verilebilirlik şartlarını taşıyorsa patent iptal edilecek; taşıyorsa o hali ile yeni bir patent belgesi düzenlenecektir. Buna karşın EPC hükümlerine göre EPO tarafından verilen patentler özellikle patent verildikten sonra yapılan itirazlar üzerine geri alınabilmekte veya kısmen veya tamamen değiştirilebilmektedir.

İlk kez verilmesinden sonra itirazlara açılan EPC patentlerinin verildikleri andan itibaren doğrudan Türkiye'de de geçerli olması, EPC patentleri bakımından EPC'de itiraz olarak ileri sürülen hususların Türkiye'de, tescil makamı TPE'ye yöneltilen itirazlar yerine, mahkemede açılan hükümsüzlük davasında hükümsüzlük sebebi olarak ileri sürülmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Çünkü Avrupa'da henüz itiraz aşamasına gelen patent Türkiye'de doğrudan TPE tarafından tescilli bir patent olarak yayımlandığından, TPE bu patent için itiraz süreci işletmemektedir. Uygulamada EPC patentleri ile ilgili olarak bir yandan EPO'da itirazlar ileri sürülmüşken, aynı zamanda Türkiye'de patent hükümsüzlük davaları açılmakta; EPO'da itiraz sürecinde istemlerin değiştirilmesi suretiyle hayatta kalabilecek olan patentler, Türkiye'de Avrupa patenti için herhangi bir itiraz süreci tanınmadığından tamamen hükümsüz kalma tehlikesi altında bulunmaktadır. Bu durumda, herhangi bir hükümsüzlük davası dahi açılmadan Avrupa'da patent sahibine savunma hakkı tanınırken, Türkiye'de aynı patentin sahibi böyle bir savunma hakkından faydalanamamaktadır. EPC m. 138 (3) hükmüne göre böyle bir durum ortaya çıktığında, hükümsüzlük davasını gören mahkemelerin istemlerin değiştirilmiş halini yargılamada esas almak zorunda ve dolayısı ile EPO'daki itiraz sürecinin ve bu süreç sonucunda EPO patentinde yapılabilecek değişikliklerin ve bu değişikliklerin Türkiye'ye yansımalarının sonucunun beklenmesi gerekmekte iken; bazı Türk mahkemeleri bu sürecin sonucunu beklemeyip, yargılamayı sürdürmeyi tercih etmektedir. Bu hususta henüz Yargıtay denetiminden geçen bir mahkemesi kararı, bildiğimiz kararı ile bulunmamaktadır.

İtirazlarla ilgili diğerk bir uyumsuzluk durumu da patent verilebilirlik hususunda inceleme raporlarına karşı tarafların ve üçüncü şahısların itirazları ve itirazlar üzerine yapılacak incelemelerin sayısına ve yöntemine ilişkindir. EPO'daki inceleme ve itiraz süreci, buluşu yapan başvuru sahibi ile incelemeyi yapan uzman arasında sınırsız ve her türlü yolla (telefon, e-posta, toplantı ve benzeri) iletişim kurulmasına ve buluş sahibinin buluşunu uzmana en iyi şekilde izah etmesine imkan veren bir şekilde gerçekleştiği yazılı bir pozisyon alınması bunların sonucunda olmakta iken; TPE'nin inceleme sürecinde buluş sahibi ile uzman arasındaki iletişimde fiili ve hukuki engeller yer almaktadır. TPE, yenilik ve patent verilebilirlik incelemesini kendisi değil yurt dışındaki (EPO da dahil) bir kısım kuruluşlara yaptırmakta, hangi uzmanın inceleyeceği ve benzeri bilgileri başvuru sahibi ile paylaşmamakta, böylelikle başvuru sahibi ile uzman arasına fiili bir engel koymaktadır. TPE inceleme ilgili talep, açıklama ve yazışmaları yazılı olarak yapmakta, inceleme kuruluşlarına buluş sahibi ile doğrudan iletişimde bulunmaması talimatını vererek patent uzmanının buluş sahibi ile iletişimini hukuken de engellemektedir. Bu da buluş sahibinin inceleme raporlarına ve verilen görüşlere karşı itiraz ve savunma imkanını sınırlamaktadır.

Diğerk bir husus da, 551 sayılı KHK m. 62 metninde sayısal bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen, TPE tarafından buluş sahibinin inceleme raporlarına itirazlarının sayısal olarak 3 itiraz ile sınırlandırılmış olmasıdır. TPE böyle bir sınırlandırma yapma yanında bir de, PCT anlaşması gereğince WIPO tarafından yapılan ve başvuru sahibine başvurusuna devam edip etmeme konusunda fikir vermektense öte bir değeri olmayan ön inceleme raporlarını 1. inceleme raporu olarak kabul etmekte ve böylelikle patentle ilgili esastan yapılacak incelemeyi 2'ye indirmektedir. Ayrıca TPE, 3. inceleme raporu üzerine, başvuru sahibinin istemlerinde değişiklik yapma hakkı olduğu halde, başvuru sahibine bu hakkı vermeden, patent verme veya vermeme konusundaki kararı vermekte, böylece 3. inceleme raporu üzerine değişiklik yapılarak istemler korunabilecek iken buluş sahibini patent korumasından mahrum bırakmaktadır.

TPE'nin mevcut uygulamasına göre 551 sayılı KHK'daki inceleme ve itiraz sistemi buluş sahibine buluşunu kısa sürede uzmana öğretilme ve kanıtlama yükü getirmekte, bunu başaramadığı ya da uzman buluşu anlayamadığı takdirde buluş sahibini patent korumasını kaybetme riski altında bırakmaktadır. Oysa, patent sistemleri buluşları ve yeniliği özendirilmeyi, bu amaçla buluş sahipleri lehine yorumu öngörmektedir. Dolayısı ile Avrupa'daki Sektör Araştırması sonuçlarında ima edilenin aksine, Türkiye'de kolay ve çok sayıda tescil edilebilen, buluş sahibinin haklarını korumaya yeterli patentler söz konusu olmayabilmektedir.

EPC'ye paralel olarak düzenlenen Türk Patent Kanunu Tasarısı'nın EPC ile yaşanan bir çok uyumsuzluğu ve çelişkiyi, sektör aktörleri bakımından yaratılan belirsizliği gidereceği umulmaktadır.

2. İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti Talepleri ile Patent Tecavüzü Davaları

551 sayılı KHK m. 73(2) gereğince patent sahibinin, üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak, patent konusu ürünün üretilmesini, patent konusu usul ile üretilen ürünler de dahil satılmasını (ihracat da dahil), kullanılmasını, ithalatını veya bu amaçlar için elde bulundurulmasını, patent konusu usulün kullanılmasını, başkalarına teklif edilmesini önleme hakkı bulunmaktadır. Bunlara aykırı hareketler 551 sayılı KHK m. 136 gereğince patent tecavüzü teşkil eder. Patentten doğan hakların ihlal edilmesi, yani tecavüz durumunda, patent sahibi 551 sayılı KHK m. 137/1 gereğince mahkemeden, diğer talepler arasında, (a) tecavüz fiillerinin durdurulmasını, (b) tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazminini talep edebilir. Bu tür davalar, patent tecavüzü davaları olarak anılmakta ve istatistiki olarak sınıflandırılmaktadır. Herhangi bir patent tecavüzü durumunda patent sahibinin veya patent üzerinde herhangi bir hakka sahip olan kimselerin yukarıda belirtilen taleplerin tamamı veya bir kısmı ile patent tecavüzü davası açma hakkı vardır.

Patent ile ilgili davalarda özel yetkili fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri yetkilidir. Ancak, bu mahkemelerde hukuk mezunu olan hakimler görev yapmakta; patentleri ilgilendiren teknik konularda patent hakimlere görev almamaktadır. Hakimler teknik konularda bilirkişilerin görüş ve yardımına ihtiyaç duymaktadır. Bilirkişilikle ilgili sorunlar patent davalarını da önemli bir şekilde etkilemektedir.

551 sayılı KHK m. 150 hükmüne göre, patentle sağlanan hakları ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir. Ancak buradaki tespit isteminin bir eda davası ile birlikte ileri sürülebileceği, eda davası olmadan, ancak HUMK m. 368 ve devamındaki hükümlere göre o da delillerin şimdiden tespit edilmez ise ileride kaybolma veya elde edilmesinin zorlaşması halinde talepte bulunabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Patent davaları oldukça kompleks davalardır. Türk hukukunda dava açılmadan önce tarafların birbirlerine dava konusu ihtilaf ile ilgili hususlarda bilgi ve belge aktarmasını zorunlu kılan düzenleme yoktur. Bir dava ile ilgili deliller ancak bir dava açıldıktan sonra ve hakim kararına ile olmaktadır (Daha detaylı bilgi için bkz. Av. Emre Durgun, "Türk Patent Hukukunda Delillerin Tespiti", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Sayı 11, Eylül 2007.) Bu şekildeki bir hukuki ortamda tecavüz delillerinin eda davası açmaksızın toplanamaması, mahkemelerin lüzumsuz olarak meşgul edilmesine, ilaç firmalarının değerli kaynaklarının gereksiz yere

Türkiye’de patent ihtilaflarına ilişkin olarak yeterli sayıda ve derinlikte içtihat oluşmamıştır. Örneğin, eşdeğerler tecavüzün uygulamasına ilişkin yol gösterici bir mahkeme kararı veya içtihat yoktur. Bunun gibi birçok konuda yeterli içtihat olmaması, sınırlı sayıdaki içtihatların yerleşmemiş olması mahkemelerin benzer sorulara farklı yanıtlar vermesine, davaların sayısının artmasına ve davaların sonucu ile ilgili belirsizliklere sebep olmaktadır¹⁸¹.

Patent sahibi 551 sayılı KHK m. 151 gereğince dava konusu patentin Türkiye’de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.

TRIPS m. 50(1)(a) gereğince adli merciler, bir fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesini [*önceden*] önlemek ve özellikle malların ticaret kanallarına girmesini önleme amacına yönelik olarak derhal ve etkin geçici önlemler alınmasını emretme yetkisine sahip olacaklardır. Bu yöndeki başvurular ile ilgili olarak, TRIPS m.50(3) gereğince “[*adli merciler*], başvuranın hakkının ihlal edildiğine veya bu ihlalin yakında meydana gelmesinin muhakkak olduğu konusunda yeterince kesin bir şekilde ikna olabilmek için makul olarak temin edilebilecek delilleri vermesini”¹⁸² emredebilecektir.

551 sayılı KHK m. 151 bu bakımdan TRIPS’e paralel ve uyumludur. Gerçekten de 551 sayılı KHK m. 151’de “*Bu KHK’de öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler dava konusu patentin Türkiye’de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.*” denilmektedir.

İlaç patentleri ile ilgili davalarda mahkemeler bu hüküm uyarınca değişik şekillerde ihtiyati tedbir kararları vermişlerdir. İstanbul FSHHM 2005 tarihli bir

davalara sarf edilmesine, daha da önemlisi firmaların gereksiz yere birbirlerine hasım hale gelmesine neden olmaktadır.

¹⁸¹ Tecavüz davalarında mahkemeler uygulamasının yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir; örneğin tecavüz karinesi, bu karinenin varlığı halinde ispat külfetinin yer değiştirmesi gibi bir takım usuli avantajlar etkin olarak işletilememekte; ihtiyati tedbir kararları alınmasında zorluklar yaşanmakta; bilirkişilerin patent hukukuna aşina olmayan görüşleri uygulamayı zorlaştırmaktadır.

¹⁸² Cambridge Sözlüğüne göre “*Imminent*” kelimesi “*likely to happen very soon*” anlamına gelmektedir. Bu anlam Türkçeye “*çok yakında meydana gelmesi muhtemel*” ya da “*kuvvetle muhtemel*” olarak tercüme edilebilir. Buna göre anlamlandırıldığında TRIPS’in söz konusu 50(3) maddesi hükmünün Türkçe metninde isabetsizlikler olduğunu düşünmekteyiz. **Daha isabetli bir tercüme:** Başvuranın hakkının ihlal edildiğine veya bu ihlalin *çok yakında* gerçekleşmesinin *muhtemel* olduğuna kanaat getirmeye yeterli ve makul olarak edinilebilen delilleri vermesini...” şeklinde olabilir.

kararında (*mealen*) “Davacı yan tutarında teminatı yatırdığında .. Davalı yanın İsimli ilacı üretmesinin, ithal etmesinin, dağıtıp satmasının önlenmesine dair ihtiyati tedbir kararı verilmesine;” şeklinde bir ihtiyati kararı vermiş; yine İstanbul FSHHM 2008 tarihli bir kararında (*mealen*) “İhtiyati tedbir kararının kısmen kabulüne, Davalı yanın 551 sayılı KHK 125/1-c maddesi gereğince takdiren 1.000.000 YTL tutarında teminat yatırmasına 30 günlük kesin süre içerisinde yatırmadığı takdirde ihtiyati tedbir kararının ağırlaştırılacağına ihtiarına..” denilerek tersine tedbir denilen türde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir.

Ancak 551 sayılı KHK m. 75/(1)’e 26.06.2004 tarihli 5194 sayılı yasa ile (f) bendindeki istisnanın¹⁸³ eklenmesinden sonra ileride gerçekleşmesi beklenen patent tecavüzünün önlenmesi, yani tecavüzün gerçekleşmesinden önce önlenmesi hususunda dava açılıp açılmayacağı hususunda, kanaatimizce, TRIPS m. 50(1)(a) ve 50(3)’e ve 551 sayılı KHK m. 73, 137 ve 151. maddelerinin ruhuna ve metnine aykırı görüş ve kararlar ortaya çıkmaya başlamıştır.

Yakında ruhsat alması ve piyasaya çıkması muhtemel olan bir ilaç için, patentle korunan bir orijinal ilacın ruhsat dosyası referans gösterilerek kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılan bir olayla ilgili davada İstanbul FSHHM 2009 tarihli kararında (*mealen*) “FSEK m. 69’da muhtemel tecavüzün önlenmesine dair özel hüküm mevcuttur. 555 sayılı KHK (Coğrafi İşaretler) 25/1(a) ve (b)’de, 554 sayılı KHK m. 49/1(a) ve (b)’de benzer şekilde muhtemel tecavüzün önlenmesi davaları düzenlenmektedir. Oysa 551 sayılı KHK’da tecavüzün tespiti ve muhtemel tecavüzün önlenmesi davaları düzenlenmemektedir.” şeklinde bir gerekçe ile önleme davasını reddetmiştir.

TRIPS’in 50. maddesi ile ilgili doktrindeki açıklamalarda, TRIPS’in 50(1)(a) bendi ile 50(3) bendi birlikte değerlendirildiğinde, bu hükümlerin esas itibarıyla tedbirlerin alınmasının tecavüz başlamadan dahi mümkün olacağını düzenlediği belirtilmektedir. Bunun içindir ki, TRIPS’in Aralık 1990 tarihli Brüksel Taslağı’ndaki **50(1)(a)** metninde yer alan köşeli parantez içerisindeki [*from occurring*], yani meydana gelmesini/vuku bulmasını ifadesi, ihlalin önceden önlenmesi konusunda bir tereddüt yaratmamak için, TRIPS’in kabul edilen son metninde, köşeli parantezler kaldırılarak ve cümleye dahil edilerek yer almıştır¹⁸⁴. TRIPS’in Türkiye’de kabul edilmiş resmi Türkçe tercümesinde ise, **meydana gelmesini ya da vuku bulmasını önlemek** olarak tercüme edilebilecek “**prevent from occurring**” ifadesi doğru ve birebir tercüme edilmemiş, Türkçe metinde

¹⁸³ Türk Bolar İstisnası.

¹⁸⁴ GERVAIS, Daniel, “The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis”, London, Sweet&Maxwell, 1998, s.213-218

sadece “*fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesini önlemek*” ifadesi kullanılmıştır¹⁸⁵. Ancak buna rağmen hem 551 sayılı KHK’nın 73. Maddesindeki hem de TRIPS’in resmi tercümesindeki “önleme” ifadesinin, sayılan fiiller gerçekleşmeden bunlara engel olmak anlamına geldiği kuşkusuzdur. Zira bir şeyin olmasına veya yapılmasına engel olmak; ortaya çıkan veya çıkacağı düşünülen bir tehlikeyi durdurmak, önüne geçmek anlamına gelmektedir¹⁸⁶.

Patentli bir ilacın aynısını veya temelde benzerini üretebilmek için ruhsat başvurusunda bulunulması, eğer o ürün patente tecavüz edecek ise ruhsat alınır alınmaz ortaya çıkabilecek bir patent tecavüzüne işaret etmektedir. Ruhsat alınmasından sonra hemen ortaya çıkabilecek bir tecavüz var ise, patent sahibinin bu tecavüz durumun henüz gerçekleşmeden önlenmesini talep etme hakkı vardır.

¹⁸⁵ TRIPS 50. madde 1-3 bentlerinin orijinal ve resmi Türkçe tercümesinin karşılaştırması aşağıdadır:

Madde 50

1. Adli merciler aşağıdaki amaçlara yönelik olarak derhal ve etkin geçici önlemler alınmasını emretme yetkisine sahip olacaklardır:

(a) **bir fikri mülkiyet hakkının ihlal edilmesini önlemek** ve özellikle malların ve gümrükten çekildikten hemen sonra ithal malların kendi yetki bölgelerindeki ticaret kanallarına girmesini engellemek;

(b) ihlal iddiası ile ilgili delilleri korumak.

2. Adli merciler uygun hallerde, özellikle herhangi bir gecikmenin hak sahibine onarılmaz şekilde zarar vermesinin olası olduğu durumlarda veya delillerin açıkça imha edilme riski bulunduğu geçici önlem “*inaudita altera parte*” alma yetkisine sahip olacaklardır.

3. Yetkili merciler, başvuranın hak sahibi olduğu, başvuranın hakkının ihlal edildiği veya **bu ihlalin yakında meydana gelmesinin muhakkak olduğu** konusunda yeterince kesin bir şekilde ikna olabilmek için başvuru sahibinden makul olarak temin edilebilecek delilleri vermesini isteme ve davalıyı korumak ve suistimali önlemek için başvuru sahibine bir teminat veya eşdeğer güvence vermesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.

Article 50

1. The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective provisional measures:

(a) **to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring**, and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of goods, including imported goods immediately after customs clearance;

(b) to preserve relevant evidence in regard to the alleged infringement.

2. The judicial authorities shall have the authority to adopt provisional measures *inaudita altera parte* where appropriate, in particular where any delay is likely to cause irreparable harm to the right holder, or where there is a demonstrable risk of evidence being destroyed.

3. The judicial authorities shall have the authority to require the applicant to provide any reasonably available evidence in order to satisfy themselves with a sufficient degree of certainty that the applicant is the right holder and that the applicant's right is being infringed or that **such infringement is imminent**, and to order the applicant to provide a security or equivalent assurance sufficient to protect the defendant and to prevent abuse.

¹⁸⁶ Türk Dil Kurumu <http://www.tdk.gov.tr> resmi internet sitesinde, “önlemek” fiilinin sözlük anlamını bu şekilde vermiştir.

Yukarıda bahsedilen karar, önleme davası hakkını mevcut bir tecavüzün durdurulması olarak algılamaktadır ve o nedenle hatalıdır. Bu hatadan dönülmesi beklenmektedir.

İleride bir patent tecavüzü durumunun olup olmadığının önceden tespiti ve olacak ise henüz tecavüz gerçekleşmeden önlenmesi patent sahibi şirket için olduğu kadar, jenerik şirket için de önem arz etmektedir. Çünkü ilaç üretimi son derece pahalı ve yüksek yatırım gerektiren bir ekonomik faaliyettir. Yatırım yapıldıktan sonra önlenmesi halinde yapılan yatırımın boşa gitmesi ihtimali yüksektir. Oysa, patente tecavüz durumu var ise önceden önlendiği takdirde bu yatırım yapılmayacak, aynı zamanda patent tecavüzüne ilişkin açılacak esas dava sayısı da azalarak toplumun kaynakları daha etkin olarak kullanılmış olacaktır. Nitekim, yasa koyucu böyle durumların ortaya çıkmasının (önceden) önlenilebilmesi için 551 sayılı KHK m. 149'daki menfi tespit davası müessesesini getirmiş; patente tecavüz etmediğinden emin olmak isteyen kimselere bu hususu önceden tespit ettirme ve hukuki güvenlik içinde faaliyette bulunma imkanı getirmiştir.

3. Menfi Tespit ve Hükümsüzlük Davaları

551 sayılı KHK m. 149'da girişeceği bir faaliyetin veya üreteceği bir ürünün patente tecavüz etmediği kanaatinde olan veya tecavüz edip etmediğinden emin olmak isteyen kişilerin yetkili mahkemeye başvurarak patente tecavüzün mevcut olmadığı hakkında menfi tespit davası açma imkanı verilmektedir. Uygulamada menfi tespit davalarının patentten doğan hakların mahkemelerde etkin olarak kullanılmasını ve özellikle de tecavüz davalarının başında ihtiyati tedbir kararı verilmesini önleme amacı ile açıldığı görülmektedir. Gerçekten de, patente dayalı olarak delil tespiti ve ihtiyati tedbir başvurusunda bulunulan kişiler, bu talep üzerine henüz bu başvuru karara bağlanmadan menfi tespit davası açma yoluna gitmekte; tedbir kararı verilsin verilmesin esas hakkında açılan patent tecavüz davasının böylece önüne geçmekte; bilahare açılan patent tecavüz davasının daha önceden açılan menfi tespit davası ile birleştirilmesini ve böylelikle davayı ilk açan olarak lehlerine bir önyargının oluşmasını sağlamaktadırlar. Gerçekten de tecavüz davası açılmadan önce menfi tespit davası açan davacı, mahkemenin nezdinde acaba tecavüz var mıdır, olsa idi niçin kendi kendisinin aleyhine sonuç verebilecek bu davayı açsın şeklinde bir kanaatin oluşması sağlanmaktadır.

Oysa patente tecavüzün olmadığına tespitine yönelik davanın jenerik şirket tarafından açılabilmesi için bazı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu şartlardan ilki jenerik şirketin önceden, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyetin veya bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin patentten

doğan haklara tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, patent sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep etmesi gereğidir. 551 sayılı KHK m. 149(II)'deki “*Dava açılmasından önce... patent sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep edebilir.*” hükmünün sonundaki “edebilir” ibaresinin “edecektir” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu yanlışlık mehzaz kanundan tercüme sırasında yapılan bir isabetsiz tercüme nedeniyle oluşmuştur. Gerçekten de anılan hükmün mehzazı kabul edilen İspanyol Patent Kanunu'nun 127/(2). maddesinde “*Before bringing his action, the interested party shall, through notarial channels, ask the owner of the patent to make known his views*” denilmekte ve maddenin noter aracılığı ile bildirimini seçimlik bir hak olarak değil, bir dava önşartı olarak öngördüğü ortaya konulmaktadır. Aynı şekilde 551 sayılı KHK'nın TPE tarafından resmi bültende yayımlanan İngilizce metninde¹⁸⁷ “*prior to the institution of the proceedings, referred in the first paragraph a **notice shall be served** through the notary public*” denilmektedir. Zaten marka ve endüstriyel tasarım KHK'larında görüş talebinin bir dava şartı olarak düzenlenmesi, 551 sayılı KHK'da ise bunun dava açacak kişinin tercihine bırakılması çok mantıklı görünmemektedir. Kaldı ki m. 149(III)'teki “*Bu talebin patent sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde patent sahibinin cevap vermemesi... halinde, menfaat sahibi bu maddenin birinci fıkrasına göre dava açabilir.*” hükmü de, 149(II)'deki ibarenin hatalı bir tercüme olduğunu, maddenin ön bir dava şartı getirdiğini göstermektedir. Şayet görüş talep etmenin mantığı sadece bir opsiyon/seçim olsa idi, bu görüş talebine belli bir süre cevap verilmemesinden sonra davanın açılabilceğini düzenlemek gerekmecekti..

Maddenin amacı, patent sahibinin önceden bilgilendirilmesini, patent ihlaline neden olabilecek bir durum varsa bunu taraflar arasındaki yazışmalarla ortaya çıkarılmasını, ancak taraflar arasında fikir ayrılığı ortaya çıktığı takdirde bunun mahkemeye intikal ettirilmesini öngörmektedir. Bu madde aynı zamanda, patent sahibinin, ürün hakkında bilgi sahibi olması suretiyle, aleyhine açılacak bir davaya karşı hazırlıklı olmasını ve iddialara karşı cevap verebilmesini, savunma yapabilmesini sağlamaya yöneliktir.

Gerçekten de, 551 sayılı KHK m. 149(III)'te, “[menfaat sahibi] *bir ay içinde patent sahibinin cevap vermemesi ... halinde, bu maddenin birinci fıkrasına göre dava açabilir.*” diyerek, m. 149(II)'de belirtildiği şekilde bir talepte bulunmuş olmasının ve bir ay içinde tatminkar bir cevap verilmemiş olmasının böyle bir dava için dava şartı olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

551 sayılı KHK m. 149(IV)'de öngörülen diğer bir şart da; “*Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen dava, patentten doğan haklara*

¹⁸⁷ 551 sayılı KHK'nın İngilizce metni için bkz. TPE, Yayın no : TPE/16, 1997, s. 69.

tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz.” Hükümünün gözetilmesidir. Yani patente tecavüzün mevcut olmadığı hakkında davanın açılabilmesi için, ilgili patentin tecavüzü ile ilgili herhangi bir davanın daha önce Davacıya karşı açılmamış olması gerekmektedir. Halbuki uygulamada patente tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin dava sıkça, kendisine karşı delil tespiti ya da ihtiyati tedbir talebinde bulunulan tarafça açılmaktadır. Oysa 551 sayılı KHK'daki “*patentten doğan haklara tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi*” tanımının, ayrıca “*kendisine karşı patent tecavüzüne ilişkin delil tespiti ya da ihtiyati tedbir başvurusunda bulunulan*” olarak da anlaşılması gerekmektedir. Zira, kendisine karşı zaten aynı patentle ilgili dava açılmış kişinin daha sonra menfi tespit davası açmasının engellenmesindeki amaç, kişinin karşı görüşlerini açılmış olan dava içinde bildirebilmesidir¹⁸⁸. Bu hususlar değerlendirilirken 551 sayılı KHK 149. maddedeki dava şartı hükümlerinin dar ve patent tecavüzünden yakınan taraf aleyhine yorumlanmaması gerektiği unutulmamalıdır¹⁸⁹.

Patent tecavüz davasına karşı sürdürülen diğer bir strateji ise, tecavüz edilmesi muhtemel veya icra edilmek istenen patentin hükümsüzlüğünün talep ve dava edilmesidir. Bu davalar da tecavüz davasının açılmasından önceye getirilmeye çalışılmaktadır. Hükümsüzlük davaları menfi tespit davalarından daha etkin bir şekilde tecavüz davalarını engellemekte, patentten doğan hakların icra edilmesini kısıtlamaktadır. Menfi tespit davalarında olduğu gibi hükümsüzlük davalarında da tecavüz davası ile hükümsüzlük davası birleştirilmekte; bunun sonucunda da hükümsüzlük talebi tecavüz davasının neredeyse bir ön meselesi haline gelmektedir. Hakim, özellikle ihtiyati tedbirler bakımından, hükümsüzlüğü

¹⁸⁸ YALÇINER, Uğur, “Türkiye’de Patent ve Faydalı Modellere Yönelik Uygulamalar” Türkiye’de Fikri-Sınai Hakların Etkin Uygulanması” Konulu Sempozyum, 6-7 MAYIS 2004. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/4-2-TR-Yalciner.pdf>

¹⁸⁹ Yargıtay 11. HD. 9.7.2002 tarih, 2002/4013 E., 2002/7210 K. Sayılı kararında, menfi tespit davası için gerekli şartların çok önemli olduğunu ve bu hakkın suistimal edilmemesi gerektiğini şu cümlelerle açıklamıştır: “*Yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda dava hakkı, eda davası üzerine kurulmuş olup, olumsuz tespit davası düzenlenmiş değildir. Ne var ki, doktrinde ve uygulamada olumsuz (menfi) tespit davalarının belli koşulların gerçekleşmesi halinde dinlenebilmesi gerektiği kabul edildiği gibi, yeni bir kısım yasalarda da bu tür davaların özel bir şekilde düzenlenmeye tabi tutulmuş oldukları görülmektedir. Ancak, bu tür davalarla davalı taraf bir şey yapmaya ve bir şeyden kaçınmaya zorlanamayacağından, sadece taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu belirlenilmekle yetinileceğinden bu dava türünün uygulaması açısından, diğer bir deyişle, dava açabilme koşul ve menfaati bakımından üzerinde titizlikle durulması da gerekli bir zorunluluktur. Tarafların bu yasal düzenlemelerle hakkını tesbit ettirebilme yetkisine sahip olabilecekleri durumlarda bu tür dava hakkı o düzenleme ile sınırlı tutulmalıdır. Aksi halde, bu tür dava hakkı sınırsızlığa ve bunun sonucu olarak uyuşmazlıkların gereksiz bir şekilde alabildiğine yaygınlaşmasına yol açabilecektir.”*

talep edilen patentin ihlal edilmesi olasılığını daha az görmekte hem de ihlal halinde ortaya zarar çıkıp çıkmayacağı ve çıkacak zararın telafi edilebilirliği konusunda daha zayıf bir kanaate sürüklenmektedir. Bunun sonucunda da hükümsüzlük ya da menfi tespit davasını açmak bu kadar kolay iken, yargılaması birleştirilen davalarda neredeyse hiç ihtiyati tedbir kararları verilememekte, tecavüz davası hızlı bir şekilde halledilmesi gerekirken tecavüz davasının görülmesi hükümsüzlük konusunun hallinin sonrasına kalmaktadır. Torpedo stratejisi olarak da bilinen İtalya ve Belçika'daki davalarla özdeşleştirilen bu savunma stratejisi Türkiye'de çok yoğunluklu olarak kullanılmaktadır.

Bu durumun farkında olan ve etkileri tartışılmış olan bir kısım ülkelerde hükümsüzlük davaları ile tecavüz davalarının aynı mahkemelerde görülmesinin önüne geçilmiş bulunmaktadır. O ülkelerde¹⁹⁰ tecavüz davasına bakan mahkeme hükümsüzlük davası ve olası sonucu ile hiç ilgilenmemekte; elindeki davada patentin tecavüz durumuna uygun olarak karar vermektedir. Yine bu ülkelerde hükümsüzlük davasının tecavüz davası içinde açılmasına ve savunma olarak sürülmesine izin verilmemektedir. Türkiye için ise tam tersi bir durum söz konusudur. En azından hem hükümsüzlük davasının hem de tecavüz davasının eş zamanlı görülmesine imkan verilerek, her iki davadan birinde olumsuz sonuç çıkması durumunda diğer davanın zaman bakımından gecikmesine engel olunabilecektir.

Hükümsüzlük davalarının mahkemelerdeki bilirkişi kullanımı ve bilirkişilerin denetimindeki sınırlar nedeniyle isabetsiz kararlarla sonuçlanma riski oldukça yüksektir. Mahkemeler TPE'nin aksine kurumsal bilirkişiliğe değil, bireysel bilirkişilere başvurmakta; kendisinin teknik uzmanlığı olduğu kabul edilen bilirkişilerin yeterli olmayabilecek olan şahsi görüşleri ve kısıtları patentin iptaline yol açabilmektedir. TPE anlaşmaları gereğince yurt dışındaki uzman kuruluşlar vasıtasıyla inceleme yaptırabilirken mahkemelerin doğrudan yurt dışında inceleme yaptırması neredeyse imkansızdır. Yurt dışındaki bilirkişilere başvurmak zorunda kalınan davalarda mahkemeler, TPE vasıtası ile, TPE'nin anlaşmalı olduğu yurt dışı uzmanlık kurumlarında bilirkişi incelemesi yaptırma yolunu denemektedirler.

Bilirkişilerin teknik bilgiye sahip olmakla birlikte özellikle patent verilebilirlik şartları konusunda yeterli donanıma sahip olmaması da geçerli ve doğru olarak verilen patentleri hükümsüz kalma tehdidi altında bırakmaktadır. TPE'nin kendi inceleme sistemini kurması ve ülkedeki teknik kaynakları patent rejimi çerçevesinde daha isabetli ve sağlıklı üretkenlik sağlayacak şekilde mobilize

¹⁹⁰ CLERIX, André, "Invalidation Proceedings As a Counter-Attack According to Split Litigation Systems", EPI Information, 1/2009. http://216.92.57.242/patentepi/data/epi_01_2009.pdf

etmesi, patent sistemi ile ÷lkeye gelen bilgi ve teknolojinin daha hızlı bir şekilde yayılabilmesi için elzemdir.

4. Veri Koruması ve Haksız Rekabet Davaları

Yukarıda da değindiğimiz üzere, bazı kanaatimizce hatalı olan görüşler, Türkiye’de verilerin haksız rekabete karşı korumasını sadece Sağlık Bakanlığı’nın idari alanda, bir kısım kısaltılmış ruhsat başvurularına referans verilmesini önleyerek kullanımını ve yararlanılmasını önlemek suretiyle sağlayacağı korumaya - veri imtiyazı korumasına indirgemiş bulunmaktadır. Bu görüş, “Sağlık Bakanlığı veri imtiyazı tanıyorsa veriler haksız rekabete karşı korunur, tanımiyorsa korunmaz” şeklinde de özetlenebilir. Aynı görüş, 551 sayılı KHK m. 75/1(f) bendi ile patentten doğan haklara getirilen istisnayı – yani ilaç ruhsat başvurularının patent hakkı korumasının (yani patente tecavüzün) kapsamında çıkarılmış olmasını, başkalarının verilerinden (haksız olsa bile) yararlanmayı meşru kılan bir yasallık sebebi olarak da benimsemekte; bir kısım davalar salt bu gerekçe ile reddedilmiş bulunmaktadır.

Fikri mülkiyet hakları uygulamasında “*yasaya aykırı olarak yaptırılan bir tescilin kullanımı yasaya aykırı değildir*” şeklinde özetlenebilecek yanlış bir görüş ve tutum söz konusudur. Bu durum kendisini, “*tescilli bir hakkın sahibi bu hakkını kullanmaktan men edilemez*” şeklinde kararlarda göstermekte; bu görüş gereğince de örneğin dünyaca meşhur olup da bir başkasına ait olan bir markayı kendi adına tescil ettirmeye muvaffak olan bir korsan, söz konusu tescil terkin ettirilinceye kadar bu haksız tescilli kullanma imkanına kavuşmaktadır. Bu durumun haksız ve hukuka aykırı olduğu açıktır. Ancak, bu haksızlığı kabul edip ortaya koyan bir içtihat henüz çıkarılamamıştır. Bu hatalı görüş, TPE’deki fikri ve sınai mülkiyet hakkı tescillerinin kısmen açıklayıcı kısmen de kurucu olmasının ve tescilin sahibinin söz konusu tescilli kullanma hakkına sahip olmasının birbirine karıştırılmasından ortaya çıkmakta; bu karışıklık bazı hallerde -örneğin bir markanın ilk defa o tescil ile ihdas edilmesinde - doğru sonuç verirken, çoğu zaman yanlış sonuç vermektedir. Kanaatimizce bu hatalı yaklaşımın etkisi altındaki fikri ve sınai haklar mahkemeleri, aynı yaklaşımı Sağlık Bakanlığı’na yapılan kısaltılmış ruhsat başvuruları hakkında da sergileyebilmekte, bu başvuruların haksız rekabet teşkil etmeyeceği veya ruhsat başvurusu yapılmasının patent hakkına tecavüzün kapsamında çıkarılmış olmasının, veri haklarından yararlanmaya da yasal olarak izin verdiği gibi bir sonuca varılabilmektedir.

Bütün bunların sonucunda Türkiye’de ilaçta veri korumasının Sağlık Bakanlığı’nın sağladığı veri imtiyazı korumasından ibaret olduğunu, bunun dışında bir haksız rekabet korumasının olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Konu ile ilgili görüşler, TRIPS m. 39’un Paris Konvansiyonu ile sınırlandırılmış

savunmakta iken, esasen TRIPS, m. 39 Paris Konvansiyonu ile hiç de karmaşık olmayan bir bağ kurmaktadır¹⁹¹. Gerçekten de m. 39 haksız rekabete karşı etkin

¹⁹¹ Yukarıda 35. Dipnot civarında eleştirdiğimiz yazar, “İlaç ruhsatı alabilmek için gerekli güvenilirlik ve etkinlik testlerini yapmadan ilaç ruhsatı alabilmek biçiminde, salt ticari avantaj elde edilmesi, haksız rekabet hukuku kurallarına göre kınanabilir bir davranış değildir.” diyerek meselenin özünü böyle bir başvurunun yapılmasına indirgemekte, meselenin esasen bu başvuru ile bir başkasına ait verilerin kullanımının haksız olup olmadığı noktasında olduğunu gözden kaçırmaktadır. Ayrıca orijinal ürünün ruhsat başvurusuna referansta bulunan kısaltılmış ruhsat başvurusu sahibinin davranışının bir kullanım olduğunu tespit eden yazarın, daha sonra neden bu “kullanımın” haksız olup olmadığını inceleme dışı tuttuğunu anlamak mümkün değildir. Yazar, verilerin sağlık otoritesi tarafından 3. şirketlere gizlice verilmesi veya izinsiz açıklanarak alenileştirilmesi ya da hukuka aykırı olarak bir fotokopisinin ele geçirilmesi gibi bir durum olmadığı takdirde haksız rekabet olmayacağını söylemekte; ancak, hemen aynı bentteki görüşlerinin devamında “.. dolaylı bir kullanım söz konusudur. Bu halde dolaylı bir ticari sonuç da meydana gelmektedir. Bu nedenle geniş anlamda bir haksız rekabet durumunun bulunduğu düşünülebilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, TRIPS m. 39(3) maddesi Paris Konvansiyonu’nun 10(bis) maddesine atıf yapmaktadır ve atıf yapılan bu maddede de böyle bir hal yer almamaktadır.” diyerek haksız ticari kullanımı, Paris Konvansiyonu’nun 10(bis) maddesinde tanımlanan haksız rekabet tanımının içinden çıkarma çabasına girmektedir. Oysa yazar, ilaca ait verilerin onları ortaya çıkaran firmanın gayri maddi malı olduğunu kabul etmiş olsa, jenerik firmanın o verileri kullanımının haksız olduğunu da kabul etmek zorunda kalacak, ondan sonra da ortada haksız rekabet olduğu sonucuna varacaktır. Yazar, TRIPS m. 39(3)’ün değil de 39(1)’in Paris Konvansiyonu’ndan bahsettiğini, buradaki bahsetmenin atıf yapmak değil, tersine Paris Konvansiyonu’nda öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlanması yükümlülüğü olduğunu gözden kaçırmamış olsa idi yine de bizce doğru olan sonuca varacaktı. Yazarın “TRIPS anlaşmasının, yukarıda belirtildiği gibi geniş bir biçimde yorumlanması, geniş anlamda bir haksız rekabet halinin mevcudiyetinin kabul edilmesi ne yazık ki mümkün değildir.” şeklindeki görüşü de maalesef üzüntü vericidir. Çünkü, TRIPS haksız rekabeti düzenleyen bir anlaşma değildir. TRIPS m. 39 açıkça Paris Konvansiyonu’nun 10 uncu maddesinde öngörüldüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken açıklanmamış bilgilerin korunması ile ilgilidir. TRIPS’in Paris Konvansiyonu’nu ortadan kaldıran, değiştiren veya sınırlayan bir anlaşma olmadığı çok açık olarak ortada iken, Paris Konvansiyonu’ndaki haksız rekabet korumasının sınırlandırıldığını söyleyebilmek mümkün değildir. TRIPS haksız rekabeti düzenlemediği gibi, tam tersine haksız rekabete karşı etkin korumanın nasıl olacağı konusunda doğrudan Paris Konvansiyonu’nu işaret etmektedir. Öte yandan yazar, kendisinin de belirlediği, başkasının verilerini izinsiz olarak (dolaylı yoldan) kullanma ve yararlanma durumunun TTK m. 56’daki “hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali” olup olmadığını irdelemeden, bu durumun TTK m. 57/5’teki başkasının emtiası ve iş mahsulleri ile iltibaslar meydana getirmeye çalışmak ve TTK m. 57/8’deki imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak örneklerine uyan bir durum olduğunu göz ardı ederek “Paris Konvansiyonu’nun 10(bis) maddesine paralel olarak düzenlenmiş olan TTK’nın haksız rekabete dair 56 ve 57. maddelerinde de geniş anlamda haksız rekabetin varlığını kabule yetecek bir hüküm yer almamaktadır.” sonucuna varmaktadır. Oysa yazar, makalesinde tartışmasız bir şekilde orijinal ilaç firmasının ürettiği verilere referans verilmesinin bir kullanım ve yararlanma olduğunu, böyle bir kullanım sonucunda orijinal ilaç firmasına karşı bir avantaj elde edildiğini, bu durumun hakkaniyete uygun olmadığını söylemektedir. O halde yazarın hem Paris Konvansiyonu’na hem de TTK’nın m. 56 ve devamına göre haksız rekabetin söz konusu

koruma sağlarken açıklanmamış bilgilerin korunması için ilave ve özel yöntemler de getirilmesini öngörmekte, Paris Konvansiyonu'nu olduğu gibi kabul edip benimsemektedir.

a. Bir Mülkiyet Hakkı Çeşidi Olarak Veri Koruması

Yukarıda¹⁹² da değindiğimiz gibi, yeni ürettiği bir ilaca ruhsat verilmesi için bir kişinin ürettiği ve topladığı veriler onun malıdır. Bu veriler, sahibi tarafından ortaya çıkarılmadığı sürece onun ticari sırrıdır ve başkaları tarafından erişilemedikleri gibi bu veriler, herhangi bir şekilde kullanılamaz ve yararlanılamaz da. Verilerin sahibinin bunları ruhsat alabilmek için ruhsat makamlarına sunması, bunlar üzerindeki haklardan vazgeçilmesi anlamına da gelmemektedir. Bu sunumun tek bir amacı vardır; o da, kişinin kendi ilacının etkin ve güvenli olduğunu kanıtlamak için bu verileri sunmaya zorlanmasıdır. Zira ruhsat otoriteleri etkinlik ve güvenlik kanıtlanmadan bir ilaca ruhsat vermemektedir.

Birisinin mülkiyetinde olan şeyi sahibinden izinsiz olarak kullanmak da, doğrudan veya dolaylı olarak yararlanmak da mümkün değildir. Böyle bir kullanım ve yararlanma haksız ve hukuka aykırıdır.

Dolayısı ile veri korumasının en başta Türk hukukuna göre bir mülkiyet hakkı koruması olduğu unutulmamalıdır. Nasıl ki bir malın sahibi, başkalarının o

olduğunu teslim etmekten kaçınmaması gerekmektedir. Diğer bir önemli nokta da yazarın, verilerin, sahibinin mülkiyet hakkına konu olduğuna ve haksız yararlanmanın mülkiyet hakkına tecavüz edeceğine hiç değinmemiş olmasıdır. Yazar, mülkiyet hakkına tecavüz noktasına değinmemektedir, çünkü, kendisi, bir hakkın korunmasına ilişkin yöntemin kendisini de bir hak olarak göstermektedir. Yazarın görüşü şöylece cümleleştirilebilir: “verilerin veri imtiyazı yöntemiyle korunmasını isteme hakkına sahip olmak”. Burada ilaca ait veriler, hak edilen veri imtiyazı koruması yöntemi ile korunan şey, yani, korunacak olan hakkın özüdür. Koruma yönteminin uygulanmasını isteyen kişinin öncelikle verilere sahip olması gerekir, eğer ortada sahip olunan bir veri yok ise o zaman veri imtiyazı koruma yöntemini istemek de mümkün değildir. Yazar burada belirtilen yöntem ile korunan şeyin ilaç firmasına ait olan veriler olduğunu ortaya koymaktan kaçınmakta; böylelikle verilerin mülkiyet hakkına konu gayri maddi bir hak olması niteliğine bağlı olan diğer hükümleri de irdelemekten kurtulmaktadır. Oysa veriler korunan hakkın özüdür, o da veriler üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Dolayısıyla orijinal ilaç firmasının izni olmadan verilerden yararlanılması mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eder. Böyle bir tecavüz, ticari rakipler arasında olduğunda aynı zamanda haksız rekabet de teşkil edecektir. Bu görüş maalesef, verilerden haksız yararlanılmasının haksız rekabet teşkil ettiğine dair davalarda belirleyici durumunda olmuş, aslında haksız rekabetin varlığının tespiti ile sonuçlanması gereken bir çok davanın bu görüş doğrultusunda reddedilmesi ile sonuçlanmıştır. Yoğun iş yükü altında bulunan Yargıtay, bu kararların onanmasına dair kararlarında bu konuların irdelemesini yapmamış, dolayısıyla bu konuları aydınlatan bir içtihat ortaya çıkamamıştır. ÇOLAK, s. 227 - 272.

¹⁹² Bkz. Dipnot 29 civarı.

malı kullanmasına engel olabilir ve tecavüzlerini önleme ve ortadan kaldırma hakkına sahiptir, verilerin sahibinin de bunu engelleyen ya da sınırlayan bir kanun hükmü olmadığı sürece, başkalarının verilerden yararlanmasını ve bunları kullanmalarını önleme hakkı bulunmaktadır.

Söz konusu kullanım ve yararlanma ticari hayat içinde ortaya çıktığında ise bu mülkiyet hakkına tecavüze ilaveten haksız rekabet teşkil eder ve haksız rekabete karşı koruma hükümleri devreye girer. Haksız rekabet'in genel tanımı oldukça geniştir: “*Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir*”. Başkasına ait olan verilerden haksız bir yararlanma ve mülkiyet hakkına tecavüz durumu TTK m. 57’de haksız rekabet teşkil eden hüsnüniyet kaidelerine aykırı hallere verilen örneklerden birçoğuna uyar. Şöyle ki; mülkiyet hakkına riayet edilmemesi TTK m. 57/(5)’teki “*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak ...*” örneğine, m. 57/(8)’deki “*Hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalât veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak ...*” örneğine ve mülkiyet hakkına dair hükümler tüm tacirler hakkında da cari olduğundan bunun ihlal edilmesi m. 57/10’daki “*Rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli âdetlerle tâyin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek*” örneğine uymaktadır.

b. Veri Koruması – Veri İmtiyazı İlişkisi

Veri imtiyazı, veri korumasının idari alanda idari tedbirlerle sağlanmasına verilen genel addir. İdari makamların genel olarak hukuka uygun hareket etme, idari karar ve eylemleri ile haksız rekabete neden olmama gibi genel yükümlülükleri var olmakla birlikte, idari makamlar bireysel hakların korunması makamı değildir. Bireysel haklar ancak adli mahkemelerde dava yolu ile korunurlar. İdari makamlar ancak idari düzenlemelerde bir yükümlülük getirilmiş ise özel hakları koruyan tedbirler alabilirler.

İdari makamlar, özel haklarla ilgili olarak ancak düzenleyici işlemler yapabilirler ancak bu hakları ihdas edemeyecekleri gibi ortadan kaldıramazlar veya kısıtlayamazlar. Özel haklardan olan mülkiyet hakkı da, Anayasa m. 35 gereğince ancak kanun ile ve şartları var ise kısıtlanabilir.

TRIPS m. 39 kişilerin özel mülkiyetine konu olan açıklanmamış bilgiler ve bu kapsamda ilaca ait veriler hakkında özel bir idari koruma yöntemi getirilmesini öngörmüştür. Getirilen özel koruma yöntemi için belirli bir süre öngörülmemiştir. TRIPS Anayasa m. 90 hükümlerine göre yürürlüğe konulan bir

uluslararası sözleşme olarak kanun hükmündedir ve idareyi verileri idari alanda TRIPS m. 39(3)'te belirtildiği şekilde koruma ile yükümlü kılar.

Türkiye AB ile tam üyelik görüşmeleri çerçevesinde yaptığı uyumlaştırma çalışmaları ve ikili anlaşmalarla idari alanda veri koruması için AB'dekine benzer bir veri imtiyazı süresi getirmeyi öngörmüştür. Hali hazırda bu süre Türkiye'de 6 yıldır, ancak AB direktiflerinde bu sürenin 8 yıla ve bazı özel hallerde artı 2 yıl ve bazı hallerde de 1 yıl ilave edilerek toplam da 11 yıla çıkarılması öngörülmüştür.

İlaça ruhsat alınabilmesi için, bu verilerin Sağlık Bakanlığı'na sunulmasını zorunlu kılan idari yönetmelik hükmü ile mülkiyet hakkının ortadan kaldırılabilceğini veya kısıtlanacağını düşünmek Anayasa m. 35 hükmüne açıkça aykırı olacaktır. Aynı şekilde, veriler üzerindeki hakkın idari alandaki veri imtiyazı koruması süresi geçtikten sonra kendiliğinden ortadan kalkacağı da düşünülemez. İlaça ait veriler, ilaca ruhsat verilmesi için bu verilere bakılması gerektiği sürece bir değere sahiptir ve bu değer her hal ve şartta verilerin sahibine aittir. Bir ilaca ait veriler, ancak ve ancak o ilaçla ilgili kamuya açıklanan literatür bilgilerinin ruhsat verilmesine imkan verecek derecede etkinlik ve güvenliği kanıtlayabiliyor ve bir araya getirilmiş olması halinde değerini kaybedebilir. Nitekim, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği sadece literatüre dayalı olarak da kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılmasına izin vermektedir. İlaça ait veriler onlara referans yapıldığı veya ruhsat verilmesi süresince onlara dayanıldığı sürece bir değere sahiptir. Veri imtiyazı süresinin sona ermesi sadece idari makamların kendilerine sunulan verileri idari olarak korumaya son vermeleri demekten ibarettir. İdari makamların sonraki başvuru sahiplerini orijinal ilacın verilerine referans verme imkanı tanınması esasen bu verilerin bir değerinin olduğunun ve yaralanılması için sahibinden izin alınması gerektiğinin kanıtıdır. Türkiye'de 6 yıl olarak belirlenen veri imtiyazı süresinin bu tür korumanın çıktığı kaynak olan AB hukukunda 11 yıla kadar çıkıyor olması, yani AB'de 5 yıl daha uzun bir sürenin kabul edilmiş olması da, Türkiye açısından bakıldığında veri imtiyazı süresi sona erdikten sonra da verilerin genel olarak kabul edilen bir değer olduğunun kanıtıdır.

5. Yargılama Delili ve Delillere Erişimde Zorluklar

Türk Medeni Kanunu madde 6 gereğince herkes iddiasını kanıtlamakla yükümlü olup kendisindekileri mahkemeye sunacak ve diğer tarafa tebliğ ettirecektir. Üçüncü şahısların elinde bulunan delilleri ise mahkemeye bildirecek ve mahkeme üçüncü şahıslara bu delillerin ibraz edilmesi için bir emir verecektir. Böyle bir emre itaatsizliğin yaptırımları da öngörülmüştür.

İlaç patentlerine ilişkin davalarda Sağlık Bakanlığına sunulan dosyalar ve içerikleri önemli bir delil olmaktadır.¹⁹³ Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ilaç patentleri ve ilaç verilerinin korunması hususundaki davalarda, ruhsat başvuruları ve başvuru dosyalarının içeriği neredeyse en sahih delil niteliğindedir. Çünkü ilaç ruhsat başvurusu yapan firma, başvurusunda üretmek ve/veya satmak istediği ilacı doğru ve samimi olarak tanımlamak ilacın teknik özelliklerini, nasıl üretildiğini, üretim usulünü, etken madde ve yan maddelerin neler olduğunu eksiksiz olarak bildirmek zorundadır. Ayrıca firma ilacın etkinlik ve güvenliğini kanıtlamak için oldukça ağır ve kapsamlı bir kanıtlama yükümü altına girerek, özel olarak ürettiği bilgi ve belgeleri bir sistematik içinde Sağlık Bakanlığı'na sunmak zorundadır.

Veri koruması bakımından ise orijinal ilacın ruhsat dosyasına referans verilmesi kendi başına o orijinal dosyadaki verilerden yararlanma vakıasını içermekte ve böylelikle hem patent tecavüzü ve hem de veri koruması haksız rekabet davalarında vazgeçilmez ve sahih bir delil olarak ortaya çıkmaktadır.

Ruhsat başvuru dosyalarının patent tecavüz davaları için tek ve yegane delil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü her ne kadar ürün, içeriği, formülü ve üretim yöntemi açıklanmak durumunda olsa da ruhsat dosyaları ilaç patentlerinin kapsadığı her alanı kapsamak durumunda değildir. Patente konu olup da ruhsat başvurusunda açıklanması zorunlu olmayan birçok husus da olabilir. Bu nedenle, ruhsat dosyası patent davasını çözmeye yeterli olabileceği gibi, bazen ihtilafı çözmeye yeterli bilgi içermeyebilecektir.

Sağlık Bakanlığı'nın çıkardığı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırılma Yönetmeliği hükümlerine göre ruhsat başvurusu, sahibinin başvuru konusu ilacına ilişkin olarak en azından etken madde sentez bilgilerini, ki bu bilgiler özellikle usul, form, polimorf patentlerini ilgilendirir, ve formül patentlerini ilgilendiren formülasyon bilgilerini içermelidir.

¹⁹³ Aslında Sağlık Bakanlığındaki başvuru dosyalarının içeriği o davanın tarafı olan başvuru sahibi firmanın sahibi olduğu ve Bakanlık öngördüğü şekilde oluşturarak sunduğu bilgi ve belgelerden oluşmaktadır. Yani firma bu dosyada yer alan delillere başta kendisi sahiptir. Firma'nın elindeki delilleri HUMK m. 326 gereğince mahkemeye sunması ve diğer yana tebliğ ettirmesi zorunludur. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde hakim, HUMK m. 332 gereğince ibrazdan kaçınması nedeniyle iddiayı kabul etmiş sayması zorunludur. Ancak HUMK m. 326 ve 332 hükümlerinin uygulanması çok nadirdir ve aslında bu hükümlerin uygulanabilmesi için bile tarafın elinde hangi bilgi ve delillin bulunduğu tespit edilebilmesi için Sağlık Bakanlığındaki başvuru dosyasına müracaat edilmesi zorunludur. Başvuru dosyasının yeteri kadar açık olmaması, sunulan bilgi ve belgelerde eksiklik olması ihtimal dahilindedir. Patent tecavüzü ihtilafının çözümü için ilave bilgi ve belgenin sunulmasının gerekmesi halinde mahkemelerin m. 326 ve 332 hükümlerini işletmeleri gerekir.

Orijinal bir ilacın tamamen aynısını veya temelde benzerini üreteceği beyanı ile orijinal ilaca referans veren kısaltılmış ruhsat başvurularında (bunlara köprülendirilmiş başvuru – *abridged applications* da denilmektedir), eğer orijinal ilaç bir usul patentine konu ise 551 sayılı KHK m. 136/II gereğince bir kanuni tecavüz karinesi söz konusudur. Patent bir ürünün yapılışına ait bir usul için alınmışsa, aynı nitelikleri taşıyan her ürün, patenti alınmış usule göre yapılmış sayılır. Usule tecavüz etmeksizin ürünü ürettiğini iddia eden davalı bunu ispat etmekle yükümlüdür. Öte yandan, orijinal bir ilacın aynısını veya temelde benzerini üreteceğini beyan eden bir başvuruda kanuni bir tecavüz karinesi olmasa bile fiili bir karine de vardır.

Hem kanuni ve hem de fiili karinenin bulunduğu durumlarda ispat külfeti yer değiştirmekte; patent tecavüzü davasında normalde davacı tecavüzü ispat etmekle yükümlü iken, karine nedeni ile külfet yer değiştirmekte ve davalının tecavüz etmediğini ispat etmesi gerekmektedir. Aynı durum fiili karine halinde de söz konusu olmalıdır. Kanuni karine durumunda hakim bu karineye göre karar vermesi zorunlu iken, fiili karine durumu hakim bakımından takdirli delil niteliğindedir.

Tecavüz karinesi gereğince ispat külfetinin yer değiştirdiği bilinmesine rağmen uygulamada bu durumla çok karşılaşılmamaktadır. Bunda, davacının sadece karineye dayanarak ispattan kaçınması kadar, mahkemelerin bu karineyi etkin olarak kullanmaması ve bir de HUMK'a tabi yargılamada, delillerin belli bir noktaya kadar hasredilmesi zorunluluğu karşısında, o belirli noktadan sonra delil ortaya çıkartılmasının mümkün olmaması da etkili olmaktadır. Örneğin karineye dayanarak delil göstermeyen bir kişi, hakim karinenin uygulanamayacağına karar vermesi halinde başta göstermediği delilleri sonradan gösterebilecek midir? Her ne kadar bizler bu konuda usulen bir engel olmadığını düşünmekte isek de, bu konuda yerleşmiş bir uygulama olmadığı için, davacı tüm delillerini en baştan sunmak ve kanuni karineye de alternatif delil olarak dayanmak durumunda kalmaktadır.

Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 28 (eski m. 36) hükmü gereğince ilaç ruhsat başvuruları, böyle bir başvurunun yapılmış olduğu da dahil olmak üzere gizlidir. Sağlık Bakanlığı bu konuda kesin bir gizlilik politikası izlemekte; herhangi bir ilaç için ruhsat başvurusunda , ancak o ilaca ruhsat verildikten sonra, o da meşakkatli bir çalışma ile Sağlık Bakanlığı'nın web sitesindeki veri tabanları takip edilerek öğrenilebilmektedir. İlacın ruhsatlandırılmasına kadar ne zaman başvuru yapıldığı, başvurunun hangi aşamada olduğu, başvurunun incelenmesi sürecinde ne tür bilgi ve görüşler verildiği, kamu sağlığı ve haksız rekabet gibi endişelerin nasıl giderildiği

konusunda hiç bir bilgi dışarıdan edinilememektedir. İlaç firmaları diğerlerinin başvurularından ancak piyasadaki söylentiler nedeniyle çok az ve yetersiz olarak bilgilenebilmekte; yeni ilaç ruhsatları çoğu zaman sürpriz olarak ortaya çıkmaktadır. Firmaların rakiplerinin ne zaman piyasaya girecekleri konusunda hiç bir bilgileri olmadığı için tüm ekonomik aktiviteler sadece tahminler ve söylentilere göre planlanmaktadır.

Sağlık Bakanlığı'nın bir ilaca ruhsat verme kararının isabetli olup olmadığını kamu adına denetlemesinin mümkün olmadığını söylemek doğru olacaktır. Kararın isabetli olup olmadığını denetlenmesi, ancak başvuru yapan firmanın Sağlık Bakanlığı'nın kararlarını dava etmesi ile kısmen mümkün olabilecektir. Ancak, firmaların Sağlık Bakanlığı'nı dava etme konusunda ne kadar çekingen oldukları bilinen bir olgudur. Öte yandan Sağlık Bakanlığı'nın ruhsat verme kararı, bu noktaya gelmeden önce alınan bir çok idari karar sonucunda verilmektedir. Örneğin, başvuru dosyasındaki evrakın eksik olup olmadığı gibi basit bir idari konu olabileceği gibi, etkinlik ve yan etkileri konusunda bilimsel kurul ve uzmanlardan alınan görüşlerin ne dereceye kadar dikkate alındığı ve isabetli olduğu gibi konularda kamuoyunun bilgilenebilmesi ve bu sürece dahil olması mümkün bulunmamaktadır.

Bu süreçten sadece yetkili bir mahkemenin vereceği bir karar gereğince ve mahkemedeki davanın konusu olan ihtilafın çözümü amacı ile sınırlı olarak haberdar olmak mümkündür. Zira Sağlık Bakanlığı hukuk yargılamasında üçüncü kişi durumundadır ve mahkemenin bir bilgi veya belgenin verilmesi konusundaki kararına uymakla yükümlüdür. Açılan patente tecavüz olup olmadığını tespiti ve ihtiyati tedbir istemli davalarda mahkemeler ruhsat başvurusu yapıp yapılmadığının tespiti istemlerini, jenerik firmanın başvurusu hakkında mahkemeler aracılığı ile bilgi edinilmesinin hukuki olmadığı gerekçesi ile reddederken; Avukatlık Kanunu m. 2(son)'daki yetkiye istinaden yapılan başvurular üzerine Sağlık Bakanlığı'nın başvuru bilgilerini vermesi gerektiği sonucunu doğuran kararlar vermişlerdir. Ancak 06.03.2007 tarihli 2004/10375 E. ve 2007/891 K. sayılı Danıştay 10. Dairesi kararı ile bu husustaki dayanaksız engel ortadan kalkmış ve şirketlerin, kanuni haklarını kullanabilmeleri için, ilaçlarına ilişkin başvuru bulunup bulunmadığını öğrenme hakkı olduğu tespit edilmiştir. Bu karar gereğince avukatların yaptığı başvurular üzerine Sağlık Bakanlığı, jenerik başvurulara ilişkin tarih, başvuru sahibi, etken madde ve statü bilgilerini vermektedir.

6. Yargılamanın Aleniyeti ve Gizlilik Sorunları

Sağlık Bakanlığı, bir üst başlıkta bahsedilen Avukatlık Kanunu m.2(son)'a dayalı başvurularda, dosya içeriği hakkında bilgi vermeyi, içeriğinin

gizli olduğu gerekçesi ile reddetmekte, ancak, aynı bilgiler mahkeme tarafından istendiği takdirde mahkemeye sunmakta; bununla birlikte gönderilen dosya ve bilgilerin gizli olduğu yolunda şiddetli uyarılarda bulunmaktadır. Mahkemeler de buna dayalı olarak taraflara ve vekillerine gizlilik uyarıları yapmakta, HUMK ve Ceza Muhakemesi Kanunu (“CMK”)’da öngörülenin dışında, kendilerine has gizlilik yöntemleri geliştirmektedirler.

Nitekim, İstanbul FSHHM’nin 2008 tarihli kararında (*mealen*) “*Davacı vekillerinin Sağlık Bakanlığından gönderilerek mahkememiz kasasına alınan davalı yana ait ruhsat dosyalarının mahkeme kaleminde yazı işleri müdürünün huzurunda incelemesine, gizli tutmalarına ...*” şeklinde karar verilmiş; keza, aynı dosyada davalı tarafından sunulan bilgileri de, bunlar aleni yargılaması süren davada delil olarak sunulmuş olmasına rağmen, 2008 tarihli diğer bir kararında (*mealen*) “*Davacı vekillerinin Davalı yanın kapalı zarf içinde ibraz ettiği / Sağlık Bakanlığından gönderilen mahkememiz kasasına alınan davalı yana ait formül bilgilerinin incelemesine gizli tutmalarına*” diyerek bir çeşit gizlilik koruması altına almış bulunmaktadır. Oysa mahkemenin böyle bir durumda HUMK ve CMK usulüne göre hareket etmesi ve şartları var ise yargılamanın gizliliğine ve açıklama ve yayım yasağına karar vermesi daha uygun olurdu.

Daha yakın tarihli bir davada Sağlık Bakanlığı’nın gizlilik uyarıları, yargılamadaki usul işlemlerinden biri olan bilirkişi incelemesinden tarafların, taraf avukatlarının ve teknik danışmanlarının dışlanmalarına, aleni yargılamaya sunulan ve uyuşmazlığın çözümünde delil olarak kabul edilen delillerin patent sahibi olan tarafın ulaşımına ve görmesine kapatılması ile sonuçlanmıştır.

