

İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna
Aykırılık Hallerinin Geçersizliği

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Mahmut ÖZTÜRKLER
Enstitü No:310032003

Ana Bilim Dalı: (Özel) Hukuk
Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

Nisan 2007

İÇİNDEKİLER

A- Rekabet Hukuku Genel kavramları

I-Rekabet Hukukunun Bazı Temel Kavramları

Rekabet Kavramı	1
Rekabet Hukukundan Beklenen Faydalar	2
Düşük Fiyat, Yüksek Kalite	2
Seçim Özgürlüğü	2
Teknolojik Gelişme	3
Kaynak Tahsisinde Etkinlik	3
Artan Rekabet Gücü	3
KOBİ'ler İçin Uygun Ortam	3

II-Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler

Genel Olarak.....	4
Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylemler ve Kararlar	6
Anlaşma	6
Uyumlu Eylem	7
Teşebbüs Birliği Kararları ve Eylemleri	8
Per Se Doktrini Hakkında	10

III-Anlaşma veya Kararın Rekabete aykırılığının tespitinde Amaç ve Etki kavramı

Genel Olarak	13
SNNIP Testi	18

IV-Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Sayılan Rekabete Aykırı Haller

RKHK Nun 4. Maddesinde Örneksime Yoluyla Sayılan Rekabete Aykırı Haller.....	20
Muafiyet Kavramı	20
Muafiyet türleri	
Bireysel Muafiyet	21
Grup Muafiyeti	22
RKHK Nun 6. Maddesinde Sayılan Rekabete Aykırı Haller	24
RKHK Nun 7. Maddesinde Sayılan Yasak Hali	25

B - Geçersizlik Kavramı

Genel Olarak	26
Borçlar Hukuku Anlamında Geçersizlik (Hükümsüzlük)	26
Rekabet Hukuku Anlamında Geçersizliğin Niteliği	

Konusunda Doktrindeki Yorumlar	27
Avrupa Birliği Hukukundaki Durum	32
RKHK Madde 4 Kapsamında Olan Anlaşma Ve Kararların Madde 56 Uyarınca Geçersizliği	
Genel Olarak	35
Geçersizliğin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşümüz	36
RKHK 5. Maddesinde Belirlenen Muafiyetin Kanunun 56. Maddesinde Öngörülen Geçersizlik= Butlan Kavramına Etkisi	
Genel Olarak	37
Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Geçersizlik	40
Birleşme Veya Devralmalarda Geçersizlik	42
Geçersizlik Kavramı Ve Uyumlu Eylem	44
Geçersizliğin Diğer Hüküm ve Sonuçları	
Kısmi Geçersizlik	45
Anlaşma ve Kararların geçersizliğinin Üçüncü Kişiler ile Yapılan Anlaşma ve Kararlara olan etkisi	47
Edimlerin İfası	47
Yerine getirilen Edimi İade Yükümlülüğü	48
İyiniyetli İade Borçlusunun İade Yükümlülüğü	49
Kötü niyetli İade Borçlusunun İade Yükümlülüğü	50
Zenginleşmeye Yol Açan Masrafların İstenmesi	51
Söküp Alma Hakkı	52
Geçersizliğin Tespitini Yapacak Mercii.....	53
RKHK nun Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü	
Kanunun Uygulanması Açısından	53
Adli Mahkemeler İle Rekabet Kurumu Arasındaki Hukuki İlişki.....	58
Bilirkişi Olarak Rekabet Kurumu	58
RKHK nun Vermiş Olduğu Kararların Delil Olma Niteliği	61
Rekabet Kurulu Soruşturmasının	
Bekletici Mesele Yapılıp Yapılmayacağı Sorunu	63
Muafiyet Kararının Mahkeme Kararlarına Olan Etkisi	65
RK Vermiş Olduğu Nihai Kararlara Karşı Yargı Yolu	
Danıştay.....	67

Tazminat Davasında Temyiz Mercii.....	69
C-Rekabet Hukukuna Aykırılıklarda Açılabilir Hukuk Davaları	70
I- RKHK nun 4. Maddesine Aykırılık Hallerinde Açılabilir Hukuk Davaları	70
1-Rekabete Aykırı Uyumlu Eylem Dolayısı İle Açılabilir Davalar	70
2-Rekabete Aykırı Anlaşma Dolayısı İle Açılabilir Davalar.....	72
a-Anlaşmanın Tarafları Açısından	
aa-Tespit Davası yönünden	72
bb-Anlaşmanın feshi ve ifadan kaçınma Yönünden	72
b-Üçüncü Kişiler Yönünden	73
3-Teşebbüs Birliği kararları	
a-Kararların Tarafı Açısından	74
b-Üçüncü Kişiler Yönünden	75
II-RKHK nu M.6 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Tazminat	
1- Hukuki İşlem Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde.....	75
a- Hukuki İşlemin Tarafları Açısından	
aa-Tespit Davası Yönünden	75
bb-Hukuki işlemin ifasından kaçınma Yönünden	75
cc-Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından	
Zarar Görenler Yönünden	76
2- Fiili Durum Yaratarak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde.....	77
a-Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasını	
Tespit Davası Yönünden	77
b-Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Men'i Davası	77
c-Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından Dolayı Uğranılan	
Zararın Tazmini Davası	78
III-Birleşme ve Devralmalarda Tazminat.....	78
Tazminat talebinde Kusur	81
Kanaatimiz	84
Zararın Tazmini	89

Manevi Zarar.....	90
Maddi zarar	92
Bedel Farkı.....	92
Yoksun Kalınan Kar.....	92
Doğrudan Zarar-Dolaylı Zarar.....	93
Mevcut Zarar-Müstakbel Zarar-Muhtemel Zarar	93
Üç Katına Kadar Tazminat	94
İllyet Bağı	96
İspat Yükü	96
Zamanaşımı	101
Sonuç	104
Kaynakça	105

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
age	adı geçen eser
agm	adı geçen makale
AT	Avrupa Topluluğu
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
MK	Medeni Kanun
K.	Karar
m.	madde
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	sayı
T.	Tarih
vd.	ve devamı
Yarg.	Yargıtay

ÖNSÖZ

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun,Türkiye`de mal veya hizmet Piyasasındaki rekabetçi ortamının oluşturulması ve rekabetin korunması amacıyla 1994 yılında çıkmıştır.Kanunun çıkış tarihinden itibaren hızla uygulamaya geçmiştir. Ancak, Yargıya intikal eden davalarda henüz yeterli ve içtihat niteliğinde kararlar oluşmamıştır. Ancak hızlı gelişen piyasa ekonomisi ve yabancı sermaye akışı, Rekabet Hukukunun daha etkin uygulanmasını ve gelişmesini sağlayabilecektir.

Temizin konusuna uygun olarak, öncelikle Rekabet Hukukunun temel kavramları üzerinde durulmuştur. İlk bölümde, çok özetle bu kavramlara yer verilmiş ve Avrupa Birliğinde rekabet hukukundaki uygulamaya tezimizin konusuna ilişkin kısımlarda yer verilmiştir.

İkinci Bölümde, Rekabete aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçlarına yer verilmiştir. Özellikle rekabete aykırı anlaşma ve kararlar ile hakim durumunun kötüye kullanılarak yapılan anlaşmalar ve kararlar ile rekabeti bozabilecek veya ortadan kaldıracabilecek birleşme veya devralmaların geçersizliği üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde ise rekabete aykırılıklarda başvurabilecek hukuksal yollar ile rekabete aykırılıklardan dolayı zarara uğrayanların tazminat talepleri ve tazminat şartları üzerinde durulmuştur.

Bu tezimi hazırlarken bana yardımlarını esirgemeyen tez danışmanı Prof.Dr. M.Turgut Öz`e saygılarımı sunarım. Şubat 2007

Mahmut Öztürkler

A- Rekabet Hukuku Genel Kavramları

I- Rekabet Kavramı

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3. maddesinde “rekabet, mal ve hizmet piyasasındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararalar verilebilmesini sağlayan yarış” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımı geniş anlamda kabul edip, piyasada mal ve hizmet sunan aktörlerin, ürettikleri mal veya hizmeti en kaliteli, en ekonomik ve en iyi şekilde tüketiciye sunulmasının sağlanması anlamında bir yarış kabul etmek gerekir. Yoksa sırf rakiplik olmak anlamında rekabet etme olarak değerlendirmemek de gerekir.

O halde rekabet hukukunu da serbest piyasa ekonomisinde mal ve hizmetin alım satımında ve sunumunda rekabeti sağlamak amacıyla düzenleyici, denetleyici kurallar getiren ve bu kurallara aykırılıkları da yaptırımlar uygulayan hukuk dalı olarak belirtebiliriz.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun hükümleri incelendiğinde Rekabet Hukuku, kamu ve özel hukuk dalları ile yakından ilişkilidir. En başta, özerk bir yapı oluşturulmaya çalışılan ve idari sistem içerisinde yer bulan Rekabet Kurumunun kurulması ve işleyişi ile 4054 sayılı kanunun getirdiği yaptırımlar, yaptırımlara karşı idari yargı yolları, Kamu Hukuk dalı olan İdare Hukuku ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde rekabete aykırı işlem ve eylemlerde bulunanlara getirilen cezai yaptırımlar bakımından da diğer bir kamu hukuku dalı olan; Ceza hukuku ile ilişkilidir.

Mal ve hizmet piyasasının tanım ve tespiti, serbest piyasaya müdahalenin etkisi bakımından iktisat bilimi ile ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan, özel hukuk alanında mal ve hizmet piyasasının unsurları bakımından ticaret hukuku, bu unsurların mal ve hizmet piyasasının kurallarına aykırılıklarda Özel hukuk alanındaki etkilerinin ve sonuçlarının belirlenmesi için Özel Hukuk dalındaki Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku ve Medeni Usul Hukuku ile ilişkilidir.

Aynı şekilde Rekabet hukuku, Fikri Sınai Haklar Hukuku ve Tüketici Hukuku ile de yakından ilişkilidir. Teknolojik yenileşme ve ekonominin gelişim için gerekli olan fikri ve sınai hak unsurlarının korunması veya bu unsurların lisans yoluyla devri konularında rekabet hukuku ile ilişkiler ortaya çıkmaktadır. Mal ve hizmet piyasasından faydalanan tüketiciler için de piyasanın rekabet kuralları ile işleyip işlememesi önemli olup ve olumsuzluk halinde hak doğurucu sonuçlar gündeme gelebilir.

Rekabet Hukukundan Beklenen Faydalar

Anayasasında sosyal devlet ilkesini benimseyen ülkelerin, daha adaletli daha eşit paylaşımı sağlayabilme araçlarından birisi rekabet hukuku düzenlemeleridir. Nihai tüketicilerin korunması amacı ancak rekabet hukuku düzenleme ve uygulamalarının usulünce uygulanması ile mümkün olabilecektir.

Sosyal Hukuk devleti kavramını benimseyen Türkiye Cumhuriyetinin de rekabet hukukunu tüm esaslarıyla ve kurallarınca uygulaması en doğal sonuçtur.

Bu anlamda Niçin Rekabet dediğimizde karşımıza gerekçeleriyle Rekabet Kurumu Kavramlarıyla gerekçeleri ve ekonomiye faydaları ortaya konulmaktadır.

Rekabet Kurumuna göre, rekabet Hukukunun faydaları;

Düşük Fiyat, Yüksek Kalite

Teşebbüsler rekabetçi bir ortamda ayakta kalabilmek için fiyatlarını düşürmekte ve ürün kalitelerini artırmaktadır. Maliyetlerini aşağı çekemeyen, fiyat ve kalite bakımından rakiplerinin gerisine düşen teşebbüsler pazar paylarını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıyadır.

Seçim Özgürlüğü

Rekabetçi bir ortam ürün çeşitliliği demektir. Tüketici birçok alternatif arasından istediği fiyat ve kalitedeki ürünü tercih etme şansına sahiptir.

Teknolojik Gelişme

Teşebbüsler rekabetçi bir ortamda pazar paylarını artırabilmek için mevcut ürünlerini geliştirmek ya da yeni ürünler üretmek durumundadır. Hayatımızı kolaylaştıran birçok ürünün varlığı teşebbüsler arasındaki bu yarışın bir sonucudur.

Kaynak Tahsisinde Etkinlik

Rekabet, teşebbüslerin, tüketiciden gelen talep ve beklentileri karşılayacak şekilde üretmesini ve yatırım yapmasını, dolayısıyla ekonomik kaynakların etkin tahsisini sağlar.

Artan Rekabet Gücü

Yurtiçinde yarış ortamının sağlıklı işlemesi, dış pazarlarda da rekabet gücünü beraberinde getirir. İhracatın artması, uluslararası rekabete hazır teşebbüsler ile mümkündür.¹

KOBİ'ler İçin Uygun Ortam

Tekellerin ve kartellerin hakim olduğu bir ekonomide küçük ve orta ölçekli işletmelerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri ve ayakta kalmaları oldukça zordur.

Bu kavramların yanına, kaynak Tahsisinde etkinlik kavramının bir sonucu olarak da **Verimli Üretim** kavramını da ekleyebiliriz.

Yukarıda belirtilen ekonomik faydalarının doğal sonucu olarak faydalanan tüketiciye ve istihdama yansması da en önemli sosyal etkileri olarak ortaya çıkar.

Nihai amaç birey ve bireyin hakları olunca rekabet hukukunun, kurallarınca uygulanması ulaşılmak istenen amaca hizmet edecektir.

¹ Çevrimiçi <http://www.rekabet.gov.tr/nicinrekabet.html>

II-Rekabetin Korunması Hakkında Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler

Genel Olarak

Hukuk düzeninin varmak istediği sonuca ulaşmak için konan kurallar, birey iradesine yapma ve yapmama yönünde sınırlamalar getirmektedir. Ceza hukukunda yap denilenin yapılmaması, yapma denilenin yapılması cezalandırılırken, özel hukukta kanunun emredici kurallarına aykırılıklar yapılan işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır.

Bu anlamda Rekabet hukukunda öngörülen yasaklayıcı hükümler, özel hukuk alanında gerçek ve tüzelkişilerin hareket serbestisini sınırlayan sonuçlar doğurmaktadır.

4054 Sayılı yasada öngörülen yasaklayıcı hükümler (m.4, ve ileriki bölümlerde ayrıntısı açıklanacak m.6, m.7) Kanunun 56 maddesinde geçersiz olarak kabul edilmiştir. Madde 56 1. cümlesi *'Bu kanunun 4.maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararları geçersizdir'* hükmünü getirmiştir.

Aşağıda belirtilen Kanun 4. maddesinde yasak sayılan hallerden uyumlu eylemin hukuki işlem yoluyla gerçekleşmediği sebebiyle geçersizlik sonucunu doğmayacağını belirtmek isteriz.

4054 Sayılı Kanunun m.4, m.6 ve m.7 de yasaklayıcı hükümler koymuştur. Bu maddeleri konumuzla ilgisi olması bakımından aşağıda özetle açıklamaya çalışacağız.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki kanun 4. maddesinde *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır."*

Buna göre, *anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar*'ın mal ve hizmet piyasasında rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleyebileceği, bozabileceği veya kısıtlayabileceği öngörülmüştür.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki kanun 6. maddesinde; “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” amir hükmüne yer verilmiştir.

Burada bir veya birden fazla teşebbüsün mal veya hizmet piyasasında tek başına veya başkaları ile yapacağı anlaşmalar ile *hakim durumu kötüye kullanmaları* rekabeti olumsuz etkileyebileceği öngörülmüş ve bu türden yapılan işlem ve eylemler yasaklanmıştır.

Aynı şekilde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki kanun 7. maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratma veya hakim durumunu daha da güçlendirme amaçlı olarak yaptığı *birleşme ve devralmaların*, rekabeti olumsuz etkileyeceği öngörülmüş ve bu eylem veya işlemler yasaklanmıştır.

Bu yasaklayıcı hükümlere bakmadan önce Kanun 4. maddesinde yasak sayılan *anlaşmalar, uyumlu eylemle ve kararlar* ile Kanunun 7. maddesinde sayılan *birleşme ve devralmalar* en az iki teşebbüsün (4. madde için teşebbüs birliği de olabilir) katılımı ile ihlal ortaya çıkabilecektir.

Kanunun 6. maddesinde ki *hakim durumun kötüye kullanılması* tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilebilir.

Diğer bir ifade ile tek bir teşebbüs, Kanunun 6. maddesinde sayılan yasak halleri ihlal edebilir. Ancak 4. ve 7. maddeler için en az iki teşebbüsün katılımı ile ihlal gerçekleştirilebilir.

Bu kavramlara Kanunun bakış açısından çok özetle bakarsak;

Rekabeti Sınırlayıcı anlaşma uyumlu eylemler ve kararlar;

Kanunun 4. maddesinde; *Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" hükmü yer almaktadır.

Anlaşma; Kanunun gerekçesinde, maddenin amacı bakımından anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uyulmasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur.

Rekabeti ihlal edebilecek anlaşmalar, tarafların rekabet hukukunda öngörülen yasaklayıcı ve ceza hükümlerini bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları sebebiyle gizli yapılması doğaldır. Bu nedenle anlaşmanın yazılı şekil şartını beklemek yersiz olur. Ancak tarafların yapmış oldukları toplantılar görüşmeler yazılı-yazısız kararlar doğrultusunda, birbirlerinin hukuken bağlı hissetme ve bu yönde ortak hareket etme amacını anlaşma olarak kabul etmek gerekir.

Anlaşma kelimesi her türlü uyuşmayı (mutabakatı) ifade ettiğinden sözleşme (akit) den daha geniştir. Bu deyimden bağlayıcı bütün anlaşmaları kapsadığı şüphesizdir. Ancak anlaşma kavramı ATA'nın 85/1. maddesinde hukuken bağlayıcı olmayan bütün mutabakatları da içerir. Taraflar ya da ilgililer arasında, ATA anlamında "anlaşma", açık-kapalı, doğrudan-dolaylı, sarıh-zımni, sözlü-yazılı, tek taraflı- çok taraflı, olabilir. Bu açıdan niyet açıklamaları, bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları, görüş bildiren, tespit yapan memorandumlar, tutanaklar, beyanlar, taahhütler, müşterek açıklamalar anlaşmadır.²

² Tekinalp, Atamer, Oder, Okutan s.355 Avrupa Birliği Hukuku

Uyumlu Eylem; iki veya daha fazla işletmenin, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirlerine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı Pazar davranışlarıdır.³

İşletmeler arasında uyumlu davranışın varlığının kabul edilebilmesi için şu koşullar aranması gerektiğini belirtmektedir;

- İşletmeler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen ortak işbirliği olmalıdır.
- Bu işbirliği doğrudan ve dolaylı bir ilişki ile ulaşılmış olmalıdır.
- Amaç rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki benzersizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.

Uyumlu eylem tanımı için bir arada bulunması gereken iki temel ilkeyi koymaktadır.

-Teşebbüsler arasında gizli veya örtülü yöntemlerle gerçekleştirilen ve ortak bir planı içermesi zorunlu olmayan, doğrudan veya dolaylı bir iletişim bulunmalıdır.

- Bu iletişim, teşebbüslerin rekabet politikalarına ilişkin tek taraflı ve bağımsız kararlar almalarını önleyerek rekabet risklerinin yerine geçen, rekabeti bozucu nitelikte bir koordinasyon yaratmalıdır.⁴

Rekabet hukukuna aykırılık teşkil eden uyumlu eylemler konusunda iki önemli sorunla karşılaşılır. Bu sorunlardan ilki ve esasa ilişkin olanı rekabeti sınırlama amacı taşıyan uyumlu eylemler ile rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyen paralel davranışların birbirinden ayrılmasında karşımıza çıkar. Çünkü, belirli bir piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin benzer davranışlar içinde olmaları mutlaka rekabeti kısıtlayan bir uyumlu eylemin varlığını göstermez. Hatta, paralel davranış iktisadi rekabetin tabii bir sonucu olarak da karşımıza çıkabilir; tam rekabet piyasasında fiyatların belirli bir noktada belirlenmesi gibi. İşte uyumlu eylemler ile diğer paralel davranışların birbirinden ayrılmasında ekonomi biliminden (piyasa verilerinin analizinden) yararlanmak gerekecektir. Esasa ilişkin bu sorun ile bağlantılı olarak usule ilişkin ikinci bir sorunla karşılaşılır. Bir uyumlu eylemin ispatında ekonomik verilerden ne ölçüde

³ İ. Yılmaz Aslan,, Rekabet Hukuku Ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, s.53 Ekin Yayınları Bursa 1997

⁴ Dilek Cengiz, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu eylemin Hukuki Sonuçları s.100 (Beta 2006)

yararlanılabilecektir? Gerçekten bir uyumlu eylemin ispatı iki unsurun ispatı ile olur: (1) Rakip teşebbüsler arasında bir sosyal temasın (“görüşme durumu”nun) varlığının ispatı; (2) piyasa hakkında yapılan iktisadi analizin uyumlu eylemin varlığını göstermesi, şartlarının bulunması gerekmektedir.⁵

Rekabet Kurulu, **Gazete Yayıncıları** kararında “Bir fiilin uyumlu eylem olarak nitelenebilmesi için şu unsurların bulunması gereklidir:

- Taraflar arasında genellikle sözlü ya da yazılı şekilde ifade edilen toplantılar, tartışmalar, bilgi değişimi veya araştırmaları içeren olumlu temaslar olmalıdır.
- Bu temas; pazar davranışını etkileme ve özellikle bir teşebbüsün gelecekteki rekabetçi davranışının belirsizliğinin önceden ortan kaldırma amacı taşımalı.
- İlgili teşebbüslerin ticari davranışlarını, tam olarak rekabetçi etkiler tarafından belirlenmeyecek bir şekilde oluşturma ya da değiştirme etkisi olmalıdır.

Burada önemli olan, teşebbüslerin, rakiplerinin gelecekteki davranışlarını öğrenmeleri ve pazardaki belirsizliğin ortadan kaldırılmasıdır.⁶

Teşebbüs Birliği kararları ve Eylemleri; teşebbüslerin dayanışma amacıyla kurdukları birlikler nitelikleri icabı, birliğe taraf olan teşebbüsler arasındaki rekabetin sınırlandırılmasına uygun bir ortam hazırlayacak mahiyettedir. Zira bu tip birlikler, rakip teşebbüslerin kolayca bir araya gelerek piyasadaki rekabet koşullarını müzakere etmelerine olanak sağlayarak ilgili piyasadaki bilgi değişiminin artmasına neden olmakta ve rekabet açısından potansiyel bir tehlike oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, teşebbüs birliği kararı, diğer birliklerle kıyaslandığı vakit, çok sayıda teşebbüsün bir araya gelmesi imkânı ve karşılıklılığa ihtiyaç

⁵ Ali Cem Budak, AT Konsey Ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri Ve Rekabet Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması Ve İspat adlı makalesinde, s.9

⁶ çevirimiçi www.rekabet.gov.tr

duymaması hususlarında, rekabetin kısıtlanmasında oldukça elverişli bir vasıta olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla teşebbüs birliği kararlarının 4. madde uygulamasında önemli bir yerinin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz.⁷

Teşebbüs birliklerinin kararları “ tavsiye kararı” olarak alınırsa ve hiçbir bağlayıcılığı yoksa bu gibi kararların yasaklanmaması gerekir. Şu kadarki tüm işletmeler, bu tavsiye kararına aynen uyuyorlarsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlanıyorsa bu kararlar tavsiye kararları bile olsa yasaklanır.⁸

Avrupa Birliği Hukukunda ise, uygulamada, “teşebbüs birliği kararları” kavramı “uyumlu eylem” ve “anlaşma” kavramlarının varlığına rağmen oldukça geniş yorumlanmakta ve hukuki işlem niteliği taşıyan kararların yanı sıra bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararları da 85. madde çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Buna karşılık, tavsiye kararları bakımından yapılacak değerlendirmede, alınan tavsiye kararlarına üyelerce uyulmasının beklenebilirliğine ilişkin bir takım göstergeler aranmakta ve bu hususta özellikle, geçmişte alınan bu neviden kararlar karşısındaki birlik üyelerinin tutumları belirleyici olmaktadır. Ayrıca kararlara verilen geniş anlam çerçevesinde, birliğin kuruluş ve iç ilişkilerini düzenleyen ana sözleşme hükümleri sadece birlik genel kurulu tarafından değil, diğer yetkili organ ya da kişilerce alınan karar ve açıklamalar da, somut olayda “karar” olarak nitelendirilebilmektedir.⁹

Avrupa Topluluğu Anlaşması (ATA)nın 85.1. maddesi hükmünün sistemini amaç açısından şöyle özetleyebiliriz: Anılan hüküm (a) sistem olarak per se doktrinini benimsemiştir; (b) buna karşılık, amacı rekabeti engellemek veya kısıtlamak ya da bozmak olan anlaşmaları uyumlu eylemleri ve kararları hukuka aykırı saymıştır. (c) ayrıca anlaşmanın veya eylemin yada kararın rekabeti sınırlayıcı veya bozucu yada engelleyici bir etki (sonuç) yapıp yapmadığını veya yapıp yapmayacağını incelemeye gerek yoktur.

