

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 132

REKABET KURUMU

REKABET HUKUKUNDA TAHKİM UYGULAMALARI

DİDEM ULUÇ

REKABET HUKUKUNDA TAHKİM UYGULAMALARI

DİDEM ULUÇ

ANKARA 2012

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2012

Baskı, Aralık 2012
Rekabet Kurumu-Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

10/01/2012 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ali İhsan ÇAĞLAYAN Başkanlığında,
III. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Yaşar TEKDEMİR, Mesleki
Koordinatör Dr. Ekrem KALKAN, Mesleki Koordinatör Ömür
PAŞAOĞLU ve Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez, Heyetçe yeterli
bulunmuş ve Rekabet Kurulunun 12/01/2012 tarih ve 12-01/59 sayılı
toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi" olarak kabul edilmiştir.

ISBN 978-605-5479-41-1

YAYIN NO

297

Her zaman yanımda olan annem ve babama...

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	IX
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

Bölüm 1

REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

1.1. GENEL OLARAK TAHKİM KAVRAMI.....	3
1.2. TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE REKABET HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ	6
1.2.1. Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Temel Ayrımlar.....	6
1.2.2. Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişlilik	10

Bölüm 2

AB ve ABD REKABET HUKUKLARINDA TAHKİM

2.1. ABD REKABET HUKUKUNDA TAHKİM.....	13
2.2. ABD REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK.....	14
2.2.1. Genel Olarak	14
2.2.2. ABD Rekabet Hukukuna İlişkin Kararlar Işığında Tahkime Elverişlilik.....	15
2.2.3. Mitsubishi Davasının Yansımaları ve “Second Look” Doktrini	17
2.3. AB REKABET HUKUKUNDA TAHKİM.....	20
2.4. AB REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLAR IŞIĞINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE KAMU DÜZENİ.....	22
2.4.1. Hakem Kararlarının Denetiminde Farklı Yaklaşımlar.....	26
2.4.2. Hakemin Komisyon ve Rekabet Otoriteleri İle İşbirliği ve Komisyonun Uzman Bilirkişi (Amicus Curiae) Olarak Rolü.....	27
2.4.3. Birleşmelerin Kontrolünde Tahkimin Rolü.....	30
2.4.3.1. Genel Olarak	30
2.4.3.2. Komisyonun Koşullu İzin Kararlarında Tahkim	34
2.4.3.3. Elden Çıkarma/Ayrıştırma Uzmanı ve Hakemlik.....	38

2.4.3.4. Tahkim Taahhüdünde 3. Kişi Yararlananın Durumu ve Hakemin Yetkileriyle Etkileşimi	39
2.4.3.5. Tahkim Taahhüdünde Komisyonun Düzenleyici ve Denetleyici İşlevi.....	41

Bölüm 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

3.1. HUKUKİ ÇERÇEVE.....	43
3.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE KAMU DÜZENİ.....	46
3.2.1. Genel Olarak	46
3.2.2. Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişliliğe İlişkin Görüşler	47
3.2.3. Rekabet Uyuşmazlıklarının Yargılama Makamlarınca Çözümlemesi ve Bekletici Mesele Sorunu	51
3.3. TAHKİMDE ORTAYA ÇIKABİLECEK REKABET UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE OBJEKTİF SINIRLAR.....	54
3.4. REKABET MEVZUATININ RESEN DİKKATE ALINMASI	57
3.5. TAHKİME KONU REKABET UYUŞMAZLIKLARINDA REKABET KURUMU ve HAKEMLERİN EŞ ZAMANLI İNCELEME SÜRECİ	58
3.6. BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNDE TAHKİMİN KULLANIMI.....	62
3.7. REKABET KURUMU İLE İŞBİRLİĞİNİN KAPSAMI VE TAHKİM UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER.....	63
SONUÇ	65
ABSTRACT	68
KAYNAKÇA	69

SUNUŞ

15 yılı aşkın bir süredir bağımsız bir idari otorite olarak faaliyetlerini sürdürmekte olan Rekabet Kurumu, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasını gözeterek, piyasalarda kartelleşme ve tekelleşmeyi engellemek yönünde önemli adımlar atmaktadır. Piyasa ekonomilerinde hayati bir role sahip olan rekabetin korunması ile tüketicilerin, yaşamın her alanında daha kaliteli ürünü, daha ucuza ve daha çok miktarda satın alabilmeleri sağlanmaktadır. Bu başarılar sayesinde de Rekabet Kurumu, yalnızca Türkiye'deki kurumlar arasında değil, dünyadaki rekabet otorileri arasında da hak ettiği yeri almaya başlamıştır. Nitekim Avrupa Birliği Komisyonu ilerleme raporları ile OECD gözden geçirme raporlarında bu durum ifade edilmekte ve Kurumun ulaşılmış olduğu idari kapasite ve mesleki düzeyle takdirle karşılanmaktadır.

Rekabet Kurumunun ulaşılmış olduğu bu idari kapasite ve mesleki düzeyin en önemli yansımalarından biri de uzmanlık tezleridir. Rekabet uzman yardımcıları, üç yılı aşan meslekî çalışmalarından elde ettikleri tecrübeleri, yoğun bilimsel araştırmalarla birleştirerek tez hazırlamaktadır. Rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarında hazırlanan ve gerek Rekabet Kurumuna gerekse diğer ilgililere yönelik önemli bir kaynak niteliğini haiz olan bu tezlerden bazılarında, rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar derin analizlerle irdelenmekte, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından önem arz eden sektörlerle ilişkin çalışmalar yer verilmektedir. Bu sayede daha önce ele alınmamış pek çok konuda değerli eserler ortaya çıkmaktadır.

Doktrine katkı sağlanması ve toplumun rekabet konusunda bilgilendirilmesi amacıyla bu eserlerin yayımlanması, rekabet otoritelerinin en önemli görevleri arasında yer alan rekabet savunuculuğunun bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece Rekabet Kurumu, toplumu bilgilendirme hedefine yönelik rekabet savunuculuğu çerçevesinde, tek başına veya üniversiteler, barolar ve benzeri örgütlerle işbirliği halinde yürütmekte olduğu konferanslar, sempozyumlar, eğitim ve staj programları düzenlemek gibi faaliyetlerine ilave bir etkinlikte bulunmaktadır.

Bu bağlamda ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılacak yerli eserlerin son derece az olması nedeniyle değerleri bir kat daha artan tezlerini tamamlayan ve Rekabet Uzmanı unvanını alan bütün arkadaşlarımı gönülden kutluyor, başarılar diliyorum. Bu çerçevede, uzmanlık tezlerini, önemli bir başvuru kaynağı olacağı inancıyla ilgili kamuoyunun bilgisine sunuyoruz...

Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AAA	: American Arbitration Association (Amerikan Tahkim Birliği)
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BJC	: Belgian Judicial Code (Belçika Yasası)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
FAA	: Federal Arbitration Act (Federal Tahkim Yasası)
ECJ	: Court of Justice of the European Communities (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı)
EU	: European Union (Avrupa Birliği)
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Tahkim Odası)
ICSID	: The International Centre for Settlement of Investment Disputes Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon
Konvansiyon	: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Konvansiyonu
md.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
NCCP	: Netherlands Code of Civil Procedure (Hollanda Medeni Usul Yasası)

NCPC	: French Code of Civil Procedure (Fransa Medeni Usul Yasası)
OJ	: Official Journal of the European Communities (Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi)
para.	: Paragraf
s.	: sayfa
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu)
vd.	: ve diğerleri
ZPO	: German Code of Civil Procedure (Almanya Medeni Usul Yasası)

GİRİŞ

“Tüm insanlığın barış ve adalet arayışı içerisinde, tahkim ilk sıralarda yer alır. Yasaların hazırlanışı, mahkemelerin kuruluşu ya da yargıçların hukuk ilkelerini formüle edişinden uzun zaman önce insanlar, hukuki uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak için tahkim yoluna başvurmuştur.”(Kellor 1948, 3).

Amerikan Tahkim Birliği'nin ilk başkan vekili olan Frances Kellor'un tahkimin tarihsel gelişimi ve yazıldığı dönemdeki uygulanışını anlattığı, zamanında büyük ilgiyle karşılanmış olan 1948 tarihli kitabında tahkim yukarıda alıntılanan şekilde ifade edilirken, aynı yıl Missouri Hukuk Dergisi Nisan sayısını tahkim konulu bir sempozyuma ayırmıştır (Teller 1948, 901). Daha da geriye gidildiğinde, ilk hakem heyetlerinden birinin 1786 yılında New York Ticaret Odası bünyesinde oluşturulduğu görülür (Emerson 1970, 156). Öte yandan modern anlamda uluslararası tahkimin tarihi, 1794'te Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile Birleşik Krallık arasında imzalanan “*Jay Treaty*” adlı anlaşmaya kadar uzanmakta olup¹, anılan anlaşma 1872 tarihli Alabama Anlaşmasına da kaynaklık etmiş, anlaşma ile ticari tahkim, ulusal niteliğinin yanında uluslararası bir boyut da kazanmıştır².

Tarihsel gelişimi içerisinde tahkim önceleri geleneksel yargılamanın bir alternatifi olarak görülmüştür. Ancak zamanla bu yaklaşım değişmiş, uluslararası ilişkiler ve ticaretin hacmindeki artış, tahkim yargılama sisteminin yaygınlaşmasının adeta itici gücü olmuştur. Günümüzde tahkim, mahkeme yargısının tamamlayıcısı ya da alternatifi değil, mahkemelerin yanı sıra faaliyet gösteren ayrı bir yargılama sistemi olarak kabul görmektedir. Bunun en önemli sonucu ise, hakem kararlarının, alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden farklı olarak bağlayıcı olması ve daha da önemlisi kesin hüküm (*res judicata*) ifade etmesidir. Konumuz açısından önemli olan ise, rekabet hukuku açısından tahkim yargılama sisteminin uygulamaya ne gibi katkıları olabileceğidir.

¹ Söz konusu anlaşma, modern uluslararası tahkimin başlangıç noktası olarak görülmektedir (Alford 2003, 72).

² Modern anlamda uluslararası ticari tahkimin farklı olarak, yargılama yöntemi olarak tahkimin başlangıcı çok daha eskiye uzanmaktadır.

Rekabet hukukunun iktisadi etkinliğin sağlanması dışında ve belki ondan daha geniş kapsamlı amacı, nihai anlamda toplumsal faydanın sağlanmasıdır. Toplumsal faydanın sağlanması bir üst başlık olarak dışınılırse, büyük teşebbüslerin yanı sıra kk teşebbüslerin de korunması, ekonomik gücün tek elde toplanmasının engellenmesi, tüketicilerin korunması gibi amaçlar, bu başlığın alt unsurları olarak görülebilir. Bu bağlamda rekabet hukukunun özel hukuk açısından sonuçları, ihlallerin önlenmesinde ve caydırıcılığın sağlanmasında idari yaptırımlar kadar önem taşımaktadır.

Yabancı hukuk sistemlerine paralel olarak Türk rekabet hukukunda da, özel hukuk yaptırımları mahkemeler tarafından görülmekte ve karara bağlanmaktadır. Ancak bu davaların mahkemelerde görülmesinin, birçok dezavantajı da beraberinde getirdiği görülmektedir. Davaların sürüncemede kalması ve bazen bir davanın yıllar sürmesi, çoğunlukla ihtisaslaşmamış olan mahkemelerin, rekabet uyuramazlıklarında esasa ilişkin incelemelerinde kimi zaman hatalı sonuçlara varabilmeleri bu dezavantajlardan bazılarıdır. Bu noktada tahkim yargılaması, genel mahkemelere kıyasla daha etkin bir özel hukuk uygulamasını sağlayabilecek potansiyeli taşımaktadır. Tahkimde yargılamayı yürütecek kişiler rekabet hukuku alanında uzmanlaşmış kişilerden seçilebilecek, dava bir yıldan az sürede sonuçlandırılabilir ki, bu unsurların genel mahkemelerde sağlanması, çoğunlukla mümkün değildir. Bu noktada tahkim yargılamasının Türk rekabet hukukuna sağlayabileceği katkılar, incelemeye değerdir.

Bugün bir yargılama yöntemi olarak tahkimdeki ilerlemeler, uluslararası ticari anlaşmalar başta olmak üzere ülkelerin iç düzenlemeleri ve mahkeme içtihatları paralelinde şekillenmektedir. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle birinci bölümde tahkime ilişkin genel hukuki ereve çizilecek, ardından ikinci bölümde ABD ve üçüncü bölümde AB (Avrupa Birliği) ye ülkeleri ile diğer bazı Avrupa lkelerinin rekabet hukuku uygulamaları açısından tahkim süreci ve uygulama örnekleri ele alınacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise, mukayeseli hukukta varılan sonuçlar da dikkate alınarak Türk rekabet hukuku açısından kullanılabilir tahkime elverişlilik ölçütlerine yer verilecek ve yapılacak sınıflandırmanın ardından “Rekabet hukukunun kamu ve özel hukuk uygulaması açısından hangi aşamalarda tahkim yargılaması etkin olabilir?” sorusuna tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuat çerçevesinde cevap aranacak, ayrıca ABD uygulamaları ile mehz AB rekabet hukuku ışığında elde edilen sonuçlar çerçevesinde uygulamaya yönelik öneriler getirilecektir.

BÖLÜM 1

REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

1.1. GENEL OLARAK TAHKİM KAVRAMI

Doktrinde tahkim kavramını açıklamaya yönelik olarak değişik tanımlamalar yapılmıştır. Kuru, usuli yönüne ağırlık verdiği tanımında tahkimi “Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması” olarak tanımlamıştır (Kuru 2011, 816). Nomer benzer bir ifadeyle tahkim için “Bir hukuk düzeni içerisinde karar verme yetkisi özel irade beyanlarıyla mahkeme yerine resmi olmayan bir veya birden çok hakeme havale edildiği yargılama usulü” tanımını yapmaktadır (Nomer 2008, 1). Şanlı ise taraf iradelerine ağırlık vererek yaptığı tanımında, “Prensip olarak tahkim, tekil milli ve milletlerarası düzenlemelere göre tarafların serbest iradesine istinat eden bir yargılama usulüdür.” demektedir (Şanlı 2011, 229). Bu son tanıma göre tahkim, devletlerin taraf iradelerine “-oldukça sınırlı sayıda-emredici kurallarla” müdahale edebildiği bir yargılama türüdür.

Bu tanımlar ışığında tahkim, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan uzlaşmadan (doğrudan görüşme veya arabuluculuk) uyuşmazlığın taraflarca belirlenmiş ya da bir kurum tarafından atanmış hakemler eliyle çözülmesi, hakem-bilirkişilikten ise uyuşmazlığın tarafları bağlayıcı şekilde çözülmesi nedeniyle ayrılmaktadır.

Tahkim kavramının literatürde bir üst kavram olarak kullanılmakta olduğu ve tahkim müessesesinin, içeriğinde çeşitli unsur ve ilişkileri barındıran karmaşık bir yapıya sahip olduğu ifade edilmektedir (Şanlı 2011, 230). Bu anlamda tahkim ilişkisinde (a) Taraflarla hakem arasında yazılı ya da sözlü şekilde akdedilen ve hukuksal niteliği itibariyle bir Borçlar Hukuku sözleşmesi özelliği taşıyan “hakem akdi”, (b) Taraflar arasında, belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş

ya da ileride doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakemlere bırakmayı öngördükleri ve ana hukuki ilişkiden ayrı olarak akdedilen “tahkim sözleşmesi” ya da ana sözleşme içerisine dercedilen “tahkim şartı” olmak üzere iki hukuki yapı bulunmaktadır.

Bir üst kavram olarak tahkim, hem devletlerin taraf olduğu tahkimi, hem özel kişiler arasındaki tahkimi, hem de ulusal ve uluslararası tahkimi kapsar. Bu bağlamda, konuya ilişkin yapılabilecek ilk ayırım ulusal³ ve uluslararası tahkim ayırımıdır.⁴ Bu ayırma göre ülkemizde ulusal tahkimin esas dayanağı, 12.1.2011 tarihinde kabul edilen ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁵’dur. Uluslararası tahkim ise Türk hukuku açısından kişiler, tahkim yeri ya da tahkim konusu bakımından yabancılık unsuru taşıyan tahkim anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü ifade etmekte olup, uluslararası hukuk terminolojisinde bu tahkim türünün “uluslararası ticaret mahkemesi” ihtiyacını karşıladığı (Şanlı 2011, 266) belirtilmektedir. Uluslararası tahkimin kaynakları (a) uluslararası ticari tahkime ilişkin kaynaklar, (b) yatırım uyuşmazlıklarının⁶ tahkim yoluyla çözümüne ilişkin kaynaklar, (c) yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kaynaklar olarak üç grupta toplanabilir (Nomer 2008, 10). Bu kaynaklar arasından konumuz açısından en önemlisi, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)⁷’dur. Anılan Kanun, uluslararası ticari tahkimi konu edinmekte olup, Kanun’a göre kişilerin veya tahkim yerinin ya da tahkime konu uyuşmazlığın temelinde yer alan ilişkilerin yabancılık unsuru içermesi halinde o tahkim, uluslararası nitelikte kabul edilmektedir.

³ Ulusal tahkim kavramı yerine iç tahkim, milli tahkim, yerli tahkim kavramları da kullanılmaktadır (Nomer, Ekşi, Gelgel 2008, 4)

⁴ Nomer, milletlerarası tahkim hukukunda “milletlerarası tahkim davası” veya “milletlerarası hakem kararı” kavramları için yeknesak bir tarife ulaşamadığını, bu sebeple bugün için “milletlerarası tahkim ve “milletlerarası hakem kararı” kavramlarının, bunları kullanan milli hukukların anlayışına bağlı olarak açıklanmak durumunda olduğunu ifade etmektedir.

⁵ HMK’da, eski 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) oranla tahkim kavramına ilişkin olarak oldukça ayrıntılı hükümler sevk edilmiştir. Konuya ilişkin açıklamalara aşağıda Bölüm IV’de yer verilmektedir.

⁶ Yatırım Uyuşmazlıkları milletlerarası ticari tahkimin yoğun uygulama alanlarından biri olmakla birlikte, çalışmanın kapsamını aşması nedeniyle yatırım uyuşmazlıklarında tahkime burada daha ayrıntılı olarak yer verilmeyecektir.

⁷ Milletlerarası ticari tahkimin diğer önemli kaynakları, 2675 sayılı ve 20 Mayıs 1982 tarihli “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)”(md.43-45), 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan “Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu, 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanunla onaylanan “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID), 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Konvansiyonu (Konvansiyon) hükümleridir.

Öte yandan, tahkim, bu yola başvuran tarafların iradelerine bırakılmış olup olmamasına göre ihtiyari⁸- mecburi tahkim; belli bir kurum tarafından belirlenmiş kurallara uygun cereyan edip etmemesine göre geçici⁹ (*ad hoc*) - kurumsal tahkim; tahkim anlaşmasının iki veya daha fazla tarafın arasında olmasına göre iki taraflı - çok taraflı tahkim şeklinde ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Sözü edilen ayrımlar arasında özellikle ad hoc-kurumsal tahkim ayrımı, konumuz açısından önem arz etmektedir. Geçici (*ad hoc*) tahkimdeki yargılama sürecinde tahkim usullerinin bir kısmı, tamamen tarafların kaleme aldığı veya atıfta bulunduğu önceden belirli (ve genellikle kurumsal tahkim müesseselerinin belirlediği) kural/yasalara istinaden, onların ya da tarafların verdiği yetkiye dayanarak hakemlerin kontrolünde cereyan etmektedir¹⁰ (Şanlı 2011, 266). Kurumsal hakem mahkemelerinde ise tahkim yargılaması, tahkim usullerini ayrıntılı biçimde düzenleyen kurallara ve bu kuralları uygulayacak teknik ve idari organizasyonlara sahip kuruluşlarca yürütülmektedir. Bugün dünyada bir kısmı devletler arasında akdedilen ikili ve çok taraflı anlaşmalarla oluşturulan örgütler tarafından oluşturulmuş (ICC, AAA vd.), bir kısmı ulusal düzeyde ticaret ve sanayi odaları (İstanbul Ticaret Odası gibi), üniversiteleri merkezler veya enstitüler tarafından kurulmuş çok sayıda kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır.¹¹

⁸ Tahkim, kural olarak ihtiyaridir. Ancak özel kanun hükümleri ile bazı hallerde, bir uyumsuzluğun çözümü için hakeme başvurma zorunluluğu getirilebilir. Uyuşmazlığın çözümü zorunlu olarak hakeme bırakılmış ise buna mecburi tahkim denilir. 3533 sayılı Umumi, Müllhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun uyarınca kamu kurumları arasında yürütülecek tahkim, 2822 sayılı Kanun uyarınca toplu iş uyuşmazlıkları hakkında öngörülen tahkim, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 22 uyarınca tüketici hakem heyetlerinin yürüteceği tahkim, mecburi tahkim türünün örnekleridir. Öte yandan, Türk hukukunda spor faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda son ve kesin yetkili merci olarak Tahkim Kurulu oluşturularak zorunlu tahkim yöntemi benimsenmiştir. Tahkim Kurulu ile kararlarının hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uz 2011, “Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine”, SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2011/1, sayı:13.

⁹ Ad hoc tahkimde yargılama, taraflarca belirlenen kurallara göre veya kolaylık açısından genellikle görüldüğü gibi BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Amerikan Tahkim Birliği (AAA) gibi kuruluşlarca çıkarılmış tahkim kuralları kapsamında, her bir uyuşmazlık çerçevesinde münhasıran oluşturulan hakem heyetlerince gerçekleştirilmektedir. Ad hoc tahkime ilişkin en gelişmiş ve modern kurallar, UNCITRAL tarafından hazırlanmıştır.

¹⁰ Bu tahkim türünü tercih edenlerin, yargılama faaliyetini uluslararası niteliğe sahip kurallar çerçevesinde yürütebilmeleri için UNCITRAL 15 Aralık 1976 tarihli Genel Kurulu'nda 31/98 sayılı kararı ile bir dizi tahkim kuralları geliştirmiştir. Bu kararların 2010 yılında revize edilmiş hali için bkz. www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=1724 (erişim tarihi: 14.12.2011).

¹¹ Ülkemizde hakem yargılaması faaliyetini yürüten başlıca kurumsal tahkim merkezleri, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi ile merkezi Ankara'da bulunan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Divanı'dır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, bir üst başlık olarak tahkim yargılaması bünyesinde çeşitli unsur ve ilişkiler bulunmakta olup, aslında bu unsur ve ilişkilerin çoğunu tahkimin tabi olduğu hukuk (*lex arbitri*) başlığı altında toplamak mümkündür (Özel 2008, 59). Bu manada, bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, tahkim sürecinde uygulanabilecek ihtiyati tedbirler, tahkim sürecindeki yargılama usulü, hakemlerin yetkileri, hakem kararlarının geçerliliği ve bağlayıcılığı gibi hususlar, tahkim süreciyle ilgili önemli meselelerdir. Bu kapsamda, bir sonraki başlıkta tahkimin tabi olacağı hukuk konusunda doktrinde tartışılmalı alanlardan “tahkime elverişlilik” kavramı ile bu kavramın rekabet hukukuna yansımaları, tahkime elverişliliğin başta “*kamu düzeni*” olmak üzere çeşitli kavramlarla ilişkilendirilmek suretiyle incelenecektir.

1.2. TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE REKABET HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMÜ

1.2.1. Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Temel Ayrımlar

Tahkim usulünde “ tarafların irade serbestisi” prensibi, onlara ulusal mahkemelerin yargılama sistemini dışarıda bırakarak (opt out), uyuşmazlıklarını tahkim yargılaması yoluyla çözmelerine olanak tanımaktadır (Mourre 2011, 5). Ancak taraf iradelerinin serbestliğinin de birtakım sınırları vardır.

Günümüzde devletlerin ulusal hukuk düzenlemelerine bakıldığında, bütün uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edilmediği, devletlerin çeşitli nedenlerle tahkime ilişkin bazı konuları “*kırmızı çizgilerle*” ayırdığı (Huysal 2010, 13) görülmektedir. Aslında devletlerin tahkim yargılamasına müdahalesi¹² ne kadar fazlaysa, tahkime elverişli alanlar o derece sınırlı olmaktadır¹³. Bununla birlikte, son yıllarda pek çok ülkenin ulusal düzenlemelerinde tahkime elverişli alanların sayısının hızlı şekilde arttığı, bazı ülke hukuklarında ise belirli sınırlamalar dışında tahkimin serbest hale geldiği görülmektedir. Öte yandan, bir tahkim anlaşmasının, yargılama sürecinin başından itibaren kararın yerine getirilmesine kadar olan süre boyunca geçerliliğini koruyabilmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine bağlı olmaktadır (Huysal 2010, 14). Bu sebeplerden dolayı tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarının başında gelen tahkime elverişlilik kavramına açıklık getirmek gerekmektedir.

Tarafların karşılıklı ve hukuka uygun şekilde verdikleri rızalarıyla meydana gelen tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için başlıca iki temel kriter üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının “konu” unsurunun

¹² Buradaki müdahale süreci, genellikle tahkim kararı sonucu haksız çıkan tarafın mahkemeye başvurarak kararın iptalini talep etmesi üzerine başlamaktadır.

¹³ Carbonneau’a göre tahkime elverişlilik, sözleşme özgürlüğünün bittiği nokta ile hüküm verme yetkisinin kamusal niteliğinin arasındaki sınırı çizmektedir (Carbonneau 2009, 143.)

tahkim yoluyla çözümlenebilir olmasını ifade etmektedir ki buna “objektif tahkime elverişlilik” denmektedir. Diğer, tahkim anlaşması bağlamında uyuşmazlığın tespitini yöneltmeye kimlerin yetkili olduğunu göstermek üzere kullanılmaktadır ki, bu şart “subjektif tahkime elverişlilik”¹⁴ olarak adlandırılmaktadır.

Doktrinde kimi zaman tahkime elverişlilik kavramının daha geniş bir kapsamda kullanıldığı görülmektedir. Örneğin ABD Yüksek Mahkemesi’nin 1995 tarihli *First Options & Kaplan*¹⁵ kararında, tahkime elverişlilik kavramı hakem heyetinin tüm yetkilerini içerecek şekilde kullanılmıştır (Fouchard, Gailard ve Goldman 1999, 312; Mistelis, Lew ve Kröll 2003, 188). Dolayısıyla ABD’de tahkime elverişlilik kavramının diğer ülkelere göre daha geniş anlamda, tahkim sözleşmesinin kapsamını ve geçerliliğini de içine alacak şekilde kullanıldığı söylenebilir¹⁶. Ancak karışıklığa yol açmaması bakımından gerek ulusal gerek uluslararası tahkim terminolojisinde tahkime elverişliliğin sadece objektif ve subjektif anlamda tahkime elverişlilik ile sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır.

Konuya MTK açısından bakıldığında, tahkime elverişlilik konusuna “*Amaç ve Kapsam*” başlıklı 1. maddede yer verildiği görülmektedir. Buna göre Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda bu Kanun uygulanmayacaktır¹⁷. Dolayısıyla taraflar arasındaki uyuşmazlık taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin ise veya uyuşmazlık iki tarafın iradesine tabi değilse, uyuşmazlık konu olarak tahkime elverişli olmayacaktır. Buradaki “*iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlık*” deyiminden, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Doktrinde bu hüküm, tarafların sulh ya da kabul yoluyla üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konuların tahkime elverişsiz olduğu¹⁸ şeklinde yorumlanmaktadır (Kuru 2011, 820).

¹⁴ Subjektif tahkime elverişlilik, doktrinde çoğunlukla hükümet ya da kamu teşebbüslerinin uyuşmazlık taleplerini tahkim aracılığıyla çözüme konusunda yetkili olup olmadıklarına ilişkin olup (Fouchard, Gailard, Goldman 1999, s. 313) çalışmanın kapsamının dışında tutulmuştur. Çalışmanın devamında tahkime elverişlilik ifadesi, sadece objektif (konu yönünden) tahkime elverişliliği ifade etmek için kullanılacaktır.

¹⁵ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan* (94-560), 514 U.S. 938 (1995).

¹⁶ ABD’de tahkime elverişliliğin kapsamı hakkında daha geniş bilgi için, Mistelis ve diğerleri *Arbitrability: International and Commercial Perspectives 2009*, içerisinde Shore (2009), *The United States Perspective of Arbitrability* bölüm 4-2.

¹⁷ Bu hükme paralel bir düzenleme iç tahkime ilişkin hükümler içeren HMK’da mevcuttur. Kanunun “*Tahkime Elverişlilik*” başlıklı 408. maddesi uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

¹⁸ Buna göre iflas davaları, boşanma davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamayacaktır. Ancak, örneğin bir alacakla ilgili uyuşmazlık, tahkimin konusu olabilir (Kuru 2011, 820).