ÇOLAK¹⁹⁴’a göre, (i) gizlilik durumu sadece TRIPS m. 39’da sözü edilen orijinal ilaç ruhsat dosyasındaki veriler için değildir, jenerik ilaç ruhsat başvuru dosyalarında da gizlilik durumu vardır; jenerik başvurulardaki gizlilik hususu TRIPS’e göre korunmazsa da TTK m.56, Türk Ceza Kanunu m. 239’a göre korunur; (ii) Sağlık Bakanlığı Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin 28. maddesinde (referans ve jenerik) ruhsat başvurularında Bakanlığa sunulan bilgilerin gizliliğini, 29. maddesinde cezai sorumluluğu öngörmektedir; (iii) buna karşılık taraf aleniyeti ilkesi de yargılama sırasında incelenen ve hükme esas alınacak olan delillerin taraflarca incelenebilmesini gerektirir; (iv) taraflara ve vekillere uyarıda bulunularak inceleme sağlanabilir ama böylelikle bilgiler rakiplere ulaşır; (v) Sağlık Bakanlığınca verilmeyen bilgilerin açılan davalarda mahkemece celbinin sağlanması ‘*gizlilik kuralının mahkeme aracı kılınarak dolanılması da*’ hukuka uygun ve iyi niyetli değildir; (vi) veri dosyası üzerindeki incelemenin tarafların katılımı olmaksızın, mahkeme

¹⁹⁴ ÇOLAK, s. 272 – 284.

önünde ve yeminli bilirkişilerce yapılması da amaca uygun görülebilir. ÇOLAK'ın, jenerik ilaçlara ait dosyalarda da gizli nitelikte bilgiler olabileceğinden yola çıkarak, Sağlık Bakanlığı Yönetmelik hükmünün HUMK'un evrensel yargılama hukuku ilkelerini yansıtan kurallarının önüne geçebileceğini öngören ve yargılamanın bir kısmının tarafların katılımı olmaksızın yapılabileceğine dair görüşlerine katılmıyoruz. Ancak bu görüş yargılamalarda etkili olmaya devam etmektedir.

Nitekim, halen yargılaması devam etmekte olan bir davada, İstanbul FSHHM Mayıs 2009 tarihli kararında (meal) “..... gizli olduğu için **ruhsat dosyasının sadece bilirkişilerce inceleneceği**, .. eğer taraf vekilleri mutabık kalır iseler ... gizliliğe riayet edeceklerine dair yemin yaptırılmak ve cezai takibat hatırlatması ile incelemeye katılmalarına izin verileceği” şeklinde kararı ile dava dosyasındaki delillerin incelenmesine izin vermemiştir. Mahkeme patent sahibinin itirazını (meal) “.. ruhsat dosyasındaki bilgilerin gizliliğine mahkememizce de riayet edilmesi gerektiğinden, gizli tutulmaları gerekli bilgilerin duruşma sırasında da olsa rakip firmaların bilgisine sunulması durumunda yasal gizliliğin ihlal edilmiş olacağı dikkate alınarak, ayrıca **bilirkişilerce yapılacak inceleme sırasında tarafların veya teknik uzmanlarının da katılmalarının gerekli olmadığı** gözetilerek ve tanıkların gizli olarak dinlenebileceklerine dair HUMK'nun 255/2 maddesi de kıyasen uygulanarak, ruhsat dosyası üzerindeki incelemenin bu aşamada sadece bilirkişilerce yapılması mümkün görüldüğünden, davalı vekillerinin talebinin reddine” şeklinde bir gerekçe ile reddetmiştir. Henüz yargılaması devam eden bu davada mahkemece verilen ve aleyhinde yasal başvuru yolları sürmekte olan bu görüşlerin hukuka uyarlı olmadığı görüşünderiz. Diğer mahkemelerce benimsenmeyen bu kararlardaki hatadan zaman içinde dönüleceğini umuyoruz. Ancak bu durum, ilaç patentleri sahiplerinin patentlerinden doğan haklarını korumak için ne tür zorluklarla karşılaştığını ortaya koyan bir örnek olarak dikkate şayandır.

SONUÇ

Türkiye'nin fikri ve sınai mülkiyet hakları ile ilgili yasal mevzuatının genel olarak uluslararası mevzuata uygun olduğu, ancak örneğin patent mevzuatının EPC ve diğer AB mevzuatı ile uyumlaştırılması gibi konularda, geliştirilme ihtiyacı gösterdiği kabul edilmektedir. Özellikle telif hakları, marka taklitçilik ve korsancılık karşısında getirilen düzenlemelerin, yaşanan bir kısım sıkıntılara rağmen etkin bir koruma sağladığı yadsınamaz.

Ancak, özellikle ilaca ilişkin patent haklarının korunmasının önünde ciddi zorluklar mevcut olup, bunlar ilaç patentlerinin etkin olarak korunmasını

etkilemektedir. Bilindiği gibi bulunan bir molekülün ilaç olarak geliştirilerek insanların kullanımına sunulabilmesi için, toplamda 10 ila 15 yıl gibi uzun süreye yayılan ve maliyetleri 1 milyar Amerikan Dolarına varan farmakolojik, toksikolojik araştırma ve testler ile klinik araştırmalar yapılması zorunludur. Bu emek ve yatırımın karşılığında ise buluş sahibine bir tekel hakkı verilmektedir. İlk bakışta 20 yıl olarak görünen bu tekel hakkı ise, özellikle buluş için ilk başvurunun yapılmasından daha sonra yapılan bu test ve deneyler için geçen süre ile ve daha sonra ilaç ruhsatlandırma otoritelerinde ilacın etkinlik ve güvenilirliğinin kanıtlanması ile geçen süre sonucunda oldukça kısalmaktadır. AB ülkelerinde patent süresinden kaybedilen bu sürenin telafi edilerek geri kazanılması için SPC gibi ek koruma yöntemleri öngörülmüşken, Türkiye’de buluşçu şirketler lehine böyle bir telafi sistemi yer almamaktadır. İlaç verilenin haksız rekabete karşı etkin korunması konusunda ise, 2005 öncesindeki duruma göre idari alanda veri imtiyazı koruması getirilerek bir ilerleme sağlandığı düşünülebilir ancak bu korumaya birçok ilacı kapsam dışında bırakan sınırlar getirilmiş ve yaratılan zayıf düzenleme ile idari alanda veri koruması dışında veri korumasına izin ve imkan verilmemiştir. Bunlara ek olarak ilaç sektörünün teknoloji seviyesi çok yüksek ve kârlılığı fazla olan bir sektör olması dolayısı ile buluşçu ilaç şirketleri ürünleri ile rekabet eden yeni buluşlarla sık olarak karşılaşmakta ve bu aynı alandaki yeni ürünler de ilaçların ticari ömürlerini azaltabilmektedir. Dolayısı ile buluşçu şirketlere tanınan tekel hakkı sanılandan çok daha az bir süre olarak ortaya çıkmaktadır.

İlaç sektöründe rekabetin nasıl işlediğinin tespiti için bu sektördeki rekabetin doğasını iyi anlamak gerekmektedir. Genel olarak diğer sektörlerde rekabet, aynı şekilde faaliyet gösteren, haklarında aynı mevzuat ve düzenleyici işlemlerin söz konusu olduğu ve aynı yükümlülükler altında bulunan şirketler arasında işlemektedir. Dolayısı ile rakiplerin tabi olduğu koşullar arasında dengeli bir terazi mevcuttur. İlaç sektöründe ise buluşçu firmalar, ürünlerinin etkinlik ve güvenilirliklerini kanıtlamak zorunda olmayan, ruhsat almak için bu verileri oluşturmak yerine buluşçu şirketlerin maliyetine katlanarak yarattıkları verilere dayanan, halihazırda buluşçu firmalar tarafından doktorlara tanıtımı büyük ölçüde yapılmış olan ürünleri piyasaya süren ve bu şekilde tamamen farklı bir regülasyon ortamında faaliyet gösteren jenerik şirketlerin rekabeti ile karşı karşıyadır. Dolayısı ile jenerik şirketler buluşçu şirketlere göre son derece önemli bir rekabet avantajı içinde faaliyet göstermektedirler. Jenerik şirketlerin bu avantajlı konumunun yanında, jenerik ve orijinal ilaç şirketlerinin haklarının dengeli olarak korunduğundan da bahsedilemeyecektir. Tebliğ içeriğinde bahsettiğimiz gibi, patent ve veri koruması davalarında, buluşçu şirketler lehine getirilmiş TRIPS m.39/3, usul patentlerinde ispat yükünün jenerik şirket tarafına

geçmesi, buluşçu firmalarının dava açmadan önce delil tespit ettirmesi ve patent tecavüzünün meydana gelmeden önce önlenmesi gibi yasal mekanizmalar işlememekte yahut işletilmemektedir. Dahası, yargılamada özellikle orijinal ilaç üreticisine kendi ruhsat dosyasına referans veren jenerik ruhsat dosyalarının incelettilmemesi ve diğer delillere erişim, tarafların yargılamanın tüm süreçlerine müdahil olması konularındaki engeller nedeni ile davalarda gerçeğin ortaya çıkması gecikmektedir.

Orijinal ve jenerik ilaç şirketleri arasında ortaya çıkan işte bu dengesiz durumun öncelikli olarak ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ancak bu durumda, bu şirketlerin eşit yarışma koşullarına sahip olduğundan bahsedilebilecektir. Bu bakımdan ilaç sektöründe adaletin gerçekleşmesinin, rekabetin gerçekleşmesinden daha öncelikli ve önemli olduğu görüşündeyiz. Toplumun yeni ve ucuz ilaca erişebilmesinin sağlanması kadar yeni ilaçlara da ihtiyacının olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yeni ilaçlara ilişkin buluşların artmasını teşvik eden fikri mülkiyet haklarının etkin olarak kullanımı sağlandığında, orijinal ve jenerik ilaç şirketleri arasındaki denge de adil bir şekilde kurulmuş olacaktır.

BİBLİOGRAFYA

KİTAPLAR

- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Bursa, 2000
- GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, 2004
- GÜÇER**, Sülün Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Yüksek Lisans Tezi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005
- GÜNEŞ**, Gülsen, Türk Hukukunda Entelektüel Sınai Haklar ve Vergilendirilmesi, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997
- KARAEĞE**, Özge, Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, Legal Yayınları, İstanbul, 2010
- KAYA**, Yüksel, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2001
- KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt V, İstanbul, 2001
- ODMAN**, Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara, 2002
- ÖLMEZ**, Hakan Suat, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Ve Uygulaması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2003
- ÖZ**, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2000
- ÖZBUDUN**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2000
- PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 8. Baskı, Ankara, 1999
- TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2001
- TEKİNALP**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta, 4 Baskı, İstanbul, 2005
- TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 1996
- WHISH**, Richard, Competition Law, Oxford Press, 6th Edition, 2009

MAKALELER

ASLAN, Yılmaz, “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler”, FMR, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, 2001

ATEŞ, Mustafa, “Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009

BALLARDINI, Rosa Maria, “The Software Patent Thicket: A Matter Of Disclosure”, (2009) 6:2 *SCRIPTed* 207

ÇOLAK, Uğur, “Kısaltılmış Ruhsat Başvurusundan Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul 2009

FORRESTER, I.S., “Software Licensing in the Light of Current EC Competition Law Considerations”, ECLR, No:1, 1992

GÜN, TAŞDEMİR, BOZOĞLU, “İlaç Piyasasında Veri Koruması ve Rekabet Hukuku İlişkisi”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu IV, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2006

ILGAZ, D., “Turkey Aims at Full Harmonisation with the EU Acquis Communautaire in Intellectual Property as a Requirement of Membership, Euro-Mediterranean Integration, The Mediterranean’s European Challenge”, Volume: III, Ed. Peter G. Xuereb, 364-393, European Documentation and Research Centre, University of Malta, 2002

LEMLEY, Mark.A.,” Is Patent Law Technology-Specific?”, Berkeley Technology Law Journal, Vol.17, (2002)

LEVIN, Richard C., “Testimony before FTC/DOJ Joint Hearings on Competition and Intellectual Property Law”, 6 Şubat 2002

LUTERKORT, Eva, “Vexatious (Patent) Litigation & Art. 82 EC Following AstraZeneca – EC and US Converging Approaches?”, University of Lund, FACULTY OF LAW, 2007

ÖZTÜRK, Pınar, “Patent Hakkı ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2005

PREECE, Steven, “ITT Promedia v. E.C. Commission: Establishing an Abuse of Predatory Litigation”, E.C.L.R., 20(2), 1999

PUGATCH, Meir Perez, “Intellectual Property and Pharmaceutical Data Exclusivity in the Context of Innovation and Market Access”, University of Haifa ICTSD-UNCTAD Dialogue on Ensuring Policy Options for Affordable Access to Essential Medicines Bellagio, 12-16 Oct. 2004

RUBENSTEIN, Abigail, “the Commission will not take the view per se that patent settlements are probably illegal, EU to Request Drug Patent Deal Details”, Law 360, 19 November 2009

SCHNEIROV Elizabeth, “İlaç Sektöründe Patent Davalarına İlişkin Anlaşmalar”, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2010

YALÇINER, Uğur, “İlaç ve Patent Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”, FMR 3/2002

YALÇINER, Uğur, “Türkiye’de Patent Ve Faydalı Modellere Yönelik Uygulamalar” Türkiye’de Fikrî-Sınaî Hakların Etkin Uygulanması" Konulu Sempozyum, 6-7 MAYIS 2004.

KARARLAR

Türkiye - Yargıtay Kararları

Yargıtay 4.HD, E. 1993/8217, K. 1994/6585, T. 11.7.1994
Yargıtay 10. HD, E. 1994/12170, K. 1994/19856, T. 6.12.1994
Yargıtay 2. HD, E. 1995/12587, K. 1995/14097, T. 22.12.1995
Yargıtay 11. HD, E. 1997/2514, K. 1997/4904, T. 23.6.1997
Yargıtay HGK, E. 1999/10-654, K. 1999/899, T. 3.11.1999
Yargıtay 11. HD, E. 2002/4013, K. 2002/7210, T. 9.7.2002
Yargıtay 4. HD, E. 2002/13252, K. 2003/3743, T. 27.3.2003
Yargıtay 10. HD, E. 2003/1898, K. 2003/3807, T. 24.4.2003
Yargıtay 4. HD, E. 2003/15591, K. 2004/5092, T.19.4.2004

Türkiye İlk Derece Mahkeme Kararı

İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 1995/1561, K. 1996/1297, T. 27.12.1996

Rekabet Kurulu Kararları

00-42/453-247 sayı, 2.11.2000 tarihli karar
0-25/258-140 sayı, 04.07.2000 tarihli karar
00-49/529-291 sayı, 14.12.2000 tarihli karar
00-44/472-257 sayı, 6.11.2000 tarihli karar
01-12/114-29 sayı, 13.3.2001 tarihli karar

00-50/533-295 sayı, 15.09.2001 tarihli karar
03-72/874-373 sayı, 10.11.2003 tarihli karar
03 - 40 / 432-186 sayı, 9.6.2003 tarihli karar
03-40/432-186 sayı, 09.06.2003 tarihli karar
05-61/900-243-159 sayı, 26.09.2005 tarihli karar
06-02/49-10 sayı, 5.1.2006 tarihli karar

Avrupa Birliği Mahkemeleri Kararları

Case 24/67 *Parke Davis and Co v Probel*, (1968), ECR 55
Case 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH*, (1978) E.C.R 1139
Case 65/86 *Bayer v. Süllhöfer* [1988] ECR 5249
Case 238/87 *Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd.* ECR 1988, 6211
Case T-51/89 *Tetra Pak v Commission* [1990] ECR II-309
Case T- 69/89, *RTE v. Commission*, ECR 1991, II – 485; Joined Cases C-241-242/91 *P RTE and ITP v. Commission* (1995) ECRI – 743
Case T-111/96 *ITT Promedia NV v. Commission* [1998] ECR II-2937
Case C-7/97 *Oscar Bronner v. Mediaprint* [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112
Case C-418/01 *IMS Health GmbH&Co v NDC Health GmbH&Co* [2004] ECR I-5039, [2004] 4 CMLR 1543
Case T-201/04 [2007] *Microsoft v. Commission* ECR II-000, [2007] 5 CMLR 846

Avrupa Birliği Komisyon Kararları

87/500/EEC: Commission Decision of 29 July 1987 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (*IV/32.279 - BBI/Boosey & Hawkes: Interim measures*)
Decca Navigator System OJ [1989] L 43/27
Case COMP/C-3/37.792 Microsoft
Case COMP/A. 37.507/F3. AstraZeneca
Case No COMP/D2/39.514
8.07.2009 tarihli İlaç Sektör Araştırması Nihai Raporu
(<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>)
Commission of the European Communities, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2.4.2008, COM(2008) 165 final

A.B.D Kararları

United States v. AT&T Co., 552 F.Supp. 131 (D.D.C. 1982)
MCI Communicatios Corp. v.AT&T Co. 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983)
Fishman v.Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir.1986)
Schering-Plough Corp. v. FTC – Eleventh Circuit Court.

Valley Drug Co. v. Geneva Pharma Inc., Abbott Lab., 2003 WL22120130, 15-16 (11th Cir.).

Terazosin, 164 F.Supp. 2d 1340 (SD Fla. 2000).

Cardizem CD, 105 F. Supp.2d 682 (ED Mich 2000).

Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litigation, No. 08-1097, 2008 WL 4570669 (Fed. Cir. Oct. 15, 2008)

Federal Trade Commission, v. Cephalon, Inc., Civil Action: 08-CV-2141-RBS.

DİĞER

Business Week Special Report, 1 Ağustos 2006; Interbrand Corporate Literature 2006

DUNCAN, Curley, “Supplementary Protection Certificates - Keeping pace with drug development?”.

www.ip-institute.org.uk/pdfs/ipi_presentation_23-january_2008.ppt

JACOBSEN, R.A./MCDERMOTT, S.M.: Antitrust Principles Applicable to Intellectual Property, *The Antitrust Review of the Americas 2003*, s.32, www.Mwe.com/ifo/7pubs/anitrust2003.pdf

<http://www.aifd.org.tr/PDF/PozisyonBelgeleri/tr/FikriMulkiyetHaklariveVeriKorumasi.pdf>

<http://www.who.int/medicines/services/inn/en/>

MEMO/08/20 (FAQ)

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/20&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en#fn2#fn2>

EFPIA, “The Pharmaceutical Endustry in Figures”, 2006 Edition

Comments From the Epo, 10.03.2009

Intellectual Property Institute, Response to the invitation to submit comments to the preliminary findings in the European Commission Pharmaceutical Sector Inquiry (reference: 39514).

<http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>

BURRILL & COMPANY, *Analysis for Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, 2008*; and *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, PhRMA Annual Member Survey (Washington, DC: PhRMA, 2008)*

JACOB LJ, <http://ipkitten.blogspot.com/2008/12/that-pied-piper-speech-full-text-now.html>

<http://www.ftc.gov/os/2005/12/051202amicustamoxifen.pdf>

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:S.369.IS>

<http://www.mondaq.com/unitedstates/article.asp?articleid=93380>

**YAVRU ŞİRKET TARAFINDAN İŞLENEN REKABET
İHLALLERİNDEN DOLAYI
ANA ŞİRKETE CEZA VERİLMESİ**

Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU*

Bazı yatırımcı gruplarının, eğer böyle bir istisna söz konusu olursa zenginleşeceklerinden dolayı, hukukun genel prensiplerinden sorumlu tutulmamaları kesinlikle kabul edilmemelidir. Adam Smith, sınırlı sorumluluk hakkında.

Sınırlı sorumluluk ilkesi modern zamanların en büyük icadıdır. Eğer sınırlı sorumluluk olmasaydı, elektrik ve buhar bile bu kadar önemli olmayabilirdi. Rektör, Columbia Üniversitesi, 1911.

Öz

AB'deki ceza miktarlarında son yıllarda meydana gelen artışın önemli sebeplerinden birisi; sadece ihlali yapan yavru şirketin değil, bu ihlal nedeniyle ana şirketin de rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu tutulmasından kaynaklanmaktadır. Ana şirketin direkt olarak etkisinin olmamasına rağmen yavru şirketin rekabet ihlallerinden dolayı cezalandırılması AB Komisyonu tarafından yaygın bir uygulama halini almıştır. Bu uygulama AB Mahkemeleri tarafından da kabul görmektedir. Aynı şekilde ABD'nde rekabet hukuku uygulamalarında ana şirket yavru şirket ilişkisine yönelik uygulamalar çeşitli şekillerde yer bulmuştur. Rekabet hukukunda ana şirketin sorumluluğuna ilişkin aynı ekonomik bütünlük (single economic unit) teorisi rekabet uygulayıcıları tarafından geliştirilmiştir ve yaygın olarak uygulanmaktadır.

Türk Hukukunda, tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkeleri şirketler hukukunun temel prensipleridir. Bu nedenle, direkt olarak bir kanundan kaynaklanmayan sorumluluk yüklemelerinin dışında, ana şirketin yavru şirketin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekmektedir. Türk rekabet hukuku uygulamasında ise ana şirketin yavru şirketin rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu tutulabilmesine yönelik bazı

* Yrd. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

uygulamalar olmakla birlikte, gerek Rekabet Kurulu kararlarında gerekse Danıştay kararlarında konuya ilişkin temel prensipler henüz yerleşmemiştir.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem de Türk hukukunda ana şirketin yavru şirketin rekabet ihlallerinden dolayı direkt olarak sorumlu tutulması, şirketler hukukunun ana prensipleri olan bağımsız tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkelerine aykırıdır. Bu nedenle, şirketler hukukunun yerleşmiş prensiplerine getirilecek bir istisnanın hukuki temellerinin iyi oluşturulması gereklidir. Yine rekabet hukuku prensipleri açısından konu değerlendirildiğinde ana şirketin yavru şirketin ihlallerinden dolayı sorumlu tutulması, cezada şahsilik ilkesi ile çelişki gösterebilir.

Bu makalede ana şirketin yavru şirketin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumlu tutulması konusu rekabet hukuku ve şirketler hukuku prensipleri açısından incelenerek, konuya ilişkin temel hukuki tartışmalar yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Ana Şirket, Yavru Şirket, Rekabet Hukuku, Aynı Ekonomik Bütünlük*

Abstract

One of the reasons for the increase of antitrust fines imposed by the EU Commission in recent years is that they sanction not only responsible subsidiaries but also sanction parent companies. Making parent companies responsible even though they have not involved directly in anticompetitive behavior has become a common practice in decisions of the EU Commission. This practice has been approved by the EU courts as well. Similarly, discussions regarding parent-subsidiary liability in antitrust cases have become common in the USA. Competition authorities and courts have developed a single enterprise theory which they apply in antitrust cases regarding parent subsidiary liabilities.

Separate legal personality and limited liability principles are the main principles of Turkish company law. Thus, in order to make parent companies liable for their subsidiaries' actions, the separate personality veil must be lifted. In Turkish competition law, even though, there are some principles to make parent companies liable for their subsidiaries' antitrust infringements, in decisions of both Turkish Competition Board and Turkish Danıştay, the main applicable principles regarding the subject have not settled yet.

Both in comparative and Turkish law, making parent companies directly responsible for their subsidiaries' actions without any additional reasons, is against the separate legal personality and limited liability principles

which are the main principles of company law. Accordingly, lifting the corporate veil can only be applied in exceptional circumstances. If there will be an exemption to main principles of company law, basis of this exemption must be very well constructed. Moreover, according to main principles of competition law, making parent companies liable for their subsidiary's actions might be in contradiction to the principle that the antitrust fines must be based on fault.

As a result, in this article, the topic of making parent companies directly liable for their subsidiaries' actions will be discussed from the perspectives of company law and competition law in comparative method.

Keywords: *Parent Company, Subsidiary, Competition Law, Single Economic Unit*

1- GİRİŞ

Bu makalenin temel tartışma konusu, ana şirketin direkt etkisinin olmamasına rağmen yavru şirketin işlemiş olduğu rekabet ihlallerinden sorumlu olup olmadığı sorunu olacaktır. Diğer bir deyişle, tartışma, ana şirketin yavru şirket tarafından işlenen rekabet ihlallerine direkt olarak katılmamış olmasına rağmen ceza sorumluluğunun olup olmadığı; eğer böyle bir sorumluluk kurulacaksa hangi temeller üzerinde kurulması gerektiği üzerinde yoğunlaşacaktır. Konu incelenirken rekabet hukukunun yerleşmiş teorilerinden birisi olan aynı ekonomik bütünlük¹ (*single economic unit*) kavramı üzerinde durulacaktır. Fakat bu teorinin genel çerçevesinin incelenmesinden ziyade, ana şirket yavru şirket ilişkisinde ana şirkete ilişkin olan sorumluluk karinesi (*presumption of liability*) temelli tartışmalara öncelik verilecektir. Tartışmanın ana teması, aynı ekonomik bütünlük içerisinde olan teşebbüslere uygulanacak kurallar ve bu kuralların pratik uygulanması üzerinde olacaktır. Diğer bir deyişle, bu makalede uzun aynı ekonomik bütünlük içerisindeki teşebbüslere uygulanacak yerleşmiş kuralları tekrar tartışmaya açmaktansa ana şirket yavru şirket ilişkisinde direkt ve kusursuz sorumluluk prensibinin işletilmesini temel alan bir tartışma yapılacaktır.

Ana şirket ve yavru şirket kavramların doğuşu şirketler hukuku temellidir. Ana şirket, yavru şirket ve bunlara yönelik yapılan sorumluluk tartışmalarının temelinde şirketler hukukunun tarihsel gelişiminin önemi büyüktür. Şirketler hukukunun temel prensipleri olan bağımsız tüzel kişilik ve

¹ Gerek karşılaştırmalı hukukta, gerekse Türk hukukunda bu kavram değişik isimlerle kullanılmaktadır. Bu makalede aynı ekonomik bütünlük kavramı esas alınacaktır.

sınırlı sorumluluk ilkeleri gerçek şahısları yatırım yapmaya teşvik etmek için çıkarılmıştı.² Fakat daha sonra şirketlerin diğer şirket paylarına sahip olmalarına izin verilerek, pay sahibi olma hakkı şirketlere de tanınmıştır. Bu konuda belki de en ilginç tespitlerden birisi, ABD’nde şirketlerin başka şirketlerin paylarına sahip olmasına izin verilmesi ile ABD rekabet hukukunun temelini oluşturan Sherman Yasası’nın³ çıkarılmasının aynı zaman periyoduna denk geliyor olmasıdır. Bu nedenle birçok şirketler hukuku tarihçesine göre, şirketlerin başka şirketlerin hisselerine sahip olmalarına izin verilmesindeki temel sebeplerden birisi, Sherman Yasası tarafından getirilen düzenlemelerden kaçınmayı kolaylaştırmaktı.⁴

Ana şirket yavru şirket arasındaki sorumluluk tartışmalarının tarihi gelişimi incelendiğinde görülecektir ki, aslında bağımsız tüzel kişilik teorisi ilk uygulanmaya başladığında şirketlerin başka şirket paylarına sahip olmasına izin dahi verilmemişti. Bu nedenle modern şirket gruplarında bağımsız tüzel kişilik prensiplerinin uygulanması her zaman için eleştirilmiştir.⁵

Şirketler hukukunun temel prensiplerinin pay sahipleri tarafından kötüye kullanılmasını önleme amacıyla şirket pay sahipleri ile şirket tüzel kişiliği arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi geliştirilmiştir. Fakat mahkemeler, sınırlı sorumluluk ve bağımsız tüzel kişilik ilkelerinin şirketlerin kanundan doğan hakları olduğuna ve ancak istisnai şartların varlığı halinde perdenin kaldıracağına karar vermiştir. Ana şirket yavru şirket arası ilişkinin düzenlenmesinde de şirketler hukukunun temel prensiplerinin esas alınması, perdenin kaldırılması teorisinin şirket gruplarına da uygulanması gerektiği yönünde tartışmaları başlatmıştır. Fakat şirket grupları açısından bu tartışma hiçbir zaman sonuçlandırılmamış ve perdenin kaldırılması teorisinin dar kalıpları aşarak şirket grupları için genel bir sorumluluk teorisi geliştirilememiştir.⁶

Şirketler hukukunun bu temel prensiplerin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi yapıldığında görülecektir ki, rekabet hukuku ilk pratik uygulamalarından itibaren ana şirket yavru şirket arası bağımsızlık teorisine

² Bkz. EROĞLU, M. (2008a) ‘Multinational Enterprises and Tort Liabilities’ Edward Elgar, İngiltere; IRELAND, P. (1999) ‘Company Law and the Myth of Shareholder Ownership’ Modern Law Review, No: 62, s. 32

³ The Sherman Antitrust Act (*Sherman Act*, July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C)

⁴ BLUMBERG, P.I., (1993) *The Multinational Challenge to Corporation Law*, OUP, Oxford, s. 56.

⁵ KAHN-FREUND, O., (1944) “Some Reflection on Company Law Reform” Modern Law Review, No: 7, s. 54

⁶ Bkz. EROĞLU (2008a), Bölüm 3 ve 5.

hep şüpheli yaklaşmıştır. Bunun nedeni rekabet hukukunun ekonomik gerçekliği temel alıyor olmasıdır. Rekabet hukuku, rekabet ihlallerinin cezalandırılmasında şirket tüzel kişilik kalıbını aşarak teşebbüs ve teşebbüs birliği gibi temel ekonomik kavramları esas almıştır. Rekabet hukuku ana şirket yavru şirket ilişkisini teşebbüs kavramı içerisinde değerlendirdiği için, bu ilişkiye şirketler hukukundakinden farklı bir yaklaşım getirerek özgün sorumluluk teorileri geliştirmiştir. Bu nedenle ana şirket yavru şirket arası sorumluluk tartışmalarında rekabet hukukunun geliştirdiği teoriler şirketler hukukunda geliştirilen sorumluluk teorilerinden farklılaşmıştır.

Şirketler hukukunda ana şirketin yavru şirketin fiillerinden sorumlu tutulması ana şirketin yavru şirket üzerinde direkt kontrol uygulamasına dayanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda söz konusu olacaktır. Bu durumun temel nedeni, şirketler hukukunda her şirketin bağımsız olduğu ve şirket pay sahiplerinin sınırlı sorumlu olduğu temel prensibinin ana şirket yavru şirket arasında da uygulanmasıdır. Ana şirket ve yavru şirketin bağımsız hareket ettikleri karinesi şirketler hukukunun temelidir. Bu karinenin aksinin ispatı için, ana şirketin yavru şirket üzerindeki baskın kontrolünün varlığı ve bu kontrolün dava konusu sorumluluğa neden olduğunun sorumluluk iddiasında bulunan tarafça ispat edilmesi gerekir.

Şirketler hukukunda ana şirket üzerinde sorumluluk kurma ve bu sorumluluğun temellerini oluşturmada temel inceleme konusu kontrol olmuştur. Ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrolünün hangi koşullarda var olduğu; kontrolün bir sorumluluk oluşturup oluşturmayacağı; kontrolün varlığı veya yokluğunun tespitinde ispat yükünün kimde olduğu konuları sorumluluk tartışmasının temelini oluşturmaktadır. Ana şirket yavru şirketi kontrol ediyorsa ve bu kontrolden kaynaklanan zarar doğmuşsa ana şirket ihlalden sorumlu olacaktır.

Rekabet hukukundaki ana şirket yavru şirket arası sorumluluk temelleri incelendiğinde görülecektir ki ana şirketin yavru şirket tarafından işlenen rekabet ihlallerinden dolayı direkt sorumluluğu olup olmadığı tartışmalıdır. Rekabet hukuku uygulayıcıları ana şirket üzerinde bir sorumluluk kurmak için genelde ana şirket yavru şirket arası pay sahipliği ve şirket yönetiminden kaynaklanan kontrol ilişkisini temel alan sorumluluk teorileri üretmişlerdir. Ayrıca AB rekabet hukuku uygulamasında ana şirketin yavru şirket üzerinde %100 pay sahibi olduğu durumlarda bir sorumluluk karinesi oluşturulmuştur. Ana şirketin %100 pay sahibi olmaması durumunda ise ana şirketin yavru şirket üzerindeki kontrolünün ispat edilmesi ile

sorumluluk kurulmaktadır. Rekabet hukukunun farkı şirketler hukukundan biraz daha ileri giderek kontrol karinesi oluşturmuş olmasıdır.

Bu makalede rekabet hukukunda uygulanan sorumluluk teorileri ile şirketler hukukundaki sorumluluk teorileri karşılaştırarak farklılıklar ve benzerlikler incelenecektir. İki hukuk dalındaki sorumluluk teorilerinin uygulanmasında modern şirket gruplarının yapısının etkisi ve bu yapıdaki şirketlere uygulanacak olan sorumluluk teorilerinin rekabet hukukundaki etkinliği tartışılacaktır.

Rekabet hukukunda ana şirket ve yavru şirket arası sorumluluk konusu birçok açıdan önemlidir. İlk ve en önemli konu, ceza miktarının hesaplanması olacaktır çünkü rekabet hukukunda rekabet ihlali nedeniyle uygulanacak ceza belirlenirken şirketlerin cirosu esas alınmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ve Türk rekabet hukukunda teşebbüslerin yıllık cirolarının yüzde onuna kadar idari para cezası verilebilmektedir.⁷ Ciro hesaplamalarında farklı sistemler olan ilgili ürün pazarındaki ciro ve genel ciro bazı farklılıklar yaratsa bile ana şirketin cirosunun toplam ciroya dâhil edilmesi idari para cezasının miktarında çok büyük artışlar yaratacaktır. İkinci olarak, yavru şirket ve ana şirket tarafından daha önceden işlenmiş rekabet ihlalleri tekerrür olarak değerlendirileceği için ilgili teşebbüslere ağırlaştırılmış ceza verilebilecektir. Üçüncü olarak ana şirket ile yavru şirketin farklı ülkelerde olması durumunda rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin sınır ötesi yargı yetkisine (*extraterritorial jurisdiction*) yönelik tartışmalar söz konusu olabilecektir. Dördüncü olarak, ana şirketin yavru şirket aynı teşebbüs sayılması durumunda ihlali yapanın piyasa gücü nedeniyle temel para cezası oranı artabilecektir. Beşinci olarak, rekabet ihlalinden kaynaklanan muhtemel özel hukuk davalarında sadece yavru şirkete değil ana şirkete karşı da dava açılabilir. En son olarak, ana şirketin ceza alması durumunda bunun sermaye piyasası kurallarına göre kamuya açıklanması gerekecektir.

Ana şirket üzerinde kurulacak muhtemel bir kusursuz sorumluluk ilkesinin rekabet hukukunun asıl amaçlarından olan rekabet ihlallerini

⁷ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun,(RKHK) Resmi Gazete: Tarih: 13/12/1994 Sayı: 22140. Madde 16: "...Bu Kanunun 4, 6 ve 7'nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir..."

önlemede ne gibi olumsuz etkileri olduğu tartışılmalıdır.⁸ Temel tartışma olarak, ana şirkete yavru şirket ihlallerinden dolayı direkt olarak ceza verilmesinin AB Anlaşması madde 81 deki teşebbüs (*undertaking*) tanımlamasının yanlış yorumlanmasından kaynaklandığı iddia edilmiştir.⁹ Ayrıca şirketler hukukunda, sorumluluk hukukunda ve rekabet hukukunda temel prensip kusur sorumluluğu olduğu için buna aykırı davranmak kişilerin haklarının ihlali olarak algılanabilecektir. Market ekonomisinin ana unsurlarından birisi olarak düşünülen bağımsız tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk ilkelerinin zedelenmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Bu makalede ilk önce şirketler hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisine yönelik düzenlemeler ve bu ilişkiden kaynaklanan sorumluluk teorileri karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Daha sonra rekabet hukukunda ana şirket ve yavru şirket ilişkisi ve bu ilişkiden kaynaklanan sorumluluk teorileri üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ilk önce AB hukuku daha sonra ise Türk rekabet hukuku inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak şirketler hukuku ve rekabet hukuku uygulamalarının karşılaştırılması ve değerlendirilmesi yapılacaktır.

2- ŞİRKETLER HUKUKUNDA ANA ŞİRKET YAVRU ŞİRKET İLİŞKİSİ

Hem Kıta-Avrupası, hem de Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde sermaye şirketleri hukuku bağımsız tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk prensipleri esasları üzerinde kurulmuştur.¹⁰ Genel kabul gören teoriye göre, her sermaye şirketi bağımsız ekonomik bir organizasyondur ve pay sahipleri şirket borçlarından dolayı koymayı taahhüt ettikleri sermaye miktarı kadar sorumludur. Bağımsızlık ilkesi hem gerçek kişileri hem de bir şirkette pay sahibi olan diğer şirketleri kapsar.¹¹ Türk şirketler hukuku da aynı temeller üzerine kurulmuştur. Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 269 ve 503'e göre limited ve anonim şirketlerde ortaklar sınırlı sorumludur.¹²

⁸ HOFSTETTER, K ve LUDESCHER, M. (2010) "Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance'" World Competition No: 33 s. 55.

⁹ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.56.

¹⁰ Bkz. EROĞLU (2008a), Bölüm 3; IRELAND (1999)

¹¹ ARMOUR, J, HANSMAN, H, ve KRAAKMAN, R.H (2009) The Essential Elements of Corporate Law, <http://ssrn.com/abstract=1436551>; BAKST, D.S. (1996) "Piercing the Corporate Veil for Environmental Torts in the United States and the European Union: The Case for the Proposed Civil Liability Directive" B. C. Int'l & Comp. L. Rev. No: 19, s. 323

¹² Yargıtay E. 1970/İİD – 160 K/230 ABD, 1971, S. 6, 984., POROY, R. , TEKİNALP, Ü. ve ÇAMOĞLU, E., (2005) *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Baskı İstanbul, s. 913.

I- Ana Şirket ve Yavru Şirket Kavramları

Şirket grupları ekonomik olarak birden fazla şirketin karlılık amaçlı bir araya gelmesi ile oluşur.¹³ Buna göre bir şirket grubu ekonomik bir bütünlük olmakla birlikte hukuki olarak birden fazla kişilikten oluşmaktadır. Bu durumda ana şirket ve yavru şirketlerden oluşan bir grupta, ekonomik anlamda ortak bir amaç için organize olmuş bir teşebbüs, hukuki anlamda ise birbirinden bağımsız birden fazla hukuki şahıstan oluşan karmaşık bir yapı vardır.¹⁴

Bir ana şirketin yavru şirket kurarak iş yapmasının ana sebeplerinden birisi, sınırlı sorumluluk ve bağımsız tüzel kişilik ilkelerini bir araya getirerek yavru şirketin ekonomik faaliyetlerini kontrol etmesine rağmen yavru şirketin fiillerinden dolayı sorumlu olmamasıdır.¹⁵ Bu durum etkin bir risk transferi yaratır.¹⁶ Bu nedenle şirket grupları ilk çıktıklarından itibaren etkin bir ekonomik birim olmalarına rağmen ana şirketin yavru şirket fiillerinden sorumlu olmamaları nedeniyle şirket alacaklıları açısından potansiyel tehlike olarak görülmüştür.¹⁷ Ana şirket, yavru şirketi grubun temel yönetim sisteminin bir parçası haline getirerek gerçek kişi pay sahiplerinden farklı olarak yavru şirketleri kötü niyetli olarak kullanabilir.¹⁸

Tarihi gelişim süreci incelendiğinde, görülecektir ki sınırlı sorumluluk ilkesi özünde şirketlerin kaynak toplamasını kolaylaştırmak için uygulanmaya başlanmıştı ve bu uygulama ilk ortaya çıktığında bir şirketin diğer bir şirketin paylarına sahip olmasına izin verilmemişti.¹⁹ Amerikan hukukunda şirketlerin yaygın hukuki bir kurum olarak çıkmaya başladıkları ilk zamanlarda bir

¹³ Bkz. MUCHLINSKI, P., (2007). *Multinational Enterprises and the Law*, OUP, Oxford; DINE, J, (2000) *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge University Press, Cambridge.

¹⁴ HADDEN, T. (1984) "Inside Corporate Groups" *Int'l J. Soc L.* No: 12, s. 271

¹⁵ EROĞLU (2008a), Bölüm 3.

¹⁶ GIRIFFITHS, A. (1993) *Corporate Governance And The Uses Of Company*, University of Manchester, Manchester.

¹⁷ Bkz: BLUMBERG (1993); LUTTER M. (1990) "Enterprise Law Corp. vs. Entity Law Inc. - Philip Blumberg's Book from the Point of View of an European Lawyer" *American Journal of Comparative Law*, No: 38, s. 949; NOLAN, A. (1993) "The Position Of Unsecured Creditors Of Corporate Groups; Towards A Group Responsibility Solution Which Gives Fairness And Equity A Role" *C.S.L.* No: 11, s. 461.

¹⁸ CASHEL, T.W. (1994) "Multinational Challenge To Corporation Law: The Search For A New Corporate Personality (Publication Review)" *J.I.B.L.* No: 9, s. 249

¹⁹ BLUMBERG, (1993), s.54.

şirketin diğer şirketin paylarını almasına yönelik yasak çok sıkı şekilde uygulanmaktaydı. Hatta bazı eyaletler (New York and Illinois) bu durumu açıkça yasaklayan kanunlar çıkarmıştı. Zaman içinde tren yolu ve yol inşası gibi kamu hizmeti ile uğraşan şirketlere başka şirket paylarına sahip olma hakkı tanınmıştı. Şirket ana sözleşmesinde bu hakkın açıkça tanınmadığı durumlarda bir şirketin başka şirket hissesine sahip olması açıkça hukuka aykırı sayılmıştı. Fakat bu durum New Jersey eyaletinin bir şirketin diğer bir şirketin pay sahibi olması yönündeki tüm sınırlamaları kaldırarak şirket yönetimin gerekli görmesi halinde diğer şirket paylarının alınmasına izin veren bir düzenleme getirmesi ile tamamen ve bir daha geri dönüşü olmamak üzere değişmiştir. New Jersey'den sonra diğer eyaletler de bu uygulamayı kopyalamışlardır ve böylece bir şirketin diğer bir şirketin paylarına sahip olması genel olarak tanınan bir hukuk kuralı haline gelmiştir.²⁰

Rekabet hukuku açısından en ilginç tespit ise, şirketlerin başka şirket paylarına sahip olmalarına yönelik gelişmelerle rekabet hukukunun doğuşunun aynı zamana denk geliyor olmasıdır. 19. yüzyıl sonlarında ABD'nde şirketler bir araya gelerek tekeller oluşturuyorlardı. Bu faaliyetlere karşı New York mahkemeleri şeker tekelinin yasa dışı olduğuna; Ohio mahkemeleri de petrol tekelinin yasadışı olduğuna karar vermişti.²¹ Bu koşullarda tekellerin temel ekonomik organizasyon olamayacakları açıkça görülmüştü. Şirket sahiplerinin de baskısı ile parlamentolar tekelin sağladığı merkezi kontrole ve piyasa yoğunlaşmasına alternatif olarak şirketlerin başka şirket paylarını devralmasına izin vermişlerdir. Bu durumda bütçesini şirketlerden alacağı lisans ücretleri ile zenginleştirmek isteyen New Jersey eyaleti 1888, 1889 ve 1893 yıllarında şirketlerin diğer şirket paylarını devralmalarına izin veren kanunları onaylamıştır. Hatta bu durumun tekelleşmeyi yasaklamak için aynı dönemde çıkarılmış olan Sherman Yasası'ndan kaçınmak için bir araç olduğu dahi iddia edilmiştir.²² Bu kanunlardan sonra şirketler hukuku ve şirketler hukukuna ilişkin sorumluluk ilkeleri geri dönüşü olmayan bir değişime uğramıştır.

Aslında sınırlı sorumluluk ilkesinin şirketler hukukunun temel unsuru olması yavru şirket ana şirket kavramlarının çıkmasından çok daha önce olmuştur. Hatta şirket grupları üzerinde uzman olan Prof. Blumberg sınırlı sorumluluk ilkesinin şirket gruplarına uygulanmasının tarihi bir kaza

²⁰ Bkz: BLUMBERG (1993) s. 54-56.

²¹ *People v North River Sugar Refining Co*, 121 N.Y. 582 (1890); *State ex rel. V Standard Oil Co*, 49 Ohio St. 137 (1892).

²² BLUMBERG (1993), s. 56.

(*historical accident*) olduğunu dahi iddia etmiştir.²³ Sınırlı sorumluluk konusunda *Salomon v Salomon & co ltd.*²⁴ kararında İngiliz mahkemeleri şirket pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı sorumlu olmayacağına 1897 yılında karar vermiştir. Bu karar etkisini sadece bireysel pay sahipleri açısından değil aynı zamanda şirket pay sahipleri açısından da göstermiştir.²⁵ Sonuç olarak ana şirket ve yavru şirket aynı ekonomik bütünlüğün bir parçası olmalarına rağmen sorumluluk açısından ayrılmışlardır ve bu ayrım halen şirketler hukukunun temel prensibidir.

Şirketler hukukunda, ana şirketin yavru şirketin fiillerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi, bir hukuki kişiliği diğer bir hukuki kişiliğin fiillerinden dolayı sorumlu tutmakla eşdeğer olarak görülmektedir. Bu zorluk nedeniyle hiçbir hukuk sistemi henüz gelişmiş bir sorumluluk uygulaması yaratamamıştır. Hatta İngiltere’de, *Adams v Cape Industries*²⁶ davasında “*şirket gruplarındaki her bir şirket ayrı tüzel kişidir ve bu nedenle ayrı ayrı hak ve sorumlulukları vardır*” şeklinde karar verilmiştir. Aynı şekilde ABD’nde bir mahkeme ana şirketin yavru şirket kurmasının temel sebebinin sorumluluktan kaçınmak olduğuna ve ana şirketin yavru şirketin iş yaparken yaptığı hatalardan dolayı sorumlu olması durumunda bağımsız tüzel kişilik doktrininin tamamen yok olacağına bu nedenle böyle bir sorumluluğun söz konusu olamayacağına karar vermiştir.²⁷

Aslında bağımsız tüzel kişilik ilkesinin sosyal faydasının baskın olması nedeniyle bazı durumlarda adaletsiz sonuçları olsa bile temel prensip olması gerektiği iddia edilmiştir.²⁸ Ama 21. Yüzyılın modern ekonomik yapısı düşünüldüğünde şirket gruplarında sorumluluk açısından ayrı tüzel kişilik ve sınırlı sorumluluk prensiplerinin uygulanmasının sosyal faydası tartışılmalıdır. Bağımsız tüzel kişilik ilkesinin şirket grupları açısında ana

²³ BLUMBERG (1993), s. 57

²⁴ *Salomon v Salomon & co ltd* [1897] AC 22 HL. Diğer bir dava için bkz. *Lee v Lee’s Air Farming Ltd.* [1961] AC 12 PC.

²⁵ COLLINS, H. (1990) “Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration” *Modern Law Review*, No: 53, s. 731.

²⁶ *Adams v Cape Industries* [1990] 2 W.L.R. 786.

²⁷ *Radaszewski V. Telecom Corp.* [1981] F.2d 305.

²⁸ FREEDMAN, J. (2000) ‘Limited Liability: Large Company Theory and Small Firms’ M. L. R. No: 63, s. 317; THOMSON, R.B. (1990-1991) ‘Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study’ *Cornell L. Rev.* No: 76, s. 1036.

unsur olmadığı açıktır ve bu nedenle şirket gruplarının ekonomik yapısı içinde aynı teşebbüsün parçalarının bağımsız kabul edilmesi anlamını yitirmiştir.²⁹

II- Türk Hukukunda Ana Şirket Yavru Şirket İlişkisi

Türk hukukunda sermaye şirketlerinde temel prensip pay sahiplerinin sınırlı sorumlu olmasıdır.³⁰ Şirket gruplarına ilişkin genel bir düzenleme mevcut değildir. Şirket gruplarına ilişkin özel düzenlemelerde veya mahkeme kararlarında bazı referanslar bulmak mümkündür. Bu durumda ana şirket yavru şirket arası sorumluluk konusuna ilişkin düzenlemeler hukukun temel prensiplerine ve mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Fakat mahkemeler genel bir sorumluluk teorisi üretmemiştir. Bu durumda sermaye şirketlerine uygulanan temel prensipler açısından Türk hukuku karşılaştırmalı hukuktaki şirketler hukuku ile benzerlik içindedir.

Ana şirket yavru şirket ilişkisinin geleceği açısından Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın (TTKT) şirket gruplarına ilişkin bölümü önemlidir. Bu bölümde şirket grupları tanımlanmış ve şirket gruplarına yönelik kurallar getirilmiştir. TTKT'nin 195. maddesindeki ana şirket yavru şirket ve kontrol analizi AB 7. Şirketler Hukuku Yönergesi'ndekine³¹ benzerdir. Tasarının Şirketler topluluğu başlıklı 195. maddesi şu şekildedir:

Madde 195 - (1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa;

²⁹ IRELAND (1999); BLUMBERG (1993) s. 59; FARMER, R.S. Farmer, (1994) "Parent Corporation Responsibility For The Environmental Liabilities Of The Subsidiary: A Search For The Appropriate Standard" J. Corp. L. No: 19, s. 769.

³⁰ TTK, Madde 269 - Anonim şirket, bir unvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul bulunan şirkettir. Madde 503 - İki veya daha fazla hakiki veya hükmi şahıs tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, ortaklarının mesuliyeti koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile mahdut ve esas sermayesi muayyen olan şirkete limited şirket denir.

³¹ Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts.

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa; birinci şirket hâkim, diğeri bağıli şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağıli şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.

(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağıli bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana; bağıli şirketler yavru şirket konumundadır.

(5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.

III- Ana Şirket Yavru Şirket Arasındaki Sorumluluk Tartışmaları: Perdenin Kaldırılması Teorisi

Şirketler hukukundan kaynaklanan sınırlı sorumluluk ve bağımsız tüzel kişilik ilkelerinin yaratabileceği haksız durumu önlemek için mahkemeler tarafından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi yaratılmıştır.³² Perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması zaman içerisinde ve her hukuk sisteminde farklılıklar göstermiştir.³³ Fakat mahkemeler hiçbir

³² Bkz: COHEN, D.L., (1998) “Theories of the Corporation and the Limited Liability Company: How Should Courts and Legislatures Articulate Rules for Piercing the Veil, Fiduciary Responsibility and Securities Regulation for the Limited Liability Company” Okla. L. Rev. No: 51, s. 427.

³³ Bkz. KERVANKIRAN, E. (2007) “Sermaye Şirketlerinde Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması” EÜHFD, C. XI, s. 453; DOBSON; J.M. (1986) “Lifting the Veil in Four Countries: The Law of Argentina, England, France and the US” I.C.L.Q. No: 35, s. 839.

zaman şirketler hukukunun temel prensiplerinden sapmamışlardır.³⁴ Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi her zaman eleştirilmiştir.³⁵

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin temelinde gerçek kişi pay sahiplerinin şirket tüzel kişiliğini kötüye kullanmasından kaynaklanan haksız fillerinden dolayı sorumlu yapma çabası yatmaktadır. Zaman içerisinde gerçek kişi pay sahiplerini sorumlu yapma amaçlı uygulanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi karmaşık bir yapıya sahip olan şirket gruplarına uygulanmaya çalışılmıştır. Ana şirket ve yavru şirket arasındaki perdenin kaldırılması için ana şirketin yavru şirket üzerinde baskın bir kontrol ve bu kontrolden kaynaklanan bir zarar oluşmalıdır.

Modern yapıdaki şirket gruplarında kontrolün uygulanması farklı şekilde tezahür etmektedir. Çünkü ana şirketin rolü daha çok genel grup politikasının belirlenmesi şeklindedir. Şirketler hukukunda şirket gruplarına uygulanan perdenin kaldırılması ilkesi basit dikey yapılanmış şirket gruplarını esas alan bir mantıksal uygulama içermektedir. Fakat modern şirket gruplarının karmaşık ve yatay yapılanması karşısında kontrol teorisi temelli bir perdenin kaldırılması uygulaması başarısız olmaktadır. Bu nedenle kontrol teorisi üzerinde yoğunlaşan perdenin kaldırılması teorisinin ana şirket yavru şirket arası sorumluluk meselesine uygulanması başarılı bir sonuç doğurmamaktadır.

Değişik hukuk sistemlerinde kontrol teorisi temelli ana şirket yavru şirket arası sorumluluk ilkelerinin incelenmesi durumunda en ilginç tespit gerek bir kanunla düzenlenmiş olsun gerekse mahkemeler tarafından yapılmış olsun temel uygulamanın çok büyük ölçüde benzerlik gösteriyor olmasıdır. Örneğin İngiliz hukukunda önemli bir dava olan, *DHN Food Distribution Ltd. v. London Borough of Tower Hamlets*³⁶ kararında ana şirket yavru şirket aynı ekonomik bütünlük olarak düşünülmüştür. Bahsi geçen davada ana şirketin yavru şirketin tüm hisselerine sahip olduğu ve yavru şirketin ana şirketin isteklerine eli kolu bağlı şekilde uymak zorunda olduğu sebebiyle bu şirket grubunun aynı ekonomik bütünlük olarak düşünülmesine karar verilmiştir.³⁷ Fakat burada yüzde yüz sahiplik dahi direkt olarak sorumluluk tahsis etmede yeterli olmamıştır ve ana şirketin yavru şirket üzerinde tam bir

³⁴ PRENTICE, D. D., (1998–1999) ‘Some Aspects of the Law Relating to Corporate Groups in the United Kingdom’ *Conn. J. Int’l L.* No: 13, s. 305.

³⁵ EASTERBROOK, F.H., FISCHER D.R. (1985) “Limited Liability and the Corporation” *U. Chi. L. Rev.* No: s. 5289; THOMSON (1999) s.379.

³⁶ [1976] 1 *WLR* 852.

³⁷ DAVIES, P.L. (2003) *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London s. 185.

kontrol kurduğu ve yavru Şirketin her kararının alınmasında ana Şirket politikalarının etkisi olduğu yönündeki delillere dayanarak karar verilmiştir.³⁸ Yine önemli bir dava olan *Amoco Cadiz*³⁹ kararında ana Şirket, yavru Şirket üzerindeki baskın kontrolü ve yavru Şirketin işleyiş ve karar mekanizmasındaki etkisinden dolayı sorumlu tutulmuŐtur.⁴⁰

İngiltere'dekine benzer olarak ABD'nde de perdenin kaldırılması ilkesinin temellerinde kontrol teorisi vardır Amerika'da dava hukukunda *State of Idaho v. Bunker Hill Co*⁴¹ ve *United States v. Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co.*⁴² davalarında, mahkemeler kontrol kapasitesi teorisini yaratmışlardır. Teoriye göre ana Şirket yavru Şirketin faaliyetleri üzerinde kontrol kapasitesine sahiptir ve bu nedenle kontrolün olmadığını kendi ispat etmelidir.⁴³ Fakat federal mahkemeler bu teoriyi desteklememişlerdir.⁴⁴ Bu nedenle ikinci yaklaşım olarak gerçek kontrol teorisi yaratılmıştır. *United States v. Kayser-Roth Corp.*⁴⁵ davasında “*Bu durumda ana Şirket sorumluluğu gerçek anlamda kontrolün ispatı varsa uygulanmalıdır*” şeklinde karar verilmiştir.

*United States v. Bestfoods*⁴⁶ kararı ile sorumluluk Şekline ilişkin en son hükümlere ulaşılmıştır.⁴⁷ Bu karara göre Şirketler hukukundan veya direkt

³⁸ AVGITIDIS, D.K. (1996) Avgitidis, *Group of Companies; The Liability of Parent Company for the Depths of Its Subsidiary*, Sakkoulas, Athens-Komotini, s. 182.

³⁹ AMC 2123 (USDC-ND Illinois), *Amoco Cadiz*, 954 F. 2d 1279; (1994) 2 Lloyd's Reports 304.

⁴⁰ ROSANTHAL, L. ve RAPER, C. (1985-1986) “Amoco Cadiz and Limitation of Liability for Oil Spill Pollution: Domestic and International Solutions” Va. J. Nat. Resources L. No: 52, s.59; KIPP, M., (1988-1989) “Piercing the Veil of the Amoco Cadiz Decision: Judge Posner's Jurisdictional Analysis Runs Aground” DePaul Law. Rev. No:38, s.703; ESKENAZI, N.J (1993) “Forum Non Conveniens and Choice of Law in Re: The Amoco Cadiz Oil Spill” J. Mar. L. & Com. No: 24, s. 371.

⁴¹ (D. Idaho 1987) 662 F. Supp. 725; benzer davalar için bkz. *Nurad, Inc v. William E. Hooper & Sons Co.* 966 F2d 837 (4th Cir. 1992).

⁴² 579 F. Supp. 823.

⁴³ Bkz. FARMER (1994).

⁴⁴ ALEXANDER; D.E. ve SAWEZ, S., (1998-1999) “Toward a Uniform Parent Corporation Liability Standard under CERCLA” U. Pitt. L. Rev. No: 60, s. 1235.

⁴⁵ 910 F. 2d. 24 (1st. Cir. 1990); Benzer davalar için bkz; *Jacksonville Electric Authority v. Bernuth Corp.* 996 F.2d 1107, *Lansford-Coaldale Joint Water Authority v. Tonolli Corp.* 996 F.2d. 1107 (11th Cir. 1993).

⁴⁶ 524 US 51 (1998).

⁴⁷ ROLLE, M.E, (1999) “United States v. Bestfoods: Clarifying Parent Corporation Liability under CERCLA” Wis. Envtl. L.J., No: 6, s. 145; GELB; H. (1999-2000) “CERCLA versus Corporate Limited Liability” U. Kan. L. Rev. No: 48, s. 111; DeMONTE, J. (2000) “Impact of United States v. Bestfoods on Parent Liability under CERCLA: When A Door Is Closed, Look for

olarak özel bir düzenlemeden kaynaklanmış olup olmamasına bakılmaksızın, ana şirket yavru şirket arası sorumluluk teorilerinde ana şirketin kontrolü ve bu kontrolden kaynaklanan zarar aranmaktadır.⁴⁸ Bu durumda ana şirketin sorumluluğu sadece pay sahibi olmasından dolayı değil, yavru şirket üzerindeki direkt kontrolünden ve bu kontrolden kaynaklanan zarardan kaynaklanmaktadır.⁴⁹

Alman hukukunda şirket gruplarına ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararlarıyla yaratılan temel sorumluluk hukukunda *de facto* şirket gruplarında ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrol uyguladığı temel karine olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle Alman hukukunda ana şirket ile yavru şirket arası sorumluluk ilişkisi kurulması için ilişkinin boyutları konusunda detaylı incelemelerin yapılarak kontrolün ispatı sağlanmalıdır.⁵⁰ *Autokran*,⁵¹ *ITT*⁵² ve *Tiefbau*⁵³ davalarında ana şirket yavru şirketin yönetiminde sürekli ve aşırı kontrol uygulamışsa ana şirketin sorumlu olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine kabul edilmiştir.⁵⁴ *Video*⁵⁵ kararında ise mahkeme sorumluluktan kurtulmak için kontrol uygulamadığı iddiasının ispatı yükümlülüğünü ana şirkete yüklenmiştir.⁵⁶ Fakat bu kararlar her zaman için eleştirilmiştir. 1993 yılındaki *TBB*⁵⁷ kararında Alman Yüksek Mahkemesi ana şirketin sadece kontrolünün karine olarak kabul edilerek zarara yol açığının aksini ispatına zorlanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme davacının

an Open Window” Ohio St. L.J No: 61, s. 123.;YEO, E.L.(1999) “United States v. Bestfoods: Narrowing Parent Corporation Liability under CERCLA for the Twenty-First Century” Admin. L. Rev. No: 51, s. 1267.

⁴⁸ MUCHLINSKI (2007) s. 312.

⁴⁹ DENT, G.W. (1991), “Limited Liability In Environmental Law” Wake Forest L. Rev No: 26, s. 151; OSWALD L.J. ve SCHIPANI, C.A., (1992) “Cercla And The ‘Erosion’ Of Traditional Corporate Law Doctrine” Nw. U. L. Rev. No: 86, s. 259.

⁵⁰ ASSMANN, H.,“Microcorporatist Structures In German Law On Groups Of Companies” SUGARMAN, D ve TEUBNER, G.(1990) (ed.), *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden-Baden, Nomos.

⁵¹ BGHZ 95, 330.

⁵² BGHZ 1976 JZ 561.

⁵³ GBHZ 107, 7.

⁵⁴ HOFSTETTER, K. (1990) “Parent Responsibility for Subsidiary Corporations: Evaluating European Trends” I.C.L.Q No: 39, s. 576; MARLOW J. (1993) “Germany: Company Law: Lifting the Corporate Veil” I.C.C.L.R, No: 4, s. 133; SCHIESSL, M. (1986)“The Liability Of Corporations And Shareholders For The Capitalization And Obligations Of Subsidiaries Under German Law” Nw J. Int’l L & Bus, No:7, s. 480; WOOLDRIDGE; F (1996)“The Situation of Dependent GmbH in a de facto group in German law” Journal of Business Law, s.627.

⁵⁵ 115 BGHZ 187 (1991).

⁵⁶ MARLOW (1993) s. 135.

⁵⁷ Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1993) 589.

kontrolü ve kontrolden kaynaklanan zararın varlığını bazı delillerle desteklemesi yönünde karar vermiştir. Böylece ispat yükü tekrardan davacıya geçmiştir ve kontrol ve sorumluluk karinesi kaldırılmıştır.⁵⁸ Sonuç olarak Alman hukukunda şirket gruplarına ilişkin sorumlulukta ana şirketin uzun süreli ve baskın kontrolü varsa sorumluluk karinesi doğmaktaydı. Fakat TBB kararıyla birlikte davacı bu kontrolün varlığına ve dava konusu zarara yol açtığına dair deliller göstermek zorundadır.⁵⁹

Kontrol teorisi bağımsız tüzel kişilik prensibine dayanan savunmalarla kolayca çürütülebilmektedir.⁶⁰ Şirketler hukuku alanında sınırlı sorumluluk ve tüzel kişilik temellerinden uzaklaşmamak için mahkemeler aynı ekonomik bütünlük prensibini uygulamak hususunda çekince göstermektedirler.⁶¹ Bunun sonucu olarak şirketler hukukunda geliştirilen aynı ekonomik bütünlük teorisi diğer perdenin kaldırılması durumlarından farklı bir görünüşe kavuşmamıştır.⁶² Dava hukukunda geliştirilen ekonomik bütünlük teorisine dayanan perdenin kaldırılması teorisinde mahkemeler ana şirketin aşırı kontrolünün ve kontrol ile sorumluluk konusu fiil arasında illiyet bağının olmadığı durumlarda perdeyi kaldırmaktan geri durmaktadırlar.⁶³ Şirket grupları büyüdükçe ve grup yapısı ve grup içi ilişki karmaşıklaştıkça aynı ekonomik bütünlük ve diğer perdenin kaldırılması teorilerinin uygulanmasında zorluk çıkacaktır.

IV- Türk Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Türk hukukunda mahkemelerin tüzel kişilik perdesini kaldırmasını düzenleyen temel bir kural bulunmamaktadır.⁶⁴ Şirketler hukukundaki temel ilkelerin kötüye kullanıldığının iddia edilmesi durumunda Türk mahkemeleri TTK ve Medeni Kanunun (MK) genel ilkelerine gidecektir.⁶⁵ Bu durumda MK'nın 2. maddesindeki "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk*

⁵⁸ MARLOW (1990) s. 140.

⁵⁹ AVGITIDIS (1996) s.246; HOFSTETTER (1990); SCHIESSL (1986); HAAR, B.(2000) "Piercing Veil And Shareholder's Product And Environmental Liability In American Law As Remedies For Capital Market Failures-New Developments And Implications For European And German Law After *Centros*" E.B.O.R, No: 1, s 317.

⁶⁰ Bkz. BAUGHEN (1993).

⁶¹ DINE (2000) s. 45.

⁶² BLUMBERG (1993) s. 143.

⁶³ DAVIES (2003) s. 189.

⁶⁴ KERVANKIRAN, (2007) 458.