⁷ Kerem Can Sanlı, s. 83, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, RK Lisansüstü Tez Serisi No 3, Ankara 2000

⁸ Aslan age s.55,

⁹ Sanlı, age s.84,

Per Se doktrini, ABD'nin Sherman Act diye anılan Anti-Tröst kanunundan kaynaklanmaktadır. Anılan kanunun 1. maddesi uyarınca ticareti kısıtlayan bir her sözleşme, işbirliği ev mutabakat hukuka aykırıdır. Bu hükme göre kısıtlama içeren her düzenleme “yalnız başına niteliği gereği” (per se) rekabeti engelleyici veya kısıtlayıcıdır. Başka bir anlatımla, bir sözleşmede yer alan, rekabet sınırlamaları başka sebep aramaya gerek kalmaksızın, “niteliği gereği” yasaktır. Bazı sınırlayıcı hükümler ise, rekabet serbestisini esaslı bir suretle sınırlıyorsa hukuka aykırı sayılır.¹⁰

Per se Kuralının karşısında **Rule of reason**;

Bir anlaşma Rekabeti sınırlayıcı hükümler içeriyor, ancak bu hükümler aynı zamanda rekabete katkıda bulunuyor veya rekabeti kamçılıyor ise, bu anlaşmanın ATA'nın 85.1. maddesi karşısındaki durumu nedir? Gerçekten pazara yeni bir rekabetin girebilmesi için üreticinin dağıtıcısına bazı inhisari haklar tanınması gerekiyor, mesela, üretici firmanın dağıtıcının bölgesinde dağıtıcıdan başkasına sözleşme konusu ürünü vermemesi icap ediyor ise, ATA'nın 85.1. maddesi hükmü gene de uygulanacak mıdır? Uygulanacak olursa, bu yüzden rakibin piyasaya girmemesi rekabetin kısıtlanması değil midir?

Bütün bu faktörleri gözeten, bir bakıma per se'nin karşısında yer alan bu yaklaşıma “haklı sebep” (rule of reason) doktrini denilmektedir.¹¹

Kısaca ifade etmek gerekirse, “*rule of reason*” veya “*haklı sebep kuralı*”, rekabeti sınırlayıcı her anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarına aykırılık teşkil etmeyeceği görüşünü benimsemekte ve bu anlaşmaların piyasa üzerinde doğuracağı etkilerin, Rekabet Hukukunun amaçlarından hareketle, ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu düşüncenin temelinde ise, ticari yaşamdaki anlaşmaların rakipler arasında dahi yapılsa, ekonomik veya sosyal açıdan olumlu yönlerinin bulunabileceği ve bunların dikkate alınmaksızın, anlaşmaların külliyen hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin gerçeklerle bağdaşmayacağı fikri yatmaktadır. Bu bağlamda “*rule of reason*” doktrini çerçevesinde,

¹⁰ Tekinalp/ Oder/Atamer/Okutan age, s.343

¹¹ Tekinalp/ Oder/Atamer/Okutan age, s.350

rekabeti sınırladığı iddia edilen bir anlaşma, piyasa üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileriyle bir arada değerlendirilmekte ve ancak bu değerlendirme neticesinde hukuka aykırılık tespit edilebilmektedir.”¹²

Gene ABD kökenli olan “haklı sebep” doktrini –per se doktrininin aksine- AT rekabet hukukunda da etkili olmuş, öğreti tarafından kabul edildiği gibi, Avrupa Topluluğu Mahkemelerince de benimsenmiştir.¹³

AT Hukukunda haklı sebep doktrini, amacı rekabete aykırı olmadığı halde, rekabet açısından bazı sınırlamalar içeren bir anlaşmanın, bu kısıtlamaların haklı sebeplere dayanmaları halinde kabul edilmeleri, yani ATA’nın 85.1. maddesinin kapsamı dışında mütalaa olunmaları sonucunu doğurur.

Onun için, haklı sebep doktrini söz konusu sözleşmenin; piyasa şartları, (yani pazarın oligopolistik nitelik taşıyıp taşımadığı) Pazar payları, cirolar, pazara girebilme engelleri, mezkûr malların veya hizmetlerin nitelikleri, paralel ithalatın etkileri gibi noktalardan değerlendirilip analiz edilmesini ve tespitlere göre sonuçlara varılmasını öngörür. Teori “zorunlu” yani bir bakıma “olmazsa olmaz şartlar” (conditio sine qua non)’un varlığı halinde rekabetin kısıtlanmasını veya bozulmasını hukuka aykırı saymaz ve yasaklamaz.

De minimis Kuralı, Avrupa Birliği Hukukunda, bu düşünceleri temel alan Adalet Divanı, hukuktaki “*de minimis non curat lex*” ilkesinden esinlenerek “*de minimis*” adı verilen doktrinin uygulanmasına ön ayak olmuştur. Kısaca ifade etmek gerekirse “*de minimis*” doktrini, teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı danışıklı ilişkilerin, rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece 85/1.madde yasağı kapsamı dışında görülmesi gerektiğini kabul etmektedir. İlk olarak yargısal bir kararda ifadesini bulan bu doktrin, uygulamada karışıklığa ve hukuki belirsizliğe sebep olabileceği endişesiyle Komisyon tarafından objektif kriterlere bağlanmıştır. Bu amaçla yayınlanan Komisyon duyurularında, hissedilir etkinin belirlenmesinde sadece piyasa payı kriteri temel alınmakta ve kapsamlı ekonomik

¹² Sanlı, age s.87,

¹³ Tekinalp/ Oder/Atamer/Okutan age, s.346

analizlere yer verilmemektedir. 1997 yılında yayınlanan en son Komisyon duyurusunda, evvelden uygulanmakta olan ciro kriteri de yürürlükten kaldırılmış ve yatay-dikey anlaşmalar için farklı kriterler öngörülmüştür. Şu an için uygulanmakta olan bu duyuruya göre, yatay anlaşmalara taraf olan teşebbüslerin piyasa paylarının %5, dikey bir anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin paylarının %10'dan aşağı olması halinde, söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, 85.madde yasağı dışında kabul edilmekte ve bu bağlamda, söz konusu danışıklı ilişki hakkında bildirim ve idari para cezası gibi hükümler uygulanmamaktadır.¹⁴

Görüldüğü üzere Rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin, piyasaya zarar vermesinin tespiti sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir başka şekilde ifade ile piyasa aktörlerinin hareket serbestisinin sınırının nasıl tespit edileceği sorunu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Sağlam rekabetçi bir piyasa yaratmak için konulması gereken kriterler nelerdir. Piyasaya mal veya hizmet sunan taraf ile piyasadaki mal veya hizmet satın alan tarafın menfaatlerinin dengesinin kurulması konulacak kurullarla objektif olarak belirlenmelidir.

Bunun için öncelikle, RKHK nun 4. maddesi *Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.* Hükmündeki amaç ve etki kavramını tartışacağız. Asıl tez konumuz olan “Rekabete aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçları ve bu bağlamda geçersizlik” kavramını açıklamak için amaç ve etki kavramlarının önemi büyüktür. Her bir anlaşma veya kararın rekabete aykırı olup olmadığı aykırı ise geçersiz olacağı sonucuna ancak bu anlaşma veya kararın amaç ve etkisinin tespiti ile mümkün olabilecektir.

¹⁴ Sanlı, ag, s.102,

III-Anlaşma Veya Kararın Rekabete Aykırılığının Tespitinde Amaç Ve Etki Kavramı

4054 sayılı Kanun'un m.4 hükmünün açık lafzı karşısında, bu hükümdeki yasak kapsamına giren bir anlaşmanın belirlenebilmesi bakımından, *amaç* ve *etki* alternatifli ve terditli bir inceleme yapılması söz konusudur.¹⁵

“Amaç veya Etki’ kelimelerinin ayrı ayrı okunması gerekmektedir. Bunlar kümülatif değil, alternatif şartlardır. Bir anlaşmanın, *amacı veya sonucu* rekabeti kısıtlıyorsa söz konusu yasağın kapsamına girecektir.¹⁶

Eğer, herhangi bir anlaşmanın fiyat tespiti, Pazar paylaşımı, boykot vb. (bir kısmı m.4’de de örnek kabilinden sayılmış olan) rekabet sıralaması olduğu açık (ve kanun koyucu tarafından da bu nitelikleri *per se kabul* edilmiş) sonuçlardan birisini (veya birkaçını) amaçladığı anlaşılabilirse, bu anlaşmanın (sözleşmenin), rekabet üzerindeki aktüel veya potansiyel etkisinin araştırılmasına gerek kalmaksızın yasak kapsamında yer aldığı, bu nedenle hukuka aykırı ve m.56 hükmü gereğince geçersiz olduğu tespit edilmiş olur¹⁷

Anlaşmanın amacını tespit etmek için öncelikle anlaşmanın şartlarına bakmak gerekir. Anlaşmanın amacının, rekabeti sınırlandırmak olduğu yerde daha fazla inceleme yapmaya ve rekabeti sınırlandırma etkisini kanıtlamaya gerek yoktur. ATA (Madde 81(1)’i uygulama amacıyla), bir anlaşmanın amacı rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olduğu görülüyorsa, anlaşmanın somut etkisini dikkate almaya gerek yoktur.¹⁸

Buna karşın, anlaşmanın amacının rekabeti sınırlamak olduğu tespit edilmemişse, o zaman, anlaşmanın ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisinin (o anlaşmanın yapıldığı ve uygulandığı –veya uygulanacağı- somut iktisadi koşullar -ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi Pazar, bu pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığı, eğer böyle engeller mevcut ise incelenen anlaşma veya anlaşmaların söz konusu engellerin doğması ve/ veya

¹⁵ Osman Gürzümar, s. 36,37, Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2002

¹⁶ Robert Lane, s. 77, EC Competition Law, Person Education by Longman, 2000

¹⁷ Gürzümar, age. s.37

¹⁸ Robert Lane, age s.147

devamı yahut güçlenmesi bakımından herhangi bir etkisinin olup olmadığı vb parametreler-dikkate alınarak yapılacak) *iktisadi bir analiz* ile belirlenmesi gerekir; eğer bu analiz neticesinde anlaşmanın ilgili pazarındaki rekabeti olumsuz etkilediği veya etkileyebileceği belirlenirse, o zaman, anlaşmanın (*sözleşmenin*) hukuka aykırı ve m.56 hükmü gereğince geçersizliği de belirlenmiş olur.¹⁹

Öncelikle bir anlaşmanın amacının göz önünde tutulması ve bu amacın rekabeti sınırlayıcı olduğunun açıkça anlaşıldığı durumlarda, bu anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri araştırılmaksızın, hukuka aykırılığa karar verilmesi gerekir. Rekabeti sınırlayıcı amacın açıkça anlaşılmadığı hallerde ise, anlaşmanın piyasa ve rekabet üzerinde yaratacağı somut ve aktüel etkiyi dikkate almak ve ancak buna göre yargıya varmak gerekir. Kanun, anlaşmanın etkilerinin değerlendirilmesi hususunda Roma Antlaşması'nın metninden ayrılmış ve sadece aktüel etkinin değil, ileride doğması muhtemel etkinin de dikkate alınması gerektiğini belirterek, potansiyel rekabet olasılığını da açıkça düzenlemiştir. Bu çerçevede danışıklı ilişki, gerek amacı, gerekse aktüel etkisi bakımından piyasadaki rekabeti olumsuz etkilememekle birlikte, ileride böyle bir etkinin gerçekleşmesi muhtemel ise, o vakit Kurul veya mahkeme danışıklı ilişkin 4. madde kapsamına girdiğine ve hukuka aykırı olduğuna karar verebilecektir.²⁰

Rekabet Kurulunun inceleme yaptığı bir çok olayda bu kriterler üzerinde durmuş ve raporlarda açıklamalar yapmıştır.

Aynı Şekilde *Danıştay 10 Dairenin E.2001/1405* Sayılı kararında amaç ve etki kavramları üzerinde durulmuştur. Kararda;

Belirli bir mal piyasasında yapılan teşebbüsler arası anlaşmaların rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşımasa bile, bu türden etkileri doğurması yahut doğurabilme olasılığını barındırmasının hukuka aykırı sayılmaları için yeterlidir. Hukuka

¹⁹ Sanlı, age s.102

²⁰ Sanlı, age s.102,

aykırı sayılmaları için bu anlaşmalar sonucunda ayrıca zararlı bir sonucun doğmuş olması koşulu aranmaz.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yasaklandığı bir hukuk düzeninde genellikle bu tür anlaşmalar gizli yapılmakta ve bunların varlığının ispatı oldukça güç bazen de imkânsız olmaktadır. Bu nedenle Maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen hallerin varlığı halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde oldukları karinesi kabul edilmiştir. Böylelikle uyumlu eylem içinde olmadıklarını ispat yükü ilgili teşebbüslere geçirilmiş bulunmakta ve ispat güçlüğü nedeniyle Kanunun işlemez hale gelmesinin önlenmesi amaçlanmıştır." ifadesi yer almıştır.

Bu duruma göre 4. maddede belirtilen ve doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan anlaşmaların hukuka aykırı ve yasak olduğu, keza bu amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran yahut doğurabilme olasılığı bulunan anlaşmaların yasaklandığı açıktır.

Başka bir anlatımla, bu tür anlaşmaların sadece amacının rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama olması bile söz konusu anlaşmaların hukuka aykırı sayılması için yeterli olup, bu anlaşmalar sonucunda zararlı bir sonucun doğmuş olması şart değildir. Keza, bu anlaşmalar yapılırken ve uygulanırken böyle bir amaç taşınmasa dahi rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisinin doğma olasılığının mevcut olması bile söz konusu anlaşmaların hukuka aykırı sayılması için yeterlidir.

Bu itibarla, 4054 sayılı Yasanın bu tür anlaşmaların sadece amacını veya amaçtan bağımsız olarak doğurabileceği sonuçları göz önüne alan bir sistem oluşturduğu anlaşılmakta olup, dava konusu Rekabet Kurulu kararının hukuka uygun olup olmadığının irdelenebilmesi için davacının belirtilen amaçlara yönelen veya böyle bir sonuç doğurma olasılığı bulunan anlaşmaya katılıp katılmadığının belirlenmesi gerekmektedir.²¹

Bu kararda yukarıda bahsedilen Per se doktrinine uygun görüş benimsenmiştir.

Rekabete aykırı anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların, ilk önce amacı araştırılacaktır. Amacı rekabete aykırılık teşkil ediyorsa geçersizlik sonucuna ulaşılacaktır.

²¹ Çevirimiçi www.kazanci.com.tr

Ancak Amaç rekabete aykırılık oluşturmuyorsa bu defa anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların piyasaya olan etkisi araştırılacaktır. Burada da, anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve kararların yapıldığı dönem etkisi öncelikle değerlendirilecektir. Güncel dönemde etkisi piyasada rekabeti bozmuyorsa bu kere ilerleyen aşamada piyasadaki rekabeti etkileyip etkilemeyeceği araştırılacaktır.

Rekabet Kurulunun Basın İzleme Araştırma Kurulu (BİAK) kararında *4054 sayılı kanunun 4. maddesi kapsamına giren anlaşmaları iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup anlaşmalar rekabeti kısıtlamak amacına yönelik anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalarda taraflar rekabetin kısıtlanması istemektedirler ve anlaşma bu amacın elde edilebilmesinde bir araçtır. İkinci grup anlaşmalar ise, rekabetin kısıtlanmasına neden olan anlaşmalardır. Buradaki amaç rekabetin kısıtlanması dışındaki herhangi bir konudur; ancak piyasa koşulları ve tarafların özellikleri nedeniyle anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisi ya vardır ya da anlaşma böyle bir etkiyi doğurabilecek niteliktedir.*²² sonucuna varmıştır.

Rekabet kanunu madde 4. deki *amaç ve etki* ayırımını yapabilmek için mal veya piyasasını incelemek gerekmektedir. Bir anlaşmanın veya kararın piyasada amaç ve etkisini tespit etmek kolay olabilir. Zira, hukuki bir işlem söz konusudur.

Ancak işbirliklerinin rekabeti bozucu niteliklerinin saptanmasının yöntemine ilişkin bu ayırım temelindeki neden itibariyle uyumlu eylemler alanında işlevsel değildir. Gizli veya örtülü işbirliklerini içeren uyumlu eylemlerin saptanabilmesi için, görünen koşullar nasıl olursa olsun, hem doğrudan hem de dolaylı kanıt yönteminde, mutlaka ayrıntılı iktisadi piyasa analizlerinin yapılması gereksinimi vardır. Bu yapılmadan uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşılamaz. Bu nedenle bir uyumlu eylemin amacı bakımından rekabeti bozucu nitelikte olduğuna yani amaç grubu işbirliği türlerinden birine dahil olduğuna, ancak ayrıntılı iktisadi piyasa analizleriyle varlığı sonucuna ulaşıldıktan sonra karar verilebilir.²³

²² çevirimiçi www.rekabet.gov.tr

²³ Cengiz, age s.100

Amaç ve etki kavramlarını ve özellikle uygulamada ortaya çıkan olasılık kavramını ortaya koyabilmek için aşağıda *Paul Geroski ve Rachel Griffith* The International Handbook of Competition 2004 de yapmış oldukları piyasa ve piyasaya etkinin tespiti için öngörülen SNNIP testinden alıntı yapacağız. Paul Geroski ve Rachel Griffith önce piyasanın tanımlanması gerektiği ve daha sonra SNNIP testinin açılımı ve özet formülünü tarif ederek olasılık kavramını tanımlamaktadırlar. Alıntı yaparak aşağıda sunuyoruz.

Her ne kadar tezimizin doğrudan konusu olmasa da; Rekabet Hukukunun doğduğu yer ve korunmak istenen amaç PİYASA kavramı içerisinde başlamaktadır. Mal veya hizmet piyasasında rekabetin kurallarınca işlemesi kanunun korumak istediği amaçtır. Kanunun uygulanma yeri Piyasanın tanımlanması, kanunun uygulanma imkanı için önemli bir unsurdur.

Piyasaların tanımlanması, antitröst konulu incelemelerin standart özelliklerinden biridir. Dahası, çoğu durumda, esas karar, seçilen piyasanın tanımına tekabül etmektedir. Tröst aleyhine açılan davalarda piyasa paylarının hesaplanma şekli belirleyici olabileceğinden, piyasanın nasıl tanımlandığı da önem taşımaktadır. Bu belirleyiciliğin ise en az iki nedeni vardır. Bunlardan ilki, piyasa paylarının çoğu kez yargı yetkisini tayin etmek, -daha da genel olarak- tröst önleme kuruluşlarının öncelikleri belirlemede yardımcı olmak üzere kullanılmasıdır. Şirket birleşmelerine ilişkin mevzuat, genelde piyasa payına yönelik bir eşik seviye belirtir. Bu seviye, belli bir büyüklüğün üzerindeki şirket birleşmelerinin soruşturulmasında başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Tekelci istismlara ilişkin çeşitli soruşturmalar, genellikle bir piyasadaki önde gelen firmaları temel almaktadır. Çoğu durumda da, bir tröst önleme kuruluşunun bir soruşturma başlatabilme veya soruşturma sonunda ceza getirme kabiliyeti, suç işlediği iddia edilen firmanın, piyasada ‘baskın’ bir konuma, yani büyük bir piyasa payına sahip olup olmadığına bağlı olacaktır. İkincisi, piyasa payları zaman zaman piyasa gücünün gözlemlenebilir bir ölçütü olarak kullanılır. Bu ise, kimi kez, yüksek piyasa payları olduğunu tespit etmenin piyasa gücünün varlığını ortaya çıkarmakla aynı olduğu anlamına gelmektedir. Piyasa sınırlarının tayin edilmesi piyasa paylarının hesaplanmasında önemli bir adım olduğundan, piyasa sınırlarını

belirleme eğiliminde olan bu uygulama, piyasa gücünün tanımlanmasındaki herhangi bir girişim için önemli bir karar olacaktır.

Ancak, piyasa sınırlarının tespit edilmesinden sonra atılacak ikinci bir adım daha vardır ki bu da piyasanın ne kadar rekabetçi olduğudur. Bu ayrımı kavramsal olarak ortaya koymak şüphesiz pratikte uygulamaktan çok daha kolay olacaktır. Piyasa sınırlarının tespit edilmesi, (arz ve/veya talep tarafında) ikame limitlerini tanımlamayı içerdiğinden, rekabetin değerlendirilmesi ve piyasa sınırlarının tanımlanması süreçleri zorunlu olarak iç içe girmiş haldedir ve öyle kalacaktır.

SNNIP testi

Çoğu tröst önleme mercii tarafından piyasaları tanımlamak için kullanılan standart test SSNIP testidir. Bu test zaman zaman ‘farazi tekeli test’ olarak da adlandırılmakta olup, bir (farazi) Küçük Fakat Önemli Geçici Olmayan Fiyat Artışının artışı yapan (farazi) firmanın kârlılığında yarattığı etkileri araştırmaktadır. Test, fiilen tekrara dayalı bir işlem olup aşağıdaki şekilde uygulanmaktadır.

Makul en dar ürün grubu ve coğrafik bölge ile işe başlarız. Daha sonra, söz konusu bölgede satılan bu ürünlerin tamamen tekel altında olduğunu varsayalım. Bunun ardından, (farazi) tekelcinin fiyatlarını yüzde 10 artırması durumunda ne olacağını sorarız. Bu fiyat artışı kârlı değilse, tekel altındaki (farazi) ürün demetine en yakın ikame ürünü (veya coğrafik bölgeyi) ekler ve işlemi tekrarlarız. Belli bir bölgede satılan ve tekelleştirildiği takdirde, o tekelci gücün yüzde 10’luk fiyat artışını sürdürebileceği bir ürün grubu bulduğumuz zaman işlemi durdururuz.