Uluslararası alanda tahkime ilişkin sınır ötesi kurallar getiren konvansiyon metinlerinde ise tahkime elverişlilik konusunda genel bir tanım vermekten kaçınıldığı görülmektedir. Örneğin, UNCITRAL'in hazırladığı, 2010 yılında revize edilen Model Kanun'da tahkime elverişlilik tanımlanmamış; ancak 1. maddenin 5. fıkrasında her devlete tahkime elverişli konuları iç hukukta düzenleme yetkisi tanınmıştır. Benzer şekilde, uluslararası ticaret ve tahkim konusunda en önemli düzenleme olan Konvansiyonda¹⁹ tahkime elverişliliğe ilişkin düzenleme yapılmamış, sadece devletlerin iç hukuklarında tahkim kararlarını mahkemelerin uygulaması aşamasında iç hukuktaki düzenlemelerine yollama yapılmıştır. Bu noktada, tahkime elverişlilik açısından ulusal mevzuatlarda kullanılan kriterleri şu şekilde gruplandırmak mümkündür

- Sadece sulh sözleşmesine konu olabilen uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna dair hükümler,
- Sadece irade serbestisinin bulunduğu konularda tahkim yoluna başvurulabileceğini düzenleyen hükümler,
- Liste yoluyla sayma yöntemiyle tahkime konu olabilecek ya da olamayacak uyuşmazlık alanlarını düzenleyen hükümler.

Bir görüşe göre tahkime elverişlilikte sulh sözleşmesi kıstasına başvurulması, tahkim anlaşmasının maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sonucu olup, bugünkü tahkim anlayışı ile bağdaşmaz (Deren, Yıldırım 2004, 29). Almanya hukukunda tahkime elverişlilik konusunda yapılan reformdan önce geçerli olan sulhe elverişlilik kriteri, günümüzde birçok ülkede tahkime elverişliliği belirleyen yaygın bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ülkeler arasında Belçika²⁰, İspanya²¹, İtalya²² gösterilebilir²³.

Fransız Hukukunda, üzerinde herkesin tasarruf edebileceği konularda tahkime başvurulabileceği ve genel olarak kamu düzenini ilgilendiren konularda tahkim yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Öte yandan, uyuşmazlığın

¹⁹ Konvansiyona göre, verilmiş olan yabancı hakem kararları, sözleşme tarafı devletleri bağlayıcı niteliktedir. Taraf devletler yabancı hakem kararlarını, kendi ülkelerindeki hukuk kuralları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır.

²⁰ Belgian Judicial Code Art. 1676(1)

²¹ İspanyol Tahkim Kanunu'na göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular tahkime elverişlidir. Kanunda tahkime elverişli olmayan konular katalog halinde sayılmıştır.

²² Italian Code of Civil Procedure Art .806.

²³ Avusturya Medeni Usul Kanunu'na göre sulhe elverişlilik kriteri konusu para olmayan uyuşmazlıklar için öngörülmüş olup, Kanun'da 2006 yılında yapılan değişiklikle birlikte malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim anlaşması yapılabilmektedir (Huysal 2010, 56). Benzer şekilde Hollanda ve Yunanistan özel hukuk sistemlerinde tahkim elverişliliğin sınırı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konulardır (Brekoulakis 2009, 21)

iç hukukla sınırlı olması veya uluslararası nitelik taşımasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda iç hukuktakinden farklı olarak “uluslararası kamu düzeni” kavramının ön plana alınması yoluyla tahkimin uygulama alanının genişletilmesi gereklidir (Kocasakal 2006, 360).

Tüm bu kriterlerden ayrı olarak, tahkime elverişlilik konusunda en gelişmiş anlayışın “malvarlığı kriteri” olduğu söylenebilir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 177’deki malvarlığı ile ilgili her türlü talep²⁴ kavramı, tahkime elverişliliğin konu bakımından sınırlarını en aza indirgeyen sistem olarak kabul edilmektedir. Anılan sistem, Alman Medeni Usul Kanunu’nda yapılan değişikliğe de kaynaklık etmiş, ayrıca malvarlığına ilişkin olmayan taleplerin de sulhe elverişli oldukları ölçüde tahkim yargılaması yoluyla çözülebileceğine ilişkin bir hüküm sevk edilerek, bir adım daha ileri gidilmiş, sadece diğer kanunlarda tahkime elverişliliğe ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

Tahkime elverişlilikle yakından ilişkili bir başka kavram ise “kamu düzeni” kavramıdır²⁵. Kamu düzeni tahkime elverişlilik ile aynı şey olmayıp, tahkime elverişlilik kavramına benzer şekilde tahkimde taraf iradelerini sınırlandırabilen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır (Huysal 2010, 153). Aslında kamu düzeni, tahkime elverişlilikle birlikte tahkimde taraf iradelerini sınırlandırabilen iki sorunlu alandan birini teşkil etmektedir. Bazı uyuşmazlıklar kamu düzenine o kadar hassastırlar ki, bu konulardan doğan uyuşmazlıkların sadece devlet mahkemelerince yargı yetkisi kapsamında çözülmesi gerektiği kabul edilir (örneğin ceza hukukundan doğan uyuşmazlıklar). Kamu düzeni kavramının ulusal ya da uluslararası hukuk mevzuatında yapılmış bir tanımının olmadığı görülmektedir²⁶. Tanımı yapılmamış olmakla birlikte, Konvansiyonda hakem mahkemesi kararlarının tanınması ve yerine getirilmesiyle ilgili bir hüküm

²⁴ Switzerland’s Federal Code on Private International Law (CPIL), Art. 177. Böylelikle, malvarlığına ilişkin olmayan her türlü talebe ilişkin uyuşmazlığın münhasıran İsviç ulusal mahkemelerince görülmesi amaçlanmıştır (Brekoulakis 2009, 102)

²⁵ Poudret’e göre, kamu düzeni ile tahkime elverişlilik arasındaki ilişki karmaşıktır. Hatta kimi zaman kamu düzeni tahkime elverişlilik için bir engeldir (Poudret 2007, 343).

²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise kararında kamu düzenini “..her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır” şeklinde tanımlamıştır (YHGK, E. 609, K. 959, 28.11.1973.) Bu anlamda Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya kısıtlayan kararlar, hukuken ifası istenemeyen ve himayesi cazi olmayan bir alacağı, özellikle tenfiz devletinin veya bir üçüncü devletin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacakları hüküm altına alan kararlar; sahte evrak tanzim etmek suretiyle elde edilen kararlar, açıkça kamu düzenine aykırı sayılabilir (Şanlı 2011, 214). Yine 2. Hukuk Dairesinin 2007 tarihli bir kararında Yargıtay, kamu düzenini ihlalini “Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin ihlal edilmesi” olarak ifade etmiştir (Şanlı 2011, 214-215).

sevk edilmiştir²⁷. Tahkim yargılamasında uygulanacak hukuk ile tahkim yeri hukukunun farklı olduğu davalarda, iki yerin kamu düzeni arasında farklılık varsa tahkim yeri hukukuna öncelik tanınması gerektiği ifade edilmektedir (Rubino ve Sammartano 2001, 522).

Kamu düzeni kavramı, doktrinde bazı yazarlar tarafından ulusal kamu düzeni ve uluslararası kamu düzeni olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Uluslararası kamu düzeni²⁸ kavramı, ulusal kamu düzenine göre yeni bir kavramdır. Uluslararası kamu düzeni, evrensel manada hukuk ve ahlak kurallarının özünü oluşturan bir kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır (Lallive 1986, 264).

Ulusal kamu düzeni ile uluslararası kamu düzeni arasındaki ayrım, uluslararası kamu düzenini ilgilendiren konuların sayısının azlığıdır. Bu anlamda, Fransa Medeni Usul Kanunu'nda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda milletlerarası kamu düzenine aykırılık kıstasına yer verilmiş olması²⁹ dikkat çekicidir. Ancak her hakemin kendi iç hukukunun uluslararası kamu düzeni anlayışını uygulayacağından dolayı yeterince etkin olamayacağı ifade edilmektedir.

1.2.2. Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişlilik

Tahkim ve rekabet hukuku, esas itibarıyla birbirlerinden çok farklı iki disiplin olmakla birlikte, bu iki alanın bazı konularda kayda değer ölçüde birbirlerini tamamladıkları görülmektedir. Rekabet otoriteleri piyasalarda rekabet ortamını kısıtlayan davranışları yasaklarken kamu yararını gözetmekte, tahkim yargılaması ise kamu yararı ile özel hukuk çıkarını birleştiren karma bir sistem olarak var olmaktadır.

Rekabet otoriteleri, nihai bir hedef olarak piyasadaki rekabet ortamını korumakla görevlidir ve bu suretle kamu yararına hizmet ederler. Öte yandan tahkim yargılaması her ne kadar taraf iradelerinin üstün tutulduğu bir yargı sistemi olsa da, bu yargılamayı yürüten hakemler de nihai hedef olarak ilgili kanunların ve özelinde rekabete ilişkin düzenlemelerin müdahaleci veya kamu

²⁷ Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi şartları Konvansiyonun V. maddesinde sayılmıştır. Buna göre geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması ve tahkim şartının yazılı olması gerekir. Tahkim sözleşmesinin geçersizliği esasa uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Konvansiyonun Art. V. 2 (b). Bu hükme göre, uygulanacağı ülkenin kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararının, tanınması ya da tenfizi reddedilebilir.

²⁸ Tahkimde uluslararası kamu düzenine ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Silva G. J., Public Policy in International Arbitration, Queen Mary College, University of London PhD, <https://qmro.qmul.ac.uk/jspui/handle/123456789/1717>

²⁹ French Civil Procedure Code Art. 1502 (2).

düzenine ilişkin emredici kurallarına uymakla yükümlüdürler. Böylelikle tahkim yargılamasında hakkaniyet ilkesi doğrultusunda kesin hüküm niteliğinde olan, belirli formalitelere tabi ve infazı mümkün bir karar verilirken, aynı zamanda kamu yararı gözetilmek durumundadır³⁰.

Esasen, tahkim yargılamasının temelinde de rekabetin ve ticaretin serbest olduğu bir piyasa ekonomisi hedefi mevcuttur. Günümüzde tahkime elverişliliğin kapsamını geniş yorumlama konusunda süregelen eğilimin rekabet hukuku alanında da etkisini görmek mümkündür. Tahkim yargılamasının rekabet hukukundaki görünümü;

- Bireylerin (tahkim yargılamasında hakemlerin) ya da tahkim kuruluşlarının özel hukuk yaptırımı olarak rekabet hukukunu uyguladıkları tahkim,
- Rekabet otoritelerince kamu hukuku uygulamasında yardımcı bir araç olarak tahkim

olarak ikili bir yapıdadır. Hakemlerin uygulaması çoğunlukla rekabet hukuku kurallarını ihlal eden tarafın verdiği zararların *ex post* (ardıl) şekilde diğer tarafa aktarılması amacına hizmet eder. Rekabet otoritelerinin uygulamasında ise (örneğin birleşmelerdeki koşullu izin kararlarında tahkim şartına yer verilmesi yoluyla) tahkim *ex-ante* (öncül) işlev görmektedir (OECD 2011, 11).

Rekabet otoriteleri başlangıçta tahkim müessesesine, teşebbüslerce rekabet kurallarından kaçınılabilen için bir araç olarak kullanılabilen ya da hakemlerin iç hukuk düzenlemelerinde yer alan uyulması zorunlu kuralların bertaraf edilebileceği endişesiyle, temkinli yaklaşmışlardır. Bu yaklaşımda, tahkim yargılamasının gizlilik ve taraf iradelerine üstünlük tanıma gibi kendine özgü kuralları olması etkili olmuştur. Ancak günümüzde bu yaklaşıma getirilen öncelikli savunma, iç hukuklardaki bu kuralların kendine özgü niteliği gereği dikkate alınmadığı takdirde, yargılama sonucundaki hükmün icra edilebilirliğini engelleyeceği, bunun da tahkimin gelişim ve yaygınlaşma sürecine zarar vereceği ve böyle bir sonucu meydana getirecek şekilde yargılama yapılmasının hakemlerce de arzulanmayacağıdır. Bu noktada, tahkim yargılama yönteminin esnekliği, gizliliği ve tarafsızlığı nedeniyle, mahkemelerdeki yargılamaya tercih edilme oranı artmaktadır.

³⁰ Bu anlamda özellikle AB Komisyonunun koşullu birleşme izni kararlarında tahkim yargılamasının kamu yararı fonksiyonu yoğunluk kazanmaktadır. İlerleyen bölümde detaylı olarak anlatılacağı üzere, koşullu izin kararlarında tahkim yargılaması, özellikle Komisyon nezdinde yürütülen işlemlerden etkilenen 3. kişilerin menfaatlerini koruyucu bir işleve sahip olmakta ve işlem tarafları ile 3. kişiler arasında menfaat dengesini gözetmektedir. Idot'a göre koşullu izin kararlarında yer verilen tahkim mekanizması özel hukuk yönünden uzaklaşarak, kamu hukuku uygulaması kapsamında otoritelere yardımcı olma görevini üstlenmektedir (Idot-OECD 2011, 67).

Tahkim yargılama yönteminin rekabet ihlaldinden doğan uyuşmazlıklar açısından kabulü ilk kez ABD’de ortaya çıkmış, daha sonraki yıllarda modernizasyon süreciyle birlikte İsviçre ve AB ülkelerinde de rekabet hukukundan doğan talepleri içeren uyuşmazlıklar bazı yönleriyle tahkime elverişli kabul edilmiştir.

Rekabet hukukunda tahkim uygulamalarının gelişimi açısından önemli rol oynayan bu iki hukuk sisteminde bazı yapısal farklılıklar bulunmakta ve bu olgu tahkim uygulamalarının kapsamı ve sonuçlarını doğrudan etkilemektedir. Bundan sonraki bölümde sırasıyla ABD ve AB hukuklarında tahkim uygulamaları, tahkime elverişliliğin yapı taşı niteliğindeki kararlar temelinde anlatılacak, anılan hukuk sistemlerinde rekabet hukukunun uygulama alanlarında tahkimin sonuçlarına yer verilecektir.

BÖLÜM 2

AB ve ABD REKABET HUKUKLARINDA TAHKİM

2.1. ABD REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

Yasama organınca konulan düzenlemelere dayalı kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, İngiliz ve Amerikan hukuklarında görülen “*common law*” veya “*case law*” düzeninde hukuk, geleneklerden süzülen ilke ve kuralların mahkeme kararlarında somutlaştırılması ve harmanlanmasıyla yaratılmaktadır. Böylece, önceki bir mahkeme kararının, aynı olguları içeren bir diğer kararda -farklı hükme varmayı gerektirecek bir unsurun bulunmaması kaydıyla- aynı şekilde uygulanması yaklaşımı benimsenmektedir (Çal 2008, 155) . Dolayısıyla mahkeme içtihatları, uygulamanın anlaşılmasında birincil derecede önem taşımaktadır.

ABD’de yargı çevreleri uzunca bir süre tahkime karşı yönde bir tavır sergilemiştir. 1920’lere kadar ABD mahkemeleri, tahkimi kamu düzeninin karşıtı olarak görmüş ve kendi yargı yetkilerine müdahale olacağı endişesiyle tahkim usulünü reddetmişlerdir. Ancak Amerikan senatosu 1924 yılında Federal Tahkim Yasasını (FAA) kabul ederek³¹ mahkemelerin tahkime karşı katı tutumlarının tam aksine bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olarak tahkimi teşvik etmiştir. Yüksek Mahkeme, *Southland*³² kararında anılan yasa için “tahkimi onaylayan ulusal politika” ifadesini kullanmıştır.

Bugün FAA, Amerikada ticari tahkimi düzenleyen temel yasadır. Söz konusu düzenleme, ticareti etkileyen tüm konuları kapsamakta ve yazılı bir

³¹ FAA’daki hükümler, aynı zamanda Birleşik Devletler Kanununun (USC) 9. bölümünde yer almaktadır.

³² *Southland Corp. v. Keating* , 465 U.S. 1 (1984).

tahkim anlaşmasına istinaden düzenlenmiş tüm tahkim süreçlerini kapsamına almaktadır(Reuben 2009, 1105)³³. Söz konusu düzenlemeye ek olarak, eyaletler kendi yasal düzenlemelerini uluslararası tahkime elverişli hale getirmişler³⁴, bazı eyaletler bu süreçte UNCITRAL Model Kanunu gibi uluslararası düzenlemelere uyarlamıştır (Drahozal 2006, 236). Eyaletler kendi tahkim yasalarını Mevcut durumda FAA hükümleri hakem kararlarının uygulamaya konulmasını teşvik edici nitelikte olup, kararların iptali çok sınırlı durumlara özgüdür³⁵.

Tahkime elverişlilik konusu FAA’da açıkça düzenlenmemiştir³⁶. Ancak tahkime elverişliliğin yorumlanması konusunda, yasada tahkim lehine bir karinenin varlığından bahsetmek mümkündür. Anılan yasada “çözülmesi gereken problem sözleşmenin akdedilmesi veya feragat, gecikme veya tahkime elverişliliğe ilişkin benzeri bir savunma olsa da, tahkime elverişli meselelerin kapsamına ilişkin olarak ortaya çıkan şüpheler tahkim lehine çözümlenmelidir” ifadelerini içermektedir. Dolayısıyla yasada tahkim lehine bir politika mevcuttur. Bunun sonucu olarak, mahkeme kararlarına dayanan hukuk sisteminin etkisiyle tahkime elverişlilik konusu günümüze kadar içtihatlarla şekillenmiştir. Bu konunun gündeme geldiği bir davada³⁷, ABD Yüksek Mahkemesi, bu tür tahkime elverişlilik/uygunluk sorularının, tahkime olumlu yaklaşan federal politikalar sağlıklı bir şekilde göz önünde bulundurulurken ele alınması gerektiğini belirtmektedir.

2.2. ABD REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK

2.2.1. Genel Olarak

ABD’de ülkeler arası ticari işlem hacminin artmasıyla birlikte, rekabet hukuku uyumsuzluklarının tahkim elverişliliği de ilgi çeken bir konu haline gelmiştir. Bu süreçte, rekabet hukukuna dair uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözüleceğini kararlaştıran tahkim anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı sorusu hem ABD hem de bu anlaşmalar sonucu verilen kararların uygulamaya konulduğu diğer ülkelerde tartışma konusu olmuştur.

³³ FAA’nın 1. bölümünde tahkim anlaşmalarının ve kararlarının uygulanabilirlik koşulları düzenlenmektedir. FAA’nın 2. bölümünde ise ABD’nin uluslararası tahkim uygulamalarına katılımını sağlayan New York Konvansiyonu hükümleriyle paralel hükümler bulunmaktadır. FAA’nın 3. bölümü ise Panama Konvansiyonunu karşılamaktadır.

³⁴ Eyaletlerin tahkim yasaları ile Federal Tahkim Yasası arasındaki genellik- özellik ilişkisi ve bunun sonuçlarına ilişkin tartışmalar hakkında bkz. Drahozal 2004, 393.

³⁵ FFA m. 10 uyarınca bu haller a) kararın aldatma ya da yanıltma suretiyle verilmiş olması b) karar verilirken hakemlerin yolsuz davranmış olmaları c) hakemlerin kanıtları incelememeleri ya da taraflardan biri aleyhine tarafsız davranmaktan vazgeçmeleri d) hakemlerin yetkilerini aşmaları ya da uyumsuzluk konusu tamamlanmadan hüküm vermeleri şeklindedir.

³⁶ Ancak Kanun’un 9. bölümünde gemi adamlarının, demiryolu işçilerinin ve milletlerarası ya da eyaletlerarası ticarete istihdam edilen işçilerin taraf olduğu uyumsuzluklar açısından tahkime sınırlama getirilmektedir.

³⁷ *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

1970 yılında Kongre, FAA'nın 2. maddesini yürürlüğe koyarak 1958 yılında 55 ülke tarafından onaylanmış olan Konvansiyonu kabul etmiştir. Amacı ticari tahkim anlaşmalarının liberal bir yaklaşımla tanınması ve uygulanmasını sağlamak olan Konvansiyon, ABD'de öncelikle iş çevreleri olmak üzere birçok kesimce desteklenmiştir. Konvansiyonun V(2). maddesinde hakem kararlarının tanınması ile ilgili önemli bir sınırlama getirilmiş olup, buna göre yabancı bir hakem kararına konu uyuşmazlık, yürürlüğe konulacağı ülke yasalarına göre tahkime elverişsiz sayılıyorsa bu kararın o ülkede tanınmayabilecektir. Aynı maddenin (b) fıkrası ise bir sınırlandırma nedeni olarak kamu düzeninden bahsetmektedir. Böylelikle hem tahkime elverişsiz uyuşmazlık kavramının içeriği, hem de kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği soruları gün yüzüne çıkmıştır. Bu noktada, mahkeme kararları doğrultusunda tahkime elverişlilik ve kamu düzeni kavramının sınırlarının çizilmesi, Konvansiyonun diğer hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı açısından da önem taşımaktadır.

2.2.2. ABD Rekabet Hukukuna İlişkin Kararlar Işığında Tahkime Elverişlilik

Yüksek Mahkemenin 1985 tarihli *Mitsubishi* kararından önce ABD mahkemeleri, istikrarlı şekilde rekabet hukuku taleplerinin tahkime elverişli olmadığına karar vermişlerdir³⁸. Konuya ilişkin rehber niteliğindeki kararlardan *American Safety* kararında³⁹ mahkeme tahkime elverişlilik konusuna, *rekabet hukuku kapsamındaki taleplerin başlı başına özel hukuk meselesi olmadığını* söyleyerek oldukça dar yaklaşmıştır. Akademik çalışmalarda sıklıkla kendisine yer bulan kararın gerekçesinde bu durum “*rekabet ihlalleri yüz binleri hatta milyonları etkileyebilir ve ekonomik anlamda toplulukları zarara uğratabilir. Mahkeme olarak, Kongrenin yasayı (FAA) kaleme alışında bu tür taleplerin mahkemeler haricinde bir yerde çözümlenmesini amaçladığına inanmıyoruz*” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla kararda resmi şekilde olmasa da rekabet kanunlarından kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyecek bir karaktere sahip olduğu ifade edilmiştir (Fraga 2007, 295). Sonraki tarihli bazı kararlarda anılan gerekçeye ek olarak “rekabet uyuşmazlıklarının daha detaylı bir analiz gerektirdiği, özel kişilere bırakılamayacak kadar önemli olduğu” gibi gerekçeler kullanılmıştır (Areeda ve Hovenkamp 2007, 215).

³⁸ 1925 yılında yayımlanan FAA'da rekabet hukukuna ilişkin özel hukuk taleplerinin tahkime elverişsiz olduğuna dair hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen, mahkemeler konuya olumsuz yaklaşmıştır.

³⁹ *American Safety* 391 F.2d 821, 826-27 (2nd Cir. 1968)

American Safety kararından 6 yıl sonra *Scherk*⁴⁰ davasında, tahkimin yargısal denetim yolu olup olamayacağı tartışması yapılmıştır⁴¹. Yüksek Mahkeme kararında, hangi anlaşmazlığa ilişkin olursa olsun tarafların aralarındaki uluslararası ticari ilişkiye dayanan sözleşmedeki tahkim şartına saygı gösterilmesi ve federal mahkemece Tahkim Kanunu'nun açık hükümleri gereğince tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçesinde vurgu yaptığı asıl husus ise, uyuşmazlıkların çözümünün sadece mahkemelere bırakıldığı bir sistemin, milletlerarası ticareti bozacağı ve işadamlarının ticari sözleşmeler yapma konusundaki isteklerine gölge düşüreceğidir. Bu anlamda Mahkeme, Konvansiyonun tahkime ilişkin sınırlayıcı hükmünün dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.

Rekabet hukuku ihlallerinden kaynaklanan özel hukuk taleplerinin tahkime elverişliliği konusunda içtihadı yön veren ise *Mitsubishi*⁴² davası olmuştur. Bu davada, *Scherk* davasındaki içtihat genişletilerek rekabet hukuku alanına taşınmıştır. Davada temel olarak iki sorunlu alan tartışılmaktadır. Birincisi, yerel mahkemelerin tahkim alanında zorunlu sayılan maddi kurallara (ve rekabet kurallarına) nasıl yaklaşması gerektiği ve özellikle hakemlerin zorunlu kurallara ilişkin talepler hakkında hüküm vermeye yetkili olup olmadığı ve eğer bu mümkünse kamusal hükümler karşısında tahkimin nasıl bir dengeleyici unsur olacağıdır (Mistelis ve diğerleri 2006, 14). Tartışılan diğer husus uluslararası hakemlerin zorunlu maddi hukuk kuralları karşısında nasıl davranmaları gerektiğidir.

Mitsubishi davasına ilişkin gerekçesinde Bölge Mahkemesi *Scherk* davasına atıfta bulunarak, taraflar itibarıyla uyuşmazlığın sahip olduğu

⁴⁰ *Scherk v. Alberto Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974).

⁴¹ Davanın konusu esasen sermaye piyasasına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin olsa da, bu davada ortaya çıkan içtihat daha sonra rekabet hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin davalarda mahkemelere yol gösterici olmuştur. 1934 tarihli Menkul Kıymetler ve Borsalar Kanunu'nu ihlal etmekle suçlanan bir Alman vatandaşına açılan davada Scherk, sözleşmede yer alan tahkim maddesine istinaden konuyu tahkime taşımış, tahkim kararını inceleyen Bölge Mahkemesi ise Scherk'in talebini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde tahkim anlaşmasının, bir menkul kıymet alıcısını 1933 tarihli Kanun uyarınca yargısal yollardan mahrum bırakamayacağını belirtmiştir.

⁴² *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 US 614 (1985). Dava konusu uyuşmazlık, Japon otomobil üreticisi Mitsubishi ile Soler Chrysler (Soler) arasındaki dağıtım ve satım anlaşmalarından doğmuştur. Tarafların aralarındaki anlaşmaya göre Soler, Mitsubishi'nin ürettiği araçları belirli bir bölgede dağıtacak, ayrıca tarafların aralarında akdettikleri bir satım sözleşmesi uyarınca Mitsubishi'nin ürünlerinin doğrudan satışını gerçekleştirecekti. Satış sözleşmesi Chrysler adında Soler şirketi ile ortak girişim yapmış olan şirketi de kapsıyordu ve bu sözleşmede tahkim şartı bulunmaktaydı. Soler'in sözleşmedeki asgari satış şartını yerine getirememesi nedeniyle taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı Mitsubishi tahkim yargılamasına taşımış, ayrıca Soler aleyhine ABD Bölge Mahkemesinde dava açmıştır. Soler karşı davasında satış sözleşmesinde hukuka aykırılık olduğunu iddia etmiş, ayrıca Mitsubishi ve Chrysler'in Sherman Yasası bağlamında suç oluşturacak şekilde pazar paylaşımı yapmak suretiyle ticareti kısıtladıklarını ileri sürmüştür.

uluslararası nitelik dikkate alındığında, rekabet hukukuna ilişkin talep ve diğer taleplerin tahkime elverişli olduğunu ifade etmiştir. Birinci Temyiz Dairesi ise aksi yöndeki temel görüş olan ve “*American Safety doktrini*” olarak anılan karara atıfta bulunarak ABD rekabet hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceği ifadesini kullanmıştır. Mahkemeye göre *Scherk* kararı ya da Konvansiyon hükümleri, bu doktrinin ihmal edilmesini gerektirmemektedir.

ABD Yüksek Mahkemesi ise Birinci Dairenin kararını bozarak, uyuşmazlıkların çözümünde belirliliğin sağlanması için uluslararası ticaretin gereklerine uygun hareket edilmesi gerektiğini belirtmiş ve ulusal ve uluslararası hakem heyetlerinin kararlarına saygı duyulması gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, *Scherk* kararı ile ABD'nin Konvansiyon uygulamasına atıfta bulunarak tahkim yargılamasının lehine güçlü bir duruş sergilemiştir. Aynı zamanda Mahkeme, *Amerikan Safety* doktrinine karşı çıkmakla kalmayarak bu doktrine eleştiride bulunmuş ve doktrinin aksine rekabet hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların karmaşıklığının, bu uyuşmazlıkları doğası gereği tahkime elverişsiz hale getirdiği görüşünün gerçeği yansıtmadığını ifade etmiştir.

2.2.3. *Mitsubishi* Davasının Yansımaları ve “*Second Look*” Doktrini

Yüksek Mahkeme *Mitsubishi* kararının gerekçesinde rekabet kuralları açısından tahkim yargılamasının meşruluğunu ortaya koymuştur. Ancak mahkeme, ABD rekabet hukuku kurallarının tahkim sürecinde dikkate alınması gerektiğini de ifade etmiştir. Aksi takdirde hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilecektir.

Bu ifade, bazı yazarlarca Mahkemenin Federal Tahkim Yasası kapsamında tahkime elverişli olan rekabet hukuku uyuşmazlıkları açısından yaptığı bir uyarı olarak algılanmıştır (Brubaker ve Daly2010, 1234). Bu düşüncedeki yazarlara göre mahkeme, ABD rekabet hukuku kurallarını tahkim sürecinde dikkate almazsa, hakem kararı kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılabilir. Nitekim bu davadan sonraki tarihli birçok uyuşmazlıkta hakemler, önlerine gelen davada tarafların seçmiş oldukları yabancı hukuku göz ardı ederek ABD rekabet hukuku kurallarının sınır ötesi (*extra territorial*) yetkisini tanımış ve uygulamışlardır.