⁶⁵ Bkz. TEKİNALP, G.ve TEKİNALP, Ü. (2000), "Perdeyi Kaldırma Teorisi" *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul, s.387; YANLI, V, (2000) *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, Beta İstanbul, s.. 1.

düzeni korumaz” hükmü perdenin kaldırılması için temel dayanak oluşturur. Mahkemeler tüzel kişilik perdesini ancak her davanın kendi iç değerlendirmesini yaptıktan sonra bağımsız tüzel kişilik ilkesinin kötüye kullanıldığını tespit ederlerse kaldırabilecektir.⁶⁶

Akademik çalışmalarda perdenin kaldırılması ilkesinden sıkça bahsedilmesine rağmen⁶⁷ son yıllardaki bir kaç istisnai karar dışında perdenin kaldırılması teorisi Türk hukukunda yer almamıştır.⁶⁸ Uygulamada ise yakın tarihli bir davada şirketler hukuku ana prensiplerinin iyi niyet kurallarına aykırı kullanılmayacağına karar verilmiştir.⁶⁹ Bu dava şirket grupları ile alakalı değildir. Her ne kadar bu ve benzeri bir karar⁷⁰ kötüye kullanma yasağına dayanarak perdenin kaldırılması teorisinin Türkiye’de uygulanmasının yerleşeceği şeklinde yorumlanmış⁷¹ olsa da, bu kararlar kötü niyeti cezalandırmakta ve perdenin kaldırılmasında genel prensipler ve karineler kurmamaktadır. Sonuç olarak Türk hukukunda Anglo-Sakson hukukundakine benzer bir perdenin kaldırılması teorisi oluşturulmamıştır. Türk hukuku daha çok MK tarafından tanınmış bir hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması temelinde dar kalıplı teoriler üretmiştir.⁷² Bununla beraber Türk hukukunda pay sahiplerinin direkt sorumluluğunu düzenleyen bazı özel yasalar mevcuttur. Bu düzenlemeler belli bir amaca yönelik ve belli bir hukuk alanında konulmuşlardır. Bunlara örnek olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun’da⁷³ getirilen limited şirket ortaklarının vergi borcundan dolayı payları oranındaki sorumluluğu ve

⁶⁶ TEKİNALP ve TEKİNALP, (2000), s386; BATTAL A. (1998) , ‘Bir Alan Araştırması Işığında Sermaye Şirketlerinin Sorumluluğu Konusundaki Hukukî Bilgi Eksikliğinin Olumsuz Sonuçları ve Perdenin Kaldırılması Teorisi Yardımıyla Giderilmesi’ XXIV *Yargıtay Dergisi* s.. 660; DURAL, M “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması” Sermaye Piyasası Hukuku 15. yıl Sempozyumu, Ankara 17-18 Ocak 1997, s.. 103.

⁶⁷ TEKİNALP ve TEKİNALP., (2000); YANLI (2000) SEVEN V. ve GÖKSOY, C. (2006) ‘Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması’, İstanbul Barosu Dergisi, No: 80, s. 2455.

⁶⁸ SEVEN ve GÖKSOY (2006) s.. 2455.

⁶⁹ Yargıtay 19.Hukuk 2005/8774E and 2006/5232 K (15 Mayıs 2006).

⁷⁰ Yargıtay 19. HD. E. 2000/5828 and K. 2000/7383 (2 Kasım 2000).

⁷¹ SEVEN ve GÖKSOY (2006) s.2469.

⁷² EROĞLU, M. (2008b)“Limited Liability in Turkish Law” EBOR No: 9 s. 237

⁷³ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun, Kanun Numarası: 6183, Resmi Gazete Sayısı: 8469.

Banka Kanunu'ndaki⁷⁴ banka sahiplerinin genişletilmiş sorumlulukları örnek olarak verilebilir.⁷⁵

3- REKABET HUKUKUNDA ANA ŞİRKET YAVRU ŞİRKET İLİŞKİSİ

Rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisi tartışmaları teşebbüs kavramının kapsamını belirleme konusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Rekabet hukukunda ana şirket ve yavru şirket arası ilişki iki boyutta incelenmelidir. Birincisi ana şirket ile yavru şirketin hangi koşullarda aynı ekonomik bütünlük sayılacağı ve buna dayanarak aynı teşebbüs kabul edileceği sorunudur. İkinci sorun ise ana şirketin yavru şirketin rekabet ihlallerinden sorumlu olup olmayacağıdır.

Bu sorunlardan ilkinine ilişkin gerek dava hukukunda gerekse uygulamada uzun yıllardır süren bir süreç sonucu yerleşmiş bir uygulama olduğunu iddia etmekte bir sakınca yoktur.⁷⁶ Ana şirket ile yavru şirketin bazı koşullarda aynı ekonomik bütünlük olarak algılanması aslında AB ve ABD hukukunda ekonomik bütünlük tartışmaları ve bunların pratik görünüşleri sonucu yerleşmiştir.⁷⁷ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararlarında ekonomik bütünlüğün teşebbüs tanımlamasının temelinde olması gerektiği ve bunun ekonomik bütünlükte birden fazla hukuki şahısın olmasından dolayı değişmeyeceği yerleşmiştir.⁷⁸

Rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisinde aynı ekonomik bütünlük ilkesinin hangi koşullarda uygulanacağı ve ana şirketin sorumlu olup olmayacağı tartışmaları hala tüm dinamiğiyle devam etmektedir. Bu tartışmaların devamındaki en önemli neden, rekabet ihlallerinde verilecek cezada ihlalde bulunan teşebbüse cirosunun %10'na kadar verilecek cezanın sadece yavru şirketin değil ana şirketin de cirosunun dâhil edilerek hesaplanacak olmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁹ Örneğin, bir ana şirket ve dört yavru şirketten oluşan bir şirket grubunda, yavru şirketin yıllık cirosu 10 milyon TL ve ana şirketin cirosunun 100 milyon TL olduğu bir durum düşünelim. Yavru şirketlerden birisinin bir kartele üye olduğu fakat ana şirketin ve grubun diğer üyelerinin kartele direkt olarak katılmamış olduğu bir

⁷⁴ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411 Resmi Gazete Tarihi : 01/11/2005 Resmi Gazete Sayısı : 25983.

⁷⁵ YILMAZ A. (2007) 'Perdenin Kaldırılması İlkesinin Bankacılık Kanunundaki Yansımaları' ÇATI, No: 13 s. 12

⁷⁶ HOFSTETTER (1990) s.58.

⁷⁷ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s. 58.

⁷⁸ ATAD, 12.7.1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH/Compact*, Case 170/83, ECR 1984, 2999.

⁷⁹ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.59.

senaryoda temel ceza olarak cironun %2'sinin uygulandığı durumda sadece yavru şirkete ceza verilmesi halinde para cezası 400.000 TL; ama ana şirkete de ceza verilmesi durumunda ceza miktarı 4,4 milyon TL olacaktır. Bu sebeple, ana şirket yavru şirket arası ilişkinin rekabet hukukunda nasıl düzenlendiği incelenmelidir.

I- AB Rekabet Hukukunda Ana Şirket Yavru Şirket İlişkisi

AB rekabet hukukunun tarihsel gelişiminde Komisyon kararları ve ATAD'ın içtihatları ana şirket yavru şirket ilişkilerdeki sorumluluğa ilişkin değişik süreçlerden geçmiştir. Ulaşılan en son aşamada bir ana şirket yavru şirketin %100 hisselerine sahipse, yavru şirketin ana şirketten bağımsız bir şekilde işlerini gördüğü kabul edilmeyecek ve rekabet hukuku açısından iki şirket aynı teşebbüs olarak değerlendirilecektir.⁸⁰ Ana şirket yavru şirket arası ilişkinin değerlendirilmesinde ve toplam cezanın hesaplanmasında *Akzo Nobel* kararı önemli bir boşluğu doldurmuştur.⁸¹ *Akzo Nobel* kararındaki temel tartışma kontrol teorisi ve bu teorinin hangi şartlarda uygulanacağı üzerinde olmaktadır. Fakat ana şirketin pay sahipliğinin %100 olmadığı veya ana şirketin yavru şirket üzerindeki kontrolünün çok baskın olmadığı durumlarda Komisyon ana şirkete sorumluluk yükleyebilmek için ana şirketin yavru şirket üzerinde belli konularda kontrol uygulandığını ispat etmek zorundadır. Diğer bir deyişle ana şirket ile yavru şirketin aynı ekonomik bütünlük olduğunu ispat etme yükümü Komisyon'dadır.

ATAD kararlarında teşebbüs (*undertaking*) kavramı hukuki statüsüne bakılmadan bütün ekonomik birimleri kapsamaktadır.⁸² Farklı hukuki şahıslardan oluşsa bile aynı ekonomik bütünlük içerisindeki şahıslar tek bir teşebbüs olarak düşünülmelidir.⁸³ Teşebbüs kavramının ana şirket yavru şirket ilişkisine uygulanmasında aynı ekonomik bütünlük doktrinine göre eğer yavru şirket piyasada bağımsız hareket etmezse ve yavru şirket kararlarına ana şirket müdahale ederse ana şirket ve yavru şirket tek bir teşebbüs olarak

⁸⁰ Bkz. JONES A., SUFRIN B. (2007), *EC Competition Law*, OUP, Oxford, s. 141-146; MONTESA A. GIVAJA, G. A., (2006) 'When Parents Pay for Their Children's Wrongs: Attribution of Liability for EC Antitrust Infringements in Parent-subsidiary Scenarios' *World Competition*, No: 29, s. 555.

⁸¹ *Akzo Nobel NV v Commission* (Case C-97/08).

⁸² *Dansk Rørindustri and Others v Commission*; Case C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze and Others* [2006] ECR I-289; Case C-205/03 P *FENIN v Commission*, [2006] ECR I-6295.

⁸³ C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* [2006] ECR I-11987.

düşünülecektir.⁸⁴ Bu durumda özellikle iki şirket arasındaki ekonomik, yapısal ve yasal bağlantılara bakılarak aynı ekonomik bütünlük tespiti yapılabilir.⁸⁵ Yakın tarihli davalarda eğer ana şirket ile yavru şirketin aynı ekonomik bütünlük içerisinde olduğu kararı verilmesi ana şirket ile yavru şirketi tek teşebbüs olarak düşünmek için yeterlidir.⁸⁶ Ana şirketin kontrolünün ihlalde direkt etkisinin olup olmadığı araştırılmayacaktır. Bu teori, ihlal ile kontrol ve tek ekonomik birim olma arasındaki illiyet bağının kaldırılmış olması nedeniyle önemlidir.

AB hukukundaki ilk dönem kararlarında, *Centrafarm v Sterling*⁸⁷ ve *Viho Europe BV v Commission of European Communities*⁸⁸ davalarında, ATAD, ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrol uygulaması durumunda ana şirket ile yavru şirketin aynı ekonomik bütünlük oluşturduklarına ve yavru şirketlerin gerçek anlamda bağımsız olduklarını iddia edemeyeceklerine karar vermiştir.⁸⁹ Bu dönemde ana şirket AB’de aktif olan bir yavru şirket üzerinde baskın kontrol uygulamakta ise bu iki tüzel kişi aynı teşebbüs olarak düşünülerek ana şirket yavru şirketle birlikte sorumlu olacaktır.

ATAD kararlarındaki sorumluluğun temelinde kontrol teorisi olması nedeniyle ana şirket yavru şirket ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk tartışmaları kontrolün nasıl uygulandığı ve kontrolün varlığının kim tarafından ve nasıl ispat edileceği sorunu üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁹⁰ ATAD, *Cetrefarm* kararında “yavru şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin olmasının, yavru şirketin karar ve işlemlerinin ana şirkete dayandırılmasına engel olmayacağına... bu durumlarda ana şirket ve yavru şirket arasındaki resmi ayrımın bu şirketlerin piyasadaki işlemlerinin ortaklığını rekabet hukukunun uygulanması açısından kaldırmayacağına” karar vermiştir.⁹¹ Yavru şirket gerçek bir bağımsızlık içinde değilse rekabet hukuku düzenlemeleri aynı ekonomik bütünlük oluşturan ana şirket ile yavru şirket

⁸⁴ ECJ, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries/Commission*, Case 48/69, ECR 1972, 619,; Case 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commission*, Case C-286/98 P, ECR 2000, I-9925.

⁸⁵ *Dansk Rørindustri and Others v Commission*.

⁸⁶ *Stora*.

⁸⁷ *Centrafarm v Sterling* 1974 ECR 1147.

⁸⁸ *Viho Europe BV v Commission of European Communities* (Case C-73/95P).

⁸⁹ Case 48/69 *ICI v. Commission* [1972] ECR 619; CMLR 557, Bkz: GOYDER, DG, (2003) *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, s. 499.

⁹⁰ JONES ve SUFRIN (2007) s. 141-146.

⁹¹ Benzer diğer davalar için bkz: *Instituto Chemioterapico Italiano and commercial Solvent Corporations v. Commission cases 6-7/73* [1974] ECR 223; *Shell v. Commission* [1992] ECR II-884.

arasında uygulanabilir.⁹² Fakat ATAD ilk dönem kararlarındaki “aynı ekonomik bütünlük prensibi” nin uygulanabilmesi için ana şirket ve yavru şirket bir ekonomik bütünlük oluşturmalarıdır. Bu bütünlüğün kabulü için Komisyon tarafından ana şirketin baskın kontrolünün ispat edilmesi gerekmektedir. *Viho* kararında kontrolün varlığı “*ana şirketin yavru şirketin karar verme sürecini ve günlük işleyişini sürekli kontrolünden dolayı, yavru şirketin piyasadaki işlemlerini gerçekleştirmede gerçek anlamda bir özgürlüğünün olmadığı bir durum*” olarak tanımlanmıştır. ATAD kararlarında ana şirket yavru şirket arası ilişkilerde aynı ekonomik bütünlük teorisinin uygulanmasından çıkacak sonuç teorisine uygulandığında ana şirketin yavru şirket ihlalden dolayı *müteselsil* olarak sorumlu tutulacağıdır. Bu nedenle aynı ekonomik bütünlüğe dâhil olan şirketler tek bir teşebbüs olarak değerlendirilecek ve bu teşebbüsteki tüzel kişilerin ciroları toplamı üzerinden ceza verilecektir. Bir kere aynı ekonomik bütünlük kararı verilince ciro hesaplamasında tüm grubun cirosu esas alınacaktır.⁹³

AB rekabet hukukunda uzun yıllardır süregelen ana şirket yavru şirket ilişkisi ve bunun sorumluluk üzerine etkisi çok yeni bir kararla değişik bir karakter kazanmıştır. *Akzo Nobel* davasında ana şirket ve yavru şirketin aynı ekonomik bütünlüğün bir parçası olmasından dolayı tek bir teşebbüs oluşturduğuna dair bir karinenin var olduğuna karar verilmiştir. Fakat bu teorisinin doğrudan desen uygulanabilmesi için bazı şartların varlığı gereklidir. Temel olarak bir ana şirket yavru şirket hisselerinin %100 ne sahipse aksi ispat edilebilir sorumluluk karinesi (*rebuttable presumption*) oluşacaktır.

Sorumluluk karinesine göre, ana şirket yavru şirket hisselerinin %100 üne sahipse şirket üzerinde kontrolünün olmadığını, şirketin kendi talimatlarına uymadığını, açıkça kendi başına hareket ettiğini ispat ederek

⁹² AB uygulamasına benzer olarak ABD Federal Mahkemesi *Copperweld Corp v. Independence Tube Corp.* [1984] 467 US 752, davasında ana şirket ve yüzde yüz sahip olduğu yavru şirketin aynı yönde tam bir amaç birliği içerisinde olduğu çünkü ana şirketin yavru şirket üzerinde tam bir kontrol uygulayabileceğini ve bu durumda yavru şirketin söz hakkının sınırlı olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak ana şirket yavru şirket arasındaki işlemlerin Sherman Act bölüm 1 ile çelişki içerisinde olacağına karar vermiştir. Bkz: PRELL, OWEN T. (1986) ‘Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.: An End to the Intraenterprise Conspiracy Doctrine?’ Cornell Law Review No: 71, s. 1151; GAVIL, A.L., (2000) ‘Copperweld 2000: The Vanishing Gap between Sections 1 and 2 of the Sherman Act’ Antitrust L.J.No: 68, s. 87. Fakat ABD’de *Akzo Nobel* kararındakine benzer bir kontrol karinesi uygulanmamaktadır. Bu nedenle sadece pay sahipliğine dayalı bir ana şirket sorumluluğu yoktur. Sorumluluğun doğması için ana şirketin pay sahipliğinden öte yavru şirket üzerinde kontrol uygulaması gerekmektedir. Bkz: *Frank v. U.S. West, Inc.*, 3 F.3d 1357, 1362 (10th Cir. 1993); *Pearson v. Component Tech. Corp.*, 247 F.3d 471, 484 (3d Cir. 2001).

⁹³ Bkz. *Akzo Nobel*.

sorumluluktan kurtulabilir. Bu durumda karinenin aksinin ispatı, temel olarak ana şirketin yavru şirket yönetim politikalarının üzerinde etkisinin yeterli olmasından dolayı, neredeyse imkânsızdır. Modern şirket gruplarında, ana şirketin yavru şirketin yönetim politikalarını etkilemediğini ispat etmesi çok zordur. Dolayısıyla ana şirketin %100 pay sahibi olduğu bir yavru şirket bakımından çoğunlukla sorumlu olacağı söylenebilir.⁹⁴

Bu durumda AB’de ana şirketin yavru şirket üzerinde gerçek kontrol uygulaması hala ilk şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat şu anki tartışma, kontrolden ne anlaşılması gerektiği üzerinde yoğunlaşmıştır. En yerleşmiş ATAD kararlarına göre, yavru şirket bağımsız hareket etmediyse ve bütün önemli kararları ana şirket tarafından verildiyse aynı ekonomik bütünlük durumu söz konusu olacaktır.⁹⁵ Bu durumda, yavru şirketin bağımsız olmadığının tespiti için iki koşulun bir arada bulunması gerekir; İlk olarak ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrolü olmalı ve ikinci olarak bu kontrol gerçekten uygulanmalıdır.⁹⁶ Eğer ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrolü ispat edilirse kontrolün gerçek etkisinin olduğuna bu nedenle de inceleme konusu yapılan rekabet ihlalinin etkilediğine dair karine vardır. Aslında ATAD’ın ilk kararlarında ana şirketin yavru şirket üzerindeki kontrolünün etkisinin yavru şirketin rekabet ihlaline ilişkin iş sahası üzerinde olması temel alınmıştır.⁹⁷ Fakat daha sonra bu görüş ana şirketin yavru şirketin genel yönetim politikalarını etkilediği zaman sorumluluk kurulması yönünde değişmiştir.⁹⁸ *Stora* kararında, kontrolün, yönetim politikaları üzerinde kontrol olarak anlaşılması gerektiği yönünde detaylı incelemelerde bulunmakta ve bu yönüyle konuya açıklık getirilmektedir. Bu bağlamda, ana şirketin pasif pay sahibi olmadığı her durumda sorumluluk doğacak mı sorusu gündeme gelmektedir.⁹⁹ *Akzo Nobel* kararı da *Stora* prensiplerini onaylayarak, ana şirketin yavru şirket üzerinde yönetim politikalarının belirlenmesinde stratejik etkisinin olmasını yeterli görmüştür. Bu kabul, AB

⁹⁴ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.62.

⁹⁵ Bkz. ATAD, 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries/Commission*, Case 48/69, ECR 1972, 619; ATAD, 25.10.1983; *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG – Telefunken AG/Commission* Case 107/82, ECR 1983, 3151; ECJ, 28.6.2005; *Dansk Rørindustri A/S et al./Commission*, Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P, C-213/02 P, ECR 2005, I-5425.

⁹⁶ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.58.

⁹⁷ ATAD, *Imperial Chemical Industries* kararında satış politikasına yönelik etkiyi; *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG – Telefunken AG/Commission*, kararında dağıtım ve fiyatlandırma politikası üzerindeki etkiyi temel almıştır.

⁹⁸ ATAD 16.11.2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB/Commission*, Case C-286/98 P, ECR 2000, I-9925.

⁹⁹ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.59.

Komisyonu ve ATAD'ın kararlarındaki kontrol anlayışına ilişkin önemli politika değişikliklerine işaret etmektedir. Öz olarak, AB rekabet hukukunda tüm karar mekanizmaları değerlendirildiğinde, artık rekabet ihlali olan karar üzerindeki etkilerinden değil de yavru şirketin yönetim politikaları üzerindeki etkilerinden dolayı sorumluluğun yeterli olacağı sonucuna varılabilir.

Sonuç olarak *Akzo Nobel* kararı ile %100 pay sahipliğinde kontrol karinesi getirilmiştir. Karine ile birlikte ispat yükü yön değiştirmektedir. Kontrolün varlığı ister Komisyon tarafından bazı deliller sunularak ispat edilmiş olsun, isterse bir karine olarak uygulanmış olsun, ana şirket sorumluluktan kurtulmak için yavru şirket üzerinde kontrol uygulamadığını ispat etmelidir. Bunu ispat etmek için yavru şirketin ana şirket tarafından verilen talimatlara uymadığını ve yavru şirketin tamamen bağımsız hareket ettiğini ispat etmesi gerekir.¹⁰⁰ Modern şirket gruplarında, ana şirket yavru şirket arası ilişki değerlendirildiğinde bunu ispat etmek neredeyse imkânsızdır.¹⁰¹

AB Rekabet Tüzüğü madde 23(2)¹⁰² ye göre Komisyon rekabet ihlali iddialarını ispat etmekle yükümlüdür. Fakat *Akzo Nobel* kararı ile birlikte Komisyon ispat yükünü otomatik olarak ana şirket üzerine geçirerek maddeye istisna bir durum yaratmıştır. ATAD'nın yerleşik içtihatları temel alınarak *Akzo Nobel* kararı tekrar gözden geçirildiğinde kontrol karinesinin sınırlarını tartışmakta fayda vardır. Karar ile oluşturulan kontrol karinesinin aksinin ispatının çok zor olduğu açıktır. Ayrıca son içtihatlarla birlikte kontrolün uygulandığı alanla rekabet ihlali arasında bağ aranmamakta; ana şirketin yavru şirketin ticaret politikalarını ve yönetim stratejilerini etkilemesi yeterli görülmektedir.¹⁰³

Burada önemli nokta, aynı ekonomik bütünlük savının uygulanmasında ispat yükünün halen Komisyon'da olmasıdır. Komisyon ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrol uyguladığını ispat etmek zorundadır. Komisyon, ana şirketin %100 pay sahibi olduğu durumlarda bir kontrol karinesi yaratmıştır. Oluşan karine, ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrol uygulamadığını ispat etmesi ile son bulacaktır. Böylece Komisyon ana şirketin rekabet ihlaline sebep olduğu hususunu ispat etmek zorunda kalacaktır. Stora kararında Komisyon, kontrol karinesi iddiasına ek olarak

¹⁰⁰ Bkz. *Akzo Nobel*.

¹⁰¹ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.59.

¹⁰² Council Regulation (EC) No. 1/2003 of December 16, 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (cit. Regulation No. 1/2003).

¹⁰³ Bkz. *Stora ve Akzo Nobel*.

kontrolün pratik uygulamalarına yönelik bazı deliller göstererek sorumluluk tahsis etmiştir. ATAD *Akzo Nobel* kararında, kontrol uygulandığına dair gösterilen delillerin aslında teorinin zorunlu bir unsuru olmadığına ve sadece Komisyon tarafından ek delil olarak gösterildiğine karar vermiştir.¹⁰⁴

Sonuç olarak *Akzo Nobel* kararı kontrol karinesi konusunda gerekli açıklamayı yapmıştır; ana şirketin yavru şirket hisselerinin %100'üne sahip olması, ana şirketin yavru şirket üzerinde kontrol uyguladığına karine olması için yeterlidir. Bu durumda eğer ana şirket yavru şirketin kendi talimatlarına uymadığını ve böylece yavru şirketin tamamen bağımsız hareket ettiğini ispat edemezse, Komisyon direkt olarak aynı ekonomik bütünlük ilkesini uygulayacaktır.¹⁰⁵ Bu durumda ana şirket ticari politikalarının (*commercial policy*) belirlenmesinde ve uygulanmasında yavru şirketin bağımsız davrandığını ispat etmelidir. *Akzo Nobel* kararında geçmişteki bazı aynı ekonomik bütünlük kararlarında nelerin ispat amaçlı incelendiğine atıfta bulunulmuştur. Bu durumlarda Komisyon tarafından fiyat politikaları,¹⁰⁶ üretim ve dağıtım¹⁰⁷ satış hedefleri, satış masrafları, stok ve pazarlama politikaları¹⁰⁸ incelenmiştir. Fakat ATAD ticaret politikalarının tespitinde sadece bu konularla sınırlı kalınmayacağına karar vermiştir.¹⁰⁹ *Akzo Nobel* kararına göre bu karinenin aksinin ispat edilmesinde herhangi bir delil sınırlaması yoktur; ana şirket her türlü delili göstererek kontrol uygulamadığını ispat edebilir. *Akzo Nobel* savunmasında karinenin aksinin ispatının neredeyse imkânsız olması nedeniyle kararın direkt ve daha sıkı sorumluluk hukuku yarattığını iddia etmişse de, ATAD aksinin ispatının mümkün olması nedeniyle bu iddialara itibar etmemiştir.

Aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüzel kişiler açısından AB Komisyonu rekabet ihlallerinde sadece hukuki şahıslara ceza verilebiliyor olmasından dolayı aynı ekonomik bütünlük içindeki teşebbüsleri oluşturan tüzel kişilere ceza uygulayacaktır.¹¹⁰ Bu durumda sorumluluk kurulurken ana şirket yavru şirket arası ilişkide her iki şirkete ceza uygulanmakta ve aynı

¹⁰⁴ Aslında karinenin ilk uygulamaları *Stora* kararında yapılmıştır fakat *Akzo Nobel* kararı ile temel prensipler kesin bir dille tekrarlanmıştır. Case C-286/98 P *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission* [2000] ECR I-9925; Case T-314/01 *Avebe v Commission* [2006] ECR II-3085.

¹⁰⁵ Bkz. *Akzo Nobel*.

¹⁰⁶ Case 48/69 *Imperial Chemical Industries v Commission* [1972] ECR 619.

¹⁰⁷ Cases 6/73 and 7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

¹⁰⁸ Case T-102/92 *Vihov v Commission* [1995] ECR II-17.

¹⁰⁹ Bkz. *Akzo Nobel*.

¹¹⁰ Joined Cases T-305/94 to T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94 *Limburgse Maatschappij and Others v Commission* ('PVC II') [1999] ECR II-931.

ekonomik bütünlük içerisindeki şirketler müteselsil olarak sorumlu tutulmaktadır.

Ana şirket yavru şirket arası ilişkinin diğer önemli bir etkisi de tekerrür nedeni ile cezaların ağırlaştırılmasında görülecektir. Bir grup şirket içinde değişik yavru şirketler tarafından gerçekleştirilen ihlallerin tekerrür nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasında esas alınıp alınmayacağı değerlendirilmelidir. Nitekim AB uygulamasında ekonomik bütünlüğe atıf yapılarak grup içerisindeki yavru şirketler tarafından daha önceden işlenen rekabet ihlallerinin tekerrür sayılacağı ve cezanın artırılmasında dikkate alınacağı karara bağlanmıştır.¹¹¹ Türkiye’de yeni ceza yönetmeliğinde tekerrür ağırlaştırıcı nedenlerden birisidir ve aynı grup içindeki değişik yavru şirketler tarafından daha önceden işlenen rekabet ihlalleri ekonomik bütünlük analizi yapılarak tekerrür olarak değerlendirilmelidir.¹¹²

Komisyon’un ve ATAD’ın ana şirket yavru şirket ilişkisinde kontrol kararı kurması eleştirilmiştir.¹¹³ Ana şirket üzerinde kontrol kurulmasından ziyade grup içi en iyi yönetim ilkesinin (*best practice compliance*) temel alınması gerektiği iddia edilmiştir. Bir şirket grubunda en iyi yönetim prensipleri uygulanarak, yavru şirket ve onun çalışanlarının rekabet ihlalleri önlenmeye çalışılmalıdır. En iyi yönetim ilkesinin uygulandığının ispatı ana şirketi sorumluluktan kurtarmak için yeterli olmalıdır. Aksi takdirde, kontrol karinesi söz konusu olursa ana şirketin her halükarda sorumlu olacağı iddia edilmiştir. Bunun sonucu olarak da, en iyi yönetim uygulayan ana şirketin kusuru olmadığı halde sorumlu olacağı bu nedenle kusur sorumluluğuna aykırı bir durum yaratacağı iddia edilmiştir.

II- Türk Rekabet Hukukunda Ana Şirket Yavru Şirket İlişkisi

Türk rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisine ilişkin en temel metin olarak RKHK 3. maddesinin gerekçesinde, ana şirket yavru şirket ilişkisinde bağımsızlık olamayacağı ve bu iki tüzel kişiliğin aynı teşebbüs sayılacağı belirtilmiştir. Her ne kadar bu durumun uygulamada kolaylık sağlayacağı düşünülse de, Rekabet Kurulu (RK) ve Danıştay’ın yavru şirket ana şirket ilişkisine ilişkin çelişkili kararları mevcuttur.

Türk hukukunda diğer hukuk sistemlerindeki benzer olarak ana şirket yavru şirket arası sorumluluk tartışmaları değişik açılardan önemlidir.

¹¹¹ Case T-203/01 *Michelin v. Commission* [2003] ECR II-000.

¹¹² ARI, H, AYGÜN, E. “Rekabet Kurulu’nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Dönemin Ayak Sesleri”, *Rekabet Dergisi*, 10(4) 2009 s. 36.

¹¹³ HOFSTETTER ve LUDESCHER (2010) s.65.

İlk olarak, ana şirket ile yavru şirket arasındaki işlemlerin rekabet hukuku kapsamına girip girmeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. İkinci olarak, aynı grup içindeki şirketlerden herhangi birisi tarafından daha önce yapılan bir rekabet ihlalinin tekrür olarak düşünülerek verilecek cezanın artırılıp artırılmayacağı sorunu değerlendirilmelidir. Son ve en önemli sorun ise sorumluluk açısından ana şirketin sadece payların çoğuna sahip olması ve yönetim üzerinde söz sahibi olmasının tek başına ana şirketin rekabet ihlali soruşturmasına dâhil edilip edilmeyeceğidir. Ana şirketin yavru şirketin rekabet ihlallerinden dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışılacaktır.

Türk hukukunda, karşılaştırmalı rekabet hukuku sistemlerinde olduğu gibi, ana şirket yavru şirket ilişkisindeki tartışma teşebbüs kavramının kapsamının belirlenmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. RKHK'nun 3. maddesi teşebbüsü "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*" olarak tanımlanmıştır. 3. maddenin gerekçesinde ise şu ifadeler yer almıştır: "*Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, bir yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir*". Diğer hukuk sistemlerinde mahkeme kararları ile geliştirilmiş olan ve kapsamı ve sınırları üzerinde tartışmaların halen devam ettiği ana şirket ile yavru şirketin aynı teşebbüs olduğu prensibi RKHK'nun 3. Maddesi gerekçesinde çok açık bir şekilde yer bulmuştur. Gerekçede yer alan bu ifadelerin lâfzî yorumu yapıldığında ana şirket ve yavru şirket ayrımının rekabet hukuku açısından önem taşımadığı; rekabet ihlallerinde ana şirket ve yavru şirket arasındaki bağımsızlığın kaldırılarak ana şirketin yavru şirketle birlikte sorumlu tutulacağı iddia edilebilir. Bu ifadelerle dayanarak Türk rekabet hukukunda şirketler hukukunun temel prensiplerinden bağımsız tüzel kişilik ilkesine açık bir istisna getirildiği iddia edilebilir. Ana şirket yavru şirket ilişkisini teşebbüs kavramına dâhil eden görüş RK kararlarına da yansımıştır. Danıştay tarafından da kararlarda doğrudan bu tanımlamaya atıf yapılmıştır. Fakat şunu iddia etmekte bir sakınca yoktur ki, Türk rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisinin sorumluluk açısından değerlendirilmesi tartışılmaya devam etmektedir ve henüz tam bir uygulama yerleşikliği sağlanamamıştır. Örneğin aşağıda ayrıntılı inceleyeceğim TNet¹¹⁴ kararında hem karar metninde hem de karşı oy yazılarında bu konuya yönelik farklı açılardan tartışmalar yapılmıştır. Bu nedenle, Türk rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisinin uygulamada nasıl algılandığını incelemekte fayda vardır.

¹¹⁴ Rekabet Kurulu (19.11.2008, 08-65/1055-411).

İnceleme yöntemi olarak ana şirket yavru şirket ilişkisinin tartışıldığı bazı karar ve davalar inceleme konusu yapılacaktır. Bu konudaki kararlar elbette inceleme konusu yaptığımız kararlarla sınırlı değildir. Ana şirket yavru şirket ilişkisi üzerine bir karar sınıflandırması olmadığından ve bu konu Türk rekabet hukukunda çok derinlemesine tartışılmamış bulunduğundan seçilen bu kararların konuya ilişkin yapılan tüm tartışmaları içerdiğini iddia etmek imkânsızdır.

Konuya ilişkin en eski tarihli inceleyeceğim karar RK'nun BİAK¹¹⁵ kararıdır. Bahsi geçen kararda RK Doğan Holding ve bağlı kuruluşlarla ilgili olarak "*Doğan Yayın Holding A.Ş. Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında buldukları için bu teşebbüsler, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding A.Ş.'nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir. Dolayısıyla Doğan Yayın Holding A.Ş.'nin ilgili piyasaya yönelik herhangi bir ticari faaliyetinin bulunmadığı savunması, bu teşebbüsün BİAK sözleşmesine abone ve kurucu üye olarak imza atması nedeniyle soruşturma kapsamında değerlendirilmesine engel değildir*" şeklinde hüküm ihdas etmiştir. Bu kararda holding şirketin bu şirkete bağlı yavru şirketlerden bağımsız olmayacağına, bu nedenle holding şirketin yavru şirketlere yöneltilen bir rekabet ihlali soruşturmasında direkt olarak taraf olacağına karar verilmiştir. Bu kararda ana şirket ve yavru şirketi arasında kontrolün gerçekten varlığı veya yokluğu; varsa bu kontrolün rekabet ihlaline sebep olup olmadığı tartışmalarına girilmeden pay sahipliği yapısından kaynaklanan kontrole dayanan direkt sorumluluk kurulmuştur. Bu karar RK'nun ilk dönem kararları arasındadır ve ana şirket yavru şirket arası ilişkisinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde RKHK'nun 3. maddesinin yorumuna ilişkin bir işaret vermiştir.

Ana şirket yavru şirket ilişkisinin tanımlanması ve bu ilişkisinin rekabet hukuku açısından uygulamadaki yansımaları açısından Danıştay'ın vermiş olduğu Gübretaş Gübre Fabrikaları kararı¹¹⁶ önemlidir. Bu karara göre RK, RKHK 3. maddesini şu şekilde yorumlanmıştır: "*4054 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ve bu madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere Rekabet Hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için ekonomik faaliyet gösteren ve kararlarını bağımsız olarak verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığı gerekmektedir. Ekonomik faaliyet gösteriyor olmasına karşın bağımsız*

¹¹⁵ Rekabet Kurulu (04.03.1999, 99-13/99-40).

¹¹⁶ 12.11.2003 tarih ve E.2002/4495, K.2003/4374 sayılı Danıştay 10.Daire kararı.

karar veremeyen gerçek veya tüzel kişi, kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa bu teşebbüsle tek ekonomik birim oluşturur ve Rekabet Hukuku bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilir. Dolayısıyla Rekabet Hukukunda hukuki açıdan bağımsız olmak bir ölçüt olmayıp, pazarda ekonomik kararlarını bağımsız olarak verebilen birimler teşebbüs sayılmaktadır.

Rekabet Hukuku'nun teşebbüs kavramına verdiği bu anlam nedeniyle ortaya çıkan yavru ortaklıklar kavramı ise genellikle ekonomik olarak bir ana şirkete bağlı faaliyet gösteren ekonomik birimleri ifade etmektedir. Yavru ortaklık ile ana ortaklık arasındaki ilişkiler çok çeşitli görünüm ve yoğunlukta ortaya çıkmakla birlikte, genellikle, yavru ortaklıklar ana ortaklığın kontrolü altında bulunmaktadır. Ana ortaklığın kontrolü altındaki yavru ortaklıklar, ana ortaklık tarafından belirlenen politikaları uygular ve birbirlerini tamamlarlar. Bununla birlikte ortaklıklar arasındaki ekonomik bağın her türlü ilişkide aynı düzey ve sıklıkta olması gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır.”

Bu açıklamalardan sonra soruna maddi anlamda rekabet kurallarının uygulanması açısından bakıldığında, somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe ekonomik birliğe dâhil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin, Rekabet Hukuku kapsamına girmediğini kabul etmek gerekmektedir. Zira ilke olarak yavru ortaklıklar ekonomik açıdan bağımsız olmadıkları gibi, bunlar arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz. Bu nedenle de temel olarak rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası irade uyumalarını önlemeye yönelik 4054 sayılı Yasa'nın 4. maddesi hükmü, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkilerinde bağımsız bir irade ve irade uyumlarından söz edilemeyeceğinden uygulanma yeteneğine sahip değildir. Dolayısıyla şeklen rekabeti sınırlayıcı dahi olsa, yavru ortaklıklar veya bunlarla ana ortaklıklar arasındaki anlaşma ve eylemler 4. madde kapsamına girmezler. 4054 sayılı Yasa'nın daha çok dışa dönük ilişkiler bakımından bir anlam ifade eden ve bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğunu kurula bağlayan 6. maddesi yönünden de somut olayın özellikleri aksini gerektirmedikçe hakim olma açısından ekonomik bütünlüğü esas almak gerekmektedir. Bu anlamda da özellikle ""ayrımcılık yapılması"" konusunda rekabet kuralları uygulanırken yavru ortaklıklar ile ana ortaklık arasındaki ekonomik bütünlük ilişkisi nedeniyle yavru ortaklığın diğer

teşebbüslerle eşit durumda olmadıklarının göz önüne alınması zorunlu bulunmaktadır.”

Bu kararın yorumlanmasından çıkacak sonuç şudur; ilke olarak yavru şirketler ekonomik açıdan bağımsız olmadıklarından ana şirket ile yavru şirket arasında rekabetin bulunduğu varsayımı da geçerli olamaz. Bu nedenle de temel olarak rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası irade uyuşmalarını önlemeye yönelik 4054 sayılı Yasa'nın 4. Maddesi hükmünün, ana ortaklık-yavru ortaklık ilişkilerinde bağımsız bir irade uyuşmasından söz edilemeyeceğinden uygulanma yeteneğine sahip olmadığına karar verilmiştir. Bu bakımdan Danıştay'ın yorumunun kurum uygulaması ile uyum içinde olduğu görülmektedir. Bu kararda RK ve Danıştay ana şirket yavru şirket arası ilişkinin ayrı teşebbüsler arası ilişki olarak düşünülmeceğine karar vermiştir. Bu karar verilirken başka bir kontrol analizi yapılmadan, öncelikle pay sahipliği yapısı üzerinde durulmuştur. Sonuç olarak Gübretaş kararında Türk rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket arası ilişkiden kaynaklanan ayrı tüzel kişilik ilişkisi yorumlanırken teşebbüs kavramının tanımı yapılarak bu ilişkinin rekabet hukuku kapsamına girmediğine karar verilmiştir. Bu tanımlama daha sonraki ana şirket yavru şirket kararlarında esas alınmıştır.

Şirket grupları ve ana şirket yavru şirket arasındaki ilişkilerin rekabet hukukunda yaratacağı sorumluluk konusuna ilişkin en üst yetkili mahkeme olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen Metro Otobüs¹¹⁷ kararı önemlidir. Bu kararda teşebbüs tanımı yapılırken Gübretaş kararındaki Danıştay tanımı aynen alınarak, esasa ilişkin şu şekilde hüküm ihdas edilmiştir.

Bakılan davada; 20.7.2006 tarihli Rekabet Kurulu Kararında; Konya Metro Turizmin hisselerinin %75'ine sahip iki kişinin, aynı zamanda Metro Motorlu Taşıtlar'ın yönetim kurulunda bulunduğu, ayrıca her iki teşebbüsün %50 ve %75 hisselerine aynı gerçek kişinin sahip olduğu, buna göre; her iki teşebbüsün karar mekanizmalarında ağırlıklı olarak aynı şahısların bulunduğu gerekçesi ile her iki teşebbüsün ekonomik bütünlük oluşturduğuna karar verilerek, tayin edilen ceza miktarı, her iki teşebbüsün cirosu birleştirilerek değerlendirilmiş, ancak, bunun dışında somut olaya özgü olarak yani, bilet fiyatlarının uygulanması ve sair konulardaki anlaşmalarda, Konya Metro Turizmin, Metro Motorlu Taşıtlar Taşımacılık Şirketinin kontrolü altında bulunduğu veya onun tarafından yönlendirip, birlikte karar aldıklarına ya da Konya Metro Turizmin, Metro Motorlu

¹¹⁷ T.C Danıştay, İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No:2007/246.

Taşıtlar Taşımacılık Şirketi tarafından belirlenen politikaları uyguladığına dair yeterli bilgi ve belge gösterilmemiştir.

Bu durumda; yalnızca, her iki teşebbüsün %50 ve %75 hisselerine aynı gerçek kişinin sahip olmasından hareketle, bu iki teşebbüsün ekonomik birlik oluşturduğundan bahisle her iki teşebbüsün cirosunun toplamı esas alınarak idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Danıştay tarafından verilen usulden iptal kararından sonra kabul edilen RK kararında Danıştay'ın yapmış olduğu ana şirket yavru şirket analizi benimsenerek Konya Metro İle Metro A.Ş. aynı ekonomik bütünlük olarak değerlendirilmiştir ve buna göre ceza tespit edilmiştir. Bu karara karşı oy yazısında ise, Metro AŞ ile Konya Metro arasındaki bağın aslında şirketlerin çoğunluk pay sahiplerinin aynı kişiler olduğu gerekçesi ile verilmesinin Konya Metro'nun yerel ortakları açısından haksızlık olduğu; ayrıca Metro AŞ'nin diğer yavru şirketlerinde böyle bir tespit yapılmamış olması ve ihlalin Metro AŞ'nin aldığı bir karardan kaynaklanmaması nedeniyle ekonomik bütünlük değerlendirmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir.

Aslında her ne kadar Metro Otobüs kararında kararın gerekçesi ana şirket yavru şirket ilişkisine dayansa da, bu kararın temelinde perdenin kaldırılması ilkesinin rekabet hukukundaki uygulaması vardır.¹¹⁸ Bu karar ana şirket yavru şirket ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk kurulmasından ziyade iki şirketin pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin aynı olmasından kaynaklanan ortak yönetim ilkesi gerekçesiyle iki farklı tüzel kişiliğin aynı teşebbüs olarak düşünülmesine örnektir. Bu durum ilginç sonuçlar doğurmaktadır; ana şirket yavru şirket ilişkisindeki sorumluluk tartışmalarının temelindeki dava aslında ana şirket yavru şirket ilişkisini gözetmemiş ve aynı kişilerin ayrı iki tüzel kişilik üzerinde kontrollerinin olduğu, bu nedenle bu iki şirketin bir ekonomik bütünlük içerisinde olduğu kararına dayanmıştır.

RK 2006 yılında verdiği Ytong¹¹⁹ kararında Antalya Ytong'un kontrolünün Türk Ytong'ta olması ve iki şirketin ekonomik birlik içinde bulunmaları nedeniyle, bu iki şirketin tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesine oyçokluğu ile karar vermiştir. Bu kararda yapılan analizde şu

¹¹⁸ Rekabet Hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ile ilgili olarak bakınız: BOLATOĞLU, H. (2009) The Concept of Economic Unity in Merger Cases: Lifting the Corporate Veil, ECLR, s. 362.

¹¹⁹ Rekabet Kurulu (30.5.2006, 06-37/477-129).

şekilde hüküm kurulmuştur: “Bu bağlamda, pazardaki davranışlarını belirleme özgürlüğüne sahip olmayan bir iştirak ile bağlı olduğu ana şirket, tek bir teşebbüs olarak kabul edilmekte olup; aynı ekonomik bütünlük içerisindeki teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte Türk Ytong ile Antalya Ytong ve Gaziantep Ytong arasında var olan ortaklık ilişkisi nedeniyle söz konusu şirketlerin bağımlı şirketler olduğu noktasından hareketle, Soruşturma Raporu’nda yer verilmekte olan anlaşma ve eylemlerin ihlal teşkil etmediğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir.

Öncelikle, Türk Ytong ile Antalya Ytong aynı ekonomik bütünlük içerisinde yer almakla birlikte, Gaziantep Ytong’un bu bütünlüğe dahil bir teşebbüs olduğunu söylemek mümkün değildir. Soruşturma Raporu’nda da belirtildiği üzere, Gaziantep Ytong’un kuruluş döneminden bu yana Türk Ytong, Gaziantep Ytong hisselerinin en fazla %25’ine sahip bulunmuş olup; halihazırda teşebbüs söz konusu hisselerin %11.25’ini elinde bulundurmaktadır. Gaziantep Ytong yetkililerinin Soruşturma Raporu’nda yer verilen hakim durumda bulunan ortağın her zaman Sanko Grubu olduğu yönündeki ifadelerinin yanı sıra, Gaziantep Ytong Ana Sözleşmesinin incelenmesi neticesinde, Gaziantep Ytong’un hiçbir zaman Türk Ytong’un tam kontrolü altında bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu teşebbüs Türk Ytong ve Antalya Ytong ile aynı ekonomik bütünlük içinde yer almamaktadır.

...

1996 yılında kurulan ve 1998’de üretime başlayan Antalya Ytong, yıllık (.....) m3’lük üretim kapasitesine sahiptir. %70 oranında Türk Ytong iştiraki olan şirketin ortaklık ve yönetim kurulu yapıları aşağıdaki tablolarda gösterilmektedir.

...

Antalya Ytong’un kontrolünün Türk Ytong’ta olması ve ekonomik birlik içinde bulunmaları nedeniyle, bu iki şirketin tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesine OYÇOKLUĞU ile....” karar verilmiştir.

Ytong kararında kontrol analizi yapılırken şirketler hukukundaki (AB 7. Yönergesi ve TTKT 195) ana şirket yavru şirket arası kontrolün belirlenmesine ilişkin kıstaslara benzer bir uygulama yapılmış ve şirketin büyük pay sahipliğine dayanan kontrol mekanizması üzerinde durularak, karar bunun üzerinde kurulmuştur. Buna dayanarak, Antalya Ytong’un

mevcut paylarının Türk Ytong'un kontrolü altında olduğuna, diğer taraftan Gaziantep Ytong'un hisse sahipliği yapısının bu şirketin Sanko Holding'in kontrolü altında olduğunu gösterdiğine karar verilmiştir. Bu kararda yapılan ana şirket yavru şirket analizi önemlidir. Fakat ana şirket yavru şirket kararının temelinde grup içinde rekabet kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı sorunu incelenmiştir.

Ana şirket yavru şirket arası ilişkinin düzenlenmesinde en yakın tarihli ve tüm tartışmaları içeren karar ise TNet kararıdır. Kararda öz olarak Türk Telekom ve TNet'in aynı ekonomik bütünlük içerisinde olduklarına, bu nedenle idari para cezası uygulanırken aynı ekonomik bütünlük prensibi gereği her iki şirketin cirosunun birleştirilmesine ve iki şirketin müteselsil olarak sorumlu olmalarına karar verilmiştir.

Ekonomik bütünlük iddialarına karşı Türk Telekom ve TNet savunmalarında, TNet ve Türk Telekom'un farklı tüzel kişilikler olması nedeniyle her bir tüzel kişiliğin faaliyet alanındaki uygulamalarından sorumlu tutulması gerektiğini savunmuşlardır. Savunmanın özeti şu şekildedir:

“TNet'in Türk Telekom'un özelleştirme sürecinde 1998/4 sayılı Tebliğ ve Rekabet Kurulu'nun görüşü uyarınca 26.4.2006 tarihinde kurulmuş olduğu, Türk Telekom'dan ayrı bir tüzel kişilik olarak hizmet vermeye başladığı, 9.5.2006 tarihinde TTK'den kablolu ve kablosuz internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunmak üzere genel izinle kayıtlı olduğu ve Türk Telekom'un perakende ADSL müşterilerini devraldığı, TNet'in ayrıca TTK'den 2. tip telekomünikasyon ruhsatları olan rehberlik hizmeti ve karasal hatlar üzerinden veri iletim hizmeti ruhsatları alarak telekomünikasyon sektöründe hizmet yelpazesini genişletmeye çalıştığı, TNet'in Türk Telekom'dan tamamen farklı bir tüzel kişilik olarak teşkilat yapısını kurduğu, hesap ve muhasebe ayrıştırmasını tamamladığı ve Türk Telekom tarafından sağlanan perakende internet erişim hizmetlerini devraldığı, bu durumun Rekabet Kurulu'nun 7.6.2006 tarih ve 06-41/521-141 sayılı Kararı ile teyit edilmiş olduğu

...

Türk Telekom ve TNet'in genişbant internet erişimi hizmetleri piyasasının toptan ve perakende seviyesinde tek bir teşebbüs gibi hareket etmediği, TNet'in Türk Telekom'dan tamamen farklı olarak perakende pazarda faaliyet gösterdiği, TNet'in ayrıca ISDN, ATM, Frame Relay ve ses hizmetleri bakımından Türk Telekom'a rakip olmayı amaçladığı,

Türk Telekom'un dışında TNet tüzel kişiliğinin oluşmasının temelinde "toptan ve perakende erişim hizmetlerinin birbirinden ayrılması gerektiği" düşüncesinden kaynaklandığı, bunun ilgili pazarda ve hizmette meydana gelecek her türlü sorunun muhatabının da ilgili tüzel kişilik olması sonucunu doğurduğu, hukukun diğer dallarında geçerli olan bu ilkenin rekabet hukuku için de geçerli olduğu ve 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri hükmü gereğince de, ana ortaklığa izafe edilmeği müddetçe yavru ortaklığın/iştirakin tek basına ayrı bir tüzel kişilik olarak kabul gördüğü iddia edilerek Türk Telekom'un, faaliyette bulunmadığı perakende pazardaki uygulamaların sorumlusu olarak gösterilmeye çalışılmasının, Türk Telekom ve TNet tüzel kişiliklerinin ayrı hizmetleri sunmaları ve ayrı pazarlarda faaliyette bulunmalarını ngren Rekabet Kurulu kararına aykırı bir durum oluşturduğu,

Rekabet Kurulu'nun geçmişte Türk Telekom'a yönelik olarak yürüttüğü bir soruşturmadan örnek verilerek, her bir tüzel kişiliğin faaliyette bulunduğu pazardaki davranışlarından sorumlu tutulması gerektiği, aksi halde Türk Telekom çatısı altında kalan diğer teşebbüslerin de soruşturmaya dâhil edilip edilmeyeceği sorusunun ortaya çıkacağı, fiyat sıkıştırmasının TNet'in fiyatları nedeniyle gerçekleştiği ne sürüldüğünden bu davranıştan sadece TNet'in sorumlu tutulması gerektiği,

TNet'in Türk Telekom'dan hizmet alması ve Türk Telekom ile hissedarlık iliksisi içinde olmasının iki tüzel kişiliğin tek bir ekonomik bütünlük olarak değerlendirilmesinde dayanak olarak kullanılamayacağı, ekonomik bütünlük kabul edilse bile olası bir ihlal halinde ilgili tüzel kişiliklerin toplam ciroları üzerinden para cezası uygulanamayacağı, Rekabet Kurulu'nun ekonomik bütünlüğün toplam cirosu üzerinden ceza uygulamadığı kararlarının bulunduğu". yönünde savunma yapılmıştır. Bu savunma AB hukukunda şirketlerin yapmış olduğu savunmalarla benzerlik göstermektedir. Bu savunmaya karşılık RK'nun vermiş olduğu karar şu şekildedir;

"Hakkında soruşturma yrtlenlerin, tek bir teşebbüs niteliği taşımadıklarına yönelik savunmaları konusunda öncelikle belirtilmelidir ki, Türk Telekom ve TNet'in bu konudaki iddiaları, ilgili şirketlerin savunmalarının geneline yansdığı üzere, birbiriyle yakın ilişkili iki pazarda söz konusu pazarlardan birindeki rekabeti bozmak amacıyla belli bir strateji çerçevesinde yapılan ve bir bütün oluşturan uygulamanın perakende ve toptan düzeyde ayrı ayrı değerlendirilmesini sağlamaya ve söz konusu davranışın bir bütün olarak tek bir amaca yönelik olduğu yönündeki temel

iddianın anlaşılmasını engellemeye yöneliktir. İhlal olarak kabul edilen fiyat sıkıştırması uygulaması, bir pazarın toptan ve perakende seviyesinde aynı teşebbüsün ya da aynı ekonomik bütünlükte yer alan tüzel kişiliklerin faaliyet göstermeleri durumunda geçerlidir.

İkinci olarak, TNet'in ayrı tüzel kişilik kazanıp kazanmadığı ve Türk Telekom'dan bu anlamda ne derece fonksiyonel olarak ayrıştığı bu soruşturmanın konusu olmadığı gibi, Türk Telekom'a özelleştirme sürecinde getirilen TNet'in tüzel kişiliğini ayrıştırma yükümlülüğü ve bu yükümlülük nedeniyle TNet'in ayrı bir tüzel kişilik kazanması da 4054 sayılı Kanun kapsamında TNet'in Türk Telekom'dan ayrı, bağımsız bir teşebbüs olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu anlamda yapılan ayrıştırma, alt ve üst pazarlarda faaliyet gösteren birimler arasında şeffaflık sağlanarak sektörel düzenlemelerle getirilen yükümlülüklerin ve/veya muhtemel rekabeti bozucu davranışların denetiminin kolaylaştırılmasına yönelik bir tedbir niteliğindedir. Bunun ötesinde söz konusu tedbir, tek başına Türk Telekom'un her iki pazarda birden faaliyet göstermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek rekabet sorunlarını çözmeyecektir.

Üçüncü olarak, mehz AB rekabet hukukunda bir yavru şirketin hisselerinin çoğunluğuna sahip olan ana şirketinden bağımsız olmayacağı varsayılmakta ve dolayısıyla ayrı tüzel kişilikler olsa bile, söz konusu iki şirketin tek bir teşebbüs olduklarının kabul edildiği belirtilmelidir. Bu yaklaşımın 4054 sayılı Kanun bakımından da kabul edildiği aşağıda ilgili kısma yer verilen Danıştay Kararı'ndan da anlaşılmaktadır:¹²⁰

Bu çerçevede, TNet'in hissedarlık ve yönetim yapısı, TNet'in Türk Telekom kontrolünde olduğunu ve söz konusu iki şirketin tek bir ekonomik bütün oluşturduğunu ortaya koymaktadır. Buna ek olarak, ilgili tüzel kişiliklerin sadece hissedarlık ve yönetim yapısı dışında, iki şirket arasındaki ilişkileri ortaya koyan tespitlere de yer verilmiştir. Dolayısıyla fiyat sıkıştırması uygulamasından TNet ve Türk Telekom ekonomik bütünlüğü sorumlu tutulmaktadır. Hakkında soruşturma yürütülen Türk Telekom ve TNet'in savunmalarında iddia ettikleri şekilde Türk Telekom ve TNet'in ayrı teşebbüsler kabul edilmeleri, hem bu konudaki yerleşik Kurul ve Danıştay içtihatlarıyla çelişecek hem de temel olarak bir pazardaki hâkim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan ihlalin özelliğine uygun bir nitelik taşımayacaktır.

¹²⁰ JONES A. ve SUFRIN B., EC Competition Law, OUP, Second Edition, 2004 sf. 125; Danıştay İDDK YD, İtiraz No:2007/246.

Bu noktada savunmalarda yer alan ve içe dönük -dışa dönük faaliyetler şeklindeki ayrımın da konunun ele alınmasında yeterli belirliliği taşımadığı, incelenen olayın özelliklerine göre bir ekonomik bütünlük içerisinde hangi tüzel kişiliklerin bir davranıştan dolayı sorumlu tutulacağı ve özellikle ihlal nedeniyle ortaya çıkacak müeyyideler bakımından tüm ekonomik bütünlüğün cirosunun mu yoksa belli tüzel kişiliklerin cirosunun mu esas alınacağına ilgili dosya özelinde değişebileceği görülmektedir. Bu durum rekabet hukukunun örgütlenme şekillerine bakmaksızın gerçek ekonomik aktörlerin davranışlarıyla ilgilenmesi yönündeki özelliğinin bir parçasıdır. Bu çerçevede, incelenen olaya göre, bir ekonomik bütünlük içindeki tüm tüzel kişiliklerin dikkate alınması gereken durumlar olabileceği gibi tek bir tüzel kişiliğin soruşturmaya muhatap olduğu durumlar da ortaya çıkabilecektir. Dosya konusu olayda ise temel olarak genişbant internet erişim hizmetleri pazarındaki davranışlar soruşturulmakta ve söz konusu pazarın toptan ve perakende seviyelerinde faaliyet gösteren aynı ekonomik bütünlük içindeki iki tüzel kişilik muhatap alınmaktadır. İhlal olarak kabul edilen uygulamanın toptan pazardaki hâkim durumun perakende pazardaki rekabeti bozmak amacıyla kötüye kullanılması olması, söz konusu tüzel kişiliklerin birlikte soruşturulmasını gerektirmektedir. Aksi halde, iddia edildiği gibi, bir fiyat sıkıştırması iddiasının pazarın sadece perakende seviyesinde faaliyet gösteren bir tüzel kişiliğe yöneltilmesi, toptan pazarla dikey bütünleşik bir yapıdan bahsedilemeyeceği için mümkün görünmemektedir.

....

Türk Telekom bünyesinde yer alan diğer tüzel kişilikler soruşturma konusu pazarlarda faaliyette bulunmadıklarından, tüzel kişilik olarak soruşturmaya muhatap olmamışlardır.

Bu çerçevede, Türk Telekom ve TNet'in 4054 sayılı Kanun anlamından tek bir teşebbüs niteliği taşıdığı, fiyat sıkıştırmasının söz konusu ekonomik bütünlüğün her iki ilgili pazardaki uygulamalarının bir bütünü olarak ortaya çıktığı dolayısıyla söz konusu uygulamadan dolayı Türk Telekom ve TNet ekonomik bütünlüğünün sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır."

TTNet kararı oybirliği ile alınmamıştır. Bu çalışmada tartışma konumuz ana şirket yavru şirket arası ilişkinin de yavru şirket ihlallerinden dolayı sorumluluk tartışıldığı için karşı karar yazılarında ana şirket yavru şirket ilişkisi ve aynı ekonomik bütünlük kararına karşı olan kısımlar

incelenecektir. Tüzel kişilik ayırımına ve her tüzel kişinin ayrı hak borç ve sorumlulukları olacağına dair yapılan karşı oy yazısı TNet ve Türk Telekom'un ayrı tüzel kişilikler olduğu ve bu ayrı tüzel kişilikten kaynaklanan ayrı hak ve sorumluluklarının bulunduğu ve bu nedenle kusur sorumluluğu ve cezalandırmanın evrensel ilkeleri gereği rekabet ihlalden kaynaklanan cezanın sadece perakende internet pazarında faaliyet gösteren TNet'e verilmesi gerektiği ve bu pazarda faaliyet göstermeyen Türk Telekom'a ceza verilmesinin hukukun diğer dallarında yerleşmiş olan tüzel kişilik ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkeleri ile bağdaşmayacağı savunulmuştur.

Şu ana kadar incelediğimiz kararlar çerçevesinde Türk rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket tartışmalarının yerleşmiş olmadığı söylenebilir. Göze çarpan en önemli özellikler, ana şirket yavru şirket ilişkisinden kaynaklanan rekabet ihlallerinde bir uygulama bütünlüğünün olmaması ve konunun özünde sadece ana şirket yavru şirket ilişkisi analizinde değerlendirme yapılmamış olmasıdır. Bu durumda ana şirket yavru şirket kararlarında genelde RKHK'nun 3. maddesindeki teşebbüs tanımlamasına sokulmaktadır. İlgili madde gerekçesine doğrudan atıfla ana şirket ile yavru şirket arasındaki ilişkide yavru şirketin bağımsız olmayacağı bu nedenle teşebbüs tanımının ana şirket yavru şirket ilişkisini aynı teşebbüs olarak değerlendireceğine karar verilmektedir.

RK kararlarında ana şirket yavru şirket arası sorumluluk konusu incelenirken birçok açıdan çelişkiler bulunmaktadır. AB'deki kararlarda gerek Komisyon tarafından gerekse mahkemeler tarafından detaylı açıklamalar içeren analizler yapılmamıştır. Bu nedenle Türk hukukunda ana şirket yavru şirket analizinde bir kontrol tartışması yapılmadığı gibi kararlar arası bir uyum ve birlik söz konusu değildir. Danıştay'ın vermiş olduğu Metro Otobüs kararı ise ana şirket yavru şirket arası sorumluluk ilişkisinden ziyade şirketler hukukundaki perdenin kaldırılmasının rekabet hukukuna uygulanmasıdır.

En son tarihli karar olan TNet kararı daha detaylı bir analiz yapmıştır. Fakat bu karar ana şirket yavru şirket ilişkisine yönelik belirlilik sağlamaktan çok çelişkiler yaratmıştır. TNet kararında TNet ve Türk Telekom'un aynı ekonomik bütünlük olduğu kararı verilirken kararda "*sadece hissedarlık ve yönetim yapısı dışında iki şirket arasındaki ilişkileri ortaya koyan tespitlere de yer verilmiştir*" şeklinde bir ifade yer almasına rağmen iki şirket arasındaki ilişkiye yönelik detaylı bir inceleme mevcut değildir. Bir kontrol analizi yapılmaması nedeniyle kontrol tartışmasında pay sahipliğinin

bir karine kontrol karinesi yaratıp yaratmadığı veya kontrolün incelenmesindeki kıstasların neler olduğu tartışmaları eksik kalmıştır.

TTNet kararında ciro hesabı konusunda da bir belirsizlik yaratılmıştır. Şöyle ki; kararda ana şirket ve yavru şirketin aynı ekonomik bütünlük olarak değerlendirildiği halde “*tüm ekonomik bütünlüğün cirosunun mu yoksa belli tüzel kişiliklerin cirosunun mu esas alınacağına ilgili dosya özelinde değişebileceği görülmektedir*” şeklinde bir sonuca varılmıştır. Böyle bir uygulama kesinlikle kabul edilmemelidir. Ciro hesaplamasında RK'nun takdir hakkı sınırlı olmalıdır. Aynı ekonomik bütünlük kararı verildikten ve ana şirket ile yavru şirketin aynı ekonomik teşebbüs olduğu yönünde hüküm kurulduktan sonra ceza miktarı hesaplanırken aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüm şirketlerin ciroları toplanmalıdır. Burada hemen belirtmeliyiz ki; RK ciro hesaplamasındaki temel uygulaması ile bağlı kalmalıdır. Bu durumda eğer uygulanan geçerli sistem toplam cironun esas alınması ise bu uygulama esas alınmalı eğer genel geçerli sistem ilgili ürün cirosu hesaplaması ise bu sistem esas alınmalıdır. TTNet kararında RK genel uygulama olan toplam ciro hesaplaması yerine cezayı ilgili ürün cirosundan hesaplamıştır. Bu hukuki güvenliği ve eşitliği zedeleyen bir durumdur.

TTNet kararında yine ana şirket yavru şirket ilişkisine yönelik davalarda “bir ekonomik bütünlük içindeki tüm tüzel kişilerin dikkate alınması gereken durumlar olabileceği gibi, tek bir tüzel kişiliğin soruşturmaya muhatap olacağı durumlar da ortaya çıkabilecektir” şeklindeki hükümde hukuki güvenliği zedelemektedir. Aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüm tüzel kişilere soruşturma açılmalıdır. Ana şirket yavru şirket ilişkisinde bir tüzel kişinin soruşturma dışı tutulup tutulmayacağı kararı, cezanın miktarı açısından direkt etki yapacaktır. Bu nedenle aynı ekonomik bütünlük tartışmasının yapıldığı tüm durumlarda ilgili tüm tüzel kişiler hakkında soruşturma açılmalıdır.