Öncelikle, bu testin temelinde, bu fiyat artışını sürdürülemez kılan şeyin ne olduğu sorusu yatmaktadır. Farazi tekelci fiyatlarını artırdığı zaman, en azından bazı tüketiciler ürünü almaktan vazgeçeceğinden satışlarının bir kısmını ve dolayısıyla piyasadaki gücünü kaybedecektir. Ancak, bu firma satışlarını başka iki nedenden daha kaybedecektir. Bazı tüketicilerin ikame ürünlere geçecek (‘talep tarafının ikame edilebilirliği’) ve (dar anlamıyla) aday piyasaya ‘yakın’ faaliyet gösteren bazı firmalar da üretim programlarını değiştirecek ve piyasadaki tüketicilere daha düşük fiyatlarda benzer ürün sunmaya

başlayacaklardır ('arz tarafının ikame edilebilirliği'). Yakın talep veya arz tarafı ikameleri yoksa, farazi tekelci tarafından yapılan fiyat artışı satışlarda büyük azalma yaratacak ve bunun sonucu olarak da kârı düşecektir. Yukarıda tarif edilen tekrarlamalı prosedür, işlemin her aşamasında bu arz ve talep tarafı ikamelerinin en yakınına seçmekte ve bunları bu aşamada değerlendirilen aday piyasa tanımına eklemektedir. İşlem, marjinal arz veya talep tarafı ikamelerinin eklenmesinin, farazi tekelcinin fiyat artışından kâr etme yeteneğini etkilemediği noktada sona erecektir.

Satış miktarı ne kadar düştüğünde farazi fiyat artışının sürdürülemez hale geleceğini tespit etmek için maliyetleri düşünmek gerekir. Bütün maliyetler sabitse, bu durumda, satış hacmini yaklaşık yüzde 10 düşüren yüzde 10'luk bir fiyat artışı, hem geliri hem de maliyetleri aynı durumda tutacak ve dolayısıyla, kâra herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu nedenle, bütün maliyetler sabit olursa, satış miktarının yüzde 10'dan fazla azalması geliri ve dolayısıyla kârı zorunlu olarak azaltacaktır. Bazı maliyetler değişkense, farazi fiyat artışının neden olduğu satış azalması, maliyette de bir azalmaya yol açacaktır. Bu durumda, yüzde 10'u aşan satış azalması, söz konusu fiyat artışından sonraki kâr artışıyla hala tutarlılık arz ediyor olacaktır. Bu ise, kârlı bir fiyat artışını kârlı olmayan bir fiyat artışından ayıran kritik satış azalmasının, hakim fiyat-marjinal maliyet marjına bağlı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu marj, deneyin başladığı noktadaki fiyattan kazanılmaktadır (detaylar için bakınız ek): Fiyat-marjinal maliyet marjı ne kadar küçükse (yani sifıra ne kadar yakınsa), farazi tekelci firmanın fiyat artışının sürdürülemez olması için gereken hacim azalması o kadar büyük olmalıdır. Bütün maliyetler sabit olduğu zaman, fiyat-marjinal maliyet marjı aynı olacak ve gördüğümüz gibi, yüzde 10'un hemen üzerindeki bir satış azalması da kârları azaltacaktır.

SSNIP testi, analiz için ilgili piyasayı tanımlamamızı mümkün kılmaktadır. Gerçek sorun, piyasanın ne olduğu değil, ne kadar rekabetçi olduğudur (veya bir şirket evliliğinin rekabeti etkileyip etkilemediğidir). Nasıl tanımlanmış olursa olsun, piyasanın rekabet gücünü tayin eden üç özelliği bulunmaktadır: piyasa içi rekabet derecesi, alıcının (veya tedarikçinin) gücünün kapsamı ve piyasaya giren firmalar²⁴

²⁴ Manfred Neumann, Jürgen Weigand, The International Handbook of Competition, 2004, Yayıncı Edward Elgar

IV-Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Sayılan Rekabete Aykırı Haller

1- RKHK nun 4. maddesinde örneksene yoluyla sayılan rekabete aykırı haller;

RKHK 4. maddesinde, *rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür kararına örnek ve tahdidi olmayan hallerde* belirlenmiştir.

Bu haller, özellikle şunlardır:

- a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,
- b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,
- c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,
- d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,
- e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,
- f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği,

bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Bu karineye kurtuluş beyyinesi olarak da; *“Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”* hükmünü getirmiştir.

Uyumlu eylemin olup olmadığı ve üçüncü kişilerin tazmini konusunda Kanunun 59 maddesinde ispat yükü karinesine yer verilmiştir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler benimsenmiştir. Tezimizin ilerleyen aşamasında bu tartışmaya yer vereceğiz.

Muafiyet

Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması,

(Değişik: 02.07.2005-5388/1.Md) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.

Kanunun bu maddesi genel itibariyle değerlendirilirse; Rekabete aykırı, anlaşma yapılması, uyumlu eylem içerisinde olunması ve teşebbüs birliği kararları alınması halleri her zaman tüketici aleyhine veya ekonomiye ya da adalete aykırı olmayabilir. Ekonomi piyasası şartları nihai tüketici lehine belirli davranışların yapılmasını gerekli ve zorunlu kılabilir. Bu yönde kanunun gerekçesinde de “4. madde yasağının mutlak bir şekilde uygulanması bazı istenmeyen sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4. madde yasağından muafiyet sağlamak gerekmektedir. Böyle bir muafiyetin verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması gerekir...” belirtilmektedir.

Benimsenen bu muafiyet sistemine göre, normal şartlar altında 4. madde yasağı içerisinde görülebilecek nitelikte bir danışıklı ilişki, 5. maddede öngörülen usulü ve maddi şartların tümünü yerine getirdiği vakit, 4. maddenin uygulanmasından ve dolayısı ile bu maddeye tabi olmanın hukuki sonuçlarından kurtulabilecektir. Bu çerçevede, geçersizlik, idari para cezaları ve tazminata ilişkin hükümler, muafiyet kapsamına giren bir anlaşma, karar ve uyumlu eylem için tatbik kabiliyetini haiz olmayacaktır. Bir başka deyişle, bireysel veya grup muafiyetine tabi bir anlaşmanın, adli mahkemeler önünde geçersizliği ileri sürmek veya bu anlaşmadan zarar gördüğünü iddia ederek tazminat talep etmek mümkün değildir.²⁵

Muafiyet türleri

1-Bireysel Muafiyet

Bireysel muafiyet kararı, ancak söz konusu danışıklı ilişkinin yayınlanan grup muafiyeti tebliğleri kapsamı dışında kalması halinde önem kazanır. Zira grup muafiyeti tebliği kapsamında olan bir danışıklı ilişki için, bildirim mecburiyeti olmadığı gibi, muafiyet alma

²⁵ Sanlı, age s. 125,126

gereği de bulunmamaktadır. Kanun'da açıkça öngörüldüğü üzere, bireysel muafiyet kararının verilmesi, ancak ilgililerin bildirim ve talebi üzerine olur.²⁶

Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet kararından anlaşılması gereken tarafların istemleri üzerine sadece bildirilen anlaşmaya münhasır olmak üzere verilen muafiyet kararıdır. Anlaşmanın Rekabet Kuruluna bildirilmemesi halinde bireysel muafiyet kararı verilemez. Bunun gibi Rekabet Kurulu anlaşmanın taraflarının istemi olmadan bireysel muafiyet kararı veremez.²⁷

2-Grup Muafiyeti

Avrupa Birliği Hukukundaki sisteme uygun olarak, bireysel muafiyetin yanı sıra öngörülen bir diğer muafiyet türü, tebliğler ile hayata geçirilen, grup muafiyetidir. Grup muafiyeti tebliği, isminden de anlaşılabilceği üzere karar değil, “*genel düzenleyici işlem*”dir Rekabet Kurulu, 5. maddenin verdiği yetki çerçevesinde, belirli konulardaki anlaşma türlerini, blok olarak 4. madde yasağından istisna tutan tebliğler çıkarma yetkisini haizdir.²⁸

Rekabet Kurulu, bir anlaşma grubuna giren anlaşmaların tamamına tek bir karar ile muafiyet tanıyabilir. Rekabet Kurulu, bu yetkisini grup muafiyet tebliği çıkarmak suretiyle kullanır. Grup muafiyet tebliği kapsamında bulunan anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliği kararlarının, Rekabet Kuruluna bildirilmesine gerek olmadığı gibi tarafların talepte bulunmasına da gerek yoktur.²⁹

—Kurum halen tekelden dağıtım anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti tebliği 1997/3

—Tekelden satın Alım Anlaşmalarına ilişkin Grup muafiyeti Tebliği 1997/4

—Motorlu taşıtlar dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti tebliğ 1998/3

²⁶ Sanlı, age.s 125,126,

²⁷ İbrahim Gül, say. 9, Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi, Ankara 1999

²⁸ Sanlı, age. s. 137,

²⁹ Gül, age.s. 10,

-Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği 1998/7 gibi tebliğler yayınlamıştır.

Değişik Avrupa ülkelerinde olan Teknoloji Transferi Grup Muafiyeti ülkemizde henüz kabul edilmemiştir.

Teknolojik yenilik, pazara sunulabilecek nitelikte, yeni, daha kaliteli ve/veya daha hesaplı mal ve hizmetlerin üretimini sağlayan fikri yarattığı ifade eder. Teknolojik teşviki, fikri mülkiyet düzenlemeleri ile rekabeti koruyan kuralların ortak hedefidir. Fikri Mülkiyet Düzenlemeleri ile teknolojik yeniliklere hukuki koruma sağlanması, yapılan yatırımların garanti altına alınmasını sağlar. Rekabeti koruyucu kurallar sayesinde serbest pazarda işleyebilir rekabetin sürdürülebilmesi ise hem hukuki koruma ile elde edilen tekelin kötüye kullanılmasını önler hem de teşebbüsleri diğer alanlar yanında teknolojik yenilik geliştirme hususunda rekabet etmeye zorlar. Dolayısı ile serbest Pazar düzeninde kar amacıyla hareket eden teşebbüslerin yeni teknolojilere yatırım yaparak birbirleriyle rekabet etmeleri, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun uyum içerisinde, birlikte uygulanmasını gerektirir.³⁰

Fikri Mülkiye Hukuku ile ilgili anlaşmaların sağladıkları ekonomik koşullar ve sanayiye getirdiği yenilikler dolayısı ile muafiyet düzenlemesinin yapılması uygun olacağı kanaatindeyiz.

2- RKHK'nun 6. Maddesinde Sayılan Rekabete Aykırı Haller

Kanun bu maddesinde dikkati çeken nokta, Hakim durumda olmak veya hakim duruma gelmek yasaklanmamakta, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır.

³⁰ N. Ayşe Omdan, Fikri Mülkiyet Hukuk ile rekabet Hukukununun teknolojik Yeniliklerin teşvikindeki Rolü s. 25,26 (Seçkin 2002)

“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.”

Hakim Durumun kötüye kullanılması halleri de tahdidi olmamak üzere özellikle şunlardır:

- a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması,
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

3- RKHK Nun 7. Maddesinde Sayılan Yasak Hali

Kanunun 7. maddesinde *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”* hükmünü getirmiştir.

B-Genel Olarak Geçersizlik Kavramı

RKHK. 4 maddesinde “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.” denilmekle Rekabet Hukuku açısından yasak olan eylemler tanımlanmıştır. Kanunun devam eden paragrafında da örneksene yoluyla yasaklayıcı hallere açıklık getirilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkındaki kanunun 56. maddesinde, “*kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir.*” hükmü amirdir.

Rekabet Hukuku konusunda geçersizlik kavramı üzerinde durmadan önce, Sözleşme hukuku anlamında geçersizlik (hükümsüzlük) kavramı üzerinde duracağız.

Borçlar Hukuku Anlamında Geçersizlik (Hükümsüzlük)

Genel Olarak, TC. Anayasasının 48 maddesinde sözleşme hürriyetini kabul etmektedir. Anayasal hükme uygun olarak, Türk Borçlar Kanununun 19. maddesinde “*bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunur*” hükmünce akit serbestliği ilkesine yer vermektedir. Liberal ekonominin de temel ilkelerinden biri olarak, sözleşme serbestliği ilkesi modern hukukta etkili olmuştur.

Sözleşme serbestliğinin sınırı da hemen aynı madde 19/II de ve 20/I de getirilmiştir. Buna göre, BK 19/II “*kanunun kati surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (Adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.*” sınırlamasını getirmiştir.

BK 20/I'de de “*Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.*” hükmüne yer vermekle, sözleşme serbestisi ilkesine bir diğer sınırlamayı getirmiştir.

Oğuzman- Öz, Akdin Hükümsüzlüğü konusunda, hükümsüzlük kavramını geniş anlamda kullanarak, akitlerdeki eksiklik ve sakatlıkları ve akitlerin sonradan etkisizleştiği hallerin tümünü kapsadığına yer vermektedirler.³¹

Hükümsüzlük halleri olarak da, Yokluk, Butlan (Kesin Hükümsüzlük), İptal kabiliyeti Noksanlık, Kısmi Hükümsüzlük, Sürekli Akitlerde Hükümsüzlük, olarak belirtilmektedir.³²

Rekabet Hukuku Anlamında Geçersizliğin Niteliği Konusunda Doktrindeki Yorumlar;

Öz, *Yönetim Sözleşmesi* adlı eserinde Rekabetin Korunması kanunda tanımlanan rekabete aykırı işlem ve eylemlerin tanımını yaptıktan sonra sayfa .62 de “rekabete aykırı anlaşmalar, iptal edilebilirlik değil, butlan yaptırımına bağlanmıştır. Böylece, Rekabet Kurulu'nun Kanuna aykırılığı belirleyen kararları, bozucu yenilik doğuran bir iptal kararı değil, bir tespit kararı olacaktır. Anlaşma, BK.m.20 anlamında kendiliğinden ve düzelemez şekilde batıl olacaktır. Bu durumda RKHK'un yasaklarına aykırı hükümler içeren veya amaçlar taşıyan yönetim sözleşmeleri de batıl olacak. Ancak hukukumuzdaki butlanın her zaman hakim tarafından tespit edilebilmesi ilkesinin tersine ihtilaf halinde bu hususu Kurul tespit edecektir.” sonucuna vardıktan sonra konuya ilişkin dipnotta, “Bu bakımdan, burada öğretilerde “takdiri butlan olarak ifade edilen istisnai bir duruma (örneğin sorumsuzluk anlaşmalarının butlanın takdirini hakime bırakan BK.99/2hükmündekine) benzer bir düzenleme vardır. Ancak Rekabet Hukukunda bu butlanı takdir yetkisi hakime bırakılmamış, bu hususta özel olarak yetkilendirilmiş olan Rekabet Kuruluna bırakılmıştır. Gene Burada, rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Kurulun bu yetkisini kullanırken

³¹ M. Kemal Oğuzman- M.Turgut Öz Borçlar Hukuku Genel Hükümler adlı eserinin 5. basım eserinin s.136. Filiz Kitabevi İstanbul

³² Oğuzman, Öz age. 137-141

uygulayacağı ölçütler ayrıntılı ve sınırlayıcı şekilde düzenlenmiş ve butlan kararının ancak Resmi Gazetede Kurul Kararının yayınlanması ile hüküm ifade edeceği öngörülmüştür. Nihayet, bu karar, bir de idari yargı denetimine tabi tutulmuştur. Gerçekten, bu karmaşık ve özel hukukumuzun geçersizlik sistemine yabancı düzenlemenin, “takdiri butlan” kavramının çerçevesine sokulması da oldukça zorlamalı olacaktır”³³ tespitinde de bulunmaktadır.

*Gürzumar, Konuya ilişkin olarak Rekabet Dergisi 12. sayısında yayınlanan makalesinde “4054 Sayılı Kanunun m.5 hükmündeki kümülatif şartları taşıyan ve henüz hakkında bir muafiyet kararı da verilmemiş olan bir sözleşmenin aynı Kanunun m.4 hükmü karşısındaki durumu nedeniyle ortaya çıkan geçersizliği askıda geçersizlik olarak nitelendirilebilir ve hatta bu askıda geçersizliğin de bir noksanlık haline tekabül ettiğinin kabul edilebilmesi dahi mümkündür.”*³⁴ hükmüne varmaktadır.

*Aslan, “rekabeti sınırlayıcı işletmeler arası anlaşmalar ve işletmeler birliği kararları geçersizdir. (m.56/1) Buradaki geçersizlik kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersizliği ile aynıdır. Yani kanunun emredici hükümlerine aykırı herhangi bir sözleşme gibi rekabet kanununa aykırı bir sözleşmede mutlak butlanla sakattır.”*³⁵ sonucuna varmıştır.

Özdemir, “iki türlü değerlendirme yapma mümkündür. Butlanın verilen kararlarla hüküm doğuracağı veya burada butlandan daha çok askıda hükümsüzlüğün varlığı düşünülebilir. Pratik açıdan sonuç farklılığı olmamakla birlikte, ilk fikre göre butlan ancak bir makamın kararı ile hüküm doğurmakta ve kural olarak işlem baştan itibaren hükümsüz kalmaktadır. Diğer görüşe göre ise 4. maddeye aykırı işlemin geçersizliği muafiyet alınması şartına bağlı olarak askıda kalmaktadır. Yani 4. maddeye aykırı, fakat hakkında muafiyet kararı alınmamış bir işlem “askıda geçersiz” kalmaktadır. Başka bir ifade ile işlem baştan itibaren askıda geçersiz kalmakta, ancak muafiyet kararı verilirse geçerli hale gelmektedir. Eğer söz

³³ M. Turgut Öz, s.62, Yönetim Sözleşmesi, Kazancı, İstanbul 1997

³⁴ Rekabet Dergisi, s.71 Ekim-Kasım-Aralık 2002

³⁵ İ.Yılmaz Aslan, s. 142,143, Rekabet Hukuku, 3 Bası, Ekin, Ankara 2005

konusu olan bireysel muafiyet ise bu kararın geri alınmaması şartına bağlı olarak geçerlilik askıda kalmaktadır. Kararın geri alınması geçerliliği sona erdirmemektedir.

Diğer yandan uygulanmış sözleşmeler açısından (sürekli borç ilişkileri) geçersizliğin baştan itibaren değil, ileriye etkili olması da M.K.2 ve Rekabet Hukuku normlarının amaç ve anlamına uygunluk gereğidir. unk daha öncede ele aldığımız gibi, Rekabet Hukuku hükümlerinin uygulanmasının maddi şartı, bu konuda yetkili bir makamın Rekabet Hukuku anlamında değerlendirme yaparak kara vermesidir. Rekabet Hukukunun maddi bakımdan uygulanma şartları, böyle bir kontrolü ve rekabetin sınırlanmış olduğuna dair bir kararı gerekmektedir. O halde böyle bir karar verilmeden önce ki zaman noktasına giden bir geçersizlik Rekabet Hukukunda savunulamaz. Bu nedenle buradaki geçersizlik B.K. m. 19–20 anlamında baştan itibaren etkili hükümsüzlük değil, ileriye etkili geçersizliktir. Bu geçersizlik Rekabet Hukukundan doğan sınırlamalara girildiği noktadan itibaren hüküm ifade edecektir. Özel Hukuk müeyyideleri asıl olarak mahkemeler ve rekabeti koruma için gerekli düzenleme ve denetleme yapmakla yetkili kılınan Rekabet Kurulu tarafından uygulanacaktır. Ancak mahkemelerin rekabet sınırlamaları yaratan ihlallere karşı doğrudan müdahale imknları bulunmamaktadır.”³⁶

Sanlı, “...Bireysel muafiyet hükmü karşısında, kanımızca 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin esas itibarıyla “*butlan*” yaptırımına tabi olduğunu iddia etmek mümkün gözükmemektedir. 4. madde sistemi içerisinde öngörülen muafiyet hükümleri, bu maddeye aykırı işlemlerin tabi olduğu geçersizliğin kesinliğini ortadan kaldırmakta ve “*butlan*” yaptırımını bertaraf etmektedir. Dolayısıyla 4. maddeye aykırı olan bir hukuki işlemin geçersizliği, muafiyet şartına bağlı olarak askıda kalmakta ve doğal olarak geçersizliğin türü de, “*askıda geçersizlik*” olmaktadır. Bu durumda “*kesin geçersizlik*” veya “*butlan*” yaptırımı ise, ancak Kurul tarafından muafiyet incelemesi yapılarak muafiyet talebi reddedilen veya hakkında muafiyetin geri alınması kararı alınan hukuki işlemler için söz konusu edilebilir. Bu itibarla “*butlan*”, genellikle kabul edildiğinin aksine, 4. madde kapsamına giren hukuki işlemler için istisnai bir geçersizlik türü olmaktadır. Kanun’un 4. maddesine aykırı, fakat grup veya bireysel muafiyetten yararlanan bir sözleşme veya karar

³⁶ Saibe Oktay zdemir, s. 177,178, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta

ise, kural olarak geçerli olmakta, bununla birlikte, bu geçerliliğin geçersizliğe dönüşebilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu açıdan, bir anlamda muafiyetten yararlanan hukuki işlemlerin “askıda geçerli” (veya geçersiz) olduğunu söylemek dahi mümkündür.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, muafiyete ilişkin kanun hükümlerinin, 4. maddeyle ilgili geçersizlik rejimi üzerindeki bir başka önemli etkisi, geçersizliğin somut olayda ne zaman, nasıl ve kime dermeyan edileceği, kısaca pratik açıdan tatbik edilmesi meselesiyle de ilgilidir. Zira geçersizliğin tatbik edilmesi esasen adli mahkemelerin görevi dâhilinde olmakla birlikte, 4. maddenin diğer yarısını oluşturan muafiyet hükümleri, esas itibarıyla Rekabet Kurulu tarafından uygulanabilmekte, bu durum ise, geçersizliğin kim tarafından ve ne şekilde tatbik edileceği, kısaca görev paylaşımı meselesini beraberinde getirmektedir.

Mahkeme, önüne gelen bir ihtilafta yer alan bir sözleşmenin 4. maddeyi ihlal ettiğini tespit ettiği takdirde, zorunlu olarak muafiyet rejimini de dikkate almak durumundadır. Ancak hakim, pozitif bir hukuk kaynağı olması nedeniyle grup muafiyeti tebliğleri çerçevesinde değerlendirme yapabilecekken, sözleşmenin bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanmayacağını inceleyemez. Dolayısıyla geçersizlik, aynı zamanda bir usul meselesi olarak da ortaya çıkmaktadır. Soyut bir ifadeyle, 4. maddeye aykırı hukuki işlemlerin geçersizliği “*ipso iure*” ve “*ab initio*” hüküm ifade ederken, bireysel muafiyetin, ancak bildirim ve idari bir karara bağlı olarak hükümlerini doğurabilmesi, askıda geçersizliğin pratik açıdan tatbik edilebilirliği bakımından önemli güçlükler yaratmaktadır.