Başka bir görüşe göre burada kastedilen, tarafların uyuşmazlık doğmadan evvel uyulması zorunlu kurallar kapsamında tahkime gidileceği konusunda anlaştıkları bir sözleşme ilişkisinde, mahkeme denetimindeki (*second look doctrine*) amacın, bu kuralların tahkim sürecinde dinlenmiş ve kararda göz önünde bulundurulmuş olmasını sağlamak olduğudur (Greenewalt ve Donovan 2006, 25).

Mitsubishi davasının ardından kamu düzeni kavramının, rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğinde bir kontrol aracı olarak kullanılmaya başlandığı ifade edilmektedir (Blanke 2007, 172). Başka bir görüşe göre ülkelerin temel değerlerini korumaları amacını taşıyan kamu düzeni kavramı, rekabet hukukunun temel ilkelerinin ihlalini önlemek için gerekli ve yeterli bir araçtır (Brozolo 2008, 28).

Yüksek Mahkemenin kararında yer alan ikinci önemli husus, öğretilerde “*second look*” (gözden geçirme) doktrini olarak ifade edilen, tahkim sonucu verilen kararların mahkemelerce denetimine ilişkin kavramdır. “*Second look*” doktrininde hakem kararlarının mahkemelerce denetiminin kapsamı ve yoğunluğu tartışılmaktadır (Nazzini ve Blanke 2009, 143). Burada amaçlanan, hakem kararının iptali ya da tanınması istemiyle mahkemeye başvuru durumunda mahkemenin 81. ve 82. (şimdiki 101 ve 102.) maddeleri uygulamakla ve kararın rekabet hukukuna uygun olup olmadığını kontrol etmekle yükümlü olup olmadığını, eğer böyle bir yükümlülük varsa bu yükümlülüğün kapsamını belirlemektir (Groot 2008, 608).

Öğretilerde ve yargı içtihatlarında “*second look*” doktrini, hakem kararlarının nihai anlamda hukuka uygunluğunun denetlenmesi noktasında bir teminat olarak görülmüş, bu doktrin daha sonra AB rekabet hukuku uygulamasını da etkilemiştir. Mahkeme, Konvansiyon hükümleri uyarınca bir tahkim kararının Amerika sınırları içerisinde uygulanmak istenmesi durumunda Amerikadaki yerel mahkemelerin tahkim kararları üzerindeki denetimlerin süreceğini ifade etmiştir. Ancak mahkeme, Sherman yasası kapsamındaki antitröst taleplerine dair hakem kararlarının denetiminin oldukça sınırlı olacağını, bu denetimin amacının antitröst taleplerinin tahkim yargılaması sürecinde dinlenmiş ve karara bağlanmış olmasını emniyete almak olduğunu ifade etmiştir.

Aslında *Mitsubishi* davasında Yüksek Mahkeme bir yandan tahkim yargılamasının meşruluğunu ortaya koyarken, diğer yandan kararların mahkeme onayını alacak şekilde verilmesi gerektiğini ima etmektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin, tarafların uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü olsa dahi, en azından ABD kanadında bu ülkenin rekabet hukuku kurallarına riayet etmelerinin beklendiği çıkarılabilir. Blessing, “*second look*” doktrininin ABD hukuku açısından uygulanmasına ilişkin görüşünde, hakem heyetinin ABD antitröst yasalarına uyum konusunda sadece bir hak değil aynı zamanda kesin bir yükümlülük sahibi olduğunu belirtmiştir. Ancak bu noktada kararlara yargı müdahalesinin ne ölçüde olacağı belirsizdir. *Second look* teorisinin uygulama sınırları düşünüldüğünde, *Mitsubishi* kararında bazı soruların net cevabı verilmiş değildir.

Mitsubishi kararından sonra tartışmaların odak noktası, hakem kararlarının yargısal denetiminin ne ölçüde olması gerektiği sorusunu cevaplamaya yönelmiştir. Güncel bir kararda⁴³ Yüksek Mahkeme, FAA'nın 9–11. bölümleri arasındaki maddeler birlikte okunduğunda, tahkim kararlarının bu yargılamanın amacına aykırı düşmeyecek şekilde sınırlı olarak denetleneceği yönündeki ulusal politikaya uygun olduğunu, bu sebeple iptal sebeplerinin sınırlı yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir.

Yüksek Mahkemenin bu kararındaki temel amacın, tahkim yargılamasının aşırı yargısal denetimine kapı aralamamak olduğu belirtilmektedir (Reuben 2009, 1122). Galbraith'e göre önemli olan tahkim kararlarının iptali sebeplerinin genişletilmesinden ziyade, tahkim sürecinin kendisinin geliştirilmesi ve tahkim kararlarının denetiminin klasik mahkeme yargılamasından dikkatli şekilde ayırt edilmesidir (Galbraith 1993, 25). Benzer şekilde Yargıç Posner, 1994 yılındaki açıklamasında tahkim kararlarının yargısal denetiminin gerçek anlamda bir denetim olmadığından bahsetmekte, ayrıca *Wilko*⁴⁴ kararında yer alan ve yazılı olmayan iptal sebeplerinden biri olarak görülen “açıkça ve kasıtlı olarak hukukun dışına çıkma” standardını eleştirmektedir (Williams 1995, 304).

Son zamanlarda tahkime elverişlilik ve tahkim kararlarının denetimine ilişkin tartışmalar ise ağırlıklı olarak sınıf davalarının tahkime elverişliliği ve bu davaların bazı yapısal özellikleri nedeniyle tahkimde ortaya çıkabilecek meseleler üzerine yoğunlaşmaktadır. Federal mahkemeler arasında potansiyel davacıların temsili ya da sınıf davası açmalarını engelleyen tahkim anlaşmalarının meşruluğuna ilişkin farklı kararlar verilmektedir. Dört Temyiz dairesi bu tür tahkim anlaşmalarının tenfizine izin vermişlerdir. İki temyiz dairesi ise *Ting v AT&T*⁴⁵ ve *Kristian v. Comcast Corp.*⁴⁶ kararlarında bu tür davalara ilişkin olarak tahkim anlaşmaları akdedilemeyeceğine karar vermiştir. Öte yandan, ABD'de tazminat davalarındaki hızlı artış, tahkim davalarında tartışmanın odağını sınıf davalarına yöneltmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme 2010 tarihli *Stolt-Nielsen*⁴⁷ kararında, tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça yer almadığı sürece sınıf davalarında tahkimin mümkün olamayacağını ifade etmiştir.

Sonuç olarak ABD'de rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda tahkimin gelişimine bakıldığında, özellikle son otuz yılda bu konuda bir ivme kazanıldığı

⁴³ *Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

⁴⁴ *Wilko v. Swan* 346 US 427 (1953). *Wilko v. Swan* davasında mahkemece ulusal uyumsuzluklar açısından tahkimin mümkün olmadığı savunulmuştu.

⁴⁵ *Ting v. AT&T*, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003).

⁴⁶ *Kristian v. Comcast Corp.*, 446 F.3d 25 (1st Cir. 2006).

⁴⁷ *Stolt-Nielsen, S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758, 176 L.Ed. 2d 605 (2010).

görülmektedir. Ancak tahkim uygulamalarının gelişmiş olmasına rağmen kararların denetimi konusunda istikrarlı bir uygulama olduğu söylenemeyecektir. Önceleri teşebbüsler arası rekabet uyuşmazlıklarının tahkime elverişli kabul edilmesiyle başlayan süreçte, “*second look*” doktriniyle birlikte kararların denetiminde kapsam tartışmaları yaşanmıştır. Genel kabul gören yaklaşım ise *second look* doktrininin, kararların denetiminde mahkemelerin bir teminat işlevi gördüğü ancak bu denetimin esasa ilişkin bir denetim olmayacağı yönündedir.

2.3. AB REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarının önem kazanması yönündeki eğilimin başlangıcı 1/2003 sayılı Rekabet kurallarının Uygulanması Hakkında Konsey Tüzüğü’ne dayanmaktadır.⁴⁸ Özellikle AB üye ülkelerinin mahkemelerinde rekabet ihlallerine ilişkin özel hukuk yaptırımlarındaki artış, özel hukuktan doğan taleplerin nasıl ve ne ölçüde tahkim yargılamasının önünde getirilebileceği sorusunu gündeme getirmiştir.

Rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması önüne gitmesinin sebebi, çoğunlukla taraflar arasında mevcut bir sözleşmedir. Kimi zaman rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlık asıl dava olarak mahkemeye götürülebilmekle birlikte, uygulamada çoğunlukla davalının, aralarındaki sözleşmenin rekabet hukukuna aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu davacıya karşı mahkemede savunma olarak ileri sürmesi yoluyla gerçekleşmektedir (*Euro-defence*). Öte yandan, bazı durumlarda taraflar sonradan aralarında anlaşarak bir uyuşmazlığı tahkime götürmeyi kararlaştırabilmektedirler. Tahkim yargılamasının önüne sıklıkla gelen bir başka uyuşmazlık, Komisyon ya da üye ülke rekabet otoritelerinin rekabet kuralları bağlamında ihlal tespitinin ardından, açılacak tazminat davalarının tahkim mahkemesi önüne gitmesidir. Böyle bir durumda hakem heyetinin görevi, *taraflarca sunulan niceliksel kanıtlar temelinde* zararın ölçüsünü belirlemektir. Son olarak, ilgili bölümde daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, 1/2003 sayılı Tüzüğün 9. maddesi uyarınca, erişim taahhütlerinin koşulları ve yükümlülüklerinin doğru uygulanması ile ilgili iddialar tahkime sunulabilir⁴⁹.

Bugün başta Avusturya, Belçika, İngiltere, Fransa, Almanya, İtalya olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde rekabet hukuku kaynaklı taleplerin tahkime elverişliliği kabul edilmekte ve uygulamada bu talepler hakem mahkemeleri tarafından karara bağlanmaktadır. Uygulamada bazı istisnalar olmakla birlikte, genel olarak rekabet hukukunun, özelde Antlaşma’nın 101. ve 102.

⁴⁸ Çalışmada bundan sonra anılan mevzuat 1/2003 sayılı Tüzük olarak geçecektir.

⁴⁹ Bkz. *DaimlerChrysler*, COMP/E-2/39.140, 13.9.2007; *Toyota*, COMP/E-2/39.142, 13.9.2007; *Opel*, COMP/E-2/39.143, 13.9.2007; *German Electricity Wholesale Market*, COMP/B-1/39.388, COMP/B-1/39.389; *German Electricity Balancing Market*, OJ C 146, 12.6.2008, 34-35.

maddelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda Avrupa genelinde uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür. Bir adım öteye gidildiğinde, ICC'nin uluslararası ticari sözleşmeleri Antlaşma'nın 101 (2) maddesi yönünden incelediği ve sonuca bağladığı çok sayıda karar bulunmaktadır.⁵⁰

1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle birlikte özellikle muafiyet verme yetkisi açısından yeni bir döneme girilmiş, Avrupa Birliği Komisyon'unun (Komisyon) muafiyet vermeye ilişkin münhasır yetkisi kaldırılmış⁵¹, böylelikle üye ülke mahkemelerinin muafiyet verebilmesinin önü açılmıştır. Bu düzenlemenin ardından, hakemlerin bireysel muafiyet verme yetkileri olup olmadığı hususu tartışmaya açılmıştır. Burada kilit rol oynayan bir husus, rekabet hukuku hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliğidir⁵².

Üye ülkelerin rekabet hukuku mevzuatlarında tahkime elverişlilik açısından sorulan bir başka soru da, hakemlerin 101(3)'deki muafiyet hükmünü uygulamaya yetkili olup olmadıklarıdır. Ancak mevcut durumda üye ülkelerde hakemlerin bireysel muafiyet vermelerine engel teşkil eden bir yaklaşım olmadığı görülmektedir⁵³. Bunun aksi yönünde doktrinde bazı görüşler⁵⁴ bulunmakla birlikte, hakemlerin uyuşmazlık konusu ile ilgili mal ya da hizmet piyasasını iyi bilen hakem heyetlerince, bireysel muafiyet şartlarının özellikle karmaşık

⁵⁰ 1993-2010 yılları arasında IIC bünyesindeki tahkim mahkemeleri tarafından verilmiş olan ve rekabet hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin kararları içeren liste için bkz. Blanke ve Landolt (2010), 2201.

⁵¹ Ayrıca 1/2003 sayılı Tüzükle (OJ L 1/1, 4.1.2003) birlikte tarafların 101. maddedeki koşullar açısından kendi durumlarını değerlendirebilecekleri sisteme geçilmiştir. Böylelikle, muafiyet için bildirim yapma usulü ortadan kaldırılmıştır.

⁵² Gerek Antlaşmanın 101 ve 102'inci madde hükümleri, gerekse Komisyon kararlarının AB hukuku uyarınca sahip oldukları etki, doğrudan etki prensibidir (*the principle of direct effect*). Bu etkiye göre ilgili hükümler ve Komisyon kararları, üye ülkeler ve bu ülkelerin ulusal mahkemeleri nezdinde bağlayıcı olup, üye ülkelerin iç hukuklarının bir parçası niteliğindedirler. AB anayasal hukuku açısından önemli bir diğer ilke üstünlük ilkesidir (*the doctrine of supremacy*). Bu ilkeye göre AB mevzuatı ve içerisinde yer alan AB rekabet hukuku mevzuatı üye ülkelerin iç hukuklarından üstündür ve üye ülke mevzuatları ile çatışma durumunda AB mevzuatı uygulanır. Bir diğer ilke olan kurumlar arası işbirliği ilkesine göre üye ülkelerdeki yargılama makamları, Birliğin kurumlarıyla işbirliği içinde olmakla yükümlüdür. Son olarak, AB rekabet hukuku dikkate alındığında, ihlal içeren davranış iç piyasada önemli bir etkiye sahip olduğu ölçüde Komisyon'un ülkelerarası denetleyici yargı yetkisi bulunmaktadır ve AB rekabet hukuku kurallarının doğru uygulanmasını sağlama görevi mevcuttur (*Commission as the guardian of the treaties*).

⁵³ Mourre'ye göre anılan maddeyle öngörülen yetki, tıpkı mahkemeler gibi yargılama yapan hakem mahkemeleri üzerinde de doğrudan etki doğurmaktadır (Mourre 2010, 47). Benzer bir görüş için bkz. Landolt 2006, 101 dipnot 33.; Nazzini, Blanke (Part I) 2008, 54-55. AB üyesi ülkelerde rekabet ihlali içerikli uyuşmazlıklarda hakemlerin bireysel muafiyet verme yetkileri olup olmadığına yönelik tartışmalar için bkz. Groot 2008, 175-189.

⁵⁴ Komisyonun 2004 yılında yayınladığı AB rekabet hukuku kurallarının ihlaline dayanan tazminat davalarına ilişkin karşılaştırmalı rapor için bkz. http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html, s. 134

ekonomik delillerin değerlendirilmesi -gereken uyuşmazlıklar bakımından-uzmanlıkları olmayan genel mahkemelere kıyasla daha iyi çözümleyebilecekleri düşünülmektedir (Blanke 2009,551).

Sonuç olarak, AB rekabet hukuku açısından uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunun, içtihatların etkisiyle uzun süre önce olumlu yönde çözüme kavuşturulmuş bir mesele olduğu belirtilmektedir (Nazzini ve Blanke (Part I) 2008, 48-49; Mourre 2010, 16). Ancak sorunlu bir alan olarak rekabet hukukunda tahkime elverişliliğin, çeşitli boyutlarıyla tatışılacağı ve konunun içtihatlarla şekillenmeye devam edeceği söylenebilir. Bu süreci daha iyi anlayabilmek için konuyla ilgili Avrupa Adalet Divanı ve Komisyon kararlarına değinmek yerinde olacaktır.

2.4. AB Rekabet Hukukuna İlişkin Kararlar Işığında Tahkime Elverişlilik ve Kamu Düzeni

Hakemlerce verilen kararın konu yönünden tahkime elverişsizliği ve kamu düzeni, Konvansiyonda iki farklı red sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak tahkime elverişliliğin esasında kamu düzeni kavramı ile eşdeğerli olabileceği de tartışılmaktadır⁵⁵.

Kamu düzeni kavramının ve bunun paralelinde rekabet hukukunun tahkime elverişliliği hususunun ele alındığı önemli kararlardan biri, önce Hollanda mahkemesinde görülen, ardından temyiz yoluyla Avrupa Adalet Divanı'nın önüne gelen *Eco Swiss China Ltd v Benetton International NV (Eco Swiss)* davasıdır⁵⁶. Olayda Benetton, *Eco Swiss* ve Bulova ile aralarındaki lisans sözleşmesini haksız iptal ettiği gerekçesiyle hakem heyeti tarafından tazminata mahkum edilmiştir.

⁵⁵ Örneğin Belçika Yüksek Mahkemesi 1979 tarihli bir kararında, tahkime elverişsizliği kamu düzeni ile aynı kapsamda değerlendirmiştir (Mourre 2010, 17).

⁵⁶ *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* [1999] ECR I-3055. Bu davanın önemi, aynı zamanda Avrupa Adalet Divanı'na Birlik rekabet hukuku ile tahkim yargılaması arasındaki ilişkinin resmi olarak sorulduğu ve görüş istendiği ilk dava olmasından ileri gelmektedir. Davaya konu olayda Danimarka merkezli Benetton International NV (Benetton), Hong Kong merkezli Eco Swiss China Time Ltd (Hong Kong) ve Amerika merkezli Bulova Corporation (Bulova) 8 yıllık bir lisans anlaşması akdetmişlerdir. Anlaşmaya göre üretimi yapılacak Benetton ve Bulova marka isimleriyle iştirak edecek, Eco Swiss üretimi ve dağıtımını gerçekleştirecekti. Taraflar arasındaki sözleşmede bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların Hollanda Tahkim Merkezi (NIA)'nde görüleceğine ilişkin bir tahkim şartı mevcuttur. Daha sonraki bir tarihte Benetton, telif hakkına ilişkin bazı sorunlar nedeniyle Bulova ve Eco Swiss'e sözleşmenin feshi için bildirimde bulunmuş, ancak taraflar bu bildirim kabul etmemiş ve tahkim yargılamasına başvurmuşlardır. Yargılama sonucunda mahkeme Benetton'un fesih bildirimini haksız bulmuş ve Benetton'u, lisans sözleşmesini haksız feshettiği gerekçesiyle 30 milyon dolar tazminat ödemeye mahkum etmiştir.

Bu karar üzerine Benetton, (a) lisans anlaşmasının pazar paylaşımına ilişkin hükümler içermesi sebebiyle 81. maddeye (şu anki md. 101) aykırı olduğunu, (b) 81. maddenin Danimarka Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre kamu düzenine ilişkin olduğunu iddia etmiştir. Temyiz mahkemesi kararında, Danimarka Usul Hukuku gereğince 81. maddenin kamu düzeninden olduğunu zira 81 ve 82. maddelerin, gelecekteki ortak pazarın teminatı olduğunu ve maddedeki yaptırımların bu teminatın mihenk taşı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca anılan Antlaşma hükümlerinin kamu düzeninden olması sebebiyle, genel mahkeme ya da hakem heyetinin, tarafların iradesini aşmak durumunda kalsa dahi bu kuralları resen (ex officio) uygulamakla mükellef olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak temyiz Mahkemesi kararında Benetton'u haklı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin yaptığı analizde, bir hakem kararının iç hukuk açısından kamu düzenine aykırı olabilmesi için, hakem kararının zorunlu maddeleri ihlal edecek içerikte olması gerektiğini, Danimarka iç hukuku açısından rekabet hukukuna ilişkin maddelerin ihlali niteliğin taşıyan bir hakem kararının kamu düzenine aykırı görülemeyeceğini ifade etmiştir⁵⁷. Ancak Topluluk rekabet hukuku gözetildiğinde konunun nasıl yorumlanacağı sorusu yanıtız kalmıştır (Groot 2010, 579).

Konuya ilişkin belirsizlikleri giderebilmek amacıyla Yüksek Mahkeme, Avrupa Adalet Divanı'na (ECJ) konunun esasına ilişkin üç soru ve usule ilişkin iki soru olmak üzere toplam beş soru yöneltmiştir.

- Tahkim taraflarının, yargılamada 81. maddenin uygulanmasını talep etmedikleri bir durumda hakem heyeti bu maddeyi resen uygulamalı mıdır?
- Danimarka'daki bir adli mahkeme, verilmiş bir hakem kararının 81. maddeye aykırı olacağını düşünüyorsa, kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle bu kararı iptal edebilir mi?
- Uyuşmazlığa 81. maddenin uygulanabilirliği hususunun uyuşmazlığın kapsamı dışında olduğu ve hakemlerin buna ilişkin karar vermedikleri bir durumda, kararın kamu düzenine aykırı olduğunu düşünüyorsa Danimarka'daki adli mahkeme hakem kararını iptal etmeli midir?

⁵⁷ Eco Swiss davasındaki kamu düzeni yaklaşımı ve AB rekabet hukukunun üstünlüğü ilkesi ile ilişkisi hakkında karşılaştırmalı görüşler için bkz. Blanke 2007, Stockholm Int. Arb. R., 65 dipnot 58.

Adalet Divanı en kapsamlı soru olan ikinci soruya olumlu yanıt vermiştir⁵⁸. Dolayısıyla Adalet Divanına göre, ilgili ülkenin iç hukukunda iptal sebebi olarak öngörülmüşse, 81. maddeye aykırılık, kamu düzeni açısından iptal sebebi olabilir.

Adalet Divanının *Eco Swiss* davasındaki içtihadıyla bağlantılı bir karar, yedi yıl sonra, Temmuz 2006'da verdiği *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (Manfredi)*⁵⁹ kararıdır. Kararda, *Eco Swiss* davasındaki yoruma benzer şekilde 81 ve 82. maddelerin, ulusal mahkemelerce kendiliğinden uygulanması gereken bir kamu düzeni meselesi olduğu belirtilmiştir. Bu karara göre yargıçlar, hakem kararını denetlerken, kararın Birlik rekabet hukuku kurallarına uyumluluğunu bir kamu düzeni meselesi olarak düşünmelidirler.

Bu noktada, tahkimde genel kabul gören kurallardan irade serbestisi (*party autonomy*) ilkesi ile hakemlerin rekabet hukuku mevzuatını resen “*ex-officio*” uygulama görevleri arasında bir tür çatışma olduğu söylenebilir. Söz konusu çatışma iki soru gündeme getirmektedir: Tahkim yargılaması taraflarının, yargılamada uygulanacak hukuk bakımından sahip oldukları irade serbestisi karşısında, hakemler kendilerine yetki verilmeden Birlik rekabet hukuku kurallarını uygulamakla yükümlü kılınabilir mi? Ayrıca *Eco Swiss* davasında Yüksek Mahkemenin Adalet Divanına sormadığı ancak önemli bir konu olarak, yerel mahkemelerin tahkim kararları üzerindeki denetiminin kapsamı ne olmalıdır? Bu sorular, “*second look*” doktrini çerçevesinde tartışılmıştır.⁶⁰

Konuya ilişkin önemli bir diğer dava *Thales v Euromissiles (Thales)*⁶¹ davasıdır. ICC tahkiminde haksız bulunan Thales, hakemlerin yargılama sırasında 81. madde hükmünü gözetmediğini ve karşı taraf ile aralarındaki anlaşmanın geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu hususlara ek olarak kararın “*uluslararası kamu düzenine*” aykırı olduğu gerekçesiyle Paris Temyiz Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme öncelikle kararında, *Thales* kararı temyiz edene kadar her iki tarafın da esas sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmemiş olduğunu tespit etmiş ve Thales’in temyizdeki iradesini sorgulamıştır. Kararın diğer kısmında

⁵⁸ Divan bu yorumunun ardından ikinci soruyla bağlantılı olan birinci ve üçüncü soruları yanıtlamaya gerek görmemiştir.

⁵⁹ Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al. (2006) ECR I-6619 Joined Cases C-295/04 anc C-298/04, (de Groot 2001, 596).

⁶⁰ “Second look” doktrininde hakem kararlarının mahkemelerce denetiminin kapsamı ve yoğunluğu tartışılmaktadır (Nazzini ve Blanke III, 200, 143). “*Second look*” doktrini ile amaçlanan, hakem kararının iptali ya da tanınması istemiyle mahkemeye başvuru durumlarda mahkemenin 81. ve 82. (şimdiki 101 ve 102.) maddeleri uygulamakla ve kararın rekabet hukukuna uygun olup olmadığını kontrol etmekle yükümlü olup olmadığını, eğer böyle bir yükümlülük varsa bu yükümlülüğün kapsamını belirlemektir (Groot 2008, 608).

⁶¹ SA Thales Air Defense v. GIE Euromissile, CA Paris, 18-11-04, 2002/60932, (Komninos 2008, 38)

mahkeme, hukuki güvenlik ilkesine vurgu yaparak, uluslararası kamu düzeninin ihlal edildiğinin varsayılabilmesi için bu ihlalin “açık, etkili ve somut” olması gerektiğini, bu sebeple sadece kararın geçerliliği hakkında değerlendirme yapılabileceğini belirtmiştir.

Bir başka davada, ulusal mahkeme, yabancı bir hakem kararının uygulanmasını AB rekabet hukuku kurallarına aykırı bularak, kamu düzeni gerekçesiyle reddetmiştir (*MDI v. Van Raalte davası*)⁶² Olayda Van Raalte, MDI ile aralarındaki lisans sözleşmesinde kusurlu olduğuna ilişkin hakem kararına karşı mahkemeye başvurmuş ve kararın Danimarka Medeni Usul Kanununun ilgili hükümleri ile New York Konvansiyonunun V (2) maddesi uyarınca iptalini talep etmiştir.

Danimarka ilk derece mahkemesi, kararı münhasırlık anlaşması, pazar paylaşımına ilişkin hükümler içermesi nedeniyle m. 101 hükmüne aykırı bulmuş, Temyiz Mahkemesi hakemlerce tartışılmamış olmasına rağmen, sözleşmede 101. maddeye aykırı hüküm içeren ve muafiyetten yararlanamayan bölge sınırlamaları olması nedeniyle kamu düzeninin ihlal edildiği kanaatine varmıştır (Idot 2008, 90)⁶³.

MDI kararına benzer bir yaklaşımı Belçika ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu *Cytec v. SNF*⁶⁴ kararında görmek mümkündür. Karara konu olay, Cytec ile SNF arasında imzalanmış olan, akrilamid maddesine ilişkin uzun dönemli bir tedarik anlaşmasıdır. Hakem heyeti kararında taraflar arasındaki ana sözleşmenin Antlaşma'nın 101. maddesinin ihlali niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Kararı inceleyen temyiz mahkemesi ise hakem yargılamasının meşruiyetine vurgu yapmış ve hakem heyetinin, anlaşmanın hükümsüz olup olmadığını inceleme yetkisi olduğunu, hakem kararının denetiminin kendileri açısından tali bir denetim olduğunu ifade etmiştir.

Anılan kararlar ışığında, hakem kararlarının denetiminde kamu düzeni kapsamındaki incelemenin, AB rekabet kurallarının uygulanışı bakımından kontrol aracı olarak görüldüğünü söylemek mümkündür.

Esasen günümüzde çoğunlukla tahkim yargılamasının temel ilkesi olarak *hakem kararlarının kesinliği* prensibinin kabul edildiği görülmektedir. Bunun pratik sonucu, tıpkı bir devlet mahkemesi kararın üst derece mahkemesince

⁶² *Marketing Displays International Inc. V. VR Van Raalte Reclame B.V.*, Court Of Appeal Of The Hague, 24.3.2005, Case 04/694 and 04/695, (Idot 2008, 90).

⁶³ Mahkeme *Eco Swiss* kararına atıfta bulunarak, taraflar arasındaki esas sözleşmenin ilk bakışta (prima facie) anti rekabetçi olduğunu, zira sözleşmenin konusunun bir ürünün Benelux ülkelerinde münhasıran üretimi ve satımı olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, Danimarka Mahkemesi hakem kararının Konvansiyon hükümleri bağlamında reddedilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

⁶⁴ *Societe SNF SAS v. Societe Cytec Industries BV*, 23.3.2006, Case 04/19673, (Komninos 2008, 39)

kendiliğinden temyize konu olmaması gibi, hakem kararının da kural olarak denetime tabi olmamasıdır. Dolayısıyla hakem kararının iptali ya da uygulanmasının reddi sadece sınırlı durumlarda söz konusu olacaktır ki; esasa yönelik bu denetimin sınırı kamu düzeni ve fazlaya hükmedemeden (*ultra petita*) ibarettir (Brozolo 2011, 21).