TTNet kararı ana şirket arası sorumluluk tartışmalarına yönelik hukuki güvenlik yaratmaktan çok konuya ilişkin birçok açık kapı bırakmaktadır. Bu nedenle RK'nun bundan sonraki benzer soruşturmalarında ne yönde hüküm vereceğini tahmin etmek çok zordur.

4- SONUÇ

Pay sahiplerinin sorumlulukları, sermaye şirketlerinin ilk ortaya çıktıkları 19. Yüzyıldan itibaren tartışılmaya devam etmektedir. Sorumluluk tartışmaları 20. Yüzyılda şirket gruplarını da içine alarak daha geniş boyutlara ulaşmıştır. Ayrıca sermaye şirketlerine ilişkin temel prensipler

hukukun diğer dallarında da tartışılmaya başlanmış ve farklı uygulamalar oluşmaya başlamıştır. Bu makalede şirketler hukuku ve rekabet hukukunda ana şirket yavru şirket ilişkisine ilişkin ne gibi düzenlemeler ve uygulamalar olduğu incelenmiştir.

Ana şirket ve yavru şirketin bağımsız tüzel kişiliklere sahip olmalarının mutlak olmadığı incelemenin ilk tespitidir. Ana şirket yavru şirket arasındaki tüzel kişilik perdesi bazı şartların oluşması durumunda kaldırılmaktadır. Şirketler hukukunda perdenin kaldırılması teorisi ana şirket yavru şirket ilişkisinde kontrol teorisinin dar kalıpları üzerine kurulmuştur. Buna göre ana şirketin yavru şirketin fiillerinden dolayı sorumlu olabilmesi için yavru şirket üzerinde baskın kontrol uygulaması ve bu kontrolden dolayı bir zararın doğması gerekmektedir. Rekabet hukukunun teşebbüs kavramını esas alması nedeniyle, aynı ekonomik bütünlük içerisindeki tüzel kişiler tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda perdenin kaldırılması daha kolay olmaktadır. AB rekabet hukuku ana şirket yavru şirket ilişkisine yönelik çeşitli süreçlerden geçmiştir. Ulaşılan en son nokta, bir ana şirketin yavru şirketin %100 hisselerine sahip olması durumunda ana şirket üzerinde sorumluluk karinesi kurulacağı kabul edilmektedir. Sorumluluk karinesi dışında ana şirket ile yavru şirketin aynı ekonomik bütünlük olarak değerlendirilebilmesi için Komisyon'un ana şirketin yavru şirketin yönetim politikalarını etkilediğini ispat etmesi gerekmektedir. Her iki durumda da ana şirket yavru şirket üzerindeki karar verme mekanizmasında ve şirket politikalarının oluşturulmasında bir etkisinin olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.

AB hukukunun geldiği bu durum ana şirket yavru şirket arası perdenin kaldırılması açısından önemli bir istisnadır. Fakat kontrol karinesinin uygulanmasında zorluklar vardır. Ayrıca Komisyon *Akzo Nobel* kararından önce bazı davalarda sorumluluk karinesi kurulmuştur.¹²¹ En önemlisi, ana şirketin %100 oranında olmasa da payların çoğunluğuna sahip ve kontrol kurmaya etkili olduğu durumlar için henüz bir karinenin olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulmamış olmasıdır. Kontrol karinesinin uygulanmasında dahi çelişkiler yaşanmıştır. Bu nedenle rekabet hukukunun ana şirket yavru şirket arası ilişkide modern yapıyı ele alması ve ana şirket yavru şirket ilişkisinde kontrolün varlığı her halükarda karine kabul edilerek sorumluluk oluşturulmalıdır.

¹²¹ *Souris-Topps*, Commission Decision of May 2004, Case COMP/37.980, *PO/Yamaha*, Commission Decision of 16 July 2003, Case COMP/37.975.

AB'de kardeş şirketler arasında kontrol karinesini uygulamamaktadır.¹²² Örneğin *MCAA* kararında Komisyon, şirket gruplarında yavru şirketlerin şirket merkezine temel ticaret stratejileri ve operasyonları, yatırım ve finans hukuki işlemleri ve lider ilişkileri açısından bağımlı olmalarının doğrudan tek bir ekonomik birimin varlığı için yeterli olmayacağı yönünde karar verilmiştir.¹²³

Bu durumda yeni bir teşebbüs analizi yapılarak, rekabet ihlallerine karşı ilk inceleme aşamasında ihlalin kapsamı belirlenirken ihlali yapan aktörler çok geniş bir çerçevede değerlendirilmelidir. Eğer bir ana şirket yavru şirket ilişkisi söz konusu ise, ana şirket direkt olarak ilk incelemeye dahil edilmelidir. Böylece soruşturma aşamasına geçilmeden hakkında soruşturma açılacak tüzel kişiler belirlenecektir.

Son olarak, kanaatimce ana şirket üzerinde oluşturulan sorumluluk ve kontrol karinesi sadece %100 pay sahipliği durumunda değil, şirketler hukuku anlamında ana şirket yavru şirket ilişkisinin olduğu tüm durumlarda uygulanmalıdır. Böylece modern şirket gruplarında şirketin içyapısı incelenmeden ispatlanması zor olan kontrolün varlığı karine olarak kabul edilerek, karinenin aksinin ispatı hakkında soruşturma açılmış olan teşebbüs tarafından yapılmalıdır.

¹²² C- 196/99 *Siderursia Aristrain Madrid SL v. Commission* [2003] ECR I-1105.

¹²³ *MCAA*, Commission Decision of 19 July 2005, Case COMP/E-1/37773.

SORU ve CEVAPLAR

Ayşe BOZTOSUN- Çok teşekkürler.

Bu salonda Türk rekabet hukuku camiasıyla yeniden bir araya gelmek hakikaten çok güzel bir duygu.

Yine, ikinci oturumlarda âdet olduğu üzere tebliğler birbirinden güzel, birbirinden ilginç ve soruları davet ediyor.

Rekabet Kurumunun değerli uzman ve uzman yardımcıları da buradayken, bu tebliğlerden gözlemlediğim genel bir sonucu paylaşmak istiyorum.

Hakikaten Kurul kararları çok güzel, okuması keyifli; ancak ortada sürekli olarak bir eksiklik görüyorum. Ekonomik analizi biz burada yıllardır vurguluyoruz, önemini hukukçular olarak biz de kabul ettik. Hukuk yöntemleri ve yorum yöntemleri, boşluk doldurma, bunların değerlendirilmesi konusunda Kurul kararlarında beklenen yaratıcılığı ve nedenselliği ben tam olarak göremiyorum. Belki, tekrardan ilk prensiplere dönmek (“acaba bu meseleyle ilgili bir düzenleme var mı yok mu, eğer düzenleme yoksa, nereye gideceğiz?”) ve Rekabet Kurulu da, -kendisini nerede konumlandırıcaksın- eğer bir yargıç gibi görülüyorsa, yargıcın işlevlerini yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla, boşluk doldurmadan yorum yöntemlerine kadar bütün bunların belki rekabet hukuku kapsamında da düşünülmesi, yani raporlardan Kurul kararlarına yansıyan çözümlerinin yapılması gerekiyor.

Bu tebliğlerle bağlantılı olarak bu değerlendirmem neden oluştu biraz daha açıklığa kavuşacak. İlk sorum ilk tebliğ sahibi Sevi Hanıma. Danıştay’ın genel yaklaşımıyla ilgili sistemleştirilmiş güzel bir tebliğ izledik.

Mesela hâkim durumun kötüye kullanılması konusu bu sadece Rekabet Kurulunun meselesi değil, Danıştay’ın da bu konuda yapacağı çok büyük katkılar var. Hâkim durumun kötüye kullanılması aşamasında, acaba bu konuda ispat yükü kime ait; kanunda bu konuda bir açıklama var mı? Yok. Danıştay bu konuda acaba bir değerlendirme yaptı mı, içtihat geliştirdi mi? Kurulu atlıyorum, Danıştay bu konuda acaba ne diyor diye soruyorum. Mesela şartlı izinle ilgili bir dava Danıştay’a gitti mi ve bununla ilgili bir sonuç, değerlendirme, genel yaklaşım görebiliyor muyuz, bir ilke ortaya kondu mu?

Yine Danıştay’ın değerlendirmelerinde mesela Solmaz Mercan Kararından bahsettiniz. Orada diyor ki, “rakiplerin faaliyetleri zorlaştırıldığı için, zorlaştırma amacı olduğu için ben kanunun lafzına bakarım” diyor ve lafzi yorum

da çıkıyor. Bu acaba Danıştay'ın genel yaklaşımı mı, yoksa Danıştay'ın amaçsal yorumu tercih ettiği kararlar da var mı? Sadece hâkim durum bağlamında değil.

İkinci tebliğe, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku ilişkisine geldiğimizde, tabii çok önemli bir soruyla bitirdiler; “önce rekabet mi, önce adalet mi?” Kimin için adalet dememiz gerekiyor veya rekabet hukuku kapsamında şirketler ve ilaç üreten şirketler gündemdeyken adaleti nasıl yorumlayacağız? Genelde bu meselede temel alınan, yatırımların korunmasıdır. Fikri mülkiyetin temelinde de adaleti söyleme veya kişilerin fikri yaratılarının korunması, hele patent bağlamında, hele veri imtiyazı bağlamında artık çok gerilerde kalmış veya hiç gündeme gelmeyen bir meseledir. Dolayısıyla, belki bu temele oturtmak daha doğru olur.

Aklıma gelen bir fikri daha söyleyeyim: Orijinal üreticiler her zaman orijinal üreticiler midir, jenerik üreticiler doğru jenerik üreticiler hâline gelirler mi? Bu birbirini takip eden bir süreç. Eğer kârlı ise, orijinal üretici pekâlâ jenerik üretime de başlayabilir, yani o açıdan da rekabet oluşabilir. Dolayısıyla, örneğin veri koruma süresinin kısa tutulmasında veya yeterince etkili korunmamasında belki orijinal üretici açısından da bir avantaj olabilir. Yani, rekabet şartları eşit olduğu sürece her zaman, bu işe ilk başta çok para döken şirketlerin mağdur olduğunu da belki düşünmemek gerekebilir. Bu açıdan bir fikir isteyecektim.

Sayın Eroğlu'nun tebliği de hakikaten ilginçti. Bir konuya değinmesini bekliyordum. Biliyorsunuz, Birleşme ve Devralmalarla İlgili tebliğde, ciroların hesaplanmasında kontrolle ilgili bir değerlendirme var; ona değinmediniz. Mevzuatta kontrolün karşılığı olan maddeyi nasıl yorumluyorsunuz? Beşli bir aşama öngörülmüş. Ciroları hesaplarken, sadece birleşen şirketlere değil, onların hissesinin yarısından fazlasına sahip olan şirkete, onun yarısından fazlasına sahip olan şirkete diye, yani soğanın kabuğunun içine gider gibi beş aşamalı bir değerlendirme öngörülmüş. Acaba bu, sizin değerlendirmenizde de ışık tutucu olur mu?

Çok teşekkürler.

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz. Buyurun Ertuğrul Bey.

Ertuğrul ONUR- Çok teşekkür ederim. Tüm konuşmacılara tekrardan teşekkürler.

Benim sorum Sayın Gün ve Özge Hanıma olacak. Sunumunuza Avrupa Birliği'ndeki incelemeyle başladınız. Oradaki söyleminizde, “piyasaya jenerik ilaçların gelmesini geciktirici eylemlerin önlenmesi maksadıyla bu araştırma yapıldı” şeklinde açıkladınız. Tabii ki, Avrupa Birliği'nde ne olursa genelde Türkiye'de de örnek olarak alınıyor, bu uygulamalar Türkiye'de de en azından

örnek olarak gösteriliyor. Benim öğrenmek istediğim; bahsedilen gecikmeler ne şekilde oluyor, örneğin patent süresi bittikten sonraki gecikmeler midir, yoksa patent koruması içerisinde birtakım eylemler var mıdır? Konuyu daha açık bir şekilde açmak isterim. Avrupa Birliği'ni Türkiye'yle kıyasladığımız zaman, patent koruma süresi içerisinde jenerik var mıdır, Türkiye'de var mıdır, varsa bunların fiyat oranları nasıldır? Örneğin Avrupa Birliği'nde, patent süresi bittikten sonra çıkan bir jenerik ilacın fiyatı ne oranda gerçekleşmektedir, Türkiye'de bu oran nedir? Bu sorunun cevabı, aslında biraz önce Ayşe Hanımın ifade ettiği konuyla bağlantılı. Buluşçu ilaçların piyasaya sunulmasındaki maliyet miktarı, tahmin ediyorum 1 milyar-1 milyar 200 milyon dolar merteye seviyesindeydi. Acaba, jenerikçi şirketlerin böyle bir maliyeti var mıdır, varsa, biraz önce bahsettiğim oranlardaki eşitlikler uygulamalarda dikkate alınmakta mıdır?

Bu soruları açarsanız memnun olurum.

Oturum Başkanı- Çok teşekkür ederiz. Sinan Bey buyurun.

Av. Sinan NAIPOĞLU- Usul olduğu üzere sorumu yine son konuşmacıya, Muzaffer Beye yöneltiyorum. Çok teşekkür ederiz, gerçekten açıklayıcı bir sunum oldu.

Ben sadece, bir konunun netleşmesi için bir soru yöneltiyorum. Yavru şirket-ana şirket bağlantısı içerisinde, -hep de Koç Grubunu veriyoruz ama, belki en taze örnek olduğu için ya da akılda rahat kalabilici- Koç Holdingin Beyaz Eşya Grup Başkanlığını ve Arçelik ve Beko markaları olduğunu düşünelim. Sizin tebliğinizden anladığım; çıkardığımız sonuç, ana şirkete de ceza verilmesi yönünde diyorsunuz. Ama, o ana şirketin cirosunun ilgili ürün pazarıyla sınırlı faaliyetleri açısından mı dikkate alınması, yoksa bunun genel olarak Koç Holding cirosu üzerinden mi yapılması gerektiği konusu biraz şey kaldı. Sorunun cevabını bir ölçüde tahmin edebiliyorum ama, bu konuyu netleştirebilerseniz, önemli olduğunu düşünüyorum. Sırf TTNET kararı açısından baktığımız zaman bu sorunun cevabını bulamayabiliyoruz, çünkü oradaki yavru şirketler ana şirkete kıyasla bu kadar tamamen farklı alanlarda faaliyet göstermiyor. Özellikle AB'yle uygulamasıyla Türkiye uygulamasını kıyaslayarak bu konuyu netleştirebilerseniz sevinirim.

Çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkürler. Buyurun Sibel Hanım.

Sibel ...- Öncelikle herkese teşekkürler. Benim sorum da Muzaffer Beye olacak.

Muzaffer Bey, sunumunuzda son slaytta, yüzde 100 hissedarlık yapısına bağlı kalmamak gerektiğini söylediniz ve Ticaret Kanunu Tasarısının 195'inci maddesine atıf yaptınız. O noktada aklıma şöyle bir soru geldi:

O maddede birlikte hâkimiyet de kabul edilmiş. Bu durumda, ortak girişimler aslında grup şirketi olarak kabul edilebilir hâle gelmiş. Bizim rekabet hukuku uygulamasında ortak girişimler bağımsız teşebbüsler olarak kabul ediliyor. Bu durumda aslında iki hükmün çatışması söz konusu olacak. Sizce bunun nasıl uygulanması gerekir?

Oturum Başkanı- Buyurun Ece Hanım.

Ece ASLAN- Öncelikle, konuşmacılara sunumları için teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Benim sorum Sevi Hanıma olacak.

Siz acaba, Danıştay'ın belirli bir iptal davasında nihai kararını vermeden Rekabet Kurulunun aynı konuya ilişkin olarak ikinci bir karar vermesi hakkında ne düşünüyorsunuz?

İkinci bir sorum daha olacak. Örneğin Rekabet Kurulunun esasa ilişkin olarak ihlal bulunmadığına karar verdiği bir karar hakkında iptal davası açıldığında, Danıştay'ın bu kararı iptal edip aslında rekabet ihlali olduğunu tespit eden bir karar vermesi hâlinde Rekabet Kurulunun ne yapması gerekir, kendi ilk kararında direnmeli midir? Sizce Danıştay böyle bir tespitte bulunabilir mi? Aynı zamanda, eğer Kurul kendi ilk kararında direnmeyip ikinci bir kararla aslında ihlalin olduğuna karar verirse ne yapılması gerekir? İhlal var mıdır yok mudur?

Oturum Başkanı- Teşekkür ederiz.

Anladığım kadarıyla başka soru yok. Konuşma sırasına göre, soruları topluca cevaplamalarımı rica edeceğim.

Önce Sevi Hanıma söz veriyorum; buyurun.

Av. Elvan Sevi FIRAT- Teşekkür ederim.

Sorulara yanıt vermeye çalışırken galiba ikinci tebliğimi sunacağım. Mümkün olduğunca kısa tutmaya gayret edeceğim. Gerçekten çok önemli sorular, benim çok değinmek isteyip de vakit darlığından değinemediğim konular.

Öncelikle, hâkim durumun kötüye kullanılmasındaki ispat yüküyle ilgili ne söyleniyor? Aslında bu konuda, ispat yüküyle ilgili genel olarak ne söyleniyor diye de bakabiliriz.

Aslında ispat yüküyle ilgili iki aşama var: Bir tanesi, Kurul kararı alınmasına kadar geçen süreç, ikincisi de yargılama süreci. Yargılama süreci, idari yargılama süreci; dolayısıyla, mahkeme açısından da bir resen araştırma ilkesi geçerli. Rekabet Kurumu da, kamu Kurumu durumunda, aslında yargılama sürecinde kendini savunan durumda hukuk açısından baktığımızda, iddia edenin iddiasını ispatlaması ve bir karine olması durumunda, aslında ispat yükünün tersine çevrilmesi; çok özetle söyleyebiliriz. Ancak, rekabet hukukuyla ilgili uygulamalarda taraflara birazcık ağır bir ispat yükü yüklendiğini hissediyorum; ama bu açık bir şekilde tartışılıyor mu? Net bir biçimde tartışılmıyor. Belki bu tartışmalara Çimento kararları örnek olarak gösterilebilir. İlk verildiği dönemde bu kararlara ilişkin olarak Nurkut Hocamızın da bazı eleştirileri olmuştu. Benim genel hissiyatım ve görüşüm; burada taraflara daha ağır bir ispat yükü verilmeye çalışıldığı, yani en azından ispat yükü taraflar üzerinde bırakılmaya çalışılıyor, rekabet ihlalinde bulunmadıklarını ispatlamak yükümlülükleri olduğu ifade ediliyor; oysa bu genel kurala aykırı.

Şartlı izinle ilgili olarak önemli bir karar Vatan Kararı; Danıştay süreçlerinden geçmiş olan bir karar (sunumumda da çok kısaca değinmiştim.) Vatan gazetesini kontrol eden şirketin, batmak üzereyken batan teşebbüs savunmalarının kabul edilmiş olması Rekabet Kurulu açısından da önemli bir karardır; yeri gelmişken, değerlendirilmesi için söyleyeyim: Bu kararında Rekabet Kurulu, Vatan gazetesinin Doğan Grubu tarafından devralınmasına bazı şartlarla izin veriyor. Bu şartların arasında (tabii, önümde karar olmadığı için ezbere söylüyorum); 2 yıl boyunca kontrol etmesi, 2 yılın sonunda da bu gazeteyi bir başka teşebbüse ve kendisinden tamamen bağımsız olan bir teşebbüse devretmesi ve sonraki süreçte de, yanlış hatırlamıyorsam, Vatan benzeri bir marka tesciliyle bir gazete üretmemesi, pazarlamaması şeklinde şartlar öngörülmüş. Bu şartlar Danıştay incelemesine gittiğinde kabul görmemiş. Bana göre, hangi şart kabul görmemiş o tam olarak belli değil. Şundan olabilir: Kurul, Doğan, gazeteyi 2 yıl sonra devredecek bir taraf bulamazsa gazetenin ihale açmasını ve Kurulun dahil olacağı bir ihale süreci öngörüyor. Benim kararı okurken satır aralarından anlayabildiğim (Danıştay orada, “yetkisi olduğu tartışmalı olan konularda” diye bir ifade kullanıyor); bu kararın arkasında, Kurulun, böyle bir ihaleyle devir sürecine dahil olamayacağı doğrultusunda bir görüşün olduğu düşünülebilir. Şu anda hatırlayabildiğim kadarıyla, şartlı izin kararları açısından önüme gelen önemli bir karar.

Bu arada, Solmaz Mercan Kararı benim tebliğimde yer almıyor, onu söyleyeyim. Daha sonraki okularım sırasında dikkate alabildim ve derinlemesine inceleyebildim. O yüzden tebliğde yer almadı ama, sonra basıma giderken olacak umuyorum. Rakip faaliyetlerini zorlaştırma var mı

değerlendirmesi yapılırken, amaçsal bir yorum mu tercih ediyor sorusuna yanıt aranırken, Danıştay'ın Solmaz Mercan Kararını iptal etmesi bence bu anlamda bize çok ışık tutmuyor; kanun açısından amaçsal bir yorum mu yapıyor, yoksa lafzına mı gidiyor çok net değil. Daha çok deliller açısından değerlendirme yapıyor. Burada bu kararlar ilgili bir şey daha söylemek lazım. Raportör görüşü, Kurul kararına aksine olan bir karardır bu. Danıştay da, dosya kendi önüne geldiğinde, verdiği kararlar aslında biraz raportör görüşünü teyit ediyor diye düşünüyorum.

Daha önce değinmiştim; Kurul kararlarının kendi içinde çelişkileri olmamalı, çok net olmalı. Diyelim ki, Kurul kararında özellikle raportör görüşünün aksi bir şey çıkıyorsa, bunun gerekçelerinin çok iyi açıklanması lazım, yani bu anlamda belki Danıştay'ın ikna edilmesi gerekiyor.

Danıştay amaçsal mı yorum yapıyor, lafzi mi yorum yapıyor? Danıştay'ın, bir şekilde lafzi yorum yetersiz kalıyorsa, o zaman amaçsal yorum yapması hukuken beklenir ve tercih edilir. Sonuçta, özellikle rekabet hukuku açısından bu kanunun özü, tüketicinin menfaatinin korunmasıdır. Bir hukukçu olarak, kanunun lafzına bağlı kaldığımızda, eğer biz bu amaca ulaşamıyorsak amaçsal yorumu öncelik verilmesi doğru olacaktır diye düşünüyorum.

İzin verirseniz Ece Hanımın sorularını da yanıtlayacağım. Bu da aslında tebliğimin sonuç bölümünde değindiğim konulardan bir tanesi. Örneklerini kendim de tecrübe ederek gördüm.

Burada bir konuya açıklık getirmek lazım. Rekabet Kanunundaki nihai karar ile idare hukukundaki nihai karar kavramları birbirleriyle aynı değil. İdare hukukunda bir idari işlem, kesin ve yürütülebilir olduğu zaman yargıya intikal eder, yani yargı denetimine tabi tutulabilir; ancak, o yargı denetimi, bütün karar yolları tüketildikten sonra o işleme bir nihailik kazandırır, yani bütün karar yolları tükendi, işlem o noktada nihai hâle gelir. Rekabet hukuku açısından, karar, nihai karar olarak tanımlanıyor. Aslında burada birazcık böyle bir kavram kargaşası var. Dolayısıyla, Rekabet Kurumunun nihai kararı idare hukuku açısından bir nihai işlem değil.

Yargılama süreci devam ederken, o yargılama sürecinin konusu olan bir karar Rekabet Kurulu tarafından tekrar ele alınıp yeni bir işlem tesis edildiği zaman aslında ikinci bir işlem doğmuş oluyor, fakat maddi unsurları açısından aynı olan ikinci bir işlem doğmuş oluyor. Zihninizde şöyle bir çizgi canlandırın; bir tarafta devam eden bir süreç var, Kurul ikinci bir süreç yaratıyor. Aslında maddi konu, maddi hukuk aynı, idare hukuku açısından buradaki iki tane işlem aynıdır, ikinci alınan idari işlem birincisini otomatik kaldırır; bu tartışılır. Şu anda ilk bakışta, kaldırmaz, iki tane ayrı idari işlem oluştu gibi düşünüyorum. Bir

tanesine ilişkin yargılama süreci devam edecek, ikincisi sonuçlanacak, o da yargılama sürecine tabi olacak. Olur da, ilk karardaki süreç temyiz vesaire aşamasında biraz uzarsa, ikinci karar da Danıştay önüne gidip biraz hızlı incelenirse, iki tane farklı karar çıktığında ne yapacağız gibi bir soru geliyor aklıma. Dolayısıyla, Rekabet Kurulunun, buradaki hukuki etkinin ne olduğunu belki birazcık daha dikkatli değerlendirip ilk karar nihai hâle gelmeden idare hukuku anlamında ikinci bir karar tesis etmemesi tavsiye edilebilir.

İkinci olarak; esasa ilişkin ihlal olmadığını söylediği bir durumda, eğer Danıştay aksini söylüyorsa ne olacak?

Az önce ifade ettiğim gibi, Rekabet Kurumu bir kamu Kurumudur. Mahkeme kararlarına uygun davranılması zorunluluğu bütün idari kurumlar açısından geçerlidir. Dolayısıyla, Danıştay eğer Rekabet Kurulu kararının aksini söylüyorsa, o gerekçelerin dikkate alınarak ona uygun bir işlem tesis edilmesi gerekir. Kurul kararlarına baktığımız zaman, böyle bir durumda zaten Kurulun Danıştay'ın kararına uygun şekilde hareket ettiğini görüyoruz. Ancak, az önceki söylediğim süreçte belki, hukuki sıkıntılarla karşılaşmamak adına, nihailik ve kesinlik açısından daha fazla dikkat ve analiz gerekiyor. Özetle, Kurul kararında direnemez.

Eksik kalan bir husus oldu mu bilemiyorum.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Sözü Mehmet Bey'e, Özge ve Filiz Hanımlara sözü bırakıyorum; buyurun.

Av. Mehmet GÜN- Biz aramızda iş bölümü yaptık, piyango bana çıktı.

Ayşe'nin "rekabet mi adalet mi" sorusuyla ilgili konuşmak istiyorum. Rekabetle ilgili gittiğim bütün toplantılarda bunu özellikle söylüyorum; bir toplumda adaletin gerçekleştirilmesi rekabetin gerçekleştirilmesinden her zaman önce gelir. Adalet, insanların bir arada bulunmasını sağlayan kurallar bütünüdür; rekabet ise, bir arada bulunan insanların nasıl daha sofistike davranacaklarını gösteren kurallar bütünüdür. Onun için, benim için, adaletin gerçekleştirilmesi, rekabetin gerçekleştirilmesinden her zaman önce gelir.

Adalet kurallarının içerisine rekabet kurallarını koyduğumuz zaman, sahip olduğumuz kaba kuralları şu incelikte kullanacağız dediğimiz zaman, adaletin gerçekleştirilmesine belki rekabet bakımından başka bir incelik ilave etmiş oluruz ama, temeldeki adaletin gerçekleştirilmesi ülküsünü bir kenara koymuş olmayız. Belki, rekabetin gerçekleştirilmesi de adaletin

gerçekleştirilmesinin bir yöntemi olabilir ama, rekabet belli bir aşamadan sonra gündemimize geliyor.

Ayşe çok güzel bir soru sordu. “Sadece orijinal üreticiler mi orijinal, jenerikler orijinal üretici hâline geliyorlar mı”; çok güzel bir soru, dünyadaki trendleri ortaya koymaya imkân veriyor. Pfizer geçen sene Wyeth’i satın aldı. Satın almasının nedeni; Pfizer büyük bir jenerik üreticisidir, -Ertuğrul, eski hukuk müşaviri olarak bilir- fakat jenerik üreticisi olmak yetmiyor, inovasyon katabilmek için, inovasyona ağırlık veren başka bir firmayı bünyesine kattı. Büyük bir jenerik üretici aynı zamanda orijinal üretici hâline geldi. Novartis İlsan İlaç’ı aldı, Sandoz hâline getirdi; aynı zamanda büyük bir jenerik üreticisi. İlaç endüstrisinde İsraili firmalar çok eleştiri konusu olurlar. En büyük eleştiri konusu olan Teva İlaçları Firması dünya çapında bir aktördür. Teva, birçok konuda jenerik ilaçların savunuculuğunu yapmış olmakla birlikte şimdi kendisi orijinal ilaç geliştirme konusunda faaliyet gösteriyor ve patentlerinin mücadelesini veriyor. Bu şirketlerin hukuk müşavirleriyle Brüksel’deki bir toplantıda bir araya geldim. Şimdi hepsi aynı ülküyü konuşuyorlar; diyorlar ki, “jenerik ya da orijinal tercihi makro bir tercihtir, toplumun, ekonomik olması için jenerik ürüne de ihtiyacı vardır, karşısına çıkan yeni sorunlarla baş edebilmesi için inovatör, orijinal ürüne de ihtiyacı vardır ve bunun arasındaki denge toplumu ileri götürecektir şekilde kurulmalıdır, bu makro dengeyi toplum kurabilir.” Örneğin bir toplumda makro denge kurmak adına, “benim bütçem yeterli değil, ben jeneriği tercih ediyorum” denildiği zaman, jenerikleri daha çok tüketmeye yönelik böyle bir makro denge kurulduğu zaman, bu denge, adaleti sağlayan kurallardan feragat edilmesini, birtakım şeylerden vazgeçilmesini ya da birisinin diğerine tercih edilmesini gerektirmiyor. Bir insan orijinal ilaç da üretebilir, jenerik ilaç da üretebilir. Toplum bu kişiler bazında sübjektif bir ayırım ve farklılaştırma yapamaz. Adaletli toplumlarda en önemli şeylerden bir tanesi şöyle çıkıyor: Ayrımcılık yok. Ayrımcılık rengine göre de olabilir, cinsine göre de olabilir, yaptığı işe göre de olabilir. Orijinalle jenerikler arasında adalet bakımından bir ayrımcılık kesinlikle kabul edilebilecek bir şey değildir.

Burada bazı söylemlerin altına iyi bakılması gerekiyor. Benim ülkemde jenerik ilaç endüstrisinin çok güçlü olduğunu, güçlenmek istediğini, örneğin TÜBİTAK’a, bir molekül geliştirilmek üzere bir görev verildiğini, 400 küsur milyon TL de bütçe ayrıldığını, ama bir molekülün geliştirilemediğini biliyorum. Ülkemdeki orijinal ve jeneriklerin söylemlerini çok iyi biliyorum. “Benim ülkemin vatandaşıdır, benim ülkemün üreticisidir, para içeride kalsın, yaptığımız şey burada kalsın” gibi söylemlere kolay kolay prim vermemek gerekiyor, altına bakmak gerekiyor; acaba, jenerikte kalsın ya da benim ülkemde kalsın ne demektir? Biz finansmanımızı dışarıdan getiriyorsak, jeneriği yabancı parayla

A- “United States v. Computer Associates International, Inc.” Kararı¹⁶

Karara konu olayda, bilgisayar yazılımı üreticisi bir firma olan Computer Associates International Inc. (CAI), rakip bir teşebbüs olan Platinum Technology International, Inc. (Platinum) isimli firmayı 1999 yılında devralmıştır. Devir sözleşmesiyle Platinum’un, CAI’nin yazılı onayını almadan, süresi 30 günü aşan ve sabit/maksimum fiyat koşulu içeren sözleşmeler imzalaması ve ayrıca liste fiyatları üzerinden %20’den fazla indirim yapması yasaklanmıştır¹⁷. Ayrıca, söz konusu şartlara uyulmasını sağlamak amacıyla bazı CAI çalışanları Platinum’a yerleştirilmiştir. Bunun dışında CAI, muhasebe yöntemlerini değiştirmek ve fuara katılmasını yasaklamak suretiyle Platinum’un mutad işlemlerine müdahale oluşturan davranışlar sergilemiştir¹⁸.

Antitröst Dairesi, 1999’da izin verdiği bu işlem hakkında 2002 yılında erken başlama nedeniyle soruşturma başlatmıştır. Soruşturma neticesinde, tarafların davranışlarını şu gerekçelerle Clayton Yasası madde 7A’hükümüne aykırı bulmuştur: “Söz konusu uygulamalar sonucu Platinum piyasada bağımsız hareket edebilen bir rakip teşebbüs olma özelliğini yitirmiş; CAI yasal bekleme süresi henüz dolmadan Platinum’un mutad işlemlerine etki eder hale gelmiş ve ticari faaliyetleri üzerinde fiili kontrol sağlamıştır”¹⁹. Antitröst Dairesi’ne göre, bu tür uygulamaların “sadece devralma işlemi tamamlanıncaya kadar devralınan teşebbüsün değerini korumaya yönelik tedbirler” olduğu söylenemez²⁰.

Ayrıca, Daire’ye göre olayda kartel yasağına aykırılık ta söz konusudur. Bilhassa, CAI’ye, Platinum’un yapacağı sözleşmelerde maksimum indirim sınırını tespit etme yetkisi verilmesiyle Platinum’un fiyat belirleme özgürlüğüne müdahale edilmiş, bu suretle CAI karşısında etkin şekilde rekabet etmesi henüz devralma işlemi tamamlanmadan müşteriler aleyhine kısıtlanmıştır. Keza, Platinum’un üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerin CAI tarafından onaylanması koşulu, onun Platinum’a ait (satış fiyatı, indirim koşulları, müşteri isim listeleri gibi) rekabet açısından önemli bazı bilgilere erişimini kolaylaştırmış ve rekabet hukukunda yasak olan rakipler arası bilgi değişimine imkan tanımıştır²¹.

¹⁶ United States v. Computer Associates International, Inc. 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73,833 (D.D.C. 2002).

¹⁷ Oysa devir sözleşmesinden önce Platinum liste fiyatları üzerinden %80'lere varan indirimler uygulamaktaydı. (Bkz. *American Bar Association*, s. 137).

¹⁸ Reinert, M., in Vogt/Stupp/Dubs (Hrsg.): *Unternehmen - Transaktion - Recht* (Liber Amicorum für Rolf Watter), Zürich/St. Gallen 2008, s. 371.

¹⁹ United States v. Computer Associates International, Inc. 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73, 833, N.2 vd., <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f9200/9246.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.4.2010).

²⁰ *Linsmeier/Balssen*, s. 745. Karş. *American Bar Association*, s. 40.

²¹ *Reinert*, s. 371.

Bahsedilen eylemler nedeniyle açılan dava neticesinde, CAI'ye 638.000 Dolar para cezası verilmiş, ayrıca on yıl boyunca belirli davranışlardan kaçınma ve Rekabet Uyum Programı (*Compliance Program*) uygulama yükümlülüğü getirilmiştir²². Olayla ilgili mahkeme kararında, *münhasıran devralınan teşebbüsün değerini korumaya yönelik* ve dolayısıyla Sherman Yasası madde 1'e aykırılık oluşturmayacak uygulamalar hakkında bazı ipuçları da verilmiştir²³. Örneğin hedef teşebbüse, yoğunlaşma işlemi tamamlanana kadar ticari faaliyetlerini rutin şekilde sürdürme, işletmenin mevcut durumunda önemli derecede kötüleşmeye neden olacak davranışlardan kaçınma veya üçüncü şahıslarla teşebbüsün kontrolünün devrine yol açan sözleşmeler akdetmeme yükümlülüğü getirilebilecektir. Keza, Due Diligence kapsamında gerçekleştirilen bilgi değişimleri sorun teşkil etmeyecektir. Buna karşın, rakip konumdaki teşebbüslerin birbirlerinin yakın gelecekte hayata geçirecekleri pazarlama stratejileri, arz ve fiyat politikaları hakkında bilgilere sahip olmalarına izin verilemez, meğerki söz konusu bilgiler devralacak teşebbüsün yoğunlaşma sonrasındaki kârlılığı açısından büyük bir öneme sahip olsun. Ayrıca, böyle bir durumda rekabetle ilgili bilgilerin kullanımına sınırlama getiren ve bu bilgilere pazarlama, satış, fiyatlandırma gibi konularda görevli personelin erişimini engellemeye yönelik bir "gizlilik anlaşması" imzalanmalıdır²⁴.

B- "United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc." Kararı²⁵

Amerikan rekabet otoritelerinin erken başlama olgusuyla karşılaştığı bir başka olay, medya sektöründe faaliyet gösteren Gemstar-TV Guide International, Inc.(Gemstar) ve TV Guide Inc. (TV Guide) isimli firmaların birleşme işlemidir. 2000 yılında Antitröst Dairesi söz konusu işleme izin vermiş, fakat 2003 yılında erken başlama nedeniyle Gemstar hakkında soruşturma başlatmıştır. Antitröst Dairesi'nin soruşturma sonucu elde ettiği bulgulara göre, 1999'daki birleşme müzakereleri sırasında taraflar piyasaya sundukları hizmetler ile ilgili olarak uzun süreli rekabet ilişkisine girmeme konusunda uzlaşmışlardı. Keza, piyasa ve müşterileri paylaşmışlar, fiyat ve pazarlama stratejilerine ilişkin bilgi paylaşımında bulunmuşlardı. Ayrıca, TV Guide müşterileriyle yapacağı sözleşmeleri bir süre sonra Gemstar'ın sözleşmeleri ile uyumlu hale getirmiş,

²² *American Bar Association*, s. 138.

²³ *Linsmeier/Balssen*, s. 745.

²⁴ *United States v. Computer Associates International, Inc.* 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73,833, Final Judgment, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/fl1000/11083.pdf> (Erişim Tarihi: 14.4.2010). Bu tür bir gizlilik anlaşmasında hangi hususların dikkate alınması gerektiği konusunda bkz. *Reysen/Jaspers*, s. 612.

²⁵ *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.* 2003-2 Trade Cas. (CCH) 74,082 (D.D.C. 2003).

Gemstar'ın müşterileriyle olan ilişkilerinde onun temsilcisi sıfatıyla hareket etmiştir²⁶.

Antitröst Dairesi, söz konusu davranışları hem Sherman Yasası madde 1, hem de Clayton Yasası madde 7A hükümlerine aykırı bulmuştur²⁷. Zira Daireye göre, taraflar henüz bağımsız ve rakip teşebbüsler iken aralarındaki rekabete son vermiş, piyasa davranışlarını birlikte koordine etmiş ve birleşmenin fiilen icrası anlamına gelen davranışlar sergilemişlerdir. Konuyla ilgili dava sonucunda Gemstar'a 5.676.000 Dolar para cezası verilmiş, ayrıca Rekabet Uyum Programı uygulama yükümlülüğü getirilmiştir²⁸. Bu para cezası, aynı zamanda söz konusu olayda HSR'ye göre verilebilecek maksimum cezadır²⁹.

C- United States v. Qualcomm, Inc.” Kararı³⁰

Amerikan rekabet otoritelerinin erken başlama ihlallerinin üzerine kararlılıkla gitmesi, teşebbüslerin birleşme ve devralma işlemlerinde entegrasyon ve geçiş dönemi uygulamalarında çekingen bir tutum sergilemelerine neden olmuştur. FTC danışmanlarından William Blumenthal 2005 yılında yaptığı bir konuşmada, Amerikan rekabet otoritelerinin yoğunlaşma işlemleri öncesinde teşebbüsler arasındaki koordinasyonu hukuka uygun ve yoğunlaşmanın ekonomik olarak başarıyla gerçekleştirilebilmesi için gerekli gördüklerini, erken başlama yasağının –uygulamada kimi teşebbüsler tarafından yapıldığı gibi- geniş yorumlanmasının zararlı etkiler doğurabileceğini ifade etmiştir³¹. Bu açıklamalar Amerikan rekabet otoritelerinin erken başlama uygulamalarına karşı bundan sonra daha ılımlı davranacağı şeklinde yorumlanmış, ancak aradan çok fazla geçmeden Antitröst Dairesi yeni bir gun jumping soruşturması başlatmıştır³².

Soruşturmaya konu olayda, Qualcomm Inc. (Qualcomm) isimli şirket, rakiplerinden birisi olan Flarion Technologies Inc. (Flarion) isimli şirketi devralmıştır. Devir anlaşmasında, Flarion firmasına ticari faaliyetleri ve üçüncü

²⁶ United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. 2003-2 Trade Cas. (CCH) 74,082, N. 44, 48, 55 vd., <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200700/200737.pdf> (Erişim Tarihi: 14.4.2010). Ayrıca bkz. *Reinert*, s. 370-371.

²⁷ *American Bar Association*, s. 140.

²⁸ United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. 2003-2 Trade Cas. (CCH) 74,082, Final Judgment, VI, VIII, <http://www.justice.gov/atr/cases/f201400/201493.pdf> (Erişim Tarihi: 17.4.2010).

²⁹ *American Bar Association*, s. 143; *Linsmeier/Balssen*, s. 745.

³⁰ United States v. Qualcomm Inc., 2006-1 Trade Cas. (CCH) 75195 (D.D.C. 2006).

³¹ *Blumenthal, W.*: The Rhetoric of Gun-Jumping, Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate, New York 2005, s. 3. <http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf> (Erişim Tarihi: 18.4.2010)

³² *Linsmeier/Balssen*, s. 746.

kişilerle yapacağı sözleşmelerde Qualcomm şirketinin onayını alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda, Flarion firmasının Qualcomm şirketinin önceden yazılı iznini almadan üçüncü kişilere fikri ve sınai mülkiyet haklarının lisansını vermesi, bunları devretmesi veya devralması ve 75.000 Doları aşan sözleşmeleri yapması yasaklanmıştır³³. Antitröst Dairesi, uygulamada tarafların daha da ileri giderek Flarion'un rutin işlemleri için bile Qualcomm'un onayını aldığı tespit etmiştir. Örneğin, Flarion mevcut ve potansiyel müşterilerine ürünlerini pazarlamadan önce Qualcomm şirketinden izin almış; müşteri talepleri, ürün fiyatları ve indirim tekliflerini dahi onun onayına sunmuştur³⁴. Antitröst Dairesi, bu uygulamalar nedeniyle Qualcomm şirketine 1.800.000. Dolar para cezası vermiştir. Bu kararla birlikte, Amerikan rekabet otoritelerinin erken başlama uygulamalarına karşı sıkı yaptırım politikalarından vazgeçeceği öngörüsü değerini yitirmiştir³⁵.

II. AB'DEKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR

1. Hukuki Düzenlemeler

A- 139/2004 Sayılı Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük

AB hukukunda, 139/2004 Sayılı Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Tüzük (Tüzük)³⁶ hükümleri ile yoğunlaşma işlemlerine erken başlama yasaklanmıştır. “Yoğunlaşmaların Taliki” başlığını taşıyan madde 7/1'e göre, “*bildirimi zorunlu yoğunlaşma işlemleri ne bildirim öncesi, ne de Komisyon tarafından Ortak Pazar'la bağdaşır nitelikte olduğuna karar verinceye kadar gerçekleştirilemez*”. Söz konusu düzenleme, yoğunlaşma işlemlerinde etkin bir kontrolün sağlanmasına hizmet eder³⁷. Zira, yoğunlaşma tamamlandıktan sonra ortaya çıkan yeni durumdan geriye dönülmesi çoğu zaman oldukça güçtür (“*scrambled eggs effect*”). Tüzüğün bu hükmüyle, izne tabi yoğunlaşmaların henüz Komisyon denetimi sona ermeden kalıcı yapısal değişikliklere yol açmasının önlenmesi amaçlanmıştır³⁸.

Belirtmek gerekir ki, Tüzük madde 7/1'deki yasak mutlak nitelikte değildir. Tüzük madde 7/3 uyarınca Komisyon, tarafların başvurusu üzerine erken başlama yasağını kaldırabilir. Komisyon bu konudaki kararını verirken, yoğunlaşma işlemine izin verinceye kadar beklenilmesinin taraf teşebbüsler ve

³³United States v. Qualcomm Inc., 2006-1 Trade Cas. (CCH) 75195, N. 15 vd., <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f215600/215608.pdf>. (Erişim Tarihi: 18.4.2010).

³⁴ Reinert, s. 372.

³⁵ Linsmeier/Balssen, s. 746.

³⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 Des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1 (29.01.2004).

³⁷ Reysen/Jaspers, s. 605.

³⁸ Ablasser-Neuhuber, Rn. 1.

üçüncü kişiler bakımından doğuracağı olumsuz etkiler ile izin beklenmeden işlemlere başlanmasının rekabet üzerindeki olası etkilerini birlikte değerlendirecektir (Tüzük madde 7/3, cümle 2)³⁹. Ancak Komisyonun şu ana kadar ki uygulamalarına bakıldığında, erken başlama yasağının kaldırılmasına yönelik talepleri nadiren kabul ettiği görülmektedir⁴⁰.

Tüzük madde 7'deki erken başlama yasağının kapsamı açıklanmaya muhtaçtır. Bu noktada, hangi durumlarda yoğunlaşma işlemine “başlanmış” sayılacağına tespiti önemlidir. Ancak, gerek Tüzük madde 7'de, gerekse Komisyon'un yoğunlaşmalarla ilgili yönerge, ilan ve duyurularında ne tür davranışların yoğunlaşmaya “başlama” olarak kabul edileceği açıkça ortaya konulmuş değildir.

Doktrinde ise, konuyla ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: Erken başlama yasağının ihlal edilmiş sayılabilmesi için yoğunlaşmaya dair sözleşmenin imzalanmış olması tek başına yeterli değildir; ayrıca sözleşmenin icrasına başlanmış olması gerekir⁴¹. Bu konuda, borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi ayırımından yararlanılması düşünülebilir ise de, bu ayırımın birçok üye ülkenin hukuk sistemine yabancı olduğu gözden kaçırılmamalıdır⁴². Esasen Tüzük madde 7'deki yasak *yoğunlaşma etkisi yaratan yahut benzer sonuçlar doğuran tüm hukuki ve maddi fiilleri* kapsar. Bu kapsamda, ilgili piyasanın yapısına veya yoğunlaşma neticesinde meydana gelecek yeni ekonomik oluşumun stratejik nitelikteki iktisadi davranışlarına ya da rekabet politikalarına herhangi bir şekilde etki edecek eylemler söz konusu yasak kapsamında değerlendirilmelidir⁴³. Bu tür davranışlara örnek olarak ortak işletme planlarının uygulanması, hedef teşebbüs üzerinde yönetsel hakların kullanılmaya başlanması, işletme politikaları üzerinde belirleyici olma amacı taşıyan bazı organizasyonel tedbirler alınması, hedef teşebbüsteki stratejik birimlere personel yerleştirilmesi, hedef teşebbüsün

³⁹ Düzenlemenin önceki halinde erken başlama yasağının kaldırılması “taraf teşebbüslerin ağır bir zarar uğraması” şartına bağlanmıştı (*Immenga, U./Körber, T.*, in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. Auflage, München 2007, VO 139/2004/EG Art. 7, Rn. 24).

⁴⁰ Karş. *Baron, M.*, in *Langen/Bunte* (Hrsg.): *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bd. 2, 10. Auflage, Neuwied 2006, Art. 7 FKVO, Rn. 7. Bu konudaki taleplerden yaklaşık %2'sinin Komisyonun tarafından kabul edildiği belirtilmektedir (Bkz. *Cook, C. J./ Kerse, C. S.*: *EC Merger Control*, Fourth Edition, London 2005, s. 167, dn. 97).

⁴¹Karş. *Müller-Henneberg, H.*: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht*, Gemeinschaftskommentar, 5. Auflage, Köln 2005, Art. 7 FKVO, Rn. 3.

⁴² *Immenga/Körber*, Rn. 7.

⁴³ *Ablasser-Neuhuber*, Rn. 3.

bazı faaliyet alanlarından çekilmesi veya önemli ticari ya da idari kararlarının devralan teşebbüsün onayına tabi kılınması gösterilebilir⁴⁴.

Buna karşın, satış bedelinin ödenmesi, hedef teşebbüsün Due Diligence kapsamında tayin edilmiş olan ekonomik değerini azaltıcı nitelikteki davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, (henüz uygulanmaya başlanmamış olmak kaydıyla) tarafların yoğunlaşma sonrası döneme ilişkin ortak pazarlama veya entegrasyon stratejileri hakkında yürütecekleri çalışmalar kural olarak erken başlama yasağını ihlal anlamına gelmez⁴⁵.

Öte yandan, bilhassa entegrasyon planları ve bunların icrası hususunda – aşırıya kaçan uygulamalar hariç- geniş bir “gri alan” söz konusudur. Bu alanda gerçekleştirilen her bir uygulamanın soyut ve diğerlerinden bağımsız biçimde ele alınması yerine, bir bütün olarak ve somut olayın özellikleri de göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerekir⁴⁶.

Konuyla ilgili bir diğer mesele, AB sınırları dışında gerçekleştirilen yoğunlaşmalar bakımından erken başlama yasağının uygulanıp uygulanmayacağıdır. *Kimberly-Clark/Scott* kararında⁴⁷, yoğunlaşmanın ABD ile ilgili kısmının, AB Komisyonu’nun onayından önce gerçekleştirilmesine müsaade edilmiştir. Ancak meseleyi tam olarak açıklığa kavuşturan bir karar henüz mevcut değildir. Literatürde ise, sorunun *etki doktrini* ışığında, yani yoğunlaşmaya başlanmış olmasının herhangi bir şekilde AB’de etki doğurup doğurmadığına bakılarak çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸.

B- Avrupa Topluluğu Anlaşması (ATA) Madde 101

Yoğunlaşma işlemlerinde erken başlama açısından dikkate alınması gereken bir diğer norm ATA madde 101 (eski madde 81) hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca, teşebbüslerin piyasa davranışlarının koordinasyonuna imkan veren ve bu suretle piyasadaki rekabeti bozucu nitelikteki davranışlar yasaktır. Bu bağlamda, yoğunlaşma gerçekleşene kadar taraflar ayrı teşebbüsler olma vasfını koruduğundan, birbirlerinden bağımsız hareket etmek ve ATA madde 101’e aykırılık oluşturabilecek işbirliklerinden kaçınmak durumundadırlar⁴⁹. Dolayısıyla, henüz izin verilmemiş yoğunlaşma işlemlerinin yanısıra, izin verilmiş

⁴⁴*Reysen/Jaspers*, s. 605; *Ablasser-Neuher*, Rn. 3; *Immenga/Körber*, Rn. 6, 10. Ayrıca karşı. *Linsmeier/Balssen*, s. 743.

⁴⁵ *Reysen/Jaspers*, s. 605.

⁴⁶ *Reysen/Jaspers*, s. 606.

⁴⁷ *Sache IV/M.623*, *Amtsblatt der Europäischen Union*, L 183 (23.7.1996).

⁴⁸ *Ablasser-Neuher*, Rn. 5. Karşı. *Immenga/Körber*, Rn. 6.

⁴⁹ *Hippe/ Reibel/Zielke/ Bürgin*, s. 404.

ve fakat çeşitli nedenlerle⁵⁰ henüz gerçekleştirilmemiş yoğunlaşmalar bakımından ATA madde 101 uygulanabilecektir⁵¹. Zira, Komisyon tarafından Tüzük kapsamında verilecek izin sadece yoğunlaşmaya ilişkin olup, yoğunlaşma gerçekleşene kadar bağımsız teşebbüsler sayılan tarafların uyumlu davranışlarını kapsamamaktadır⁵².

Yoğunlaşmayı planlayan teşebbüsler açısından ATA madde 101 ile ilgili genel bir istisna getirilmiş değildir. Yalnızca, “Yoğunlaşmaların Gerçekleştirilmesiyle Doğrudan Bağlantılı ve Zaruri Nitelikteki Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Komisyon Duyurusunda” (Duyuru)⁵³, *yoğunlaşma tamamlanuncaya kadar işletme faaliyetlerinde önemli değişiklikler yapmama yönündeki anlaşmaların hukuka uygun sayılacağı* ifade edilmiştir⁵⁴. Dolayısıyla, bu tür hükümler içeren sözleşmeler ATA madde 101/1 hükmüne doğrudan aykırılık teşkil etmediği gibi, ATA madde 101/3 kapsamında bir muafiyete de ihtiyaç yoktur⁵⁵.

Diğer yandan, yoğunlaşma işleminin tarafları arasında fiyat tespiti, müşteri ve pazar paylaşımı gibi davranışların söz konusu olduğu durumlarda ATA madde 101’in tatbik edileceği açıktır. Keza, yoğunlaşmayla doğrudan bağlantılı olmayan diğer bazı davranışlar için de aynı şey söylenebilir. Örneğin, yoğunlaşma bakımından zorunlu nitelik taşımayan piyasa ve işletmeye ilişkin hassas bilgilerin değişimi gibi. Komisyon’a göre, herkes tarafından ve doğrudan ulaşılması mümkün olmayan ve rekabetle ilgili aktüel bilgilerin rakipler arasında sistematik biçimde değişimi ATA madde 101’e aykırıdır⁵⁶. Söz konusu bilgilere, alınan siparişler, teslimatlar, fiyatlar, cirolar, yatırımlar ve benzer türden rekabetle ilgili parametreler örnek gösterilebilir⁵⁷. Esasen yoğunlaşma işleminin tarafları arasındaki bilgi değişimi devamlı nitelikte olmayıp belirli bir zaman dilimiyle sınırlıdır. Bununla birlikte, taraflar arasında -diğer teşebbüslere nazaran-

⁵⁰ Örneğin, yoğunlaşmanın nihai olarak gerçekleştirilebilmesinin resmi merciler ya da teşebbüslerin yetkili organlarınca onaylanması koşuluna veya belirli bir karlılık düzeyine ulaşılması gibi bazı faktörlere bağlanmış olması gibi (*Reysen/Jaspers*, s. 608).

⁵¹ *Linsmeier/Balssen*, s. 743.

⁵² *Reysen/Jaspers*, s. 608.

⁵³ “Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführungen von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind”. (Amtsblatt der Europäischen Union, C 56 (5.3.2005), s. 24-31.

⁵⁴ Duyuru, N.14. Ayrıca bkz. Duyuru dn. 7’de zikredilen Komisyon kararları.

⁵⁵ *Linsmeier/Balssen*, s. 743.

⁵⁶ Bkz. Komisyon’un “Wirtschaftsvereinigung Stahl” kararı, Amtsblatt der Europäischen Union, L 1 (3.1.1998).

⁵⁷ *Reysen/Jaspers*, s. 608; *Aslan*, E.F.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Bilgi Değişimi, Rekabet Dergisi 2009, Cilt: 10, Sayı: 3, s. 55.

daha derin ve kapsamlı bir bilgi değişiminin mümkün olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla, örneğin müşteri listeleri, pazarlama stratejileri veya yatırım planlamalarına ilişkin konularda tek seferlik bilgi aktarımı dahi rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratabilir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ATAD), etkin bir rekabetin söz konusu olmadığı piyasalardaki rakipler arası bilgi değişimine daha az müsamaha gösterdiği dikkate alındığında⁵⁸, yoğunlaşmanın yüksek olduğu veya rekabet karşıtı fillerin daha önce sıkça ortaya çıktığı piyasalardaki yoğunlaşma işlemlerinde ATA madde 101'in uygulanma olasılığı artabilecektir⁵⁹.

2. AB Komisyonu'nun Yetkileri ve Yaptırımlar

Yoğunlaşma işlemine erken başlandığı şüphesinin bulunduğu durumlarda, Komisyon, Tüzük madde 13'ün verdiği yetkiye dayanarak tarafların işyerlerini aramak, defter ve belgelerini incelemek, mühürlemek ve gerekli diğer önlemleri almak yetkisini haizdir⁶⁰. Ancak, söz konusu yetkilerin kullanıldığı erken başlama vakalarının sayısı oldukça azdır. Bu konuda *Skanska/Scancem*⁶¹ ve *Ineos/Kerling*⁶² vakaları örnek gösterilebilir. *Skanska/Scancem* olayında Komisyon, bildirim öncesi erken başlama nedeniyle tarafların işyerlerinde aramalar gerçekleştirmiştir. Ancak daha sonra, tarafların taahhütlerinin kabul edilerek yoğunlaşmaya izin verilmesiyle soruşturma sona ermiştir⁶³. *Ineos/Kerling* olayında ise, Komisyon hem yoğunlaşma işlemine erken başlandığı ve hem de ATA (eski) madde 81 hükmünü ihlal edecek şekilde bilgi değişimi gerçekleştirildiği şüphesiyle teşebbüslerin işyerlerinde aramalar gerçekleştirmiştir. Bu olayda da yoğunlaşmaya izin verilmesiyle taraflar hakkında erken başlama nedeniyle açılan soruşturma ceza verilmeksizin kapatılmıştır⁶⁴.

Erken başlama yasağının ihlali halinde Tüzük madde 14/2; ATA madde 101'e aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda ise "ATA Madde 81 ve 82'de

⁵⁸ Örneğin bkz. "John Deere/Komisyon" kararı, 28.5.1998, Rechtssache C-7/95 P, Sammlung der Rechtssprechung (1998), s. I-3111.

⁵⁹ *Reysen/Jaspers*, s. 608-609.

⁶⁰ *Erdem*, H. E.: Teşebbüsler Arası Yoğunlaşma İşlemlerinin Denetlenmesine İlişkin 20 Ocak 2004 Tarihli ve 139/2004 Sayılı AT Tüzüğü İle Getirilen Değişiklikler, Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2007, s. 278.

⁶¹ Sache IV/M.1157, Amtsblatt der Europäischen Union, L 183 (16.7.1999).

⁶² Sache COMP/M.4734, Amtsblatt der Europäischen Union, C 219 (28.8.2008).

⁶³ Karar hakkında daha fazla bilgi için bkz. *Heithecker*, J.: Wettbewerbsicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen, Eine fallbezogene Untersuchung der inhaltlichen Anforderungen an Zusagen, Berlin 2002, s. 325 vd.

⁶⁴ *Ablasser-Neuhuber*, Rn. 3, dn. 9.

Yer Alan Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin 1/2003 Sayılı Tüzük⁶⁵ madde 23/2 hükmü uyarınca bir önceki yıldaki toplam cironun yüzde onuna kadar para cezası verilebilecektir. Ayrıca erken başlama hallerinde, Tüzük madde 8/5'e göre Komisyon etkin rekabetin yeniden tesisi ve devamını sağlamak amacıyla somut olayın gerektirdiği nitelikteki tedbirleri almaya yetkilidir⁶⁶.

3. AB Komisyonu'nun Kararları

ABD rekabet otoriteleri ile karşılaştırıldığında, Komisyonun erken başlama uygulamalarını sıkı biçimde denetlediğini söylemek güçtür. Erken başlama yasağını ihlal nedeniyle soruşturma konusu yapılmış vaka sayısı oldukça sınırlıdır⁶⁷. Konuyla ilgili kararların az sayıda olması Komisyonun Tüzük madde 7 hükmünü ne şekilde yorumladığının anlaşılabilmesi ve erken başlama yasağının kapsamının net bir biçimde ortaya konulmasını güçleştirmektedir.

Erken başlama yasağıyla ilgili olarak literatürde Samsung/AST⁶⁸, A.P. Moller⁶⁹, Bertelsmann/Kirch/Premiere⁷⁰ kararları zikredilmektedir. Bunlara, 2009 yılı Haziran ayında verilmiş olan Electrabel/CNR⁷¹ kararını da eklemek gerekir. Ancak hemen belirtelim ki, bunlardan sadece Bertelsmann/Kirch/Premiere kararında klasik manada erken başlama söz konusudur.

Samsung/AST kararına konu olayda, Samsung 1996 yılında AST üzerinde kontrolü ele geçirmiş, ancak bunu yaklaşık bir yıl sonra Komisyona bildirmiştir. Komisyon zamanında bildirimde bulunulmadığı için (o dönem yürürlükte olan Tüzük hükümleri çerçevesinde) 5.000 ECU ve erken başlama nedeniyle 28.000 ECU para cezasına hükmetmiştir.

A.P. Moller olayında, Cable & Wireless ile Moersk Data isimli teşebbüsler arasındaki yoğunlaşma işlemine izin verilmesi için Komisyona başvuruda bulunulmuştur. İzin başvurusunun incelenmesi esnasında, Moersk

⁶⁵ “Verordnung (EG) Nr. 1/2003 Des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln”, Amtsblatt der Europäischen Union, L 1 (4.1.2003).

⁶⁶ *Erdem*, s. 279.

⁶⁷ Bkz. *Reysen/Jaspers*, s. 606-607. Yazarlar haklı olarak, bu durumun işleme taraf teşebbüslerin hukuka uygun davranma noktasında azami ihtimam göstermelerinin mi, yoksa Komisyon'un bu konuda gerekli hassasiyeti göstermemesinin bir sonucu mu olduğu sorusunu gündeme getirdiğini belirtmektedirler. Bu bağlamda, Computer Associates soruşturmasının ABD Antitröst Dairesi'nin ceza vermesiyle sonuçlanmış olmasına karşın, Komisyon'un aynı olayda tarafların davranışlarını cezalandırmamış olmasına dikkat çekmektedirler.

⁶⁸ Sache IV/M.920, Amtsblatt der Europäischen Union, L 225 (26.8.1999).

⁶⁹ Sache IV/M.969, Amtsblatt der Europäischen Union, L 183 (16.7.1999).

⁷⁰ Sache IV/M.993, Amtsblatt der Europäischen Union, L 53 (27.2.1999).

⁷¹ Bkz. Komisyonun 10.6.2009 tarih ve IP/09/895 sayılı basın bildirisi.

Data'nın A.P. Moller isimli konzerne bağı bir teşebbüs olması nedeniyle A.P Moller'in cirosunun da dikkate alınması gerektiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine A.P. Moller, bazı bağı teşebbüslerinin daha önce Komisyona bildirimde bulunmadan gerçekleştirdiği üç birleşme işlemini Komisyona bildirmiş, ancak erken başlama nedeniyle toplam 219.000 EUR para cezasına çarptırılmıştır.

Bertelsmann/Kirch/Premiere olayında ise, taraflar yoğunlaşma bildiriminde bulunmamış, sonradan Komisyonun ikazı üzerine bildirim gerçekleşmiştir. Komisyon yaptığı incelemede, bildirimden önceki dönemde Premiere'in, Kirch'e ait D-Box teknolojisini kullanmaya ve pazarlamaya başladığını tespit etmiş ve bildirime tabi bir yoğunlaşma işleminin bu şekilde izin alınmadan icrasına başlanmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir⁷². Bunun üzerine Premiere, D-Box teknolojisini pazarlamaya son vermiştir. Komisyon, nihai kararında yoğunlaşmaya izin verilmesi talebini reddetmiş, ancak erken başlama nedeniyle taraflara herhangi bir ceza da vermemiştir.

Electrabel/CNR kararına konu olayda, Electrabel 2003 yılında CNR isimli firmanın hisselerinin %50'ye yakını devralmış, ancak bu konuda Komisyona herhangi bir bildirimde bulunmamıştır. 2007 yılında Komisyona başvurarak söz konusu devir işlemiyle CNR'in kontrolünün kendisine geçmiş sayılıp sayılmayacağını sormuştur. Komisyon ise erken başlama yasağının ihlali şüphesiyle soruşturma başlatmıştır. Bunun üzerine Electrabel 2008 yılındaki devralma işlemi hakkında Komisyona resmi bildirimde bulunmuştur. Komisyon işleme izin vermiş, ancak erken başlama soruşturması kapsamında Electrabel'in devir işlemine izin verilmesi için yaptığı resmi bildirim öncesinde gerçekleşen hisse devir işlemiyle CNR'in en büyük ortağı haline geldiğini ve 2004 yılından bu yana CNR'in genel kurul ve denetim kurulunda önemli bir çoğunluğa sahip olduğunu saptamıştır. Dolayısıyla, Electrabel'in 2008 yılında yaptığı bildirimden çok önce CNR üzerindeki kontrolü ele geçirmiş olduğunu tespit etmiştir. Kararında, Electrabel'in büyük bir teşebbüs olarak erken başlama yasağını bilmesi gerektiğine vurgu yaparak 20.000.000 EUR para cezasına hükmetmiştir. Ancak Electrabel'in devralma işlemini kendiliğinden Komisyona bildirmiş ve devralma işleminin rekabeti bozucu etki yaratmamış olmasını para cezasının tayininde hafifletici unsur olarak değerlendirmiştir⁷³.