Kanımızca muafiyet kararının belirli usul kuralları çerçevesinde idari bir kurum tarafından verilecek olması karşısında, yukarıda ifade ettiğimiz askıda geçersizliğin klasik anlamıyla tatbik edilmesi mümkün gözükmemektedir.”³⁷

Topçuoğlu “Anlaşma veya karar olarak nitelendirilebilecek bir muamelenin muteberliği için gerekli olan unsurların varlığı halinde, ilave şartlara gerek kalmaksızın söz konusu muamele hüküm ifade eder. Rekabet Kurulunun kararı, herhangi bir teşebbüsler arası anlaşma veya teşebbüs birliği kararının muteberliği veya hüküm ifade etmesi için gerekli bir unsur değildir. Rekabet Kanunu, Rekabet Kurulu'na bir takım şartların varlığı halinde, rekabeti kısıtlayan işbirliği hallerini RK 4. maddesi uygulamasından istisna tutma yetkisi

³⁷ Sanlı, age s.401

vermiştir. Kurul, bu yetkiye dayanarak, olumlu yönleri olumsuz yönlerinden fazla olan rekabeti kısıtlayıcı işbirliği davranışlarını, Rekabet Kanunundaki yasak ilkesinden (m. 4) muaf tutabilecektir. Bu yüzden yasak faaliyetleri konu edinen anlaşma veya kararlar, Kurulun muafiyet kararına kadar Kanunun 4. maddesine aykırıdır fakat muafiyet tanındığı takdirde söz konusu madde uygulamasından istisna tutulacaktır. Bu aşamada anlaşma veya kararın total muamele niteliğine büründüğü düşünülebilir. Bu açıdan Kurul kararı, anlaşma veya kararın tamamlanması gereken bir şartı veya eklenmesi gereken bir unsur olarak algılanamaz. Kurul kararı sadece, bir yetkiye binaen, yasak faaliyetleri RK 4. maddesi uygulamasından istisna tutmaktadır. Bu hal ise "askıda hükümsüzlük" olarak nitelendirilemez.”³⁸

Aksoy, “4054 sayılı Kanun’un 56. maddesinde düzenlenen geçersizlik yaptırımı, Borçlar Hukukunda yer alan, kanuna aykırı sözleşmelerin geçersizliği ile aynıdır. Butlan yaptırımına tabi olan bu tür hukuki işlemler, yapıldıkları andan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar. Bir anlaşma veya kararın geçersizlik yaptırımına tabi olması için, 4. madde kapsamına girmesi ve 5. maddedeki muafiyetten yararlanmaması gerekmektedir. 4. madde kapsamına giren anlaşmalar zaten kendiliğinden hüküm doğuran mutlak butlan yaptırımına tabidirler. Ancak bu yaptırımın sonuçlarını doğurması için anlaşmanın 5. maddedeki muafiyetten yararlanmaması gerekmektedir. Zira anlaşmaya muafiyet tanınması, anlaşmayı geçerli hale getirmemekle birlikte, 4054 sayılı Kanun’un geçersizliğe bağladığı hukuki sonuçların uygulanmasını engellemektedir.”³⁹

Badur, “56. maddede düzenlenen geçersizlik, Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersizliği ile aynıdır. Yani Kanunun emredici hükümlerine aykırı herhangi bir sözleşme gibi RKHK’a aykırı bir sözleşme de mutlak butlanla sakat olacaktır. Bu geçersizlik Anlaşmanın yapıldığı kararın alındığı tarihten itibaren başlar.”⁴⁰ sonucuna ulaşmıştır.

³⁸ Metin Topçuoğlu, s.291,292, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, RK Lisansüstü Tez Serisi 7, Ankara 2001

³⁹ Nazlı Aksoy, s. 36, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, RK Uzmanlık Tezleri Serisi No 52, Ankara 2004

⁴⁰ Emel Badur, s. 159,160, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, RK Lisansüstü Tez Serisi 6, Ankara 2001

Avrupa Birliği Hukukundaki Durum

AET Antlaşması m.85 de “Ortak Pazar içersindeki rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma amaçlı veya etkili ve Üye Devletlerarası ticareti etkilemesi mümkün olan işletmeler arası anlaşmalar, işletme birlikleri kararları ve uyumlu davranışlar ve özellikle aşağıdakilerin varlığı halinde Ortak Pazar’la bağdaşmaz kabul edilir ve bundan böyle yasaklanmıştır.”⁴¹ denilmektedir.

AT anlaşması Madde 81(1) (eski85) yasaklamayı getirmektedir. Girişimler arasında yapılan ve amacı veya sonucu ortak pazardaki rekabeti engellemek, bozmak ya da kısıtlamak olan ve Üye Devletler arasındaki ticareti olumsuz olarak etkileyebilecek muvazaayı yasaklamaktadır. Engelleme, bozma ya da kısıtlama gibi örnekler getirmektedir. Liste örnekleyici olup, kapsayıcı değildir. Madde 81(1)’deki yasağın uygulanması için, aşağıdakilerin tespit edilmesi gerekir:

- Girişimin varlığı,
- Bu girişimler arasındaki muvazaa (bir anlaşma, karar veya birlikte hareket),
- Amacı veya sonucu rekabeti engellemek, bozmak ya da kısıtlamak olan bir muvazaa,
- Üye Devletler arasındaki ticarete etkisi ve hem rekabet hem de ticarete yönelik değerlendirilebilir etkisi.

Madde 81, rekabet ve ticaret üzerindeki etkisinin değerlendirilebilir olması gerektiği hükmünü getirmemiştir. Ancak, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ECJ), bir anlaşmanın piyasaya etkisi önemsiz derecede ise yasak kapsamı dışında kalacağını düşünmektedir.⁴²

⁴¹ Prof Dr. İ.Yılmaz Aslan(çeviren) Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuk Mevzuatı 1998

⁴² R.Lane, age s.86

Alış veya satış fiyatlarının veya diğer ticari koşulların doğrudan veya dolaylı olarak saptanması;

Üretimin, pazarların, teknik gelişmenin veya yatırımların sınırlanması veya kontrol edilmesi;

Pazarların veya temin kaynaklarının paylaşılması;

İşlemlerin taraflarına eş edimler bakımından eşit olmayan koşullar uygulayarak onları rekabette dezavantajlı bir duruma sokmak veya;

Sözleşmenin yapılmasının, bir tarafın sözleşme konusu ile ne nitelik ne de ticari teamül itibarıyla hiçbir bağlantısı olmayan ek edinimler kabul etmesine bağlanması.

Bu maddeyle yasaklanan anlaşma ve kararlar geçersizdir.

Görüldüğü üzere, 85.maddede rekabeti kısıtlatıcı anlaşma ve kararların geçersiz olacağı sonucuna varılmıştır. Ancak geçersizliğin niteliği konusunda bir hükme yer vermemiştir.

Geçersizlik ve geçersizliğin niteliği, üye ülke hukukuna göre belirlenecektir. Bu konuda karar mercii ülke hukuku kurumlarıdır.

6 Şubat 1962 tarihli 17 sayılı Konsey Tüzüğü Madde 1 de "...Antlaşmanın 85(1) maddesinde tanımlanan çeşitten anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve kararlar ve Antlaşmanın 86. maddesi anlamında pazardaki hakim durumun kötüye kullanılması, bir karar verilmesine gerek olmaksızın yasaktır." hükmünü getirmiştir.⁴³

Adalet Divanı, Beguelin kararında 85. maddenin 2. paragrafında yer alan geçersiz kavramını tanımlama yolunu tutmuş ve geçersizlik ile neyin kastedilmiş olduğu konusundaki tereddütlere son vermiştir. Adalet Divanı'na göre 85. maddenin 2. paragrafında başlangıçtan itibaren sonuç doğuran bir hükümsüzlük hali öngörülmüştür. Bunun, sonradan düzeltilmesin mümkün olmadığı gibi, ulusal hukuklardan kaynaklanan hiçbir savunmaya yer verilemez. 85. maddenin 1. paragrafını ihlal eden anlaşma ve

⁴³ Arslan, (çeviren) Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Mevzuatı 1998

kararlar, hakim kararına gerek olmadan kendiliğinden batıldır ve taraflara hiçbir hak ve borç yüklenmez.⁴⁴

Beguelin kararı, geçersizlik kavramına ulusal hukuklarda farklı anlam verilme ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Çünkü ulusal hukukların herhangi bir olay ya da konuda uygulanabilme şartı, onun Avrupa Topluluğu Hukuk sistemi içinde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Adalet Divanı, 85. maddenin 2. paragrafında öngörülen geçersizlik halinin, mutlak butlan olduğunu belirterek, geçersizlik kavramının farklı şekillerde değerlendirilmesini engellemiştir.⁴⁵

Bir anlaşmanın 85. maddenin 2. paragrafına göre geçersiz olması, 85. maddenin 1. paragrafında yasaklanmış olmasının sonucudur. Anlaşmanın, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal ettiği ve bu sebepten, batıl olduğunu ileri sürmek için, anlaşmanın 85. maddenin 1. paragrafına göre yasaklanmış olduğunun tespit eden bir karara gerek yoktur. 85. maddenin uygulanmasını düzenleyen 17/62 sayılı tüzüğün 1. maddesine göre,

“... 85. maddede belirtilen anlaşma karar ve uyumlu eylemler, bu konuda önceden verilmiş bir karar gerek olmadan yasaklanmıştır.”

Bundan çıkan sonuç da, 85. maddenin 1. paragrafına giren bir anlaşmanın geçersizliğini, Avrupa Topluluğu Komisyonunun ya da Adalet Divanının veya Ulusal Mahkemelerin resen dikkate alabileceği ve geçersizliğin bunlar tarafından fark edilmiş olması halinde, tarafların bunu çekişmenin her safhasında Komisyon veya Ulusal mahkemelerde ileri sürebileceğidir. Anlaşma hükümleri ile bağlı olmak istemeyen taraf, savunmasını, sözleşmenin butlan ile sakat olduğu ve kendisine söz konusu sözleşmeden dolayı herhangi bir borç yüklenmeyeceği görüşüne dayandırabilir. Çekişmenin konusu Rekabet Hukukuna ilişkin olmasa da sözleşmenin Roma Anlaşmasının 85. maddenin 1. paragrafını ihlal edip etmediği ve buna bağlanacak hukuki sonuç, Topluluk Hukuku kurallarına tabi olacaktır. 85.

⁴⁴ Dr. Ateş Akıncı, s. 331, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, RK Lisanüstü Tez Serisi No 5, Ankara 2001

⁴⁵ Dr. Ateş Akıncı, age s. 331

maddenin 1. paragrafının ihlal edildiğinin tespiti üzerine, anlaşmanın taraflarının hak ve borçları Topluluk Rekabet Hukuku kurallarına göre belirlenecektir.”⁴⁶

ATA'nın 82.2 maddesi hükmünde yer alan geçersizlik, mutlak, geriye etkili ve ATM tarafından resen nazara alınan ve ipso iure hükmü doğuran bir geçersizliktir. Geçersizliğin etkileri kendiliğinden yani, ne Komisyonun nede ulusal bir makamın kararına veya onayına gerek olmadan doğar. Geçersiz anlaşma ne taraflar arasında sonuç ifade eder ne de üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

Geçersizliğin tespitine, yani anlaşma veya kararın ATA'nın 85.1. maddesi hükmüne girip girmediğine, üye ülkelerin ulusal mahkemeleri yetkilidir. ATM önüne bu dava ön karar yöntemi ile gelebilir. Ulusal mahkemeler kararlarını serbestçe verebilirler; onları Komisyonun vermiş olduğu menfi tespit kararı ve zaman zaman verilen comfort letter de bağlamaz, ancak her iki belgenin de ulusal mahkemece değerlendirilmesi gerekir. ATM'nin ön karar yöntemi ile verdiği karar, hukukun birliği ilkesi gereği ulusal mahkemeyi bağlar.⁴⁷

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunu Madde 4 Kapsamında Olan Anlaşma Ve Kararların Madde 56 Uyarınca Geçersizliği

Genel Olarak; Rekabetin Korunması hakkındaki kanunun 56. maddesinde “*Bu kanunun 4'üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir. Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez. Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geriye istenmesi halinde tarafların iade borcu Borçlar Kanununun 63 ve 64 üncü maddelerine tabidir. Borçlar Kanununun 65 inci maddesi hükmü bu kanundan doğan ihtilaflara uygulanmaz.*” hükmüne yer vermiştir.

Bu kanunun gerekçesinde “ Bu maddeleri oluşturan “ Dördüncü Kısım”da genel olarak bu Kanuna aykırı anlaşma ve kararların hukuki niteliği ile rekabetin sınırlanmasının özel

⁴⁶ Akıncı, age.s. 332

⁴⁷ Tekinalp /Atamer/Oder/Okutan, age.s.370

hukuk alanındaki sonuçları düzenlemiştir. Maddede, Bu kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ve kararların geçersiz olduğu, bunlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği, daha önce yerine getirilen edimlerin geri istenmesi halinde tarafların ödeme borcunun elde kalan ile sınırlı olduğu öngörülerek Borçlar Kanununun haksız ve ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere verilen şeylerin geri istenmeyeceğine ilişkin 65. maddesinin bu Kanundan doğan ihtilaflarda uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.”

Geçersizliğin Hukuki Niteliği Hakkındaki Görüşümüz

RKHK'nun 56 maddesindeki ifadesiyle, Kanunun emredici kurallarına aykırı sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizlik Borçlar Hukukunda tanımlanan Butlan hükmündedir. Diğer bir ifade ile RKHK 56 maddesinde öngörülen geçersizlik, butlan hükmündedir. Dolayısı ile taraflardan herhangi birisinin ileri sürmesine gerek olmadan da Kanunun 4. maddesinde sayılan yasağa aykırı sözleşmeler butlan hükmünde olup hukuken geçerliliği yoktur.

Özellikle kanunun konuluş amacı değerlendirildiğinde kanun koyucunun amacının 4. maddeye aykırı sözleşmeye hiçbir hak veya yükümlülük getirmek istemediği ortadadır. 56. maddenin 2. cümlesinde “Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez” derken, geçersizlik kavramına yüklediği anlamın butlan olduğu taraflardan birisi için hak diğeri için borç doğurmayacağı anlamı açıktır. Bu anlamda Kanunun, geçersizlik kavramı için öngördüğü sonuç butlandır.

RKHK'nun 4. maddesine aykırı anlaşma ve kararlar, herhangi bir yargı kararı gerekmeksizin kendiliğinden sonuç doğurmayacaktır. Bir yargılama veya Rekabet Kurumu incelemesinde taraflardan birisi ileri sürmese Hakim veya Rekabet Kurulu uzmanı bu hukuka aykırılığı resen dikkate alacaktır. Bu anlamda Geçersizlik yaptırımını mutlak butlan olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Yukarıda özet bilgiler sunulan fikirler, Doktrinde de benzer görüşler mevcuttur.

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. Maddesinde Belirlenen Muafiyetin Kanununun 56. Maddesinde Öngörülen Geçersizlik = Butlan Kavramına Etkisi

RKHK nun 4. maddesinde yasak sayılan; doğrudan ve dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birlikleri bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı olup geçersizlik hükmüne varılmıştır.

Kanunun 5. maddesinde, sayılan 4 halin birlikte gerçekleşmesi halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının geçersizlik yaptırımına tabi olmasından muaf tutulacağı öngörülmüştür. Diğer bir ifade ile kanun 5. maddesinde sayılan hallerin birlikte gerçekleşmesi halinde rekabete aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararları geçersiz (geçersizliğin butlan hukuki sonucu görüşüne göre) butlan –kesin hükümsüzlük-sonucundan muaf olacaktır.

Bu konuda Sayın Gürzumar ve Sayın Sanlı, Rekabet Kanununa aykırı anlaşma ve kararların geçersizlik yaptırımından kurtularak muafiyet almasına “askıda geçersizlik” olarak nitelemektedirler.

“Askıda Geçersizlik; sakat olarak ortaya çıkmış bulunan fakat sakatlıkları giderilerek geçerli durumuna getirilebilen işlem” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸

Oysa RKHK da Rekabete aykırı anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliğine Kanunda tarif edilen şartların birlikte gerçekleşmesi halinde geçersizlik hükmünden muaf olması, o anlaşma veya kararı geçerli hale getirmemektedir. Anlaşma veya kararlar geçersizdir ancak Kanunun öngördüğü yasaklama ve ceza uygulanmamaktadır. Muafiyet kararı belirli süreli (5 yıl) olması itibarıyla, bu süre zarfında geçersiz sözleşme geçerli hale gelmeyecek ancak kanunun yaptırım hükümleri uygulanmayacaktır.

⁴⁸ Prof. Dr Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü

Rekabete aykırı anlaşma ve kararlara Rekabet kurumunun Muafiyet tanıdığı sürenin dolmasına müteakip uzatılmaması veya muafiyetin geri alınması hallerinde yapılan anlaşma ve alınan kararların hala hukuka aykırılığı devam ediyorsa kanunun öngördüğü yaptırım uygulanabilecektir.

Bu aşamada belirtmeliyiz ki; muafiyet tanınmasından sonraki aşamada, muafiyetin geri alınma veya uzatılmaması kararı tarihinde piyasa koşullarında değişip değişmediği veya rekabete aykırı anlaşma veya kararın hala rekabete aykırı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu hakkında tartışma yapılabilmesi göründeyiz.

Askıda geçersizlik kavramı, Borçlar Hukukunda eksik sözleşmelerin, eksiklik tamamlanıncaya kadar askıda bulunmalarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Askıda geçersiz sayılan eksik sözleşmeler, eksik unsur tamamlanınca geçerli hale gelmektedirler. Oysa 4. madde kapsamındaki anlaşmalar herhangi bir unsurun eksikliği söz konusu değildir, bu anlaşmalar Kanun'a aykırıdır. Kanun'a aykırılığın yaptırımı ise mutlak butlandır. Askıda geçerlilik ise, iptal edilebilir sözleşmelerin hukuki niteliği belirtmek için kullanılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde iptal etme yetkisi sadece iptal hakkı sahibine aittir. Kanunun 4. madde kapsamındaki anlaşmalara muafiyet tanınması, o anlaşmaların Kanun'a aykırılığını, bir başka ifadeyle rekabeti kısıtlayıcı niteliğini değiştirmemekte, sadece muafiyet süresince Kanun'a aykırılığın yaptırımlarının uygulanmasını engellemektedir. Dolayısıyla geçersiz bir sözleşmenin muafiyet kararıyla birlikte geçerli hale gelmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Örnek vermek gerekirse, dağıtıcıya belli bir bölgede tekel olma yetkisi veren bir tekelden dağıtım anlaşmasının rekabeti kısıtlayıcı niteliği nedeniyle Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve geçersizlik yaptırımına tabi olduğu açıktır. Bu anlaşmaya muafiyet tanınması, o bölgede dağıtıcının tekel hakkına sahip olma durumunu, dolayısıyla anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı niteliğini değiştirmemektedir. Muafiyet kararı ile, bu anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı niteliği ve Kanun'u ihlal ettiği kabul edilmekte, ancak sağladığı faydalar nedeniyle Kanun'un ihlali durumunda uygulanması gereken yaptırımların uygulanmasından vazgeçilmektedir. Başlangıçta rekabeti kısıtlayıcı özelliği nedeniyle geçersiz olan bir anlaşmanın sonradan geçerli hale geldiğinin ileri sürülebilmesi

için, anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı niteliğinin ortadan kalkmış olması gerekir ki, bu durum da muafiyet sisteminin amacıyla çelişmektedir.”⁴⁹

AET Anlaşmasının 85/3 de muafiyet hükmüne yer verilmiştir.

M.85/3 de Bununla birlikte, üretimde, malların dağıtımında, ekonomik ve teknik gelişmenin artırılmasında iyileştirme sağlayan ve buradan ortaya çıkan yararlıardan tüketicinin uygun bir pay aldığı,

İşletmeler arası anlaşma veya anlaşma gruplarına,

İşletme birlikleri karar ve gruplarına,

Uyumlu davranış veya uyumlu davranış gruplarına

İşletmelere yukarıdaki amaçlara ulaşmak için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar yüklenmemesi,

Bu gibi işletmelere, ilgili ürünlerin önemli bir bölümü bakımından rekabeti ortadan kaldırma fırsatı sağlanmaması koşuluyla, 1. (85/1) paragrafın uygulanmayacağı ilan edilir.” hükmüne yer verilmiştir. RKHK da aynı yöntemi benimsemiştir.

Böyle bir muafiyet sistemi ABD hukukunda öngörülmemiştir.

Adalet Divanı, 85. maddenin 2. paragrafında öngörülen geçersizlik halinin, mutlak butlan olduğunu belirterek, geçersizlik kavramının farklı şekillerde değerlendirilmesini engellemiştir.⁵⁰

AT Anlaşmasının Madde 81(1) kapsamına dâhil olmayan anlaşmalarla, bu kapsama dâhil olduğu halde muafiyetten yararlananların ayırt edilmesi önemlidir. Muafiyet verilene kadar, -bu muafiyet ister münferit, isterse ede bir grup muafiyeti kapsamında olsun- Madde 81(1)’i ihlal eden bir anlaşmanın bazı hükümleri ulusal mahkemelerde yürürlüğe konulamaz

⁴⁹ Aksoy, age s. 38,

⁵⁰ Akıncı, age.s. 331

Madde 81(2), yalnızca anlaşma Madde 81'i bir bütün olarak ihlal ediyorsa, yani anlaşma Madde 81(3) kapsamında muaf değilse geçerli olacaktır. Anlaşmanın muafiyet hakkına sahip olması, fakat muaf kılınmaması durumunda, bir sözleşmeyi yürürlüğe sokması istenen bir hukuk mahkemesi zor durumda kalacaktır. Zira yalnızca Komisyon bir muafiyet verebilecektir. Komisyonun muafiyet verme tekeline kaldırırsa, ulusal merci ve mahkemeler de muaf kılma hakkına sahip olacaktır. Muafiyet hakkı veren anlaşmalar, - Komisyonun kendi takdir hakkını kullanma ihtimaline tabi olmadan- otomatik bir istisnadan yararlanacaktır. Böyle bir durumda hükümsüzlük korkusu daha sınırlı olacaktır.

51

Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında geçersizlik

RKHK'nu Hakim durumun Kötüye kullanılmasının geçersiz olacağına ilişkin doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Bir diğer ifade ile RKHK 56. maddesinde belirtilen ve Kanunun 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birliği kararı geçersizdir hükmü kanunun 6. maddesindeki yasaklama için öngörülmemiştir. Bir yönüyle bakıldığında fiili bir durum gibi gözüken hakim durumun kötüye kullanılması hukuki işlem yolu ile meydana gelebildiğinden burada da geçersizlik hükmü sonucuna varılmalıdır.

Kanun 4. maddesinde sayılan hallerin bir anlaşma veya kararın kanuna aykırılığı geçersiz sayılırken, 6. maddede hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Kötüye kullanım kastı daha ağır ve rekabeti olumsuz etkileyeceği açıkça belli olan bu davranış türünün de evleviyetle geçersiz sayılması gerekmektedir. 6. maddede sayılan kötüye kullanma halleri daha emredici içerik taşımakta olup piyasaya girecek yeni aktörleri koruyan niteliktedir. Bu yönüyle geçersizlik yaptırımı ile evleviyetle karşılaşmalıdır.

Yukarıda bahsedilen 6 Şubat 1962 tarihli 17 sayılı Konsey Tüzüğü Madde 1 de; "...Antlaşmanın 85(1) maddesinde tanımlanan çeşitten anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve kararlar ve Anlaşmanın 86. maddesi anlamında pazardaki hakim durumun kötüye

⁵¹ V, Korah, EC Competition Law and Practice s.75 Hart Publishing

kullanılması, bir karar verilmesine gerek olmaksızın yasaktır.” hükmünü getirmiştir. Bu hükümden de hakim durumun kötüye kullanılmasının geçersiz sayılacağı sonucuna varmak mümkündür.

RKHK m4. madde çerçevesinde yasaklanan ve geçersiz kabul edilen fiyat kartelinin kendisidir. Yoksa fiyat karteline mensup teşebbüslerin söz konusu kartel sözleşmesine dayanarak akdettiği başkaca sözleşmeler, ayrıca rekabeti sınırlamadıkları, bir başka deyişle kendi bünyelerinden kaynaklanan bir sebeple rekabete aykırı olmadıkları sürece geçersiz kabul edilemez. Rekabet üzerinde yaratacağı etki açısından, kartel ile hakim durumdaki teşebbüs arasında önemli bir farklılık bulunmadığına göre, bu yaklaşıma göre, burada da 4. maddedeki çözümü benimsemek ve fiyat uygulamasını, örneğin, hakim teşebbüsün aşırı fiyatlar öngördüğü sözleşmeleri değil, hakim teşebbüsün aşırı fiyat öngörmesini etkisiz ve geçersiz kılmak gerekir. Şüphesiz bu takdirde geçersizlik, ancak iradenin, yönetim kurulu veya genel kurul kararı gibi tüzel kişilik bünyesinde ortaya çıktığı hallerde söz konusu olacak ve oldukça sınırlı bir uygulama alanı bulacaktır.”⁵²

Kanun’un 4. maddesinden farklı olarak, 6. maddede muafiyet gibi özel bir kuruma yer verilmediğine göre, 6. madde açısından söz konusu olan geçersizliğin butlandan farklı olmasını gerektirecek herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Kural olarak, 6. madde anlamında kötüye kullanma teşkil eden bir hukuki işlem, başlangıçtan itibaren, kendiliğinden ve düzelemeyecek şekilde kesin geçersizdir. Bu itibarla, buradaki geçersizliği, gerek türü, gerekse hükümleri itibarıyla “butlan” olarak nitelendirmek gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Hukukundaki uygulama da bu yöndedir.⁵³

Hakim durumun kötüye kullanılması kavramını geçersizlik ve butlan niteliğinde kabul ederken, kısmi butlan değerlendirmesi 6. madde içinde öngörmek gerekcektir. Diğer bir ifade ile hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir anlaşmayı butlan hükmünde kabul ettiğimizde, hakim durumda olmayan tarafın haklarını korumak bakımından kısmi butlan yorumlamasının gerekliliğinden de bahsetmek gerekmektedir.