Bu noktada, kamu düzeninden ve aynı zamanda uygulanması zorunlu kurallardan olduğu kabul edilen rekabet hukuku kurallarına ilişkin uyuşmazlıklarda, hakem kararlarının denetiminin ne ölçüde yapılması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır.

2.4.1. Hakem Kararlarının Denetiminde Farklı Yaklaşımlar

Hakem kararlarının kamu düzeni bağlamında denetime tabi tutulduğu durumlarda incelemenin hangi yoğunlukta yapılacağı sorusuna, son on yıl içinde başta *Eco Swiss* davasında Avrupa Adalet Divanı tarafından verilen karar olmak üzere bunu izleyen farklı kararlarda yanıt aranmıştır.

Thales davasının ardından, hakem kararlarının kontrolünde kapsamlı denetim (maximalist approach) ve sınırlı denetim (minimalist approach) olmak üzere iki değişik görüş ortaya çıkmıştır.

Kapsamlı denetim görüşünün savunucularına göre esas olan, hakem kararlarının tüm ayrıntılarıyla incelenmesidir. Buradaki hedef, rekabet hukukunun “doğru” uygulanıp uygulanmadığının kontrolüdür (OECD 2011, 13). Mahkemelerce efektif bir değerlendirme yapılabilmesi için katı bir denetim standardı oluşturulmalıdır (Brozolo 2011, 22). Hakem kararının tümüyle yeniden incelenmesi, dolayısıyla esasa yönelik inceleme yapılması, bu görüşün savunucularına göre tahkime elverişliliğin rekabet hukuku uyuşmazlıklarına doğru genişletilmesinin kaçınılmaz sonucudur. Böylelikle, tahkimin rekabet hukuku hükümlerinden kaçınmak için kullanılmasını tehlikesi de bertaraf edilmiş olacaktır.

Aksi yöndeki sınırlı denetim yaklaşımının taraftarları ise temel olarak tahkim hukukunun temel prensipleri ve hakem kararlarının bağlayıcılığı açısından olaya bakmaktadır. Sınırlı denetim yaklaşımına göre hakem kararları incelenirken yapılan denetim sonucu kararın iptali ya da tanınması veya tenfizinin reddi, istisnai durumlarda mümkündür. Bu durumlar ise a) verilen kararın ağır ve ciddi rekabet ihlaline yol açması b) taraflarca açıkça ileri sürüldüğü halde karar verme sürecinde AB rekabet hukukunu tamamıyla göz ardı edilmesidir (Blanke 2008, 578).

Brozolo’ya göre mahkemeler, rekabet hukuku uyuşmazlıklarını içeren hakem kararlarıyla karşılaştıklarında sadece hakemlerin bu konulara işaret edip

etmediklerini ve bu konuları yeterli düzeyde karar bağlayıp bağlamadıklarını kontrol etmekle yetinmelidirler (Brozolo 2011, 22-26). Söz konusu yaklaşımın bir diğer argümanı ise denetleyici konumdaki ulusal mahkemelerin AB rekabet hukuku kurallarını uygulamada hakemler kadar deneyimleri olmayabileceği ve kendi görev alanlarındaki davalarda dahi kimi zaman AB rekabet yasası hükümlerini hatalı uyguladıklarıdır.

İlk bakışta görülebilecek hatalar haricinde bir inceleme, uyuşmazlığın esasına yönelir ve bu durum “kararların kesinliği” ilkesini (davanın özünün incelenmesi yasağı - *révision au fond*) zedeler (Liebscher 2011, 819; Komninos 2008, 38). Bu görüşün savunucularına göre tahkim kararlarının mahkemede tümüyle yeniden incelenmesi en başta tahkim yargılamasının amacına ters düşecektir. Bu nedenle mahkemeler sadece kamu düzeninin temelinden sarsılması durumunda tahkim kararlarını bozabilmelidir.

Öte yandan, *Eco Swiss* davasında Adalet Divanı, Konvansiyon hükümlerini göz önüne alarak kamu düzenini yorumlarken hem AB kamu düzeni kavramını ilgili ulusal kavramlar ile bütünleştirmeyi tercih etmiş, hem de uluslararası kamu düzenini sınırlı yorumlamıştır. Bu dava ve sonrasında mahkemelerin benzer nitelikteki kararları, hakem kararlarının sınırlı denetimi yaklaşımının lehine olan görüşleri desteklemektedir.

Hakem kararlarının denetimine ilişkin içtihat, sınırlı denetim yaklaşımının AB içerisindeki ulusal mahkemeler tarafından daha fazla rağbet gördüğünü göstermektedir.

Sonuç olarak, ulusal mahkemelerin kamu düzeni gerekçesiyle hakem kararlarını iptal etme ya da uygulanmasını reddetme gibi bir sonuca varmaları, genellikle rekabet hukukuna ilişkin bir sorunun kararda tamamen ihmal edilmiş olması ya da “*ilk bakışta*” esasa etki edecek şekilde çok açık ve ciddi bir ihlale sebep olması durumuna özgülenmiştir. Tüm bu veriler ışığında hakem kararlarına yönelik denetimdeki yaklaşımın, sınırlı denetimden yana olduğu söylenebilir.

2.4.2. Hakemin Komisyon ve Rekabet Otoriteleri İle İşbirliği ve Komisyonun Uzman Bilirkişi (*Amicus Curiae*) Olarak Rolü

Bir önceki bölümde değinildiği üzere hakem kararlarının devlet mahkemelerince denetimi, sınırsız bir denetim olarak algılanmamaktadır. Bu denetimin, hakem kararlarının hukuka uygunluğunu güvenceye almak için iyi bir önlem olduğu düşünülebilir. Ancak buradaki risk, tahkim mahkemelerinin devlet mahkemelerinden önce başvuru olan bir “ön inceleme merci” olarak görülmesi ihtimalidir.

Bu noktada, tahkim yargılamasından beklenen avantajların elde edilmesi için -özellikle rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tartışıldığı hakem kararları açısından- tahkim mahkemeleri ile Komisyon arasında işbirliği yapılması fikri üzerinde durulmaktadır. Rekabet hukukuna uyuşmazlıklarını içeren tahkim yargılamaları açısından Komisyon ile işbirliği iki yönlü olarak tartışılmakta olup bunlar;

- Komisyonun birleşmelerdeki koşullu izin kararlarında yer alan taahhütler hakkında ya da doğrudan AB rekabet hukuku hükümlerinin doğru uygulanmasına yönelik olarak, hakemlerin Komisyondan açıklama talep etmesi
- Antlaşma md. 211 uyarınca AB rekabet hukuku hükümlerinin doğru uygulanmasını gözetmek yükümlülüğünde olan Komisyonun, özellikle koşullu birleşme izni kararlarındaki taahhütlerin doğru uygulanmasını (ve dolayısıyla kamu yararını) sağlamaya yönelik olarak uzman bilirkişi (amicus curiae)⁶⁵ sıfatıyla görüş bildirmesi

olarak gruplanabilir.

1/2003 sayılı Tüzüğün 15(1) maddesinde, Antlaşmanın 101 ve 102. maddelerinin uygulanmasına ilişkin konularda üye ülke mahkemelerinin Komisyona doğrudan soru sorma yetkisine yer verilmiştir. Maddenin devamında mahkemelere, 101 ve 102. maddeleri uyguladıkları davalara ilişkin kararların birer nüshasını Komisyona iletmeleri görevi yüklenmiştir. Tüzüğün 15(3) maddesinde ise bir yenilik olarak, üye ülke rekabet otoritelerinin kendi takdir yetkileriyle mahkemelere Antlaşmanın 101 ve 102 maddelerinin uygulanmasına yönelik yazılı görüş bildirebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu durumda ulusal rekabet otoriteleri, uzman bilirkişi sıfatıyla hareket etmektedirler (Komninos 2011, 734). Ancak söz konusu hükümler, lafzi bir yorumla hakem heyetlerine uygulanabilir değildir (Nazzini 2008, 103).

Tüzüğün 15(3) maddesindeki yazılı ya da sözlü görüş bildirme görevinin tahkim yargılamasına uygulanmasının doğru olmayacağı görüşüne göre tarafların uygulanacak hukuk açısından irade serbestisi prensibine dayalı olan tahkimde ulusal rekabet otoritelerinin tahkim sürecine karışması⁶⁶, tahkimin özellik,

⁶⁵ Tahkim yargılaması açısından amicus curiae kavramı, Komisyon'un tahkim mahkemelerinin yanında olan bir duruş sergileyerek, gerek taahhütlerle ilgili gerekse AB rekabet hukukuna ilişkin olağan bir tahkim sürecine aktif ya da pasif olarak katılımını ifade edecek şekilde kullanılmaktadır (Nisser ve Blanke 2006, 174).

⁶⁶ Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken, Komisyonun idari yetkileri kapsamında her zaman, rekabeti kısıtlayıcı herhangi bir anlaşma karar ya da uyumlu eylem olup olmadığının tespiti için gerekli bilgi ya da belgeleri taraflardan talep edebileceğidir.

bağımsızlık ve güven ilkelerini zedeleyecektir⁶⁷ (Komninos 2011, 739). Doktrinde konuya ilişkin öncelikle şart koşulan husus böyle bir katılım için öncelikle tahkim yargılaması taraflarının, otoritelerin katılımına rıza gösteriyor olmaları gerektiğidir (Blanke ve Komninos 2010, 739; Nazzini 2008, 108).

Komisyonun ya da rekabet otoritelerinin tahkim sürecine katılımı potansiyel olarak şu durumlarda ortaya çıkabilir:

- Tahkim taraflarından biri, heyete başvurarak rekabet otoritesinin sürece dahil edilmesini talep etmiş olabilir.
- Tahkime taraf olmayan ancak tahkim yargılamasından dolayı menfaati etkilenebilecek olan 3. kişi ya da kişiler rekabet otoritesine doğrudan başvurmuş olabilir.
- Rekabet otoritesi, kendiliğinden mevcut bir tahkim yargılamasına görüş bildirmek ya da başka bir şekilde müdahil olmak isteyebilir.
- Hakem heyeti, Komisyon'dan yazılı ya da sözlü olarak bilgi talebinde bulunabilir

Rekabet otoritesinin tahkim yargılamasına katılımını taraflardan biri istemişse, hakem heyetinin önünde bir seçim bulunmaktadır. Hakem heyeti öncelikle bu talebi olumlu ya da olumsuz bir sonuca bağlayacak, ardından otoritenin müdahalesinin sadece usuli konulara mı özgüleneceği yoksa uyuşmazlığın esasına mı müdahil olunacağına karar verecektir. Bu noktada, tahkim yargılamasında hem diğer yargılama usüllerinden bağımsızlık, hem de tarafların özerkliği ilkesi bir nevi çatışma durumundadır. Otoritenin esasa ilişkin konuda müdahalesinin kabul edildiği bir durumun, tahkim yargılamasının bağımsızlığını zedeleme ihtimalinin mevcut olduğu belirtilmektedir (Nazzini 2008, 107).

Bütün bu hususların yanında, konusu ve taraflar aynı olsa dahi hakem kararlarının hiçbir koşulda rekabet otoritelerini bağlayıcı olmayacağı kabul edilmektedir. Rekabet otoritelerinin aynı konuda ve aynı taraflar hakkında vermiş olduğu kararların ise hakem heyeti açısından ne ölçüde bağlayıcı olacağı tartışmalıdır. Genel olarak rekabet otoritelerinin tahkim yargılamasında

⁶⁷ Rekabet otoritelerinin bu şekilde tahkim sürecine dahil olmaları, tarafların rızasına uygun ise durum farklılaşabilir. Nazzini'ye göre ise hakemler önlerinde gelen karmaşık bir rekabet hukuku uyuşmazlığında alacakları kararın iptali riskine karşı Komisyonun böyle bir uyuşmazlıkta nasıl bir karar alacağına dair bilgi edinmek isteyebilir. Bu tür istisnai durumlarda hakemler, Komisyonun dosyaya müdahil olmasına izin verebilir, hatta Komisyonu dosyaya davet edebilir. Hatta böyle bir durumda hakemlerin, daha önce aynı taraflar hakkında ve aynı konudaki Komisyon kararını göz önünde bulundurmaları, yararlarına olacaktır (Nazzini 2008, 105-106).

uzman bilirkişi sıfatıyla oynayacağı rolde şu hususlara dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır:

- Rekabet otoritelerinin tahkim sürecine katılmaları tarafların rızasına aykırı olmamalıdır.
- Tarafların geçerli rızaları bulunmadığı durumlarda hakem heyeti, ancak kararın iptali riski olan durumlarda otoritelere başvurmalı ya da böyle bir müdahaleye olanak vermemelidir.
- Tahkim sürecinde otoritenin yazılı ya da sözlü katılımı, hakemlerin uygulanabilir karar verme amacı ile sınırlı olmalıdır.
- Otoritelerin yargılamaya müdahalesi sırasında tahkimin temel özelliklerinden olan gizlilik ve tarafların eşitliği ilkeleri ihlal edilmemelidir.
- Rekabet otoriteleri aynı konuda ve tarafların aynı olduğu durumda dahi tahkim kararı ile bağlı değildirler. Ancak hakemler, geçmiş otorite kararlarını hakemlerin uygulanabilir karar verme amacı doğrultusunda dikkate almakla yükümlüdür (Nazzini 2008, 108-109).

Mevcut bir tahkim yargılamasına rekabet otoritesinin katılım gösterebileceği (örneğin gerektiğinde hakem seçimi yoluyla) ya da yargılamanın gözetimi, özellikle koşullu birleşme kararlarında taahhüt getirilen durumlarda gerçekleşebilir.

2.4.3. BİRLEŞMELERİN KONTROLÜNDE TAHKİMİN ROLÜ

2.4.3.1. Genel Olarak

Teşebbüsler arası yoğunlaşmaların kontrolüne ilişkin 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'nün⁶⁸ (Yoğunlaşma Tüzüğü) kapsam maddesinde, ortak pazarın geneli ya da önemli bir kısmında rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşmeler⁶⁹, ortak pazar anlayışıyla bağdaşmaz nitelikte kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Ancak birleşmelere yönelik rekabetçi endişeler, birleşme çözümleri yoluyla giderilebilmektedir. Bugün, AB rekabet hukuku uygulamasında rekabeti kısıtlayacak yoğunlaşmaların kontrolü bakımından birleşme çözümleri önemli bir araçtır⁷⁰.

⁶⁸ Teşebbüsler arası yoğunlaşmaları düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation)

⁶⁹ Bu bölümde birleşme kavramı, birleşme devralma ve ortak girişimle için ortak bir ifade olarak kullanılmıştır

⁷⁰ Günümüzde anti-rekabetçi etkiler doğurabilecek nitelikte olan birleşme işlemlerinin yaklaşık %90'ı, işlemin yasaklanması yerine birleşme çözümleri kullanılarak sonuca bağlanmaktadır (Lindsay, 547).

Yoğunlaşma Tüzüğü kapsamında, birleşmeler sonucu meydana gelebilecek anti-rekabetçi etkileri giderebilmek amacıyla getirilebileceği öngörülen çözümler⁷¹ birçok şekilde karşımıza çıkabilmekle birlikte, temel olarak iki şekilde getirilmektedir:

- Birleşme işlemi taraflarının, faaliyet gösterdikleri işkolunun bir bölümünü pazardaki diğer rakipler lehine ayrıştırılmaları (yapısal çözümler/structural remedies)
- Birleşme işlemi taraflarının, piyasada gelecekte faaliyet gösterebilecek, potansiyel 3. kişi rakipler lehine belirli bir şekilde davranışlarını düzenlemeleri (davranışsal çözümler/behavioural remedies)

Tüzüğün ilk halinin yürürlüğe girdiği 1989 yılından bu yana geçen süreçte Komisyon, birleşmelere koşullu izin verdiği birçok kararında, özellikle davranışsal çözümlerin (behavioural remedies) doğru uygulanıp uygulanmadığının izlenmesine ve uygulama sürecinin bütününe yönelik olarak tahkim usulünün kullanılmasını kabul etmiştir.

Davranışsal çözümler genellikle (a) işlem tarafının hakim konuma ya da tekel konumuna geldiği durumlarda teknolojik ya da fiziksel altyapıya erişim taahhüt edilmesi (b) işlem tarafıyla 3. kişi rakipler arasında mevcut ya da yeni oluşacak iş ilişkileri kapsamında ürün arzı ya da satımı anlaşmalarının kurulması (c) birleşen taraf ya da müşterilerinin, 3. kişi rakipler lehine uzun dönemli sözleşmesel ilişkiler kurulmasının sağlanması (d) birleşen taraf ya da müşterilerinin, 3. kişi rakipler açısından anti-rekabetçi etkiler doğuran dağıtım anlaşmalarının sona erdirilmesinin sağlanması gibi yöntemlerle verilmektedir. Davranışsal taahhütler, rekabetin tesisi amacıyla yönelik olarak piyasada, yukarıda sayılan veya benzeri türde taahhütlerin dürüst ve doğru şekilde uygulanmasını orta veya uzun vadede izlenmesini gerektirir. Bu izlemenin belirli maliyetleri olduğu söylenebilir ise de, özellikle dikey ve aykırı nitelikteki birleşmelerde, davranışsal çözümlerin esnek ve değiştirilebilir olmasından kaynaklanan avantajlar gözardı edilmemelidir. Özellikle, ilgili piyasayı denetleyen bir kurum olduğu ve pazardaki rakipler ile müşterilerin çözümün denetlenmesi konusunda istekli olduğu durumlarda, davranışsal çözümün daha etkin denetlenmesi mümkündür.

Yoğunlaşma Tüzüğü'nün ilk uygulama dönemlerinde birleşme işlemlerinin sonrasında meydana gelebilecek anti-rekabetçi etkilere ilişkin kapsamlı izlemeler yapılmamıştır. Özellikle davranışsal taahhütlerin ilgili piyasada orta ya da uzun

⁷¹ Bu bölümde remedy kavramı için çözüm ve taahhüt terimleri, birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır.

vadeli izleme gerektirmesi nedeniyle Komisyon, bu tür taahhütlere olumlu yaklaşmamıştır (Blanke 2006, 15). Ancak bu durum, Komisyonun konuya ilişkin temel kararlarından 1999 yılındaki *Gencor*⁷² kararıyla değişmiştir. Kararda AB İlk Derece Mahkemesi, birleşme işlemlerindeki taahhütlerde davranışsal ve yapısal taahhüt ayrımının aslında çok önemli olmadığını, hakim durumun güçlenmesini önlemek amacıyla yapısal taahhütler tercih edilebilir olsa da, davranışsal taahhütlerin de bu amaca hizmet edebileceğini vurgulamıştır⁷³. Böylelikle mahkeme, rekabetçi endişelerin sadece yapısal değil, aynı zamanda davranışsal taahhütler ya da bu iki taahhüdün birleşimi niteliğindeki taahhütlerle giderilebileceğini kabul etmiştir (Sabahi and Blanke 2008,217).

Konuya ilişkin diğer bir önemli karar, ARD kararıdır⁷⁴. Bu karara ilişkin olarak mahkeme, davaya konu taahhüde esas davranışın sürekli olarak izlenmesi gerektiği tartışmasında tahkimin, izleme için yeterli bir yöntem olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre taahhüdün sonuçlarından memnun olmayan 3. kişiler, ispat yükü işlem taraflarına ait olmak üzere tahkim yargılamasına başvurabilirler.

Benzer şekilde Komisyonun Easyjet⁷⁵ kararında, ilgili pazardaki rekabetçi endişelerin bazı durumlarda sadece yapısal taahhütlerle değil, davranışsal taahhütlerle ya da bu ikisi türün birleşimiyle giderilebileceği ve burada incelenen olay bazında analiz yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Komisyon'un yoğunlaşma işlemlerine yönelik verilecek taahhütlerde göz önünde bulunduracağı esaslar, Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin 2008/C 267/01 sayılı Komisyon Duyurusunda⁷⁶ (Duyuru) ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Duyuru metninde tahkim yargılaması yöntemine doğrudan yer verilmiş, böylelikle tahkim, yoğunlaşmaların *ex-ante* (öncül) denetimi açısından Komisyon'un politika aracı⁷⁷

⁷² *Gencor v Commission*, Case T-102/96, [1999] CFI.

⁷³ Para. 319: "Hakim durum yaratılması ya da hakim durumun güçlendirilmesi sonucunu doğuracak birleşme işlemlerine yönelik taahhütlerde tercih edilen, orta ya da uzun vadede izlemeye (monitoring) imkan tanıyan yapısal taahhütlerdir. Bununla birlikte, ilk bakışta (prima faice) davranışsal olarak nitelendirilebilecek (bir markanın belirli süre kullanılmaması gibi) taahhütlerin getirilmesi de bu tür birleşme işlemlerinde uygun olabilir."

⁷⁴ ARD v Commission, Case T-158/00, 30.9.2003.

⁷⁵ *Easyjet Airline Co Ltd v Commission of the European Communities* (T-177/04) [2006] E.C.R.

⁷⁶ Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

⁷⁷ Brozolo'ya göre birleşme kararlarındaki tahkim mekanizmasının, rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu klasik ticari tahkimden farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla buradaki tahkim, Komisyonun rekabet hukukunun uygulanışını denetleme görevi açısından yeni bir araç niteliğinde değildir (Brozolo 2008, 8).

haline gelmiştir. Erişim taahhütlerinin tahkime doğrudan referans yapan ilgili bölümü şu şekildedir:

“Erişim taahhütleri karmaşık yapıdadır ve zorunlu olarak erişimin gerektirdiği zorunlu şart ve koşullara ilişkin genel hükümler içerirler. Bu taahhütlerin etkin olarak uygulanabilmesi için, taahhütlerin izlenebilmesini sağlayacak usullerin yerine getirilmesi ve uygun izleme yönteminin oluşturulması gerekir. Normalde, bu tür bir izlemenin taahhütlerden yararlanmak isteyen teşebbüsler tarafından yapılması beklenir. Özellikle, 3. kişilerin taahhütleri uygulamasına izin veren önlemler, tahkim usulü yoluyla ya da yine tahkim usulünde ulusal düzenleyici otoriteleri de dahil edecek şekilde uygulanır. Eğer Komisyon, taahhütlerde yer alan mekanizmanın ilgili teşebbüslerce vaktinde uygulanacağı kanaatindeyse, Komisyon tarafından kalıcı bir izlemeye gerek yoktur. Böyle durumlarda, Komisyon’un sürece dahil olması sadece tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sonucu varılan sonuçlara uymadığı durumlarda gereklidir.”⁷⁸

Öte yandan, Duyuru’da ayrıştırma içermeyen taahhütlerin çeşitliliğine dikkat çekilerek bu tür taahhütlerde tek tip bir gereklilikler listesi önerilemeyeceğine vurgu yapılmıştır. Açıklamanın devamında bu tür taahhütlerde tahkimin rolüne yer verilmektedir.

“.. Ancak ayrıştırma içermeyen taahhütlerin uzun süreliliği ve karmaşık yapısı göz önünde bulundurulduğunda, Komisyon’un, bu taahhütlerin etkin şekilde uygulandığını görebilmesi için, bu tür taahhütler ciddi bir izleme mekanizması ve spesifik izleme araçları gerektirmektedir. Bu sebeple, bu tür taahhütlerin uygulanmasının gözetilebilmesi ve uyuşmazlığın çözümünde pratik bir tahkim prosedürü izlenebilmesi amacıyla Komisyon sıklıkla güvenilir kişinin yardımına ihtiyaç duyacaktır.”⁷⁹

Esasen Komisyonun birleşme işlemlerine yönelik incelemeleri iki aşamalı bir yapıda gerçekleştirilmektedir. Yoğunlaşma Tüzüğü’nün 6. maddesi uyarınca eğer bir birleşme işlemi, izin verildiği takdirde rekabetçi endişeler doğurabilecek nitelikte ise bu karara, tarafların taahhütlerine uyumunu teminen şart ve yükümlülükler yüklenebilir ki bu durum incelemenin 1. aşamasını teşkil eder (*phase I*). Eğer işlemin sonucuna ilişkin rekabetçi endişeler önemli bir tehlike oluşturuyorsa, Komisyon bu birleşmenin incelenmesinde ikinci aşama olarak nitelendirilen soruşturma aşamasına geçebilir⁸⁰ (*phase II*). Aşağıdaki

⁷⁸ Para 66.

⁷⁹ Para 130.

⁸⁰ Yoğunlaşmaların kontrolünde kullanılan çözümler ve birleşme prosedürü hakkında daha yırıntılı bilgi için bkz. VAROL 2008, Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara.

tabloda, Komisyon'un şartlı birleşme izni kararlarının uygulanmasını izleme amaçlı olarak tahkim yükümlülüğüne yer verdiği kararlara ilişkin istatistik yer almaktadır.

Tablo: Rakamlarla Komisyonun Birleşme İzni Kararlarında Tahkim

Komisyon'un 1992-2009 yılları arasında Tahkim Yükümlülüğüne Yer Verdiği Kararlar						
	Aşama-1 kararları		Aşama-2 kararları		Genel Toplam	
	Tahkim içerikli	Toplam	Tahkim içerikli	Toplam	Tahkim içerikli	Toplam
Tahkim Yükümü İçeren	37	100	20	100	57	100
Tamamen Davranışsal	19	51	6	30	25	44
Yapısal	3	8	0	0	3	5
Davranışsal ve Yapısal (Karma)	15	41	14	70	29	51

Kaynak: Blanke 2010, s. 1620.

İstatistiklere bakıldığında, 1992 yılı ila 2009 yılları arasında Komisyon'un 1. aşama ya da 2. aşamada verdiği toplam 277 koşullu izin kararının 57'sinde çözümlerin doğru şekilde uygulanmasının denetimine yönelik olarak tahkim çözümüne yer verildiği görülmektedir (Blanke 2010, 1620). Başka bir ifadeyle, Yoğunlaşma Tüzüğü yürürlüğe girdikten sonraki dönemdeki koşullu izin kararlarının yaklaşık %21'inde tahkim klotuna yer verilmiştir. Buradan hareketle, birleşmelere koşullu olarak izin verilmesi paralelinde Komisyonun tahkim maddesine yer verdiği karar sayısının da arttığı söylenebilir. Özellikle tahkimi öngören davranışsal birleşme çözümlerindeki artış, Komisyonun koşullu birleşme kararlarında tahkimin izleme mekanizması olarak kullanımının giderek daha çok etkinlik kazandığını göstermektedir.

2.4.3.2. Komisyonun Koşullu İzin Kararlarında Tahkim

Komisyonun tahkim usulüne doğrudan yer verdiği rehber niteliğindeki kararlardan ilki *Alcatel/Thomson*⁸¹ (CSF-SCS) kararıdır. Karar, Alcatel şirketi ile Thomson CSF (şuanki adıyla Thales) arasında kurulan ve savunma, havacılık gibi işler alanında faaliyet göstermek üzere kurulan Société Commune de Satellites ("SCS") adlı ortak girişimi konu almaktadır⁸².

⁸¹ Alcatel/Thomson (CSF-SCS), 4.6.1998, IV/M.1185.

⁸² Thales'in bağlı şirketi TTE (şimdiki adıyla TED) aracılığıyla faaliyet gösterdiği TWT ve SCS ortak girişiminin faaliyetlerinde uydu üretimi nedeniyle olan çakışma sebebiyle Komisyon, bu ortak girişimin ana uydu yükleniciliği piyasası açısından bir pazar kapama riski olduğunu tespit etmiş ve ciddi anti-rekabetçi etki riski nedeniyle incelemede 2. aşamaya geçilmiştir.

Kararın tahkim taahhüdüne ilişkin bölümünde, TTE ile olan ticari ilişkisinde zarar gören ve SCS ortak girişiminin rakibi durumunda olan teşebbüslerden herhangi birinin, talebini uyuşmazlığı esastan çözecek şekilde tahkim yargılamasına taşıyabileceğini belirtmektedir. Karara göre hakemin yetkileri, doğabilecek uyuşmazlıkları çözmek için yeterlidir. Bu metinde yer alan taahhüt ile taraflar, uyuşmazlığın çözümünü nihai olarak hakeme bırakmakta ve böylece bu taahhüt, sadece davranışsal bir yükümlülük olmanın ötesine geçmektedir.

*Telia/Sonera*⁸³ kararında Komisyonun, ayrımcılık yapmama yükümlülüğünü içeren bir koşullu birleşme izin kararını tahkim yargılamasıyla desteklediği görülmektedir. Olayda İsveç telekomünikasyon ve kablo televizyon operatörü ve İskandinavya'nın en büyük hizmet sağlayıcısı olan Telia şirketi ile Finlandiyanın en büyük kablo televizyon ve uzak mesafe telefon operatörlerinden biri olan Sonera arasında birleşme süreci başlatılmıştır. Komisyon, Sonera'nın hakim durumunu dikkate alarak, Telia'nın Finlandiya pazarından çekilmesi durumunda buradaki kablosuz iletişim pazarında anti-rekabetçi bir yapı oluşabileceğini öngörmüştür. Komisyon, özellikle her iki teşebbüsün toptan pazardaki gücünün, perakende seviyedeki rakiplere karşı pazar kapama etkisi yaratabileceğini ve monopolcü davranışa neden olabileceğini ifade etmiştir. Bu sebeple Komisyon kararında birleşen teşebbüslerden, pazarda geleceğe yönelik olarak rekabet ortamını sağlamak amacıyla bazı taahhütler getirmelerini istemiştir. Buna göre (a) Telia ve Sonera sabit ve mobil altyapılarını İsviçre ve Finlandiya'da ayıracak ve 3. kişilere ayrımcı olmayan altyapı hizmeti sunacak, (b) Telia ise Finlandiya'daki mobil altyapısını ayıracak ve potansiyel alıcılara Sonera'nın mobil altyapısındaki ticari koşullarla yararlanmaları sağlanacaktır.