⁷² Bkz. Komisyon'un 15.12.1997 tarih ve IP/97/1119 sayılı basın bildirisi.

⁷³ *Bischke, A.H/Brack S./Müller, H.*: Europäische Kommission verhängt Bußgeld von 20 Mio. Euro wegen Verstoßes gegen das Vollzugsverbot, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2009, Heft 23, s. 902.

III. TÜRKİYE’DEKİ HUKUKİ DÜZENLEMELER VE UYGULAMALAR

1. Hukuki Düzenlemeler

ABD ve AB’de olduğu gibi hukukumuzda da belirli nitelikteki yoğunlaşmaların izinsiz gerçekleştirilmesi yasaktır⁷⁴. RKHK madde 7/2’de, hangi tür yoğunlaşma işlemleri için izin alınması gerektiğinin Kurul tarafından çıkarılacak tebliğlerle belirleneceği ifade edilmiş, bu kapsamda “1997/1 Sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” çıkarılmıştır.

RKHK madde 11’e göre, bildirimde bulunulmamış bir yoğunlaşma işleminden Rekabet Kurulu (Kurul) haberdar olduğunda yoğunlaşma işlemi re’sen incelemeye alır. Yoğunlaşma işlemi RKHK madde 7 kapsamına girmiyorsa izin verir, ancak bildirim yükümlüğü ihlal edildiği için para cezası uygular. Bu cezanın miktarı, RKHK madde 16/1 uyarınca teşebbüslerin (karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan) yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranındadır. Ancak verilecek ceza on bin Türk Lirasından az olamaz⁷⁵. Ayrıca, idari para cezası birleşme işlemlerinde tarafların her birine, devralma işlemlerinde ise sadece devralana verilebilecektir (RKHK madde 16/1, d)⁷⁶. Kurul, re’sen incelemeye aldığı yoğunlaşma işleminin RKHK madde 7 kapsamına girdiğini tespit etmesi halinde, para cezası ile birlikte

⁷⁴ Böylece rekabeti bozucu yoğunlaşmaların yol açabileceği telafisi güç zararların önlenmesi amaçlanmıştır (Güven, P.: Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 404).

⁷⁵ Bu miktar 1/1/2010-31/12/2010 tarihleri arasında geçerli olmak üzere 11.446,4 TL’ye yükseltilmiştir (Bkz. 2010/1 Sayılı Tebliğ madde 1). 23.1.2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanunla RKHK’da yapılan değişiklikten önce izne tabi yoğunlaşma işlemlerinin izinsiz gerçekleştirilmesi halinde maktu para cezası uygulanması söz konusuydu (RKHK madde 16, c). Ayrıca, teşebbüslere verilen cezanın yüzde onuna kadar bunların yönetim organlarında bulunan kişilere de ceza verilmesi öngörülüyordu (RKHK madde 16/3). 5728 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, nisbi para cezası getirilmiş olması olumludur. Ancak bu yeni düzenlemeyle izinsiz başlama halinde yöneticilere de ceza verilmesinden vazgeçilmiş olması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Aynı yönde *Aslan*, İ.Y.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda “5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler (II), Rekabet Forumu 2008, Sayı: 41, s. 6, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi41.doc, (Erişim Tarihi: 19.4.2010).

⁷⁶ *Aslan*, İ.Y.: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda “5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler (I), Rekabet Forumu 2008, Sayı: 40, s. 8, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi40.doc, (Erişim Tarihi: 19.4.2010). Yazar bu düzenlemenin aynı zamanda bildirim yükümlülerinin kimler olduğuna işaret ettiğini belirtmektedir.

yoğunlaşma işleminin sona erdirilmesi ve hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmaya yönelik diğer tedbirlerin alınmasına karar verir (RKHK madde 11, b). Bu durumda RKHK madde 16/3 uyarınca teşebbüslerin (karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan) yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar para cezası verilir.

Hukumumuzda yoğunlaşma işlemlerinin izinsiz gerçekleştirilmesi yasaklanmış olmakla birlikte, “gerçekleştirme” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu konudaki Kurul kararları ve sorunlara aşağıda değineceğiz.

Ayrıca, yoğunlaşma işlemlerine erken başlama halinde teşebbüslere uygulanacak ceza bakımından AB hukukundan farklı bir yol izlendiği görülmektedir. AB hukukundaki gibi erken başlama halinde tek tip ceza uygulanması yerine, izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşma işleminin rekabete aykırı nitelikte olup olmamasına göre farklı cezalar öngörülmüştür. Oysa, yoğunlaşma işlemlerinde önceden izin alınmasının telafisi güç durumların ortaya çıkmaması bakımından arz ettiği önem açıktır. Buna rağmen, hukukumuzda bildirim yapılmayan işlemlerin sadece usule ilişkin bir ihlal olarak nitelendirilerek (AB’deki gibi yüzde on yerine) binde bir oranında bir ceza ile yetinilmesinin ne denli isabetli olduğu tartışmalıdır⁷⁷. Bu tür bir yaptırım politikası tarafların bildirim konusunda özensiz ve ihmalkâr davranmalarına yol açabilecek, hatta izin prosedürünün yol açacağı maliyetlerin para cezasından daha yüksek olacağı durumlarda (ihlalin ortaya çıkmama ihtimali de göz önünde tutularak) çoğu kez bildirim yapılmamasına neden olabilecektir. Bu ise, bildirimde bulunup bulunmama hususunda insiyatifin teşebbüslere geçmesi ve yoğunlaşmalar bakımından son derece önemli olan ex-ante denetimin zayıflamasına yol açabilecektir.

Diğer yandan, tarafların izin öncesi gerçekleştirecekleri kimi davranışlar aynı zamanda RKHK madde 4 hükmüne aykırılık oluşturabilecektir⁷⁸. Zira, tarafların (özellikle rakip teşebbüsler olmaları durumunda) yoğunlaşma gerçekleşene kadar piyasada ayrı teşebbüsler olarak varlıklarını sürdürmeleri ve bağımsız hareket etmeleri gerekir. Bu itibarla, tarafların yoğunlaşma işlemine henüz izin verilmediği (ve hatta AB hukukundaki gibi yoğunlaşma çeşitli nedenlerle henüz tamamlanmadığı) sürece fiyat tespiti, pazar veya müşteri paylaşımı, arz ya da talebin kontrolü, rekabet açısından hassas bilgilerin

⁷⁷ Üstelik bu ceza, devralma işlemlerinde sadece devralana verilebilmektedir

⁷⁸ RKHK madde 4’ün izne tabi olmayan yoğunlaşma işlemleri hakkında da uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

paylaşımı gibi RKHK madde 4 ile bağdaşmayan davranışlardan kaçınmaları gerekir. Aksi takdirde, söz konusu düzenlemeye aykırılık nedeniyle yaptırım uygulanabilecektir.

Nihayet, AB hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda Kurul'a tarafların menfaatleri ve rekabetin üzerindeki muhtemel etkilerini dikkate alarak erken başlama yasağını kaldırma yetkisi tanınmamıştır.

2. Rekabet Kurulu'nun Kararları

Türk hukukunda yoğunlaşma işlemlerinin izinsiz gerçekleştirilmesi yasaklanmış olmakla birlikte⁷⁹, ne tür davranışların varlığı halinde yoğunlaşmanın "gerçekleşmiş" sayılacağı açıklanmamıştır. Kurul ise, yoğunlaşmanın "gerçekleşmesinden" buna ilişkin sözleşmenin "imzalanmasını" anlamaktadır⁸⁰. Nitekim, Comsat kararında⁸¹ şu ifadeler yer verilmiştir: "...Dosya mevcudu bilgi ve belgelerden, bildirim konusu sözleşmelerin 5.6.2003 ve 31.7.2003 tarihlerinde imzalandığı, bildirim ise 4.9.2003 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal ettiği anlaşılmıştır. Bir başka ifadeyle işlem gerçekleştirildikten sonra Kurum'a başvuruda bulunulmuştur".

Keza, Horoz Yatırım Holding kararında⁸² şu ifadeler yer verilmiştir: "...İnceleme konusu dosyada ise, Horoz Grubu hissedarları ile Aras Grubu hissedarları arasındaki devralma işlemi düzenleyen Sözleşme'nin 17.9.2003 tarihinde imzalandığı, ancak işleme ilişkin bildirim 10.3.2004 tarihinde yapıldığı tespit edilmiştir. Geç bildirim nedenine ilişkin olarak raportörlerin bildirim yapan temsilci ile yaptıkları görüşmede, devrin zamanında bildirilmemesinin esas olarak Sözleşme'yi hazırlayan Aras Grubu ve Horoz Grubu'nun avukatları arasındaki iletişimsizlikten kaynaklandığı belirtilmiş, bununla birlikte devrin fiili olarak yürürlüğe girmesinin 2003 yılı sonunu bulduğu da eklenmiştir. Ancak, bu gerekçenin işlemin geç bildirilmesini mazur gösterecek nitelikte bulunmadığı neticesine varılmıştır. Bu çerçevede, işlemin süresi içinde Rekabet Kurulu'na bildirilmemesi dolayısıyla 1997/6 sayılı Tebliğ'in 7. maddesi ve 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi uyarınca idari para cezası uygulanması gerekmektedir."⁸³

⁷⁹ Bkz. RKHK madde 10, 11, 16 ve 1997/1 Nolu Tebliğ madde 5/7.

⁸⁰ Aslan, İ.Y.: Rekabet Hukuku, Ankara 2005, s. 479.

⁸¹ Dosya Sayısı: 2003-2-68, Karar Sayısı: 03-69/831-361, Karar Tarihi: 23.10.2003.

⁸² Dosya Sayısı: 2004-4-49, Karar Sayısı: 04-36/408-101, Karar Tarihi: 20.5.2004.

⁸³ Kurul'un aynı yaklaşımı sonraki kararlarında da sürdürdüğü görülmektedir. Örneğin bkz. Pak Tavuk kararı, Dosya Sayısı: 2008-3-213, Karar Sayısı: 09-21/439-107, Karar Tarihi: 6.5.2009, (530 ve 540 nolu paragraflar); Eastpharma Sarl kararı, Dosya Sayısı: 2007-1-13, Karar Sayısı:

Bu yaklaşım haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Aslan konuyla ilgili olarak şu açıklamalarda bulunmuştur: "...(Kurul) imzalanmış olan sözleşme ile amaçlanan ticari faaliyet için gerekli fiili işlemin yapılıp yapılmadığı ile ilgilenmemektedir. Bize göre hukuki işlemin yerine getirilmiş olması, örneğin bir şirket kuruluş işleminin tescil ettirilmiş olmasının, birleşmenin uygulamaya sokulması olarak kabul edilmemesi gerekir, kurulacak şirketin ana faaliyeti ne olacak ise onunla ilgili faaliyetlere başlanmış olması ya da başlanması yolunda önemli adımların atılmış olması (özellikle kolayca geri dönülemeyecek adımların), birleşmenin uygulamaya sokulması olarak değerlendirilmelidir. Böylece sırf sözleşmenin imza edilmiş olması ya da şirketin tescil edilmiş olması gibi kolayca geri dönüşü olabilecek işlemlerin yapılmış olması nedeniyle usuli para cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir"⁸⁴.

Bu tespitlere büyük ölçüde katıldığımızı belirtmek isteriz. Gerçekten de, salt birleşme veya devralma sözleşmesinin önceden imzalanmış olması erken başlama olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, AB hukuku literatüründeki görüşler de bu yöndedir. Aksi yönde bir Komisyon ya da ATAD kararı da tespit edilebildiğimiz kadarıyla mevcut değildir. Öte yandan, sözleşme henüz imzalanmamış olmakla birlikte, tarafların yoğunlaşma etkisi yaratan davranışlarıyla erken başlama yasağının ihlal edilebileceği de göz ardı edilmemelidir.

Ayrıca, erken başlamadan söz edebilmek için, yoğunlaşma sonucu meydana gelecek *yeni oluşumun ana faaliyeti ne olacak ise, onunla ilgili faaliyetlere başlanmış olması ya da başlanması yolunda önemli adımların (özellikle kolayca geri dönülemeyecek adımların) atılmış olmasının* zorunlu bir unsur olmadığını düşünüyoruz. ABD ve AB uygulamalarına bakıldığında da böyle bir şartın aranmadığı görülmektedir. Örneğin, izin öncesi taraflarca ortak işletme planlarının uygulanması ya da hedef teşebbüsün üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmelerin diğer teşebbüsün onayına tabi kılınmasının geri dönülemeyecek adımlar olduğu söylenemez. Oysa söz konusu davranışlar özellikle ABD uygulamalarında erken başlama olarak değerlendirilmektedir. Bu tespitler ışığında, kanaatimizce *yoğunlaşma etkisi yaratan yahut benzer sonuçlar doğuran tüm hukuki ve maddi fiiller -somut olayın özellikleri de dikkate alınarak- erken başlama yasağı kapsamında değerlendirilebilecektir.*

Rekabet Kurulu'ndan İzin alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ Taslağı'nda (Taslak) konuyla ilgili önemli bir hüküm yer

07-34/355-133, Karar Tarihi: 24.4.2007; *Doğuş Otomotiv* kararı Dosya Sayısı: 2007-4-130, Karar Sayısı: 07-66/813-308, Karar Tarihi: 22.8.2007.

⁸⁴ *Aslan*, Rekabet Hukuku, s. 479.

almaktadır. Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Birleşme veya devralma işlemlerinde gerçekleştirilme tarihi, kontrolün hukuken veya fiilen el değiştirdiği tarihtir” (madde 10/9). Buna göre, tek başına sözleşmenin imzalanması ya da tescil gibi işlemler (kontrolün el değiştirmesi gerçekleşmediği sürece) izinsiz başlama olarak değerlendirilemeyecektir. Hangi hallerde kontrolün el değiştirmiş sayılacağı meselesi ise izaha muhtaçtır. Bu hususun Kurul tarafından hazırlanacak bilgilendirici (Kılavuz, Duyuru vb.) dokümanlarla açıklığa kavuşturulması uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesine yardımcı olabilecektir.

Kurul’un, yurt içindeki yoğunlaşmanın gerçekleşmiş sayılması için sözleşmenin imzalanmış olmasını yeterli görmesine karşın, yurtdışı menşeli ve Türkiye’de etki doğuran yoğunlaşma işlemleri bakımından aynı yaklaşımı sergilemediği görülmektedir. Örneğin, Oracle Corporation/Sun Microsystems Inc. kararında⁸⁵, 19.4.2009 tarihli devralma sözleşmesinin bildirimının 3.8.2009 tarihinde yapılmış olmasına rağmen herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır.

Yoğunlaşmaya izin verilmeden önce gerçekleştirilecek kimi davranışların aynı zamanda RKHK madde 4 hükmüne aykırılık oluşturabileceğini yukarıda belirtmiştik. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yönde bir Kurul kararı henüz bulunmamaktadır.

SONUÇ

ABD ve AB hukukunda olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da yoğunlaşma işlemleri bakımından bildirim sistemi kabul edilmiş ve izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemleri hakkında para cezası öngörülmüştür. Ne tür davranışların varlığı halinde yoğunlaşmanın “gerçekleşmiş” sayılacağı ise ilgili mevzuatta açıklanmamıştır. Kurul, yoğunlaşmaya ilişkin sözleşmenin yapılmış olmasını, yoğunlaşmanın izinsiz gerçekleştirilmiş sayılması için yeterli görmektedir. Oysa, yoğunlaşma işleminin gerçekleşip gerçekleşmediği hususundaki incelemenin sözleşmenin yapılmış olmasına indirgenmesi doğru değildir. Asıl dikkate alınması gereken, izin öncesinde yoğunlaşma etkisi yaratabilecek davranışlarda bulunulmuş olup olmadığıdır.

Türk hukukunda erken başlamanın söz konusu olduğu ve fakat rekabeti bozucu nitelik taşımayan yoğunlaşma işlemlerinde uygulanacak ceza miktarının düşük olması, yöneticilere ayrıca ceza verilmemesi ve devralma işlemlerinde sadece devralan taraf hakkında ceza uygulanması yoğunlaşmalarda son derece önemli olan ex-ante denetimi zayıflatabilecek niteliktedir. Cezaların yeterince caydırıcı olmaması teşebbüslerin bildirim konusunda yeterli hassasiyeti

⁸⁵ Dosya Sayısı: 2009-2-167, Karar Sayısı: 09-47/1157-293, Karar Tarihi: 14.10.2009.

göstermemesine yol açabilecektir. Her ne kadar izinsiz gerçekleştirilen yoğunlaşma işlemlerinin Kurul tarafından ortaya çıkarılması ve re'sen inceleme başlatılması mümkün ise de, Rekabet Kurumu'nun sınırlı kaynakları dikkate alındığında bunun ne ölçüde gerçekleştirilebileceği tartışmalıdır.

Kurul, yurtdışı menşeli yoğunlaşma işlemleriyle ilgili izin başvurularını değerlendirirken erken başlama yasağının ihlal edilmiş olup olmadığını da incelemelidir. Zira, bu tür yoğunlaşma işlemlerinde erken başlama nedeniyle ortaya çıkabilecek anti rekabetçi etkilerin göz ardı edilmesini ve bunların yurt içindeki yoğunlaşmalardan farklı değerlendirilmesini haklı kılacak bir neden bulunmamaktadır.

Ayrıca, tarafların yoğunlaşma gerçekleşene kadar bağımsız teşebbüsler olarak varlıklarını sürdürmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, yoğunlaşmaya izin verilmeden önce tarafların gerçekleştirecekleri kimi davranışların aynı zamanda RKHK madde 4 hükmüne aykırılık oluşturabileceği göz ardı edilmemelidir. Kurul gerektiğinde önüne gelen olayları bu açıdan da değerlendirmelidir.

REKABETİN REKLAMLAR YOLUYLA SINIRLANDIRILMASI

Av. Sinan Naipoğlu*, Av. Deniz Ulaş Göçen*, Av. Bengi Tonbul

1) GİRİŞ

Reklamlar, piyasalardaki rekabet yoğunluğunun göstergelerinden biri olmakla birlikte; reklam ve rekabet arasında “reklamlar arttıkça rekabet artar” veya “rekabet arttıkça reklamlar artar” önermeleriyle özetlenen türden bir ilgi kurulabilir mi?

Bu soruyu yanıtlayabilmek için, öncelikle reklamın amaçları ve fonksiyonları üzerinde kısaca durulmalıdır. Reklamın başlıca amaçlarının; üretici/sağlayıcı ile tüketiciler arasındaki iletişimi ve satışları arttırmak olduğu ifade edilmektedir.¹ Üretici/sağlayıcı ile tüketiciler arasında bir iletişim aracı olarak reklamın fonksiyonları;

- tüketicileri bilgilendirme* (birincil talebi oluşturma, yani yeni bir ürün/hizmetin tanıtılması ve hedef kitlenin dikkatinin çekilmesi),
- tüketicileri ikna etme* (ikincil talebi oluşturma, yani rekabetin yoğun olduğu piyasalarda tüketicilerin belli ürün/hizmet ve markalar ile ilgili tutum ve algılarının etkilenmesi/değiştirilmesi),
- hatırlatmada bulunma* (özellikle ürün/hizmet ile ilgili tüketicilerde yaratılan alışkanlıkların sürdürülmesi ve mevsimsellik etkisinin azaltılması amacıyla yönelik ürün/hizmetin ve markanın tüketicinin beyninde canlı tutulması),
- markaya/reklamveren kuruma değer katma* (ürünü/hizmete çeşitli değerler atfederek farklılaştırma) ve
- kurumun diğer amaçlarına yardımcı olma* (kurumun satış ve tutundurma çabalarının desteklenmesi)

şeklinde özetlenmektedir.²

* İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Bölümü-Öğretim Görevlisi

• İstanbul Üniversitesi Avrupa Birliği Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

¹ Avşar Z.-Elden M., Reklam ve Rekabet Mevzuatı, Piramit Yayıncılık, 2005, sf. 31. Reklamın iletişim ve satış amaçlarının yanı sıra işletmenin saygınlığını artırmak, yeni bir pazara girmek veya pazara yeni bir mal/hizmet sunmak, yeni bir tüketici grubunu çekmek, araçlarla ilişkileri geliştirmek gibi çeşitli özet amaçlarının olduğu da belirtilmekle beraber, bunların da esas olarak iletişim ve satış amaçları altında değerlendirileceği düşüncesindeyiz.

² A.g.e., sf.32

Satışların artırılması, rakiplerden müşteri kapma yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, mevcut pazarın büyütülmesi (talep yaratılması) yoluyla da sağlanabileceğinden; teşebbüslerin tercih edeceği satış/pazarlama stratejisi ve reklamlar, mal veya hizmet hakkında bilgi verme ve tanıtmaya amacının yanı sıra, reklam verenin kimliğini, marka imajını hedef tüketici kitlesine ulaştırmayı ve pazar genişletme amacını taşımakta, bu itibarla temelde bir “ikna etme”, “inandırma” aracı olmaktadır.³

Reklamların, reklam verenlerin, piyasaya sundukları mal veya hizmetleri, hızlı bir şekilde ve oldukça geniş tüketici kitlelerine tanıtmaya işlevinin piyasaları canlandırarak, yenilikleri teşvik etme özelliği yadsınmaz. Bununla beraber, reklamlardan beklediği faydayı elde eden ve hedeflediği tüketici kitlesine ulaşarak mal ve hizmetlerinin sürümünü artıran reklamverenlerin, reklamdan sağlayacakları menfaat arttıkça reklam harcamaları için ayırabilecekleri bütçenin de artacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle reklam ve rekabet arasında, birbir oranda olmasa da doğrusal nitelikte/pozitif bir korelasyon bulunduğu söylenebilir.

Bu hipotezin, sayısal bir değerlendirmeye tutulmaksızın doğru olduğu varsayıldığında; reklamlar yoluyla elde edilecek faydaların ne ölçüde sağlanabildiği önem kazanmaktadır. Bu tartışmanın genel hatlarını ortaya koyabilmek için, öncelikle reklamın tanımı, unsurları ve amaçları üzerinde – özellikle konuyla ilgili mevzuattan yararlanarak– kısaca durulmalıdır.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’te reklam, “*mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da artırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecra da yayımlanan pazarlama iletişimi şeklindeki duyuru*” şeklinde tanımlanmıştır.

Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik’te ise reklam, “*bir ürün veya hizmetin, alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanı tahsis edilen kamuya yönelik duyurular*” şeklinde tanımlanmıştır.

³ TORUK, İbrahim, Reklamcılığın Tarihsel Gelişimi ve Reklam Mecralarının Özellikleri, Medya Eleştirileri, Beta Yayınları, 2005, sf. 126

Danıştay 10. Dairesi'nin 21.03.2005 tarihli bir kararında⁴ ise, “*bir ürün veya hizmetin tanıtılması ve övülmesi, bir markanın tüketiciye benimsetilmeye çalışılması, resimli veya müzikli imge ve simgeler kullanılmak suretiyle bunların belleklerine yerleşmesine gayret edilmesi, yarışmalar, konserler, sanatsal ve kültürel etkinlikler düzenlemek suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak belirli ürünlere veya markalara dikkatin çekilmesi veya bu tür toplumsal etkinliklerin düzenlenmesinde veya yayın programlarının hazırlanmasında finansman veya diğer yollarla katkıda bulunmak suretiyle tanıtım imkanlarının aranması*” da reklam sayılmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (“**Tüketici Kanunu**”) ise reklam tanımı yapılmamakla birlikte, 3. maddesinde “reklamcı”, “reklamveren” ve “mecra kuruluşu” kavramları tanımlanmıştır. Buna göre;

Reklam veren, ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlattığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişiyi,

Reklamcı, ticari reklam ve ilanları reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişiyi,

Mecra kuruluşu, ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir.

Yukarıdaki tanımlar doğrultusunda reklamlar, en genel ifadesi ile üretilen veya pazarlanan bir mal veya hizmetin, tanıtımını yapmak, satışını artırmak veya imajını yaratmak/güçlendirmek gayesi ile yapılan ve reklamverenin kimliğini ortaya koyan hedef tüketici kitlesine yönelik duyurulardır. Bu itibarla reklam, reklam verenin, üretmekte olduğu mal veya hizmeti, hedeflediği tüketici kitlesine tanıtmak ve bu yolla tüketici davranışlarını yönlendirmek gayesiyle, belli bir vasıta aracılığıyla ve bedel karşılığında yapmakta olduğu tanıtım ve pazarlama faaliyetleridir.

Reklamın yukarıda özetlenen tanım ve unsurlarından da anlaşılacağı üzere; reklam ürün ve hizmeti tanıtmanın (bilgilendirme amacının) yanısıra teşebbüslerin rakiplerinden fiyat ve kalite yönünden ayrıştıkları yönleri öne çıkarmaya da yönelmektedir. Endüstriyel devrim ile birlikte üretim hacminin, şehirleşmenin ve beraberinde büyük alışveriş merkezlerinin artması, dağıtım

⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 21.03.2005 tarih ve 2004/11660 E.-2005/1181 K. sayılı kararı

kanallarının etkinleşmesi ve haberleşme araçlarının (reklam mecralarının) çoğalması ve çeşitlilik kazanması, rekabeti beslemekte ve reklamları önemli bir rekabet aracı haline getirmektedir. Dolayısıyla rekabetin söz konusu olmadığı piyasalarda, reklamın fiyat ve kalite yönünden farklılaşmaya dikkat çeken bir araç olmaktan ziyade esasen piyasaya yeni sunulan ürün ve hizmetlerin tüketicilere tanıtılması amacı ile sınırlı bir kullanım alanının olacağı dikkate alındığında, rekabet ile reklamlar arasında (kantitatif bir değerlendirmeye dayanmamakla beraber) doğrusal bir ilişki olduğu varsayılabilir.

Nitekim Türkiye’de 1980 yılında alınan 24 Ocak Kararları sonrasında, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası ile ekonomik sistem olarak, resmen karma ekonomik sistem yerine, açık ekonomiyi (serbest piyasa ekonomisini) benimsemesi ile birlikte piyasaların rekabete açılması neticesinde reklam sektöründe gözle görülür bir canlanma yaşandığı bilinmektedir. Özellikle 1990’lı yıllardan itibaren Türkiye’deki medya sektöründe yapısal değişimler yaşanmış, bu değişim sürecinde, devlet tekelindeki yayıncılık anlayışından, özel televizyonculuğa geçilmesinin yanı sıra⁵, globalleşmenin hızlanması ve reklam mecralarının çeşitlenmesinin de önemli etkileri olmuştur.

Reklam sektörü, ülkemizdeki en büyük atılımını, özel televizyonculuk anlayışının benimsendiği, özel televizyon kanalları, radyolar vb. gibi reklam mecralarının kurulduğu ve internetin gündelik yaşamın vazgeçilmez bir parçası haline geldiği, son 15 – 20 yıllık süreçte yapmıştır.⁶ Günümüzde, birtakım hukuki sınırlamaları tabi tutulan ve çeşitli denetim mekanizmaları ile hukuki düzenlemelere uygunluğu denetlenen reklamların, gerek toplum, gerekse rekabetçi piyasa yapısı üzerindeki olumlu etkileri olduğu kabul edilmektedir.⁷

2) REKLAMLARIN DENETİMİ

2.1) Genel Olarak

Bir mal veya hizmetin sürümünü artırmaya yönelik ve bu nitelikleri itibari ile ticari bir gaye güden reklamlar, gerek hedef kitleleri olan tüketiciler, gerekse rakip teşebbüsler açısından çeşitli hukuki sınırlamalara tabi tutulmaktadır. Zira tüketicilerin satın alma eğilimlerini reklamveren lehine değiştirmeyi hedef alan reklamlar yoluyla tüketici eğilimlerine yön verilirken, tüketicilerin bilgi eksikliğinin veya tecrübesizliğinin kötüye kullanılma ve böylece

⁵ KÖKSALAN, M. Emre; GÜNEY, H. Serhat, Türkiye’de Ulusal Özel Televizyonculuğun Yapısal Değişimi, 4756 Sayılı Yasa ve Muhtemel Dönüşümler, Medyada Olmayanlar, Beta Yayınları, 2006, sf. 41

⁶ TORUK, sf. 133

⁷ Türkkan, E., Reklam ve Rekabet, 2009,

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=899>

rakip teşebbüslerin haksız rekabete maruz bırakılma ihtimali mevcuttur. Bu doğrultuda aldatıcı ve/veya yanıltıcı reklamların önüne geçilerek, gerek tüketicinin, gerekse rakip teşebbüslerin bu tür istismlardan korunması gerekmektedir.

Ülkemizde, müstakil bir reklam mevzuatı oluşturulmamış, reklam sektörünün zaman içinde gelişen ve değişen ihtiyaçları çerçevesinde, çeşitli hukuki düzenlemelerin içerisinde dağınık bir reklam mevzuatı ortaya çıkmıştır. Reklam mevzuatının, farklı hukuki düzenlemeler içerisine serpiştirilen dağınık bir yapıya bürünmesi, reklamlar karşısında, tüketicilerin, rakip teşebbüslerin ve piyasadaki rekabet ortamının ayrı ayrı korunması gereğinden doğmaktadır. Zira temelinde bir mal veya hizmetin satışını artırma gayesi güden reklam, çeşitli sınırlamalara tabi tutulmaması halinde tüketiciyi yanıltma/aldatma suretiyle ekonomik alışkanlıklarını iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde değiştirme, dolayısıyla rakip teşebbüslerin müşterilerini yine iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde ele geçirme ve nihayetinde piyasadaki rekabetçi ortamı kendi lehine bozma sakıncalarını birlikte taşıyacaktır. Bu nedenle reklamların, gerek tüketici mevzuatında, gerek Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") haksız rekabet hükümleri dahilinde, gerekse Rekabet Hukuku eliyle ayrı ayrı sınırlandırılması ve birtakım usul ve esaslara bağlanması zaruridir.

Ülkemizde reklamların denetimi, esas olarak idari denetim organları tarafından gerçekleştirilmekte ve reklam pazarının özdenetimi ile desteklenmeye çalışılmaktadır. Reklamların, tüketicilerin korunmasını esas alan idari denetimi, Tüketici Kanunu'nun 17. maddesine dayanılarak oluşturulan "Reklam Kurulu" ve 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ("RTÜK Kanunu") ile öngörülen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ("RTÜK") tarafından gerçekleştirilmektedir. 27.04.1994 tarihinde kurulan ve reklamverenler, reklamcılar ve reklam mecralarının katılımıyla oluşan Reklam Özdenetim Kurulu ise, reklamın ilgili tarafları olarak reklamveren, reklam ajansı, mecra üçlüsünün tüketiciye karşı toplumsal sorumluluğu bulunduğu ve tüketiciyi koruma kavramına sahip çıkılmasının uzun vadede bu üçlünün çıkarına olduğu bilinciyle, pazarlama iletişiminin, evrensel hale gelmiş uluslararası kaynaklara dayanan kurallara göre yürütülmesi ve bunun sürekliliğinin sağlanması, özdenetim bilincinin yerleştirilmesi, kurallara aykırı reklamların kamu denetimine gerek kalmadan reklamveren - reklam ajansı - mecra üçlüsünün özdenetimi ile durdurulması ve / veya düzeltilmesi amacına yönelmektedir.⁸

⁸ <http://www.rok.org.tr/misyon.html>

Tüketicilere yönelen ve tüketicilerin ekonomik alışkanlıklarını etkileme amacı güden yapısı sebebiyle reklamlar karşısında, öncelikle tüketicilerin korunması gerektiği kabul edilse de; reklamın haksız rekabet teşkil etmesi ve/veya rekabeti bozucu/sınırlayıcı sonuçlar doğurması da mümkündür. Bu nedenle reklamların, tüketicileri korumayı amaç edinen hukuki düzenlemeler ile bazı sınırlamalara tabi tutuldukları gibi; rakip teşebbüsleri korumayı amaç edinen haksız rekabet hükümleri ve piyasadaki rekabetçi ortamı korumayı amaç edinen rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde de bazı sınırlamalara ve hatta denetimlere tabi tutulması gerekmektedir.

2.2) Tüketici Hukuku Yönünden

Tüketici Kanunu'nun md. 16/I'de, "*ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları*"nın esas olduğu düzenlenmiştir.

Anılan maddenin 2. fıkrasında örnek kabilinde sıralanan "*tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklamların*" yanı sıra, 1. fıkradaki genel ilke ve esaslara aykırı nitelik arz edecek her türlü reklam bu genel hükümle yasaklanmıştır.

2.2.1) Reklamlarda Uyulması Gereken Genel İlkeler

(a) Hukuka Uygunluk

Reklamların, kanunlara, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına ve Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilke ve esaslara uygun olması gerekmektedir. Reklam Kurulu'nun 14.12.2004 tarih ve 11 sayılı toplantıda alınan 2004/71 sayılı kararında;

"30.04.2004 tarihli Milliyet Gazetesi'nde yayımlanan "Citroën'den işinize gelecek bir teklif var" başlıklı reklamda, "Binek ve ticari tüm Citroën'lerde şimdi 2 yıl garanti var!" şeklindeki ibarenin Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin Yönetmeliğin 7/d maddesinde yer alan "Reklamlarda alıcının satın alma işleminden doğan mevcut yasal haklarının fazlasını sağlamayan bir garantiye yer verilemez." hükmünü ihlal ettiği; bu durumun, 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16ıncı maddesine aykırı olduğuna ve reklam veren Baylas Otomotiv A.Ş. hakkında söz konusu reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir."

Reklam Kurulu'nun 14.02.2006 tarihli 125 sayılı toplantısında alınan 2005/325 sayılı bir başka kararında;

“Çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan, Petrol Ofisi A.Ş.'ne ait olup anılan Şirket'e ait istasyonlardan alınacak yakıt karşılığında tüketicilere 6 kupona şapka, 13 kupona top verilmesine ilişkin reklamda öngörülen kampanya şartlarının ekranda küçük puntolarla okunamayacak şekilde yazıldığı; bu durumun, 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Petrol Ofisi A.Ş.'ne söz konusu kampanyaya ilişkin reklamlar ile ilgili olarak düzeltme cezası verilmesine karar verilmiştir.”

Reklam Kurulu'nun 11.11.2009 tarih ve 170 sayılı toplantısında alınan, 2009/721 sayılı kararında;

“Dünya Göz Hastanesi San. ve Tic. A.Ş. bünyesindeki Özel Dünyagöz Hastanesi'ne ait olup muhtelif televizyon kanallarında yayınlanan reklamlarda yer verilen "Yaşama açtı insan gözlerini, gözleriyle dokundu ilklere, keşfetti dünyayı, yarınlara dikti gözünü, gözlerinde yaşattı aşkı, yalnızlıkları da, gözlerinde ele verdi kendini mutluydu, kimi zaman hüznü, çoğunluk sevgi doluydu, kuşkada gezindi gözlerinde, kararlılıkta. İnsanın gözleri, insanın görecekları var ve gözlerinize sizin kadar değer verenler var. Dünya Göz Görecek çok şey var. 444 4 469. www.dunyagoz.com." şeklindeki ifadelerin sağlık kuruluşuna ticari veçhe yükleyen ve talep yaratmaya yönelik ifadeler olduğu, dolayısıyla reklamların Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60 ıncı maddesine uygun olmadığı gerekçeleriyle bahsi geçen reklamlar hakkında Reklam Kurulunca nihai karar verilinceye kadar üç ay süreyle tedbiren durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.”

Reklam Kurulu'nun 12.04.2005 tarih ve 115 sayılı toplantısında alınan, 2005/56 sayılı kararında;

“Merkez Gazete Dergi Basım Yayıncılık San. ve Tic.A.Ş. (Pas Fotomaç Gazetesi)'ne ait Pas Fotomaç Gazetesi'ne ilişkin 17 Ağustos 2004 tarihinde ATV logolu televizyon kanalında yayımlanan at yarışı konulu reklamda, yerde bir çizgiye babalarının tezahüratları arasında emekleyerek ulaşmaya çalışan 3 bebeğin yarıştırdığı görüntülerin ekrana geldiği ve reklamın sonunda yer alan 'Hayat bir yarıştır. At yarışı diyorsan Pas Fotomaç'ı tek geç.' ifadeleri ile, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 19 uncu maddesinin 'Bütün reklamlar adil ve dürüst olacak, yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmayacak, çocuklara yönelik veya içinde çocukların kullanıldığı

reklamlarda, onların yararlarına zarar verecek unsurlar bulunmayacak, çocukların özel duyguları göz önünde tutulacaktır.' ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 17 nci maddesine dayanılarak hazırlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 18 inci maddesinin (b) bendinin "Çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik olan veya onları etkileme olasılığı bulunan reklamlar ile içinde çocukların veya reşit olmayan gençlerin kullanıldığı reklamlar; fiziksel, zihinsel, ahlaki, psikolojik ve toplumsal gelişim özelliklerini olumsuz etkileyecek hiçbir ifade ya da görüntü içeremez." hükümlerinin ihlal edildiği; inceleme konusu reklamın; 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna; reklam veren Merkez Gazete Dergi Basım Yayıncılık San. ve Tic.A.Ş. (Pas Fotomaç Gazetesi) ve reklamı yayımlayan Satel Sabah Televizyon Prodüksiyon A.Ş. (ATV) hakkında ayrı ayrı olmak üzere 44.975.- YTL idari para cezası ve durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir."

Yine Reklam Kurulu'nun 12.09.2006 tarihli ve 132 sayılı toplantısında alınan, 2006/184 sayılı bir kararında;

Adana Tıp Merkezi Özel Sağlık Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Adana Tıp Merkezi) tarafından 02.10.2005 tarihli Posta Gazetesi'nde yayımlanan '**Sağlıkta Marka, Sağlıkta Güvence**' başlıklı reklamda yer alan ibarelerin talep yaratmaya yönelik olduğu ve anılan sağlık kuruluşuna ticari bir görünüm verildiği, ayrıca Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik uyarınca söz konusu reklam için İl Sağlık Müdürlüğü'nden izin alınmadığı, bu durumun, 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna ve reklam veren Adana Tıp Merkezi Özel Sağlık Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. (Özel Adana Tıp Merkezi) hakkında inceleme konusu reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir."

Yukarıda yer verilen kararlardan da görüleceği üzere Reklam Kurulu; reklamları, Tüketici Kanunu, RTÜK Kanunu, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik gibi özel olarak reklama ilişkin esas ve ilkeleri belirleyen hukuki düzenlemeler açısından incelemenin yanı sıra, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik gibi özel nitelikli hukuki düzenlemelerde yer verilen usul ve esaslara aykırı reklamlar hakkında da çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır.

Reklam Kurulu'nun, reklamların kanunlara uygunluğunu denetlerken, reklam mevzuatı ile sınırlı olmaması; çeşitli hukuki düzenlemelerde yer alan

reklam yasakları ve sınırlamalarını da esas alarak değerlendirmelerde bulunması yapı itibarıyla dağınık bir görünüm sergileyen reklam mevzuatının gereğidir. Elbette Reklam Kurulu'nun bu değerlendirmesinin, söz konusu hukuki düzenlemelerin tüketiciyi koruma amacına yönelmesi şartıyla yerinde olacağını, aksi halde, örneğin avukatların reklam yasakları gibi tüketiciyi korumaya yönelmek yerine, meslek içi birtakım standart ve kurallar oluşturma gayesinden yola çıkan sektörel düzenlemelere aykırı reklam ve ilanlar açısından, Reklam Kurulu'nun herhangi bir yaptırım yetkisinin olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

(b) Genel Ahlaka Uygunluk

Reklamların genel ahlaka uygunluğundan bahsederken esas alınacak ölçüt, hiç şüphesiz, reklamlar konusunda karar verme yetkisini haiz kişilerin bireysel ahlak anlayışları değildir. Genel ahlak, içinde bulunulan zaman da dikkate alınarak, aydın, vicdanlı, normal zekâyâ sahip, dürüst ve akli başında kişilerin ahlak anlayışı esas alınarak belirlenmelidir.⁹

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 6. maddesinde, reklamların,

- Genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içermeyeceği,
- Cinselliğin istismarı ile pornografi içeren ifadeler ya da görüntüler taşıyamayacağı,
- Korku ve batıl inançları istismar edemeyeceği,
- Toplumun acıma duygularını istismar edecek şekilde, hasta, bebek, çocuk, yaşlı ve özürlülerle ilgili ifadeler ya da görüntüler içermeyeceği,
- Hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait görüntü veya ifadelere yer verilemeyeceği

düzenlenmiştir.

Reklam Kurulu'nun 09.09.2003 tarihli ve 96 sayılı toplantısında alınan bir kararda¹⁰;

“Buse Fantezi Ürünler Satış Merkezi'ne ait el ilanlarında adı geçen “Geciktirici spreyl/ Geciktirici Krem, Aşk Damlası, Ereksiyon Hapı, Vajina Kremi...” gibi ürünlerin, kimyasal maddeler içermesi nedeniyle ilaç niteliğindeki bu ürünler için Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nden ruhsat alınması gerektiği; ayrıca anılan el ilanlarında kullanılan ifadelerin genel olarak toplumumuzda kabul gören örf ve adetler ile ahlaki değerler göz önüne alındığında bu yapıya uygun olmadığı, bu

⁹ İNAL, E - BAYSAL, B., Reklam Hukuku ve Uygulaması, XII Levha Yayınları, 2008, sf. 20

¹⁰ İNAL – BAYSAL, sf. 21

şekilde reklam yapılmasının, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16, TRKGM 95/142-143 sayılı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ'in 4/a, 5/a-b ve 10/b maddelerine aykırı olması nedeniyle Buse Fantezi Ürünler Satış Merkezi hakkında idari para ve durdurma cezalarının uygulanmasına karar verilmiştir."

"Ahlaka aykırılık" kavramının sınırlarının kolayca belirlenebilir nitelikte olmayışı sebebiyle, Reklam Kurulu üyelerinin kişisel ahlak anlayışları çerçevesinde şekillenen ve dolayısıyla sürekli bir değişime mahkum bir reklam kültürü oluşmaktadır. Bu nedenle Reklam Kurulu üyelerinin, toplumun geneline hakim olan ahlak anlayışını yansıtabilecek bir sistem esas alınarak belirlenmesi, dolayısıyla Reklam Kurulu'nun toplumun tüm kesimlerini temsil edebilecek bir oluşum sergilemesi son derece önemlidir. Aksi halde toplumun genelini temsil etmekten uzak bir ahlak anlayışı ölçüt alınarak kararlar alınabileceğinden; bu durum, yeknesak bir Reklam Kurulu uygulaması yaratmak konusunda aciz kalacak olmasının yanında, rekabet ortamına bu yolla yapılacak dolaylı müdahalelerle, rekabetçi bir piyasa ortamının oluşmasına da engel olabilecektir. Bu durumda, devletin rekabetçi piyasa ortamını teşvik etme yükümlülüğü ihlal edilmiş olacağı gibi, dolaylı olarak tüketicinin daha iyi kalitede mal/hizmete, daha uygun fiyatlar ile ulaşabilme imkanı da azaltılmış olacaktır.

Bununla beraber, bir reklamın ahlaka aykırı olup olmadığı değerlendirilirken, yine yukarıda açıklanan gerekçelerle, reklamın yayınlandığı mecra, yöre ve hitap ettiği toplumsal kesim gibi kıstasların da dikkate alınmasının bir gereklilik olduğu düşünülmektedir.

(c) Doğruluk ve Dürüstlük

Temelinde rekabet etme ve sözleşme yapma özgürlüğüne dayanan reklam yapma hakkının, Medeni Kanun'un 1. maddesinde düzenlenen "dürüstlük kural"ına aykırı olması kabul edilemez. Nitekim Tüketici Kanunu'nun 16/1 maddesinde reklamların doğru ve dürüst olmaları gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Aksi halde reklamın aldatıcılığında söz edilecektir.

Aldatıcı reklam kavramı, mevzuatımızda açıkça tanımlanmış olmamakla birlikte, Avrupa Birliği'nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi'nin 2. maddesinde, "*sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi*

*muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir” şeklinde tanımlanmıştır.*¹¹

Bu tanım ile Türk doktrinde yapılan diğer aldatıcı reklam tanımlarından hareketle, bir reklamın aldatıcı olup olmadığı araştırılırken,

- (a) Reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi,
- (b) Reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimalinin bulunması,
- (c) Reklamdaki aldatıcılığın tüketicinin ekonomik kararını etkileyebilecek derecede önemli olması,

unsurlarının bir arada gerçekleşmesinin aranması gerekeceği söylenebilir. Bir reklamın yanlış ifadeler içermesi halinde, reklam kural olarak aldatıcı olmakla birlikte, bazı hallerde yanlış ifadenin orta seviyedeki tüketici tarafından ciddiye alınabilmesi mümkün olmadığından aldatıcı niteliği olmadığı kabul edilmekte; bazı hallerde lafzi olarak doğru olan reklamların dahi aldatıcı olabileceği görülmektedir.

Reklamdaki yanıltıcılık açık bir hususun çok önemliymiş gibi vurgulanmasından ve dolayısıyla tüketicide rakip teşebbüslerin ürün ve hizmetlerinde bu özelliğin olmadığı kanısı uyandırılmasından kaynaklanabileceği gibi (örneğin kalsiyumlu süt, domuz ürünü içermeyen mamul vb.), ana vaadin istisnası niteliğindeki bilgilere (kazanan bonusların belli bir tarihe kadar kullanılması gerektiği, deterjanın renkli çamaşırlarda kullanılmayacağı, lekenin oluşumunu takip eden 1 saatte kullanılması gerektiği vb.) yer verilmemesinden de kaynaklanabilmektedir. Elbette bu değerlendirme yapılırken, reklamın yöneldiği tüketici kitlesinin niteliğinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira bir reklamın aldatıcı olup olmadığını tespitinde en önemli noktanın, o reklamın tüketicilerce nasıl algılandığı olduğu kabul edilmektedir.¹² Hedef kitlesini yetişkin ev hanımlarının oluşturduğu bir ayçiçeği yağına ilişkin reklamda, yağın kullanıldığı yemekleri yiyen aile fertlerinin havalanması, yağın hafifliğini vurgulamayı hedefleyen kabul edilebilir bir “abartma” olarak değerlendirilirken; hedef kitlesini çocukların oluşturduğu bir sürpriz yumurta reklamında, yumurtadan çıkan dinazor vb oyuncakların, canlı ve reklamda kullanılan çocukların boyutunda illüstrasyonlarına yer verilmesi, yöneldiği kitle açısından yanıltıcı olabilecektir. Bu nedenle aldatıcılığın tespitinde, reklamın bütününe

¹¹ İNAL – BAYSAL, sf. 23

¹² GÖLE, C., Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, 1983, sf. 71

yarattığı izlenim ve bu izlenimin, reklamın yöneldiği tüketici kitlesini “aldatabilme kabiliyeti” esas alınmalıdır.¹³

Hiç şüphesiz, aldatıcı reklamlar, tüketicilerin olduğu kadar, rakip teşebbüslerin de zararlıdır.¹⁴ Bir teşebbüs ürün veya hizmetlerinin satışını, tüketicilerin reklamlar yoluyla tercihlerini yön vererek artırabileceğinden; reklamların doğru ve dürüst şekilde yapılması, hem tüketiciler, hem de bu yolla müşterilerini kaybetme ihtimali olan rakip teşebbüsler açısından gereklidir. Gerek aldatıcı reklamlara ilişkin Reklam Kurulu uygulaması, gerekse haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yapılan genel hukuk yargılamaları neticesinde oluşan Yargıtay İçtihatları genel olarak değerlendirildiğinde; aldatıcılığın, karşılaştırmalı reklamlar, yanlış unvan veya mesleki adların kullanılması, fiyatların olduğundan düşük ilan edilmesi, ürünün ticari ve coğrafi menşeinin doğru belirtilmemesi, turistik tesislerin yıldız sayılarının fazla gösterilmesi, kötüleme, ticari itibardan haksız yararlanma veya tüketiciyi aldatacak seviyedeki abartmalar yolu ile gerçekleştiği görülmektedir. Aldatıcı reklamlar, bu nitelikleri itibari ile haksız rekabete de yol açtığından, gerek tüketici, gerekse rakip teşebbüsler açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tüketiciler Açısından:

Reklamların, tüketiciler açısından doğruluk ve dürüstlüğü, tüketicinin satın alma kararını reklam veren lehine etkileyecek şekilde, reklamın aldatıcı veya yanıltıcı olmamasını, hisleri veya hastalar, bebekler, engelliler gibi görece zayıf ve korunmasız kişileri istismar etmemesini ifade eder. Reklamın, hedeflediği tüketici kitlesini aldatma veya yanıltabilme gücü, ortalama dikkat ve bilgi seviyesindeki bir tüketici esas alınarak belirlenmelidir.¹⁵ Zira reklam, gerek karakter özellikleri gibi kişisel faktörler, gerekse bulunulan sosyal ortamın etkisiyle, farklı tüketicilerde, farklı etkiler bırakmaya müsaittirler.¹⁶ Buna karşın Reklam Kurulu'nun, birçok kararında ortalama dikkat ve bilgi seviyesinin altındaki tüketiciyi kıstas aldığına da rastlanmaktadır.¹⁷

Reklam verenin, dürüstlük ilkesinin ve reklamların doğru ve dürüst olmasının bir gereği olarak, hedeflediği tüketici kitlesinin satın alma alışkanlıklarını etkileyecek yanlış ve yanıltıcı bilgiler içeren veya reklam konusu mal veya hizmet ile ilgili gerekli bilgileri içermeyen yahut tüketicinin tecrübe veya bilgi eksikliğinden veya vatan sevgisi gibi duyarlı olduğu konulardaki hislerinden

¹³ GÖLE, sf. 75

¹⁴ GÖLE, sf. 48

¹⁵ GÖLE, sf. 74, 209

¹⁶ GÖLE, sf. 40 vd.

¹⁷ Reklam Kurulu'nun 11.01.255 tarihli ve 112 sayılı toplantısında alınan 2005/18 sayılı kararı

ya da hastalar, yaşlılar, engelliler gibi zayıf konumdaki kişilere karşı hassasiyet ve merhametlerinden faydalanan reklamlar vermekten kaçınması gerekir.

Reklam Kurulu, 09.12.1997 tarihli ve 27 sayılı toplantısında alınan bir kararında, Türkiye İş Bankası'nın elektrik faturalarının otomatik olarak ödenmesine ilişkin yapmış olduğu reklamda, bunun Ankara ilini kapsamadığını belirtmemiş olmasını aldatıcı bulmuştur.¹⁸

Reklam Kurulu'nun 09.03.2010 tarihli ve 174 sayılı toplantısında alınan, 2010/126 sayılı bir başka kararda;

*“Real Hipermarketler Zinciri A.Ş.'ye ait 4-17 Temmuz 2008 dönemine ilişkin broşürde; **"Tüketici Kanunu'nun öngördüğü koşullar içerisinde, orijinal ambalajı ve satış belgesi ile iade alınacağı"** şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olup, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan "ayıplı malın" iade edilebilmesine ilişkin düzenlemelerde ayıplı malın orijinal ambalajı ile iade edilebileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığı, broşürlerde yer alan ifadelerin tüketiciler nezdinde satın alınan ayıplı malları orijinal ambalajı ile teslim edebilecekleri algısı yaratarak tüketicilerin sahip oldukları haklarının kullanımı konusunda yanıltıldığı gerekçeleriyle söz konusu reklamların Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe uygun olmadığına, bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Real Hipermarketler Zinciri A.Ş. hakkında anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.”*

Reklam Kurulu'nun 10.05.2005 tarih ve 116 sayılı toplantısında alınan 2004/230 sayılı bir başka kararında;

*“Mitanis Dış Ticaret Ltd. Şti. tarafından ithal edilen **"Ceres"** isimli içeceğin ambalajının ön yüzünde neredeyse tamamını kaplayacak şekilde kivi ve yaban mersini resimlerine yer verildiği, ancak ambalajın arka yüzündeki etikette anılan içeceğin, **"%94 üzüm suyu, %3 yaban mersini ve %3 kivi'den meydana geldiğinin"** belirtildiği, ambalaj üzerindeki resimlerin yarattığı izlenimle ürün içeriğinin çok farklı olmasının tüketiciyi aldatıcı ve yanıltıcı olduğu; bu durumun; 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun'la değişik 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna; reklam veren Mitanis Dış Ticaret Ltd. Şti. hakkında 4.497,50.- YTL idari para cezası ve durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.”*

¹⁸KAPLAN, M. Ö., Aldatıcı Reklamların Haksız Rekabet Açısından Değerlendirilmesi, http://www.tim.org.tr/dosyalar/hukuk/aldatici_reklamlar.pdf

Reklamlarda abartılı ifade ve görüntülere yer verilmesi ise, reklamın doğruluk ve dürüstlüğe aykırılığı açısından başlı başına bir neden değildir. Hatta doktrinde, abartma yönteminin, reklamın gereği olduğu da kabul edilmektedir.¹⁹ Fakat abartma aldatıcı seviyeye çıktığında, yani olağan ve teamülde kabul edilen tolerans sınırını geçtiğinde reklamın yanıltıcılığından söz edilebilecektir.²⁰ Örneğin, bir markaya ait ayçiçek yağının hafifliğini vurgulamak amacıyla, ayçiçek yağını kullanan kişilerin uçtuğu görüntüleri içeren reklamın, tüketici de o yağı içince uçacağı yönünde bir algı yaratmasının mümkün olmaması nedeniyle, aldatıcı bulunması mümkün görünmezken²¹; ABD Federal Mahkemesi, kendisi tarafından üretilen benzinleri kullanan araç sahiplerinin, benzin depolarında kaplan taşıdıkları reklamı, abartılı bulmuş, ancak aldatıcı olmadığına karar vermiştir.²²

Öte yandan, lafzi açıdan doğru bir iddiayı içeriyor olmasına karşın, sunumu itibarıyla tüketiciyi yanıltmak suretiyle ekonomik alışkanlıklarını etkileme ihtimali olan reklamların aldatıcı olarak değerlendirildiği pek çok Reklam Kurulu kararı bulunmaktadır. Nitekim, Reklam Kurulu'nun 09.12.1997 tarih ve 27 sayılı toplantısında alınan bir kararında²³, "Orkid" marka hijyenik ped ürününün "Türk Jinekoloji Derneği"nin onayladığı tek marka" olduğunun iddia edildiği, gerçekten de "Orkid" markasının Türk Jinekoloji Derneği tarafından onaylanan tek marka olduğu ve bu itibarla iddianın yanlış olmadığı; ancak onay için söz konusu derneğe başvuran tek markanın da "Orkid" olması sebebiyle, reklamın, piyasadaki diğer rakip teşebbüslere ait markaların da dernek tarafından incelendiği ancak yeterli görülmeyerek onaylanmadığı izlenimi yarattığından, aldatıcı olduğuna karar verilmiş ve yaptırım uygulanmıştır.

Rakip Teşebbüsler Açısından:

Reklamın, serbest piyasa ekonomisinin temelini oluşturan rekabet etme özgürlüğünün en önemli araçlarından biri olduğu tartışmasızdır. Ancak elbette rekabet etme özgürlüğünün, iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılmasını gerekmektedir. Zira, ekonomik rekabet etme hakkının iyiniyet kurallarına aykırı

¹⁹ GÖLE, sf. 74-75

²⁰ BALKAŞ, E. E., Bireyin Yanıltıcı Bilgiden Korunması: Yanıltıcı Reklamların Tüketici Üzerindeki Etkileri, Medyada Olmayanlar, Beta Yayınları, 2006, sf. 175

²¹ KAPLAN, M. Ö., Aldatıcı Reklamların Haksız Rekabet Açısından Değerlendirilmesi, http://www.tim.org.tr/dosyalar/hukuk/aldatici_reklamlar.pdf

²² BALKAŞ, E. E., Bireyin Yanıltıcı Bilgiden Korunması: Yanıltıcı Reklamların Tüketici Üzerindeki Etkileri, Medyada Olmayanlar, Beta Yayınları, 2006, sf. 175 ve GÖLE, sf. 64

²³ Reklam Kurulu'nun 09.12.1997 tarih ve 27 sayılı toplantısında alınan 1997/58 sayılı kararı

olarak kullanılması, fiili işleyen kişinin rakiplerinin ve tüketicilerin zarar görmesi ihtimalini taşımakta; aynı zamanda mesleki menfaatleri de zedeleyebilmektedir.²⁴

TTK'nun haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddelerinde, rekabetin reklamlar yoluyla kötüye kullanılması açıkça düzenlenmemişse de md. 57/3 ve 57/4'te reklamları da kapsayabilecek birtakım haksız rekabet halleri düzenlenmiştir.

Bir reklamın, rakip teşebbüsler açısından haksız rekabet teşkil edip etmediği elbette, genel mahkemeler nezdinde ve TTK'nun ilgili hükümlerine göre yapılacak bir yargılamayı gerektirecektir. Haksız rekabet davaları, aldatıcı reklamlarla mücadelede en eski ve klasik yöntemdir.²⁵ Bir reklamın haksız rekabet teşkil edip etmediği her ne kadar, TTK hükümleri uyarınca ayrı bir hukuk yargılamasını gerektirse de²⁶, Reklam Kurulu'nun, aldatıcı reklamlar hakkında verdiği kararlar, aldatıcı reklamların aynı zamanda haksız rekabet teşkil ediyor olmasından dolayı, rakip teşebbüsleri de etkiler niteliktedir. Bu yönüyle rakip teşebbüslerin de genel mahkemelerde görülecek bir hukuk davasına kıyasla çok daha hızlı sonuç alabilmek adına Reklam Kurulu'na başvurmak suretiyle reklamların haksız rekabet oluşturan yönlerini denetlettiğine uygulamada sıklıkla rastlanmakta; Reklam Kurulu da haksız rekabet teşkil eden aldatıcı reklamlara ilişkin kararlarında, reklamın diğer rakip teşebbüsler açısından haksız rekabet teşkil ettiği hususuna ayrıca ve açıkça değinmektedir. Nitekim Reklam Kurulu'nun 09.03.2010 tarih ve 174 sayılı toplantısında alınan 2010/134 sayılı güncel bir kararında;

“Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye ait olup, muhtelif mecralarda yayımlanan 3. Nesil (3N) telekomünikasyon hizmetlerinin tanıtımına yönelik olarak reklamlarda; (...) ‘Turkcell'in 3G farkı: Videom Facebook'ta’ başlıklı reklamlarda yer alan ‘Videom Facebook'ta sadece Turkcell'de’ ifadeleri ile 3N teknolojisi kullanılarak cep telefonu aracılığıyla Facebook'a video yükleme hizmetinin sadece Turkcell tarafından verildiği şeklinde başka bir yanıltıcı izlenim oluşturulduğuna ve ‘3G'de en hızlı internet Turkcell'de. En yüklü postalarda bile.’, ‘Turkcell'in 3G farkı netteki hız farkı.’, ‘3G'de en hızlı internet Turkcell'de. Video izlerken bile.’ gibi ifadeleri içeren reklamlarda ise Turkcell tarafından sunulan 3N hizmetinin, diğer operatörlerden daha farklı, üstün ve kaliteli olduğu yönünde olduğu yönündeki algının, söz konusu durumun gerçeği yansıtmaması nedeniyle yanıltıcı ve benzer kuruluşlar arasında haksız rekabete yol açıcı nitelikte olduğuna, dolayısıyla söz konusu reklamların Ticari Reklam ve İlanlara

²⁴ GÖLE, sf. 160

²⁵ BALKAŞ, sf. 184

²⁶ Tebliğin 2.3 bölümünde tartışılacaktır.

*İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğe uygun olmadığına, bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. hakkında ulusal düzeyde (67.200 TL) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine; (...) **fülin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli uygulanır.**" hükmü uyarınca idari para cezasının iki kat (67.200 x 2 = 134.400 TL) uygulanmasına karar verilmiştir."*

Reklam Kurulu'nun aynı toplantıda alınan 2010/5 sayılı bir başka kararında;

"Medical Park Sağlık Hizmetleri A.Ş. bünyesindeki Özel Medical Park Bursa Hastanesi'ne ait olup, Bursa Olay Gazetesi'nin 16/07/2009 tarihli baskısında yayımlanan reklamda; **'Bıçaksız Göz Lazeri Bursa'da... Gözlükten Kurtulmanın En Güvenli Yöntemi Femtosecond Bursa'da İlk Kez Medical Park'ta...*Bursa'da özel hastaneler arasında tedavi amaçlı ilk kez Medical Park hastanesinde bulunmaktadır.'** şeklinde ifadelerin kullanıldığı; televizyon reklamlarında; **'Bıçaksız Göz Lazeri Femtosecond Medical Park'ta...'** ifadelerine yer verildiği; radyo reklamlarında ise **'Bıçaksız Göz Lazeri ilk kez Bursa'da... Göz hastalıklarının lazerle tedavisinde en modern yöntem olan Femtosecond Lazer, Bursa'da ilk kez Medical Park'ta... Kısa bir süre için uygulanacak tanıtım fiyatları için lütfen 444 44 84 ü arayınız...Medical Park Bursa... Herkes için sağlık...'** ifadelerinin bulunduğu tespit edilmiş olup; söz konusu ifadelerin bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamını aşan tarzda, diğer sağlık kuruluşları aleyhine haksız rekabet yaratan, kuruluşun faaliyetlerine ticari bir görünüm kazandıran ve talep oluşturan nitelikte olduğuna, dolayısıyla da Özel Hastaneler Yönetmeliğinin 60 ncı maddesine uygun olmadığına, bu durumun, 4077 sayılı Kanununun 16 ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren Medical Park Sağlık Hizmetleri A.Ş. hakkında yerel düzeyde (6.720 TL) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir."

2.2.2) Reklamların Denetimi

Ülkemizde, reklamların denetimi idari makamlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Reklamların idari denetimi önemli bir ihtiyacı karşılamakta; başka türlü, yani özdenetim veya özel hukuk davaları yoluyla, hukuka uygunluk denetimine tabi tutulamayacak pek çok reklam bu yolla denetlenmektedir.²⁷ Hukuka aykırı reklamlar nedeniyle, gerek rakip teşebbüsler (TTK'nun haksız rekabet hükümlerine dayanarak), gerekse tüketiciler (Tüketici

²⁷ İNAL – BAYSAL, sf. 79

Kanunu hükümlerine dayanarak) genel yargı yollarına başvurmayı; yargılamanın hantallığı, adalete güvensizlik, masraftan kaçınma gibi çeşitli nedenlerle tercih etmemektedirler. Özdenetim müessesinin de ülkemizde arzu edilen etkinliğe ve caydırıcılık seviyesine ulaşamaması²⁸, reklamların, genel yargı yoluna kıyasla çok daha hızlı işleyen ve reklamın hızlı tüketilen yapısından dolayı bu yönüyle çok daha cazip hale gelen “idari denetim”i daha da önemli kılmaktadır.

(a) Reklam Kurulu

Tüketici Kanunu md. 17 ile ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, Tüketici Kanunu md. 16’da belirtilen ilke ve esaslara aykırı olarak yapılan reklamlara ilişkin olarak reklamverenler ve bazı hallerde mecra kuruluşları hakkında çeşitli yaptırımlar uygulamak üzere “Reklam Kurulu” oluşturulmuştur. Reklam Kurulu, genel ilke ve esaslara aykırı bulduğu reklam ve ilanları *üç aya kadar tedbiren durdurma*²⁹ ve/veya *durdurma*³⁰ ve/veya aynı yöntemle *düzelme*³¹ ve/veya *para cezası verme*³² yaptırımlarını uygulamaya yetkilidir.

Reklam Kurulu, çeşitli meslek mensupları ve sivil toplum örgütleri ile bazı kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcileri olmak üzere toplam 25 üyeden oluşmakta, başkan dahil en az 14 üyenin katılımı ile toplanmakta ve toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar almaktadır.

Reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemekle yetkilendirilen ve reklam ve ilanları hukuki açıdan değerlendirerek, ciddi hukuki müeyyideler uygulama yetkisi tanınan, aynı zamanda reklamların, reklam mevzuatı dışında sektörel nitelikli bir takım kanunlara uygunluğunu da denetlemekle görevli olan Reklam Kurulu’nda, Adalet Bakanlığı ve Türkiye Barolar Birliği tarafından görevlendirilen temsilciler olmak üzere toplam iki hukukçunun bulunması, reklamların hukuka uygunluk denetiminin gereği gibi yapılamayacağı sakıncasını doğurmakta ve bu itibarla Reklam Kurulu, oluşumu açısından, doktrinde önemli eleştirilere maruz kalmaktadır³³. Reklam Kurulu’nun 14 üyenin çoğunluğu ile

²⁸ İNAL, E., Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul, 2000, sf. 99

²⁹ Bkz. sf.7, Reklam Kurulu’nun 11.11.2009 tarih ve 170 sayılı toplantısında alınan 2009/721sayılı kararı

³⁰ Bkz. sf.6, Reklam Kurulu’nun 14.12.2004 tarih ve 11 sayılı toplantıda alınan 2004/71 sayılı kararı

³¹ Bkz. sf.7, Reklam Kurulu’nun 14.02.2006 tarihli 125 sayılı toplantısında alınan 2005/325 sayılı kararı

³² Bkz. sf.7, Reklam Kurulu’nun 12.04.2005 tarih ve 115 sayılı toplantısında alınan 2005/56 sayılı kararı

³³ İNAL – BAYSAL, sf. 82

karar alabildiği de dikkate alındığında, kararların, az sayıdaki hukukçu üyenin dahi değerlendirmesine başvurulmaksızın alınabilme ihtimali de bulunmaktadır.

Daha önce de kısaca değinildiği üzere³⁴, reklamlara yapılan müdahaleler (reklamların tedbiren durdurulması, durdurulması, düzeltilmesi vb.), doğrudan ve dolaylı olarak piyasalardaki rekabeti sınırlayıcı/bozucu olabilmektedir. Bu nedenle, reklamlara yapılan müdahalelerin, tüketici hukuku ve haksız rekabet boyutunun yanı sıra, piyasadaki rekabetçi ortamın devamlılığını riske etmemesi açısından da titizlikle incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, Reklam Kurulu bünyesinde, bir Rekabet Kurulu üyesinin veya Rekabet Kurumu'ndan bir uzmanın bulunması, özellikle Reklam Kurulu kararları ile rekabete yapılan doğrudan veya dolaylı müdahaleleri öngörebilmek ve değerlendirebilmek açısından son derece faydalı olacak; ikincil planda ise kurumlar arası etkileşimi sağlayarak, Reklam Kurulu kararları ile Rekabet Kurulu kararları arasında bir bütünlük yaratılmasına yardımcı olacaktır.

Reklam Kurulu kararlarının gerekçesiz oluşu ve çoğu zaman, hukuka aykırı, aldatıcı veya genel ahlaka aykırı bulunarak çeşitli yaptırımlara tabi tutulan reklamlarda yer verilen hangi ifade veya görüntülerin, hukuka aykırı, aldatıcı veya genel ahlaka aykırı bulunduğu açıklanmaması, gerek yeknesak bir denetim esasının oluşturulamaması ve dolayısıyla olası reklam ve ilanlar açısından yönlendirici ve/veya caydırıcı bir etki doğuramaması, gerekse Reklam Kurulu kararlarının objektiflik ve güvenilirliğinin sağlanamaması açısından sakıncalı görünmektedir. Reklam Kurulu kararları ile reklamların yanı sıra piyasanın rekabetçi ortamına da doğrudan veya dolaylı biçimlerde müdahalede bulunduğu ve bu yolla gerek rakip teşebbüsler, gerek rekabetçi piyasa yapısı ve nihayetinde rekabetçi piyasa ortamının sağladığı kamu menfaati üzerinde önemli sonuçlar doğurduğu dikkate alındığında; Reklam Kurulu kararlarının, hukuki altyapısının önemi de açığa çıkacaktır.

(b) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu

RTÜK Kanunu'nun 19 vd. maddeleri ile Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'te, radyo ve televizyonlarda yayınlanacak reklamlara ilişkin usul ve esaslar belirlenmektedir. Radyo ve Televizyon Yayınları'nın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesinde belirtilen genel ilkelere göre reklamlar,

- Adil ve dürüst olmalıdır.
- Yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmamalıdır.
- İnsan onurunu zedeleyici biçimde yapılmamalıdır.

³⁴ Bkz. sf.5

- Irk, cinsiyet veya milliyet alanlarında ayrımcılık içermemelidir.
- Dini veya siyasi inanışlara saldırıda bulunmamalıdır.
- Türk ve yabancı devlet büyüklerine, dini kişilere ve dini konulara yer verilmemelidir.
- Kamu sağlığı ve güvenliğini zedeleyecek davranışları desteklememelidir.
- Çevre koruma konusunu zedeleyecek davranışları desteklememelidir.
- Reklamcı, programların içeriğine hiçbir şekilde müdahalede bulunmamalıdır.
- Çocuklara yönelik ve içinde çocukların kullanıldığı reklamlarda, çocukların çıkarlarına zarar verecek unsurlar bulunmamalı ve çocukların özel duyguları göz önünde bulundurulmalıdır.
- Haber ve güncel programları düzenli olarak sunan kişilerin görüntü ve seslerine reklamlar ve tele-alışverişlerde yer verilmemelidir.
- Reklam ve tele-alışveriş yayınlarında kullanılacak dil ile ilgili olarak bu Yönetmeliğin 5nci maddesindeki ilgili hükümler göz önünde tutulmalıdır.

Genel ilkelerin yanı sıra, çocuklara yönelik reklam ve tele-alışveriş yayınları ile haksız rekabete yol açıcı reklam ve tele-alışveriş yayınlarının, doğrudan satış reklamlarının ve yanıltıcı reklam ve tele-alışveriş yayınlarının içerik ve sunumlarına ilişkin esaslar, ayrıca düzenlenmiştir.

Radyo ve Televizyon Yayınları'nın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 22. maddesinde, reklamların, Yönetmelik'te belirtilen usul ve esaslara uygunluğundan yayın kuruluşu, iletimi yapan uydu ve/veya kablo/platform işletmecisinin sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, öngörülen usul ve esaslara aykırı radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin olarak, uyarı ve özür dileme, program yayınının durdurulması, para cezası ve yayın durdurma ve yayın izninin iptali şeklinde kademeli olarak ilerleyen yaptırımlar uygulamaktadır.

(c) Reklam Özdenetim Kurulu

Reklamverenler Derneği, Reklamcılar Derneği ile mecra kuruluşlarının temsilcilerinin katılımı ile oluşturulan Reklam Özdenetim Kurulu, yanıltıcı reklamlarla ilgili tüketici şikayetlerini, reklam verenler veya reklam ajanslarının birbirleri hakkındaki şikayetlerini, reklam kurumunun imajını koruma ve saygınlığını artırma, reklama güven sağlama amacıyla başvuru beklemeksizin Reklam Özdenetim Kurulu üyelerince önerilen dürüst ve doğru olmayan reklamları, Uluslararası Reklam Uygulama ve Esasları ışığında karara bağlamak ve bu yolla reklam endüstrisi içerisinde etkin bir özdenetim sağlamak amacıyla 1994 senesinden beri faaliyet göstermektedir. Bu itibarla Reklam Özdenetim Kurulu, reklam pazarında yer alan teşebbüs birliklerinin oluşturduğu, herhangi

bir hukuki dayanağı ve tüzel kişiliği bulunmayan üst bir teşebbüs birliği niteliğindedir.

Reklam Özdenetim Kurulu, bağımsız başkanın başkanlığında, 5'i reklam veren, 5'i reklamcı, 9'u mecra kuruluşu, 1'er üyesi ise sırasıyla Tüketici Kuruluşları, Üniversite ve İstanbul Barosu'ndan olmak üzere toplam 23 kişiden oluşmaktadır.

Reklam Özdenetim Kurulu, “*reklamın ilgili tarafları olarak reklamveren - reklam ajansı - mecra üçlüsünün tüketiciye karşı toplumsal sorumluluğu bulunduğu ve tüketiciyi koruma kavramına sahip çıkılmasının uzun vadede bu üçlünün çıkarına olduğu bilinciyle, pazarlama iletişiminin, evrensel hale gelmiş uluslararası kaynaklara dayanan kurallara göre yürütülmesi ve bunun sürekliliğinin sağlanması, özdenetim bilincinin yerleştirilmesi, kurallara aykırı reklamların kamu denetimine gerek kalmadan reklamveren - reklam ajansı - mecra üçlüsünün özdenetimi ile durdurulması ve / veya düzeltilmesini*” amaçlamaktadır.³⁵

Reklam Özdenetim Kurulu kararlarının bağlayıcılık taşımaması ve reklamların denetimini üstlenen idari kurumlarca tanınmaması ve reklamların idari denetimine destek niteliğinde bir denetim mekanizması olarak dahi kabul görmemesi, özdenetim müessesinin etkinliğinin, ülkemizde, diğer Avrupa ülkelerine kıyasla çok daha az olması sonucunu doğurmaktadır.³⁶

2.3) Ticaret Hukuku (haksız rekabet) Yönünden

Bilindiği üzere reklam, rekabet etme hakkının en bilinen ve rağbet gören araçlarından biridir. Ancak rekabet etme hakkının, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kullanılması TTK md.56 anlamında haksız rekabet teşkil edecektir. TTK'da reklamlar hakkında özel bir düzenleme olmamakla birlikte, reklamların, hangi hallerde haksız rekabet teşkil edebileceğini tespit etmek açısından, TTK md 56, md. 57/3 ve 57/4 hükümlerinden faydalanılabilir.

TTK md. 57/3'te, “*Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış ya da yanıltıcı malumat vermek veyahut üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün konuma getirmek*” bir haksız rekabet hali olarak örneklendirilmiştir. Anılan bentte öncelikle kişinin kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış ya da yanıltıcı bilgi verdiği hallerde, yapılan aldatici reklamın haksız rekabet teşkil ettiği düzenlenmiş; takiben, üçüncü kişilerin şahsi durumları, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti

³⁵ <http://www.rok.org.tr/misyon.html>

³⁶ İNAL – BAYSAL, sf.101

veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesinin de *-bu fiil sonucunda üçüncü kişilerin rakiplerine nazaran üstün duruma gelmeleri şartına bağlı olarak-* haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir. TTK md. 57/3'ün düzenlediği bu ikinci halin, reklam ajanslarınca gerçekleştirilecek haksız rekabet hallerini düzenlediği söylenebilir.³⁷ TTK md. 57/4'te de, "*Paye, şahadetname veya mükafat almadığı halde, bunlara sahipmişçesine hareket ederek, müstesna kabiliyete malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış unvan yahut mesleki adlar kullanmak*" demek suretiyle aldatıcı reklamların da bir nevi haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

Rekabet etme özgürlüğünün, reklamlar yoluyla iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanıldığı hallerde reklamın haksız rekabet teşkil ettiğinden bahsedilebilir.³⁸ Ne var ki reklamların hangi hallerde "aldatıcı" kabul edileceği yönünde TTK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle "aldatıcı reklam" kavramı³⁹, tüketici hukuku ve reklam mevzuatı esas alınarak, doktrinde, *tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek hitap ettiği kitlede, orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar* olarak tanımlanmaktadır.⁴⁰

Aldatıcı reklamlar, TTK 56. vd maddeleri uyarınca haksız rekabet teşkil ettiğinden, bu reklamlarla ilgili olarak haksız rekabet davaları (tespit, önleme (men), eski hale iade ve maddi-manevi tazminat) açılabilir. açılması mümkün olacaktır; dava ile birlikte veya dava açılmadan önce, uyuşmazlık konusu reklamın durdurulması vb. konularda ihtiyati tedbir talebinde de bulunulabilecektir. Usul hukukunda dava ile elde edilmek istenen hukuki sonuç ile özdeş bir ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği kuralı geçerliyse de, haksız rekabet hallerinde sadece rakip konumundaki kişi değil, müşteri ve/veya tüketicilerin ekonomik menfaatleri de ihlal edileceği için, yasakoyucu, ihtiyati tedbir aracılığıyla, örneğin yanlış ve/veya yanıltıcı bir ilanın durdurulabilmesine imkan vermiştir.⁴¹

Haksız rekabet davaları, rakip teşebbüsler, ekonomik menfaatleri zedelenen müşteriler ve meslek kuruluşları tarafından, haksız rekabet oluşturan fiili işleyen veya bu kişileri istihdam eden kişilerle ve haksız rekabetin basın yoluyla gerçekleştiği hallerde ilgili mecradaki görevlilere yöneltilebilecektir.

³⁷ KAPLAN, M. Ö., Aldatıcı Reklamların Haksız Rekabet Açısından Değerlendirilmesi, http://www.tim.org.tr/dosyalar/hukuk/aldatici_reklamlar.pdf

³⁸ GÖLE, sf. 168

³⁹ Bkz. sf. 11 vd.

⁴⁰ İNAL – BAYSAL, sf.25

⁴¹ ÜLGEN, H.- TEOMAN, Ö. – HELVACI, M. – KENDİGELEN, A. – KAYA, A. – ERTAN, N. F. N. Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2009, sf. 471

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.10.1999 tarihli bir kararında⁴², İzmir'de yayınlanan 'Gazete Ege'nin yayıncısı ve sahibi davacı; İzmir'de yayınlanan 'Yeni Asır' gazetesinin yayıncısı ve sahibi olan davalının şehrin muhtelif yerlerine 'Ege'nin tek gazetesi Yeni Asır' sloganı kullanarak ilan ve reklam faaliyetinde bulunduğunu, bu sloganın kullanılmasının gerçek dışı, aldatıcı ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek, BK.nun 48, TTK.nun 60 ve 4054 sayılı Rekabet Kanunu'nun 6 ve 16. maddeleri uyarınca davalıya ait gazetenin Ege'nin tek gazetesi olmadığını tespitini, bu sloganın reklam ve ilanlarda kullanılması önlenerek haksız rekabete son verilmesini ve kararın ilanını talep ve dava etmiş; davalının reklam ve ilanda kullandığı sloganın tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı, onun bilgi ve deneyim eksikliğini sömürücü nitelik taşıdığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalıya ait gazetenin Ege'nin tek gazetesi olmadığını tespitine, bu sloganın reklam ve ilanlarda kullanılmasının TTK.nun 58/b maddesine göre önlenmesine ve haksız rekabete son verilmesine karar verilmiş ve karar, Yargıtay tarafından da onaylanmıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.10.2005 tarihli bir başka kararında⁴³, Sıvılaştırılmış Petrol Gazı (LPG) piyasasında Türkiye'nin önde gelen sanayi kuruluşlarından olan davacıların, davalıların verdikleri ilanlarda kullandıkları, "gövdesinde kabartma markası olmayan tüplerin 6 ay içinde kullanımdan kalkacağı, gövde kabartmasız tüpün kullanılmaması, eğer tüp gövde kabartmasız ise gövde kabartmalı tüp ile değiştirilmesi gerektiği" yönündeki beyanlarının müvekkili ve piyasadaki diğer firmalara ait tüplerin güvenilirliği hakkında objektif olarak yanlış ve yanıltıcı bilgilerle, kötüleyici, reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketicilerin ekonomik davranışlarını ve kararlarını etkileyici ve onları aldatıcı nitelikte bulunması nedeniyle davaya konu reklamların yanlış, yanıltıcı, aldatıcı ve gereksiz ölçüde kötüleyici olduğunu, davalı yanın eylemlerinin TTK'nun ilgili hükümleri uyarınca haksız rekabet niteliğinde olduğu ileri sürülerek açılan davada, davalıların yaptıkları ilan ve reklamlarda halkın ve tüketicinin uyarıldığı, davacıların ve ürünlerinin kötülenmediği, bu nedenle TTK'nun 57.maddesinde öngörülen başkalarının ürünlerini kötüleme şeklinde oluşan haksız rekabet unsurlarının davada bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de Yargıtay tarafından, emsal alınan dosyada dava konusu edilen ilan metni ile somut davaya konu reklam ve ilanlarda kullanılan ifadeler birbirinden farklı olduğu ve somut olayda haksız rekabet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi ve bu şekilde karar verilmesi gerektiği belirtilerek, karar, davacı lehine bozulmuştur.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 12.10.1999 tarih ve 1999/3173 E. ve 1999/7795 K. sayılı kararı

⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.10.2005 tarih ve 2004/11313 E. ve 2005/9341K. sayılı kararı

2.4) Rekabet Hukuku Yönünden

Reklamlar; reklamveren, reklamalan (mecra sahipleri) ve reklam/medya ajansları açısından bir hizmet veya bir piyasa kaynağını/unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla reklamların yapımından pazarlanıp sunulmasına ve verdiği mesaja kadar pek çok yönden rekabet hukukunun alanına girdiği söylenebilir. Bu bağlamda reklamlar, kimi zaman tek başına, kimi zaman ise başkaca piyasa unsurları ile birlikte, rekabet ihlali teşkil edebilecek bir araç haline dönüşebilir.

Reklamların rekabet hukukunu ilgilendiren boyutu, özellikle Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddeleri kapsamında değerlendirilen reklamlar yoluyla ortaya çıkan ayrımcı/dışlayıcı uygulamalardır. Bunun yanısıra, reklamların rakip teşebbüsler arasında rekabete aykırı bir koordinasyon kurmaya yönelik (özellikle uyumlu eylem yoluyla) bir fonksiyonu da olabilir. Diğer yandan reklamların yapımı, pazarlanması ve yayını süreçlerinde veya rating/tiraj ölçümlerinde ortaya çıkabilecek rakipler arası oluşumlar veya pazar gücünü kötüye kullanmaya yönelik reklam faaliyetleri de, yine Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddeleri denetimine tabidir.

Diğer yandan özellikle reklam pazarında gerçekleşen yoğunlaşma işlemleri, reklam pazarındaki rekabet ortamını yakından ilgilendirmekte ve reklamlar yoluyla olmasa da reklamlar üzerinde etki doğurabilecek niteliktedir. Bununla birlikte, yoğunlaşma işlemleri konumuzla doğrudan ilgili olmadığından bu hususa tebliğimizde yer verilmeyecektir. Aşağıdaki bölümde reklamların Rekabet Kanunu kapsamında hangi hallerde rekabet ihlali teşkil edebileceği, çeşitli reklam uygulamaları ile reklam pazarı ve etkilenen pazarlar yönünden ayrımlar yapılmak suretiyle tartışılacaktır.

2.5) Mevzuatlar Arası Karşılaştırma

Tüketici ile markayı buluşturan, tüketicinin markanın bilincine varmasını sağlayan reklam⁴⁴, özellikle her yıl birçok yeni mal ve hizmetin piyasaya çıktığı günümüz piyasasında, bu mal ve hizmetlerin tüketiciye tanıtılması açısından büyük önem taşımaktadır. Bunun yanında reklamlar, piyasadaki yeni teşebbüslerin hedef tüketici kitlesine tanıtılması veya rekabet sürecinde yeni oluşturulan ürün/hizmet ve/veya satış koşulları konusunda (fiyat, ödeme koşulları, garanti vb.) tüketicilerin bilgilendirilmesi açısından da önemlidir.⁴⁵

⁴⁴ Avşar –Elden, sf. 19

⁴⁵ Türkkan, E., Reklam ve Rekabet, 2009,

<http://www.rekabet.gov.tr/index.php?Sayfa=sayfahtml&Id=899>

Bu itibarla reklamların, esas olarak tüketicilerin ekonomik alışkanlıklarını değiştirmeye yöneldiği fakat tüketicilerin bu alışkanlıklarını reklamveren lehine çevirme amaçları bakımından, rakip teşebbüsler üzerinde de doğrudan ve dolaylı birtakım etkileri bulunduğu açıktır. Bu nedenle reklamlar, daha önce de açıklandığı üzere, gerek tüketicileri⁴⁶, gerekse rakip teşebbüsleri⁴⁷ korumak açısından bir takım sınırlamalarla kuşatılmak ve bazı denetimlere tabi tutulmak zorundadır. Bu denetim zorunluluğunun bir neticesi olarak gündeme gelen, reklamlara (reklamların düzeltilmesi, durdurulması vb.) ve/veya reklamverenlere/mecra kuruluşlarına yönelik (uyarı ve özür dileme, para cezası, yayın durdurma, yayın izninin iptali vb.) müdahale/yaptırımlar ise, müdahalenin niteliğine göre, serbest piyasa ekonomisinin bir gereği olan rekabetçi ortamı sınırlandırmaya ve bozmaya kadar varabilmektedir.

Haksız rekabet hükümleri ile rekabet hukuku mevzuatı, temelde “rekabet”i korumayı amaç edinmişse de, haksız rekabet hükümlerinin, tacirleri, ticari işletmeleri, bazı hallerde müşteri ya da tüketicileri ve mesleki kuruluşların ortak çıkarlarını korumayı hedeflemesi; buna karşın rekabet hukuku mevzuatının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanması konularında yoğunlaşması açısından birbirinden ayrılmaktadır.⁴⁸

Reklamların, tüketici hukuku, haksız rekabet hükümleri bağlamında ticaret hukuku ve rekabet hukuku boyutlarının bir arada bulunması ve reklamın, her biri farklı hukuk disiplinleri bünyesinde düzenlenen bu ayaklarının, farklı yargı/denetim mekanizmalarını gerekli kılmaları nedeniyle; çoğu halde anılan bu üç disiplinin birbirine geçmiş, girift bir yapıya büründüğü söylenebilir. Bu nedenle, gerek idari denetim makamlarının, gerekse yargı makamlarının, reklamlara ilişkin olarak verdikleri kararlarda, reklamın, anılan tüm bu hukuki boyutlarını göz önüne almalarının ve bu hukuki boyutlardan birini korurken, diğerinin korumayı amaçladığı menfaatleri zedelememeye önem vermelerinin gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

⁴⁶ Bkz. Tebliğin 2.2 Bölümü

⁴⁷ Bkz. Tebliğin 2.3 bölümü

⁴⁸ ÜLGEN - TEOMAN – HELVACI – KENDİGELEN – KAYA – ERTAN, sf. 454

3) REKLAMLAR YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLEN REKABET İHLALLERİ

3.1) Rekabet İhlaline Neden Olan Reklam Uygulamaları

Rekabetin reklamlar yoluyla sınırlandırılması, reklamın içerdiği mesaj vasıtasıyla (doğrudan) gerçekleşebileceği gibi, reklam imkanının sınırlandırılması yoluyla (dolaylı olarak) da ortaya çıkabilir.

Reklamın içerdiği mesaj vasıtasıyla rekabetin sınırlandırılması, reklamın bizzat kendisinin rekabete aykırı bir araç olarak kullanılmasını ifade etmektedir. Rekabete aykırı şekilde yapılan reklamlar, sonuçlarını/etkilerini reklama konu olan ürüne/hizmete ilişkin pazarda doğurduğundan, bu husustaki değerlendirmelere, reklama konu ürün/hizmet pazarında ortaya çıkan rekabet ihlallerinin incelendiği 4.2.1. bölümünde yer verilmiştir.

Reklam imkanının sınırlandırılması yoluyla gerçekleşen rekabet ihlalleri ise, teşebbüslerin reklam yeri sunma/kullanma ve reklam yapımı imkanlarının kısıtlanmasını ifade etmektedir. Reklam imkanının sınırlandırılması yoluyla gerçekleşen rekabet ihlalleri, “reklam yapım ve yayın hizmetleri”, “reklam yeri” ve “reklam yeri tedariki” gibi pazarları kapsayan “reklam pazarı” ile bu pazarı etkileyen “rating/tiraj ölçüm/izleme pazarı” ve “yayıncılık pazarı”nda ortaya çıkmakta olup, buna ilişkin değerlendirmelere de bu pazarların incelendiği 3.2.2. ve 3.2.3. bölümlerde yer verilmiştir.

3.2) Rekabet İhlalinden Etkilenen Pazarlar Açısından

3.2.1) Reklama Konu Olan Ürüne/Hizmete İlişkin Pazar

a) Genel Olarak

Reklama konu olan ürüne/hizmete ilişkin pazarda rekabetin sınırlandırılması, 4.1. bölümde açıklandığı üzere, reklamın içerdiği mesaj vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Reklamda aktarılan mesaj, reklamveren teşebbüsün rakiplerini dışlayıcı veya faaliyetlerini zorlaştırıcı olabileceği gibi, rakipleriyle rekabete aykırı bir koordinasyon kurmasını (özellikle uyumlu eylem yoluyla) da sağlayabilir. Reklamveren teşebbüsün hakim durumda olup rakiplerini dışlayıcı, faaliyetlerini zorlaştırıcı veya ayrımcı reklamlar yapması, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında; reklamın içerdiği mesajın rakipler arasında rekabete aykırı bir koordinasyon kurmaya yönelik olması ise, Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında rekabet ihlali olarak değerlendirilebilir.

Reklama konu olan ürün/hizmet pazarında reklam, müşterileri bağlama aracı olarak da kullanılabilir. Müşterilerine rakiplerden ürün/hizmet almamaları şartıyla reklam desteği verilmesi bunun tipik bir örneği olup, bu tür uygulamalar

somut duruma göre Rekabet Kanunu'nun 4. veya 6. maddesine aykırılık teşkil edebilir.

b) Rekabet Kurulu Uygulaması

Turkcell Kararı⁴⁹

Rekabet Kurulu, “Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) yaklaşık 4 aydır “Orada, burada, her yerde Turkcell” sloganıyla fixboard, megalights, raket, otobüs durakları ve otobüsler üzerinde ve ayrıca “Sınırdan geçen Turkcell Tırları” ile hemen hemen tüm televizyon kanallarında Ulusal Dolaşım anlaşması yapmaması nedeniyle gerçekleştirdiği rekabet ihlalinin kendisine verdiği göreceli üstünlüğün reklamını yaparak Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.’nin (AVEA) pazara girişini engellemekte ve faaliyetlerini zorlaştırmakta ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un (RKHK) 6. maddesini ihlal ettiği” iddiası⁵⁰ üzerine verdiği ilk inceleme kararında; “şikayet edilen reklamların Rekabet Kanunu’nun 6. maddesini ihlal edecek nitelikte bir kötüye kullanma eylemi (pazara girişi engellemeye ya da pazara girmekte olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik dışlayıcı bir eylem) mi, yoksa normal rekabetçi bir uygulama mı olduğunun değerlendirilmesi gerektiğini” belirttikten sonra⁵¹, şikayet edilen reklamlarda Turkcell’in yurtiçi ve dışında sahip olduğu kapsama seviyesinden kaynaklanan üstünlüğünü tanıttığı, bunun da normal bir rekabet yöntemi olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵²

Rekabet Kurulu, kararda her ne kadar “aşırı reklam yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması konusunda doktrinde ve uygulamada örnek alınabilecek bir uygulama bulunmadığına” dikkat çekmişse de, “reklamın normal bir rekabet yöntemi olma kriteri”ni benimsemek suretiyle normal rekabet şartlarında yapılmayacak reklam uygulamalarına başvurulması yoluyla hakim durumun kötüye kullanılabileceğini kabul etmiş görünmektedir.

Bu noktada; normal rekabet şartlarında yapılmayacak/rekabetçi olmayan reklam uygulamalarının nasıl tespit edileceği sorunu gündeme gelmektedir. Rekabet Kurulu’nun, kararda atıf yaptığı doktrinde de yer verildiği üzere; aşırı ya da yıkıcı reklam, rakiplerin maliyetlerini yükseltmek ve pazara girişi caydırmak amacıyla gerçekleştirilen stratejik bir uygulama olduğu takdirde rekabet ihlali olarak değerlendirilebilir.⁵³ Bu bağlamda reklamın pazara girişi caydırıcılığının sadece maliyetleri yükseltmek yoluyla olmayabileceği, yoğun reklam

⁴⁹ Rekabet Kurulu’nun 14.04.2005 tarih ve 05-24/281-76 sayılı Turkcell Kararı

⁵⁰ Turkcell Kararı, sf. 1

⁵¹ Turkcell Kararı, sf. 6

⁵² Turkcell Kararı, sf. 7

⁵³ Bkz Turkcell Kararı, sf. 5, dpn. 2-3’teki eserler.

kampanyaları ile tüketicilerin zihninde reklamveren hakkında yaratılan olumlu imajın ya da rakipler hakkında yaratılan olumsuz imajın da potansiyel/mevcut rakipler üzerinde caydırıcı/dışlayıcı etkileri olabilir. Ancak bu caydırıcı/dışlayıcı etkinin rekabete aykırı olarak değerlendirilebilmesi için, reklamlar yoluyla tüketicide yaratılan imajın tüketiciyi aldatıcı veya yanıltıcı yöntemler ile oluşturulması gerektiği düşüncesindeyiz. Dolayısıyla esas olarak tüketici hukuku ve ticaret hukuku (haksız rekabet) hükümleri kapsamında denetlenen aldatıcı reklamların, bu yönüyle rekabet hukuku kapsamında da değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Microsoft Kararı⁵⁴

Rekabet Kurulu, Microsoft Türkiye'nin dağıtım kanallarına uyguladığı baskı ve ek reklam desteğini de içerek indirim sistemleri yolu ile Gelecek A.Ş.'nin faaliyetlerini zorlaştırarak Rekabet Kanunu'nu ihlal ettiği iddiası üzerine yaptığı önaraştırma neticesinde verdiği kararda, "müşterileri bağlayıcı reklam desteği sunulması" ve "rakiplerin reklam yapma imkanlarının sınırlanması" hususları ele alınmıştır. Bunlardan ikincisi, tebliğin 4.2.2. başlığı altında ayrıntılı olarak tartışılacağından burada değinmekle yetiniyoruz.

Rekabet Kurulu'nun "işletim sistemleri pazarındaki uygulamalar ve ödenen indirimlerin ve desteklerin rekabeti bozucu etkileri olup olmadığının tespitinin oldukça güç olduğu; söz konusu uygulamaların, rekabet hukukunda izin verilen ve kötüye kullanma kabul edilmeyen normal rekabetçi davranışlar ile kötüye kullanma sayılan davranışların ayırt edilmesindeki güçlüğü en çok yaşandığı uygulamalar olduğu" yönündeki ifadelerinin⁵⁵ ilk bakışta Turckcell Kararı'ndaki görüşü ile uyumlu olduğu savunulabilir. Oysa ki; Microsoft Kararı'ndan anlaşıldığı üzere; somut durumda reklamlar, müşterileri bağlamaya yönelik bir indirim sisteminin konusunu oluşturduğundan, reklamın içeriği yönünden değil, müşteriye sağladığı maliyet avantajı açısından rekabet ortamına etkide bulunmaktadır.

(Bu kararların yanısıra tebliğin yayımlanacak halinde Rekabet Kurulu'nun 02.08.2007 tarih ve 07-63/764-272 sayılı MASKO Kararı ve Rekabet Kurulu'nun 16.10.2008 tarih ve 08-58/935-379 sayılı Toyota Ankara Bayileri Kararı yer alacaktır.)

⁵⁴ Rekabet Kurulu'nun 01.09.2005 tarih ve 05-53/809-219 sayılı Microsoft, 27.05.2008 tarih ve 08-35/465-165 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Microsoft Kararları

⁵⁵ (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Microsoft Kararı, sf. 16

3.2.2) Reklam Pazarı ve Alt Pazarları

a) Genel Olarak

Teşebbüsler, reklam yeri sunma/kullanma ve reklam yapımı imkanlarının kısıtlanması neticesinde hiç veya istenen yaygınlıkta/nitelikte reklam yapamadıklarında veya reklamcılık hizmeti sunamadıklarında reklamlardan beklenen çeşitli menfaatler de istenen düzeyde olmayacaktır. Bu bağlamda; teşebbüslerin reklam yeri satışında/tedarikinde veya reklamın yaptırılmasında doğrudan veya dolaylı olarak karşılaşılabilecekleri ayırıcı/dışlayıcı uygulamalar, somut duruma göre Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddeleri kapsamında değerlendirilebilir. Rekabet ihlali teşkil edebilecek bu tür uygulamalar, reklam pazarı altında değerlendirilebilecek "reklam yapım ve yayın hizmetleri", "reklam yeri" ve "reklam yeri tedariki" pazarlarına ilişkin çeşitli Rekabet Kurulu kararlarıyla birlikte aşağıda açıklanmaktadır.

b) Rekabet Kurulu Uygulaması

b.1) Reklam Yeri Pazarı Açısından

BİMAŞ Kararları⁵⁶

Rekabet Kurulu,

- a) DTV (Kanal D) ile SATEL'in (ATV) kurdukları BİMAŞ'ın AKS'ı (Show TV) piyasa dışına çıkarmak maksadıyla Show TV'ye reklam vermeyenlere daha ucuz fiyat teklif ettiği, reklam kaynaklarını kontrol etmek suretiyle reklamların bu iki gruba ait televizyon kanalı arasında bölüşülerek Show TV'ye reklam vermek isteyenlerin engellendiği, böylece Rekabet Kanunu'nun 4. ve 6. maddesinin ihlal edildiği,
- b) MEPAŞ'ın diğer reklam pazarlama şirketleri aracılığıyla ATV, Kanal D ve Star televizyon kanallarına reklam vermemelerini taahhüt etmeleri halinde ek iskonto yaptığı, diğer reklam pazarlama şirketlerine de reklam verilmesi halinde cezai şart uygulanacağı, böylece Rekabet Kanunu'nun 4/b-c-d maddelerinin ihlal edildiği

yönündeki karşılıklı iddialarla⁵⁷ yapılan şikayet başvuruları üzerine açtığı soruşturma neticesinde;

⁵⁶ Rekabet Kurulu'nun 01.02.2000 tarih ve 00-4/41-19 sayılı BİMAŞ-I, 11.06.2009 tarih ve 09-27/570-131 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) BİMAŞ-I, 21.10.2002 tarih ve 02-64/803-325 sayılı BİMAŞ-II, 05.01.2006 tarih ve 06-02/48-9 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) BİMAŞ-II Kararları

⁵⁷ BİMAŞ-I Kararı, sf. 2-3

- a) - SATEL ve DTV'nin kendilerine ait olan TV reklam yerlerinin satış fiyatları ile diğer satış koşullarını birlikte belirleme konusunda anlaşma yaptıkları ve uyguladıkları anlaşıldığından, bu eylemlerinin Rekabet Kanunu'nun 4/a maddesine aykırı olduğuna,
- Her iki TV yayım kuruluşunun anlaşarak rakipleri olan SHOW TV adıyla yayım yapan AKS'ın piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdıkları anlaşıldığından, bu eylemlerinin Rekabet Kanunu'nun 4/d maddesine aykırı olduğuna,
- SATEL ve DTV'ye idari para cezası uygulanmasına ve kendilerine ait reklam yerlerinin satış fiyatlarını ve diğer satış koşullarını birlikte belirleme eylemlerine son vermelerine,
- b) Dosya konusunda önaraştırma yapılırken; SATEL ile DTV'nin başlıca gelir kaynaklarını oluşturan TV reklam yerlerinin satışını birlikte gerçekleştirmek amacıyla oluşturdukları BİMAŞ'ın kuruluş sözleşmesine ilişkin olarak yaptıkları menfi tespit ve muafiyet başvurusu bağlamında,
- BİMAŞ ana sözleşmesinin mevcut haliyle TV yayıncılığı alanında rakip teşebbüslerin koordinasyonuna yol açması nedeniyle Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırı olduğuna; anılan sözleşmeye bu nedenle bildirim yoluyla talep edilen Menfi Tespit Belgesi'nin verilemeyeceğine,
- BİMAŞ ana sözleşmesine "rekabet yasağı" başlıklı 34. maddesinin çıkartıldığını gösteren ana sözleşme değişikliğinin Rekabet Kurulu'na ibrazından itibaren hüküm ifade etmek ve bu değişiklik gerçekleşinceye kadar fiilen uygulanmamak koşuluyla başvurunun yapıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere 5 yıl süreyle Rekabet Kanunu'nun 5. maddesi gereğince muafiyet verilebileceğine,
- BİMAŞ ana sözleşmesinin 34. maddesi hükmünün, Rekabet Kanunu'nun 16. maddesi son fıkrası anlamında açık bir ihlal teşkil etmediğinden geçen süre için ceza verilemeyeceğine,
- c) BİMAŞ aracılığı ile oluşan "birlikte hakim durum"larını kötüye kullandıkları iddiası ile haklarında soruşturma açılan SATEL ile DTV'nin "birlikte hakim durum"da olmadıkları anlaşıldığından, haklarında Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinin uygulanamayacağına;
- d) AKS ve MEPAŞ'ın karşılıklı şikayet başvuruları ardından başlatılan soruşturma sürecinde; haklarında TV reklam yeri piyasasında azami satış fiyatlarını uyumlu eylem halinde belirledikleri iddiası ile soruşturma açılmış olan BİMAŞ, MEPAŞ ve PRIME'ın bağlantılı oldukları TV yayım kuruluşlarının reklam yerlerinin pazarlanması amacıyla oluşturdukları her üç pazarlama kuruluşunun, ayrı ayrı çıkardıkları kataloglarda aynı reklam yeri kategorisi (kuşağı) için aynı fiyatları ilan etmiş olmalarına karşın, piyasadaki

fiyatların rekabet ortamında katalogda yer alandan farklı düzeylerde oluştuğu belirlendiğinden Rekabet Kanun'un 4. maddesinin uyumlu eylem yolu ile ihlalinin söz konusu olmadığına; ancak bu uygulamanın sürdürülmesinin ileride kolayca "uyumlu eylem"e uygun bir zemin yaratabileceği dikkate alınarak, rekabetin bozulmaması için her TV kuruluşunun kendi katalog fiyatlarını birbirinden bağımsız olarak belirlemelerine; soruşturma kapsamında olmayan ancak aynı fiyatlarla katalog yayımladıkları anlaşılan "KANAL 6" ve "TGRT" adıyla yayın yapan kuruluşların da aynı gerekçe ile uyarılmalarına

oyçokluğu ile karar vermiştir.⁵⁸

"Ulusal yayın yapan televizyon kanalları reklam yeri pazarı"na ilişkin BİMAŞ-I Kararı, reklam yeri pazarlarında ortaya çıkabilecek başlıca rekabet ihlallerini inceleme imkanı sunmaktadır.

Bunlardan ilki, rakipler arası fiyat ve satım şartlarının tespit edilmesini yasaklayan Rekabet Kanunu'nun 4/a maddesidir. BİMAŞ-I Kararı'nda, ulusal yayın yapan televizyon kanalları reklam yeri pazarında faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin (SATEL/ATV ve DTV/Kanal D) fiyatlarını birlikte tespit etmeleri, Rekabet Kanunu 4/a maddesine aykırı bulunmuştur. BİMAŞ-I Kararı'nda incelendiği üzere; birkaç rakibin 3. bir rakip teşebbüse (AKS/Show TV) reklam verilmemesi karşılığında ek iskonto uygulayarak birlikte fiyat tespit etmesi, (Rekabet Kanunu'nun 4/a maddesinin yanısıra) anlaşmaya dahil olmayan 3. rakibin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırıcı nitelikte veya bu rakibi piyasa dışına itmeye yönelik olduğundan aynı zamanda Rekabet Kanunu'nun 4/d maddesi kapsamında da rekabet ihlali teşkil etmektedir.

Rekabet Kurulu, "raportörler tarafından bu iki teşebbüsün BİMAŞ'ı kurmak suretiyle rekabetçi davranışlarını koordine ettikleri ileri sürülmüşse de, her iki teşebbüsün, reklam yeri satış fiyatlarını ve diğer satış koşullarını birlikte belirlemek için BİMAŞ'ı kurmalarına gerek olmadığı düşüncesiyle fiyat koordinasyonu eylemi[ni] tamamen ayrı bir ihlal olarak" tespit etmiş, dolayısıyla "BİMAŞ'ı oluşturan SATEL ve DTV'nin BİMAŞ çatısı altında reklam yeri satış fiyatlarını birlikte belirlemelerine ilişkin bu anlaşmayı ve eylemleri, BİMAŞ kuruluş sözleşmesinden bağımsız olarak incelemiş, esas itibarıyla birbirine rakip olan iki kuruluşun kendi reklam yeri fiyatlarını birbirlerinden bağımsız olarak belirlemeleri gerekirken; BİMAŞ'ın oluşumu için zorunlu olmadığı halde birlikte belirleme konusunda anlaştıkları ve uyguladıkları kanaatine ulaşması nedeniyle Rekabet Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bir anlaşma olarak değerlendirmiş ve tarafları hakkında Kanun'un 16. maddesi

⁵⁸ BİMAŞ-I Kararı, sf. 64-65

uyarınca cezai yaptırım uygulanmasına karar vermiştir.”⁵⁹ Rekabet Kurulu, BİMAŞ’ı SATEL ve DTV’nin fiyatlarını birlikte tespit etmeye yönelik rakipler arası koordinasyon yaratıcı bir ortak girişim olarak değerlendirmekle beraber, BİMAŞ’ın ana sözleşmesinin “rekabet yasağı” maddesinin çıkarılması ve fiilen de böyle bir uygulamanın yapılmaması şartıyla (rakip teşebbüslerin etkin ve verimli çalışmalarına imkan sağlayacağı gerekçesiyle) muafiyetten yararlandığı sonucuna ulaşmıştır.⁶⁰

Diğer yandan Rekabet Kurulu, SATEL ve DTV’nin, BİMAŞ aracılığıyla veya başka bir şekilde, rakiplerinden bağımsız olarak ekonomik parametreleri belirlediğinin tespit edilemediği gerekçesiyle, birlikte hakim durumda olmadığına kanaat getirerek⁶¹ Show TV’nin faaliyetlerinin (birlikte hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle) zorlaştırıldığı iddiasını ise reddetmiş ve Rekabet Kanunu md. 6/a hükmünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bununla beraber BİMAŞ-I Kararı, reklam yeri pazarında birlikte hakim durumun kötüye kullanılması iddiasının gündeme gelerek tartışılması açısından dikkate değerdir.

Rekabet Kurulu, BİMAŞ-I Kararı’ndan yaklaşık 1,5 yıl sonra, BİMAŞ’ın bu kez de Cine 5, TGRT ve NTV gibi kanalları piyasa dışına çıkarmak maksadıyla bu kanallara reklam vermemeleri kaydıyla müşterilerine ek indirim uygulamasına başladığı ve bu uygulamanın Rekabet Kanunu’nun 6/a-b maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikayet başvurusu üzerine yaptığı soruşturma neticesinde;

- a) BİMAŞ’ın özellikle Cine 5’i piyasa dışına çıkartmaya yönelik rekabet ihlali teşkil eden bir eyleminin bulunmadığına;
- b) Öncelikle BİMAŞ’ın, reklam yeri satışına yönelik olarak Star, Aks ve Ülke Televizyon ile yaptığı sözlü anlaşmalara ilişkin menfi tespit/muafiyet başvurusu hakkında; anlaşmaların TV yayıncılığı alanındaki rakip teşebbüslerin fiyatların bağımsız belirlenme ilkesine uyulmamış olmasının reklam yeri fiyat ve diğer satış koşullarının belirlenmesinde rakip dört televizyon kuruluşu arasında rekabeti engelleyici ve kısıtlayıcı koordinasyon yaratması sebebiyle bu anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceğine ve Rekabet Kanunu’nun 5. maddesindeki koşulları taşımaması nedeniyle anlaşmaya bireysel muafiyet tanınamayacağına, bildirimde yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi nedeniyle bildirimde bulunan BİMAŞ ve bildirim yapıldığı tarihteki yönetim kurulunda görev yapan

⁵⁹ BİMAŞ-I Kararı, sf. 62

⁶⁰ BİMAŞ-I Kararı, sf. 42-43

⁶¹ BİMAŞ-I Kararı, sf. 35

yöneticilere yanlış/yanıltıcı bilgi vermelerinden dolayı idari para cezası verilmesine,

- c) DTV, SATEL, Star, Aks ve Ülke Televizyon'un BİMAŞ aracılığı ile kendilerine ait reklam yerlerinin fiyat ve diğer satış koşullarını aralarındaki rekabeti ortadan kaldırarak birlikte belirlemelerinin Rekabet Kanunu md. 4/a anlamında rekabet ihlali oluşturduğuna; ihlale karışan teşebbüslere idari para cezası verilmesine ve Rekabet Kanunu'nun 9. maddesi gereği yukarıda açıklanan rekabet ihlaline son verilmesi ve TV yayıncılığı alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin reklam yerlerinin satışı piyasasında rekabetin tesis edilmesi amacıyla çeşitli tedbirlerin alınmasına,

karar vermiştir.⁶²

BİMAŞ-I Kararı'nda, reklam yerlerinin fiyat ve satış koşullarını birlikte belirledikleri ve dolayısıyla Rekabet Kanunu 4/a maddesini ihlal ettikleri tespit edilen SATEL ve DTV'nin; BİMAŞ-II Kararı'nda bu kez sözlü anlaşmalar ile Star, Aks ve Ülke Televizyon'u da aralarına katmak suretiyle aynı eylemden dolayı anılan kanun maddesini ihlal ettikleri tespit edilmiştir. BİMAŞ-II Kararı'nı BİMAŞ-I Kararı'ndan ayıran en önemli nokta, Rekabet Kurulu'nun rekabeti ihlal ettiğini tespit ettiği teşebbüslerin bu ihlali BİMAŞ aracılığıyla gerçekleştirildiğini kabul etmesidir. Oysa ki, Rekabet Kurulu BİMAŞ-I Kararı'nda, SATEL ve DTV'nin BİMAŞ'ı oluşturmalarının mutlaka rekabete aykırı bir koordinasyon kuracakları anlamına gelmediği gerekçesiyle somut durumda fiyat ve diğer satış koşullarını birlikte tespit etmelerini, BİMAŞ oluşumundan ayrı olarak değerlendirmişti. Doktrinde BİMAŞ'ın ana sözleşmesindeki "rekabet yasağı" hükmü çıkarılsa dahi, "özellikle rekabetin zorunlu olandan fazla kısıtlanmaması şartının gerçekleşmesinin mümkün kesinlikle mümkün olmadığı ve ilgili piyasada teşebbüsler açısından herhangi bir etkinliğin sağlanmadığı ..., ... bu koşulların ne şekilde sağlanmış olduğuna dair herhangi bir bilgiye yer verilmediği ve bu hususun açıklığa kavuşturulmadan kararın verildiği" belirtilmiş ve BİMAŞ'ın ana sözleşmesinden "rekabet yasağı" hükmünün çıkarılmasının, BİMAŞ'ın oluşturulmasında güttükleri amaca ulaşmaları için engel teşkil eden bir tedbir niteliği taşımadığı savunulmuştur.⁶³ Gerçekten de, BİMAŞ-II Kararı'nın da ortaya koyduğu üzere; ana sözleşmedeki "rekabet yasağı"nın çıkarılması BİMAŞ'ı oluşturan teşebbüslerin aralarındaki rekabete aykırı koordinasyona son vermelerini sağlamadığı gibi, BİMAŞ aracılığıyla oluşturulan bu koordinasyonun bu kez sözlü anlaşmalar yoluyla diğer bazı rakipleri de kapsayacak şekilde genişlemesine de engel olamamıştır.

⁶² BİMAŞ-II Kararı, sf. 55-58

⁶³ Geçgil, B. A., Medya Piyasalarında Hukuki Düzenlemeler ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Yayını, 2005, sf. 58-59

BİMAŞ-II Kararı'nda dikkati çeken diğer bir husus da; BİMAŞ ile Star, AKS ve Ülke Televizyon arasındaki sözlü anlaşmalara menfi tespit belgesi verilmediği ve bireysel muafiyet de tanınmamasına rağmen, rekabet ihlalden dolayı herhangi bir idari para cezası uygulanmayıp sadece yanlış/yanıltıcı bildirim bulunmaktan dolayı idari para cezası verilmesidir.

b.2) Reklam Yeri Satın Alma Hizmeti Pazarı Açısından

Radev Kararı⁶⁴

Rekabet Kurulu, radyo reklamı satın alma faaliyeti yürüten Radev'in hakim durumunu rakiplerine ve radyo istasyonlarına karşı çeşitli faaliyetlerle kötüye kullandığı iddiası⁶⁵ üzerine yaptığı önaraştırma neticesinde; Radev'in "radyo reklam yeri satın alma hizmeti pazarı"nda hakim durumda olmadığı sonucuna ulaşarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına oybirliği ile karar vermiştir.⁶⁶

Rekabet Kurulu, Radev'in yakın zamanda yaptığı bir anlaşmayla pazar payını %10 oranında artırmış olmasına ve bağlı bulunduğu grubun reklamın yaratılışından bir mecrada yayımlanmasına kadar tüm dikey kademelerde faaliyet göstermesinin (dikey bütünleşik yapı arz etmesinin) Radev'e radyo reklam yeri satın alma faaliyetlerinde belli bir güç sağlamasına rağmen; Radev'in pazar payının %50'inin altında kalması ve fiiliyatta dikey bütünleşik yapının dışına çıkılabildiğini (yani dikey bütünleşik yapıya sahip teşebbüslerin kendi grupları içinde temin edebildikleri hizmetleri grup dışından alabildiğini) tespit etmiş ve Radev'in hakim durumda sayılacak derecede bir pazar gücü bulunmadığı kanaatine varmıştır.

Radev Kararı, Rekabet Kurulu'nun reklam pazarında dikey bütünleşik bir yapıya sahip olunmasını, hakim durumun belirlenmesinde daha zayıf bir etken olarak kabul ettiğini göstermesi açısından dikkate değerdir.

b.3) Reklam Yapım ve Yayın Hizmetleri Pazarı Açısından

Reklamcılar Derneği Kararı⁶⁷

Rekabet Kurulu, Reklamcılar Derneği'nin 1995-2001 döneminde her altı ayda bir güncelleyerek yayınlamakta olduğu taban fiyat listesi uygulamasıyla

⁶⁴ Rekabet Kurulu'nun 08.07.2009 tarih ve 09-32/694-160 sayılı Radev Kararı

⁶⁵ Radev Kararı, sf. 1-2

⁶⁶ Radev Kararı, sf. 7

⁶⁷ Rekabet Kurulu'nun 25.07.2002 tarih ve 02-45/530-219 sayılı Reklamcılar Derneği, 02.08.2007 tarih ve 07-63/782-287 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Reklamcılar Derneği Kararları

Rekabet Kanunu'nun 4. maddesini ihlal ettiği iddiası üzerine açtığı soruşturma neticesinde; Reklamcılar Derneği'nin taban fiyat listesi yayımlamak suretiyle anılan maddeyi ihlal ettiğine ve makul bir idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.⁶⁸

Suadiye Reklam Kararı⁶⁹

Rekabet Kurulu Ataşehir Danışmanlık firmasının, Hürriyet, Milliyet, Posta ve Sabah gazetelerinde yayınlamak istediği ilanların, Suadiye Reklam'ın ambargosu nedeniyle söz konusu gazetelerde yayınlanamaması iddiası üzerine yaptığı ilk inceleme sonucunda; “firmalar arasındaki ticari ilişkinin yapısı göz önüne alındığında, her ne kadar ilan veren firmalar, ilan servislerinin müşterisi olarak görülse dahi, nihai anlamda ilan sahiplerinin, esasen mecra sahibi gazetelerin müşterisi olduğundan bahsetmenin yanlış olmayacağı” ve dolayısıyla, “mecra sahibi gazetelerin, kendi nihai müşterilerini zor durumda bırakmak amacı ile aracı ilan servisleri ile rekabete aykırı bir anlaşma yapmış olabilecekleri çok rasyonel görünmemiş, başvuru konusunun taraflar arasındaki bir anlaşmazlıktan kaynaklandığı” kanaatine ulaşmış ve şikayetin reddine karar vermiştir.⁷⁰

3.2.3) Reklam Pazarı ile Bağlantılı Pazarlar

a) Genel Olarak

Reklam pazarıyla bağlantılı çeşitli pazarlardaki rekabet ihlalleri de reklam pazarını etkileyebilmektedir. Bu pazarlar arasında basın izleme araştırma ve tiraj/rating ölçüm pazarları (kısaca tiraj/rating ölçüm/izleme pazarı) ve çeşitli yayıncılık pazarları (görsel ve işitsel, işitsel, basılı veya karasal, sayısal yayıncılık pazarları) sayılabilir.

Bilindiği üzere; televizyon, radyo, gazete ve dergi gibi yayıncı kuruluşlar ile web sitelerinin başlıca (ve hatta çoğu zaman tek) gelir kaynağını reklamlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla reklam pastasından alınan pay, bu kuruluşların faaliyetlerini sürdürmeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Reklam pastasından alınacak payı etkileyen başlıca faktör, izlenme/dinlenme/okunma oranları, kısaca tiraj/rating'tir.

Tirajın/rating'in artması, yayıncı kuruluşların hedef kitesinin ilgi ve merakını uyandıran yayınlar yapmasını ve bu yayınları hedef kitleye ulaştırabilmesini gerektirmektedir. Ancak bu yayınların yapım ve sunumunda

⁶⁸ Reklamcılar Derneği Kararı, sf. 10

⁶⁹ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarih ve 05-38/513-123 sayılı Suadiye Reklam Kararı

⁷⁰ Suadiye Reklam Kararı, sf. 4

ortaya çıkabilecek rekabet ihlalleri, ilgili teŖebbüsün tirajının/rating'inin düşmesine ve böylece reklam gelirinden beklediği payı alamamasına yol açacaktır.

Tirajın/rating'in artması kadar, doğru ölçülmesi de reklam pastasından alınacak payı etkilemektedir. Zira reklamverenin hangi reklam mecrasını (görsel ve işitsel yayın, işitsel yayın, basılı yayın, sanal/etkileşimli yayın gibi) ve bir reklam mecrası içinde hangi teŖebbüsleri (kanalları, yayın organlarını) tercih edeceği hususu, reklamın hedef kitlesine hangi mecra ve kanaldan daha fazla ulaşacağı (tiraj/rating) ile doğrudan ilintilidir. Reklamlar (yani reklam mecrası sahibi olan yayıncı kuruluşlar ve web siteleri) ise reklamın yayımlanması karşılığında talep edebileceği ücreti, kendisinin reklamveren için ne kadar vazgeçilmez olduğuna bağlı olarak belirleyecektir. Aynı şekilde reklam ajanslarının reklamverenlerin reklam politikalarını yönlendirmedeki başarısı da bu arz-talep ilişkisiyle yakından ilgilidir. Bu nedenle tiraj/rating ölçümleri, hem reklamveren hem reklamalan (reklam mecrası) hem de reklam ajansları açısından ticari bir ihtiyaçtır.

AŖađıda Rekabet Kurulu'nun, reklam pazarını etkileyen yayıncılık ve tiraj/rating ölçüm/izleme pazarları ile ilgili uygulaması, çeşitli kararlar üzerinden incelenecektir.

b) Rekabet Kurulu Uygulaması

b.1) Yayıncılık Pazarı Açısından

Yayıncılık pazarında tirajın/rating'in artırılmasının iki farklı boyutu bulunmaktadır. Bunlardan ilki yayının basım/iletim kalitesi, diğeri ise yayının ilgi çekiciliğidir. Yayının basımında/iletiminde yaşanacak olası sorunlar, tirajı/rating'i ve dolayısıyla reklam gelirlerini düşmesine neden olurken, hedef kitleyi kendisine bağlayan yayınlar yapılması tirajı/rating'i ve dolayısıyla reklam gelirlerini artırıcı etki göstermektedir. Bu nedenle yayıncılık pazarındaki rekabetin korunması teŖebbüslerin reklam gelirinden hak ettikleri payı almaları açısından büyük önem taşımaktadır.

Yayıncılık pazarının, yayın hakları ve yayın malzemesi pazarlarından oluştuğu söylenebilir. Yayın hakları pazarı, benzer içerikteki yayınların içeriğini belirleyen her türlü fikri mülkiyet haklarının yanısıra yayının iletim haklarını da içermektedir. Yayın malzemesi pazarı ise, farklı nitelikte yayınlar yapılmasına imkan sağlayan ve yayın haklarına dayanılarak oluşturulan eserleri kapsamaktadır. Yayın hakları pazarına, "Türkiye 1. Futbol Ligi maçları yayın hakları pazarı", "karasal/sayısal yayın iletimi pazarları", yayın malzemesi pazarına ise "banda kaydedilmiş görüntüler pazarı" örnek gösterilebilir.

Rekabet Kurulu'nun yayıncılık pazarıyla ilgili verdiği kararlar arasında Cine 5⁷¹, Teleon⁷², Digitürk-Atlas⁷³, Digitürk⁷⁴ ve ANTEN A.Ş.-I&II⁷⁵ kararları sayılabilir.⁷⁶ (Bu kararlara ilişkin genel değerlendirme, tebliğin yayımlanacak halinde yer alacaktır.)

b.2) Tiraj/Rating Ölçüm/İzleme Pazarı Açısından

Tiraj/rating ölçümlerinin olabildiğince geneli temsil etmesi, nesnel ve şeffaf olması ve iyi denetlenmesi, daha doğru verilere ulaşılmasını sağlarken; bu ölçümlerin merkezi/tek bir kuruluş vasıtasıyla yapılması, hangi verilerin dikkate alınacağı konusunda karışıklık çıkmasını engellemekte ve aynı zamanda verilerin elde edilmesi maliyetini (ölçek ekonomisi nedeniyle) azaltmaktadır. Bu doğrultuda; dünyada ve ülkemizde genellikle, reklamveren, reklamalan, reklam ajansları ve ilgili teşebbüs birliklerinin tiraj/rating ölçümü için geniş bir katılımı (fakat her somut durumda farklı dağılımlar halinde) katkı sağladığı oluşumlar tercih edilmektedir. Bu bağlamda; tiraj/rating ölçüm/izleme hizmeti, bir araştırma şirketinin başlı başına kendi servisi olarak da verilebilecek olmakla birlikte, benzer katılımcıların (örneğin televizyon veya radyo yayını yapan kuruluşların) bir araya gelerek oluşturdukları "Kullanıcı/Medya Sahipleri Sektör Komiteleri" (Media Owner Committee) veya farklı katılımcıların (reklamveren, reklamalan, reklam ajansı ve ilgili teşebbüs birliklerinin) birlikte temsil edilmek suretiyle oluşturdukları "Müşterek Endüstri Komiteleri" (Joint Industry Committee) modellerinin daha yaygın olduğu görülmektedir. Ülkemizde ise, tiraj/rating ölçüm/izleme hizmetinde "Müşterek Endüstri Komitesi Modeli" uygulanmaktadır. Böylece sektördeki pek çok teşebbüs ve teşebbüs birliğinin katılımı ile oluşturulan bir komite/kurul, rating/tiraj ölçümlerinin yapılması hususunda belirli temel kurallar üzerinde mutabık kaldıktan sonra, bu ölçümleri yapmak üzere tek bir teşebbüs ile (ihale veya pazarlık yoluyla) anlaşmakta ve bir yandan da bağımsız üçüncü bir kişi veya kuruluşa bu ölçümlerin denetimini yaptırmaktadır. Elde edilen veriler, komiteyi/kurulu oluşturan tüm teşebbüsler ile çeşitli ilkeler çerçevesinde paylaşılmakta, böylece reklam pastasından alınacak payı

⁷¹ Rekabet Kurulu'nun 11.10.1999 tarih ve 99-46/500-316 sayılı Cine 5, 01.11.2007 tarih ve 07-83/1009-393 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Cine 5 Kararları

⁷² Rekabet Kurulu'nun 06.02.2001 tarih ve 01-07/62-19 sayılı Teleon, 26.09.2005 tarih ve 05-61/900-243 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Teleon Kararları

⁷³ Rekabet Kurulu'nun 28.08.2002 tarih ve 02-50/636-258 sayılı Digitürk-Atlas, 07.09.2006 tarih ve 06-61/822-237 sayılı (Danıştay'ın İptali Üzerine Verilen) Digitürk-Atlas Kararları

⁷⁴ Rekabet Kurulu'nun 27.05.2008 tarih ve 08-35/466-166 sayılı Digitürk Kararı

⁷⁵ Rekabet Kurulu'nun 08.01.2008 tarih ve 08-03/35-11 sayılı ANTEN A.Ş.-I, 17.01.2008 tarih ve 08-06/60-17 sayılı ANTEN A.Ş.-II Kararları

⁷⁶ Bu kararlar hk. bkz. Geçgil, 52-55

belirleyecek şekilde reklamcılık pazarıyla ilgili karar vericiler bilgi sahibi olmaktadır.

Doğrudan veya bir teşebbüs birliği vasıtasıyla dolaylı olarak rakip olan (yatay rekabet) veya birbirlerinin sağlayıcısı/alıcısı olan (dikey rekabet) teşebbüslerin aynı ortamda bir arada temsil edildiği bu tür oluşumlar, özellikle bazı teşebbüslerin ayrımcı uygulamalara maruz kalmalarına ve hatta bu yolla piyasa dışına itilmesine sebep olabilecek anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararlarının ortaya çıkmasına zemin hazırlayabilir. Tiraj/rating ölçüm/izleme pazarındaki rekabet neticesinde daha doğru/nesnel ve geneli temsil eden verilerin elde edilmesi, bu verilere dayanarak reklam geliri elde eden reklamalan (mecra sahibi) teşebbüsler arasındaki rekabetin yanı sıra, reklamverenler arasındaki rekabeti de (yani bir bütün olarak reklamcılık pazarındaki rekabeti) olumlu yönde etkileyeceğinden tiraj/rating ölçüm/izleme pazarındaki rekabet ortamının tesisi özel önem taşımaktadır.

Bu genel açıklamanın ardından, aşağıda Rekabet Kurulu'nun rating/tiraj ölçüm pazarına ilişkin verdiği başlıca kararlar tartışılacaktır.

BİAK Kararı⁷⁷

Basın İzleme Araştırma Kurulu (“**BİAK**”), çeşitli reklam ajansları, reklamverenler ve mecra kuruluşlarının (reklamalanlar) gazete ve dergi okurluğu ile ilgili ortak basın izleme araştırmaları gerçekleştirmek üzere bir araya geldiği tüzelkişiliği olmayan bir kurul niteliğindedir.⁷⁸ BİAK'ın ücret karşılığında bir araştırma şirketine sözleşmeli olarak yaptıracağı ortak basın izleme araştırmaları neticesinde elde edilen bilgiler “reklamverenler için reklam harcamalarının ekonomik ve etkin şekilde yapılması, reklam ajansları için etkin medya planlaması ile doğru hedef kitlelere ulaşılması, mecra kuruluşları için ise sektörde reklam pazarının büyümesi ve reklam gelirlerinin artması mümkün hale gelecektir.”⁷⁹

Rekabet Kurulu, “[BİAK'ı oluşturan] teşebbüslerin/teşebbüs birliklerinin imzaladıkları Basın İzleme Araştırma Sözleşmesi'nin ‘...kurucu üyelerin dağıtım kanallarının dışında dağıtım kanalı kullanan diğer basın kuruluşlarının BİAK'a üye olabilmeleri için Kurucu üyelerin onayı gerekmektedir...’ hükmünü içeren 2.1.8 inci maddesinin BİAK tarafından gerçekleştirilen basın izleme araştırma piyasasına giriş engeli yaratması, yazılı basın reklam piyasasında rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olması ve Universal Yayıncılık Anonim Şirketinin BİAK'a üyelik başvurusunun sözleşmenin 2.1.8 inci maddesine

⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun 04.03.1999 tarih ve 99-13/99-40 sayılı BİAK Kararı

⁷⁸ BİAK Kararı, sf. 5

⁷⁹ BİAK Kararı, sf. 7

dayanılarak reddedilmesinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği" iddiası⁸⁰ üzerine, söz konusu teşebbüs/teşebbüs birlikleri hakkında önaraştırma yaptıktan sonra soruşturma açmıştır.