⁵² Sanlı, age s. 440

⁵³ Sanlı, age.s. 441

Somutlaştırmaya çalışırsak, tekel durumunda ve hakim durumda olan bir teşebbüsten hammadde satın almak durumunda olan orta ölçekli bir teşebbüsün, hakim durumda olan satıcının ek şartlar ve bağlayıcı kelepçeleme anlaşma şartlarını kabul etmek zorunda kalması, sözleşmenin tamamının geçersiz kılınması halinde, zor durumda kalacağı kesindir. Bu halde kelepçeleme anlaşmasının sırf ek yük getiren kelepçeleme imkânı veren anlaşma hükümlerinin geçersiz sayılması anlaşmanın diğer maddelerinin geçerliliğine etki edilmemesi orta ölçekli teşebbüsü koruyacaktır. Kısmi butlan, hakim durumda olan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasını önlemek amacı olduğu gibi, küçük ölçekli teşebbüsünde korunmasını sağlama amacı vardır.

RKHK nun 56. maddesinde öngörülen 4. maddeye aykırılık halinde geçersizlik hükmü uyarınca tarafların iade borcu BK 63 ve 64 maddelerine tabi olacağı hükmü, RKHK nun 6. maddesinde sayılan hakim durumun kötüye kullanılması halinde de aynı mı olacaktır?

Şüphesiz ki bu soruya verilecek cevap aynı olacak ve tarafların iade borcu BK 63 ve 64. maddelerine tabi olacaktır. Aynı şekilde BK 65. maddesi hükmü hakim durumun kötüye kullanılmasında da uygulanmayacaktır.

Az önce belirtildiği üzere, RKHK'nun 6 maddesiyle rekabeti korumak için öngördüğü hükümler kanunun 4. maddesinde öngördüğü hükümlerden daha baskın daha etkili daha emredici niteliktedir. Dolayısı ile piyasayı koruma amaçlı BK nun hükümlerinin burada da uygulanması gerekmektedir.

Birleşme ve devralmalarda geçersizlik

RKHK nun 7. maddesinde “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da

kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.” hükmüne amirdir. Dikkat edilirse bu yasakla piyasayı kontrol altına amaçlı olarak konulmuş bir düzenlemedir. Belirli bir yoğunlaşmayı kontrol altına alma amacı vardır.

Rekabet Kurulundan izin alınması gereken birleşme ve devralmalar hakkında tebliğin 4. maddesine göre “birleşme ve devralma sonucunda birleşmeyi ve devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında toplam Pazar paylarının, piyasanın %25 ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının 25 trilyon TL (25 Milyon YTL)yi aşması halinde rekabet Kurulundan izin almaları zorunludur.”

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un benimsemiş olduğu “*izin sistemi*”ne göre, 7. madde ve bu maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak çıkarılan tebliğin kapsamına giren birleşme ve devralma işlemlerinin (*konsantrasyonların*) Rekabet Kurulu’na bildirilmesi ve daha da önemlisi izin alınması gerekmektedir. Bu kapsama girip de herhangi bir şekilde hakkında Kurul’dan izin alınmayan bir birleşme veya devralmanın hukuken geçerli olabilmesi mümkün değildir.⁵⁴

Kanunun öngördüğü ve tebliğin sınırlarını aşan birleşme veya devralmalar geçersizdir. Kanunda yasak hale getirilen birleşme veya devralmaların yapılması geçersiz addolunup, kanunun 11. maddesindeki yaptırımlar uygulanacaktır.

RKHK nun 10 maddesinde 4. maddesinde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar gibi 7. maddesindeki birleşme ve devralmalar da Kurula bildirilmelidir.

Ancak, Birleşme ve Devralmalar Kurula bildirim yapılmamış ise Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır.

a-Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir.

⁵⁴ Sanlı, age.s.444,

b- Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralmanın işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Görüldüğü üzere RKHK nun 11-b maddesinde, birleşme veya devralmanın geçersizliği tespit edilerek, hukuka aykırılığı önlemeye ve eski hale iade şeklinde tedbirler uygulamaya imkan tanımıştır.

Bu özel tedbirler uygulandıktan sonra Kanun 56 maddesinde atıf yapılan sebepsiz zenginleşme hükümlerine müracaat edilebilecektir.

RKHK'nun 7. maddesine aykırı birleşme ve devralmalar geçersiz olup eski hale iade için Kanununun 11. maddesindeki tedbirler uygulanacak ve eksik kalması halinde de BK 63 ve 64 sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabilecektir.

Geçersizlik kavramı ve uyumlu eylem

RKHK'nun 4. maddesinde yasak olan davranışlar; Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası **anlaşmalar**, **uyumlu eylemler** ile teşebbüs birliklerinin bu tür **karar** ve **eylemleri** hukuka aykırı ve yasak edilmiştir.

RKHK'nun 56. maddesinde de “ 4. maddesine aykırı olan her türlü **anlaşma** ile teşebbüs birlikleri **kararları** geçersizdir” hükmü mevcuttur.

Geçersizlik hükmü teşebbüsler arası uyumlu eylemler ile teşebbüs birliğinin eylemleri sayılmamıştır. Zira bu tür davranış şekilleri fiili bir durumdur. Hukuki bir işlem söz konusu değildir. Ancak hukuki işlemler geçersizlik yaptırımını ile karşılaşacak ve dolayısı ile butlan hali söz konusu olabilecektir.

Dolayısı ile Kanununun 56. maddesindeki düzenlemede uyumlu eylem kavramının dışarıda tutulması doğru bir sonuçtur.

Geçersizliğin Diğer Hüküm ve Sonuçları

Kısmi Geçersizlik

Kısmi Geçersizlik, kavramı BK 20/II de dayanağı bulmaktadır. Madde 20/I de Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik ya da ahlaka (adaba) muğayir olursa o akit batıldır. Madde 20/II de ise “Bu bozukluğu sözleşmenin sadece kimi bölümlerinde olması sözleşmenin tümünün bozulmasını gerektirmeyip yalnız o bölümler bozulur. Fakat onlar olmaksızın sözleşmenin hiç yapılmayacak olduğu kesinlikle kabul edilirse sözleşmenin tümü bozuk sayılır” hükmü kısmi geçersizlik kavramına imkân tanımaktadır.

AT anlaşmasının Madde 81(2), Madde 81(1)'in yasakladığı bir anlaşmanın, kararın veya birlikte hareketin otomatikman geçersiz hale geleceğini spesifik olarak belirtiyorsa da, ECJ, hükümsüzlüğün *yalnızca* söz konusu hüküm tarafından yasaklanan anlaşmadaki maddeleri etkileyeceğini düşünmektedir. Anlaşmanın kendisi, ancak yasaklanan klorlar anlaşmanın kalan kısımlarından ayrılamazsa bir bütün olarak hükümsüz hale gelecektir. Söz konusu hükümsüzlük otomatikman yürürlüğe girmekte olup, bu amaçla daha öncesinden herhangi bir karar verilmiş olmasına bağlı olmayacaktır.⁵⁵

Bir işlemin tamamının değil bir kısmının geçersiz kılınabilmesi ilki ayrı şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlardan ilki geçersizlik sebebinin işlemin bir kısmına inhisar etmesi ve bu kısım işleminden çıkarıldığı takdirde geriye işlemi meydana getirebilecek

⁵⁵ Alison Jones, Brenda Sufrin, s.87, EC Competition Law, Oxford

yeterli muhteva unsurlarının kalmış olmasıdır. Kısmi butlanın uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise tarafların farazi iradelerinin söz konusu bölüm olmaksızın da işlemin yapılması yönünde olduğunun kabul edilebilmesidir. Taraf iradelerinin yorumundan ilgili kısım olmaksızın tarafların işlemi yapmayacakları sonucuna varılıyorsa o halde geçersizliğin işlemin tamamına yayıldığı kabul edilmekte ve kısmi değil tam butlan söz konusu olmaktadır. Buradaki taraf iradeleri ile kastedilen ise hal ve şartlar, menfaat durumu ve dürüstlük kuralı çerçevesinde tespit edilen farazi iradedir.”⁵⁶

Kısmi butlan iddiaları Adalet Divanı önüne ilk kez *Consten/Grundig* olayında gelmiştir. Komisyonun Grundig ile Consten şirketleri arasındaki anlaşmanın rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğunu tespit ettikten sonra, anlaşmanın tümünün geçersiz olduğuna ilişkin kararını, tarafların itirazı üzerine tekrar inceleyen Adalet Divanı, “85. maddenin birinci paragrafının ihlali durumunda, anlaşmanın geçersiz olduğunu belirten 85. maddenin 2. paragrafı, anlaşmanın Rekabet Hukuku kurallarını ihlal edici hükümlerine uygulanır. Bu hükümlerin anlaşmanın esasından ayrılmasının mümkün olmadığı durumlarda, anlaşmanın tümü geçersizdir.”⁵⁷

AT Anlaşmasının Madde 81(2), ‘bu maddenin yasakladığı herhangi bir anlaşma veya karar otomatikman geçersiz sayılacaktır’ hükmünü getirmektedir. Ancak, Madde 81(2)’nin hükümsüz kıldığı anlaşmanın tamamı değildir. *Société La Technique Minière* ile *Maschinenbau Ulm*’un davasında, mahkeme, yalnızca rekabeti sınırlandırma amacı veya etkisine sahip hükümlerin geçersiz hale geldiğine karar vermiştir. *Consten and Grundig* davasında, mahkeme, anlaşmanın ne kadarının Madde 81’e aykırı olduğunu belirtmeden kararı bozmuştur. İlgili sözleşmeyi yürürlüğe sokması istenen ulusal mahkeme için anlaşmanın geri kalan kısmının ayrılabilir ve uygulanabilir olup olmadığı belirleyici olmuştur.⁵⁸

⁵⁶ Sanlı, age.s. 432

⁵⁷ Sanlı, age.s.334,

⁵⁸ Valentine Korah age, s.75

Kısmi geçersizlik ve kısmi butlan hukuki sonucuna varmak için tarafların sözleşme yapmaktaki amaçları ve/veya anlaşmanın yarattığı etki her durum ve şarta göre değerlendirilip bir sonuca varmak gerekecektir. Anlaşma veya karardan rekabete aykırılık oluşturulan kısmın çıkartılması halinde tarafların sözleşmeyle bağlı kalmalarında menfaatleri söz konusu ise anlaşma veya karara hayat hakkı tanımak gerekecektir.

Anlaşma ve Kararların Geçersizliğinin 3. Kişiler İle Yapılan Anlaşma ve Kararlara Olan Etkisi

Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin üçüncü kişilerle yapmış oldukları anlaşmaların geçerliliği sorununda dikkate alınması gereken iki önemli husus vardır. Bunlardan birincisi, kabul edilecek çözüm tarzının ticari ve ekonomik hayat gerçekleri ile ahenkli olması zorunluluğudur. İkinci husus, sonradan üçüncü kişi ile yapılan sözleşmenin, varsa rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile olan ilgisinin tespitidir.

Akıncı'ya göre, sorun ticari ve ekonomik düzenin devamı ve hukuka güven bakımından ele alındığında, diğer anlaşmaların taraflardan birinin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tarafı olması sebebi ile geçersiz kabul edilmemesini gerektirir. Aksi bir çözüm tarzı, her sözleşme bakımından sözleşmenin geçerliliği sorununu ortaya çıkaracak ve tarafların rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığının araştırılmasını gerektirecektir. Bunun da sonsuz sayıda çekişmenin doğumuna ve ticari hayattaki hukuki güvenin ortadan kalkmasına yol açacağı aşikârdır.”⁵⁹

Edimlerin İfası

Kanununun 56. maddesi 2. cümlesinde” Bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifası istenemez” hükmüne yer vermektedir.

Butlan sonucu doğuran geçersizlik halinde sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmayacağından taraflardan üzerlerine düşen edimini yerine getirmesinin istenmesi mümkün değildir. Zira istenen ifa konusu hukuka aykırıdır. Bu anlamda hukuka aykırı bir sonuca ulaşmak istemi hukuken dinlemez mahkemeden bu yönde bir talepte bulunulamaz.

⁵⁹ Akıncı, age.s.353,

Buna rağmen bir taraf edimini yerine getirmişse diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyemeyecektir. Ancak, Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu BK.63 ve 64. maddelerine tabidir.

Rekabete aykırı anlaşma veya kararlar, yapıldığı tarihten sonra muafiyet kazanırsa bu defa taraflara edimlerini ifa yükümlülüğü tekrardan doğacaktır.

Bu noktada, rekabete aykırı anlaşma ve kararların yapılma tarihinden muafiyet alınma tarihine kadar ki dönemde ifa zorunluluğunun olmaması, muafiyet döneminde ifa zorunluluğu, muafiyetin geri alınması veya süresinin dolmasına müteakip dönemde tekrar ifa zorunluluğunun olmaması dönemlerinde tarafların davranışları MK.2 dürüstlük kuralları ve hakkın kötüye kullanılması kavramları göz önüne alınarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Aynı yönde anlaşma ve kararların kısmi butlanı söz konusu ise ve ifa yükümlülüğü geçerli olan kısma ilişkin ise tarafların ifa yükümlülüğü de devam etmelidir. İfa yükümlülüğü geçerli olmayan, butlan ile yok hükmünde olan kısım içerisinde kalırsa bu defa tarafların ifa yükümlülüğü de olmamalıdır.

Yerine getirilen Edimi İade Yükümlülüğü

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun madde 56. ve 3. cümlesinde “Daha önce yerine getirilmiş edimlerin geçersizliği nedeniyle geri istenmesi halinde tarafların iade borcu BK’nun 63 ve 64. maddelerine tabidir.” denmektedir.

Bu aşamada BK. 63 ve 64 uyarınca yapılacak geri iade değerlendirilmesinde iade borçlusunun iyiniyetli ve kötüniyetli olması iadenin kapsamı bakımından önemli olduğundan bu ayrıma göre iyiniyetli ve kötüniyetli iade borçlusu bakımından inceleme yapmak gerekir.

İyiniyetli İade Borçlusunun İade Yükümlülüğü

İyiniyetli sebepsiz zenginleşene uygulanacak BK. M. 63/I hükmüne göre; “Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nispetinde ret ve iade ile mükellef değildir.” Madde metninin kötü ifadesi, zenginleşenin elinde kalanla sorumlu olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Ancak burada sorumluluğun kapsamını iade anında mevcut duruma göre belirleyen ifade de yerinde değildir. İadenin gerçekleştiği andaki değil, iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirleyecektir. Öte yandan, iade talep edildiğinde zenginleşen kötü niyetli olsa bile, daha önce iyi niyetli olduğu bir dönemde zenginleşme miktarı azalmışsa, gene de bu azalmayı ileri sürebilmeli, bu oranda iade borcunun kapsamı daralmalıdır.”⁶⁰

Zenginlemenin ortadan kalkması ve iade borçlusunun elinde geri iade borcunun konusunu oluşturan malın satılması, devredilmesi vb sonucunda yeni bir değer oluşması hallerinde Zenginleşmenin ortadan kalktığı savunması iyiniyetli iade borçlusunun kusurlu bulunmaması koşuluna bağlı değildir. Zenginleşen iyiniyetli olduğu sırada kendi kusuru yüzünden zenginleşme ortadan kalkmış olsa bile sorumlu tutulmaz.

Zenginleşen üçüncü kişiye malın mülkiyetini devretmesine rağmen, henüz bedeli almamışsa, bu kez bu bedel alacağı ile zenginleşmiş sayılır ve fakirleşen bu bedel alacağının kendisine temlik yoluyla iadenin gerçekleşmesini isteyebilir.⁶¹

Bir diğer sorun da iade borçlusunun borç konusu malın kullanılması ile elde ettiği yeni kazanımlardır.

İade borçlusu iyiniyetli olsa bile bunun sonradan ortaya çıkan bir artış olduğunu ileri sürerek iadede kaçınamayacaktır. İktisap edilen şeyin getirdiği semereler ve sağladığı diğer yararlar da zenginleşmenin kapsamına girer. Bu eklene zenginleşme, masraftan kurtulma şeklinde de olabilir. Ancak iade alacaklısının fakirleşmesi koşulu arandığında bu

⁶⁰ Öz, age s. 149,150

⁶¹ Öz, age.s.150

tür eklenen zenginleşmelerin her zaman istenebilmesi mümkün olmayacaktır. İade alacaklısının zenginleşenin kurtulduğu masraflara katlanmış olması aranacaktır.”⁶²

Ayrıca iade borçlusunun zenginleşme konusu para veya eşya nedeni ile bir zenginleşmesinin yanı sıra fakirleşmesi durumu da ortaya çıkabilir. İyiniyetli iade borçlusu bu durumda ne yapacaktır? Ve iade alacaklısından bir şey talep edebilecek midir?

Sebepsiz iktisap edilen şeyin kendi değeri azalmış veya ortadan kalkmış olsa bile, bu iktisap yüzünden iade borçlusunun başka malvarlığı değerleri azalmış veya ortadan kalkmışsa, kural olarak bunlar iade borcuna mahsup edilecek, iade bu ölçüde azalacaktır.⁶³

Türk ve İsviçre Hukuk sisteminin karakteristik niteliklerinden biri olan yargıcın takdir yetkisi, hasarın sürekli yoksullaşan alacaklıya değil, zenginleşen borçluya ait kılınabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Yargıç, bu konuda, Von Tuhr’un işaret ettiği gibi, tazminatın tayinine ilişkin BK m.43/I, BK m.44 f.1 ve f.2 hükümlerinden yararlanabilecektir. Keza, zarar miktarının tespitinde “halin mutad cereyanını” ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önünde tutmak durumunda olan yargıcın, Bk m.63/I e göre ilişkin olarak da yine tarafların sebepsiz zenginleşme olayı içindeki tutum ve davranışları, ekonomik ve sosyal durumlarını ayrı ayrı değerlendirmesi gerekecektir. Bu konuda somut olayın özelliklerine göre taraf çıkarlarının dengelenmesi en uygun yol olmak gerekir⁶⁴

Kötü niyetli İade Borçlusunun İade Yükümlülüğü

BK. M.63/II hükmüne göre, iadeyle yükümlü olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi, malı elden çıkardığı gerekçesiyle iade borcundan kurtulamayacaktır. İktisap edilen şeyin bu suretle ortadan kalkmasının iade borçlusuna bir yarar sağlamış olup olmadığının veya ne ölçüde yarar sağladığının bir önemi yoktur. İade borcu azalmaksızın devam edecektir.

Kötüniyetli sebepsiz zenginleşen sayılması, zenginleşmenin azalmasından kusursuz sorumlu tutulmasını gerektirmez. Ancak kendisinden beklenebilecek önlemleri alsaydı, bu

⁶² Öz, age.s.150 vd.

⁶³ Öz, age. s. 150.vd,

⁶⁴ İlhan Uluslan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade borcunun sınırlanması sorunu s.223

zararın ortaya çıkmayacağı söylenebiliyorsa, gene de sorumlu olaya devam eder. İadeyle yükümlü olduğunu yükümlü olduğunu bildiği halde zenginleşme konusunu kötüniyetle elinde tutmaya devam edenin gende ancak kusuru ile sorumlu tutulabilmesi, adaletsiz görülmemelidir. Sebepsiz zenginleşme kurumunun işlevi, zararı tazmin değil, değer kaymalarını telafi etmektir. Kötüniyetle zenginleşenin başkasının malına sahip olması somut olayda BK. M.41 uyarınca bir haksız fiil oluşturuyorsa, esasen fakirleşen haksız fiil hükümlerine göre uğradığı her tür zararın tazminini isteyebilir.

Kötüniyetli zenginleşen bu sayade elde ettiği semere ve kazançlarında sonradan ortadan kalkmasına kusurlu olarak sebep olmuşsa, bunlardan da sorumludur. Ancak, kötüniyetli haksız zilyedin iade yükümünden farklı olarak elde etmeyi ihmal ettiği semerlerden sorumlu tutulmayacaktır. Zira burada, ortadan kalkmış bir zenginleşme değil, hiç gerçekleşmemiş bir zenginleşme vardır. Zenginleşme yokken sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca sorumluluk olmaz. Sadece koşullar gerçekleşmişse, haksız fiilden dolayı tazminat istenebilir.⁶⁵

İade Yükümlülüğü konusunda son bir başlık olarak da iade sırasında iade borçlusunun talep edebileceği şeyler nelerdir sorusunu incelemek gerekecektir.

Zenginleşmeye Yol Açan Masrafların İstenmesi

BK. M.64 Hükümleri, zenginleşenin iade borcunu yerine getirirken, iade edeceği mala yatığı bazı masrafları iade alacaklısından isteyebileceğini düzenlemiştir. Belirtelim ki, sebepsiz iktisap edilen şey yüzünden iade borçlusunun diğer malvarlığı değerlerinde ortaya çıkan azalmalar, kayıplar ve bunlar yüzünden yaptığı masraflar, bu hükmün kapsamına girmez.

Masrafları talep hakkının ayrıca tanınmış olması, aynen iadenin mümkün olduğu durumlarda önem kazanacaktır. Burada iade borçlusu sebepsiz iktisap ettiği şeyi iade ederken, iade alacaklısına karşı BK. M.64 kapsamına giren masraflarının ödenmesini

⁶⁵ Öz, age.s.159

isteyecektir. Masraflar iade anında ödenmelidir. İade alacaklısı masrafları ödemedikçe veya önermedikçe BK. M.81 hükmüne kıyasen iadeden kaçınabilmelidir.”⁶⁶

Yapılan zorunlu ve faydalı masraflar sonucu elde edilen husus, iade borçlusunun kusuru olmaksızın, iade alacaklısının artık işine yaramayacak duruma gelse bile bunlar iade alacaklısından istenebilir.”⁶⁷

Şu kadar ki, iade borçlusunun talep edebileceği masraflar kendi iade borcundan fazla olamaz. Sebepsiz zenginleşme alacaklısının kendi talep edebileceği miktarı aşan masrafları ödemeye mecbur tutulması, bu kurumu anlamsızlaştırır.

Kötüniyetli iade borçlusunun, zorunlu masrafları istemesi bakımından, iyiniyetli iade borçlusundan bir farkı yoktur. Faydalı masraflar bakımından ise masrafların yapıldığı sırada kötüniyetli olanın iade alacaklısından bunları talep hakkı iade sırasında mevcut fazlalıkla sınırlıdır. İyiniyetli zenginleşen artık etkisi kalmamış faydalı masrafların da ödenmesini isteyebilecekken, kötüniyetli zenginleşen bunları isteyemeyecektir.

Lüks masrafları ise gerek iyiniyetli gerekse kötüniyetli zenginleşen, iade alacaklısından isteyemez. Lüks masraflar hiç gerek yokken sırf kişisel zevk ve kapris için yapılan masraflardır.

Söküp Alma Hakkı

İade borçlusunun hukuken talep edebileceği şeyleri veremeyen ve/veya vermekten kaçınan iade alacaklılarına karşı iade borçlusuna söküp alma hakkı tanınmıştır.