Karar metninde Komisyon, tahkim yargılamasıyla desteklenen ayrımcı olmayan davranışlara yönelik düzenlemenin pazarda büyük şeffaflık sağlayacağını, bu sayede 3. kişilerin pazardaki bu tür davranışları daha rahat tespit edeceğini ve ona göre tepki verebileceğini belirtmiştir. Bu şekilde, tahkim usulü, davranışsal taahhütlerle birlikte değerlendirildiğinde, üst pazara yönelik kapama etkileri ortaya çıkabileceği yönündeki rekabete ilişkin endişeler, büyük oranda elenmiş olacaktır.

Komisyonun 2005 yılına ait *Reuters/Telerate*⁸⁴ kararında, tahkim mekanizmasının lisans anlaşmasından doğan uyuşmazlıkların çözülmesinde sağladığı faydaya dikkat çekilmiştir. Konu, finans hizmetleri, medya ve kurumsal sektörlerin profesyonelleri için özel bilgi sunan dünyanın en büyük multimedya bilgi sağlayıcısı Reuters ile finans sektöründe bilgi sağlayıcı olarak faaliyet gösteren Telerate firması arasındaki birleşme işleminin karara bağlanmasıdır.

⁸³ *Telia/Sonera*, 10.7.2002, Comp/M.2803.

⁸⁴ *Reuters/Telerate*, 23.5.2005, Comp/M.3692.

İşlem sonucunda Reuters, Telerate üzerinde tek kontrol sağlayacaktı. Komisyon, pazar verisi platformu piyasasında Telerate firmasının Reuters firması karşısında rekabeti sağlayan bir unsur olduğunu belirtmiş ve işlem sonucunda rekabetin azalabileceğini ifade etmiştir. İşlem tarafları Komisyona özel şartları olan bir lisans anlaşması önerisiyle gelmişlerdir. Komisyon, Telerate'nin mali piyasadaki konumundan dolayı ayırıştırılmadan ziyade lisans anlaşması çözümünün daha verimli olacağına karar vermiştir. Sonuç olarak, taahhüdün içeriğinde yer alan tahkim mekanizmasının lisans anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarda “tam koruma” sağlayacağı⁸⁵, ayrıca lisans anlaşmasının hakem mahkemesi kararı ile feshedilebileceği⁸⁶ ifade edilmiştir. Dolayısıyla lisans anlaşması, taahhüt kararının bir parçasıdır (Blanke 2007, 678).

Komisyonun 2006 yılında verdiği bir başka karar, Avusturyalı telekomünikasyon şirketi T-Mobile'ın mobil telefon operatörü Teling'i devralmasına⁸⁷ ilişkindir. Kararın ilginç yönü, koşullu olarak izin verilmiş olan bu devralmada tarafların, işlemin kabulü için getirdiği taahhütlerin uygulanmasına yönelik tahkim yargılamasını kimlerin yürüteceğidir. Devre konu olayda yıllardır Avusturya telekomünikasyon pazarında nihai tüketicilere uygun fiyatlı hizmet sunan Teling firmasının, piyasadaki birkaç telekom şirketine biri olan T-Mobile tarafından devralınmasıdır. Komisyon, işlem sonrası T-Mobile hakim duruma gelme dahi, pazarda rekabetçi bir duruş sergileyen Teling'in piyasadaki çıkmasının, Avusturya mobil telefon hizmetleri pazarında nihai tüketiciler açısından etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyeceği sonucuna varmıştır. Bunun üzerine taraflar, Teling'in sahibi olduğu UMTS frekanslarının H3G ve pazardaki diğer bir küçük şirkete ayırıştırılması yönünde bir taahhütte bulunmuşlardır. Söz konusu taahhüt, yapısal olarak nitelendirilebilecek türden olmasına ve aslında izleme mekanizmasının bu tür taahhütlerde çok da etkin olmamasına rağmen, uzun dönemli olduğu için burada tahkim mekanizmasına yer verilmiştir. Karara göre, taahhütlerin yerine getirilmesi hususunda işlem tarafları arasında herhangi bir uyuşmazlık çıktığında, Avusturya Telekomünikasyon Düzenleme Kurumu hakem⁸⁸ olarak görev yapacaktır⁸⁹.

⁸⁵ Para. 33

⁸⁶ Para. 27.

⁸⁷ Austria/Teling, 26.4.2006, Comp/M.3916.

⁸⁸ Burada hakem olarak düzenleyici otorite atanmakta, böylelikle zaten otoritenin denetimine tabi olan pazarda taahhütlerin yerine getirilmesinde herhangi bir sorun oluştuğunda, durumu öncelikle düzenleyici otorite taraflara bildirmekte, rekabet otoritesi bir sonraki aşamada devreye girmektedir. Ayrıca bu tür hali hazırda denetleyici kurum olan pazarlarda davranışsal taahhütler ve tahkim mekanizması daha verimli olduğundan, daha tercih edilebilir sayılmaktadır.

⁸⁹ Aynı zamanda Komisyon, taraflarca getirilen taahhütlere ilişkin pazar analizini takiben Avusturya Telekomünikasyon Düzenleme Kurumuna taahhütlere ilişkin görüşünü sormuştur. Avusturya Telekomünikasyon Düzenleme Kurumu görüşünde, taahhütlerin küçük rakiplerin rolünü güçlendirmeye yardımcı olmak için yeterli olduğunu ve rekabetin eski haline denk bir seviyede tutulması için zorunlu nitelikte koşullar olduğunu belirtmiştir.

Komisyunun *Axalto/Gemplus*⁹⁰ kararında ise taahhütlerin izlenmesi ve uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından iki aşamalı bir sistem getirilmiştir. Devre konu işlem, manyetik akıllı kart pazarında faaliyet gösteren Axalto Holding NV tarafından yine aynı pazardaki Gemplus International SA'nın hisselerinin satın alma yoluyla devralınmasıdır. Karara göre Axalto, 3. kişilerin taahhütlere ilişkin görüşlerini dikkate alacak şekilde bir güvenilir kişi (trustee) atayacaktır. Bu kişinin görevi, tahkimden önceki bir aşama olarak taahhüdün kolaylıkla uygulanmasını sağlamak olacaktır. Eğer bu kişi aracılığıyla bazı uyuşmazlıklar çözülemez ise, 3. kişi yararlananlar hızlı bir tahkim süreci başlatılmasını talep edebilirler⁹¹.

Komisyunun tahkim mekanizmasını bir diğer kullanım şekli, soruşturma aşamasında olan ve tahkim usulünün de yer aldığı bir birleşme işleminde, hakemlere “ön karar” verme yetkisi tanınmasıdır. Bu yöntemin güncel örnekleri, Komisyon'un havayolu şirketlerindeki konsolidasyonlar hakkında verdiği kararlarda görülmektedir. Son üç dört yıl içerisinde Komisyon, bu sektördeki bazı birleşmelere⁹² şartlı izin vermiş, bazı birleşmeleri yasaklamıştır.

Örneğin, Almanya'nın en büyük havayolu şirketi Lufthansa'nın Avusturya havayolunun kontrolünü tek başına devralmasını⁹³ konu alan kararda taahhütlerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak iki aşamalı çözüm öngörülmüştür. Karara göre güvenilir kişi taahhütlerin izlenmesi görevini yerine getirecek, ancak havayolu sektörüne yeni giren potansiyel rakip bir firma ya da yeni bir havayolu hizmet sağlayıcısı bu taahhütlerin doğru uygulanmadığını düşünüyorsa tahkim mekanizmasını işletebilecektir. Tarafların atayacağı hakemler bir üçüncü kişi hakemi atayana kadar, üzerinde uzlaşılamayan hususlarda bir ön karar verebilecektir. Ayrıca hakemler gerek ön kararda gerekse nihai kararda, uyuşmazlığa konu sözleşmesel şartlar olması durumunda bunlar hakkında da taahhütlerle uyumluluğu sağlamak üzere karar verebileceklerdir. Bu süreçte hakemler taraflardan her türlü bilgiyi isteyebilecektir. Ayrıca ispat yükü, hakeme başvurulmasını talep eden tarafa aittir. Hakemlerin vereceği karar taraflar açısından bağlayıcı olacak, ancak taahhütlerin uygulanmasına ilişkin yorum sorunu ortaya çıktığında hakemler Komisyon'un görüşüne başvurabilecektir.

⁹⁰ Axalto/Gemplus, 19.5.2006, Comp/M.3998.

⁹¹ Benzer dosyalar için bkz. Schneider Electric/APC, 8.2.2007, Comp/M.4475; SFR/ Tele 2 France, 18.7.2007, Comp/M.4504.

⁹² Bkz. Komisyon'un Lufthansa/Eurowings, 22.12.2005, Comp/M.3940; Lufthansa/Swiss, 4.7.2005, Comp/M.3770; Lufthansa/SNAH, 22.6.2009, Comp/M.5335; Iberia/Vueling/Clickair 9.1.2009, Comp/M.5364.

⁹³ Lufthansa/Austrian Airlines, 28.8.2009, Comp/M.5440

Bahsedilen kararların ortak özelliklerine bakıldığında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- Rekabetçi endişeler doğuran, kapsamlı devralmalarda tarafların tahkim usulüne başvuracaklarına ilişkin taahhütleri, kendi rızalarıyla olmakta ve bu taahhüt Komisyon'a yazılı olarak sunulmaktadır.
- Kararlarda yer alan tahkim taahhütleri, Komisyonun, çözümlerin uygulanmasını gözetmek ve doğru uygulanmasını sağlamak konusunda sahip olduğu yetkiyi bertaraf etmemekte ve bu sebeple ikincil derecede bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir.
- Tahkim taahhüdü içerikli çözümlerde, uyuşmazlıkların ex-ante (öncül) çözümlenmesine yönelik bir girişim söz konusudur.
- Birleşmeye konu işlemlerde, taahhütlerin uygulanması sırasında sözleşmesel uyuşmazlıklar gibi konularda çıkabilecek uyuşmazlıklarda hakem heyeti, yargısal işlev görmektedir.

2.4.3.3. Elden Çıkarma/Ayrıştırma Uzmanı⁹⁴ ve Hakemlik

Komisyonun yakın tarihte verdiği birçok koşullu izin kararında, taahhütlerin uygulanmasında denetleyici ya da ayrıştırıcı görev üstlenecek kişiler (*trustee*) atanması öngörülmektedir. Örneğin Axalto ve T-Mobile kararlarına göre atanacak bu kişilerin görevi, tahkimden önceki bir aşama olarak taahhütün kolaylıkla uygulanmasını sağlamak olacaktır. Eğer bu kişi aracılığıyla bazı uyuşmazlıklar çözülemez ise, 3. kişi yararlananlar hızlı bir tahkim süreci başlatılmasını talep edebilecektir. Bu kararlarda ikincil bir fonksiyon ifa ettiği görülen elden çıkarma uzmanı/denetleyici uzmanlar, son dönemde özellikle kapsamlı bazı birleşme kararlarında daha aktif bir görev yüklenmektedir.

Komisyonun enerji sektöründe taahhüt içeren kararlarından *Gaz de France/Suez*⁹⁵ kararında ise özel görevli kişi ile hakemin yetkileri bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Karara göre gaz rezervlerine ilişkin taahhütler konusunda çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık, Belçika'da gaz nakli ve ticareti konusunda düzenleyici bir kurumda çalışmış ve atanmış bir görevli tarafından çözülecektir. Bu kişinin kararları, uyuşmazlığın tarafları üzerinde bağlayıcı olacaktır. Ancak taraflar görevi kişinin kararından memnun olmazlarsa, tahkim usulüne başvurabileceklerdir. Buna göre, hakem yargılaması sonucu verilecek karar görevli kişi kararına tercih edilecek ve bağlayıcı olacaktır.

⁹⁴ Elden çıkarma/ayrıştırma uzmanı tanımlaması, 2011 yılında Rekabet Kurumunca yayımlanan "Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz" metninde de yer almıştır.

⁹⁵ *Gaz de France/Suez*, 14.11.2006, Comp/M.4180.

2.4.3.4. Tahkim Taahhüdünde 3. Kişi Yararlananın Durumu ve Hakemin Yetkileriyle Etkileşimi

En temel anlamıyla tahkim taahhüdü, birleşen teşebbüs üzerine ve 3. taraf yararına haklar doğuracak nitelikte, Komisyon'un işleme koşullu izin verme kararı kapsamındaki çözüm paketi kapsamında, birleşen tarafa bazı yükümlülükler getirilmesidir (Blanke merger 2007, 675).

Tipik olarak bir tahkim sürecinin başlatılmasında işlemle ilgili menfaat sahibi olan ve birleşen tarafa karşı işlemle ilgili bir talebini ileri sürmek isteyen 3. kişi, ya Komisyon kararına ekli taahhüt mektubunda ya da Komisyon kararının ana metninde yer alan tahkim maddesine dayanacaktır. Eğer 3. kişi yararlanan, birleşen taraf ile davranışsal taahhüdün uygulanmasını sağlamak üzere bir uygulama anlaşması (*implementation agreement*) akdetmişse bu anlaşmada yer alan tahkim maddesine dayanabilir. Komisyonun bazı koşullu izin kararlarında⁹⁶, uygulama anlaşmalarının tahkim maddesiyle birlikte ek olarak yer aldığı görülmektedir. Yine bazı kararlarda, birleşen tarafın, bildirim konu birleşme işleminden potansiyel olarak yararlanabilecek 3. kişilere tahkim yoluna başvurulabileceğine dair bir bildirim yapma yükümlülüğü⁹⁷ getirilebilmektedir.

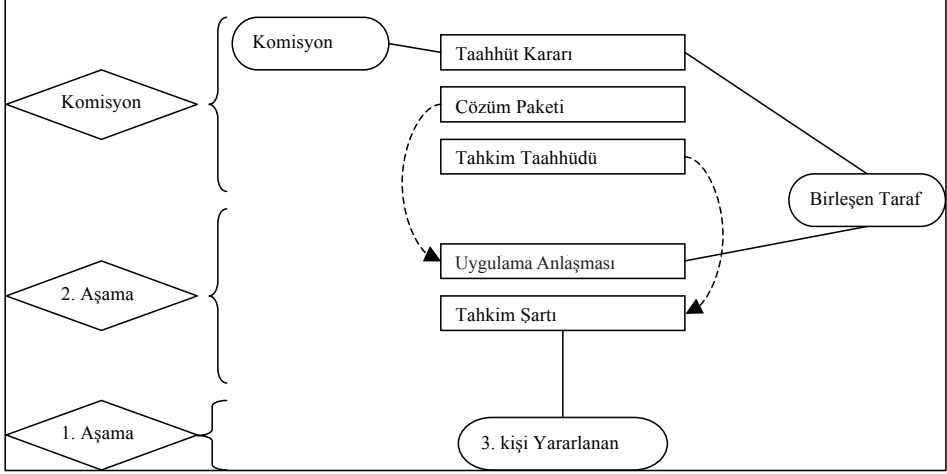
Esasen birleşme kararlarında yer alan taahhütlere ilişkin tahkim usulünde hakemler başlıca iki konuda karar vermektedir. Bunlar;

- Birleşme kararının ekinde yer alan taahhütlerin uygulanabilmesine yönelik olarak hazırlanmış yan yükümlülük niteliğindeki uygulama anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkları klasik ticari tahkim prensipleri doğrultusunda çözmek,
- Birleşme kararının metninde yer alan taahhüt bölümündeki hususlara binaen birleşen tarafın yükümlülüklerinden doğan uyuşmazlıkları, tahkim taahhüdünde yer alan usule ve esasa ilişkin hükümler doğrultusunda çözmek

olarak iki gruba ayrılabilir. Bu kapsamda birleşme kararlarına ilişkin uyuşmazlıkların aşağıdaki şemada yer verilen süreç işlemektedir.

⁹⁶ Örneğin Reuters/Telerate (Comp/M.3692) kararında, teşebbüsün US Hyperfeed Technologies şirketiyle Telerate'in MDP ürününe ilişkin akdettiği lisans sözleşmesi, Komisyon kararının ekinde yer almaktadır (Reuters/Telerate Case No COMP/M.3692). Benzer kararlar için bkz. *Tetra Laval/Sidel*, 13.1.2003, Comp/M.2416; *Shell/DEA*, 20.12.2001, Comp/M.2389; *Iberia/Vueling/Clickair*, Comp/M.5364; *Lufthansa/SNAH*, Comp/M.5335.

⁹⁷ Bkz. *Piaggio/Aprilia*, 11.1.2005, Comp/M.3570; *Alcatel/Thomson*, IV/M.1185; *Carrefour/Promodes*, 25.1.2000, Comp/M.1684; *Marta/Aerospatiale*, 28.4.1999, IV/M.1309.

Şema: Tahkim Yargılamasında Hakemin Rolü ve Taraflarla Etkileşimi

Kaynak: Blanke 2011, 1646

Buna göre hakemlerce tahkim usulünün uygulanması birbiriyle iç içe geçmiş birden çok aşamadan oluşmaktadır. Öncelikle hakem, uygulama anlaşmasının (yan anlaşma, örneğin lisans anlaşması) davranışsal taahhütlere uygunluğu sağlayabilmek için uygulama anlaşmasından doğan usuli ve maddi her türlü uyuşmazlığı çözecek, ardından bu anlaşmanın taahhütlere/karara uygunluğunu gözetecektir.

Taahhüt kararı Komisyon ve birleşmeye konu tarafları bağlarken, sürecin özel hukuk kısmına ilişkin olan uygulama anlaşması hem birleşmeye onu tarafları hem de 3. kişi yararlananları (örneğin lisans sözleşmesinden yararlanacak 3. kişileri) bağlayacaktır. Bunun bir sonucu olarak, uygulama anlaşmasındaki tahkim maddesinin, esas karar ya da onun ekindeki tahkim taahhüdüne içerik olarak yaklaştığı ölçüde 3. kişi yararlananlar⁹⁸ da tahkim taahhüdüyle o kadar bağlı hale gelecektir (Blanke 2011, 1647)

Öte yandan, bu süreçte hakemlerin başlıca yetkilerini aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

⁹⁸ Koşullu birleşme izni kararlarında yer alan tahkim maddesi vasıtasıyla 3. kişiler, birleşme-devralma bildiriminde bulunmuş olup işleme koşullu izin verilmesi kararı kapsamında birtakım taahhütlerde bulunan taraflara karşı, bu taahhütlere dayanarak haklarını talep edebilirler. Buna göre tarafların talep edebileceği başlıca haklar; işlem taraflarının taahhütleri yanlış uygulaması ya da hiç yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmini ve/veya kararda özel bir çözüme dayanan karmaşık bir anlaşma varsa bu anlaşmaya dayanan yükümlülüklerin ifa edilmesidir.

- Uyuşmazlıkların çözümü için gerekli her türlü bilgiyi talep etme yetkisi
- Sır saklama yükümlülüğü
- Tahkime konu uyuşmazlığı çözümede açıkça yetki verilmesi halinde soruşturma benzeri inceleme yapma yetkisi
- Özellikle tahkime konu kararla bağlantılı uygulama anlaşmalarında, uyuşmazlık konusu hakkın korunması için gerektiğinde geçici koruma önlemleri alma yükümlülüğü
- Taraflarca getirilen delilleri dikkate alma ve uyuşmazlığın çözümünü hızlı şekilde sonlandırma yükümlülüğü

Son olarak, hakem(ler) uyuşmazlığın ilgili olduğu piyasa şartları ve AB rekabet hukuku kurallarının geçmiş dönemdeki uygulamaları referans noktası olarak kabul etmekle yükümlüdürler.

2.4.3.5. Tahkim Taahhüdünde Komisyonun Düzenleyici ve Denetleyici İşlevi

Tahkim usulünün öngörüldüğü koşulu izin kararlarının birçoğunda, tahkimi yürütecek kişilerin bazı durumlarda Komisyon tarafından seçiminden, tahkimin yürütülmesine kadar birçok aşamada Komisyonun aktif ya da pasif yetkilerinin var olduğu görülmektedir. Aslında bu durum, Komisyonun supranasyonel anlamda işlev gören bir kurum olmasından ileri gelmektedir. Komisyonun tahkim yargılaması sürecindeki yetki ve görevleri;

- Tahkim usulünün öngörüldüğü kararlarda, işlem taraflarının gereken süre içinde hakem atayamaması ya da tahkim taahhüdünde bulunan tarafın, hakem atamasını Komisyona bıraktığı durumlardaki idari fonksiyonu,
- Tahkim sürecinin başlamasından bitimine kadar herhangi bir aşamada, gerekli gördüğü durumlarda taraflara bildirim yapabilmesi dolayısıyla, AB rekabet hukuku kurallarının ve anlaşmaların gözeticisi fonksiyonu,
- Tahkim sürecinin bitiminden sonraki aşamada, taahhütler yürürlükte kaldığı süre boyunca tarafların nihai karara uymak için ne gibi tedbirler aldıklarının raporlanarak Komisyona bildirilmesi yoluyla gerçekleşen denetim fonksiyonu

olarak toplulaştırılabilir.

Yakın zamanlı bir Komisyon kararında⁹⁹, yukarıda sayılan fonksiyonlarla Komisyonun tahkim sürecine müdahalesi şu şekilde açıklanmaktadır:

*“Tahkime taraf olanların, bu kararda yer alan taahhütlerin yorumlanması konusunda uyuşmazlığa düşmeleri halinde hakemler, Komisyonu bilgilendirecek ve tahkim sürecini sonuçlandırmadan evvel Komisyonun görüşünü alacaktır. Komisyon da tahkim sürecinin herhangi bir aşamasında konuya ilişkin olarak hakemlere bildirim yapabilir.”*¹⁰⁰

Öte yandan, kararın devamında tahkim sürecinin, Komisyonun AB Antlaşması ve Birleşmeler Tüzüğü gereğince sahip olduğu haklara uygun olarak taahhütlere ilişkin yeni kararlar almasını engellemeyeceği ifade edilmiştir¹⁰¹.

Son olarak, Komisyonun, taahhüt sonucu gerçekleşen tahkim mekanizması sonucu alınan kararların esasına ilişkin rolü, Duyuru'nun 66 numaralı paragrafında belirtilmiştir. Buna göre *“Komisyon'un sürece dahil olması sadece tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi sonucu varılan sonuçlara uymadığı durumlarda gereklidir.”*

Dolayısıyla, Komisyonun, taahhüt koşullarının yerine getirilmesinin gözetimini hakeme bıraktığı durumlarda öncelikli olan, o uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü olup, Komisyonun müdahalesi uyuşmazlığın çözümünde sorunla karşılaşılan durumlara sınırlıdır.

⁹⁹ Lufthansa/Austrian Airlines, 28.8.2009, Comp/M.5440

¹⁰⁰ Para 9.12.

¹⁰¹ Para 9.13.

BÖLÜM 3

TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAHKİM

3.1. HUKUKİ ÇERÇEVE

Kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemeler tarafından karara bağlanır. Ancak maddi hukukta tanınan irade serbestisi prensibinin usul hukukunda uygulanmasının bir sonucu olarak, taraflar, yapacakları bir anlaşma ile bu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemelerinden alarak özel kişilere devredebilirler (Nomer 2008, 15).

Zaman içerisinde gelişerek özel bir yargı niteliği kazanan tahkimde uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümlenmesi, formalitelerin azlığı, zamandan tasarruf edilmesi ve yargılamanın hızlı yapılması ile gizliliği, tahkim yargılamanın başlıca tercih sebepleridir.

Anayasal düzeyde tahkim yöntemi önce kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri gibi özel bir alanda 1982 Anayasasında 1999 değişikliğiyle yer almış (An. md. 125/I)¹⁰², ardından 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle¹⁰³ spor uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim yolunun kabulüyle (md. 59) tahkim bu alanda da Anayasa düzeyinde tanınmıştır¹⁰⁴. Öte yandan, daha önce ifade edildiği üzere ülkemiz başta Konvansiyon olmak üzere tahkim alanında birçok uluslararası anlaşmaya katılmış bulunmaktadır.

¹⁰² 4446 sayılı Kanun, RG No. 23786, 14.8.1999.

¹⁰³ 6214 sayılı Kanun, RG No. 27789, 29.3.2011.

¹⁰⁴ Tahkim yönteminin, Anayasa'nın 6. ve 9. maddelerinde yer alan yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler ile çatışabileceğine ilişkin tartışmalar, günümüzde tahkimin yine Anayasa düzeyinde ve bu düzeydeki uluslararası anlaşmalarda kabulüyle birlikte güncelliğini yitirmiş olup, çalışmada bu tartışmalara yer verilmeyecektir.

Yargılama usulü olarak tahkimin medeni usul hukukumuzdaki yeri eskiye dayanmaktadır¹⁰⁵. Mevcut durumda ulusal tahkim HMK 407-444. maddeleriyle düzenlenmiştir. Burada düzenlenen tahkim, ihtiyari yani tarafların isteğine bağlı tahkim olup, sözleşmeye dayanır. Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi¹⁰⁶, aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir (md. 412, 1- 2) Örneğin, taraflar aralarındaki satış sözleşmesine bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceğini şart olarak koyabilirler. Buna ek olarak taraflarla hakem arasında bir hakem sözleşmesi akdedilir¹⁰⁷.

Tahkim sözleşmesi, HMK md. 412’de “*tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları a) Sözleşmenin yazılı şekilde yapılması¹⁰⁸, b) Tahkim sözleşmesinin, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek bir uyuşmazlığın çözümü için akdedilmiş olması (konu yönünden tahkime elverişlilik) c) Sözleşmenin belirli bir uyuşmazlık hakkında yapılmış olması olarak toplanabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ileride doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim sözleşmesi akdetmek mümkün olsa da, tarafların hangi hukuki ilişki (örneğin bir satım sözleşmesi) kapsamında tahkime gidebileceklerini belirtmeleri gerektiğidir.

Kanun, tahkim yolunun kararlaştırıldığı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için genel mahkemelere gitme yolunu kapamıştır. Davacı, tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede dava açarsa, davalının ilk itirazı üzerine mahkemenin davayı reddetmesi gerekir (md. 413). Ayrıca esas sözleşmenin tahkim sözleşmesinden ayrı olması prensibi gereği asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez (md. 412). Dolayısıyla, hakemler tarafların arasındaki sözleşme herhangi bir sebepten dolayı geçersiz dahi olsa bu sözleşme kapsamında tazminat, iade gibi özel hukuka ilişkin sonuçlara

¹⁰⁵ Daha önce HMUK’ta yer alan tahkim hükümleri ile MTK’daki tahkim hükümleri farklılık arzietmekteydi. 2011 yılında HMK’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte tahkime ilişkin hükümler artık büyük oranda 2001 yılında yürürlüğe giren MTK hükümleri ile paralellik göstermektedir.

¹⁰⁶ Esasen, tahkimin kararlaştırıldığı sözleşme usul hukuku bağlamında borçlar hukuku hükümlerine tabidir. Ancak burada taraflar uyuşmazlığın çözümünde hakemleri yetkili kıldığından, kanun bu sözleşmeyi bazı özel şartlara tabi tutmuştur.

¹⁰⁷ Uygulamada bu iki sözleşme genellikle birbirinden ayrılmamakta ve ikisini de kapsar şekilde hakem sözleşmesi ifadesi kullanılmaktadır (Kuru 2011, 818).

¹⁰⁸ HMK md. 412 uyarınca yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir.

hükmedebilecektir. Ayrıca hakemler, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olanlar dahil kendi yetkileri hakkında, tarafların itirazı üzerine ya da resen karar verebilirler (md. 422).

HMK’da tahkime ilişkin önemli bir düzenleme, ihtiyati tedbir ve delil tespiti konusundaki md. 414 hükmüdür. Anılan hükme göre “*hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir.*”¹⁰⁹ Hakemlerin uygulayacağı yargılama usulü taraflarca tespit edilebilir. Böyle bir tespit yoksa tahkim süreci HMK kapsamında işleyecek ve bir yıl içerisinde hüküm verilecektir (HMK md. 427, 4686 sayılı Kanun md. 10/B). Ayrıca hakem kurulu, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesine karar verebileceği gibi, delillerin gösterilmesi, sözlü beyanlarda bulunulması veya bilirkişiden açıklama istenilmesi gibi nedenlerle duruşma yapılmasına da karar verebilir. Bu noktada, hakem yargılamasında aslında pek çok açıdan mahkemelerin yargılama yöntemine benzer yönler bulunduğu görülmektedir. Ayrıca hakem kararında bulunması gereken asgari unsurlar, tıpkı genel mahkemelerdeki gibi kanunda sayılmıştır (HMK md. 436).