Rekabet Kurulu, şikayet başvurusunda bahsi geçen ve BİAK'a üyelik için kurucu üyelerin onayının gerektiği hükmünü içeren söz konusu sözleşmeyi, amacı yönünden rekabete aykırı olmasa da, böyle bir etkiyi doğurabilecek nitelikte bulmuş olmasına rağmen, rekabet ihlalinin yazılı basın reklam piyasasında sonuç yaratacak nitelikte olmadığına, şikayete konu sözleşme hükmünün sözleşmeden çıkarılması neticesinde (o tarihte mevcut olan) bildirim zorunluluğunun ortadan kalkması nedeniyle buna ilişkin bir para cezası uygulanmamasına, sözleşmedeki rekabet ihlalinin ancak konunun uzmanlarınca yapılan belli bir inceleme sonucunda anlaşılabilmesi nedeniyle bu hususta da bir para cezası uygulanmamasına, ancak bundan sonra ilgili pazarda benzer ihlallerin önüne geçilmesini teminen çeşitli objektif kıstasların iki ay içinde kabul edilerek Rekabet Kurulu'na bildirilmesine karar vermiştir.

BİAK Kararı, tiraj/rating ölçüm/izleme pazarına ilişkin verilen ilk karar olması ve Rekabet Kurulu'nun sonraki uygulamasına yön vermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Nitekim BİAK Kararı, Rekabet Kurulu'nun sonraki kararlarında Rekabet Kurulu'nun rating/tiraj ölçüm/izleme pazarına müdahale ettiği kararlardan biri olarak emsal gösterilmektedir. Oysa ki, bu kararın içeriği yönünden taşıdığı çelişkiler emsal gösterilmesindeki ironiyi artırmaktadır. Şöyle ki;

BİAK Kararı'ndaki muhalefet şerhlerinde de açıkça yer verildiği üzere;⁸¹

- Teşebbüs birliği niteliğindeki BİAK'ın kurucu üyelerinin onayı olmadan kuruluşların BİAK'a katılamayacağı yönündeki sözleşme hükmü, sonradan sözleşme metninden çıkarılmış olsa dahi, amacının rekabete aykırı olması nedeniyle bir rekabet ihlali teşkil ettiği gibi, şikayet sahibi teşebbüsün de üyelik talebinin reddine sebep olarak fiilen de bu yönde etki göstermiştir.
- Bahse konu sözleşme hükmünün kısa bir süre sonra sözleşmeden çıkarılması ve etkisinin sınırlı olması, esasen rekabet ihlalden doğan para cezasının miktarının indirilmesi yönünden dikkate alınması gerekirken, para cezası uygulanmamasının gerekçesi olarak esas alınmıştır.
- BİAK'ı oluşturan teşebbüslerin basın piyasasında (birlikte veya ayrı ayrı) hakim durumda olması nedeniyle hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıkları yönünde de değerlendirme yapılması gerekirken, kararda bu

⁸⁰ BİAK Kararı, sf. 2

⁸¹ BİAK Kararı, sf. 19 vd.

hususla herhangi bir değerlendirme yapılmadığından, eksik incelemeye dayanmaktadır.

BİAK Kararı'nın sonraki kararlara yön veren özelliği ise, tiraj/rating ölçüm/izleme pazarında meydana gelen BİAK ve benzeri oluşumların rekabet ihlaline yol açmasını engellemek amacıyla bu oluşumların "objektif kıstaslara göre kurulması ve yönetilmesi" ilkesinin benimsenmesinin gerektiğine karar verilmesidir. Bu konuya ileride tekrar değineceğiz.

ABC Türkiye Kararları⁸²

ABC Türkiye Tiraj Denetim Kurulu ("ABC Türkiye"), çeşitli basılı yayın kuruluşları ile reklam sektöründeki teşebbüs birliklerinin, gazete ve dergiler başta olmak üzere reklam mecrası niteliğindeki süreli yayınların tiraj rakamlarını tek çatı altında ve tarafsız biçimde denetleyerek tespit etmek amacıyla aralarında imzaladıkları bir sözleşme ile oluşturdukları bir kuruldur.⁸³ Rekabet Kurulu, ABC Türkiye'nin menfi tespit talebi üzerine yaptığı inceleme neticesinde; ABC Türkiye'ye yeni bir üyenin kabul edilmesi veya bir üyenin üyelik kaydının silinmesinin birtakım objektif kriterlere bağlandığı ve Doğan ve Merkez Grupları'nın ABC Türkiye yönetim kurulunda kendi istedikleri yönde kararlar almalarını engelleyecek çeşitli mekanizmaların (yönetim kurulunda bu gruplardan bağımsız olan üyelerin varlığı, Reklamveren ve Reklamcılar Derneği üyelerinin her birinin en az bir olumlu oyu alınmadan karar alınmaması) bulunduğu gerekçeleriyle ABC Türkiye'nin oluşumuna olanak veren sözleşmenin Rekabet Kanunu'nun 4. maddesine aykırı olmadığına ve menfi tespit belgesi verilmesine karar vermiştir.⁸⁴

Bu karardan kısa bir süre sonra, ABC Türkiye Denetim Standartları'nın yayıncı kuruluşlar arasındaki rekabeti bu kuruluşlardan bazıları aleyhine bozduğu iddiası ile yapılan şikayet üzerine; Rekabet Kurulu, şikayet konusu denetim standartlarının önceki kararlarla menfi tespit belgesi verilen sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olması nedeniyle menfi tespit belgesi kapsamında kaldığına ve Rekabet Kanunu'na aykırı olmadığına karar vermiştir.⁸⁵

Rekabet Kurulu, ABC Türkiye'nin oluşumuna olanak veren sözleşme ile denetim standartlarının Rekabet Kanunu'na aykırı olmadığı sonucuna ulaşarak menfi tespit belgesi verilmesine karar verdikten yaklaşık 1,5 yıl sonra yapılan

⁸² Rekabet Kurulu'nun 11.03.2005 tarih ve 05-14/160-57 sayılı ABC Türkiye-I, 17.08.2005 tarih ve 05-52/793-214 sayılı ABC Türkiye-II, 24.04.2007 tarih ve 07-34/347-127 sayılı ABC Türkiye-III kararları

⁸³ ABC Türkiye-I Kararı, sf. 5

⁸⁴ ABC Türkiye-I Kararı, sf. 8-10

⁸⁵ ABC Türkiye-II Kararı, sf. 2-3

şikayet üzerine yaptığı önaraştırma neticesinde, menfi tespit belgesinin verildiği tarihten 2 ay sonrasında itibaren geçerli olmak üzere menfi tespit belgesinin geri alınmasına karar vermiştir.⁸⁶ Rekabet Kurulu, ABC Türkiye'nin çeşitli işlem ve eylemler yoluyla Zaman Gazetesi'nin "ulusal süreli yayımlar tiraj ölçüm pazarı" ve "ulusal süreli reklam yeri" pazarında faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle Rekabet Kanunu'nu ihlal ettiği iddiası üzerine verdiği bu kararda;

- a) "ABC Türkiye'nin Zaman Gazetesi'ni bu oluşumun dışına iterek rekabeti kısıtlamaya yönelik kasıtlı bir faaliyet içinde olduğuna dair herhangi bir delile rastlanmamış olmakla birlikte, yapılan uygulamaların Zaman Gazetesi'nin veya sisteme dahil olan ve abonelik sistemiyle satış yapan başka bir yayıncının süreli yayımlar reklam yeri piyasasındaki faaliyetlerini zorlaştıracı etki doğurabilecek nitelikte olduğunu" tespit etmiş, ancak "ABC Türkiye'nin denetim standartlarını sıklıkla değiştirerek Zaman Gazetesi'nden yeni taleplerde bulunmasının nedeninin ABC Türkiye'nin Zaman Gazetesi'ne ilişkin ön yargılı algılama veya güven eksikliği olması", "ABC Türkiye'nin faaliyete geçmesinden bu yana kısa bir süre geçmiş olması", "ABC ölçütlerinin ve denetiminin henüz bir endüstri standardı haline gelmemiş olması" gibi rekabet hukuku açısından anlaşılması güç sebepleri de dikkate alarak, ABC Türkiye hakkında Rekabet Kanunu'nun 4 ve 6. maddeleri kapsamında soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmakla beraber;
- b) "Menfi tespit kararının verildiği günden bu tarafa ABC Türkiye Kuruluş Sözleşmesi'nde ve Denetim Standartları'nda yapılan değişiklikler, ABC'nin mevcut yapısının ve uygulamalarının çoğulculuk, şeffaflık ve objektiflik ilkelerinin gereklerini karşılamaktan uzak olduğu ve şu anki yapısı ile iki büyük medya kuruluşu dışındaki medya kuruluşlarının katılımını sağlamada yetersiz kaldığı, sürekli değişen denetim standartları nedeniyle belirli bir piyasa gücüne sahip olmayan kuruluşlarının denetim dışı kalma ve dolayısıyla olası reklam gelirlerinden mahrum kalma riskinin bulunduğu ve bu durumun yayıncılık piyasasındaki rekabeti kısıtlayacağı"ni dikkate alarak ABC Türkiye'nin oluşumunu sağlayan sözleşmeye verilen menfi tespit belgesinin, 01.05.2005 tarihinden (yani menfi tespit belgesinin verildiği tarihten 2 ay sonrasında) itibaren geçerli olmak üzere geri alınmasına ve
- c) "... abonelik sistemi ile çalışan gazeteleri dışlama ihtimali olan uygulamaların etkilerinin yakın bir zaman diliminde ortaya çıkabilecek nitelikte olması nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ABC Türkiye'nin, denetim standartlarını bu kararın değerlendirme kısmında yer verilen ilkeler doğrultusunda katılımcı bir şekilde belirleyip, objektif, kapsamlı,

⁸⁶ ABC Türkiye-III Kararı, sf. 41

karşılaştırılabilir ve istikrarlı bir hale getirerek 90 gün içinde Kurul'a tevsiik etmesine”

karar vermiş ve bu doğrultuda çeşitli detaylara yer vermiştir.⁸⁷

ABC Türkiye Kararları, tiraj/rating ölçüm/izleme pazarında ortaya çıkan piyasaya özgü merkezi/ortak oluşumların olabildiğince titiz incelenmesi gereğini açıkça gözler önüne sermektedir. Rekabet Kurulu, ABC Türkiye'nin kuruluş sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesinden yaklaşık 5 ay sonrasında denetim standartlarının bazı yayıncı kuruluşlar arasındaki rekabeti bozduğu iddiasıyla yapılan şikayet başvurusunu, ABC Türkiye'nin kuruluş sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesine karar verilirken bu sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olan denetim standartlarının da Rekabet Kanunu'na aykırı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş ve fiili durumu inceleme gereği duymamıştır. Oysa ki, Rekabet Kurulu, menfi tespit belgesinin geri alınmasına karar verdiği son kararında, bir önceki kararı verdiği döneme ait denetim standartları versiyonu ile fiili durumu dikkate almış; ancak bu sırada ABC Türkiye, iki karar arasında yaklaşık 1,5 yıl boyunca menfi tespit belgesi alma şartlarını haiz olmadığı halde menfi tespit belgesinin sağladığı hukuki korumadan yararlanmaya devam etmiştir.

ABC Türkiye Kararları, Rekabet Kanunu'nun 9/3 maddesi ile ilgili olarak doktrinde ve uygulamada yaşanan tartışmaya da örnek teşkil etmektedir. Tebliğimizin boyutlarını aşan bu tartışmaya sadece dikkat çekmekle yetiniyoruz.

AGB Türkiye-TİAK Kararı⁸⁸

Rekabet Kurulu,

- a) Televizyon izleme ölçümü hizmetleri sağlayıcısı olan AGB Anadolu Piyasa Araştırma Hizmetleri A.Ş. (AGB Türkiye)'nin ve televizyon izleme ölçümü hizmetleri yöneticisi ve denetleyicisi Televizyon İzleme Ölçüm Komitesi'nin (TİAK) “televizyon izleme ölçümü pazarı”nda ayrı ayrı hakim durumda oldukları ve AGB'nin TİAK'ın denetiminden geçen söz konusu ölçümlerinde yaptığı usulsüzlük ve yanlış ölçümler neticesinde “televizyon izleme ölçümü pazarı”ndaki hakim durumlarını etkilenen pazarlar olan “ulusal televizyon yayıncılığı pazarı” ve “reklam yeri pazarı”nda kötüye kullandıkları (yani Rekabet Kanunu'nun 6/d maddesini ihlal ettikleri) ve TRT'nin faaliyetlerini zorlaştırdıkları (yani Rekabet Kanunu'nun 6/a maddesini ihlal ettikleri),
- b) Televizyon izleme ölçümlerini 1989'dan bu yana AGB'ye yaptıran TİAK'ın AGB ile yaptığı sözleşmenin, 5 yıldan uzun süreli olması ile “televizyon izleme

⁸⁷ ABC Türkiye-III Kararı, sf. 40-42

⁸⁸ Rekabet Kurulu'nun 02.11.2009 tarih ve 09-50/1236-310 sayılı AGB Türkiye-TİAK Kararı

ölçümü pazarı”na girişlerin kapatması nedeniyle Rekabet Kanunu’nun 4. maddesine aykırı olduğu,

- c) RTÜK’ün 3984 sayılı Kanun ve RTÜK Teşkilatı Kuruluş ve Görev Yönetmeliği’nden doğan televizyon izlenme oranlarını izlenme işlemlerini yapmak, yayın araştırmasına yönelik ölçümün gerçekleştirilmesini teminen gerekli sistemleri planlamak ve bu tespitlerini açıklamak görevlerini yerine getirmeyerek, doğru verilerin elde edilememesi sebebiyle “ulusal televizyon yayıncılığı pazarı” ve “reklam yeri pazarı”nda rekabetin bozulmasına sebep olduğu

iddialarını⁸⁹ içeren şikayet başvurusu üzerine yaptığı önaraştırma neticesinde;

- a) AGB Türkiye televizyon izleme ölçümlerinde yanlış ölçüm ve usulsüzlükler yapmak yoluyla TRT’nin faaliyetlerini zorlaştırdığına dair herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamamış olması nedeniyle AGB Türkiye hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
- b) TİAK’ın ve bağlı bulunduğu Uluslararası Reklamcılık Derneği’nin (IAA) Rekabet Kanunu kapsamında bir teşebbüs birliği olmakla birlikte, televizyon izleme ölçüm hizmetinin en az hata ve en yüksek veri güvenliği ile çalışması için gerekli olan teknik analiz ve kontrol kabiliyetinden yoksun olan TİAK’ın tam bağımsızlığı, kurumsal yapısı, yazılı ve objektif kurallara göre hareket etmesi, hukuki belirliliği ve teknik yeterliliği hususlarına ilişkin sorunların giderilmesine yönelik IAA ve TİAK yetkililerince çeşitli çalışmalar yapılmaya başlanmış olması nedeniyle bu aşamada IAA ve TİAK’ı oluşturan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına⁹⁰,
- c) TİAK ve AGB Türkiye arasındaki en son sözleşmenin belirsiz süreli olmasına rağmen 5 yıl dolmadan feshedilerek yeniden ihaleye çıkıldığı ve bu sözleşmeden önceki dönemlere ilişkin uzun süreli anlaşma yapılmak suretiyle rekabetin bozulduğuna dair yeterli bilgi ve belgenin olmadığı dikkate alınarak⁹¹, TİAK hakkında bu iddiaya ilişkin olarak Rekabet Kanunu’nun 4. ve 6. maddeleri kapsamında soruşturma açılmasına gerek olmadığına,
- d) - TİAK’ın mevcut yapısına (tam bağımsızlık, kurumsal yapı, yazılı ve objektif kurallara göre hareket etme, hukuki belirlilik ve teknik yeterlilik hususlarına) ilişkin tereddütleri giderici değişikliklerin yapılarak gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 90 gün içinde Rekabet Kurumu’na tevsik edilmesi; aksi takdirde TİAK’ı oluşturan teşebbüs ve teşebbüs birlikleri hakkında Rekabet Kanunu çerçevesinde işlem başlatılacağı,

⁸⁹ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 1-3

⁹⁰ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 31, 36

⁹¹ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 38

- TİAK'ın mevcut yapısı ve işleyişinin rekabet ihlali doğurabilecek nitelikte olduğu ve televizyon izleme ölçümü hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin yapacağı eylemlerin de Rekabet Kanunu'na aykırı olabileceği gerekçesiyle⁹² mevcut ihale sürecinin devam ettirilmemesi, aksi halde IAA ve TİAK hakkında Rekabet Kanunu kapsamında işlem başlatılacağı ve yeni ihale konusunun TİAK'ın yapısındaki sakıncaların ortadan kalktığına Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmesinden sonra ele alınması gerektiği,
- Televizyon izleme ölçümü hizmetlerinin temini için yapılacak ihalelerin rekabetçi bir yapıda olması, sağlayıcı ile yapılacak anlaşmanın ise ölçüm piyasasını yeni girişlere kapatmayacak şekilde makul bir süre için yapılması

hususlarının, IAA ve TİAK yönetimine bildirilmesine yönelik olarak Rekabet Kanunu md. 9/3 uyarınca görüş yazısı gönderilmesine

oybirliği ile karar vermiştir.⁹³ Rekabet Kurulu'nun bu kararı, çeşitli yönlerden tartışmalı görünmektedir:

Rekabet Kurulu, televizyon izleme ölçüm hizmetinin Türkiye'de 1989 yılından kararın verildiği 2009 yılına kadar sadece AGB Türkiye tarafından verildiğini⁹⁴ ve AGB Türkiye ile televizyon kuruluşları ve reklam/medya ajansları arasında imzalanarak 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren sözleşmelerin sona erme tarihinden belli bir süre önce taraflardan biri tarafından feshedilmedikçe sözleşme süresinin uzamış sayılacağına dair hükmü nedeniyle belirsiz süreli olduğunu⁹⁵ tespit etmiştir. Buna rağmen, Rekabet Kurulu 2005 yılında yürürlüğe giren sözleşmenin 5 yıl dolmadan feshedilerek yeniden ihaleye çıkıldığı gerekçesiyle amacı yönünden rekabete aykırı olan bu sözleşmeye ilişkin soruşturma açmayarak idari para cezası uygulanması yolunu kapatmıştır. Bu sözleşmeden önceki dönemlere ilişkin olarak ise, uzun süreli anlaşma yapılmak suretiyle rekabetin bozulduğuna dair yeterli bilgi ve belgenin olmadığı gerekçesiyle soruşturma açmayı reddeden Rekabet Kurulu, TİAK'ın televizyon izleme ölçüm hizmetini 1989'dan 2005 yılına kadar geçen 16 yıllık sürede sadece AGB'den temin etmesinin TİAK'ın rekabete aykırı yapısından kaynaklanmış olabileceği hususu üzerinde de durmamıştır.

Rekabet Kurulu, bu kararında, tek/merkezi ölçüt sisteminden beklenen faydaların elde edilebilmesi için rating/tiraj ölçüm/izleme hizmetinin bağımsız karar alabilen, objektif kurallara göre çalışan, hukuki belirliliğe, teknik yeterliliğe ve kurumsal yapıya sahip bir organizasyon tarafından sağlanması gerektiğine

⁹² AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 38-39

⁹³ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 39-40

⁹⁴ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 2, 8

⁹⁵ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 37

dikkat çekmiştir. Rekabet Kurulu, televizyon izleme ölçüm hizmetinin ilgili mevzuat gereği RTÜK tarafından sağlanması görevini yerine getirmeyen RTÜK'ün faaliyetlerinin inceleme altına alınarak Rekabet Kanunu'nun 27. maddesine gereğince görüş bildirilmesi yönündeki şikayetçi talebini, "ilgili mevzuatta kendisine verilen görevleri yerine getirmemesinden ötürü başka kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini inceleme altına alma hususunun Kurul'un görev ve yetkileri kapsamı dışında kaldığı, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun talebi halinde Kurul'un, görev ve yetki alanına giren konularda görüş bildirmesinin, kamu kurumlarının işbirliği içinde çalışması açısından gerçekleştirilecek bir durum olduğu" gerekçesiyle reddetmiştir.⁹⁶ Gerçekten de Rekabet Kanunu md. 27/g uyarınca Rekabet Kurulu, ancak rekabet hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda görüş bildirebileceğinden, Rekabet Kurulu'nun diğer kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerinin denetimi anlamına gelebilecek türden bir görüş beyanında bulunması beklenemez.

Bununla birlikte Rekabet Kurulu, RTÜK'ün görevine girebilecek olup, rating/tiraj ölçüm/izleme pazarındaki rekabeti etkileyen yapısal hususlarda piyasayı düzenleyici nitelikte karar almaktan da kaçınmamaktadır. Rekabet Kurulu'nun ilgili pazarı düzenleyici (regüle edici) müdahalelerde bulunmasına Rekabet Kanunu md. 27/a hükmünün dayanak oluşturup oluşturmadığı tartışmaya açıktır. Söz konusu hükümde, "...bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak" Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun rekabet ortamını tesis etmeye yönelik tedbirler bağlamında ilgili pazarı düzenleyici müdahalelerde bulunabileceği düşünülebilirse de; Rekabet Kanunu md. 27/a hükmünün lafzından bu tedbirlerin, ileride ortaya çıkabilecek olası rekabet ihlallerini önlemek amacıyla değil, halihazırda ortaya çıkmış olan ihlallere son verilmesini sağlamak amacıyla alınabileceği, başka bir deyişle rekabet ihlalinin varlığı tespit edilip idari para cezası ödenmedikçe böyle bir düzenleyici müdahalede bulunulamayacağı anlaşılmaktadır.

AGB Türkiye-TİAK Kararı'nın gündeme getirdiği diğer bir tartışma da, rating/tiraj ölçüm/izlemelerini yönetmek ve denetlemek üzere kurulan komiteler/kurullar (teşebbüs birlikleri) ile rating/tiraj ölçümlerini/izlemelerini yapan teşebbüsler arasında imzalanan hizmet alım sözleşmelerinin ne kadar süre ile yapılacağı hususudur. Öncelikle bu tür sözleşmelerin rekabet hukuku anlamında bir dikey anlaşma niteliğini taşıdığını ve bu nedenle Rekabet

⁹⁶ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 39

Kanunu'nun 4. maddesi ile 2003/3 ve 2007/2 sayılı Tebliğler ile Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne ("**2002/2 sayılı Tebliğ**") tabi olduğu belirtilmelidir. 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5/a maddesi uyarınca, alıcıya belirsiz süreli veya süresi 5 yılı aşan rekabet yükümlülüğü getiren dikey anlaşmanın grup muafiyeti kapsamı dışına çıkmaktadır. Türkiye'de rating/tiraj ölçüm/izleme pazarının merkezi/tek ölçüt sistemine dayandığı (yani rating/tiraj ölçüm/izleme hizmetinin yapısı gereği tek bir teşebbüs tarafından sağlandığı) dikkate alındığında söz konusu pazarda fiili münhasırlığın mevcut olduğu, bu nedenle bu hizmetin alımına ilişkin dikey anlaşmaların süresinin 5 yıldan fazla veya belirsiz olmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz par. 34'te ise "süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme şartına son vermesini engelleyen herhangi bir durumun olmadığı hallerde rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanacağı" açıklanmıştır. Rating/tiraj ölçüm/izleme hizmetinin pazarın yapısı itibarıyla tek bir teşebbüsten sağlanması neticesinde, bu hizmeti halihazırda tekel olarak sağlayan teşebbüs pazara girmek isteyebilecek diğer teşebbüslerden deneyim yönünden ayrılmaktadır. Bu nedenle, hizmeti alan teşebbüs birliğinin de 5 yıllık dönemler halinde ihale açmak yerine aynı teşebbüsten daha uzun bir süre boyunca hizmet almaya devam edebileceği dikkate alındığında, söz konusu pazarın rekabete fiilen kapanabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, rating/tiraj ölçüm/izleme pazarında hizmet alım sözleşmelerinin 5 yılın sonunda alıcının açık rızasıyla uzatılabilmesi yerine, en geç her 5 yılda bir ihaleye çıkmak suretiyle pazara girebilecek yeni oyunculara fırsat tanınmasının yerinde olabileceği düşüncesindeyiz.

Öte yandan rating/tiraj ölçüm/izleme pazarında hizmet veren teşebbüsler, alt pazarlarda (görsel ve işitsel, işitsel, basılı yayın, sanatsal/etkileşimli yayınlarda rating/tiraj ölçümü ve izleme pazarları) %40'tan fazla pazar payına sahip (tekel/hakim durumda) olmaları nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ md. 2/2 uyarınca grup muafiyeti kapsamı dışında kaldığından, bireysel muafiyet değerlendirmesine tabidir. Bu bağlamda; hizmet alımlarının 5 yılı aşmayan dönemlerde tekrarlanacak ihaleler yoluyla gerçekleştirileceği yönünde hüküm içermeyen sözleşmelerin (2002/2 sayılı Tebliğ md. 5/a hükmü ile uyumlu olsa dahi) – yaratacağı kapama etkisi nedeniyle– bireysel muafiyet şartlarını sağlamayabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz. İhalelere yüklenecek böyle bir fonksiyon, tıpkı kamu ihalelerinde olduğu gibi, oluşturulacak ihale mekanizmasının da rekabetçi olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, rating/tiraj ölçüm/izleme hizmetini yönetmek ve denetlemek üzere kurulan komitelerin/kurulların nasıl bir ihale mekanizması oluşturdukları da

bireysel muafiyet değerlendirmesinde dikkate alınması gereken hususlardan biri olmalıdır.

TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı⁹⁷

Rekabet Kurulu, AGB Türkiye-TİAK hakkında yaptığı önaraştırma sırasında TİAK benzeri başkaca oluşumların da olduğunu tespit etmiştir. Nitekim AGB Türkiye-TİAK Kararı'nın raportör görüşünde "Diğer reklam mecralarına ilişkin ölçüm yapan TİAK benzeri oluşumlarının mevcut yapılarının ve faaliyetlerinin, Kurul tarafından başlatılacak yeni bir önaraştırma kapsamında incelemeye alınması gerektiği" ifade edilmiştir.⁹⁸ Rekabet Kurulu, bu doğrultuda AGB Türkiye-TİAK Kararı'nı aldığı gün, TİAK benzeri rating ölçüm oluşumları hakkında re'sen önaraştırma yapılmasına da karar vermiştir.⁹⁹ Rekabet Kurulu, Radyo İzleme Araştırma Kurulu ("RİAK"), Interactive Advertising Bureau Türkiye Interaktif Reklam Platformu ("IAB Türkiye") ve Açık Hava İzleme Araştırma Kurulu ("AÇİAK")¹⁰⁰ hakkında önaraştırma yapmış ve (geçmiş kararları ile uyumlu şekilde) rekabet yönünden sorun teşkil edebilecek hususları (oyların eşit olması halinde oyu iki oy sayılan yönetim kurulu başkanının seçiminde radyo mecra sahiplerinin söz hakkı olmayıp başkanın Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği tarafından ikişer yıl dönüşümlü olarak belirlenmesi¹⁰¹, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği'nin IAB Türkiye yönetim kurulunda veto haklarının bulunması¹⁰²) tespit ettikten sonra, bunların halihazırda rekabete aykırı bir etki yaratmaması nedeniyle (ileride böyle bir etki ortaya çıktığı takdirde Rekabet Kanunu kapsamında tekrar değerlendirilmek üzere) söz konusu teşebbüs birliklere ilişkin soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁰³

c) Değerlendirme

Yukarıda özetlediğimiz kararlardan anlaşıldığı üzere; Rekabet Kurulu, rating/tiraj ölçüm/izleme pazarının kendine has özellikleri (tek/merkezi ölçüt sistemi ile çalışma zorunluluğu, pazardaki etkin regülasyon eksikliği v.s.)

⁹⁷ Rekabet Kurulu'nun 11.03.2010 tarih ve 10-22/303-111 sayılı TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı

⁹⁸ AGB Türkiye-TİAK Kararı, sf. 5

⁹⁹ TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı, sf. 1

¹⁰⁰ Rekabet Kurulu, açık hava reklamlarının ölçümlemesine ilişkin kurulması düşünülen AÇİAK'ı önaraştırmaya dahil etmiş olmakla beraber, AÇİAK'ın kuruluş çalışmalarına devam edilmediği gerekçesiyle AÇİAK'ı inceleme ve değerlendirme dışında bırakmıştır. TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı, sf. 2

¹⁰¹ TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı, sf. 13-14

¹⁰² TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı, sf. 14

¹⁰³ TİAK Benzeri Rating Ölçüm Oluşumları Kararı, sf. 15

nedeniyle ilgili teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin rating/tiraj ölçüm/izleme hizmetinin yönetimi ve denetimi amacıyla oluşturdukları komite ve kurulların rekabete aykırı olan yapısal sorunlarının ortadan kaldırılmasına yönelik pazarı düzenleyici (regüle edici) bir rol üstlenmiştir. Ancak Rekabet Kurulu'nun bu fonksiyonu uygularken, Rekabet Kanunu'na aykırı olduğunu bizzat tespit ettiği hususlarda dahi soruşturma açmamak suretiyle idari yaptırım uygulamaktan kaçınması oldukça tartışmalıdır. Rekabet Kurulu'nun, rating/tiraj ölçüm/izleme pazarı dışındaki pek çok kararında da son dönemde sıklıkla karşılaşılan bu tutumunun, kendine has yapısı ve regülasyona duyulan ihtiyaç nedeniyle rating/tiraj ölçüm/izleme pazarı açısından bir ölçüde makul karşılanabilirse de, rekabet hukuku ilkeleriyle örtüşmediği düşüncesindeyiz.

4) SONUÇ

Tüketicilere yönelen ve tüketicilerin ekonomik alışkanlıklarını etkileme amacı güden yapısı sebebiyle reklamlar karşısında, öncelikle tüketicilerin korunması gerektiği kabul edilse de; reklamın haksız rekabet teşkil etmesi ve/veya rekabeti bozucu/sınırlayıcı sonuçlar doğurması da mümkündür. Bu nedenle, tüketicileri korumayı amaç edinen hukuki düzenlemeler ile bazı sınırlamalara tabi tutulan reklamların, rakip teşebbüsleri korumayı amaç edinen haksız rekabet hükümleri ve piyasadaki rekabetçi ortamı korumayı amaç edinen rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde de denetime tabi tutulması gerekmektedir.

Reklamların tüketici, ticaret (haksız rekabet) ve rekabet hukuku boyutları kimi hallerde kesiştiğinden ve bu durum reklamlara ilişkin idari ve yargısal kararların bu hukuki boyutlardan birini gözetirken diğerinin korumaya amaçladığı menfaate aykırı sonuçlar yaratabileceğinden; reklamların denetimine ilişkin tüketici, ticaret (haksız rekabet) ve rekabet hukuku düzenlemelerinin bunlar arasındaki menfaatler dengesi gözetilerek uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, özellikle Reklam Kurulu'nun reklamlara yaptığı çeşitli müdahalelerin (reklamların tedbiren durdurulması, durdurulması, düzeltilmesi vb.), doğrudan ve dolaylı olarak piyasalardaki rekabeti sınırlayıcı/bozucu olabileceği dikkate alındığında, Reklam Kurulu bünyesinde, bir Rekabet Kurulu üyesinin veya Rekabet Kurumu'ndan bir uzmanın bulunmasının, Reklam Kurulu'nun alacağı kararların rekabet ortamına etkilerinin değerlendirilebilmesine ve Reklam Kurulu ile Rekabet Kurulu kararları arasında bir bütünlük yaratılmasına katkıda bulunabileceği düşüncesindeyiz. Benzer şekilde, Rekabet Kurulu'nun pazarın kendine has özellikleri nedeniyle özel komite ve kurulların oluşturulduğu rating/tiraj ölçüm/izleme pazarındaki rekabete aykırı yapısal sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik pazarı düzenleyici (regüle edici) bir rol üstlenirken, tespit ettiği rekabet ihlallerine dair idari yaptırım uygulamaktan

kaçınmasının rekabet kurallarının caydırıcılığını ve dolayısıyla söz konusu regülasyonun da uygulanma kabiliyetini azalttığı kanaatindeyiz.

Rekabetin reklamlar yoluyla sınırlandırılmasının, sadece reklamın içerdiği mesaj itibariyle değil, aynı zamanda reklamların yapımı, pazarlanması ve yayını gibi reklam pazarı altında değerlendirilebilecek faaliyetler yönünden de söz konusu olabileceği dikkate alındığında; reklam pazarının denetiminin önemi artmaktadır.

**REKABET POLİTİKASININ AKSAK AYAĞI:
DEVLET YARDIMLARININ İZLENMESİ VE
DENETLENMESİ**

Erdem AYGÜN

Rekabet Kurumu Uzmanı

Ben de öncelikle hem Üniversiteye, hem Kurumumuza, böyle bir imkân verdiği için teşekkür ediyorum.

Bugün size, devlet yardımlarının izlenmesi ve denetlenmesi hakkında ve şu anda mevcut durumda bir tasarı var, onun hakkında görüşlerimi sunacağım.

Kısaca sunum planımdan bahsedeyim. Öncelikle devlet yardımlarına ilişkin kısa bilgilere yer vereceğiz, daha sonra, Avrupa Birliği mevzuatından bahsedip Türkiye'deki son gelişmelerden konuştuktan sonra sonuç ve önerilerle sunumumu bitirmeyi planlıyorum.

“Devlet yardımı” kavramı aslında rekabet politikası ve hukuku açısından çok önemli bir kavram, o yüzden bunu yavaş yavaş anlatmak istiyorum, diğerlerini hızlı da geçebilirim, çünkü bunun doğru anlaşılmasını önemli buluyorum.

Devlet yardımı deyince toplumun genel olarak aklına ilk gelen, kamunun verdiği her türlü teşvik ve mali tedbirler olarak algılanabilir; ancak, devlet yardımı kavramı bizim rekabet hukuku açısından bundan ibaret değil, daha sınırlı şeyleri içeriyor. Üç tane tanım var; bunlar genişten daraya doğru sıralanabilir. Şu anda halkımızın ve toplumun çoğunun anladığı şekilde, en geniş tanımı: “Kamu kurumları tarafından ekonomik faaliyet gösteren firma ya da sektörlere verilen dolaylı ya da dolaysız mali katkılar.” Bu, devlet yardımı değil, aslında bir yardımın tanımı olabilir. Alttaki iki tanımı toparlarsak, amaç ve rekabetin bozulması kısıtlarını getiriyor; “kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanan, belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine ayrıcalık tanıyarak rekabeti bozan ya da bozma tehdidi oluşturan mali tedbirler.” Gördüğümüz gibi, devletin verdiği her türlü klasik tedbirin haricinde, herkesin algıladığı yardım haricinde bazı kısıtlar içeren bir tanım. Bunu zaten devlet yardımı unsurlarında görebiliriz.

Öncelikle, devlet yardımı sayılabilmesi için; bir kamu kaynağının söz konusu olması lazım, ikincisi, belirli teşebbüslerin ya da ürünlerin ekonomik avantaj elde etmesi gerekir, üçüncüsüyse, rekabetin bozulması ya da tehdit

edilmesi gerekir. Eğer bu üçünden herhangi bir tanesi olmazsa, bu, devlet yardımı sayılmayacaktır. O yüzden, genel olarak belki anlıyoruz, devletin vatandaşına verdiği aynı yardımlar (kömür, beyaz eşya) aslında, bizim kavramımız bakımından devlet yardımı değil. Yine, genel nitelikli düzenlemeler devlet yardımı değildir, çünkü bunlar rekabeti bozmaz ya da belli teşebbüsün veya ürünlerin avantajlı hâle gelmesini sağlamaz. Örneğin, KDV'nin belli ürünlerde yüzde 18'den yüzde 8'e çekilmesi bir vergi indirimidir; normal şartlar altında sadece spesifik bir sektöre ya da ürüne verilseydi devlet yardımı sayılabilirdi, ancak genel olunca bu devlet yardımı sayılmaz.

Peki, devlet yardımı nasıl verilebilir? Devlet yardımı, devletin kullandığı; hibeler, krediler, iştirakler yoluyla fon transferleri, alınması gereken bir devlet gelirin kısmen veya tamamen terkini veya ertelenmesi, piyasa koşullardan daha avantajlı veya uygun koşullarda mal veya hizmet sağlanması veya satın alınması, herhangi bir şekilde gelir veya fiyat desteği verilmesi gibi çeşitli araçlarla verilebilir. Hepsini açıklayamam ama, bunları şöyle düşünebilirsiniz: Devletin bir arazisi varsa ve bu araziye bir teşebbüse piyasa şartlarından ucuza satıyorsa, bu, diğer koşulları sağlamak kaydıyla bir devlet yardımı sayılabilir. Devlet belirli bir ürüne yönelik olarak vergi indirimine giderse, bu da yine, diğer koşulları sağlamak şartıyla devlet yardımı sayılabilir.

Devlet yardımı çeşitlerinde bu ayrım suni bir ayrımdır ama, literatürde genel olarak böyle bir ayrıma gidilir; sektörel yardımlar, yatay yardımlar, bölgesel yardımlar olarak üç çeşit yardım olarak sınıflandırabiliriz. En altta yazdığımız De minimis aslında devlet yardımı değildir ama, bunun bir çeşit olarak buraya konmasında fayda var (zaten birazdan onu da açıklayacağız.)

Sektörel yardımlar, isminden de anlaşıldığı gibi, bazı sektörlerin ayrı tutulmasına yol açan ve bazı sektörlerin devletten daha çok katkı almasına imkân veren yardımlardır. Bu esasında, devlet yardımlarının da kaynağı olan Avrupa Birliği'nden bize ve literatüre gelen bir ifadedir. Avrupa Birliği'nin bazı sektörleri Amerika ve Japonya karşısında zayıflamış ve rekabet koşullarına ayak uyduramamıştır, bunların toparlanması için Avrupa Birliği bu sektörleri ayrı değerlendirmiş ve bu sektöre verilen yardımlarda daha toleranslı davranmıştır. Nedir bu sektörler? Gemi yapımı, çelik, kömür, motorlu taşıtlar, ulaşım, tarım ve balıkçılık gibi sektörlerdir ki, bunların aslında en uç noktası, tarım ve balıkçılıkta verilen yardımlar izin ve denetimler kapsamına alınmamaktadır, diğerlerinde de daha çok yardıma imkân verilmektedir.

Yatay yardımlar; herhangi bir bölge veya sektör bazında verilen yardımların haricindeki (genel olarak AB kaynaklı olduğu için buraya "AB" yazıyoruz), Avrupa Birliği'nin bazı politikalarıyla ilişkilendirilerek teşebbüse

verilen yardım çeşitleridir. Bunlar da; araştırma-geliştirme yardımları, çevrenin korunması amacıyla verilen yardımlar, KOBİ'lerin büyümesi için verilen yardımlar, kurtarma ve yeniden yapılandırma yardımları ki, kriz döneminde teşebbüslerin kurtarılması ya da yeniden yapılandırılması için en çok verilen yardımlardır, istihdamın artırılması için, eğitimin artması için verilen yardımlardır.

Son olarak bölgesel yardımlardan bahsedebiliriz; zaten Avrupa Birliği'nin kuruluş amacında da bu vardı. Avrupa Birliği'nin ekonomik olarak bütünleşmesi ve bölgeler arasındaki ekonomik gelişmişlik düzeyinin farklılaşmaması ve kapanması için Avrupa Birliği, geri kalmış bölgelerine yardım vermektedir. Bu yardımlar da yine daha spesifik kurallara göre yapılmaktadır.

Son konu ise De minimis kuralı. Bu kurala göre, belirli bir eşğin altındaki yardımlar rekabeti bozmadığı için devlet yardımı sayılmamaktadır. Bunun da eşikleri zaman zaman değişmektedir. En son 2006 yılındaki düzenlemeye göre, 3 yıllık dönem içinde verilen ve 200 bin avroyu geçmeyen yardımlar, spesifik olarak kara taşımacılığında ise, 100 bin avroyu geçmeyen yardımlar, rekabeti bozmadığı gerekçesiyle devlet yardımı sayılmamaktadır. Eğer bizim tasarımız da gerçekleşirse biz de kendimize göre bir eşik belirleyeceğiz. İleride buna değineceğim; zira devlet yardımı sayılıp sayılmaması önemli bir husustur.

Devlet yardımının değerlendirilmesine gelecek olursak, devlet yardımı değerlendirilirken dört seçenek karşımıza çıkıyor. Birincisi, zaten şartların sağlanmadığı gerekçesiyle bir mali tedbirin devlet yardımı sayılmaması mümkündür. İkincisi, değerlendirmeye çok gerek kalmaksızın, doğrudan, devlet yardımının uygun olduğu sonucuna ulaşabiliriz. Üçüncüsü, şartlı koşullar öne sürerek ya da bazı şartların gerçekleştiğini görerek devlet yardımının uygun olabileceğine karar verilebilir. Dördüncüsü, uygun olmayan, yani ne olursa olsun, hiçbir şekilde kabul edilemeyen devlet yardımlarıdır.

Şimdi, Avrupa Birliği'ndeki maddelere kısaca değineceğim. Malum, şu anda anlaşmanın ismi değişti ve artık 107'nci madde oldu (eskiden 87'nci maddeydi), Avrupa Birliği'nin işleyişine ilişkin anlaşmaya döndü. Bunun ilk fıkrasında devlet yardımının tanımı var ve bu tanım, ilk başta yaptığımız tanımın neredeyse aynısı; "bir üye devlet tarafından veya devlet kaynakları ve vasıtasıyla herhangi bir şekilde yapılan ve belirli teşebbüsleri veya belirli malların üretimini kayıracak rekabeti bozan veya bozmakla tehdit eden uygulamalar." Burada gördüğümüz gibi, her üç koşul var; kamu kaynağı, rekabetin bozulması ve belli ürün ya da teşebbüslerin kayırılması. Son olarak bir de, ayrı bir koşul olarak da,

Avrupa Birliği'nde üye devletlerarasındaki ticaretin etkilenmesi var, çünkü Avrupa Birliği'nin kuruluş amacı bu, ekonomik bütünlüğün sağlanması.

2'nci fıkrada, Avrupa Birliği'nde uygun devlet yardımları sayılmış. Dediğimiz gibi, bunlar aslında, çok değerlendirme yapılmaksızın, hemen uygun olduğu söylenecek yardımlar. Nedir bunlar? Başta da dediğimiz gibi, bireysel tüketicilere yapılan sosyal nitelikli yardımlardır, doğrudan vatandaşa yapılan yardımlardır ve bunlar hemen "uygun" olarak değerlendirilebilir. İkincisi de, doğal afetler veya olağanüstü olayların neden olduğu zararları telafi etmek için yapılan yardımlardır. Bir sel, deprem durumunda yapılacak olan yardımlar da hemen "uygundur" diye değerlendirilmektedir. Son olarak, Almanya'nın birleşmesinden etkilenen belirli bölgelerin ekonomisine yönelik yardımlar, bu, bilindiği gibi, Batı Almanya-Doğu Almanya birleşmesinden sonra, geri kalmış bölgelerin bir an önce kalkınması için o bölgelere verilen yardımları kapsamaktadır. Bu, yıllardan beri var olan bir hükümdür. Son Lizbon Anlaşması 1 Aralık 2009'da yürürlüğe girdi. Bu maddenin sonuna yeni bir cümle eklendi. 2014 Aralık ayında bu madde tekrar gözden geçirilecek, eğer artık gerek yoksa, Almanya'nın belirli bölgelerinde yer alanlar uygun olmaktan çıkarılacak, çünkü Almanya'nın bölgeleri uzun süredir yardım alıyor.

Maddenin 3'üncü fıkrası, "uygun olabilir devlet yardımları"nı yazmaktadır. Bunlar, değerlendirme gerektiren maddeler. Şimdi hepsini teker teker okumayacağım ama aslında bölgesel yardımlar var içinde. Kültür mirasının ve doğal varlıkların korunmasına ilişkin yardımlar, bazı sektörlere verilecek yardımlar, hepsi burada düzenlenmiş vaziyette. Avrupa'da, bunların uygun olması için, gerekli şartların her bir olay bazında değerlendirildiğini görüyoruz.

Avrupa Birliği'ne ilişkin bazı verilerde, -belki bizim için faydalı olabilir- rekabet ana sayfasında devlet yardımları ana sayfası var. Oraya baktığımız zaman, rekabetin önemine vurgu yapılıyor. Devlet yardımlarının izlenmesinin ve denetlenmesinin temelinde aslında rekabet var. Değerlendirme her zaman rekabet perspektifinde yapılıyor. Orada denilen şu: "Piyasadaki rekabet sadece piyasadaki teşebbüslerin davranışlarıyla bozulmaz, devletin müdahaleleri de rekabeti ciddi ciddi bozabilir ve bu nedenle, devlet yardımlarının rekabet perspektifinden yapılması lazım"; değerlendirme de bu çerçevede yapılıyor. Zaten, devlet yardımlarının verilmesi sırasında, veren kurumlar, ihtiyacın olup olmadığı konusunda değerlendirme yapıyorlar ama rekabet boyutu ayrı bir değerlendirme gerektiriyor. Avrupa'da bunun da zaten Rekabetten Sorumlu Genel Müdürlük yürütüyor.

2008 yılında Avrupa Birliği genelinde yaklaşık 280 milyar avro devlet yardımı verilmiş; bu önemli bir rakam ve devlet yardımı kapsamına giren yardım

miktarı, çünkü daha pek çok çeşitli yardım var, bunlar devlet yardımı sayılmayabilir. Biraz da krizin etkisiyle, -çok büyük bir etki- yandaki parantezdeki 68 milyar, krizin olmadığı durumlarda verilen yardımlar. Krizden dolayı 212 milyar avro fazla yardım verilmiş. Birleşik Krallık (İngiltere), 72 milyar avro ile başı çekiyor; bu da krizden dolayı. Kriz öncesi sadece 4 milyar avro yardım vermiş. Almanya 67 milyar avro, Fransa da 27 milyar avro devlet yardımı vermiş. Avrupa Birliği'nin 27 ülkesindeki ortalamaya baktığımızda, gayri safi yurt içi hasılanın yaklaşık binde 5'i oranda devlet yardımı veriliyor. Bunu Türkiye'ye uyarlırsak, Türkiye'nin milli geliri 2009 yılında 950 milyar liraydı, onu binde 5'le çarptığımız zaman 5 milyar liralık devlet yardımı ediyor (ancak, bu konuda bizim elimizde veri yok, ona da ileride değineceğim.) Devlet yardımlarının yüzde 95'i (kriz yardımları dahil, yani 280 milyarın yüzde 95'i) sanayi ve hizmetler sektörüne verilmiş; bu da yine önemli. Hizmetler sektörü bizim kanun tasarımızda istisna tutulan sektörler arasında (ileride değineceğiz), halbuki Avrupa Birliği'nde, en çok yardımın verildiği sektördür.

Avrupa Birliği'nde devlet yardımının nasıl olduğu konusunda bir örnek almak istedim. Bu örneğimizde, Komisyon devlet yardımını uygun bulmadı ve devlet yardımının geri alınmasına karar verdi¹. O yüzden, daha iyi bir örnek diye buraya koydum. İsveç'te bir yerel belediye, market için uygun bir araziye bir markete satmış, ancak, satarken ne ihale yapmış, ne de bağımsız bir değerlendirme komisyonundan arazinin bedelini ölçtürmüştü. Araziyi markete 200 bin avroya (aslında 2 milyon İsveç Kronu, orada avro kullanılmıyor) satmış. Diğer market de, "ben o arazi için 700 bin avro vermeye razıydim, bunu da belediyeye bildirdim, ama bana verilmedi" diye Komisyona şikâyet etmiş. Komisyon da incelemiş ve gerçekten ne ihaleyle yapıldığını, ne de bağımsız bir değerlendirme komisyonundan bedel tespiti yapıldığını görünce, devlet bu araziden 500 bin avro alabileceken, 500 bin avroyu aslında teşebbüse transfer etmiş gibi görüldüğü için 500 bin avroluk kamu kaynağının harcandığını söylemiş. Yine, marketin birisinin daha ucuza arazi alarak rekabetçi yönden bir avantaj elde ettiğini, hem rekabetin bozulduğunu, hem de ekonomik avantajın sağlandığını ortaya koyarak, bir devlet yardımı olduğuna, çevreye, sağlığa katkısı olmaması nedeniyle bunun uygun olmadığına karar vererek, 500 bin avro, artı faiz miktarınca yardımın geri alınmasına karar vermiş. Görüldüğü gibi, devlet arazilerinin de ucuza satışı önemli bir devlet yardımı aracı. Meblağa bakılmaksızın, belki ufak gelebilir ama, 500 bin avroluk bir fark bile geri alınmaya sebep olabiliyor.

¹ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/ii/doc/C-35-2006-WLWL-en-30.01.2008.pdf

Şimdi esas kısma, Türkiye’de devlet yardımlarına geldik; bu önemli ve bence tebliğin de en önemli kısmı. Şu an mevcut durumda bir tasarı var ve bu tasarı belki yakın zamanda yasalaşacak. Bu konu hakkında bilinci biraz arttırabilirsek iyi olur diye düşünüyorum.

Türkiye’de devlet yardımları esas olarak iki alanda veriliyor: Birincisi, yatırımlara sağlanan devlet yardımları (bunun başını Hazine Müsteşarlığı çekiyor), ikincisi de, ihracata yönelik devlet yardımları (bunun başını da Dış Ticaret Müsteşarlığı çekiyor.) Tabii, diğer pek çok kurum çeşitli yöntemlerle, araçlarla devlet yardımı verebiliyor. Diğerlerinin başını Maliye Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı çekiyor ama, belediyeler dahi devlet yardımı verebiliyorlar. Devlet Planlama Teşkilatı ise, devlet yardımlarının politikasına yön veren Kurumlardan.

Türkiye’ye ilişkin bir veri problemi var. Zaten, bu tasarıyla beraber en büyük kazancımız, verilere ulaşmak olacak. Şu an devlet, kime ne kadar yardım verdiğini bilmiyor. Hatta, bir yetkili tarafından şöyle ifade edilmişti: “Bazı teşebbüsler çeşitli kurumlardan muhtelif yardımlar alıyorlar ve bunu, yardım veren kurumların hiçbirisi bilmiyor.” Ancak, çok eskiye dayanan, Devlet Planlama Teşkilatındaki bir uzmanlık tezindeki verilerden yola çıkacak olursak, oradaki verilerde, gayri safi yurt içi hasılanın yüzde 2’si oranında net bir yardım verildiği yazıyor. 11 yıl öncesine ait eski bir çalışma olduğu için günümüzle karşılaştırılmayabilir ama, yine de elde olan tek veri bu. Bu veriyi günümüze uyarlayacak olursak, Türkiye’de yaklaşık 20 milyar liralık devlet yardımının verildiği anlaşılabilir. Ancak daha önce de belirttiğim gibi AB ortalaması binde 5. umarım gelecek dönemde devlet yardımlarına ilişkin daha gerçekçi verilere sahip olacağız.

Tarihçeye gelecek olursak, devlet yardımlarının tarihi, Gümrük Birliği süreciyle yakından ilgili. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı gereği olarak rekabet mevzuatımızı Avrupa Birliği’yle uyumlaştırmak durumundayız.

Rekabet mevzuatının ilk ayağı, sağlam ayağı, sağ ayağı doğru gidiyor, antitröst kuralları uygulanıyor, ancak sol ayağımız henüz gelişmemiş vaziyette, devlet yardımları konusunda henüz mevzuatımız uyumlaştırılmadı. Bu zaten her türlü ortamda, ilerleme raporlarında karşımıza çıkıyor ve bize, “devlet yardımları mevzuatınızı mutlaka çıkarın ve devlet yardımlarına ilişkin olarak bir otoriteyi artık işler hâle getirin” deniliyor ve ülkemizden, bu otoritenin de işlevsel olarak bağımsız olması bekleniyor.

Devlet yardımları konusunda çeşitli defalar mevzuat çalışmaları yapıldı; şimdiye kadar Meclise sevk edilen iki tane tasarı, bir de kanun teklifi oldu, ayrıca, Meclise gitmeyen tasarı taslakları da vardı. Bu mevzuat çalışmalarında, yetkili

otorite olarak üç kurum öne çıkıyordu; Devlet Planlama Teşkilatı, Hazine Müsteşarlığı, Rekabet Kurumu.

Mevzuat çalışmalarını da ikiye ayıracak olursak, 2008'e kadar olan çalışmaları ki, bunlar nispeten eski çalışmalar. Bir tanesi, 2001 yılında olan kanun teklifi² ve 2003 ve 2004 yıllarında yapılan tasarı taslakları (Devlet Planlama Teşkilatı tarafından yapılmıştı.) Her iki mevzuatın esasa ilişkin hükümleri, zaten Avrupa Birliği'nden gelmiş olduğu için ortak; sadece kurumlar farklılaşıyor. 2001'deki ilk teklifte Rekabet Kurumu, devlet yardımlarını izleme ve denetlemeden sorumlu Kurum olarak belirtilirken, 2003 ve 2004'teki tasarı taslaklarında, Devlet Planlama Teşkilatı bünyesinde yeni bir kısmi zamanla çalışan bir Kurulun oluşturulması düşünülmüş. Bu iki çalışmadan sonuç alınmadı. Daha sonra, 2008'den sonra daha hızlı bir süreç yaşandı, çünkü ülkemiz, Avrupa Birliği'yle yapılan müzakerelerde daha hızlı adımlar atmaya başladı. 2008 yılında Rekabet Kurumu tarafından bir çalışma yapıldı³ ve Meclise sunuldu, fakat Mecliste Komisyona havale edilmeden geri çekildi. En son, şu anda 2010 yılı Şubat ayında Meclise sevk edilen bir tasarı var⁴ ve alt komisyonlara havale edilmiş durumda. Şimdi bu iki tasarımı karşılaştıracamız ve sunumu bitireceğim.

Tasarımı karşılaştırırken öncelikle amaç ve kapsam maddelerini karşılaştırabiliriz. 2008'deki tasarıda tarım ve balıkçılık sektörleri istisna tutulmuştu ve Türkiye'yle Avrupa Birliği arasındaki anlaşmaların yanı sıra diğer uluslararası yükümlülükler, devlet yardımlarının izlenmesi ve politika belirlenmesi konusunda kriter almıyordu; ancak, 2010 yılına baktığımızda, sadece Türkiye'yle Avrupa Topluluğu arasındaki anlaşmaların dikkate alınması öngörülmüş ve çok önemli bir kısım, istisna olan sektörler, tarım, balıkçılık ve hizmet sektörleri olarak yazılmış. Şimdiye kadar hiçbir tasarıda olmayan şekilde, hizmet sektörü de istisna sektörleri arasına girmişti. Bu, eleştirilen bir hüküm olmakla birlikte, Avrupa Birliği, bu istisnaya şimdilik "olur" demiştir. Bu amaç ve kapsam maddesine ilişkin TÜSİAD'ın bir görüşü var. O da Nisan ayı içinde görüşünü Meclise gönderdi⁵. TÜSİAD diyor ki; "ekonominin yüzde 60'ını teşkil eden hizmet sektörünün kapsam dışına çıkması çok da doğru değildir, çünkü, devlet yardımlarının izlenmesinin ve denetlenmesinin aslında genel olarak ekonomiye büyük katkısı var ve Avrupa Birliği'nin haricinde, onu bir kenara bırakırsak, bunun ülke, toplum için faydaları var, bu faydaların tam olarak elde edilmesi için

² http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=17807

³ <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/101-490.doc>

⁴ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=81453

⁵ <http://www.tusiad.org/FileArchive/DYIzlenmesiDenetlenmesiHk.KanunTasarisinaIliskinTusiadGorusu.pdf>

de, ekonominin büyük alanını teşkil eden hizmetler sektörünün kapsam dışına çıkarılmaması gerekir.”

Tasarıları karşılaştırırken ikinci olarak, devlet yardımlarının tanımında çok ufak bir farklılık var. 2008’deki tanımda herhangi bir sınır koyulmamışken, 2010’daki tanımda, “Türkiye’yle Avrupa Topluluğu arasındaki ticaret etkilendiği ölçüde” diye bir sınır koyulmuş vaziyette. Bu aslında şu anlama geliyor: Devlet yardımları incelenirken sadece ve sadece, Avrupa Birliği’yle ticaretimiz etkilenirse müdahale edilecek. Örneğin A iliyle B ili arasında teşvik yönünden farklılık var, A’daki firmalar teşvik alıyor, B’deki firmalar teşvik almıyorlar, firmalar arasında maliyet yönünden farklar ortaya çıkıyor ve B’dekiler rekabetçi yönden dezavantajlı duruma düşüyorlarsa, A ve B illerindeki firmalar arasındaki bu rekabetin olumsuz hâle gelmesi eğer Avrupa Birliği’ni etkilemeyecekse ilgili kurumun denetiminden geçmeyecek, eğer Avrupa Birliği’yle ticaret etkilenirse izleme ve denetimlerin kapsamı içine girecek. O yüzden eğer tasarı bu hâliyle çıkarsa, zaten devletin verdiği yardımların çoğu izleme ve denetimin dışında kalacak, aslında herkesin korktuğu şeyler olmayacak.

Yine, iki tasarıdaki esasa ilişkin hükümleri incelediğimiz zaman çok büyük bir farklılık yok. Her iki tasarıda, “yaşam standardının aşırı ölçüde düşük olduğu bölgelerde ekonomik gelişmeyi desteklemek amacıyla verilen yardımlar uygun olabilir” olarak yazılıyor; 2010’daki tasarıda sadece, buna, “Avrupa Topluluğu seviyesine göre” ifadesi eklenmiş. Ülke içindeki seviyenin çok altında olan bölgeler değil, Avrupa Topluluğunun seviyesine göre çok altında olan bölgeler ki, bu aslında ülkemiz açısından daha iyi, böylelikle çoğu bölgemiz yardım alabilir duruma gelecektir, çünkü çoğu bölgemiz Avrupa Topluluğu standartlarına göre daha düşük seviyede olabilir.

Bir de, -başta bahsetmiştim- De minimis, Avrupa Birliği’nde devlet yardımı sayılmamakta ama, bizim mevcut tasarıda, “uygun devlet yardımı” olarak öngörülmekte, yani De minimis yardımları devlet yardımı kapsamı içine sokulmaktadır.

En önemli kısım da, ilgili otoriteye ilişkin hükümler; 2008 yılında “Rekabet Kurulu” olarak belirlenmişti, o yüzden Rekabet Kurulunda bir yapı değişikliği olmayacaktı, mevcut yapısıyla gidilecekti. Ancak, 2010 yılındaki tasarıda, Hazine Müsteşarlığı bünyesinde yeni bir Kurul oluşturulması düşünülüyor. Ayrıca, bu Kurulun sekreteryasını yürütmek üzere Devlet Yardımları Genel Müdürünün oluşturulması planlanıyor.

Kendi görüşüm, devlet yardımları rekabet politikasının önemli bir ayağı olduğu için, bunu Rekabet Kurumunun yapması yönünde. Ancak, bu görevi Rekabet Kurumu yapmayacaksa, başka bir Kurula verilecekse, bu Kurulun da

işlevsel bağımsızlığı önemli. Hazine Müsteşarlığındaki Kurulun yapısına baktığımız zaman, Hazine Müsteşarlığından 2, Dış Ticaret Müsteşarlığından, DPT'den, Sanayi ve Ticaret Bakanlığından, Maliye Bakanlığından, Rekabet Kurumundan 1'er üye olmak üzere toplam 7 üyelik bir Kurul düşünülüyor. Hazine Müsteşarlığında sekreteryayı yürütecek olan Devlet Yardımları Genel Müdürü, Kurulun her zaman doğal Başkanı olacak. Üye atamaları (Başkan haricinde) müşterek kararnameyle. Başkanı zaten Devlet Yardımları Genel Müdürü olduğu için, onun ataması kendi doğal sürecinde işleyecek. Görev süreleri yine Başkan ve üyelere farklı; üyelerinki 4 yıl iken, Başkanın görev süresi, Genel Müdürlükte kaldığı süre kadar (1 yıl da olabilir, 6 ay da olabilir, 7 yıl da olabilir.) Bir de, Kurulun ayda en az bir kez toplanacağı söyleniyor. Kendi kurumlarından, yani Sanayi ve Ticaret Bakanlığından, Rekabet Kurumundan giden temsilci normal görevini yaparken, sadece ayda bir kez sadece Devlet Yardımları Genel Müdüründeki toplantıya gidecek. Bu, Kurulun kısmi zamanla çalışması demektir. Ancak, gelen dosyaların büyüklüğü, gelen dosyaların sayısı ve değerlendirmenin çokluğu göz önünde bulundurulduğunda, kısmi zamanlı Kurulun çok daha işler hâle gelmeyeceğini düşünmekteyim. Devlet yardımları önemli bir alan, çok önemli kararlar verilecek, belki bunların çok önemli sonuçları olacak. Dolayısıyla, bu kadar önemli kararlar verecek olan Kurulun tam zamanla çalışması daha doğru olur diye düşünüyorum.

Başkanın Genel Müdür olması nedeniyle, diğer üyeler nispeten bağımsız iken, kendisi biraz daha kendi Müsteşarlığına bağımlı olacaktır.

Bir de şöyle bir ifade yazılmış (bu aslında, çoğu bağımsız idari otoritelerde olan durum): “Kurul üyeleri, kendileri, eşleri ve üçüncü dereceye kadar, kan ve kayın hısımları hakkındaki toplantılara katılamaz ve oy kullanamaz (Başkan hariç, yine Başkana özel bir hüküme yer vermişler), diğer Kurul üyeleri, kendi kuruluşları tarafından hazırlanan devlet yardımlarıyla ilgili kararlarda oy kullanamaz.” Bu şu demek:

Hazine Müsteşarlığı yatırımlara ilişkin çok önemli yardımlar veriyor. Hazinesinin verdiği bir yardım söz konusu olduğunda Kurul toplanacak, Kuruldaki diğer Hazine temsilcisi toplantıya katılamayacak, geri kalan 6 üye toplantıya katılacak. Ancak, 3'e 3'lük bir karar alma durumunda, Başkanın oyu zaten üstün oy olduğu için, bu, Hazine Müsteşarlığının dediğinin aynen çıkması anlamına gelecektir. Bu demektir ki, Hazine Müsteşarlığından gelen diğer temsilcinin içeri girip girmemesi aslında durumu çok da fark ettirmeyecek. Aynı zamanda, Hazine tarafından verilen bir yardımın görüşüldüğü bir toplantıya Hazinesinden bir temsilcinin katılması tarafsızlık sorununa da yol açabilir düşüncesindeyim.

Bunları geçtikten sonra, şu anda mevcut Avrupa Birliği'ne aday ülkelerde durum nasıl ve geçmişte nasıldı diye örnek verip bitireceğim.

Şu anda mevcut aday ülkelerden Hırvatistan'da Rekabet Otoritesi yetkili kurum ve balıkçılık ve tarım sektörleri istisna tutulmuş. Makedonya'da, 2003 tarihli ilk yasada bakanlık bünyesinde bir kurum oluşturulmuştu, ancak, 2006 yılında yasa değişikliğiyle beraber bu görev Rekabet Kurumuna verilmiş vaziyette. Orada da yine balıkçılık ve tarım sektörleri istisna tutulmuş durumda. Diğer bir ülke, İzlanda'yı aslında EFTA çerçevesinde değerlendirebiliriz. EFTA'da da, devlet yardımları ve rekabet kurallarını beraber uygulayan bir otorite var.

Daha önceki örnekler bakacak olursak, Polonya'da (şu an üye ülke) Rekabet Otoritesi sorumlu kurumdu. Çek Cumhuriyeti'nde, yine Makedonya gibi, önce bakanlık bünyesindeydi, daha sonra bu görev Rekabet Otoritesine verildi. Romanya'da da benzer bir durum vardı; orada da Rekabet Konseyi yetkili kurumdu.

Şu anki mevcut tasarıda olan şekilde olan ülkeler yok muydu? Tabii, onlar da vardı. Örneğin Macaristan ve Estonya'da devlet yardımlarını bakanlık bünyesindeki yapılar kontrol ediyordu, Slovenya, Slovakya ve Malta gibi ülkelerde ise, ayrı bir kurum oluşturulmuş durumdaydı.