BK. M.64 hükümleri arasında, iade borçlusunu şeye eklediği fazlalığı, iade anda masrafının ödenmesi önerilmedikçe, asıl şeye zarar vermeden söküp alma hakkı düzenlenmiştir. Bu hakkın kullanılması için, iade konusu şeye eklenen fazlalık, MK. M.619 uyarınca bütünüleyici parça (mütemmim cüzü) olmalıdır. Eğer bu fazlalık MK. M. 621 anlamında teferruat olmaktan ibaret ise zenginleşen esasen bunu hiçbir engel ve kayıtle

⁶⁶ Öz, age.s.162

⁶⁷ Öz, age s.164

karşılaşmaksızın kendinde alıkoyabilir. Söküp alma hakkını zarara yol açmadan kullanılacak olsa bile, eğer iade alacaklısı bu fazlalılığın değerini ödemeyi önermişse, iade borçlusu söküp alma hakkını kullanamaz. Bu para iade anında ödenmelidir. İade alacaklısı daha sonra ödemedede bulunmayı teklif ederse iade borçlusu bun uymak zorunda kalmaksızın, iade sırasında fazlalığı söküp alabilir.”⁶⁸

Geçersizliğin Tespitini Yapacak Mercii

RKHK'nun Uygulanmasında Adliye Mahkemelerinin Rolü

1- Kanunun Uygulanması Açısından İlk Derece Mahkemesi Olarak Yetkisi

RKHK'nun 56, 57, 58, 59. maddelerinin lafından Hukuk Mahkemelerinin rekabete aykırı anlaşma ve kararlardan dolayı 3. kişilerin uğradığı zararları tazmin imkanı tanımaktadır. Rekabete aykırı anlaşma ve kararlardan dolayı uğranılan zararın tazmini konusunda Adliye Mahkemelerinin görevi kesindir.

Ancak tartışma konusu Mahkemelerin Kanun 56. maddesinde Kanunun 4. maddesinde sayılan rekabete aykırı anlaşma ve kararların geçersizliğinin tespitinde Hukuk Mahkemelerinin görev sınırı ile Rekabet Kurumunun görev sınırının belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

RKHK nu uygulamaya yetkili merciinin Rekabet Kurumu olduğu belirlenmiştir. Geçersizliğin hukuki niteliğini belirtirken RKHK na aykırı anlaşma ve kararların batıl olduğu sonucuna varılmıştı. Bu sonuca göre batıl olan bir sözleşme baştan itibaren hüküm ifade etmeyeceği, bağlayıcı olmayacağı tespit edilmişti. Bu anlamda sözleşmenin geçersizliğinin tespiti için Hukuk Mahkemesine gitmenin bir anlamı olmayacaktır.

Butlanın hükümleri kendiliğinden meydana gelir. Batıl bir işlem hükümlerini doğurmadığı için böyle bir işlemin yargıç tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gerekir. Butlanın Hükümleri mutlaktır. Batıl bir işleme dayanarak bir hak iddia eden herkese karşı

⁶⁸ Öz, age.s. 165,

ileri sürülebilir. Butlanın hükümleri kesindir. Batıl bir işlem daha başlangıçta ölüdür, ölü doğmuştur bunun sonradan dirilmesine sıhhat kazanmasına imkân yoktur.⁶⁹

Ancak, RKHK'nun 56. maddesine göre, geçersiz bir anlaşmadan dolayı edimini yerine getiren taraf yekdiğerinin edimini yerine getirmesini isteyemez ise de, anlaşmanın geçersizliği ortaya çıkmadan önce bu anlaşmadan dolayı yapmış olduğu edimini geri isteme hakkı BK 63 ve 64 uyarınca kabul edilmiştir. Aynı şekilde RKHK'nun 56. maddesinde BK 65 hükümlerinin uygulanmayacağı da hükme bağlanmıştır. Bunun anlamı, Borçlar Kanununda Ahlaka ve adaba aykırı anlaşmalardan dolayı verilenlerin geri istenemeyeceği kuralı RKHK nda uygulanmayarak ve tarafların Rekabet hukukuna aykırı anlaşma ve kararları sonrasında birbirlerine vermiş oldukları edimleri geri isteme hakkı tanınmıştır.

Bu noktada belirtmeliyiz ki; geçersiz anlaşma ve kararlara rağmen talep edilen ifa, ifadan kaçınma veya ifanın iadesi konularında Hukuk Mahkemeleri devrede olacağı kuşkusuzdur.

Hukuk Mahkemesi, taraflar arasındaki anlaşma ve karar uyarınca bir tarafın talep ettiği edimi ifa talebi konusunda Mahkeme öncelikle sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespit etmek durumunda kalacaktır. Aynı Şekilde, ifadan kaçınma halinde ve özellikle ifadan kaçınan tarafın sözleşmenin geçersizliği konusundaki defii halinde Mahkemenin anlaşmanın geçerli olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Edimini yerine getiren tarafın iade talebi konusunda da anlaşmanın geçersiz olup olmadığı tespiti hükmüne yer verilecektir.

Hukuk Mahkemesi tüm bu konularda, konusunda uzman Rekabet Kurulu ile ilişkisi ne olacaktır. Bu konuya az sonra değineceğiz.

Bu noktada bir anlaşma ve kararın sadece geçersizliğinin tespiti konusunda hangi merci yetkili olacaktır?

⁶⁹ Kenan Tunçomağ, s.117, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Fakülteler Matbaası İstanbul 1972

Doktrinde farklı görüşler belirtilmiştir.

Bu konuda Öz, ‘herhangi bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığını değerlendirme ve tespit yetkisinin mahkemelere değil münhasıran Rekabet Kurulu’na ait olduğu’⁷⁰ görüşündedir.

Aslan, “Bu görüş, pozitif hukuk bakımından tartışmaya açıktır ve bu tartışmalı durumun, örneğin, 4054 sayılı Kanun’da söz konusu mesele bakımından (mesela m.59 hükmünün lafzıyla ruhunun çatışmasından kaynaklanan) bir örtülü boşluğun bulunduğu ve bu boşluğun Kanun’un amaçsal yorumla tespit edilebilecek olan ruhuna uygun olarak doldurulması gerektiği şeklinde veya benzeri bir hukuki gerekçeyle aşılabilmesi de oldukça güçtür. Nitekim doktrinde de, adli mahkemelerin, şu anda yürürlükte olan hukuka göre, önlerine gelen davalarda 4054 sayılı Kanun’a aykırılık meselesini (Rekabet Kurulu’na sormak ve keyfiyeti zorunlu bekletici sorun şeklinde değerlendirmek durumunda olmaksızın) inceleme yetkisine sahip oldukları görüşünün hakim olduğu söylenebilir.”⁷¹

Aksoy, konuya ilişkin olarak; ‘4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasında genel mahkemeler ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişkinin irdelenmesi sonucunda, bir rekabet ihlalinin varlığının belirlenmesi konusunda, mutlak gerçekliğe ulaşmak amacıyla hareket eden Rekabet Kurulu’nun tespitlerine üstünlük tanınmasının isabetli olacağı düşünülmektedir. Zira Rekabet Kurulu, rekabet ihlallerinin tespitine yönelik inceleme ve soruşturmalarında, mutlak gerçekliğe ulaşmak amacıyla her türlü delili bizzat arama yoluna gitmektedir. Buna karşılık özel mahkemeler, gerçekliğe ulaşma endişesi taşımaksızın, salt davanın taraflarının sunduğu delillerle yetinerek karar verebilmektedir.

Genel mahkemeler açısından tespiti oldukça güç olan Rekabet Hukuku ve piyasa analizlerine ilişkin teknik konularda, Rekabet Kurulu’nun uzmanlığına başvurulması, konuya ilişkin olarak Kurul’un herhangi bir kararının varlığı durumunda ise mahkemenin bu kararı esas almasının uygun olacağı düşünülmektedir. Ancak şu an yürürlükte bulunan 4054 sayılı Kanun’da genel mahkemeler açısından Rekabet Kurulu kararlarının bekletici

⁷⁰ Öz, age s.62

⁷¹ Aslan, age s. 415,416, Rekabet Hukuku, 3 Bası, Ekin, Ankara 2005

mesele yapılması zorunluluğu bulunmamakta olup, bu konunun tamamen yargıcın takdir yetkisi dâhilinde olduğu kabul edilmektedir.’ Görüş belirtmektedir.⁷²

Sanlı, “Haksız fiil (tazminat) hükümlerinin uygulanmasında mahkemelerin münhasır yetkili olduğu konusunda şüphe bulunmadığını, ancak sözleşme ve kararların geçerliliğinin belirlenmesinde Rekabet Kurulu’nun yetkili olduğunu kabul etmek gerektiğini” savunmaktadır.⁷³

Topçuoğlu, “Genel mahkemelerin batıl olan anlaşma ve kararlara yönelik tazminat ya da iade davalarında tek yetkili ve görevli organ olduklarını, ancak Rekabet Kurulu’nun 4054 sayılı Kanun’un uygulanmasında tek yetkili merci olmadığını, mahkemeleri görev alanlarına giren uyuşmazlıklarda, menfi tespit kararlarının genel mahkemeleri bağlamaması gerektiğini” savunmaktadır.⁷⁴

Danıştay 10. Hukuk Dairesinin 2002/693E ve 2003/5295 K. Sayılı 23.12.2003 tarihli kararında “Rekabet Kurulunun Yasanın 4. maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersizliği ile ilgili karar alma yetkisi bulunmaktadır.” hükmüne varmıştır.

Uygulamada Yargıtay’ın konuya ilişkin kararları da mevcuttur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2002/12626 E ve 2002/14028 K sayılı 25.12.2002 tarihli kararında SÖZLEŞMENİN FESHİNİN TESPİTİ yönünde karar vermiştir:

Davacılar, davalının ... tarihli taahhünameye göre işlettiği fırını sadece kapatması gerekirken içindeki makineleri de söktüğünü ileri sürerek sözleşmenin feshine karar verilmesini istemişlerdir. Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Taraflar arasındaki yukarıda açıklanan kararlaştırma, niteliği itibariyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesindeki yasaklamalar kapsamında

⁷² Aksoy, age. s. 55 vd,

⁷³ Sanlı, age.s.450

⁷⁴ Topçuoğlu, age s.

kalmaktadır. Anılan kanunun 4. maddesindeki "Belirli bir mal veya hizmet piyasada doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır". Ayrıca B.K. 19. maddesindeki "Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabilir" hükmü karşısında taraflar arasındaki sözleşme 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 4. maddesi itibariyle mutlak butlanla batıldır. Mahkemece anılan yasa maddeleri ve sözleşmenin içeriği itibariyle dava konusu sözleşmenin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir."⁷⁵

Görüldüğü üzere bu kararda Yargıtay, sözleşmenin geçersizliğinin tespiti konusunda doğrudan karar verilebileceği düşüncesiyle bir sonuca ulaşmıştır. Yargıtay Yerel Mahkemenin sözleşmenin geçerli olup olmadığı konusunda Rekabet Kurulunun bilirkişiliğine gerek görmeden taraflar arasındaki sözleşmenin rekabete aykırılığını tespit etmiş ve geçersizlik konusunda karar verilmesine hükmetmiştir.

Buna karşın Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1999/3350 E ve 1999/6364 K sayılı 1.11.1999 tarihli kararında;

"Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı yasanın yetkili kıldığı 'Rekabet Kurulu' tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi isabetli görülmemiştir."⁷⁶

⁷⁵ Çevirimiçi www.kazanci.com.tr

⁷⁶ Çevirimiçi www.kazanci.com.tr

Bu karardan da anlaşıldığı üzere hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusunda Mahkemenin Rekabet Kurumuna müracaatı ve rekabet Kurulunun Bilirkişiliği ve hakim durumun kötüye kullanılmasının tespit etmesi gerekliliği benimsenmiştir.

Yargıtay 19 Hukuk Dairesinin bu kararı Prof Dr. Nurkut İnan tarafından eleştirilmektedir.

İnan, “Rekabet Kanununun ihlali nedeniyle açılan tazminat davası temelde bir haksız fiil davası olduğunu, Haksız fiilin “hukuka aykırılık” unsurunun bir suç oluşturup ceza yaptırımına bağlanmış olması davanın açıldığı hukuk mahkemesinin, cezayı verecek makamın kararını bekleyip, mahkûmiyet kararı kesinleştikten sonra haksız fiil tazminatına hükmetmesi doğru olmadığını belirtmiştir. Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen BK m. 53 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerektiği belirtilmiş ve Hukuk mahkemesinde karar vermek için Rekabet Kurulu kararının beklenmesi usul ekonomisi açısından da yerinde olmadığını” belirtmiştir.⁷⁷

19. Hukuk Dairesinin yukarıda anılan kararına, Sayın Nurkut İnan tarafından getirilen eleştiriye bizde katılıyoruz.

Belirtilen sebeplerin yanında, HUMK m.76; “Hâkim resen Türk Kanunları mucibince hüküm verir” hükmü mevcuttur. Bu anlamda Türk Kanunlarını yorumlayacak merci hakimdir. HUMK 275 maddesi uyarınca Hukuki bir konuda bilirkişilere müracaat edilmez.

RKHK'nun 6. maddesinde hakim durum değil hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Dolayısı ile kötüye kullanma halini Mahkemenin değerlendirmesi en doğal sonuçtur.

Adli Mahkemeler ile Rekabet Kurumu arasındaki Hukuki ilişki

1- Bilirkişi olarak Rekabet Kurumu

⁷⁷ Nurkut İnan, s.7 Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü adlı makalesi

HUMK 275 ve devamı maddelerinde bilirkişilik kurumu tanımlanmıştır. RKHK nun özel hukuku ilgilendiren konularda Mahkemeler, uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye müracaat edilebilecektir.

Mahkemeler, Rekabet Kurumunda görevli uzman ve yetkililerden bilirkişi olarak seçebilir. Yeminle görev yapacak bilirkişinin objektifliği de mahkeme tarafından değerlendirilecektir.

Ancak, yukarıda anılan 19 Hukuk Dairesinin kararında olduğu gibi Rekabet Kurulunun hakim durumu kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti için Rekabet Kurulunun bir kararını beklemek ve onun kararına göre hüküm kurmanın sakıncalı olduğu kanaatindeyiz.

Rekabet Kurulu, Rekabet Kurumunun en üst organıdır. İdari ve bağımsız bir görev üstlenmektedir. Konusuyla ilgili olarak soruşturma başlatma ve RKHK na aykırılık tespit ettiğinde ceza verebilmektedir.

Uzmanları vasıtasıyla yapılan soruşturma sonucunda verilecek idari para cezasının yanında özel hukuk sonuçları da mevcuttur. Rekabet Kurulunun 4.,6,7 maddelerine aykırı halleri tespiti henüz yargı yoluna gidip kesinleşmesi beklemeden Adli Mahkemeler bu tespite uymak durumunda kalacaklar mıdır? Rekabet Kurulunun yapmış olduğu soruşturma sonrasında ulaştığı sonuç Adli mahkemede hakimi bağlamamalıdır.

Rekabet Kurulunun kanunundan alan yasal gücü ile yapılan bir soruşturma sonrasında verilen karardan sonra, bilirkişilik kurumunun tarafsızlığı ilkesiyle çok bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

İnan, “rekabet hukukuna ilişkin davalarda bir kamu kuruluşu olan rekabet Kurulunun (Adli Tıp Kurumu gibi) bilirkişilik yapmasını sağlayacak bir yasal düzenleme yerinde olacaktır.” görüşündedir.⁷⁸

Biz bu görüşe, bilirkişilik kurumunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı gereğince katılamıyoruz.

Zira Rekabet Kurulu, RKHK’nun 4, 6, 7 maddelerindeki yasaklı eylemlerin teşebbüsler arası anlaşmalar uyumlu eylemler veya teşebbüs birliğinin bu tür karar ve eylemleri ile rekabete aykırı olup olmadığına ilişkin soruşturmayı resen veya şikayet (ihbar) yolu ile başlatmaktadır. Kanunun 56 ve devamı maddelerinde üçüncü kişilerin, rekabete aykırı davranan taraflardan tazminat talep etmeleri söz konusudur.

Buna göre, Rekabet Kurumunun yaptığı soruşturma sonrasında, Rekabet Kuruluna göre rekabete aykırılık tespit edilmesi halinde idari para cezası verilecektir. Bu idari para cezası kararına istinaden zarara uğradığını iddi eden üçüncü kişi zararının tazminini talep edebilecektir. Henüz rekabet Kurulunun kararı RKHK’na göre Danıştay’da kanun yolu incelemesi yapılmadan, adli mahkemede açılacak üçüncü kişinin tazminat davası görülebilecektir. Böyle bir halde Rekabet Kurulunun kararı Adli mahkeme önüne delil olarak gelebilecektir. İşte bu noktada Rekabet Kurulunun adli tıp kurumu gibi bilirkişi olarak yasal zorunluluk olması halinde, rekabet Kurulu kendi raporuna bilirkişilik etmiş olacaktır.

RKHK’nun 55. maddesinde “Kurulun Nihai kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararların taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay’a başvurulabilir.” hükmü mevcuttur. Rekabet Kurulunun vermiş olduğu belirtilen türden kararlara karşı Danıştay’da dava açılması halinde Rekabet Kurumu taraf olmaktadır. Rekabet Kurumunun en üst organı Rekabet Kurulunun vermiş olduğu karara karşı Rekabet Kurumu Danıştay’daki açılacak davada davalı taraf olacaktır. İdari davada taraf olan bir

⁷⁸ İnan, adı geçen makale s. 12

kurumun en üst organının aynı soruşturma için Adli davada bilirkişi olması bağımsız yargı kavramına açıkça aykırı olacaktır.

2- Rekabet Kurumunun Vermiş Olduğu Kararların Delil Olma Niteliği

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuza, deliller kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kesin deliller, Senet, m.287, yemin m.337, ikrah m.236, Kesin Hüküm m.237. olarak belirlenmiştir. Bu deliller özelliği hakimi kesin olarak bağlayan delillerdir. Hakim kararını verdiğinde kesin delillerle bağlı kalarak karar vermek durumundadır.

Bunun yanında takdiri deliller, tanık, keşif, bilirkişi ve özel hükümlerdir. Bu delillerin özelliği de hakim, kararını verirken bu delilleri serbest ve bağımsız iradesiyle değerlendirebilmesidir.

Rekabet kanununda da Rekabet Kurulunun kararlarının adli mahkemelerde nasıl değerlendirileceği konusunda hüküm bulunmamaktadır.

Bize göre, Rekabet Kurulunun kararlarının kesin delil olma niteliği yoktur. Bir an için kesin delil olduğu varsayılırsa Adli Mahkeme hâkiminin yargılama yetkisinden değil sadece onaylama ve ölçülülük denetimi yapma yetkisi kalacaktır.

Yukarı maddede belirttiğimiz üzere, rekabet Kurulunun soruşturma sonrasında vermiş olduğu karar, rekabete aykırılık tespit edip idari ara cezası veya diğer cezaları vermesi hali veya rekabete aykırılığın tespit edilemediği yönünde karar vermesi hali, Hukuk Mahkemesinde kesin delil kabul edilmesi durumunda Adli Yargı Hâkimi rekabete aykırılık tespit edilmiştir dolayısı ile üçüncü kişinin tazmini gerekir veya rekabete aykırılık tespit edilmemiştir üçüncü kişinin tazminat talebi reddedilmelidir sonucuna varmak zorunda kalacaktır.

Oysa, RKHK nun 56 ve devamı maddelerinde zarara uğrayan üçüncü kişinin tazmini Borçlar kanunundaki tazminat hükümlerince yargılamayı gerektirmelidir. Konunun çok uzamaması bakımından aşağıda kusur kavramı üzerinde durulup, Rekabet Kurulu kararlarının Hukuk Mahkemelerinde kesin delil kabul edilemeyeceği düşüncemize ışık tutmaya çalışacağız.

Konuya ilişkin olarak *Gürzümar*, açıklayıcı ve olası riske ışık tutan bir yorum getirmektedir. “Konunun hukuk mahkemesince zorunlu bekletici mesele değil ihtiyari bekletici mesele olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte ve konuyu örneklendirmektedir.” “Sonucu beklenmesi gereken “bir “ön mesele”den bahsedilmek ise de bu yaklaşımın, zorunlu bekletici sorunların pozitif hukukumuzda kanun hükümlerinde açıkça sayılanlarla sınırlı olması keyfiyetiyle bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Mahkemenin meseleyi (yani önündeki sözleşmenin rekabeti sınırlayıp sınırlamadığı meselesinin maddi bir vakıa olarak bu konuda uzman olan –Rekabet Kurulu tarafından aydınlatılmasını) ihtiyari bekletici sorun olarak değerlendirip, Rekabet Kurulu’nun kararını beklemesi ise mümkün olabilmelidir. Örneğin, bir distribütörlük sözleşmesine dayanılarak açılan bir ifa veya adem’i ifa nedeniyle tazminat davasında, sözleşmenin 4054 sayılı Kanun.4 hükmüne aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu şüphesine düşen veya davalının bu yöndeki bir *itirazıyla* karşılaşan hukuk hakimi, davacıya Rekabet Kurulu’na menfi tespit için başvuruda bulunmak üzere bir süre verebilmelidir. Bu durumda davacı kendisine verilen süre içinde Rekabet Kurulu’na başvurursa, hakim, Kurul kararının verilmesini önündeki dava için bekletici sorun yapar ve duruşmayı da Kurul’un karar vermesine kadar geçecek tahmini süreyi dikkate alarak ileriki bir tarihe erteler. Bu durumda, davacının menfi tespit başvurusuyla ilgili olarak Kurul kararını esas olarak bir hüküm vermesi beklenir. Ancak Rekabet Kurulu kararlarının mahkemeler bakımından HMUK m.236, 237, 238 vd., 388 vd. hükümlerinde sınırlayıcı olarak sayılan kesin delillerden olmadığı dikkate alındığında, mahkemelerin önlerindeki bir dava konusunu doğrudan ilgilendiren Kurul kararlarını beklemesi ve/veya bu kararlara uygun hüküm vermesi şeklinde bir *kanuni zorunluluktan* bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, herhangi bir anlaşmanın rekabeti

sınırlayıp sınırlamadığı ön sorunuyla doğrudan ilgili bir konunun incelendiği bir davada, rekabet ihlalleri konusunda uzman tek resmi merci olan Rekabet Kurulu'nun uzmanlığından yararlanılmaksızın verilen bir adli mahkeme kararının, bu yüzden (HMUK m.428/5'de yer alan –ve Yargıtay tarafından da- İstinaf mahkemelerinin yokluğu nedeniyle- geniş bir yoruma tabi tutularak delillerin takdirine de uygulanan temyiz sebebi anlamında) “*meselesi maddiyenin takdirinde hata edilmiş olması*” (*maddi vakaların yanlış değerlendirilmiş olması*) riskine daha açık bir karar oluşturabileceği söylenebilir.”⁷⁹

Bu konuya ilişkin son olarak Rekabet Kurulunun idari bir kurum olduğuna dikkat edilmelidir.

3- Rekabet Kurulu Soruşturmasının Bekletici Mesele Yapılıp Yapılmayacağı Sorunu;

Ön sorun, bir davadaki asıl (ana) sorun (talep sonucu) hakkında karar verilebilmesi için aynı mahkeme tarafından (aynı davada) daha önce çözülmesi (karara bağlanması) gereken sorunlardır. Hukuk mahkemesi, başa bir mahkemede görülmekte olan bir davayı (kendi baktığı dava için) bekletici sorun yapması, bazı hallerde sorunludur. Bu haller kanun tarafından zorunlu görülmüştür. Bunun dışında mahkemenin başka bir mahkemede görülmekte olan bir davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapması zorunlu değildir; yani ihtiyaridir.⁸⁰

Konuya Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1999/3350 E ve 1999/6364 K sayılı 1.11.1999 tarihli kararından yola çıkarak bakmak gerekecektir. Yukarıda kararın içeriği ve getirilen eleştirileri belirtmiştik.