İlk kez HMK’da yer verilen oldukça önemli bir düzenleme, hakem kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesinin gerekli olmamasıdır. Hakem kararı verildiği anda icra edilebilir hale gelir (md. 439). Hakem kararları, kesinleştiği anda maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Hakem kararlarına karşı tek başvuru yolunun iptal davası¹¹⁰ olduğu göz önüne alındığında, taraflarca süresince genel mahkemede iptal davası açılmadığı ya da açılan davanın reddedildiği durumda hakem kararı icra edilebilir hale gelecektir¹¹¹.

¹⁰⁹ Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir. Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.

¹¹⁰ İptal davası nedenleri sınırlı (tahdidi) olarak sayılmıştır. Bu hükme göre a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu kısımda öngörülen usule uyulmaması, c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi ç) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi, d) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği veya talebin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aşması, e) Tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması, f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi, g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması, ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olmaması, hallerinde karar iptal edilebilir (HMK md. 439).

¹¹¹ İptal davası istisnai haller dışında hakem kararının icrasını durdurmayacaktır.

Konuya ilişkin diğer önemli düzenleme olan MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Dolayısıyla ülkemizde uluslararası tahkim alanında bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Kanuna göre, ulusal tahkimdeki gibi uluslararası tahkimde de geçersiz bir tahkim anlaşması mahkeme açısından iptal sebebidir (MTK md. 5/I). Ayrıca hakemler, yetkilerini aşmışlarsa yargılamaya devam edemezler (md. 7/H). Her iki kanunda belirtilen iptal sebepleri arasında rekabet hukuku açısından aşağıda ele alınacak iki iptal sebebi, kamu düzeni ve tahkime elverişliliklidir.

3.2. TÜRK REKABET HUKUKUNDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK VE KAMU DÜZENİ

3.2.1. Genel Olarak

Uluslararası alandaki tartışmalara paralel şekilde, Türk rekabet hukukunda tahkime elverişlilik konusu temelde uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkime karşı güdülen kamu politikası ve kamu düzenine ilişkin hükümlerle düzenlenen konularda tahkimin uygulanışına bağlı olarak gelişmekte ve değişmektedir.

Genel olarak kabul edilen anlayış, tahkimin tarafların iradeleri doğrultusunda gerçekleşen bir yargılama yöntemi olmasından dolayı, ancak çözümü konusunda irade serbestisinin rol oynadığı konularda tahkime başvurulmasının mümkün olması, tarafların irade serbestisine tabi olmayan konularda tahkime gidilmesinin mümkün olmamasıdır (Kocasakal 2006, 363).

HMK'nun 408. maddesinde “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” hükmüne yer verilerek tahkime elverişliliğin sınırı çizilmiştir. MTK’da yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından tahkime elverişlilik konusunda genel bir kural öngörülmemiş, sadece tahkim yoluna başvurulamayacak uyuşmazlıklar belirlenmiştir. MTK’nun kapsam maddesine göre bu kanun hükümleri “*Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.*”.

HMK’da Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak malvarlığına ilişkin “*her türlü istemin tahkim yargılamasına konu olabileceği*”¹¹² şeklinde genel bir

¹¹² Buna göre, taraflar uyuşmazlığın sulhe tabi olmamasına ya da irade serbestisine tabi olmamasına rağmen eğer malvarlıksal bir konu ise tahkim yoluna başvurabileceklerdir. Bu düzenlemenin kabulüyle hakem yargılamasının sınırları genişlemiştir (Deren Yıldırım 2007, 28-29).

kural konulmamıştır. Bu nedenle rekabet hukuku uyumsuzlukları açısından konu, bu uyumsuzlukların hangi durumlarda “iki tarafın iradesine bağlı” olabileceği noktasında yoğunlaşmaktadır¹¹³.

Doktrinde bir uyumsuzluğun çözümünün taraf iradelerine bağlı olmasının, o konu üzerinde hiçbir kayıt ve şartla tarafların iradesine bir sınırlama getirilmemiş olması anlamına geldiği, örneğin sulh ve feragate konu olabilen bir borç ilişkisinde tarafların tahkim yoluna başvurabilecekleri ifade edilmektedir (Kuru 2011, 820; Ertekin ve Karataş 1997, 76). Bu noktada tahkime elverişliliğin en somut örnekleri bir alacakla ilgili uyumsuzluklar ile haksız fiilden doğan zararın tazmini istemlerine ilişkin uyumsuzluklardır.

Öte yandan, tahkimde kamu düzeninin ihlal edilip edilmediği hususunun, özellikle hakem kararlarının mahkemelerde denetimi aşamasında incelenmesi kaçınılmazdır. Zira kamu düzenine aykırılık¹¹⁴ sadece taraflarca öne sürülen bir husus değildir. Tahkim yargılaması boyunca hem ulusal, hem de uluslararası hakem kararlarının tanınması ve tenfizi esnasında hâkimler, ulusal ve uluslararası kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğini resen araştırmak durumundadır (Dayındarlı 2011, 69). Bu noktada, rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluklardaki tahkim yargılamasında kamu düzeninin ne ölçüde müdahaleci olabileceği sorusu gündeme gelmektedir.

3.2.2. Rekabet Hukukunda Tahkime Elverişliliğe İlişkin Görüşler

Tahkime elverişliliğin, kamu düzeni kavramının daralması oranında genişlediği belirtilmektedir (Mistelis 2003, 199). Dolayısıyla bu iki kavram arasında karşılıklı bir ödünleşim (*trade off*) bulunduğu söylenebilir.

Karşılaştırmalı rekabet hukukuna bakıldığında, mahkemelerce tahkime elverişlilik sınırlarının kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilerek belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. ABD’de *American Safety* doktriniyle başlayan ve rekabet hukuku uyumsuzluklarını tahkime elverişsiz gören akım, *Mitsubishi*¹¹⁵ kararıyla etkisini kaybetmiştir. *Mitsubishi* kararı rekabet hukuku literatürüne ulusal ve uluslararası kamu düzeni ayırımını kazandırmış, kararın etkisiyle

¹¹³ Doktrinde bir görüşe göre tahkime elverişliliğin kapsamı açısından irade serbestisi ölçütü modern dünyanın ihtiyaçlarını karşılamamakta olup, bu nedenle ülkemizde de tahkime elverişliliğin kapsamının “malvarlığına ilişkin uyumsuzluklar” olarak belirlenmesi gereklidir (Özsunay 2005, 106).

¹¹⁴ Kamu düzeninin tahkim yargılamasına müdahalesine ilişkin geçmiş tarihli bir örnek, hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yasağı idi. Zamanla bu konuda kabul edilen kamu düzeni kavramı değişmiştir (Dayındarlı 2011, 82). HMK md. 422 uyarınca hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir.

¹¹⁵ Karar hakkında bkz. yukarıda s. 20.

mahkemeler, *uluslararası uyuşmazlıklar açısından* tahkime elverişliliği daha geniş yorumlamaya başlamıştır¹¹⁶. AB ülkelerinde mahkemelerin önüne gelen uluslararası tahkim kararları açısından Adalet Divanının kilometre taşı niteliğindeki kararlarından *Eco Swiss*'te¹¹⁷ Antlaşma rekabet hukuku hükümlerinin temel hükümlerden olduğu ve Konvansiyon bağlamında kamu düzeninden mütalaa edilmesi gerektiği, hakemlerin de bu hükümleri kendiliğinden göz önüne almakla yükümlü bulunduğu ifade edilmiştir.

Bu noktada, tahkime elverişlilikle kamu düzeni arasındaki hassas dengede belirleyici olan, rekabet hukukunun kamu hukuku-özel hukuk arasındaki ayrımında hangi noktada durduğu ve rekabet hukukunun ne ölçüde “müdahaleci ya da emredici kural” niteliği taşıdığıdır. Zira müdahaleci ya da emredici kurullarla amaçlanan, hukuki işlemlerde ya da yargılama faaliyetlerinde mutlak olarak bu kurulların uygulanmasını sağlamaktır. Söz konusu kurullara uyulduğu sürece taraflar, bu kurullarla temas eden sözleşmelerde yine irade özgürlüğüne sahiptir (Huysal 2010, 110).

Esasen, karma bir hukuk dalı olmakla birlikte rekabet hukukunda ve Türk rekabet otoritesinin görev alanında kamu hukuku fonksiyonu ağırlıklıdır. Anayasa'nın “*Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi*” başlıklı 167. maddesi kapsamında Devlete “*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma*”, “*piyasalarda fili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme*” görev ve sorumlulukları yüklenerek, kamu düzeni ve ekonomik kolluğun temel çerçevesi oluşturulmuştur. Bu çerçevede, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) “amaç” başlıklı 1. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, rekabet hukukunun, “*kamusal yaşamın duyarlı alanları*” olarak nitelendirilen alanlardan biri olduğu görülmektedir (Öztürk 2003, 28). Sonuç olarak, rekabet hukuku hükümlerinin kamu yararını ön planda tutan ve geniş toplulukların yararını koruma amacını güden kurullar niteliğinde olduğu genel bir kabuldür.

Öte yandan, fonksiyonel anlamda kamusal öğeler ağırlıklı olmakla birlikte, rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki eylem ve işlemler için 4054 sayılı Kanun'da öngörülen yaptırımlar, idare hukukuna ve özel hukuka ilişkin olanlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir (Aksoy 2004, 10). Bu tür ayırım, 2005 tarihli Milletlerarası Tahkim seminerinde (seminer) tartışılan hususlardan biri

¹¹⁶ *Mitsubishi* davasında Yüksek Mahkeme, kamu düzenine ilişkin kaygıların en azından uluslararası uyuşmazlıklar bağlamında tahkime engel olmayacağı kanaatindeydi.

¹¹⁷ Karar hakkında bkz. yukarıda s. 28

olmuştur¹¹⁸. Özsunay, buradaki açıklamalarında, Fransız hukukuna benzer şekilde “rekabet kamu hukuku” ve “rekabet özel hukuku” ayırımına gidilebileceğini ifade etmiştir. Ne var ki 4054 sayılı Kanun kapsamında tahkime elverişliliğin sınırını belirlerken bu ayırımı dikkate almamış ve 4. madde kapsamındaki rekabete aykırı anlaşma uyumlu eylem ve kararların da, tıpkı 56 vd. maddelerde sözü edilen, rekabet hukukunun özel hukuka ilişkin yaptırımlarında olduğu gibi tahkime elverişli¹¹⁹ olduğunu vurgulamıştır. Güven, rekabet hukukunun kamu hukukuna ilişkin hükümleri açısından yetkili olanın Rekabet Kurumu içerisinde yer alan Rekabet Kurulu (Kurul) olduğunu ve Kurulun yetkisi kapsamındaki işlemlerle ilgili taraf iradelerine tabi bir konu bulunmaması nedeniyle tahkim yoluna başvurulamayacağını ifade etmektedir. Öte yandan, rekabet hukukunun özel hukuk açısından sonuçlarına ilişkin olarak, rekabet ihlalinin özünde bir haksız fiil olması dolayısıyla taraf iradeleri kapsamında olması nedeniyle bu konularda tahkime başvurulabileceğini savunmaktadır (Güven 2009, 448).

Tek satıcılık sözleşmeleri açısından tahkimi inceleyen Gökyayla, kamu yararını koruma amacıyla emredici hükümlerle düzenlenmiş bulunan rekabet hukukunun irade serbestisini ortadan kaldıran kurallar koyduğunu, bu nedenle Rekabet Kurulunun görevleri arasında düzenlenen konularda tahkime gidilemeyeceğini belirtmektedir. Buna göre bir anlaşma ya da karar ile 4054 sayılı Kanunun ihlal edilip edilmediğinin ya da bu anlaşma ya da kararlar ile bu Kanun’da öngörülen muafiyetlerin kapsamına girip girmediğinin tespiti de tahkime elverişli değildir. Örneğin, bir tek satıcılık sözleşmesinin bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanamayacağını tespiti konusunda hakemler görevlendirilemez. Uyuşmazlık konusunun yabancılik unsuru taşıması da bu sonucu değiştirmeyecektir. Ancak mahkemelerce karar bağlanabilecek konularda, örneğin bir sözleşmenin grup muafiyeti tebliğlerinden birinin kapsamında olup olmadığının tespiti tahkim yargılamasının kapsamındadır (Gökyayla 2005, 494–495).

Huysal, hakeme ilke olarak sadece hukuk mahkemelerinin yetkisine giren alanlarda başvurulabileceğini, Kurul’un münhasır yetkisine giren konular dışında tahkime elverişlilik açısından müdahaleci hükümlerle düzenlenmiş olmanın getirdiği somut bir engel bulunmadığını ifade etmektedir (Huysal 2010, 122)¹²⁰.

¹¹⁸ Milletlerarası Tahkim Semineri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4 Ekim 2005, Ankara.

¹¹⁹ Yazar, tahkime elverişlilik konusunda İsviçre ve Almanyadaki malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağına dair hükmün Türkiye’de de kabulünü savunmaktadır.

¹²⁰ Yazara göre hakemler, a) rekabet hukuku uyarınca sözleşmenin geçersizliği b) bir davranışın rekabete aykırılığının tespiti c) bir sözleşmenin rekabete aykırı olmadığı hakkında ön mesel kapsamında bir tespitite bulunabilecek ve özel hukuka ilişkin sonuçlara (tazminat, iade gibi) hükmedebilecektir.

Öz, konuya daha farklı bir açıdan bakarak, öncelikle maddi hukuk hükümleri üzerinden yapılan bir ayırımı konu hakkında sağlıklı sonuçlara ulaşılmasını engelleyebileceği konusundaki endişesini dile getirmiştir (Öz 2005, 53). Yazara göre tahkime elverişliliğin sınıflandırılmasında uygun olan çözüm, uyuşmazlığın niteliği, talebin niteliği ve ilgili hukuki ilişkide tarafların konumuna ilişkin kriterleri göz önüne alan bir karma yaklaşımı benimsemektir¹²¹.

Son olarak mahkemelerin 4054 sayılı Kanun kapsamındaki özel hukuk yaptırımlarına ilişkin hüküm verebilme yetkisi ile tahkime elverişliliği ilişkilendiren bir tanıma göre, Kurul'un münhasır yetkisi dışında kalan ve mahkemelerce karara bağlanması mümkün olan uyuşmazlıklarda tahkime gitmek mümkündür (Özel 2008, 43; Gökyayla 2005, 495).

Anılan görüşler incelendiğinde, doktrinde bu konuya dair tek bir formül üzerinde uzlaşıldığını söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak gerek 6100 sayılı HMK'da yer alan tahkime elverişlilik ölçütünün yorumu, gerekse 4054 sayılı Kanunun özel hukuk yaptırımlarına ilişkin hükümleri dikkate alındığında, rekabet hukuku uyuşmazlıkları açısından tahkime gidilmesini başından itibaren önleyici nitelikte somut bir düzenleme bulunmamaktadır¹²².

Ancak rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğin kapsamı belirlenirken bazı hususların göz önüne alınması gerekmektedir. Öncelikle, rekabet hukukunda tahkime elverişlilik konusunda, rekabet uyuşmazlıklarının

¹²¹ Bu noktada yazar, Baker'ın rekabet hukuku uyuşmazlıkları açısından yapmış olduğu dörtlü ayırımı örnek vermektedir. Buna göre, rekabet ihlallerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklar;

- Sözleşme taraflarının fiyat, münhasırlık, bölge, fesih gibi konularda sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları,
- Alıcı ve satıcılar arasında her bir satış sırasında ortaya çıkabilecek fiyat artışları, yeniden satış koşullarına, satış yapmayı reddetme veya diğer teknelci davranışlara ilişkin uyuşmazlıklar,
- Üçüncü kişilerle fiyat anlaşması, pazarın paylaşımından kaynaklanan ve hukuki bir ilişkinin diğer tarafına zarar veren anlaşmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar,
- Rakipler arasında yıkıcı fiyat, işlem yapmayı reddetme, teknelci kötüye kullanmalar, haksız rekabet, rekabeti bozucu devralmalar nedeniyle rakiplerden birinin zarar görmesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklar

olarak dört grupta toplanabilir (Baker ve Stabile 1993, 395).

¹²² Esasen, yabancı hukuk sistemlerine paralel olarak, Türk hukukunda da tahkime elverişlilik konusundaki nihai değerlendirme mahkemelerce yapılacaktır. Tahkime elverişlilik konusunu mahkemelerin değerlendirme yetkisi iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan birincisi devam etmekte olan bir tahkim yargılamasında taraflardan birinin, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı itirazı üzerine mahkeme tarafından konunun ön sorun (HMK md. 403) olarak çözülmesidir. Diğer durumda ise sonuçlanmış bir hakem yargılaması kararının ardından taraflardan birinin mahkemede iptal davası açması üzerine, mahkeme, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hükmederek kararı iptal edebilecektir. Bu noktada, mahkemelerin 4054 sayılı Kanuna ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında yargısal denetimine ilişkin uygulamaları da konuya ışık tutabilecektir.

esasına ilişkin (örneğin bir sözleşmenin geçersizliğinin tespitine dair) karar verme yetkileri¹²³ ile Kanunun 56. vd. maddelerindeki tazminat, iade gibi özel hukuk yaptırımlarına karar verme yetkileri, ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Söz konusu iki alanda tahkime elverişliliğin mümkün olduğunu savunan bir görüşe göre, özellikle rekabet hukuku uyuşmazlıklarının ileri sürüldüğü ya da hakemlerce farkedilerek resen dikkate alındığı bir hakem yargılamasında, hakemlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir sözleşmenin rekabete aykırılığını sadece ön sorun bağlamında olayla sınırlı olarak çözebilmesi ve ardından tazminat, iade gibi özel hukuk yaptırımlarına hükmedebilmesi mümkündür (Huysal 2010, 122 vd.).

Daha sonra ifade edileceği gibi, sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun kapsamında geçersizliğinin tespiti gereken durumlarda, ön sorun olarak hakemin rekabete aykırılık tespitini yapması hukuken mümkün değildir. Bu noktada, kimi zaman ön sorunu da içine alan bir kavram olarak, hakem heyetince Kurul kararının ihtiyari bekletici mesele yapılması seçeneği gündeme gelebilir. Ancak bu usul, rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından ihtiyacı karşılamamaktadır.

3.2.3. Rekabet Uyuşmazlıklarının Yargılama Makamlarınca Çözümlemesi ve Bekletici Mesele Sorunu

Rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin, 4054 sayılı Kanuna aykırı bir eylem olup olmadığını saptamak suretiyle Kanunun 56 vd. maddelerinde yer alan tazminata hükmedip hükmedemeyecekleri konusu doktrinde uzun süredir tartışılmaktadır. Konuya ilişkin çok sayıda yargı kararı bulunmakla birlikte, bu konuda içtihat birliğinin oluştuğunu söylemek güçtür¹²⁴. Yargıtay, mahkemelerce ilgili konuda verilmiş bir Kurul kararı ya da devam etmekte olan bir incelemesi olup olmadığını araştırmadan karar verilmesini bozma sebebi sayan kararında, eğer davanın açılma tarihi itibarıyla Kuruma başvuru yapılmamışsa, yapılacak başvurunun ön mesele olarak kabul edilip sonucunun beklenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁵.

¹²³ Bu yetki içerisinde daha sonra ifade edileceği üzere 4054 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yapılabilecek geçersizlik tespitleri ile muafiyet değerlendirmeleri aslında bütünlük arz etmektedir.

¹²⁴ Çalışmanın kapsamını aşması nedeniyle, konuya ilişkin ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay kararlarının ayrıntılarına burada değinilmeyecektir. (Mahkemelerin konuya zaman içerisinde farklı yaklaşımlarını yansıtan bir çalışma için bkz. Güven 2007, 213-263.)

¹²⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 1999/3350, Karar No: 1999/6364, Karar Tarihi: 01.11.1999,

Öte yandan, bazı davalarda mahkemelerin talep ettikleri bilirkişi raporunu desteklemek amacıyla Kuruma görüş sorduğu ve bunlara dayanarak 4054 sayılı Kanun kapsamında sözleşmenin geçersizliğine karar verdiği¹²⁶ görülmektedir. Kimi zaman mahkemelerin somut olaya uymayan bilirkişi kararına dayanan ilk derece mahkemesinin kararını bozduğu ve sonraki tarihte verilen Kurul kararına dayanarak hüküm kurduğu¹²⁷, bazı kararlarda ise taraflarca ileri sürülmeden 4054 sayılı Kanun hükümleri bağlamında sözleşmenin geçersizliğine karar verildiği¹²⁸ görülmektedir.

Yakın bir tarihli bir kararında Yargıtay, uyumsuzluğa ilişkin olarak Danıştay kararının beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁹. Son zamanlarda Yargıtay kararlarında ağırlık kazanan yaklaşımın, Kurul kararlarının beklenmesi gerektiği yönünde olduğu belirtilmektedir (Güven 2009, 437). Öte yandan, idari bir karar olarak Kurul kararlarının kesin delil niteliği taşımaması nedeniyle mahkemelerin bu karara uyma konusunda kanuni bir yükümlülükleri bulunmadığı, ancak maddi vakıaları yanlış değerlendirme riski olduğu vurgulanmaktadır (Gürzumar 2006, 46).

Güven'e göre buradaki endişe, mahkemelerde açılan tazminat davalarında, taraflar arasında bir sözleşme bulunduğunda dahi 4054 sayılı Kanun kapsamında sözleşmeyi bir bütün olarak incelemeyen Borçlar Kanunu (BK) kapsamında değerlendirme yapılması, ulaşılan sonucun hatalı olmasına yol açabilmektedir. O halde sözleşmenin 4054 sayılı Kanun kapsamında geçersizliğinin değerlendirilmesinde öncelikli olan sözleşmede ihlal olup olmadığının tespiti ve ardından ihlal varsa bu sözleşmenin muafiyet alıp alamayacağına değerlendirilmesidir. Bu sürecin ikinci aşaması niteliğindeki muafiyet değerlendirmesinde ise Kurulun öncelikli yetkisi (hatta münhasır yetkisi) doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir.

Bu hususlardan hareketle doktrinde, Kurulun zorunlu bilirkişiliğinin kabulü ile Kurul kararlarının ihtiyari bekletici mesele¹³⁰ yapılması şeklindeki çözüm yolları tartışılmaktadır¹³¹.

¹²⁶ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2003/307, Karar No: 336, Karar Tarihi: 03.04.2003.

¹²⁷ İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2005/231, Karar No: 2006/634, Karar Tarihi: 07.12.2006.

¹²⁸ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Esas No: 2002/12626, Karar No: 2002/14028, Karar Tarihi: 25.12.2002.

¹²⁹ Bu karara göre Danıştay'ın iptal kararı üzerine yeniden tesis edilmiş Kurul kararına karşı Danıştayda yeniden iptal davası açılıp açılmadığı araştırılmadan hüküm kurulması hatalıdır (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/3229, Karar No: 2007/10677, Karar Tarihi: 29.11.2007, Güven 2009, s. 37.)

¹³⁰ Kurulun adli mahkemelerin görmekte olduğu davalarda ihtiyari bekletici mesele yapılması yoluyla yetkili kılınmasına ilişkin hüküm 4054 sayılı Kanuna ilişkin son tasarıda yer almakla birlikte, tasarınnın bu maddesi kanunlaşmamıştır.

¹³¹ Güven 2009, 436; Gürzumar 2006, 40.

Öte yandan bekletici mesele, ihtiyari bir usul olarak ilk defa 2011 tarihli HMK’nda düzenlenmiştir. Hükümdeki açık ifadeye göre davayı gören mahkemenin bekleyeceği husus, başka bir mahkemede görülmekte olan davanın sonucu veya *idari makamın verilmesi beklenen karardır* (md.165)¹³². Buna göre hukuk mahkemesi, görmekte olduğu bir davanın incelenmesini, idari makamın henüz mevcut olmayan çözümüne bağlı görürse, ilgili tarafa yetkili idari makama başvurması için uygun bir süre verecektir. Bu süre içinde taraf o idari makama başvurursa, bu başvurunun sonucunu mahkeme artık beklemekle yükümlüdür. Örneğin bir dağıtım sözleşmesinin haksız feshi sebebine dayanılarak mahkemede açılan tazminat davasında, taraflarca ileri sürülmesi dahi sözleşmenin 4054 sayılı Kanuna göre geçersiz olabileceği konusunda şüpheye düşerse, hâkim davacıya süre vererek Kuruma menfi tespit başvurusunda bulunması için uygun bir süre verebilir. Davacının başvuruyu zamanında yapması halinde mahkeme Kurulun kararını beklemekle yükümlüdür¹³³.

Bekletici meselenin kabulü durumunda önerilen bir yöntem, Kurulun mahkemeden gelen bu tür bir soruyu rekabet ihlallerinde izlenen soruşturma yöntemine tabi olarak değil, menfi tespit ve muafiyet başvurularında izlediği (daha süratli) bir usulle sonuçlandırılmasını sağlayacak bir mekanizmanın 4054 sayılı Kanunda açıkça yer almasıdır (Gürzumar 2006, 47). Bekletici mesele¹³⁴ benimsendiğinde Danıştay kararları mahkemeler açısından hukuken kesin delil, Kurul kararları ise çok güçlü bir takdiri delil niteliğinde olacaktır¹³⁵.

Ancak bu usulün kullanımının rekabet hukukuna ilişkin uyumsuzluklar bakımından ne derece doğru olduğu, gerek mahkemeler gerekse hakemler açısından tartışmalıdır (Güçer 2009, 21).

¹³² Bekletici sorun kural olarak ihtiyari, yani mahkemenin takdirine bağlıdır.

¹³³ Öte yandan doktrindeki bir görüşe göre idari makam ilgili uyumsuzluk açısından ihlal tespiti yaparsa mahkeme artık konuyu tekrar esastan incelememeli ve idari makamın kararına uymalıdır. Bu noktada bekletici mesele müessesesinin olumsuz yönü olarak davanın uzayabileceği, bunun da usul ekonomisine aykırı bir yaklaşım olabileceği ve Kurumun zorunlu birlikişiliğinin daha uygun bir çözüm olabileceği savunulmuştur (Güven 2007, 220 vd.; Gürzumar 2006, 47).

¹³⁴ 4054 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasına ilişkin olarak 31.7.2008 tarihinde TBMM’ne sunulmuş ancak yasalaşmamış olan, “Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun Tasarısı”nın genel gerekçesinde bu konu “özel hukuk bakımından yeni getirilen ihtiyari birlikişilik ve bekletici mesele müesseseleriyle idari ve yargı kurumları arasında ortaya çıkabilecek çelişkili kararları azaltmak” amacı olarak vurgulanmıştır.

¹³⁵ Kuru, usul hukukundaki özel durumlardan olan bekletici meseleye ilişkin değerlendirmesinde, mahkemeler yönünden iki çelişik karar alınmasını önlemek adına bekletici meselenin, davanın uzamasına neden olma gibi zararlarına baskın olduğu ve genel olarak yararlı bir yöntem olduğunu kabul etmektedir (Kuru 2011, 484).

Konunun tahkim yargılaması açısından anlamı, önceki tarihli bir Kurul kararının varlığı durumunda tahkim usulünün işleyişi ve hakem yetkisinin (en azından olması gereken hukuk bağlamında) kapsamı ile daha önce Kurul kararı bulunmayan durumlarda izlenebilecek yöntemlerin farklılık arzettiğidir. Hakemlerin görmekte oldukları davada rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık iddiası üzerine tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle ihlal tespiti yapılmalıdır. Zira burada ihlal tespiti ve zarar hesabı, aslında iç içe geçmiş aşamalardır. Bu noktada ihlal tespitinde Kurul yetkili olduğuna göre, esasında HMK’da öngörülen ihtiyari beketici mesele çözümü, rekabet uyuşmazlıkları açısından ihtiyacı karşılamamaktadır.¹³⁶

3.3. TAHKİMDE ORTAYA ÇIKABİLECEK REKABET UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE OBJEKTİF SINIRLAR

Yukarıda yer verilen görüşler ve uygulamada karşılaşılan tereddütler dikkate alınarak, rekabet uyuşmazlıklarının tahkim yargılaması yoluyla çözümünde iki aşamalı bir elverişlilik (hukuka uygunluk) testi yapılabileceği düşünülmektedir.¹³⁷

Taraflar, aralarındaki bir sözleşme kapsamında ortaya çıkan rekabet hukuku uyuşmazlığı nedeniyle tahkim yoluna başvurduklarında ya da tahkime başka bir nedenle gidildiği halde yargılama sırasında uyuşmazlığın 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal niteliği taşıyabilecek unsurlar içerdiği konusunda şüphe bulunması halinde, konu iki aşamalı olarak incelenebilir.