Sonuca gelecek olursak, devlet yardımlarının kontrolü rekabet politikasının gerçekten çok önemli bir parçası. Şimdiye kadar biz hep klasik rekabet hukukuyla ilgilendik (birleşme ve devralmaların kontrolü, 6'ncı madde, 4'üncü madde.) Ancak, devletin kendi müdahaleleriyle rekabetin engellendiği ekonominin değişmez bir gerçeği, bunların da kontrol edilmesi gerekiyor. Bunu sadece, Avrupa Birliği'ne katılım sürecindeki bir yükümlülük olarak görmemeliyiz, genel olarak ekonomiye faydası olduğu için aslında devlet yardımlarını kontrol altına almalıyız.

Aynı zamanda, bilindiği gibi, devlet yardımları, piyasadaki rekabeti önemli ölçüde bozabiliyor. Türkiye'de bile şu an teşvik alan iller ve almayan iller arasında ciddi ciddi sorunlar var. Diğer iller, "biz niye teşvik almıyoruz" diye sorunlarını dile getiriyorlar.

Bu çerçevede, devlet yardımlarının kontrolünün rekabetçi perspektiften yapılması mutlaka gerekir ve devlet yardımları politikasını yapan veya devlet yardımı veren kurumlarla, bunu izleyen ve denetleyen kurumun farklılaşmasında fayda bulunmaktadır. İlk tercih olarak, -tabii, her zaman bunu söylüyorum- Rekabet Kurumunun olması daha doğrudur, çünkü rekabet politikasının bir bütün hâlinde yürütülmesini sağlayacaktır. Ama, bu olmuyorsa, ayrı bir yapı

düşünüyorsanız, işlevsel bağımsızlık önemlidir. Burada her kurumdan birer temsilci gidecekse de, o temsilcilerin artık kurumlarından ayrışması ve kararlarında bağımsız olması beklenmelidir. Ayrıca çok önemli bir husus da Kurulun kısmi zamanlı değil tam zamanlı çalışması gerektiğidir. Önemli kararlar alacak olan kurulun, vaktinin tümünü devlet yardımları ile ilgili şlere vermesi gerekmektedir. Daha önce bahsetmiştim; oraya Hazine Müsteşarlığından 2 üye gidiyor. Eğer bir Kurumdan 2 üye gidecekse, bunun Rekabet Kurumundan olması daha doğru olur diye düşünüyorum, çünkü, diğer kurumlara nazaran en bağımsız, hem yardım vermeyen bir Kurum olarak, hem de politika oluşturan bir Kurum olarak, bir kurumun 2 üyesi olacaksa, Rekabet Kurumundan olması daha doğru olur diye düşünüyorum.

Diğer taraftan, devlet yardımları kontrolünün de doğru anlaşılması lazım, “devletin sosyal politikalarında bir aksamaya yol açacak” diye düşünülmemesi lazım, “artık devletimiz vatandaşına yardım edemeyecek” ya da “bölgelerimiz kalkmamayacak” gibi düşünmesinler. Bu, yeni yasa tasarısı yasalaşırsa eğer, çoğu politikada bir değişiklik olmayacak, sadece, gerçekten de piyasada rekabeti bozan devlet yardımlarının kontrolü sağlanmış olacaktır. Ayrıca şunu da bilmekte fayda var: Bizim çoğu yardımımız belki “De minimis” eşliğinin altında kalacak ya da Avrupa Birliği’yle ticareti etkilemediği için veya diğer şartları sağlamadığı için devlet yardımları sayılmayacaktır. O yüzden, bu devlet yardımları kontrolünden çok korkmamak lazım.

Şunu da unutmamak gerekir: Bu kontrolden sonra bir veri problemini aşmış durumda olacağız ve ülkemiz artık, hangi teşebbüse, hangi sektöre ne kadar yardım verdiğini bilecek duruma gelecek, çünkü raporlama sistemi gelecek, Avrupa Birliği’ne ne kadar yardım verdiğimizizi raporlayacağız. Bu, bizim için de bir veri elde edilmesi anlamına geliyor.

Son olarak, her ne olursa olsun, nasıl çıkarsa çıksın, hiçbir önerimiz dikkate alınmasa da, bu tasarının yasalaşması ülkenin menfaatine olduğunu düşünüyorum ve toplumun da bunu benimsemesini bekliyorum.

Vaktinizi ayırdığınız için teşekkür ediyorum.

SORU ve CEVAPLAR

İsmail Hakkı KARAKELLE- Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Tebliğ sahiplerine de ayrı ayrı teşekkür ediyorum.

İlk tebliğden başlayarak küçük bir değerlendirmem ve Sayın Kortunay'a iki sorum olacak.

Birincisi, şöyle bir şey var: Tebliğinizde, -yazılı metnine henüz hâkim değilim, sunuştan anladım- Temmuz 2005 değişikliği belki hak ettiği ölçüde yer almamış diye düşünüyorum. Sorunu çözen, 16'ncı maddede 2005 Temmuz'unda yapılan değişikliktir; izne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi kanunun ihlali olarak görülmüştür. O tarihten önce konu oldukça tartışılmıyordu. Nitekim, sizin seçtiğiniz, sözleşmenin imzalanması tarihiyle ilgili karar da yanlış hatırlamıyorsam 2003 yılına ait. 2005 Temmuz değişikliğinden sonra bunun önemli ölçüde çözüldüğünü düşünüyorum. Sorun, kanunda 11'inci maddede kaldı. Maalesef kanun koyucu, -tabii, teknik hazırlığı bizler tarafından yapıldı ama, neticede Meclisin ürünü- 16'ncı maddedeki düzeltmeyi yapıp 11'in 1'inci fıkrasının 1'inci cümlesinde hâlâ, "bildirilmemiş olduğu hâllerde" ibaresini devam ettirmektedir. İlk değişiklikte de, -Mecliste olan taslağımız o yöndedir- oraya da "gerçekleştirilme" ibaresi gelecektir; ama, bunun önemli bir sorun olmadığını düşünüyorum.

Sonuçta, sizin de atıf yaptığınız tebliğ taslağında, kanunun bu düzenlemesine paralel olarak gerçekleştirilmeye atıf yapılıyor ve sizin isabetle belirlediğiniz gibi, gerçekleştirme nasıl ve ne zaman olmaktadır; o sorun devam etmektedir.

Tebliğle tümü çözülemez kanaatindeyim; kararlarımızla şekillendirilecek. Tebliğ taslağındaki ifadeyi benimsemiş olmanızdan da memnuniyet duydum. Taslakta, gerçekleştirilmede fiili ve hukuki kontrolü esas alan bir düzenleme yapmayı öngörüyoruz.

Bu noktada, işin esası, asıl olan gerçekleştirme, sizin de söylediğiniz gibi, fiili veya hukuki kontrolün değişmesidir.

Bu konuda, -tarihini hatırlayamıyorum- kritik karar, Sabah Gazetesi Kararıdır; zannediyorum tebliğinizde o da tam yer almadı. Onu da lütfen, uygun görürseniz tebliğimize almakta fayda var.

Bizim Sabah Kararımız bilenler bakımından malum ama, bilmeyenler bakımından duyuralım. Ortada bir hisse devri olmadığı hâlde Ciner Grubu Bilgin Grubundan Gazeteyi fiilen devralmıştı ve Rekabet Kurulu isabetli bir kararla,

orada hisse devrini, herhangi bir sözleşmeyi filan beklemeksizin fiili kontrolü esas almıştır ve “burada devralma gerçekleşmiştir” demiştir ve cezai yaptırıma tabi kılmıştır, Danıştay da bu cezamızı onaylamıştır. Bu noktaya, öncelikle dikkat çekmek istedim.

Sayın Kortunay’a iki küçük sorum var. Evet, kanun koyucu, sizin de söylediğiniz gibi, geriye dönüşün zorluğu bakımından bildirmemeyi cezaya bağlamış. Bugünkü hâlde, kanunun hükmü çok açık olduğu için o yönde ceza veriyoruz ama, bir tereddüde düşüyoruz, aramızda tartışma oluyor; bu tartışmayı 11’inci maddenin lafzı da biraz tetikliyor. Verdiğimiz iki tür ceza var: Biri, birleşme ve devralmayı gerçekleştirmişler, bize hiç gelmemişler, biz bunu ya birisinin ihbarıyla ya da bir başka incelememiz vasıtasıyla öğrenmiş oluyoruz. Burada, doğrusu, hiçbir vicdani rahatsızlık hissetmeden cezayı veriyoruz. İkinci tür de; süreyi geçirmişler, işlemi gerçekleştiriyorlar, bir müddet sonra herhangi bir nedenle, -iyi niyetle de olabilir- bize geliyorlar, bildiriyorlar; çoğunlukla da itirafla geliyorlar, yani “biz bunu yaptık” diye geliyorlar. Burada da mevcut kanunla ceza veriyoruz. Bir ceza da verilmeli mi? Evet. Kuşkusuz, zamanında gelip bildirenle, işlemi bizim iznimizi alarak gerçekleştirenle bir farkı olmalı ama, bu cezalar arasında da bir fark olmalı, aynı ceza olmamalı. Siz “binde 1”i eleştirdiniz; ayrı bir konu. Hiç bildirmeme hâli, bizim tarafımızdan öğrenilme hâliyle, herhangi bir nedenle kendisinin gelip bize bildirmesi hâlinde, adalet duygusu bakımından cezada bir farklılık olmalı diye düşünürüm olması gereken hukuk bakımından; siz ne dersiniz?

Borsadan dostane olmayan, -sağ olsun, Muzaffer Hoca buldu, biz kendi kararlarımızda “dostane olmayan alımlar” diyormuşuz- alımlarda bildirim nereden başlamalı, dolayısıyla da, gerçekleştirme ne zamandır ve hangi zamandan ihlal sona ermiş sayılır; eğer bir fikriniz varsa şimdi duymak isterim, bir hazırlığınız yoksa, uygun görüp de tebliğimize almanız hâlinde memnun olurum.

Sayın Naipoğlu, Sayın Göçen ve Sayın Tonbul’un tebliği için de söyleyeceğim çok küçük bir değerlendirme var.

Kuşkusuz, tebliğ, hukuk tebliği, hukukçular tarafından hazırlanmış. Ama, giriş engeli, sizin tabirinizle, caydırıcı reklamlar bakımından işin bir iktisat boyutu var. Eğer uygun görürseniz, başta Bain ve Clark olmak üzere iktisatçıların giriş engellerini değerlendiren eski tarihli çalışmalarından, hiç değilse bir dipnot olarak tebliğe almakta fayda vardır, hukukçuların iktisat tarafından alacakları bilgiler bakımından yararlı olur.

Tebliği okuyamadığım için bilemiyorum, yanlış mı gördüm; son slayttan önceki slaytta sanki, “hâkim durumdaki bir teşebbüsün caydırıcı reklamlarının rekabet ihlali sayılabilmesi için aldatıcı olması zorunlu” diyen bir cümle gördüm.

Kaçırmış olabilirim. Ancak, son slaytta arkadaşımız, aldatıcı reklamlar bölümünü, “bu tür caydırıcı reklamlar”ı parantez içine alıp soru işareti koydu. Sorum: Bir tereddüt mü vardır, tereddüt yok, ilk gördüğüm slaytta doğruyu gördüysem, muhakkak aldatıcı olması gerektiğini düşünüyorsanız, bunun dışarıda (doktrinde veya AB, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında) bir kaynağı var mı duymak isterim.

Erdem’in tebliği için de, Erdem’in dileklerine katılmaktan başka çare yok; doğru adres Rekabet Kurumuydu ama, olmadı, ne yapılmı? ülkeyi idare edenlerin tercihi. Bir an evvel çıkartsınlar ve Rekabet Fashı da süratle açılmış olsun.

Teşekkür ediyorum. Sağ olun.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Karakelle. Süreye de uyduğunuz için ayrıca tebrik ediyorum, teşekkür ediyorum.

Efendim ben soru-cevap şeklinde yapacağım. Cevap vermek üzere ilk olarak Sayın Kortunay’a söz veriyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Teşekkür ederim.

Öncelikle, İsmail Beyin tenkitleri ve katkıları için teşekkür ediyorum.

2003 yılındaki “Comsat” kararından sonra yasa değişikliği olduğundan bahsettiniz. Doğru. Fakat, benim görebildiğim kadarıyla sonraki kararlarda da, Horoz Kargo, Mudurnu kararlarında da aynı çizgi izlenmiş; yani Kurul, önceden sözleşmenin yapılmış olmasını, erken başlama yasağının ihlali olarak değerlendirmiş. Tebliğin tam metinde atıflar da var. Ben sadece, ilk karar olduğu için ve zamanı çok da aşmamak için Comsat’ı andım.

Sabah Kararına gelince, açıkçası, Sabah Kararından haberim yoktu, böylece haberim olmuş oldu; onu değerlendireceğim.

Bu arada, fiili hâkimiyetin devrinin dikkate alındığını söylüyorsunuz. İsbetli bir yaklaşım ama, esasen benim vurgulamak istediğim; hisse devri olmasa bile birtakım davranışlar (ortak stratejiler uygulanması, pazarlama taktiklerinin uygulanması, personel değişimi, hatta, çok değinemedim, ortak kart vizit bastırmaları, ortak fuara katılmaları gibi) olaylar dahi erken başlama yasağı kapsamında değerlendirilebiliyor. Dolayısıyla, Kurulun bu çerçeveyi, yani fiili hâkimiyetin el değiştirmiş olması kriterini biraz da bu açıdan değerlendirmesi gerektiğini düşünüyorum. Tabii, ne kadar mümkün olur o ayrı bir şey; iş yoğunluğu son derece fazla ve özellikle yoğunlaşmaların sizi çok meşgul ettiğini tahmin ediyorum. Kararlar arasından görebildiğim kadarıyla, yüzde 80’i belki de yoğunlaşma işlemleri oluşturuyor.

“Erken başlama konusunda, acaba masum bildirimler konusunda bir indirim olmalı mıdır?” sorusuna gelince, hakkaniyet biraz, bunun böyle olması gerektiği hissini veriyor ama, ben aynı kanaatte değilim. Yine, zaman kısıtı nedeniyle değinme imkânı olmadı; Komisyonun da birçok kararında, mesela Electrabel Kararında (en son kararında) 20 milyon Avro ceza verdi; Electrabel’in yoğunlaşma işlemini bizzat kendisinin sonradan bildirmiş olmasına rağmen Komisyonun tutumu değişmedi. Esasen burada tutumun değişmemesini doğru buluyorum. Hatta yüzde 10, binde 1 ayrımı olmadan uygulanması gerektiğini düşünüyorum, çünkü bunlar tacir, basiretli davranmak zorunda. Rekabet savunuculuğu da önemli; teşebbüslerin bu konuda bilgilendirilmesi son derece önemli.

Borsadaki düşmanca alımlar konusuna gelince, borsadaki devirler konusunda acaba erken başlama ne olacak? Avrupa Birliği tüzüğünde bu konuda bir istisna olduğunu hatırlıyorum; şu an tam metin elimde değil, 7’nci madde olmalı. Bu tür hisse devirlerinde doğrudan kontrolün devrinin gerçekleştiği her zaman kabul edilmiyor, meğerki, bu hisselerle ilişkin oy hakkı fiilen kullanılmış olsun. Yani, borsada sadece hisse devri işlemi bu anlamda fiili kontrolün devri olarak değerlendirilmiyor, ki doğal; öbür türlü hisse devirleri son derece sıkıntılı olurdu, yani her “seferinde bildirim yapma yükümlülüğü”, işin mahiyetine uymaz. O anlamda müsamaha gösterilmesi gerektiğini düşünüyorum. Avrupa Birliği’ndeki düzenlemeye uygun bir düzenleme yapılabilir. Şu an net hatırlamıyorum ama, belli bir kriter çerçevesinde, yani “buna ilişkin oylar kullanılmadığı takdirde sorun olmaz” diye bir düzenleme olduğunu hatırlıyorum.

Katkılarınız için teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Kortunay. Sayın Naipoğlu’na cevap vermek üzere söz veriyorum.

Av. Sinan NAİPOĞLU- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Öncelikle, İsmail Beyin söylediği katkıları çok önemsiyorum ve iktisadi boyut açısından da belki bir takviye yapılması gerektiği konusunda hemfikirim. Sizin söyleminizle, bu konuda en azından Rekabet Kurumundaki uzman arkadaşlardan destek alınabileceğini duymak bizi sevindirdi.

Sorunuza gelirse eğer, evet, o bilinçli bir seçimdi. Önce bir şeyi söyleyeyim. Bu 25 üyeli Reklam Kurulunda bir üye ya da uzman bir temsilcinin bulunması konusuna da slaytlarda net olarak değinmemişiz, ona değinmeye çalışalım. Reklam Kurulu gerçekten çok geniş bir yelpazeden oluşan bir Kurul ve tam zamanlı çalışan bir Kurul değil, daha sonraki sunumda bahsedildiği gibi, kısmi süreli çalışan bir Kurul, yani 15 günde bir, zaman zaman ayda bir kere bir

araya gelerek karar veren bir Kurul. Dolayısıyla, burada rekabet boyutundan bir temsilcinin olması bence o anlamda anlamlı olabilir. Yoksa, Kurul üyelerinin ya da uzmanların işleri başlarından aşkın, bir de oraya gidip sürekli çalışan bir şeyden bahsetmemiştik; onu bir netleştireyim.

Diğer konu, aldatici reklam konusu. Avea Kararı özelinden konuşursak dediğiniz soru işaretleri gerçekten, “sadece aldatici reklam mı” diye akılda kalıyor. Bizim burada özellikle vurgulamaya çalıştığımız, doktrinin de, yani mahkeme kararlarının ve bu konudaki yazarların da üzerinde durduğu konu şu: Maliyetlerin suni olarak yukarı çekilmesi konusu. Maliyetlerin suni olarak yukarı çekilmesi durumu illa aldatici reklamlarla olmak zorunda değil; aldatici reklam sadece bunun bir boyutu, olabilecek bir şekli. Dün Yılmaz Hocayla da aynı şeyi konuşuyorduk; mesela deterjan olayında, deterjan sektöründe bu çok dillendirilir, maliyetin yüzde 50'lere yakın bir boyutunu aslında reklam maliyetlerinin oluşturduğundan söz edilir. Bunun bilinçli bir seçim olması konusunda da bir sıkıntı yok; ama, bunu suni olarak yapmaya kalktığınız zaman, bu, özellikle hâkim durumdaki işletmeler açısından ciddi anlamda piyasaya giriş engeli oluşturuyor. Pazar payı açısından ya da pazarın genel durumu açısından reklama ihtiyacı yokken hem de agresif bir reklam uygulamasına girmesi bunun bir örneği; aldatici reklam da bunun bir parçası ama, zorunlu bir unsuru değil.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Naipoğlu. Buyurun.

Yalçiner YALÇIN- Öncelikle tebliğ sahiplerine tebliğleri için teşekkür etmek istiyorum.

İki kısa sorunun ilki Sayın Kortunay'a olacak. Biraz da ikinci tebliğle alakalı bir soru.

Bir birleşme ve devralma işleminde, tarafların, Rekabet Kurulunun izni olmaksızın, birlikte, mesela bir reklamda veya başka bir araçla ortak pazarlama stratejisi gütmeleri ve bu yolla tüketici gözünde tek bir teşebbüs algısı yaratılması sizin için bir Gun Jumping sorunu yaratır mı; ilk sorum bu.

İkinci sorum ise Sayın Naipoğlu, Göçen ve Tonbul'a olacak.

Tebliğinizin ilk bölümünden, rekabetçi sorununu esasen verilen reklamların yarattığı sonucunu çıkardım. Tiraj ve ölçüm konusuna gelince, burada, reklamların verildiği mecralar açısından bir rekabetçi sorunun ortaya çıktığını düşünüyorum. Burada mecraları mı, yoksa verilen reklamları mı kastettiniz? Reklamları veren teşebbüsler ile bu reklamları alan teşebbüsler farklı pazarlarda faaliyet göstermekte. Bu konuyu biraz açabilerseniz sevinirim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum. Cevap için Sayın Kortunay'a söz veriyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Soru için teşekkür ederim, izah fırsatı oldu çünkü.

Az önce söylediğim gibi, teşebbüslerin birlikte hareket etmesi (örneğin fuara ortak katılmaları, kartvizit dağıtılmaları, hatta belki reklamlarla “yeni bir güç doğuyor” ya da “beklenen şirket evliliği” gibi ifadeler) bana göre, daha doğrusu, Amerika'daki rekabet otoritelerinin kararları ışığında baktığımızda Gun Jumping sayılabilir, ayrıca haksız rekabet olarak da (TK 56 ve devamı kapsamında) değerlendirilebilir. İşte bu hususa dikkat edilmesi lazım.

Dolayısıyla burada, Kurulun özellikle bu konuda bir kılavuz, duyuru yayınlaması hukuk güveliği açısından hakikaten son derece önemli olacaktır diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Kortunay. Buyurun.

Av. Deniz Ulaş GÖÇEN- Öncelikle teşekkürler.

Bu ayırım aslında tebliğin içeriği açısından önemli bir ayırım; doğru da bir tespitiniz var.

Birincisinde, reklamlar doğrudan bir rekabet ihlali aracı hâline getiriliyor. Orada ilgili ürün pazarı veya ilgili hizmet pazarı, reklama konu olan ürün veya hizmetle ilgili. Dolayısıyla, reklamın kendisi doğrudan bir rekabet ihlali aracı mıdır değil midir sorusuna yanıt arıyoruz. İkincisinde ise, reklamın kendisi değil ama, reklam yapma, reklam verme ve bunu yayınlama imkânının sınırlandırılması söz konusu. Dolayısıyla, reklam mecralarını kastediyoruz. Bunun de en önemli boyutlarından bir tanesi, bağlantılı bir pazar olarak, reyting-tiraj ölçüm pazarlarında gerçekleşmekte. Buradaki reklam gelirinin nasıl paylaşılacağı konusunda, reyting ve tiraj ölçümlerinin doğru, nesnel bir şekilde yapılması, bu reklam gelirinin doğru şekilde paylaşılması anlamına geliyor. Dolayısıyla, bütün bu reklam verenlerin, reklam alanların ve reklam ajanslarının, yani reklam pazarındaki tüm aktörlerin reklam gelirleri pastasından doğru bir şekilde pay almalarını sağlıyor. Bu anlamda tespitiniz, algılanma doğru; burada reklam mecralarını kastediyoruz.

Teşekkürler.

Oturum Başkanı- Sayın Deniz Ulaş Göçen'e teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. İsmail KAYAR- Efendim ben de tebliğ sunan genç arkadaşlarımı kutluyorum. Mehmet Gün ve ekibinin, Sinan Naipoğlu ve ekibinin

böyle grup hâlinde, müşterek bir çalışmayla tebliğ sunmaları ayrı bir sinerji yaratıyor; onun için de ayrıca memnun olduğumu ifade etmek istiyorum.

Sinan Bey ve arkadaşlarına, haksız rekabet-rekabet ilişkisiyle bağlantılı olarak reklamlar konusu bütün yönleriyle işlenmişken kısa bir katkı ve soru sormak istiyorum.

Öncelikle, haksız rekabet konusu 1926 tarihli Borçlar Kanununda düzenlenmişti; diyor ki, “haksız rekabet sebebiyle müşterileri azalanlar davalar açabilir.” Burada rekabet ortamı yoktu, konuya müşteriler, rakipler nazarında bakılıyordu. Sonra, 1957 tarihli yürürlükteki Ticaret Kanunumuzun 56 ve devamı maddelerinde de, örneklerini de saymak suretiyle, “haksız rekabet, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir” diye belirtti. O zamandan sonra gelişme olarak da deniyor ki, “rekabet ortamı da, haksız rekabet kurallarının amacı çerçevesinde korunmaktadır.” Hadi, 1957’de Rekabet Kanunu ve Rekabet Kurulu yoktu, dolayısıyla isabetli olarak, haksız rekabet hükümlerinin rakipler ve müşterilerden başka, rekabet ortamını da korumayı amaçladığı kabul ediliyordu. Şimdi Türk Ticaret Kanunu Tasarısında haksız rekabet yeniden düzenleniyor ve ilk maddesinde, haksız rekabetten çok rekabete vurgu yapılıyor, deniyor ki, “bu kısımdaki hükümlerin amacı, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının korunmasıdır (öncelik)”; bu aynı zamanda Rekabet Kanununun da amacı.

Bir de, bu amaçla, doğrudan rakip olmayan meslek kuruluşlarına filan da haksız rekabet davaları açma imkânı veriyoruz. Bu çerçevede mesela aldatici reklam uygulamasıyla ilgili normal ticaret mahkemelerinde açılan dava Yargıtay sürecinden geçmiş, tedbir istemişiz, dava reddedilmiş, dolayısıyla mahkeme, rekabet ortamını bozan bir uygulamanın olmadığı sonucunu tespit etmişken, acaba Rekabet Kurulu aynı meseleyle ilgili, -dün Danıştay kararları çerçevesinde de benzer bir durum söz konusuydu- ne yapacaktır, ne yapmalıdır, “ben işime bakarım, benim mevzuatım ayrı” mı demelidir ya da tersi, ticaret mahkemesi, “efendim, burada bir haksız rekabet vardır” tespiti yaptıktan sonra Rekabet Kurulu bu çerçevede mi devam etmelidir, sıfırdan mı başlamalıdır?

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Değerli Dekanıma teşekkür ediyorum. Sayın Naipoğlu’na söz veriyorum.

Av. Sinan NAİPOĞLU- Çok isabetli bir soru. Bu soru biz hukukçular açısından, bu kanunları sadece lafzi olarak değil, gerekçeleriyle birlikte okumanın gerekliliğini ortaya koyan bir soru oluyor. Türk Ticaret Kanununun Tasarısına katkı vermiş birisi olarak benim de çok aklıma takılan bir sorudur. Buradaki

gerekçelerle genel Rekabet Kanununun genel gerekçesi ve kendi açısından bir farklılık olduğunu düşünüyorum ama, sorunuzun son bölümünde daha netim; yani, rekabet mevzuatı açısından değil de, orada Rekabet Kanununun korumaya çalıştığı değer, kaynakların verimli kullanılmasına verilen zarar ve bunu idari para cezaıyla yapıyor. Bunun genel mahkemeleri ilgilendiren boyutu, genel mahkemelerin bunu, Rekabet Kurumu kararlarını bir bilirkişi raporu niteliğinde değerlendiriyor oluşundan kaynaklanıyor. Ben, burada korunan değerlerin, kâğıt üstünde adı her ne kadar rekabetin korunması olarak geçse de, farklı olduğunu düşünüyorum. Ticaret Kanununda gerçekten, haksız rekabet hükümleri açısından rakiplerin birbirlerine verdikleri zararlar telafi edilmeye çalışılıyor. Onun kendi davaları var, bunun da kendi davaları var, Rekabet Kanununun da kendi davaları var. Henüz bunları konuşamıyoruz ama, konuşmuyor oluşumuz, aslında bu yolların kapalı oluşundan kaynaklanmıyor. Belki biz uygulamacılara da bu yönde bir eleştiri getirmek lazım. Bu konunun ticaret mahkemelerine yeterince taşınmayışından da kaynaklanıyor. Bu açıdan belki henüz daha oralara gelmedik. Dün Sevi Hanımın yaptığı sunumda gördük; Danıştay'ın incelemesi noktasında, esasa girme konusunda bir 10 sene, 15 sene beklediğimize göre, eleştiri yaparken de makul olmak adına, belki bunda da biraz sabırlı olmak gerekiyor.

Ben yine de, her iki korunan değer farklı olduğuna, sınırlı kaynakların verimli şekilde kullanılmaması nedeniyle idari para cezasının uygulandığını ve zaten işletmelerin kendi zararlarını talep etmek için Rekabet Kanununun 56 ve devamındaki hükümlere gitmesi gerektiğini düşünüyorum.

Sizin dediğiniz soru hâlâ şeyde kalıyor. Söz konusu işletme kendi zararını genel mahkemelerde talep ederken Ticaret Kanununa mı dayanacak, yoksa Rekabet Kanununa mı dayanacak, bu sorunuza cevap veremediğimin farkında olarak sözümü sonlandırıyorum.

Sağ olun.

Oturum Başkanı- Sayın Naipoğlu'na teşekkür ediyorum. Buyurun Sayın Mehmet Gün.

Mehmet GÜN- Önce herkese teşekkür ediyorum.

Dün arada girdiğim için, düzenleyicilere, Kurula ve Üniversiteye teşekkür edememişim, teşekkürümü burada belirtmek isterim.

Hocamın sorduğu haksız rekabet-rekabet ilişkisi konusunda görüşlerimi paylaşmak isterim. Ben yoğun olarak haksız rekabet davalarıyla da uğraşıyorum.

Haksız rekabetle ilgili rekabet arasındaki ilişkiyi, Ticaret Kanunu 57/10'daki örnekte kurabiliriz; çünkü orada, diğer haksız rekabet örneklerine

uyan bir davranış yok ise, rakipler hakkında da cari olan hükümlere uyulmama durumu haksız rekabet hâline ayrı bir örnek olarak sayılıyor.

İktisadi rekabetin suiistimali haksız rekabettir. Borçlar Kanununda da bir haksız rekabet tanımı var, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda haksız rekabet tanımı var; ama, hepsinin ortak olarak geldiği nokta: rekabetin suiistimal edilmesi. Suiistimal olmadığı zaman, -57/10'daki örneği dışarıda bırakıyorum- [bir rakibin] diğerinin rekabet etmesini kısıtlayacak derecede güçlü rekabet yapılması, hâkim durumda olması, tekel hâline gelmesi, rakiplerinin piyasadan çıkacak şekilde bir rekabetle karşılaşması durumu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun olmasaydı, oradaki suiistimal örnekleri yok ise haksız rekabet sayılmayabilirdi. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun şöyle bir imkân getiriyor: 57/10'daki örneğe uygun olarak, "rekabeti yapabilirsin, fakat yaparken şuna da dikkat etmelisin" diye bir kural getiriyor. Onun için, diğer suiistimal hâlleri yoksa dahi, haksız rekabetin içerisine çekilebilir.

Yine, bizim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda, - kanunun uygulanabilmesi için - kabul ettiğimiz bazı prensipler var: rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yapmamız lazım, hâkim durumda olmamız lazım, hâkim durumu kötüye kullanıyor olmamız lazım, tekel oluyor olmamız lazım. Bunlar olmadan da rekabetin suiistimal edilmesi mümkündür. Bir KOBİ şirketi, çok küçük bir pazar payına sahiptir, hiçbir ağırlığı yoktur ama, bir başkasıyla, markasını taklit etmek suretiyle, ürünlerinden haksız yararlanmak suretiyle haksız rekabet yapabilir. Dolayısıyla, her suiistimal Rekabet Kanunu kapsamına girmiyor, bazı suiistimaller ve kısıtlamalar Rekabet Kanunu kapsamına giriyor. Ticaret Kanunundaki haksız rekabet hükümleri o girmeyenleri de kapsıyor; esnaf arasında da Borçlar Kanunundaki hükümler kapsıyor. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda hüküm var; bir eser yazarıyla başka bir eser yazarı örneğin isimlerde karıştırma yaparsa, orada da, bunların hiçbir ticari ya da esnaf faaliyeti olmamasına rağmen haksız rekabet hükümleri uygulanabiliyor. Bu açıklamalarıma biraz aydınlık getirmiş olduğumu umuyorum.

Sunumlardan bir tespitim var. Yanılmıyorsam sunumların birisinde, Reklam Özdenetim Kuruluyla ilgili olarak "üst teşebbüs birliğidir" dediniz. Eğer "üst teşebbüs birliğidir" dediyseniz, buna katılmadığımı söylemeliyim. Reklam Özdenetim Kurulu, reklam sektöründe faaliyet gösteren kuruluşların bazılarının kendi rızalarıyla oluşturdukları bir birliktelik. Bu birliktelik şu esas üzerine çalışıyor: "Biz faaliyetlerimizi yasa ve mevzuata uygun olarak sürdürme konusunda bir söz birliği içerisindeyiz, buna aykırı bir durum tespit edilir ise, bu tespiti yapacak bir mekânizma da oluşturuyoruz, bu mekânizmadan çıkacak olan tespite uyacağımıza kendi gönül rızamızla söz veriyoruz." Ekonomik faaliyetleri

hiçbir şekilde bir araya gelmiyor, hiçbir şekilde ortak karar almıyorlar. Bildiğim kadarıyla da, Kurulun çok değerli, yaşlı, saygın bir hukukçu koordinatörü var ve onun yaptığı şeylere bazen uyuyorlar bazen de uymuyorlar, bazen müşterilerini de uymaya zorlayabiliyorlar.

Erdem Beye bir sorum var. Devlet yardımlarının düzenlenmesi, hangi tür devlet yardımlarının olabileceği konusunda (sunumdan benim izlenimim, yanlış olabiliyim), Avrupa Birliği'yle Türkiye'deki durumun bir karşılaştırması ortaya çıkıyor gibi geldi, oradan, "biz ne kadar uyuyoruz ne kadar uymuyoruz" ya da "ne kadar takip edebiliriz" gibi bir bilgi alıyorum. Oysa, bu konuya biraz daha geniş bakılmasında fayda olduğunu düşünüyorum. Devlet yardımları meselesi, Dünya Ticaret Örgütünü kuran anlaşma kapsamında bütün ülkelerin birbirlerine çok sataştığı konulardan birisi. En iyi örneklerini, "Airbus ve Boeing savaşları" diyebileceğimiz, Amerika'nın, Airbus'a sağladığı devlet destekleri nedeniyle AB'ye ve Avrupa Birliği'nin de Amerika'ya, Boeing'e sağlanan devlet destekleriyle ilgili olarak yaptığı suçlamalardan bulabiliriz.

Bu konuda bilginiz varsa, paylaşırsanız sevinirim, yoksa daha sonraki bir çalışmada değinirseniz sevinirim.

Teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı- Sayın Gün'e teşekkür ediyorum.

Bengi Hanım cevap verecek misiniz?

Av. Sinan NAİPOĞLU- Ben kısaca cevap vereyim, çünkü çok kısa bir cevabı var.

Bu Üst Denetim Kurulu, Teşebbüs Birliğini biz rekabet hukuku anlamında bir teşebbüs birliği olarak kullanmıştık, yani üst bir kurul ya da başka bir şey anlamında değil. Dediğiniz de son derece doğru; bir yaptırım gücü olmadığını özellikle de vurgulamaya çalıştık. Reklam Özenetim Kurulunun herhangi bir yaptırım gücü söz konusu değil. Sonuç olarak, dernekler de gönüllülük esasına göre oluşturuluyorlar ama, rekabet hukuku anlamında bir teşebbüs birliği sayılıyorlar. Belki orada ifadede bir problem olduysa şimdiden özür dileriz. Yazılı metinde bunu daha net olarak görebilirsiniz diye düşünüyorum.

Ticaret Kanunuyla ilgili söylediğiniz şeylerde ben kendim yanlış anlaşıldım, onu da düzeltmek isterim.

İsmail Hocanın sorusunu ben şöyle anladım:

Bir özel hukuk konusundan bahsediyorum. Bir teşebbüs hâkim durumunu kötüye kullanıyor, yani yıkıcı fiyat uygulamasıyla başka bir teşebbüsü piyasanın dışına itiyor, buna karşı, kendi zararını talep etmek için genel mahkemelerden giderken, sanki, “bu kişi rekabeti sınırladığı için, aynı zamanda, Rekabet Kanunu dışında Ticaret Kanununa da dayanabilir sanki, çünkü gerekçesine bu da eklenmiş durumda” dediniz. Bunun birlikte bir durum olduğunu benim de tespit ettiğimi söylüyorum. Ama, sonuç olarak, şu anda oturmuş ana mevzuat Rekabet mevzuatıdır.

Burada bu konuya şu yüzden dönmek istedim (devlet yardımlarıyla ilgili sunumda da aynı şeyi gördüm): Biz bazen, bazı şeyleri gönülsüz yaptığımızı çok belli ediyoruz. Bence, hatadan dönmek için bu kadar beklemek çok doğru değil. Hatamızı kabul etme konusu, avukatlar arasında mesleki olarak bir sorunumuzdur. O yüzden, bir ölçüde kendimi de eleştiriyorum.

Mesela devlet yardımlarıyla ilgili, bunun önce Genel Müdürlüğe verildiğini, sonra Rekabet Kuruluna geri verildiği tespitini yaptı. Benim de şöyle bir tespitim var (bunu yıllardır yazıp çiziyorum): Rekabet Kanunu yasalaşırken bunun yargısal denetimi konusunda bir tartışma olmuş. Bizim idari sistemimizde, bunun bir idari kurul olması nedeniyle, idari yapımızı, teşkilatımızı yapılandırdığımız Fransız teşkilatı usulüne göre (buradan almışsınız), Danıştay olması uygun görülmüş. Ben de diyorum ki (bu konuda Fransa uygulamasını inceledim), Fransa bunu başlangıçta Danıştay’a vermiş, ama biz, daha Rekabet Kanunumuzu çıkarmadan, 1994’ten önce, bunun sakıncasını görüp idari denetim yetkisini Yargıtay’a vermişiz. Bugün bizim konuştuğumuz, -biraz önce konuşurken aynı şeyi söyledim- Danıştay’ı 10 yıl bekledik, belki Yargıtay’ı da 10 yıl beklemeliyiz. Ama, belki de beklemeye hiç gerek yok, böyle bir formül de düşünülebilir, düşünülün; illa böyle olsun diye söylemiyorum. Bence, geçmiş olaylardan, yaşanan tecrübelerden ders almak ve belirli yollardan tabii ki geçmek lazım ama, bir yeri yakalamak istiyorsak, bir farkındalık yaratıp buna ilişkin bir strateji belirlemek daha doğru olur diye düşünüyorum.

Anlayışınız için teşekkür ederim. Araya böyle bir fikir soktuğum için affedersiniz.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Naipoğlu. Sayın Ateş buyurun.

Dr. Mustafa ATEŞ- Her şeyden önce tüm panelistleri tebrik ederim; gerçekten rekabet hukukunun çok güzel, çok ilginç alanlarına değindiler. Dolayısıyla, başta Sayın Hocamıza ve Fakülte Dekanı İsmail Hocamıza, tüm

Üniversiteye bu organizasyondan dolayı tekrar tebrik ve teşekkürlerimi bildiriyorum.

Bu devlet yardımları konusu, her ne kadar Erdem, “rekabet hukukunun total ayağı” dediye de, “olmayan ayağı” demek çok daha uygun, çünkü yok. Aslında rekabeti en çok bozan, rekabete en çok zarar veren müdahaleler de kamu müdahaleleri. Dolayısıyla, önemli bir konuya değindi. Gerek Erciyes platformunda, gerek rekabet hukukuyla ilgili diğer platformlarda devlet yardımlarına olması gerektiği kadar önem verilmedi, yani gündeme çok taşınmadı. Bu anlamda bizim rekabet hukukçularının da kusuru olduğunu düşünüyorum. Bundan sonra rekabet hukukunun bu ayağını da önplana çıkarmak ve kamuoyu oluşturmak gerekir diye düşünüyorum.

Devlet Planlama Teşkilatındaki görevim sırasında, 2004 yılında, Erdem’in kısaca bahsettiği kanunun hazırlık grubundaydım. O dönemde de, rekabeti ihlal edecek nitelikte, öyle bir potansiyele sahip bu yardımların bağımsız bir otorite tarafından denetlenmesi gerektiğine ilişkin görüşlerimi seslendirmiştim. Devlet Planlama Teşkilatında düşünülüyordu, daha sonra, 2008 yılında Rekabet Kuruluna geldi, “bu işi Rekabet Kurulu yapsın” denildi, fakat, ne olduysa, gene olmadı.

Erdem’in slaytlarından gördüm ki, eninde sonunda, -Romanya’da öyle olmuş, Macaristan’da öyle olmuş- bu iş Rekabet Kuruluna gelecektir, çünkü Hazine bünyesinde hiç olmayacak bir yapıdır. Hazine Müsteşarlığında hem Kamu Finansmanı Genel Müdürlüğü var, tüm kamunun finansmanı Hazine Müsteşarlığınca sağlanıyor, hem de KİT Genel Müdürlüğü var. Rekabet hukuku anlamında kamu iktisadi teşebbüsleri de bir teşebbüstür. KİT finansmanını da sağlayan Hazine Müsteşarlığıdır. Diğer taraftan, Hazine en çok devlet yardımı veren Kuruluktur; bünyesinde Teşvik ve Uygulama Genel Müdürlüğü var. Belki başka bir birimde olabilirdi ama, bu fonksiyonun, hiçbir şekilde olmayacak bir birimde, bir Kamu Otoritesinde yapılmaya çalışılması çok yanlış diye düşünüyorum. Ama, önemli olan bir adım atmaktır. Kısa süre zarfında bu işin Rekabet Kurumuna geleceğini düşünüyorum ve temenni de ediyorum.

Tekrar teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Ateş. Sayın Aygün’e söz veriyorum.

Erdem AYGÜN- Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Gerçekten de devlet yardımları, ülkemizde, rekabet politikasının hakikaten tümüyle olmayan ayağı ama, ben, “aksak ayak” güzel bir ifade olduğu için koyayım demiştim. En azından, kullanmadığımız bir ayak olarak

değerlendirebiliriz. Bu camia içinde de gereken önemi görmüyor diye düşünüyorum. Özel avukatlar da dahil rekabet camiasında çok az kişi bu konuyla ilgileniyor. Bunun daha çok konuşulması, bilincin arttırılması lazım, çünkü devlet yardımlarının kontrolü gerçekten rekabet politikasının en az antitröst ayağı kadar güçlü bir ayağı olması gerekir. Devletin müdahaleleri piyasada gerçekten de önemli olumsuzluklara yol açıyor.

Şimdiye kadar pek çok çalışma yapıldı; Devlet Planlama Teşkilatına verilmesi düşünülüyordu, bir ara bizim Kuruma gelmesi düşünülüyordu, şimdi ise Hazineye. Tercih olduğu için saygı duyuyoruz, en kötüsünden yine iyidir diyoruz. Hazine Müsteşarlığında olacaksa da, bir kere Kurulun geçici olmaması gerekir, Kurulun daimi bir yapıya kavuşması ve eğer temsilcilerinin 2 tanesi bir kuruma verilecekse, bunun mutlaka Rekabet Kurumu olması ve Başkanının daha bağımsız bir kurumdan atanması gerekir diye düşünüyorum. Tabii, bu konuda daha üst düzeyde kamuoyu oluşturmakta fayda var.

Mehmet Beyin sorusuna gelecek olursak, şu anki tasarıda sadece, Avrupa Birliği'yle ticaretin etkilendiği ölçüde denetim yapılacak. Bizim, Amerika'yla veya Afrika Kitasıyla ya da diğer ülkelerle yapacağımız ticareti etkileyen devlet yardımlarında herhangi bir izleme ve denetleme yok; bu zaten yanlış olan bir şey. Onu bırakın, sadece ülke içinde rekabeti engelleyen devlet yardımlarının kontrolü de şu anda mümkün gözüküyor. Galiba bu şu anda, “baştan çok sıkı bir kontrole girmeyelim” düşüncesiyle yapılmış bir tasarı; zaten hizmetler sektörünün de istisna tutulması bu nedenle. Hepsi tercihtir, hepsine saygı duyulabilir ama daha iyisi var diye düşünüyorum. Biz 2008'deki ilk tasarımızda yazmıştık; diğer uluslararası yükümlülüklerin, Dünya Ticaret Örgütüyle olan ilişkilerin de dikkate alınması lazım. Herhâlde onlar da zamanla olacaktır. Bir kere bu işe girdikten sonra, bahsettiğim gibi, ülkeler, bakanlık bünyesinde oluşturmaktan vazgeçtiler, rekabet otoritesine verdiler. Biz de belki ileride hem sorumlu kurumu, hem de kapsamını değiştiririz, inşallah değiştiririz. Bence bu konuda hepimizin daha duyarlı olması gerekir, çünkü rekabet sadece piyasadaki teşebbüsler eliyle bozulmuyor.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum.

Abdulgani GÜNGÖRDÜ- Teşekkürler Sayın Başkan.

Sorudan ziyade iki tane küçük katkı olacak. Az önce atıf yapılan Sabah Gazetesi Kararıyla ilgili olarak, Rekabet Kurulu üyesi Sayın İsmail Hakkı Karakelle'nin değindiği gibi, bu dosya aslında herhangi bir hisse devri olmayan bir birleşme ve devralma işlemiydi; burada kontrol değişikliği, sadece Yönetim

Kurulu üyelerinin değişmesi nedeniyle gerçekleşmişti. O dönemde (2001 yılında), Sabah gazetesini yöneten grup kendine bağlı Yönetim Kurulu üyelerini geri çekti, onun yerine, başka bir grubun kontrolünde olan kişilerin bulunduğu Yönetim Kurulu geldi, Rekabet Kurulu bu Yönetim Kurulu değişikliğini isabetli bir yorumla, kontrolün değişikliğine yol açtığı şeklinde değerlendirdi ve bu işlemleri bildirmemeden dolayı taraflara idari para cezası verildi.

Devlet yardımları konusunda ise, devlet yardımlarının izlenmesi, denetlenmesine konusunda en yetkin olabilecek kurumun aslında Rekabet Kurumu olduğu gözüktüyor, bu nedenle bu yetki ve sorumluluğun Rekabet Kurumuna verilmesi gerekiyor. Ancak, siyasi irade bu yöndeki tercihini, Hazine Müsteşarlığı bünyesindeki bir yapıdan yana koymuş durumda. Nitekim, geçen ay içerisinde ilgili kanun tasarısının T.B.M.M. Plan ve Bütçe Komisyonuna sunumu sırasında Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı Sayın Ali Babacan, Bakanlar Kurulunda bütün alternatiflerin değerlendirildiği, ama Hükümetin nihai olarak, devlet yardımlarının Hazine Müsteşarlığı bünyesindeki bir yapıda izlenmesine yönelik karar verdiği şeklinde bir değerlendirmede bulundu. Bu noktada Sayın Erdem Aygün'ün görüşlerine katılıyorum; böyle bir yapı olacaksa bile, bu yapı içerisinde Rekabet Kurulunun etkinliğinin artırılması gerekmekte, çünkü devlet yardımlarının izlenmesi ve denetlenmesi aslında bir rekabet incelemesi, değerlendirmesi gerektirmektedir. Rekabet Kurulunun buna ilişkin 12 yıllık deneyimini yoğun bir şekilde aktarılabileceği bir yapının kurulması gerekmektedir.

Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum. Buyurun.

Oğuz KARAKOÇ- Merhaba. Tebliğ sunanlara güzel tebliğlerinden ötürü teşekkür ediyorum.

Erdem Beye bir sorum olacak. Mevcut taslakta servis sektörünün devlet yardımlarının kontrolünden muaf tutulduğunu belirtmişti. Neden acaba tüm servis sektörü? Acaba finansal hizmetleri hedeflemiş olabilir mi? Kriz dönemlerinde devletin finans sektörüne olası desteğini göz önünde bulundurarak, kendisinin de, servis sektörünün muaf tutulmasına yönelik çok geniş kapsamdan ötürü, yorumuna ben de katılıyorum. Hangi kaygılarla servis sektöründe böyle bir düzenleme yapıldı, araştırmaları sırasında ilave bir bilgiye ulaştı mı; bunu sormak istedim.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum. Sayın Aygün'e cevap vermek üzere söz veriyorum.

Erdem AYGÜN- Oğuz Bey, açıkçası, niye çıkarıldığını tam olarak bilmiyorum. Cevabımı bulsam belki eleştirmemi ona göre yapardım. Herhâlde, 1/95

sayılı Ortaklık Konseyi kararındaki dar kapsama almaya çalıştılar; orada bizden daha kısıtlı alanlarda yükümlülükler bekleniyordu, herhâlde onu yapmaya çalıştılar ama tam olarak bilmiyorum, gerekçesinden de tam anlaşılmıyor. Zaten TÜSİAD'ın görüşünde de bu sorgulanmıştı. Niye çıkarıldığını onlar da pek anlamamışlar. Ama mutlaka bir gerekçesi vardır.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum Sayın Aygün'e.

Şimdi efendim ben de birkaç kelime söyleyeceğim ve oturumu kapatacağım.

Bildiğiniz gibi, haksız rekabet Borçlar Kanununda düzenleniyor, Ticaret Kanununda düzenleniyor. Bunlar, Türkiye'de serbest piyasa ekonomisinin uygulanmadığı dönemlerde yürürlüğe girmiş kanunlar. Türkiye'de serbest piyasa ekonomisi 24 Ocak 1980 kararlarından sonra uygulanmaya başladı ve 12 Eylül 1980 ihtilali de bu sebeple yapılmış olabilir diye düşünüyorum (şu anki düşüncem), çünkü dünyayı ekonomiler yönetiyor, yönlendiriyor. 24 Ocak kararları oldu, 24 Ocak kararlarında imzası olan rahmetli Özal da, Başbakan Yardımcısı olarak 12 Eylül Hükümetinde görev aldı. Bu politikalar, o zamanki, 1961 Anayasası ortamında sağlanan özgürlüklerle yerine getirilmesi mümkün olmayan düzenlemelerdi. Ben temelde iş hukukçusuyum. Mesela, sendikal haklardaki kısıtlamalar, toplu sözleşme, grev ve lokavt hakkının askıya alınması, kıdem tazminatına tavan uygulamaları filan gibi yetkilerin Yüksek Hakem Kuruluna verilmesi normal bir ekonomik düzende yapılamazdı. Bu, serbest piyasa ekonomisi. Bugün rekabet hukuku dediğimiz şey, vahşi kapitalizmin ehlileştirilmesi operasyonudur. Bu sebeple, rekabet hukukunun haksız rekabete indirgenmemesi gerekir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunumuz var zaten. Arkadaşlarımız bilir; uzman arkadaşlarımız bir yere gittikleri zaman, “efendim biz hiçbir şey yapmıyoruz, oturduk anlaştık, rekabet etmiyoruz...”, onlara göre haksız rekabet yasaktır. Bizim toplumumuzun kültürüne de çok uygun değildir. Fatih İstanbul'u almadan önce dükkânlara gider, biri peynir verir, biri zeytin verir ve komşulara gönderirler; şu anda böyle bir şey olsa, anlaşmadır, uyumlu eylemdir ve biz kartel cezası da veririz. Tabii ki, aldığımız sisteme göre de onu uygulayacağız.

Türkiye'de yaşanan bazı gelişmeler ile görülüyor ki, Avrupa Birliği'ne giriş süreci mücadelesi, şu anda konsept değişti, yani Avrupa Birliği'ne taraf olanlar-Avrupa Birliği'ne karşı olanlar. Karşı olanların hepsi ulusalcı oldu, sağcısı solcusu ulusalcı oldu ve hepsi ortak bir noktada buluştular; “İran'la, Rusya'yla, Çin'le iş birliği yapalım, ama Avrupa Birliği'ne girmeyelim.” Halbuki Atatürk ne demişti? Biz, çağdaş uygarlık düzeyine erişmek için bu yola çıkmıştık ve Batı'yı örnek almıştık, biz Doğuya dönmemiştik. Bolşevik ihtilalinde bir sürü

de yardım yapılmasına rağmen kendimize Rusya'yı örnek almadık. Biz yüzümüzü Çin'e veyahut da İran'a, Orta Asya'ya dönmedik, Batı'ya döndük, hâlâ da Batı'ya bakıyoruz.

Bendeniz geçen Çarşamba günü Madrid'de "Avrupa Rekabet Günü"ne katıldım; buradaki arkadaşlarımızın konuşmalarına benzer şeyler var. Bir konuşmacı şunu eleştirdi: "Bir müzik albümü yapılıyor, İngiltere'deki fiyatı şu, Fransa'da şu, Almanya'da bu, hepsi değişik." Bir başka olayda ise, "İngiltere'de ucuz olan şey bu sefer Almanya'da pahalı oluyor, Fransa'da pahalı oluyor, bu nasıl Avrupa Birliği" diye itiraz etti. Bir başka konuşmacı şuna itiraz etti: "Hava alanına taksiyle değil de metroyla gidecektim, gittim, kredi kartımı kullanmak istedim, İspanyol kredi kartının dışındakiler kullanılmıyormuş, bu nasıl Avrupa Birliği" dedi. Bunlar eleştiriliyor. Biz Sivas'ta, Kayseri'de ayrı bir asgari ücret uygulamıyoruz; belki uygulanabilir de. Hakkâri'deki insanın geçimiyle İstanbul'daki insanın geçimi farklı. Biz Türkiye'nin her yerinde aynı şeyleri uyguluyoruz.

Bu yine Batı kültüründen geliyor; Gun Jumping (hızlı silah çekmek.) Biliyorsunuz, Batı'da düello kültürü vardır; kim hızlı silah çekerse öbürünü öldürür. Yani, hızlı silah çekmenin belki bir faydası vardır. Avrupa Rekabet Gününde onu da eleştirdiler; diyor ki, "efendim, kartel cezası şu kadar, ama kartel kârı daha fazla, onun için teşebbüsler, 'ben kartel yaparım, belki yakalanırım, yakalanmazsam zaten kartel kârı çok fazla, yakalanırsam da, o kâra göre az bir ceza veririm' tercihini yapabilirler." Birisi birine sövmüş, kadıya gitmiş, az bir para cezası verilince, o da, parayı peşin vermiş, "ben de sana sövüyorum" demiş. Ekonomik suça ekonomik ceza.

Arkadaşlarımız reklamlarla ilgili çok güzel tebliğ hazırlamışlar. Maalesef gerçekten ahlâk dışı reklamlar söz konusu oluyor. Acaba kadınların hijyenik bağından daha önemli tüketim aracı yok mu; her reklamda o. Bakıyorsunuz, eczanede çıplak bayan reklamı. Avrupa Birliği'ne biz daha tam giremedik. Eşimle gitmiştim, baktım, eczane vitrininde çırılçıplak ilaç reklamı var. Biz şu anda Avrupa Birliği'ne giriş sürecindeyiz. Reklamlar böyle olmamalı.

İkincisi; demin Sayın Naipoğlu söyledi, deterjan reklamları. Deterjanda reklamın çok yüksek bir paya sahip olması da bunu gösteriyor; piyasaya giriş engelleri bulunuyor ve deterjanların çoğu da ithalatla geliyor.

Tabii ki, bu kapitalist sistemde tüketim olmazsa üretim olmaz; tüketimin özendirilmesi lazım ki, bu da ancak reklamlarla olur.

Bu "ABG" olayında özellikle TRT'nin de bir şikâyeti vardı. Reytingle reklam birbirine çok bağlantılı şeyler. Bir teşebbüs reklamdaki, yüzde 25 veya

yüzde 30 izlenme payıyla, yüzde 50 pasta payını alıyor; bu reyting ile, reklam arasında böyle bir orantısızlık var.

Gerçekten devlet yardımlarında şöyle bir şey var: Her ne kadar arkadaşımız “bunlar devlet yardımı” diye saymadıysa da, mesela belediyeler kömür veriyorlar, şunu yapıyorlar bunu yapıyorlar. Ankara’nın bayağı uzak bir ilçesinin köyünde kurban kesmiştim. Belediye oraya yardım ediyormuş. Oradaki besici diyor ki, “biz işçi bulamıyoruz, çünkü bütün erzakı Ankara’dan geliyor, adamlar çalışmıyor.” Belediye hizmetlerinin doğru dürüst gitmediği yere, yol yapılmıyor, başka şeyler gitmiyor ama, oy kaygısıyla belediye yardımları gidiyor. Tabii, insanların karnını doyurursanız oy alırsınız; demokraside böyle, sayı çoğunluğu.

Bu bakımdan, diyorum ki, bizim Avrupa Birliği’ne girmemiz için gerçekten devlet yardımlarının kontrol edilmesi lazım, -rekabeti çok bozan etkileri var- ve bunun ile ilgili görevin Rekabet Kuruluna verilmesi gerekir.

Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum.

Sayın Profesör Doktor Nurettin Kaldırımçı’yı kapanış konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI- Değerli dostlar, bugün bir sempozyumun daha sonuna geldik, 8’inci program bitmiş oldu. İnşallah nice diğer programlarda, sempozyumlarda bir arada oluruz.

Dün Murat Bey ifade etti; hikâyemizi 1900’lerden başlatalım, ama daha önce başlayanlar var. Biz, mevzuatın fiilen uygulanmasını 1997’den, 1998’den başlatıyoruz, başkaları 100 yıl önceden başlatıyor. Bu değerli tartışmalar, değerli konuşmacılar esasen, süreç olarak gördüğümüzde, normal bir seyrin belki enstantaneleri olacak.

Deminki soruya benzer bir soru daha ekleyeyim. Acaba belli bir-iki tema üzerinde mi yoğunlaşsak? Dünden beri çok önemli konuları tartıştık. Reklam meselesi, -arkadaşları tebrik ediyorum- konuşmaya değer. Birleşme ve devralmalara, belki Ayhan Hocanın anlattığına, konunun başka yönlerini de katarak üzerinde acaba yoğunlaşsak mı?

Ben avukatlık bürolarını fark ettim; bu sempozyumda sanki öne çıkan katkıları oldu.

Bir yarış olsun, hoş. Doğrusu bu ilgiyi sevinçle karşıladım. Yoksa, bu salonda dinleyici tutmak biraz zor. Öğrenciler falan bu kadarına gelmez; ancak profesyoneller, yakın ilgilenenler, kurumumuzun mensupları belki bu kadarını

yapabilirdi. Gördüğüm kadarıyla sonuç başarılı oldu. Zannettiğimden çok daha fazla ciddi bir ilgi dün ve bugün burada ortaya çıktı, hep birlikte gördük, yaşadık.

Rekabet hepimizin meselesi, herkesin meselesi. Devlet yardımları tartışıldı.

Hikâyemizi tekrar hatırlatmak istiyorum. Rekabet Kurumu tek başına kendi dünyasında, “rekabetçi bir anlayış, rekabetçi bir paradigma herkes tarafından benimsensin”, kamu, devlet, hükümetler, “tamam, bu işin gereği neyse yapalım” falan diye bekliyorsa, bu fazla iyimserliktir; sadece Rekabet Kurumunun değil, başkalarının da böyle bir beklenti içine girmemesi gerekir. Her konu böyle. Bir konu toplumun meselesi olacaksa, bunun için ya zaman bedeli ödeniyor, 50 yıl geçiyor veya 10 yıl, 20 yıl geçiyor ya da konuyu akıllı bir proje şeklinde takip etmek gerekiyor. Siz uzun vadede, deneme-yanılma yoluyla, -toplumsal ölçekte konuşuyorum- ortaya koyacağınız bir işi eğer bir organizasyon, bir proje bağlamında bir an önce sonuç almaya dönüştürebilirsanız kısa sürede de sonuç alınabilir. Bunun için ne yapmak lazım? Kurumumuz geçen yıl, bütün milletvekillerinin, bakanların, müsteşarların, genel müdürlerin, valilerin, bütün Sanayi ve Ticaret odalarının, üyelerinin ellerine birer mektup ulaştırdı; “rekabet önemlidir, dünya şöyle yapıyor, bizde de bu” dedik. Bu sene, -bazı rakamları paylaşayım- 14 bin tane mektubumuz var. Şurada gördünüz; Mektup biraz kitapçık ölçeğinde. O, Forum dergisiyle iş adamlarına gidecek. Sivil toplum, teşebbüs birlikleri çok önemli. Dün Vali Beyi ziyaret ettiğimizde, “sizden Mektup geldi” dedi, ben de çok sevindim, hoşuma gitti; sağ olsun, arkadaşlar göndermişler. Valilerimiz okuyacaklar. Okunmayabilir ama, oradaki bazı sorular, bazı konular dikkati herhâlde çeker. Bakanlara, bütün milletvekillerine, bütün kamu yöneticilerine gönderdik.

İlk defa Rekabet Kurumunun logosu, muhtemelen bugün TÜSİAD’ın sitesine konmuştur; ama İTO’ya geçen hafta konuldu, İstanbul Sanayi Odasına konuldu. TOBB’u açtığımızda, ana sayfada Rekabet Kurumu logosu var, tıklıyorsunuz, bizim siteye ve Mektuba ulaşıyorsunuz. TESK’in (1 milyon 300 bin üyeli) bir sitesi var, rica ettik, ana sayfaya “Rekabet Kurumundan Mektup” diye koydular. Diyelim ki, yüzde 5’i ancak okur. Olsun. Bu toplumun meselesi olduğu zaman, devlet yardımlarında çok daha iyi bir noktaya gelinir. Mevzuatın, uygulamaların gereği, gerekçesi eğer hayati nitelikte olursa, malum, bazı şeyler teferruat olur, önemli olan bu ana meseledir. Devlet yardımları meselesi, başka meseleler, rekabetçi anlayışın ülkede samimi olarak ne ölçüde yaygınlaşıp yaygınlaşmadığına bağlı. Aydınlar katında, medyada, bürokraside, siyasette, profesyonellerin dünyasında bunu gerçekleştirdiğimiz derecede, nispette, meselelerimiz de büyük ölçüde halledilecektir. Ondan ötesi teknisyen işidir. Tabii

ki, teknisyenler de işini iyi yaparlar. Birleşme ve devralmalarda, ayrıntılarda nasıl hareket edilmelidir; tabii, onlar bizim işimiz olmalı. Reklamın, birleşme ve devralma analizlerinde veya ihlallerde ne derece etkili olduğunu, nasıl bir değişken olarak telakki edilmesi gerektiğini politikacılar tabii yorumlamasın, belki Sanayi ve Ticaret Odası yöneticisi yorumlamasın ama, bizler çok iyi bilelim.

Çok iyi bir dizayn yapılırsa, iyi bir tasarım ortaya konulursa bu çizgi çok daha kısa sürede başarıya ulaşacaktır.

Hepinize, tekrar yeni sempozyumlarda buluşmak ümidiyle saygılar, sevgiler sunuyorum, başarılar diliyorum.

Tekrar, organizasyonda görev alan herkesi kutluyorum, yeni nice başarılar diliyorum.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Hocam çok kısa bir şey söylemek istiyorum.

Rekabet Kurumu şu süreç içerisinde hem üniversite gibi akademik çalışmış, hem de misyonunu yerine getirmiştir. Gerçekten, ben şahsen bir emsal üst kurul göremiyorum. Faaliyetlere bakıyorum, takip etmekte âdeta güçlük çekiyoruz. Son dönemlerdeki Bilgi Üniversitesi, Pamukkale Üniversitesi, Erciyes Üniversitesi, İKV ile yapılan toplantılar, ICN Toplantısı, bunlar muazzam şeyler ama, kanaatimce, üniversitelerin artık bu yükü üstlerine almaları, sorumluluğun bilincine varmaları, ellerini taşın altına sokmaları lazım. Bence bundan sonra proje safhaları olması lazım, araştırma merkezleri ve proje gündeme gelmesi ve Kurumun artık gerçek, asli vazifesine dönmesi lazım.

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI- O Mektubumuzu rektörlerimize de gönderdik; dekanlarımıza da göndermeyi planlıyoruz. Ortak projeler teklif ediyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY- Hocam Mektup çok önemli. Biz takip ettik, projeden bahsediyorsunuz ama, hani, bunun somut olarak hayata geçirilmesi için belki her bir üniversiteye “4’üncü maddeden Erciyes, 6’ncıdan Bilgi, 7’yle alakalı Pamukkale Üniversitesi” vesair diye görev dağılımı yapılması... Bu konuda uzmanlıklar olursa, gelişirse Kurumun da iş yükü hafifleyecektir diye düşünüyorum.

Çok teşekkür ediyorum. Kurula ayrıca teşekkür, çünkü her toplantıda burada neredeyse salt çoğunluğa yakın Kurul üyesi var, bizi yalnız bırakmıyorlar. Tekrar tekrar teşekkürler.

Oturum Başkanı- Teşekkür ediyorum. Rekabet Hukuku ve İktisadi Enstitüleri Kurulması, rekabet hukukunun ayrı bir anabilim dalı olarak kabul

edilmesi için Kurulda biz görüşmüştük. Sayın Başkanımızın bu konuda çaba göstereceğine ve başarılı olacağına inanıyorum.