Yukarıda belirtilen görüşlere bu aşmada eklemek gerekir ki; Yargıtay 19. hukuk Dairesinin kararında Hukuk mahkemesi Rekabet kurulunun kararını bekletici mesele yapmalıdır.

⁷⁹ Gürzümâr, age s.45,46

⁸⁰ Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.3208, 3211 Cilt III altıncı Baskı 2001 Demir &Demir

Ancak unutulmaması gereken şey, rekabet kurulunun nihai kararına karşı taraflarca Danıştay'da dava açılırsa durum ne olacaktır. Bu durumda Adli Mahkeme Danıştay'ın kararını da beklemek durumunda mıdır? Bu soruya evet beklemek durumundadır dersek usul ekonomisi bakımından tarafların mağduriyetinin telafisi mümkün olmayabilir. İstatistiği bilgi olmamakla birlikte 2 yıldan kısa süren dava hemen hemen hiç yoktur. Adli yargıdaki tazminat davası Danıştay kararı beklemek durumunda olmaz ise birbirine çelişik kararların ortaya çıkması ihtimali vardır.

Konuya farklı görüşte olan *Aşcıoğlu Öz*, "Hüküm uyuşmazlığından söz edebilmek için iki ayrı yargı koluna dâhil iki mahkeme tarafından, konusu, dava sebebi ve taraflarından en az biri aynı olan bir dava hakkında birbiriyle çelişik kesin hükümler olması ve bu nedenle hakkın yerine getirilmesinin imkansız olması koşulu aranmaktadır. Danıştay ve Yargıtay'ın, taraflarından en az birinin aynı olduğu ve çelişkili hükümler içeren kararları olmakla beraber, bu davaların iptal ve tazminat olmaları nedeniyle konusu ve sebebi birbirinden farklıdır."⁸¹ görüşünü belirtmektedir.

İnan "Gamze Aşcıoğlu-Öz'ün yukarıdaki görüşü son derecede doğrudur. Yani ortada çözümlenmemiş bir sorun olduğu açıktır. Böyle bir ikilemin yararlı bir yönü de olabilir. Rekabet hukuku yargı uygulamasında içtihat zenginliğine yol açabilir ve değişik mahkemeler nihaî olarak doğru yolu bulabilirler. Kısacası, bu sorunun çözümü içtihatlar yolu ile olacaktır."⁸²

Bu görüşe katılmanın olanaksız olduğunu düşünüyoruz. Zira her şeyden önce kişilerin hak ve özgürlükleri için var olan hukuk kuralların kişinin adalet duygusunu zedeleyecek şekilde düzenlenmemesi ve uygulanmaması gerekmektedir.

⁸¹. Aşcıoğlu Öz, s.189,190, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, RK Lisansüstü Tez Serisi 4, Ekim 2000

⁸² İnan, adı geçen makale s.10

Bir davranışın Rekabete aykırı olup olmadığı sonucuna iki ayrı yargı farklı sonuca ulaşmaları her ne kadar teknik bakımdan hüküm uyumsuzluğu oluşturmadığı iddia edilse de kişinin adalet duygusunu zedeleyeceği açıktır.

Bize göre, rekabete aykırılıktan dolayı tazminat davası açılması halinde Adli mahkeme, dava konusu olayın niteliğini dikkate alarak bekletici mesele yapıp yapmayacağına karar verebilmelidir. Her somut olayın özelliğine göre bu belirlenmelidir. “Geç gelen adalet, adalet değildir” sözünün insanlarda yarattığı olumsuzluğa bir olumsuzluk daha eklenmemelidir. Rekabete aykırı anlaşması veya kararı veya uyumlu eyleminde açıkça hukuka aykırılık ve/veya ağır kusur olduğu bariz olan bir olayda yıllarca Danıştay incelemesini beklemek yerinde olmayacaktır. Tazminat davasında verilecek kararı boşa çıkartacak veya tahsil olmasına imkan kalmayacak teşebbüsün mal kaçırmaya imkan verecek bir zamanı, kötüniyetlilere vermemek gerekecektir. Yerel Mahkeme somut olayın durumuna göre, gerektiğinde mal kaçırmaları önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, bekletici mesele yapmaya karar verebilir.

Bununla birlikte Rekabetin Korunması hakkındaki Kanunda değişiklik öngören kanun tasarısı madde 26 – 4054 sayılı Kanun’un 56’ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir. “Bu Kanun’a aykırılık iddiasını içeren uyumsuzluklara ilişkin olarak Kurul’un kararını vermesine kadar dava bekletilir.”⁸³

4- Muafiyet Kararının Mahkeme Kararlarına Olan Etkisi

Muafiyet kararları sadece rekabet Kurulu tarafından verilebilir. Rekabet Kurulunun, muafiyet kararı verdiği bir anlaşma özel hukuk bakımından geçerli bir anlaşmadır. Dolayısı ile Mahkemelerin önüne RKHK’nun 4. maddesi kapsamında bulunan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararıyla ilgili bir dava geldiğinde mahkemeler muafiyet verilmiş olan bu anlaşmanın geçerli olduğunu ve RKHK’ya bir aykırılığın olmadığını kabul etmeleri gerekir ve sorunu buna göre çözmelidir. Rekabet Kurulunun muafiyet kararları, ister

⁸³ çevirimiçi www.rekabet.gov.tr

Danıştay'dan onaylanarak isterse dava açılmadığından yargısal bakımından kesinleşmişse mahkemeler için de bağlayıcıdır. Çünkü mahkemelerin muafiyet kararı vermeye yetkisi yoktur, bu yetki münhasıran Rekabet Kuruluna aittir.⁸⁴

RKHK.'nın 4.maddesi kapsamında bulunan fakat bildirim tabi olmayan bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı, grup muafiyet kapsamında bulunabilir. Grup muafiyet tebliği kapsamında bulunan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı otomatik olarak hukuka uygun sayılır. Mahkemeler, bildirim tabi olmayan bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının bulunup bulunmadığını belirleyecektir.

Bildirim tabi olan bir anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararının, Rekabet Kuruluna bildirilip bildirilmemesine göre mahkemeler, davayı değerlendirecektir. Eğer anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararı Rekabet Kuruluna bildirilmemişse, mahkeme davayı inceleyecek ve haklı bulursa kabul edecektir⁸⁵

Bildirim tabi olup da Rekabet Kurulu'na zamanında bildirilen bir anlaşma için rekabet kurulunun muafiyet kararı anlaşmanın, uyumlu eylemin yapıldığı ve teşebbüs birliği kararının alındığı tarihten itibaren geçerli olacaktır. Anlaşmalar uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları yapıldıkları tarihten itibaren 1 ay içinde Rekabet kuruluna bildirilmelidir. Anlaşmanın veya uygulamanın bildirim anlaşmanın yürütülmesini etkilemez. Yani burada bildirim, birleşmelerin aksine, anlaşmanın hukuken geçerlilik kazanabilmesi için zorunlu değildir. Bildirim üzerine Rekabet Kurulunun herhangi bir itirazda bulunmaması yada soruşturma açmaması halinde, anlaşma kendiliğinden geçersiz hale gelmez. İdari işlemlerin zımnen reddi uygulamasının aksine olarak burada bildirim herhangi bir cevap verilmemesi muafiyet veya menfi tespit talebinin reddedildiği anlamına gelmez. Taraflar yapmış oldukları ve Kurula bildirdikleri anlaşmayı Kurul, 9. maddede belirtilen prosedüre göre itiraz edinceye kadar uygulamaya devam edebilirler. Nitekim taraflar anlaşmalarını bu bir aylık sürenin geçmesinden sonra da bildirebilirler. Bu koşulda geç bildirim nedeniyle para cezası verilir. Ancak bu durum, muafiyet verilmesini

⁸⁴ Aslan age s.368

⁸⁵ Gül, age s. 30,31,

engellemez. Bu durumda verilecek muafiyet kararı bildirim tarihinden itibaren geçerli olacaktır.⁸⁶

RKHK'nun 57. maddesindeki tazminat haksız fiil tazminatı benzerliği kurulabildiğine göre, muafiyet kararının farklılığı hukuka aykırılık şartını ortadan kaldırıp tazminat talebini sonuçsuz bırakacaktır. Diğer bir ifade ile muafiyet kararı hukuka aykırılık oluşturup tazminat talebi mümkün olamayacaktır.

RKHK'nun 13. maddesine göre, muafiyet kararının alınmasına esas teşkil eden olay değişikliği olması, karara bağlanan şartların veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kararın anlaşma hakkında yanlış veya eksik bilgiye dayanarak verilmiş olması halinde, muafiyet kararı geri alınabilir. Muafiyet kararının geri alınması halinde muafiyet kararına konu anlaşma geçersiz olup tazminat hakkı doğurabilecektir.

5- Rekabet Kurumunun Vermiş Olduğu Nihai Kararlara Karşı Yargı Yolu Danıştay

RKHK'nun 55. maddesinde “Kurulun Nihai kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararların taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir.” hükmü mevcuttur.

Kanunun bu açık hükmüne göre aksine bir düzenleme oluncaya kadar Danıştay ilk ve son derece mahkemesi görevlidir.

Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine getirilen bir olayda; Rekabet Kurulu'nun 13.8.1998 günlü, 78/601-111 sayılı tedbir kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, 4054 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı savıyla iptali için doğrudan başvurmuştur. “Anayasa'nın 155. maddesinin ilk fıkrasının son tümcesinde Danıştay, “kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” denilmektedir. Buradaki “kanun” sözcüğü yalnız

⁸⁶ Aslan age.s369,370

Danıştay kuruluş yasasını değil, diğer yasaları da kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanıldığından kuruluş yasası dışındaki yasalarla Danıştay'a görev verilemeyeceği ileri sürülemez. Bu nedenle, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde sayılmayan bir uyuşmazlığın doğrudan ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesini öngören itiraz konusu yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki savda isabet yoktur.”⁸⁷ gerekçesiyle reddetmiştir.

Rekabet Kurulunun vermiş olduğu kararların 55. madde hükmü uyarınca Danıştay ilk derece mahkemesi olarak belirlenmesine olumlu görüşler mevcuttur.

Maddenin gerekçesinde “Kurulun nihai kararları yargı denetimi altındadır. Kurul kararlarına idari niteliği ağır bastığından Kanunda Yargı yolu olarak Danıştay öngörülmüştür. Kurul kararlarının esas itibariyle ekonomik niteliği ağır basan kararlar olduğu için, bünyesinde Hukuk Fakültesi mezunları dışında üye üyede bulundurabilen Danıştay'ın kurul kararlarını daha iyi değerlendirebilecek bir teşkilat yapısına sahip olması, Danıştay'ın yargı yolu olarak seçilmesinin diğer bir nedeni olarak sayılabilir”

Danıştay'ın her geçen gün artan iş yükü bu ağırlığı kaldıracak yeterlilikte değildir. İçtihat yaratması beklenen Danıştay'ın bu işlevini yerine getirip getiremediğini belki zaman gösterecektir. Ancak, yukarıda Rekabet Kurulu kararlarının idari yargılamanın yanında adli yargılamaya da esas teşkil edecek nitelikte kararlar verdiğini belirtmiştir. RK kararlarının hem adli yargıda hem de idari yargıda, tarafları ayrı olsa da aynı konuda olan ancak iki ayrı kurumda değerlendirmeye alınacağını bir gerçektir.

Bu vesileyle, içtihat birliğinin sağlanması açısından bu ayrıklığın giderilmesi uygun olacaktır. Aynı olay için adli ve idari yargılama yerlerinde farklı sonuçların çıkması hukuka güvenin zedelenmesine yol açabilir.

⁸⁷ Çevirimiçi www.kazanci.com.tr

Ayrıca, Türk Yargı sisteminde çok ihmal edildiğini düşündüğümüz usul ekonomisi ilkesinin HUMK 77. farklı yargılama sürecinde çok daha yara alacağı düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan, her ne kadar RKHK'nun Rekabet Kurulunun soruşturma yapması ceza vermesi ve diğer yaptırımları uygulaması, rekabet Hukukunu, Kamu Hukuku bir parçası gibi gösterse de kanunun birçok düzenlemesi ve sorumluluğu olan kişi ve kurumlar itibarıyla özel hukukunda konusuna giren bölümleri çoktur. Nitekim RKHK nun, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret kanunun, Türk medeni kanunun, Medeni Usul Kanunun ilgili maddeleri ile hukuksal çözümler ve uygulamalar olduğundan özel Hukuk konusuna da girmektedir.

Bu vesileyle, çok da detaya ineksizin yukarıda yapılan açıklamalar da değerlendirilerek, Rekabet Kurulu Kararlarının yargısal denetiminin özel ihtisas mahkemeleri kurularak yürütülmesinde fayda görmekteyiz.

Rekabet Kurulunun bağımsız ve devlet gücünü de alarak soruşturma yapma ve sonuçta ciddi ekonomik nitelikte kararlar vermesi yetkisinin, sosyal-liberal piyasa tarafından katlanılabilir ölçüler ile çerçevelenmesi uygun olacaktır. Bir diğer ifade ile Rekabet Kurulunun piyasadaki rekabeti koruma amacı gerçekleştirilirken etkin bir yargılama ve denetim ile piyasa aktörlerinin de ayakta kalması sağlanmalıdır.

Genel bir değerlendirme ve tartışma sonrasında Danıştay'ın ilk ve son derece mahkemesi olması yerine, Fikri Sınaî Haklar Hukuk/Ceza mahkemeleri benzerinde Rekabet Hukuku konusunda da uzman mahkeme kurulabilir.

6- Tazminat Davasında Temyiz Mercii

RKHK'nun özel hukuka ilişkin sonuçları bakımından adli mahkemelerin kararlarına karşı HUMK kanun yollarına müracaat ile Yargıtay tarafında yapılacaktır. Rekabete aykırılıktan

dolayı açılan tazminat davalarında verilen kararların temyiz mercii, HUMK nun 427 vd maddeleri uyarınca Yargıtay tarafından yapılacaktır.

C- Rekabet Hukukuna aykırılıklarda açılacak hukuk davaları

I- RKHK'nun 4. Maddesine Aykırılık Hallerinde Açılacak Hukuk Davaları

1- Rekabete Aykırı Uyumlu Eylem Dolayısı İle Açılacak Davalar

Uyumlu eylem ile rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması halinde bu eylemlerden zarar gören üçüncü kişilerin dava açma hakları olacaktır. Hukuki bir işlem olmadığından uyumlu eylemin taraflarının dava açması sözkonusu olmaz.

Uyumlu eylem fiili durumundan zarar gören üçüncü kişiler;

aa- Uyumlu Eylemin tespiti davası açamaz.

Piyasadaki rekabetin uyumlu eylem vasıtasıyla engellendiğinin, bozulduğunun veya kısıtlandığının sırf tespiti için adli mahkemelerden tespit davası açamazlar. Zira tespit davasının bir şartı olan hukuki ilişkinin yanında hukuki bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Üçüncü kişi uyumlu eylem içerisinde bulunanların bu eylemlerini tespit ettirmesine hukuki menfaati yoktur. Üçüncü kişi uyumlu eylemden dolayı zarara uğradığını ve tazminat talep etmesi halinde bunu bir tazminat ve eda davası olarak açması gerekmektedir.

Tespit davasının konusu, yalnız (ancak) hukuki ilişkiler olabilir. Maddi vakıalar yalnız başına tespit davasının konusu yapılamaz.⁸⁸

bb- Uyumlu eylemden dolayı tazminat davası açabilirler

⁸⁸ Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü II cilt Altıncı baskı s.1418

Piyasadaki rekabeti uyumlu eylem fiili durumu ile engelleyenler, bozanlar veya kısıtlayanların eylemlerinden dolayı zarar uğrayanlar, uğradıkları zararın tazminini talep için adli mahkemede dava açabilirler. Bu dava bir eda davasıdır. Tüm eda davalarında olduğu gibi bu davada da Mahkeme uyumlu eylemin var olup olmadığını tespit etmek durumundadır.

Üçüncü kişi, kendisinin değil piyasada uyumlu eylem içinde bulunduğunu iddia ettiği teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin rekabete aykırı olarak uyumlu eylemde bulduklarını ispat etmesi gerekecektir.

Davacı, aynı şekilde uyumlu eylem dolayısı bir zararının doğduğunu, bu zararın rekabete aykırı olarak uyumlu eylem içinde bulunanların fiilinden kaynaklandığı ve uyumlu eylemde bulunanların kusurunu ispat etmek gerekecektir.

Davacı, piyasada rekabete aykırı uyumlu eylem içinde bulunanların bu eylemlerini ispat etme konusunda Kanunun 59. maddesindeki ispat yükü başlığında tarif edilen karineden yararlanabilecektir.

Kanun, “zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı yada piyasada rekabetin bozulduğu izlenimini veren özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılabilecek bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulduklarını ispatlama yükü davalılar geçer” şeklinde ispat yükünün yer değiştirmesi karinesini düzenlemiştir. Bu düzenleme konusunda doktrinde tartışmalar olup tezimizin ilerleyen aşamasında “ispat Yükü” başlığında konuyu inceleyeceğiz.

cc- Uyumlu eylem fiili durumunun tespiti ile birlikte Uyumlu eylemin men’i davası da açılabilir.

Piyasadaki rekabetin uyumlu eylem fiili durumu ile zarar görenler, rekabete aykırılığın tespiti ile rekabete aykırı uyumlu eylemin men’ine karar verilmesi talepli olarak adli mahkemelerde dava açabilirler. Buradaki hukuki menfaat, üçüncü kininin rekabete aykırı

uyumlu eylem içinde bulunanların bu eylemlerine son verilmesini sağlamaktır. Henüz zararı yeni doğmuş veya zararını ispatta zorluk çeken üçüncü kişinin, doğması muhtemel zararına engel olmak veya zararın artmasını önlemek için rekabete aykırı uyumlu eylemin sona erdirilmesini talep etme hakkı vardır.

2- Rekabete Aykırı Anlaşma Dolayısı İle Açılabilecek Davalar

a- Anlaşmanın Tarafları Açısından

aa- Tespit Davası Yönünden;

Yukarıda RKHK nun 4. maddesine aykırılık teşkil eden anlaşmaların geçersiz olduğu ve geçersizliğin butlan hükmünde olduğu sonucuna varmıştık. Dolayısı ile butlan hükmünde olan bir anlaşmanın geçersizliğini butlan olduğunu tespit için dava açılması söz konusu olamayacaktır. Butlanı dava ile tespit mümkün olamayacaktır. Mahkemedен yenilik doğuracak nitelikte, butlanın tespitini istemek mümkün olmaz.

Buna karşılık, yapılan hukuki ilişkinin butlan hükmünde olması dolayısı ile hukuki ilişkiden kaynaklanan edimin yerine getirilmemesi veya getirilmeye zorlanmaması için tespit davası açılabilir. Bu halde Mahkeme, re'sen hukuki ilişkideki butlan'ı dikkate alacak ve hukuki ilişkiden kaynaklanan edimin butlan sebebiyle yerine getirilmesine imkan olmadığı yönünde tespit hükmü verebilecektir. Diğer bir ifade ile butlan hükmünde olan bir hukuki ilişkiden dolayı bir edimin yapılması veya yapılmaması veya geri verilmesi konusunda dava açılabilir. Bu halde Mahkeme, hukuki ilişkinin butlan hükmünde olup olmadığına karar verecek ve isteme göre edimin yapılıp yapılamamasına veya geri verilip verilmemesine ilişkin karar verecektir. Belirtmek istediğimiz konu, butlanı tespit ile butlan sonucunda bir edimin yerine getirilip getirilmemesi konusu farklıdır.

bb- Anlaşmanın feshi ve ifadan kaçınma Yönünden;

Taraflar arasında yapılan bir anlaşma RKHK'nun 4 maddesine aykırı olabilir. En az iki taraflı olan anlaşmanın içereceği hükümler dolayısı ile bir işin yapılması veya bir edimin verilmesi veya verilmemesi karşılıklı taahhüdü olabilecektir.

Bu halde, anlaşmanın taraflarından birisi bu anlaşmanın RKHK'nun 4. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile edimini yerine getirmek zorunluluğu olmadığı veya edimi yerine getirmeye icbar edilmesi durumunda defî yoluyla anlaşmanın geçersizliğini ileri sürebilir.

Bu vesileyle, anlaşmanın bir tarafı RKHK'nun 4. maddesine aykırı olduğu dolayısı ile anlaşmanın feshini talep edebilir. Nitekim konuya ilişkin olarak; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2002/12626 E ve 2002/14028 K sayılı 25.12.2002 tarihli kararında SÖZLEŞMENİN FESHİNİN TESPİTİ yönünde karar vermiştir.⁸⁹

Anlaşmanın diğer tarafı, anlaşmada üzerine düzen edimini ifa talebine, anlaşmanın RKHK'nun 4. maddesine aykırı olduğu sebebiyle ifadan kaçınabilir.

Bu halde adli mahkeme, bir tarafların edimi ifayı icbar talebini ve diğer tarafın edimi ifadan icbar veya anlaşmanın feshi talebini yaparken anlaşmanın geçersizliğinin tespiti sonucuna ulaşmak durumunda kalacaktır.

Bir tarafının diğer tarafı edimini ifaya zorlaması, eda davası niteliğinde olabilecektir. Davada hukuki menfaat bir edimin ifa edilmesini sağlamaya yöneliktir. Diğer taraftan edimi ifaya zorlanan taraf, menfi tespit davası açma hakkı olabilecektir. Bu tür davada da hukuki menfaat edimi ifadan kaçınma olacaktır.

b- Üçüncü Kişiler Yönünden

RKHK'nun 4. maddesine aykırı anlaşmalardan zarar gören üçüncü kişiler zararlarının tazmini için tazminat davasının adli mahkemede açabilecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere burada üçüncü kişi, RKHK'na 4. maddesine aykırı anlaşma yapan ve karar alan teşebbüs ve/veya teşebbüs birliğinden tazminat talep etmektedir. Dolayısı ile Haksız fiil tazminatı niteliğindeki bu tazminat talebi için hukuka aykırılık,

⁸⁹ çevirimiçi www.kazanci.com.tr

zarar, kusur ve illiyet bağı şartları birlikte değerlendirilecektir. Üçüncü kişi, rekabete aykırı davrandığını iddia ettiği teşebbüs ve/veya teşebbüs birliklerinin anlaşmalarını ispat etmek durumunda kalacaktır. Hukuki menfaati de rekabete aykırı anlaşmadan dolayı uğradığı zararın tazmini olacaktır.

Üçüncü kişi, rekabete aykırı anlaşma yapanların anlaşmasının geçersiz olduğunu tespit ettirmesi diğer bir ifade ile butlanı tespit ettirmesinde hukuki menfaati olmayacaktır. Buna karşılık rekabete aykırı anlaşmanın geçersizliğini tespit ile bu anlaşmadan dolayı uğramış olduğu zararın tazminini talep etmek hakkı olacaktır.

Üçüncü kişi lehine tazminata hükmedebilmek için Mahkeme, anlaşmanın rekabete aykırılığını tespit etmek ve üçüncü kişinin zararının doğduğunu, zararın anlaşma dolayısı ile olduğunu ve anlaşmayı yapanların kusurunu tespit etmek durumunda kalacaktır.

3- Teşebbüs Birliği Kararları

a- Kararların Tarafı Açısından

Teşebbüs Birliklerinin kararı aynı yönde alınmış ve rekabeti engelleyen, bozan veya kısıtlayan türden kararlardır. Bu kararlara katılanların aynı yönde ve ortak hareket etmelerini sağlayan davranışlar içermesi söz konusudur.

RKHK'nun 4. maddesine aykırı teşebbüs birliği kararları Kanunun 56 maddesi uyarınca geçersiz ve butlan hükmünde olduğundan kararlara katılanların, kararın geçersizliği için dava açması söz konusu olamaz.