I. aşama: Öncelikle 4054 sayılı Kanun’un 4., 6. ya da 7. maddeleri kapsamında söz konusu uyuşmazlığa yönelik olarak Kurul tarafından aynı taraflar ve aynı konu hakkında daha önce verilmiş bir kararın var olup olmadığı hususu gündeme gelecektir. Bu noktada taraflar ilgili Kurul kararını hakem heyetine sunmasa dahi hakemler, böyle bir inceleme yapılıp yapılmadığını araştırmalıdır. Bu

¹³⁶ Bu noktada mahkemeler açısından yapılan eleştirilere benzer şekilde, hızlı yürütülmesi esas olan tahkim yargılamasında Kurul kararının beklemenin, tahkim yargılamasını geciktirebileceği dile getirilmektedir. Ancak şu aşamada sürelerle ilişkin bu sorunun çözümü konumuz dışındadır.

¹³⁷ Bu değerlendirmede her koşulda göz önünde bulundurulması gereken husus, tahkim yargılamasında mahkemelerin denetiminin her zaman mümkün olduğudur. Daha önce ifade edildiği üzere bu inceleme a) Tahkimin görülmesi sırasında taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümünün tahkim yoluyla çözülemeyeceği itirazında bulunması yoluyla denetim, b) tahkimin sona ermesinin ardından taraflardan birinin iptal davası açması durumunda talep üzerine ya da mahkemenin resen uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme elverişli olmadığına karar vermesi şeklinde gerçekleşebilir. Bu sonuç, tahkimin ulusal ya da uluslararası nitelikte olması ya da tanımlanış şekliyle *mahkemelerin yardımı* (court assistance) ya da *tahkimin desteklenmesi* (Yeşilova 2008, 78) olarak ifade edilse de, değişmeyecektir.

tespitin ardından taraflar a) aralarında anılan Kurul kararına temel olan ve tahkim maddesi bulunan o sözleşme kapsamında, b) sözleşmeden kaynaklanan -rekabet hukuku haricinde- herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle tahkime gidildiğinde taraflardan birinin rekabet ihlali iddiası üzerine anılan Kurul kararına dayanarak tazminat ya da edimlerin iadesi gibi özel hukuk yaptırımlarına hükmedilmesini talep edebilirler. Anılan durumda, önceden Kurul kararı verilmiş uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin sonuçlarının hakemlerce karara bağlanması mümkün olup bu durumda herhangi bir yetki çatışması ile karşılaşılmamaktadır¹³⁸. Ancak bu durumda ihlal tespitinin ardından hakemlerce tazminata hükmedilmeden önce, zarar hesabının hakemlerce nasıl yapılabileceği konusu gündeme gelmektedir. Bu noktada, Kurul kararıyla sabit olmuş rekabet ihlali yönünden zarar hesabında Kurum ile hakemlerin etkileşimi söz konusu olabilir. Örneğin hakemlerin, zarar hesabı konusunda gerekli bilgilerden bazılarını¹³⁹ Kuruldan talep etme imkânı olup olmadığı ve Kurulun bu konudaki görev ya da yetkilerinin neler olduğu soruları gündeme gelebilecektir.

II. aşama: Hakemler, önceden Kurulun gündemine gelmemiş bir uyuşmazlıkta ilk defa 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal iddiasıyla/savunmasıyla karşılaşmış ya da kendisi uyuşmazlığın Kanun kapsamında ihlal oluşturabileceği şüphesine düşmüş olabilir¹⁴⁰. Burada da rekabet ihlali iddiası a) aralarında tahkim maddesi bulunan o sözleşme kapsamında 4054 sayılı Kanunun ihlal edildiği iddiası/savunması olarak, b) sözleşmeden kaynaklanan -rekabet hukuku haricinde- herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle tahkime gidildiğinde taraflardan birinin rekabet ihlali iddiası üzerine ortaya çıkmış olabilir. Böyle bir durumda 4054 sayılı Kanun kapsamında Kurulun münhasır yetkilerine (ve müdahaleci kurallar bağlamında kamu hukukunun ağır bastığı alanlara) ilişkin olarak bir ayırma gitmek gereklidir.

Bu noktada 4054 sayılı Kanunun “*Kurulun Yetkileri*” başlıklı İkinci Bölümünde sevk edilmiş olan hükümler, konunun başlangıç noktasını oluşturabilir. Buna göre Kanunun 8. maddesinde yer verilen menfi tespit belgesi verme ve koşulların değişmesi durumunda bu belgenin geri alınabileceğine ilişkin hüküm, 9. maddesinde yer verilen ihlale son verilmesine dair yazılı bildirim ve geçici

¹³⁸ Öte yandan, I. aşamada hakemlerin incelemesi ile eş zamanlı olarak Kurumda da incelemenin devam ettiği paralel bir süreç yürümekte olabilir. Bu durumda, ortada henüz bir geçersizlik tespiti bulunmadığı için Kurul kararının beklenmesi gerekecektir.

¹³⁹ Örneğin, pazar analizi gibi uzmanlık gerektiren karmaşık bilgilerin dışarıdan elde edilememesi nedeniyle Kurul kararına konu dosyada bulunan bu bilgilerin talep edilmesi istenebilir.

¹⁴⁰ Daha önce ifade edildiği üzere, tahkime elverişli sayılmayan bir konunun hakemlerce görüşülüp karara bağlanması başlangıçta yargılama sürecine etki etmeyebilir. Ancak taraflardan birinin itirazı durumunda hakem kararının mahkeme önüne geldiği aşamada, HMK'nun 439. maddesi ve MTK'nun 15/A (2)a maddesindeki kapsamında kararın iptali mümkündür.

tedbiri alma yetkisi, 10. maddedeki birleşme ve devralmaların bildirimini ile 11. maddede yer alan, birleşme devralmaya izin verme ile işlemin bildirilmemesi durumunda para cezası ve diğer idari tedbirlere başvurma yetkileri, 13. maddede yer alan ve muafiyet/menfi tespit kararlarının geri alınması¹⁴¹ ya da teşebbüslerin bazı davranışlarının yasaklanmasına ilişkin hüküm, 14. maddedeki kamu kuruluşlarından ya da teşebbüs/teşebbüs birliklerinden bilgi isteme yetkisi¹⁴² ve nihayet 15. maddedeki yerinde inceleme yetkileri¹⁴³, Kurulun münhasır yetki alanındadır. Anılan hükümlerle bağlantılı şekilde, Kanunun 16. maddesinde yer alan idari para cezaları ve 17. maddesinde yer alan nispi idari para cezalarına ilişkin düzenlemeler de münhasıran Kurul tarafından karara bağlanabilecek niteliktedir.

Sözö edilen hükümler, 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal niteliği taşıyan davranışları düzenleyen 4., 6. ve 7. maddeler ile doğrudan ilişkili ve çoğu durumda bu maddelerin uygulanmasının doğrudan sonucudur (örneğin sözleşmenin 4. md. Kapsamına girmesinden dolayı geçersiz olduğunun tespitinden sonra, aynı sözleşmenin muafiyet alabileceğinin tespiti ile hukuka uygunluğunun kabulü).

Bu doğrultuda, bekletici mesele konusuna ilişkin açıklamalarda değinildiği üzere hakem heyeti örneğın bir dikey ilişkinin tarafları arasındaki örneğın tek satıcılık sözleşmesindeki münhasırlığa ilişkin sözleşme hükümlerinin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesine göre rekabeti kısıtladığı kanısındaysa, ya da taraflardan birinin bu yönde bir iddia/savunması mevcutsa, bu durumda hukuka uygun karar alma ve idari makamlarla çelişkili kararlar oluşmasını önleme amacı doğrultusunda Kurulun

¹⁴¹ Muafiyet ya da menfi tespit kararlarının geri alınmasında yetki münhasıran Kurula ait olmakla birlikte, muafiyet hükümlerinin “idari-usuli” nitelikli yapısı (Sanlı 2001, 429) dikkate alındığında, bireysel muafiyet verilmesi konusunda hakemlerin yetkili olup olmadığı hususuna ilişkin olarak gerek AB gerek Türk hukukunda bazı tartışmalar mevcuttur. Ancak genel kabul, bu konuda tek yetkili makamın Rekabet Kurulu olduğuyönündedir.

¹⁴² Bilgi isteme yetkisi Kurulun idari yetkilerinden olmakla birlikte, hakemlerin de resmi olmayan şekilde bilgi isteme yetkilerini mevcut olduğuyurgulanmaktadır. HMK md. 431 hükmünde hakemlere verilen “Belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi seçimi” “Tarafların bilirkişiye gerekli açıklamaları yapmaları, ilgili belge ve bilgileri vermeleri” yetkileri 4054 sayılı Kanun’un 14. maddesindeki yetkiye benzer yetkililerdir. Öte yandan hakemler keşif yapılmasına karar verebilir. Konu açısından bilgi isteme yetkisi, Kurul kararındaki ihlal tespitine dayanan tazminat taleplerinin karara bağlanması konusundaki araştırmaları kapsamında gerekli yerlerden bilgi talep etmek şeklinde cereyan edecektir. Ancak hakemlerin elindeki inceleme ve ispat vasıtalarının, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin zarar tayini bakımından her zaman yeterli olamama ihtimali mevcuttur.

¹⁴³ Yerinde inceleme yetkisi tahkim yargılamasında mevcut olmamakla birlikte, HMK md. 431-1 (c) bendine göre hakemlerin keşif yaptırma yetkileri mevcuttur. Burada ise keşif yetkisi, Kurul kararındaki ihlal tespitine dayanan tazminat taleplerinin karara bağlanması konusundaki araştırmalar kapsamında gerekli yerlerde inceleme yapmak şeklinde cereyan edebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki yetki kapsam yönünden birbirinden çok farklıdır.

ihlal tespitine (örneğin sözleşmenin geçersizliğine) ilişkin kararının beklenmesi gereklidir. Böyle bir durumda hakem, -hukuki niteliği açısından bekletici mesele olmamakla birlikte- bu düzenlemedeki usule benzer şekilde davacıya uygun bir süre vermeli ve davacı o süre içerisinde yetkili idari makam olan Kurula başvurmalıdır. Bu süre içerisinde davacının idari makama başvurmaması, hakemin uyuşmazlığı kendisinin çözmesini gerektirmeyecektir. Bu durumda tahkim yargılaması, rekabet uyuşmazlığından tamamen bağımsız olan uyuşmazlıkların çözülmesi ve taleplerin karara bağlanması yönüyle devam edecektir.

3.4. REKABET MEVZUATININ RESEN DİKKATE ALINMASI

Tahkim yargılamasında rekabet hukukunun uygulanması, belirli durumlarda ve Kurulun münhasır yetkileriyle çatışmadığı ölçüde mümkündür. Bu noktada tartışılabilir hususlardan biri, rekabet hukukunun tahkime elverişliliği konusu bir yana, taraflarca rekabet ihlali savunması yapılmadan, hakemlerin kendiliğinden ilgili sözleşmenin ya da eylemin rekabet hukukuna uygunluğunu gözetme yetkisi olup olmadığıdır. “Rekabet mevzuatının resen dikkate alınması, tahkim yargılamasının temel özelliklerinden biri olarak *“tarafların talepleriyle bağlılık”* ilkesinin ihlali anlamına gelebilir mi?” sorusunun cevabı gerek ABD’de gerekse AB ülkelerinde mahkemelerce tartışılmıştır.

Adalet Divanı, rekabet uyuşmazlıklarında tahkime elverişlilik konusuna yön veren kararında¹⁴⁴ Antlaşmanın 101. maddesinin (eski m.81) doğrudan uygulanan hükümlerden olduğunu ve taraflar ileri sürmese de hakemlerin bu hükümleri resen dikkate alabileceğini ifade etmiştir. Benzer şekilde İsviçre hukukunda tarafların talep ettiği bir durumda hakemlerin rekabet hukuku hükümlerini dikkate almaması, hakem kararlarının iptali sebepleri arasındadır. ABD’de içtihadı yön veren temel kararda¹⁴⁵ Yüksek Mahkeme, tarafların aralarındaki tahkim şartı rekabet uyuşmazlıklarını içermese de, hakemlerin rekabet kurallarını her zaman dikkate alması gerektiğini ifade etmiştir.

Türk hukuku açısından hakem heyetlerinin rekabet mevzuatını resen uygulama yetkisi olup olmadığı hususunda Öz, AB hukukundaki supranasyonel yapının Türkiyede bulunmadığını ve resen uygulama konusunda AB’deki mahkeme kararlarındaki kadar kesin bir dille resen uygulamadan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir (Öz 2005, 53). Mourre’ye göre¹⁴⁶, sadece açık bir şekilde -örneğin taraflar arasında fiyat anlaşması, pazar paylaşımı gibi- “hard-core” rekabet kısıtlamaları tespit edilen durumlarda hakemlerin kendiliğinden bu uyuşmazlığı görüşüp karara bağlama yükümlülüğü ortaya

¹⁴⁴ Bkz. yukarıda Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International N.

¹⁴⁵ Bkz. yukarıda Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth.

¹⁴⁶ Mourre 2005, 26.

çıkabilir (Mourre 2005, 26). Güven'e göre Türk rekabet hukuku kuralları emredici nitelikte olup, hakemlerce resen dikkate alınması gerekmektedir (Güven 2009, 436).

Tüm bu görüşler de dikkate alınarak, 4054 sayılı Kanun hükümlerinin yapısı göz önünde bulundurulduğunda bu hükümlerin hakemlerce resen dikkate alınmasının, “ *tarafların talepleriyle bağlılık*” ilkesiyle uyumsuz olmadığı düşünülmektedir. Tahkim yargılamasında taraflarca ileri sürülmediği halde, ortada 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal olabileceğine dair şüphe varsa, hakemler bu noktada rekabet mevzuatını resen dikkate almakla yükümlüdürler. Burada da varılacak sonuç, yukarıda ifade edildiği gibi ihlal olup olmadığının tespiti amacıyla Kurul kararının beklenmesi olmalıdır. Bu yükümlülük, hukuka uygun karar verilmesi, idari makamların kararlarıyla çelişkili kararlar ortaya çıkmaması ve nihai anlamda kararın iptali ihtimalinin ortadan kaldırılması amaçlarıyla da uyumludur.

3.5. TAHKİME KONU REKABET UYUŞMAZLIKLARINDA REKABET KURUMU ve HAKEMLERİN EŞ ZAMANLI İNCELEME SÜRECİ

Bir rekabet uyuşmazlığının tahkim yargılamasına konu olması, Kurumun o uyuşmazlığı incelemesinden önce ya da sonra gerçekleştiğinde paralel incelemelerden bahsedilebilir¹⁴⁷.

Tahkim yargılamasında gerçekleşebilecek paralel süreçleri örnek bir olay çerçevesinde incelemek mümkündür. İş güvenliği malzemeleri üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren, ATK Sanayi ve Ticaret A.Ş. (ATK) ile Kaya İş Güvenliği ve Endüstriyel Ürünler Ltd. Şti. (Kaya) arasında 10 yıldır sürmekte olan bir bayilik ilişkisi olduğunu varsayalım.

Şikâyetçi 20.3.2007 tarihinde Rekabet Kurumuna başvurarak, 16 yıldır İzmir ve Türkiye genelinde faaliyet gösteren bir işletme olduğunu, 2000 yılında ATK'nın bayiliğini aldığını ve kısa sürede söz konusu firmanın Türkiyedeki en büyük 5 bayisinden biri durumuna geldiğini, ancak son zamanlarda ATK'nın İzmir'deki diğer bayiler lehine ayrımcı fiyat uygulamasında bulunduğunu ve ardından gerekçe göstermeksizin bayilik sözleşmesini feshettiğini belirtmiştir. Kaya firması, ATK'nın bayileri arasında ayrımcılık yapmak, bayilerinin nihai satış fiyatını tespit etmek ve bayileri arasında bölge ve müşteri tahsisi yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

¹⁴⁷ 1. durumda, rekabet otoritesinin konuya ilişkin kararından sonraki bir tarihte uyuşmazlık taraflarından birinin tahkim yargılamasına başvurmuş olabilir. 2. durumda rekabet otoritesinde inceleme başlamış, ancak konu karara bağlanmadan önce uyuşmazlık hakemlerin önüne gelmiş olabilir. 3. durumda, taraflar aralarındaki sözleşmeye konu uyuşmazlığı tahkime taşıdıktan ve hakemlerce bir karar verildikten sonraki bir tarihte taraflardan biri, rekabet otoritesine başvurmuş olabilir.

Durum 1-A: Rekabet Kurulu 3.6.2007 tarihinde verdiği kararında “1- ATK'nın, bayisi Kaya'nın yaptığı satışlarda **nihai satış fiyatını tespit etmesinin**, 2- Bayiliğine son verilen Kaya'nın İzmir ilindeki **müşterilerini, aynı ildeki diğer üç bayi arasında paylaşmamasının**, 3- Kaya ve İzmir ilindeki Sedef Endüstriyel Ürünler A.Ş. unvanlı bayiye daha düşük indirim oranları belirlemek suretiyle bu iki bayiyi rakip konundaki **diğer bayiler karşısında dezavantajlı duruma düşürmesinin** 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında **ihlal teşkil ettiğine**, ayrıca ATK'nın ilgili ürün pazarındaki konumu dikkate alındığında hakim durumda bulunmadığından, şirketin eylemlerinin Kanunun **6. maddesi bağlamında ihlal oluşturmadığına**” karar vermiştir.

Kararın ardından, Kaya 10.9.2007 tarihinde ATK ile aralarındaki bayilik sözleşmesinde yer alan tahkim maddesine istinaden Ankara Ticaret Odası Başkanlığı Tahkim Bürosu nezdinde tahkim yargılama sürecini başlatmıştır.

Rekabet Kurulu ihlal tespitinde gerek şikâyetçi, gerekse şikayet edilen teşebbüsün görüşlerine, şikayet edilen teşebbüste yapılan yerinde incelemede bulunan bilgi ve belgelere yer vererek, sözü edilen ihlallerin varlığı sonucuna ulaşmıştır. Bu noktada, hakem yargılamasından önce Kurul inceleme başlatmış ve karar alınmış olduğundan, hakemler 4. maddenin ihlali tespitini de dikkate alarak, tazminat, iade gibi özel hukuk sonuçlarına hükmedebilirler. Bu sonuçlara ulaşırken 6100 sayılı HMK'da kendilerine verilmiş olan;

- taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınması veya delil tespiti (HMK md. 414),
- belirlediği konular hakkında rapor vermek üzere bir veya birden çok bilirkişi seçimi, tarafların bilirkişiye gerekli açıklamaları yapmaları, ilgili belge ve bilgileri vermeleri, keşif yapılması (HMK md. 431),
- delillerin ikamesi, sözlü beyanlarda bulunulması veya bilirkişiden açıklama istenmesi gibi sebeplerle duruşma yapılması ya da yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi (HMK md. 429),

yetkileri kullanabilirler. Yapılan bu inceleme sonucunda hakemler, kararın ihlal kısmına ilişkin olarak kendi tespitlerini yaparak özel hukuk sonuçlarına hükmedebilirler. Öte yandan, Kurul kararının ihlal olmadığı tespiti yapılan kısmı yönünden özel hukuk sonuçlarına hükmedemeyeceklerdir. Dolayısıyla, hakemlerin hem Kurul kararındaki ihlale ilişkin kısım, hem de ihlal oluşmadığına yönelik kısım yönünden –icra edilebilir hüküm verme amacından hareketle- bu tespitlere uyma yükümlülükleri mevcuttur.

Durum 1-B: 1-A'da yer verilen uyuşmazlığın tarafları ve konusu aynı iken, yapılan değerlendirmeler sonucunda Kurulun, nihai satış fiyatının tespiti, ATK'nın müşterilerini, aynı ildeki diğer üç bayi arasında paylaşması ve Kaya firmasını diğer bayiler karşısında dezavantajlı duruma düşürmesi durumunun 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi bağlamında ihlal teşkil edebileceğine, bu nedenle Kanununun 9. maddesi uyarınca bahse konu uygulamalardan kaçınılması, aksi takdirde soruşturma açılacağı konusunda teşebbüse görüş bildirilmesine karar verilmiştir.

Bu durumda, anılan Kurul kararında ihlal tespiti yapılmamıştır. Ancak önaraştırma sürecinde yapılan görüşme ve yerinde incelemeler, toplanan bilgi ve belgeler doğrultusunda, şikâyet edilen teşebbüsün eylemlerinin, 4054 sayılı Kanununun 4. maddesini ihlal edecek boyuta varmamakla birlikte, teşebbüsün uyarılmasını gerektirecek eylemler olduğu kanaatine varılmıştır. Burada 4054 sayılı Kanununun 9/3 maddesini lafzi bir yorumla ihlal oluştuğu şeklinde yorumlanabilirse de, aslında burada ihlal gerçekleşmemiştir¹⁴⁸.

Bu noktada, temel olarak Durum 1-A'daki hususlar burada da geçerlidir. Dolayısıyla hakemlerin, Kurul kararında yer verilen tespitlere uymaları gereklidir. Söz konusu Kurul kararında ihlale yönelik bir tespitte bulunulmadığından, hakemlerin inceledikleri uyuşmazlıkta – ve davanın rekabet hukukuna ilişkin boyutu yönünden- özel hukuk sonuçlarına hükmetmesi, çelişkili ve iptali mümkün bir karar olacaktır.

Durum 1-C: 1-A'da yer verilen uyuşmazlığın tarafları ve konusu aynı iken, yapılan değerlendirmeler sonucunda Kurul, 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi ve 6. maddesi bağlamında ihlal oluşmadığına karar vermiştir. Durum 1-A ve 1-B'dekine benzer şekilde hakemler, Kurul kararında yer verilen tespitlere uymakla yükümlüdürler. Dolayısıyla bu durumda, hakemlerin inceledikleri uyuşmazlıkta – en azından rekabet hukukuna ilişkin boyutu yönünden- özel hukuk sonuçlarına hükmetmesi, çelişkili ve iptali mümkün bir karar olacaktır.

Durum 2: Şikâyetçi Kaya firması, aynı konuda ATK'ya karşı 3.1.2007 tarihinde (Kurulun incelemesi başlamadan önce), aralarındaki sözleşmede yer alan tahkim maddesine dayanarak tahkime başvurmuştur. Tahkim yargılaması başlamış, 30.3.2007 tarihinde Kurul, aynı taraflar ve aynı konuda resmi inceleme başlatmıştır.

Buradaki durumda, tahkim yargılama sürecinin başlatılması tarihi itibarıyla Kurul, henüz aynı taraflar ve aynı konuya ilişkin olarak karar vermiş değildir. Bu noktada hakemler, taraflardan birinin iddiası/savunması üzerine ya

¹⁴⁸ Burada ihlal tespitinin varlığına ilişkin bazı tartışmalar bulunmaktadır.

da resen rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkla karşı karşıya ise, uygun olan çözüm Kurulun ihlal olup olmadığına ilişkin tespitlerinin beklenmesidir. Böyle bir durumda hakem, -hukuki niteliği açısından bekletici mesele olmamakla birlikte- bu düzenlemedeki usule benzer şekilde davacıya uygun bir süre vermeli ve davacı o süre içerisinde yetkili idari makam olan Kurula başvurmalıdır.

Bu noktada karşımıza tekrar üç ihtimal ortaya çıkabilir.

Durum 2-A: Tahkim süreci boyunca uyuşmazlık, Kurulun önüne gelmemiş olabilir

Bu durumda hakemler, taraflardan birinin iddiası/savunması üzerine ya da resen rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkla karşılaşmış ise, Kurulun ihlal olup olmadığına ilişkin tespitini beklemelidir.

Durum 2-B: Tahkim başladıktan sonraki bir tarihte uyuşmazlık Kurul tarafından incelenmeye başlanmış, ancak yargılamanın bitimi tarihine kadar Kurul nihai kararını vermemiş olabilir. Bu durumda da önceki tespitlere benzer şekilde, hakemlerin, yetkili idari makam olan Kurulun ulaşacağı sonucu beklemeleri gerekmektedir¹⁴⁹.

Durum 2-C: Tahkim sürecinin başlamasından sonraki bir tarihte uyuşmazlık Kurulun önüne gelmiş ve yargılama bitmeden önce Kurul uyuşmazlık hakkında karar vermiş olabilir. Bu durumda hakem heyetinin uyuşmazlığa ilişkin incelemesi, davanın diğer yönleri bakımından devam etmekte ya da sona ermiş olabilir. Hakem heyeti davadaki diğer sorunlara ilişkin kararını açıklamadan önce Kurul kararından haberdar olduğu bir durumda artık o uyuşmazlığa ilişkin olarak özel hukuk sonuçlarına hükmedebilecektir.

Durum 3: Kurulun söz konusu uyuşmazlık hakkındaki incelemesine başlamasından önceki bir tarihte hakem heyeti tarafından aynı konu ve taraflar arasındaki uyuşmazlık çözüme bağlanmış ve tahkim yargılaması sonuçlandırılmış olabilir. Burada, rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın esastan çözümlenip karara bağlanmış olması durumuyla karşılaştırılır. Daha önce ifade edildiği üzere, yetkili makam olan Kurulun tespitleri beklenmeden rekabet hukukuna ilişkin olarak esasa ilişkin tespit yapılması ve buna göre özel hukuk sonuçlarına hükmedilmesi, yetki çatışmasına ve çelişkili kararlar verilmesine yol açabilecek niteliktedir. Bu tür bir karar verilmesi durumunda a) yargılama devam ederken

¹⁴⁹ Eğer tahkim sürecinin sonlarına yaklaşıyorsa, Kurul kararını beklemekte olan hakem keyeti tahkim süresinin HMK ve kurumsal tahkim usulü mevcutsa oradaki kurallara istinaden uzatılmasını talep edebilir. Eğer son sürenin bitimine kadar görüş ya da karar hakemlere sunulmamışsa, hakemler rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlığı ihmal ederek davanın geri kalan kısmına ilişkin olarak karar vereceklerdir.

tarafardan biri uyuşmazlığın bu yönüyle tahkime elverişli olmadığına ilişkin olarak genel mahkemede itirazda bulunabilir, b) yargılamanın sonucunda taraflardan birinin, 6100 sayılı HMK bağlamında kararın iptali için süresinde dava açması durumunda, davacının talebi üzerine ya da mahkemece resen uyuşmazlığın bu yönüyle çözümünün tahkime elverişli olmadığını kanaatine vararak kararı iptal edebilir¹⁵⁰.

3.6. BİRLEŞME ÇÖZÜMLERİNDE TAHKİMİN KULLANIMI

Tahkim yargılamanın rekabet hukukuyla bir diğer kesişim alanı, birleşme çözümlerinde yer alan taahhütlerdir. Birleşme/Devalma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuza göre (Kılavuz) Kurul, davranışsal taahhütlerin uygulanmasını gözetecek bir uzmanın atanmasının yanı sıra, çözüm önerilerinin uygulanması aşamasında taraflarla ilgili üçüncü kişiler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için hızla devreye girerek çözüm önerilerinin pazar oyuncularınca bizzat uygulanmasını sağlayacak bir tahkim mekanizmasının kurulmasını isteyebilir¹⁵¹. Benzer şekilde, AB Komisyonun Duyuru metninde tahkim yargılaması yöntemine doğrudan yer verilmiş, böylelikle tahkim, yoğunlaşmaların ex-ante (öncül) denetimi açısından Komisyon'un politika aracı haline gelmiştir. Duyurunu erişim taahhütlerine ilişkin kısmında “*Özellikle, 3. kişilerin taahhütleri uygulamasına izin veren önlemler, tahkim usulü yoluyla ya da yine tahkim usulünde ulusal düzenleyici otoriteleri de dâhil edecek şekilde uygulanır.*” ifadesi yer almaktadır¹⁵².

Tahkimin potansiyel faydalarına işaret edilen bir kararda¹⁵³, telekomünikasyon piyasasında birleşen iki şirketin altyapılarını ayırmaları ve 3. kişilere ayrımcı olmayan altyapı hizmeti sunmaları şartı getirilmiştir. Karar metninde Komisyon, tahkim yargılamasıyla desteklenen ayrımcı olmayan davranışlara yönelik düzenlemenin pazarda sağlayacağı şeffaflığa dikkat çekmiştir. Komisyona göre bu denetleme mekanizmasıyla 3. kişiler pazardaki ayrımcı davranışları daha rahat tespit edecek ve ona göre tepki verebileceklerdir.

Öte yandan güncel bir havayolu şirketi devralmasında tahkim yöntemi, taahhütlerin uygulanmasının denetimindeki iki aşamadan biri olarak kabul edilmiştir. Karara göre denetleyici uzman taahhütlerin izlenmesi görevini yerine getirecek, ancak havayolu sektörüne yeni giren potansiyel rakip bir firma ya

¹⁵⁰ İptal davası hakem kararının yürürlüğünü durdurmaz. Ancak uygun bir teminat karşılığında kararın yürürlüğünün durdurulması istenebilir.

¹⁵¹ Birleşme/Devalma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz, para. 82.

¹⁵² Para 66.

¹⁵³ Telia/Sonera, 10.7.2002, Comp/M.2803.

da yeni bir havayolu hizmet sağlayıcısı bu taahhütlerin doğru uygulanmadığını düşünüyorsa tahkim mekanizmasını işletebilecektir.

Tahkim çözümünü içeren Komisyon kararlarında belirtilen yöntemler, Türk rekabet hukuku açısından koşullu izin kararlarında uygulanması mümkün olabilir. Örneğin bir altın madeninin devlet tarafından özelleştirildiği ve o bölgedeki dört dağıtıcıdan biri tarafından devralındığı bir durumda, diğer dağıtıcıların piyasadan dışlanması yönündeki endişelerin giderilmesi amacıyla Kurul, devralan dağıtıcının taahhüdü üzerine, diğer dağıtıcılara ve dağıtım pazarına girebilecek potansiyel 3. kişilere belirli bir süre eşit koşullar altında satış yapma yükümlülüğü getirdiğini düşünelim. Bu noktada Kurul birleşmeye koşullu izin verdiği kararında, pazardaki diğer dağıtıcılarla eşit satış yapma taahhüdünün uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlığın, öncelikle tahkim yoluyla çözülmesine karar verebilir.

Böyle bir durumda uyuşmazlık, devralan teşebbüs ile alıcıları konumundaki diğer dağıtıcılar arasındaki sözleşmesel ilişkiden (bu örnekte satım sözleşmesi) kaynaklanmaktadır. Burada tahkim, Kurulun idari bir kararının uygulanmasında yardımcı bir araç olmaktadır.

Bu tür bir tahkim mekanizmasına yer verildiğinde Kurulun, çözümlerin uygulanmasını gözetmek ve doğru uygulanmasını sağlamak konusunda sahip olduğu yetkiyi bertaraf edilmemektedir. Zira buradaki tahkim uygulaması, aslında hakemler açısından 4054 sayılı Kanun kapsamındaki özel hukuk sonuçlarına hükmedebilme yetkisinin koşullu birleşme izni kararlarına yansımaları gibidir. Sonuç olarak, Kurul kararına dayanan bir taahhüdün ya da bu taahhüde dayanan yan anlaşmaların uygulanmasında hakemlerin, tek başına ya da denetleyici uzman gibi kişilerle birlikte yer alması suretiyle, taahhütlerin yerine getirilmesinin izlenmesinde etkinlik sağlanabilecektir.

3.7. REKABET KURUMU İLE İŞBİRLİĞİNİN KAPSAMI VE TAHKİM UYGULAMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Tahkim yargılamasında hakemlerle işbirliği, Kurul tarafından yapılmış olan bir ihlal tespitinin ardından hakemlerin tazminat gibi özel hukuk sonuçlarına hükmedebilecekleri durumlarda gündeme gelebilecektir. Zira bu aşamada hakemler, tazminata hükmedebilmek amacıyla görmekte oldukları davada zarar hesabı yapmak durumundadırlar. Bu noktada hakemlerin öncelikle HMK bağlamında kendilerine verilmiş araştırma vasıtalarını kullanabilecekleri tabiidir. Ancak bu vasıtaların, zarar tespitinde ne ölçüde yeterli olduğu ayrı bir meseledir.

Benzer şekilde, Kurulun ihlal tespitine dayanan zarar tayininde hakemlerin gerekli olan bilgi ve belgeleri Kurumdan talep edip edemeyeceği tartışılabilir. Tahkim yargılamasının tarafları açısından önceki tarihli Kurul kararında yer alan bilgi ve belgelere erişim, dosyaya giriş hakkı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Hakemlerin, HMK md. 414 bağlamında delil tespitine karar verdikleri bir durumda Kurumdan ilgili karara dayanak olan belgeleri istemeleri gündeme gelebilir¹⁵⁴. Öte yandan, HMK md. 432'de tarafların, hakemlerin onayıyla mahkemeden deliller konusunda yardım istemesi imkânı da getirilmiştir.

Genel olarak hakemler, 4054 sayılı Kanunda zarar hesabına yönelik olarak özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle Borçlar Hukukunun genel ilkeleri kapsamında zararın tayin edecektir. Yargılamanın genel esaslarına göre, tazminat talebi olan davacının, zararla ilgili delillerini hakeme sunması beklenecektir. Öte yandan hakem de HMK bağlamında sahip olduğu inceleme vasıtalarıyla zararın varlığını ve miktarını araştırabilir. Ancak rekabet ihlallerinden kaynaklanan zarar hesabının karmaşıklığı, tazminatın doğru şekilde, hatta bazen tahminen yapılmasını zorlaştırabilecektir.

Yargılama makamlarının zarar tazmininde bilirkişilerden yararlanılması olağan bir usuldür. Ancak bu noktada Kurumun bilirkişiliğine başvurulabileceğinin kabulü tartışmalıdır. Tazminat hesabı amacıyla zararın tespitinde Kurumun ihtiyari bilirkişiliğine başvurulması makul bir işbirliği çözümü olarak öngörülebilir. Kurumun iş yükünü arttırmamak amacıyla burada kesin bir zarar hesabından ziyade, hakemlere ışık tutacak şekilde ortalama bir zarar tespitine dair görüş sunulması düşünülebilir. Böylelikle bilirkişi olunan hallerde, hakemin tespit edeceği vakıalar hakkında Kurum görüşünü bildirebilecektir. Bu tür bir uygulamanın, süratli yürütmesi esas olan tahkim yargılamasında, hakemlerin zararı tayininde yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

Esasen, genel mahkemelerde açılan davaların sürüncemede kalması bir yana, mahkemelerin rekabet hukukunda ihtisaslaşmamış olması da dikkate alındığında, özel hukuk taleplerinin hakemlerce karara bağlanmasının oldukça faydalı olabileceği düşünülmektedir. Bu noktada bilirkişiliğe alternatif olarak, sayıları sınırlı olmakla birlikte ülkemizdeki tahkim yargılamasının icrasında önemli rol oynayan kurumsal tahkim odaları ile doğru bilgi akışını sağlamak adına işbirliği protokolü yapılması da özel hukuk yaptırımları açısından etkinliği arttırabilir.

¹⁵⁴ Böyle bir talebin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesi zorunluluğuna istinaden karşılanması gerekip gerekmediği tartışılabilir.

SONUÇ

Geleneksel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim, oldukça eski tarihlere dayanmaktadır. Önceleri kişiler arası uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan tahkim, uluslararası ticaretin artışıyla birlikte giderek kurumsallaşmıştır.

Tahkimde tarafların irade serbestisi prensibi esas olmakla birlikte, bu serbestinin de birtakım sınırları olduğu görülmektedir. Devletler, usul hukukuna ilişkin iç düzenlemelerinde tahkime elverişliliğin sınırlarını belirlemişlerdir. Bu süreçte, devletlerin tahkim yargılamasına müdahalesi ne kadar fazlaysa, tahkime elverişli alanlar o ölçüde sınırlı kabul edilmiştir. Tahkime elverişli konuları en geniş belirleyen ülkelerde malvarlığına ilişkin bütün uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edildiği görülmektedir.

Tahkime elverişlilikle yakından ilgili bir kavram kamu düzenidir. Kamu düzeni, devletlerin geçmişlerinden gelen birikim ile oluşturdukları değerler bütünü olarak kabul edilebilir. Dünyada en geniş katılımın sağlandığı uluslararası tahkim düzenlemelerinden biri olan New York Konvansiyonu, ülkelerin kendi iç hukuklarında kamu düzeninden sayılan hususlarda hakem kararlarının uygulanmasının reddedebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla devletlerin sahip olduğu kamu düzeni anlayışı, hakem kararları açısından bir iptal sebebi olarak tanımlanmıştır.

Tahkim alanında en deneyimli ülkelere biri olan ABD’de rekabet hukuku kaynaklı talepler, *Mitsubishi* kararıyla birlikte tahkime elverişli kabul edilmeye başlanmıştır. Anılan kararda, sonraları AB’deki yargı kararlarını da etkileyen “second look” doktrini gerekçelendirilmiştir. Söz konusu doktrinle rekabet hukuku uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğu ifade edilirken, mahkeme denetimi bu elverişliliğin teminatı olarak görülmüştür.

Bu aşamadan sonra rekabet hukuku açısından hakem yetkilerinin algılanışı, mahkemelerin konuya ilişkin yaklaşımlarıyla paralel olmuştur. Hatta AB rekabet hukukunda bu tartışmalar, mahkemelerin hakem kararlarına sadece “açık rekabet ihlali ” gördüklerinde müdahale etmeleri gerektiğine kadar varmıştır. Anılan

görüŖe göre, olayda ancak bu tür bir ihlalin varlığı kamu düzenini aksatan bir sebep olabilir. Bu konuda AB rekabet hukuku içtihadına yön veren kararlardan *Eco Swiss* davasında Adalet Divanı, hakem kararlarının denetiminin sınırlı ve sadece istisnai durumlara özgü olması gerektiğini ifade etmiştir.

AB rekabet hukuku kurallarının yargılama makamlarınca uygulanmasına ilişkin tartışmalar, 1/2003 sayılı Tüzük ile daha farklı bir boyut kazanmıştır. Bireysel muafiyet tanıma hususunda Komisyonun sahip olduğu münhasır yetkinin sona ermesi ve mahkemelere muafiyet verme imkanı tanınması, hakemlerin de zımnen bu yetkiye sahip oldukları yönünde ciddi tartışmalar başlatmıştır.

AB’de tahkime ilişkin bir diğer önemli uygulama, Komisyon’un koşullu birleşme kararlarında tarafların getirdiği taahhütlerin uygulanmasına ilişkin denetimler yönünden tahkime yer verilmesidir. Komisyon, tahkim aracılığıyla birleşme işlemlerinin denetiminde önemli ölçüde etkinlik sağlamaktadır. Bu bağlamda, rekabet hukuku ile tahkim yargılamasının iki kesişim alanı olduğu söylenebilir:

- Bireylerin (tahkim yargılamasında hakemlerin) ya da tahkim kuruluşlarının özel hukuk yaptırımı olarak rekabet hukukunu uyguladıkları tahkim,
- Rekabet otoritelerince kamu hukuku uygulamasında yardımcı bir araç olarak tahkim.

Bunlardan ilki, rekabet hukukuna ilişkin tahkim davalarının büyük çoğunluğunu oluşturmaktadır. Burada hakemlerin fonksiyonu, rekabet kurallarını ihlal eden tarafın verdiği zararların ex post (ardıl) şekilde diğer tarafa aktarılmasıdır. Hakemlerin, ex-ante rekabet otoritelerinin uygulamalarına katkı sağlayabildikleri alan ise tahkim çözümüne yer verilen birleşmelerde koşulu izin kararlarıdır.

Türk rekabet hukuku açısından konuya bakıldığında, HMK’da tahkime elverişliliğin “*iki tarafın irade serbestisine bağlı haller*” ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bir hukuk politikası tercihi olarak ülkemizde tahkime elverişli konular, İsviçre ve Almanya hukuklarındaki “malvarlığı kriteri”nden farklı olarak daha dar kapsamlıdır.

Doktrinde genel kabul gören görüş, 4054 sayılı Kanunun emredici hükümler içerdiği ve Rekabet Kurulunun görev alanında düzenlenen konularda tahkime gidilemeyeceğidir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal tespiti nedeniyle bir anlaşmanın geçersizliği, bu anlaşmanın muafiyet alıp alamayacağı ya da bir birleşme/devralma işlemine izin verilip verilemeyeceğinin tespiti, Kurulun yetkisindedir.

Bu kabulden hareketle tahkim yargılaması, önceden ya da tahkimle eş zamanlı yürümekte olan Kurul incelemesi sonucunda 4054 sayılı Kanun kapsamında ihlal tespiti yapılmış olan durumlarda etkin hale gelmektedir. Hakemlerin, ihlal tespitine dayanarak, yine Kanununun 56 vd. maddelerinde öngörülen özel hukuk yaptırımlarına hükmedebilmelerinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Aksine, genel mahkemelerde tazminat davalarının uzun yıllar sürmesi, mahkemelerin rekabet hukuk gibi alanlarda ihtisaslaşmamış olması dikkate alındığında, özel hukuk taleplerinin hakemlerce karara bağlanması teşvik edilmelidir. Bu teşvik, ihlal tespitine dayanılarak açılmış tahkim yargılamasında tazminat miktarının belirlenmesi için gerekli olan, ortalama sosyal maliyetin hesaplanmasında Kurumun bilirkişiliğine başvurmak şeklinde olabilir. Alternatif olarak, sayıları sınırlı olmakla birlikte ülkemizdeki tahkim yargılamasının icrasında önemli rol oynayan kurumsal tahkim odaları ile doğru bilgi akışını sağlamak adına işbirliği protokolü yapılması şeklinde de gerçekleştirilebilir.

Son olarak, Kurulun koşullu birleşme izni kararlarında yer alan taahhütlerin uygulanmasında, taraflarla ilgili üçüncü kişiler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde tahkim, etkin bir denetim mekanizması olabilecektir. Birleşme çözümlerinde verilen taahhütlerin doğru uygulanmasının denetiminde tahkim, özellikle taahhüt veren taraf ile 3. kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde aktif bir rol oynayabilir.

ABSTRACT

Arbitration in international trade has been a preferred method because it is an independent and candid way, carried out by experts chosen by the parties and the concluded in a fast manner. Courts that supervise the decisions of tribunals make a limited evaluation regarding international trade disputes. In fact, the distinction of national-international public order also leads the precedents holding that international arbitraiton award to be more limitedly reviewed. Regarding the national arbitration, courts may act more prudently in appellate review. In this context, legal frame in USA and EU concerning arbitration is discussed first and subsequently the scope of arbitrability and the courts' point of view about arbitration in terms of competition law is explicated.

USA is the leading country about the arbitrability of competition law related subjects. Developments here particularly the second look doctrine has effected the EU competition law as well. Today, the scope of the arbitration tribunals' competences about competition law related disputes has enlarged in a parallel way with the court's approach about these decisions. This situation connotes the direct reflection of the changes in precedents to the arbitration.

Evaluated for Turkey, in scope of the act HMK numbered 6100 the basic criterion for arbitrability is that the dispute to be subject to the will of the parties. In this context, the mandatory character of the norms of the act numbered 4054 is preponderant. So the role that the arbitrators can perform is to make judgement about private law remedies. Here the crucial point is the right establishment of the loss calculation made with a view to rendering compensation. This aspect may be arranged on the basis of a cooperation protocol made with instutional arbitration chambers or amicus curiae role of TCA.

In conclusion, arbitration may be fairly effective for scrutiny of the remedies provided in favour of third parties for the conditional merger decisions. It will be effcent the people who have competition law knowledge for the solution of contractual disputes to solve the disputes regarding remedies.

KAYNAKÇA

AKSOY, N., *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:144, Ankara 2004.

ALFORD, R. (2003), “The American Influence on International Arbitration”, *J. On Disp. Resolution*. 19 Ohio St.69, s. 72.

BAKER, I. ve STABILE, M. (1993), “Arbitration of Antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel”, *The Business Lawyer*, Vol:48, s. 395.

BLANKE, G. (2006), “The Use and Utility of International Arbitration in EC Commission Merger Remedies”, *Europa Law Publishing*, Groningen 2006.

BLANKE, G. (2007), “The “Minimalist” And “Maximalist” Approach To Reviewing Competition Law Awards: A Never-Ending Saga”, *Stockholm International Arbitration Review* 2007, Issue 2, s. 65-66.

BLANKE, G. (2007), “The Use Of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments”, *E.C.L.R.* 2007 Issue 12, s. 675- 678.

BLANKE, G. (2009), “Actions Under Articles 101 And 102 TFEU In International Arbitration”, *SaC LJ* 22, 539, s. 539-551.

BLANKE, G. ve LANDOLT, P. (2011), “EU and US Antitrust Arbitration”, *Kluwer Law International*, 2011, The Netherlands, içerisinde Blanke G., Arbitration and ADR in EU Merger Control, s. 1646.

BLANKE, G. ve NAZZINI, R. (2008), “Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part I)”, *G.C.L.R.* Issue 1, s. 54-55.

BLANKE, G. ve NAZZINI, R. (2008), “Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part II)”, *G.C.L.R.*, s.150.

BLANKE, G. ve NAZZINI, R. (2008), “Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III)”, *G.C.L.R.*, 143.

BLANKE, G. ve NAZZINI, R. (2009), “Litigating, Arbitrating and Mediating Competition Law Disputes: An Update, Iclg To: Litigation & Dispute Resolution 2009”, Global Legal Group Ltd, London, Chapter I, <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/2590.pdf>, (erişim tarihi: 29.12.2011), s. 143.

BLESSING, M. (2003), “Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues”, *Helbing & Lichtenhahn, Swiss Commercial Law Series*, s.172.

BREKOULAKIS, S. (2009), “Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited lex fori (Brekoulakis app)”, *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 21/2009*, s. 21.

BREKOULAKIS, S. (2009), “On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern”, *School of Law Legal Studies Queen Mary University of London, Research Paper No. 20/2009*.

BROZOLO, R. (2008), “Arbitration in EC Merger Control: Old Wine In A New Bottle”, *EBLR (Special Edition)*, s. 8.

BRUBAKER, J. R. ve DALY M. P. (2010), “Twenty-Five Years of the “Prospective Waiver” Doctrine in International Dispute Resolution: Mitsubishi’s Footnote Nineteen Comes to Life in the Eleventh Circuit”, *University of Miami Law Review*, Vol:64, s. 1234.

CARBONNEAU, T.F. (1994), “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, *J Int’l & Comp L 2* Tul 193, s. 194.

CARBONNEAU, T. F. (2009), “Arbitrability: International and Comparative Perspectives”, *Kluwer Law International 2009*.

ÇAL, S. (2008), “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 4, s.155.

DAYINDARLI, K. (2011), *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları*, 2. baskı, Dayındarlı Hukuk Yayınları, Ankara.

DRAHOZAL, C. (2004), “Federal Arbitration Act Preemption”, *IND. L. J.* 79, s. 393.

DRAHOZAL, C. (2006), “New Experiences of International Arbitration in the United States”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol:54, s. 236.

EMERSON, D. Frank. (1970), "History of Arbitration Practice and Law", *Cleveland State Law Review* 19, s. 156.

FRAGA, P. J. (2007), "Doctrinal Development In United States Arbitration: A Metamorphosis Of Paradigms Beyond Gregor Samsa's Imagination," *U. Miami International & Comparative Law Review* Vol. 15:2, s. 295.

GALBRAIGHT, A. B. (1993-1994), "Vacatur of Commercial Arbitration Awards in Federal Court: Contemplating the Use and Utility of the "Manifest Disregard" of the Law Standard", *Indiana Law Review* 27 241 1993-1994, s. 25.

GALLIARD, E. (1999), FOUCHARD, GALLIARD, GOLDMAN *Non International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Boston, London.

GÖKYAYLA, C. D., (2005), *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara.

GREENEWALT, A. ve F. DONOVAN, (2006), "Mitsubishi After Twenty Years: Mandatory Rules Before U.S. Courts and International Arbitrators in Pervasive Problems in International Arbitration", *Kluwer Law International*, s. 25.

GROOT, G. D. (2008), "Arbitration and the Modernization of EC Competition Law", *European Business Law Review* (Special Edition) 19, no. 1, s. 175-189.

GÜÇER, S. (2009), *Tahkim Yargılamasında Gündeme Gelen Rekabet Hukuku Uyuşmazlıkları*, *Batider Mart 2009 Cilt:XXV Sayı:1*, s. 21.

GÜRZUMAR, B. (2006), "4054 sayılı Kanununun 4. maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", *Rekabet Dergisi*, Ekim-Kasım-Aralık 2002, s.40-47.

GÜVEN, P. (2007), *Rekabet Hukukunda Günce Gelişmeler Sempozyumu - V*, Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri, s. 213 vd.

GÜVEN, P. (2009), *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara.

HOVENKAMP, H. ve SULLIVAN, E. (2007), "Antitrust Law: Policy and Procedure: Cases and Materials", *VA: Michie Co., 1984, Supplement, 2007*, s. 295.

HUYSAL, B. (2010), *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.120-128, s. 258-262.

KARATAŞ, İ. ve ERTEKİN, E. (1997), *Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Yetkin Yayınevi, İstanbul.

KELLOR, F. (1948), *American Arbitration: Its History, Functions and Achievements*, *New York: Harper and Brothers*, s.3.

KOCASAKAL Ö. H. (2006), *Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi*, Seçkin Yayınları Ankara 2006.

KOKKORİS, I. ve LIANOS I., “The reform of EC competition law: new challenges”, *Kluwer Law International 2008, içerisinde IDOT, L., Arbitration in Competition Law Disputes*, s. 90.

KOMNİNOS, A. (2008), *Arbitration and Competition Law*, *University College London, Department of Law*,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1520105 (erişim tarihi: 5.12.2011), s. 38.

KOMNİNOS, A. (2011), *Assistance by the European Commission and Member States Authorities in Arbitrations*, *Kluwer Law, Hollanda*, s. 734.

KURU, B., ARSLAN, R. ve YILMAZ, E. (2011), *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Ankara.

LALLIVE, P. (1986), *Transnational Public policy and International Arbitration*, *ICCA Congress Series no:3, New York*, s. 264.

LANDOLT, P. (2006), *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, *Kluwer Law International*, Netherlands.

LINDSAY, A. (2006), *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, *Sweet & Maxwell, London*.

MISTELIS L., JULIAN D. ve LEW, Q.C. (2003), “Pervasive Problems in International Arbitration”, *Kluwer Law International*, s. 199.

MOURRE, A. (2005), “Arbitration and Competition Law: An overview from the European Perspective”, *Milletlerarası Tahkim Semineri*, 4 Ekim 2005, s. 26.

MOURRE, A. (2010), “Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives”, *Kluwer Law International 2010*, s. 5, s. 47.

NAZZINI, R. (2008), “A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amicus Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, *EBLR Special Edition*, 103.

NISSER, C. ve BLANKE, G. (2006), “Reflections on the Role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings”, *E.C.L.R.*, Issue 4, s. 174.

NOMER, Ergin. (2008), *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayınları, 3. baskı, İstanbul.

NOMER, E., EKŞİ N. ve GELGEL G. (2008), *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayıncılık, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul.

OECD, (2011), “Arbitration and Competition, related to a hearing on Arbitration and Competition”, *Working Party No.3 meeting of 26 October 2010*, s. 11.

ÖZ, G. (2005), *Milletlerarası Ticari Tahkim Semineri*, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara s. 53.

ÖZEL, Sibel. (2008), *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul.

ÖZSUNAY, E. (2005), *Milletlerarası Ticari Tahkim Semineri*, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara s. 106.

POUDRET J.F., BESSON S., BERTI S. ve PONTIA. (2007), “Comparative Law of International Arbitration”, *Sweet& Maxwell*, s. 343.

REUBEN, R. C. (2008-2009), “Personal Autonomy and Vacatur After Hall Street”, *Penn State Law Review*, Volume 113, s. 1105.

SAMMARTANO, M.R. (2001), “International Arbitration Law and Practice”, *Kluwer Law International, London*, s. 522.

SANLI, K. (2001), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun`da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

ŞANLIC., (2011), *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Beta Yayıncılık, İstanbul.

TELLER, Ludwig. (1948), “Arbitration”, *Annual Survey of American Law*, Vol. 1948, Part Four (1948), s. 901-914.

UZ, (2011), “Sporla İlgili Uyuşmazlıkların Çözümünde Zorunlu Tahkim Yolu: Tahkim Kurulları ve Kararlarının Hukuki Niteliği Üzerine”, *SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2011/1, sayı:13

VAROL, N. (2008), Rekabeti Kısıtlayıcı Birleşme ve Devralmalarda Çözümler ve Taahhütler, *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi*, No: 101, Ankara

WILLIAMS, V. (1995), “Punitive Damages In Arbitration: Mastrobuono And The Need For Creation Of A National Court Of Commercial Appeals”, *Commercial Law Journal* sayı 100, s. 304.

YEŞİLOVA, B. (2008), *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir.

YEŞİLOVA, B. (2008), “*Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*”, *TBB Dergisi*, Sayı 76, s. 85.

YILDIRIM, N. (2004), Objektif Bakımdan Tahkime Elverişlilik, Prof.Dr. Yavuz Alangoya’ya Armağan, İstanbul, 2007.

YILDIRIM, N. (2004), *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, Alkım Yayınevi, İstanbul.

ABD Temyiz Mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme Kararları

Wilko v Swan 346 US 427 (1953).

American Safety Equip.v. JP McGuire & Co.,, 391 F.2d 821, 826-27 (2nd Cir. 1968)

Scherk v. Alberto Culver Co., 417 U.S. 506 (1974).

Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp., 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

Southland Corp. v. Keating , 465 U.S. 1 (1984).

Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 US 614 (1985).

Ting v. AT&T, 319 F.3d 1126 (9th Cir. 2003).

Kristian v. Comcast Corp., 446 F.3d 25 (1st Cir. 2006).

Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576 (2008).

Stolt-Nielsen, S.A. v. AnimalFeeds Int’l Corp., 130 S. Ct. 1758, 176 L.Ed. 2d 605 (2010).

AB Komisyonu ve diğer Mahkeme Kararları

- Alcatel/Thomson (CSF-SCS), 4.6.1998, IV/M.1185.
Marta/Aerospatiale, 28.4.1999, IV/M.1309.
Gencor v Commission, Case T-102/96, [1999] CFI.
Carrefour/Promodes, 25.1.2000, Comp/M.1684.
Shell/DEA, 20.12.2001, Comp/M.2389
Telia/Sonera, 10.7.2002, Comp/M.2803.
ARD v Commission, Case T-158/00, 30.9.2003.
Tetra Laval/Sidel, 13.1.2003, Comp/M.2416
SA Thales Air Defense v. GIE Euromissile, CA Paris, 18-11-04, 2002/60932.
Piaggio/Aprilia, 11.1.2005, Comp/M.3570.
Reuters/Telerate, 23.5.2005, Comp/M.3692.
Lufthansa/Eurowings, 22.12.2005, Comp/M.3940
Lufthansa/Swiss, 4.7.2005, Comp/M.3770
Marketing Displays International Inc. V. VR Van Raalte Reclame B.V., Case 04/694 And 04/695, 24.3.2005
Appeal Of The Hague, 24.3.2005, Case 04/694 and 04/695.
Gaz de France/Suez, 14.11.2006, Comp/M.4180.
Iberia/Vueling/Clickair, Comp/M.5364
Lufthansa/SNAH, Comp/M.5335.
Societe SNF SAS v. Societe Cytec Industries BV, 23.3.2006, Case 04/19673.
Easyjet Airline Co Ltd v Commission of the European Communities (T-177/04) [2006] E.C.R.
Austria/Telering, 26.4.2006, Comp/M.3916.
Axalto/Gemplus, 19.5.2006, Comp/M.3998.
Schneider Electric/APC, 8.2.2007, Comp/M.4475
SFR/ Tele 2 France, 18.7.2007, Comp/M.4504.
DaimlerChrysler, COMP/E-2/39.140, 13.9.2007.
Toyota, COMP/E-2/39.142, 13.9.2007.
Opel, COMP/E-2/39.143, 13.9.2007.
German Electricity Wholesale Market, COMP/B-1/39.388, COMP/B-1/39.389.
German Electricity Balancing Market, OJ C 146, 12.6.2008, 34-35.
Swedish Supreme Court, 19.2.2008, Case No: T 2808-05.

Lufthansa/SNAH, 22.6.2009, Comp/M.5335

Iberia/Vueling/Clickair 9.1.2009, Comp/M.5364.

Lufthansa/Austrian Airlines, 28.8.2009, Comp/M.5440

İDM ve ATAD Kararları

Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV [1999] ECR I-3055.

Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al. (2006) ECR I-6619. Joined Cases C-295/04 anc C-298/04.

Yargıtay ve Diğer Mahkeme Kararları

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Başkanlığı, Esas No: 1999/3350, Karar No: 1999/6364, Karar Tarihi: 01.11.1999

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Esas No: 2002/12626, Karar No: 2002/14028, Karar Tarihi: 25.12.2002

İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2003/307, Karar No: 336, Karar Tarihi: 03.04.2003

İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2005/231, Karar No: 2006/634, Karar Tarihi: 07.12.2006

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas No: 2007/3229, Karar No: 2007/10677, Karar Tarihi: 29.11.2007

Diğer Kaynaklar

SilvaG.J., Public Policy in International Arbitration, Queen Mary College, University of London PhD, <https://qmro.qmu4l.ac.uk/jspui/handle/123456789/1717>.

Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:267:0001:0027:EN:PDF>

AB rekabet hukuku kurallarının ihlaline dayanan tazminat davalarına ilişkin karşılaştırmalı rapor,

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/study.html.

Teşebbüsler arası yoğunlaşmaları düzenleyen 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü (European Community Merger Regulation).

“Birleşme/Devralma İşlemlerinde Rekabet Kurumunca Kabul Edilebilir Çözümlere İlişkin Kılavuz”, 2011, Rekabet Kurumu.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
ISBN 978-605-5479-41-1
<http://www.rekabet.gov.tr>