Teşebbüs birliği kararı, karara katılanlardan birisine hukuki bir işlem yapması gerekliliğini doğuruyorsa ve bu gerekliliğe uymamak için kararın iptalini talep edebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Kimse hukuka aykırı bir davranışta bulunmaya veya karar almaya veya kararı uygulamaya zorlanamaz. Kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen taraf kararın gereğini yerine getirmez.

b- Üçüncü Kişiler Yönünden

RKHK'nun 4. maddesine aykırı teşebbüs birliği kararlarından zarar gören üçüncü kişiler zararlarının tazmini için tazminat davasının adli mahkemede açabilecektir.

Zarar gören Üçüncü kişi, RKHK'na 4. maddesine aykırı karar alan teşebbüslerden tazminat talep edebilir. Yukarıda 2.b. maddesinde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

II- RKHK nu m.6 Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Tazminat

Hakim durumun kötüye kullanılması fiili durum olarak ortaya çıkabileceği gibi, kelepçeleme anlaşmaları yöntemiyle hukuki işlem olarak da ortaya çıkabilir.

1- Hukuki İşlem Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde

a- Hukuki İşlemin Tarafları Açısından

aa- Tespit Davası Yönünden;

RKHK'nun 6. maddesinde sayılan Hakim Durumu kötüye kullanma sonucunu doğuran hukuki işlemler, örneğin kelepçeleme anlaşması geçersiz olduğu ve geçersizliğin butlan hükmünde olduğu sonucu doğurduğundan tespit davası açılmasına imkan yoktur. Diğer bir ifadeyle butlan hükmünde olan bir hukuki işlemin (anlaşmanın) geçersizliğini butlan olduğunu tespit için dava açılması söz konusu olamayacaktır.

bb- Hukuki işlemin ifasından kaçınma Yönünden;

Taraflar arasında yapılan bir hukuki işlem-anlaşma RKHK'nun 6 maddesine aykırı olabilir. En az iki taraflı olan bir hukuki işlemin- anlaşmanın içereceği hükümler dolayısıyla bir işin yapılması veya bir edimin verilmesi veya verilmemesi karşılıklı taahhüdü olabilecektir.

Bu halde, anlaşmanın taraflarından birisi bu anlaşmanın RKHK'nun 6. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile edimini yerine getirmek zorunluluğu olmadığı veya edimi yerine getirmeye icbar edilmesi durumunda defî yoluyla anlaşmanın geçersizliğini ileri sürebilir.

Bu vesileyle, anlaşmanın bir tarafı RKHK'nun 6. maddesine aykırı olduğu dolayısı ile anlaşmanın feshini talep edebilir. Diğer taraftan hukuki işlemin bir tarafı diğer tarafı anlaşmada üzerine düzen edimini ifa talebine anlaşmanın RKHK'nun 6. maddesine aykırı olduğu sebebiyle edimini ifadan kaçınabilir.

Bu halde adli mahkeme, bir tarafların edimi ifayı icbar talebini ve diğer tarafın edimi ifadan icbar veya anlaşmanın feshi talebini yaparken anlaşmanın geçersizliğinin tespiti sonucuna ulaşmak durumunda kalacaktır.

cc-Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından zarar görenler yönünden

RKHK'nun 6. maddesine aykırı hukuki işlemde zarar görenler zararlarının tazmini için tazminat davasının adli mahkemede açabilecektir.

Burada üçüncü kişi yerine zarar gören kişi kavramını kullanmak daha doğru olmaktadır. Zira, hakim durumunu kötüye kullanan tarafın karşısında piyasanın diğer aktörleri olup hakim durumunda olmayan ve hakim durumda olan teşebbüs ile hukuki işlem yapmak durumunda olan teşebbüsler zarar gören sıfatında olabilecektir.

Hakim durumda olmayan ancak hakim durumda olan ile hukuki işlemde bulunmak durumunda kalan teşebbüsün tazminat davasında sıfatı olabilecektir.

Zarar görenler, hukuki işlemin durdurulmasını da dava edebilirler. Zararın artmaması için durdurma talebi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre diğer şartları varsa ihtiyati tedbir yoluyla da istenebilir. Mahkeme, davanın şartlarına ve olayın niteliğine göre ihtiyati tedbir şartlarını dikkate alarak hakim durumu kötüye kullananların hukuki işlemini durdurabilir.

2- Fiili Durum Yaratarak Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde

Bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması, piyasadaki diğer teşebbüslerin zarar görmesine sebebiyet verir. Zararın görenlerin zararının durdurulması ve/veya hakim durumun kötüye kullanılmasından dolayı zarar görenlerin tazmin edilmesi en doğal sonuç olacaktır.

aa- Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasını Tespit Davası yönünden

Hakim Durumu kötüye kullanan teşebbüsün, hakim durumu kötüye kullanma fiili durumunun adli mahkemelerden tespiti istenebilir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 1.11.1999 tarihli kararında Hakim durumun kötüye kullanıldığının Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmesi gerektiği kararına yukarıda değindiğimiz üzere katılmıyoruz. Zira, usul ekonomisi bakımından, zarar gören hakim durumun kötüye kullanıldığının tespitini hukuk mahkemesinden talep etmenin yanında, aynı davada hem hakim durumun kötüye kullanılmasının men'ini hem de hakim durumun kötüye kullanılmasından dolayı uğranılan zararın tazmini talep edilebilir. Bu talepler tek bir dava içerisinde istenebileceği gibi ayrı ayrı davaya da konu olabilir. Özellikle yargı harçları ve masrafları ve vekalet ücreti bakımından ayrı ayrı veya kısmi dava olarak açılması mümkün olabilir.

bb- Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Men'i Davası

Hakim durumun kötüye kullanılmasından mağdur olan taraf, hukuk mahkemesinden hakim durumun kötüye kullanılmasının men'ini talep edebilir. Zira kötüye kullanma eyleminin devam etmesi halinde hak kaybına uğrayacağı ve zararının artacağı söz konusu olabilecektir. Dolayısı ile hakim durumun kötüye kullanılmanın durdurulmasını talep etmede hukuki bir menfaat vardır.

cc- Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasından dolayı uğranılan zararın tazmini davası

RKHK'nun 57. maddesinde belirtilen, hakim durumu kötüye kullananların eyleminden, zarar görenlerin her türlü zararı tazmin edilecektir. Zarar görenler, hakim durumu kötüye kullandan 58. madde uyarınca bütün zararlarının tazminini talep edebilecektir.

III- Birleşme Veya Devralmalarda Tazminat

RKHK'nun 57. maddesinde *“her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”* hükmü mevcuttur.

RKHK nun da yasaklayıcı hükümler kanun 4. maddesindeki rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile 6. maddesindeki Hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin yanında 7. maddesindeki Birleşme ve devralma işleminin, kanunun korumak istediği amaca aykırılık teşkil etmesinde, yasaklamıştır.

Bir yada birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabeti önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün yada kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını yada kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kanundaki bu yasaklayıcı hükmün sınırları belirlenmesi gerekmektedir.

Kanun Koyucu, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi şartlarını ve Kurula bildirilerek izin alınması gerektiği, Kurulun çıkaracağı tebliğ ile ilan edeceğini belirtmiştir.

Bu hüküm doğrultusunda, Rekabet Kurulu, izin alınması gereken birleşme ve devralmalar hakkında 1997/1 nolu tebliği yayınlamıştır. Bu tebliğin 2. maddesinde birleşme ve devralma sayılan haller belirtilmiştir. Tebliğin 4. maddesinde de İzne tabi birleşme ve devralmalar tespit edilmiştir. Bu tebliğin 2. maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma sonucunda birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde ilgili ürün piyasasında %25ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeştrilyon Türk lirasını (YirmibeşmilyonYTL) aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur.

Rekabet Kurulu, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemde haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;

a- Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir.

b- Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralmanın işleminin sona erdirilmesine, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

Rekabet Kuruluna Birleşme veya devralmayı bildirim sonucunda veya bildirim olmadan Kurulun birleşmeden haberdar olması sonucu resen yapılan inceleme sonucunda, birleşme veya devralmaya izin vermesi halinde hukuka uygunluk sebebi oluşmaktadır.

Böyle bir halde, üçüncü kişilerin birleşme veya devralmadan dolayı tazminat talebi kabul edilemeyecektir. Haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebi üçüncü kişilerin tazminat talebini ortadan kaldıracaktır.

Ancak, yukarı b. Maddede belirttiğimiz halde ise; Rekabet Kurulu, Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; Kanuna aykırı birleşme veya devralma işleminden zarar gören üçüncü kişilerin tazminat hakkı doğacaktır. Zira, burada haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebebi mevcut değildir. Birleşme veya devralma işlemi yapanların işlemlerinden zarar gören üçüncü kişiler tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Diğer taraftan, birleşme veya devralmadan dolayı tazminat hakkı doğuran diğer unsurların da hukuka aykırılık unsuru yanında dikkate alınması gerekmektedir. Bundan kasıt, Hukuka aykırılık unsurunun yanında birleşme veya devralmayı gerçekleştirenlerin kusuru, hukuka aykırı birleşme veya devralma işleminden dolayı üçüncü kişinin zararı ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı şartlarının birlikte aranacağıdır.

Dava açma ve tazminat talep edebilme hakkı, birleşme veya devralma işleminden zarar gören üçüncü kişiye aittir. Davalı, birleşme veya devralma işlemi gerçekleştirenlerdir. Birleşme veya devralma tek başına olamayacağından en az iki teşebbüsün, zarar gören üçüncü kişiye karşı müteselsil sorumluluğu vardır.

İspat yükü açısından Kanun 58. maddesindeki uygulama burada da geçerli olacaktır. Rekabet Kurulunun hukuka aykırı bulduğu birleşme veya devralmada, üçüncü kişinin birleşenlerin veya devreden ve devralanın işlemlerinin hukuka aykırılığı ispatlanmış durumdadır.

Hukuka aykırı birleşen veya hukuka aykırı devretme veya devralma işlemini yapanların, kusursuz olduklarını ispat etmeleri gerekecektir.

Belirtmemiz gerekir ki, Hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsuru birbirine çok yakın ve iç içe geçmiş bir haldedir. Basiretli tacir olmak durumunda olan teşebbüslerin, hukuka aykırı bir birleşme veya devralma yaptıkları halde, kusurlu olmadıklarını ispat etmeleri gerekmektedir.

Zarar gördüğünü iddia eden üçüncü kişinin de zararını ispat etmek yükümlüğü vardır. Ayrıca, üçüncü kişi zararının, kusurlu ve hukuka aykırı birleşme veya devralma yapanların eyleminden kaynaklandığını ispat etmelidir. Diğer bir ifadeyle, zararının, hukuka aykırı ve kusurlu davranan birleşenler veya devredip devralanın davranışı ile illiyetli olduğunu ispat etmelidir.

Doktrinde, Kanunun yasakladığı birleşme veya devralmalarda üçüncü kişilerin tazminat sorumluluğu olmadığı, tazminat için hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı görüşü de benimsenmiştir.

Sanlı “Kanun’un 7. maddesine aykırı bir fiil, “hukuka aykırılık bağı”nın olmaması nedeniyle haksız fiil hukukuna dayalı bir sorumluluğa yol açmaz.⁹⁰

3- Tazminat Talebinde Kusur

Rekabet Kurulu resen veya şikayet/ihbar üzerine yapmış olduğu soruşturma esnasında her türlü delil ile kanunun ihlal edilip edilmediğini araştırmakta ve sonuçlandırmaktadır.

RKHK nun 16. maddesinin 4. fıkrasında “ *Kurul, para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin Pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alır*” hükmüne amirdir. Bu maddeye göre, Rekabet Kurulu, kusurun idari para cezası vermenin bir unsuru değil cezanın

⁹⁰ Sanlı, age.s.321

miktarında tayin edici olduğunu belirtmektedir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kurulu idari para cezasını kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca düzenleyecektir.

Rekabete aykırı tutum ve davranış içerisinde bulunan bir teşebbüse idari para cezası verilirken kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca ceza verilmektedir. Buna aynı rekabete aykırı tutum ve davranış içerisinde bulunan teşebbüsün anlaşma ve kararının üçüncü kişilere vermiş olduğu zararın tazmini için kusur şartı aranacak mıdır?

Üçüncü kişinin tazminat talebini haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde karşılamak durumunda olan rekabete aykırı davranan teşebbüsün, hukuka aykırı eyleminden zararını ispatın yanında kusurunun da olup olmadığını ispat etmek gerekecek midir?

Topçuoğlu, “Rekabet sınırlamaları da tıpkı haksız rekabet gibi özü itibariyle bir haksız fiildir. RKHK’nun 57. maddesi ile bir kusursuz sorumluluk hali kabul edilmiştir. RKHK’a göre rekabeti kısıtlayanların kusursuz sorumluluğu, piyasa düzeninin korunmasının arz ettiği büyük önemden ve bu durumun toplum açısından bir sorumluluk teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır.”⁹¹

Karşı görüşte olan *Sanlı*, “Kanun’da, haksız fiil sorumluluğunun hangi esasa dayandığı veya daha açık bir ifadeyle, kusur sorumluluğu mu kusursuz sorumluluk esasının mı benimsendiğine dair açık bir ifade yer almamaktadır. Sadece tazminat hakkının düzenlendiği 58. maddenin ikinci fıkrasında, hakimin üç katı tazminata ağır kusurun varlığı halinde hükmedileceği belirtilmektedir. Kanunda açık bir düzenlemenin olmaması, Türk hukukunda farklı görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Mukayeseli hukukta da farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Örneğin aynı maddi rekabet hukuku normlarının uygulandığı ülkelerden İngiltere hukukunda kusur aranmazken, Alman, Fransız, Yunan, İsviçre Hukuklarında sorumluluğun doğması için kusurun varlığı gerekli

⁹¹ Topçuoğlu, age.s.229

görülmektedir. Amerikan Hukukunda da kusur, sorumluluğun bir şartı olarak aranmamaktadır.⁹²

Sanlı, “Rekabet Hukuku bakımından kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesini gerektiren özel bir neden de yoktur. Bu nedenle Türk rekabet Hukukundaki haksız fiil sorumluluğunun kusur esasına dayandığını kabul etmek gerekir.”⁹³

Konuya *İnan* “Tazminat konusunda her şeyden önce açıklığa kavuşturulması gereken nokta “kusur” sorunudur. RKHK 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, 4. ve 6. maddelerine aykırılık durumunda ceza verilmesi için kusur gerekmez. Halbuki, AB rekabet hukukunda ceza için kusur gerekli olduğundan, 57. ve 58. maddelerdeki tazminata hükmedilmesi için kusurun saptanması gerekmediği sonucunun yanlış olduğu savunulmuştur. Buna göre Türk özel hukukunda kusursuz sorumluluğun varlığı, ancak kanunda açıkça yazılı olmasına bağlıdır. RKHK’deki tazminat hükümleri ile para cezası hükümleri tamamen ayrı amaçlara yönelik ve ayrı hukuk dallarına ilişkin hükümlerdir. Para cezası için kusur gerekmediği kuralının, kıyasen tazminata ilişkin hükümlere uygulanamayacağı, aksini düşünmenin tazminat hukukunun temel ilkesi ile çelişeceği”⁹⁴ ifade etmektedir.

Akıncı, “Kusur, Rekabet Hukuku kurallarını ihlal eden failin davranışları ve faaliyetleri, elde etmeği istediği amaç ve bunda etkili olan saikler de dikkate alınarak belirlenecektir. Teşebbüsler arasındaki anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olduğu durumlarda, anlaşma ile hukuka aykırı bir sonucu elde etmeğe yönelmiş olmaları sebebi ile kişilerin kusuru, eylemin kendisinden doğmaktadır. Failerin, hukuka aykırı sonucu istemiş olmaları hukuki sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Ayrıca, üçüncü kişilerin zarar görmelerini istememiş olmak önemli değildir. Kaldı ki, hukuka aykırı amacın istenmiş olduğu durumlarda, üçüncü kişilerin zarar görmelerini istememiş olmak da mümkün değildir. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaları, üçüncü kişilerin zararı ile doğrudan bağlantılı olan haksız kazanç elde etmek içindir. Örneğin, fiyatın belirlenmesi sonucu fiyatın artması,

⁹² Sanlı, age.s.224,225,

⁹³ Sanlı, age.s. 226

⁹⁴ İnan, adı geçen makale s. 17 vd.

teşebbüslerin haksız kazanç elde etmesini sağlarken, ödemesi gerekenden daha çok ödeme yapmak zorunda kalanların zarar görmelerine neden olur.”⁹⁵

Rekabetin kısıtlanmasının amaç olmadığı anlaşmanın ya da eylemin, rekabetin kısıtlanmasına neden olması durumlarında da, tarafların kusurunun varlığı söz konusu olabilir. Bu durumda da, her iki hal arasındaki fark, ilkinde faillerin hukuka aykırı eylemin sonuçlarını elde etmeği amaçlamalarına karşılık, ikincisinde hukuka aykırı sonucu görmeleri gerekirken, bunu ihmalleri sebebi ile görmemiş olmalarıdır.

Akıncı “Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlerde kusur ve hukuka aykırılık unsurları iç içe germiştir. Bundan dolayı hukuka aykırılığın belirlenmesi, kusurun ispatının yer değiştirmesine yol açar. Rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin hukuka aykırı sonucu elde etmek amacı ile yaptıkları kartel sözleşmelerinde failin kusursuzluğunu kanıtlaması çok zordur. Buna karşılık, rekabeti ikinci dereceden kısıtlayan anlaşma durumunda fail, hukuka aykırı sonucun önceden görülemeyecek nitelikte olduğunu ya da kendisinin orta seviyede bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermesine rağmen hukuka aykırı sonucu görmediğini kanıtlaması halinde sorumluluktan kurtulacaktır”⁹⁶

Kanaatimiz

Kanaatimizi belirtmeden önce, Rekabet hukuku dışındaki kusursuz sorumluluk hallerine kısaca bakmak istiyoruz.

Kusursuz sorumluluk, haksız fiil sorumluluğunda aranan kusuru şartına istisna getiren bir sorumluluk türüdür. Hukuka aykırı eylemden zarar görenin, Zarar verenin kusurunu ispat etme zorunluluğu olmadan tazmin edilmesi söz konusudur.

Hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimsenin, sorumlu tutulabilmesi için kusurun şart olmadığı bu istisnai halleri ifade etmek üzere “objektif sorumluluk” veya “sebebe bağlı

⁹⁵ Akıncı, age.s.367,

⁹⁶ Akıncı, age.s. 372

sorumluluk” yada kısaca “sebepl sorumluluğu” gibi deyimler kullanılıyor. Gerçekten de böyle hallerde sorumluluk için *zararın hukuka aykırı bir fiilden doğması, yani sorumluluğun sadece objektif şartının gerçekleşmesi yeterlidir.*; ayrıca subjektif bir şarta, diğer bir söyleyişle kusura ihtiyaç yoktur.⁹⁷

Kusursuz Sorumluluk Halleri;

-Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri; İstihdam edenin sorumluluğu, Hayvan idare edenin sorumluluğu, Bina veya diğer bir yapı malikinin sorumluluğu, Temyiz Kudreti Bulunmayanların sorumluluğu, Iztrar Halinde Verilen zararlardan Sorumluluk,

-Karayolları Trafik Kanununda Düzenlenen Sorumluluklar

-Çevre Kanununa Göre Çevreyi Kirletenlerin sorumluluğu

- Türk Sivil havacılık Kanununa göre sorumluluk

-Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre İmalatçı, üretici ve İthalatçının sorumluluğu,

-Ürünlere ilişkin teknik mevzuatın hazırlanması ve uygulanmasına dair kanuna göre Üreticinin sorumluluğu

-Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk Kanunu Tasarısına göre sorumluluk

-Ulusal Biyogüvenlik Kanunu Tasarısına göre sorumluluk

- Mahkeme İçtihatları ile Kabul edilen Kusursuz Sorumluluk halleri

-İş Kazası ve Meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin sorumluluğu

-Ruhsatlı inşaatın Komşulara verdiği zararlardan sorumluluk⁹⁸

Görüldüğü üzere, Kusursuz sorumluluk halleri kanunda düzenlendiği gibi hukukumuzda mahkeme içtihatları ile de girmiştir.

Haksız fiilde kusur sorumluluğu, kural; Kusursuz sorumluluk ise istisnadır. Dolayısı ile kusursuz sorumluluk halleri mümkün merteye sınırlı kalması uygun olacaktır. Ancak, sorumluluğu sınırlamak hak kaybına uğrayanları hakkını aramasına engel olacak şekilde

⁹⁷ Tekinay, Borcuğlu, Akman, Altop age.s 497

⁹⁸ Oğuzman- Öz age.s.589-676

sınırlanmamalıdır. Diğer taraftan, hukuka aykırılık ilgililerin sayıca fazla bir kesimini etkilemekte ve olumsuzluk doğurması halinde, kusursuz sorumluluk kabul edilerek, hukuka aykırılığı önleme amacına imkan tanınması görüşünderiz.

Kusur kavramı “kast” ve “ihmal” alt kavramlarını önümüze koymaktadır. Kast, kusurun ağır derecesi olup, hukuka aykırı fiilin yaratacağı sonucu bilerek isteyerek yapılmasıdır.

Kast, failin hukuka aykırı bir fiil işlemekte olduğunu bilmesi ve bu fiili isteyerek işlemesidir. İhmal ise, bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir. Buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun, gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur.⁹⁹

İhmal, ağır ihmal ve hafif ihmal olarak ayrılmaktadır.

Ağır İhmal, hukuka aykırı sonucu meydana getiren fiil işlenirken, böyle bir fiil işleyen herkesin göstereceği dikkat ve özeni göstermemektir. Hafif ihmal ise, hukuka aykırı fiil işlenirken böyle bir fiili işleyen herkesin değil, dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özeni göstermemiş olmasıdır.¹⁰⁰

Bu genel tanımdan sonra, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun amacı, geniş bir mal veya hizmet piyasasında, piyasayı bozanların davranışını önleme gerekçesiyle getirildiği dikkate alınmalıdır.

Kanunun 4,6, maddelerinde tarif edilen ve tahdidi olmayan hallerin varlığında 56. madde uyarınca geçersiz –butlan saymaktadır.

Butlan, kurucu unsurları mevcut olduğu için bir akit in’ikat etmiş olmakla beraber, muteberlik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde akit batıldır. Yani kesin olarak hükümsüzdür.¹⁰¹ Burada

⁹⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop age.s493,494

¹⁰⁰ Oğuzman- Öz age.s,529

¹⁰¹ Oğuzman- Öz age.s,137

korunan menfaat kamu düzenidir. Kamu düzenine aykırı olan bir sözleşme batıldır. Ve Mahkeme, önüne gelen bir durumda, bunu resen göz önünde bulunduracaktır.

RKHK nun 56 maddesindeki geçersizliği butlan olarak kabul ettiğimizden, geçersizliği sebebiyet veren davranışların kamu düzenini etkilediğini kabul etmiş durumdayız.

RKHK'nun 4. maddesinde ve 6. maddesinde yasak edilen haller tek tek incelendiğinde ancak kusurlu davranış ile gerçekleşebilecek niteliktedir.

Özellikle RKHK'nun 6 maddesinde sayılan Hakim durumun kötüye kullanılması eylem veya anlaşmasının kusursuz olarak yapıldığını söylemek pek mümkün değildir. Örneğin, 6-b de sayılan eşit durumdaki alıcılara aynı eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak **ayırıcılık yapılması**, halinde ayırıcılığı yapan teşebbüsün kusurum yoktur dolayısı ile sorumlu değilim savunması hukuk güvenliği açısından pek mümkün değildir.

Aynı şekilde “e” bendinde *“Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın yada teknik gelişmenin kısıtlanması”* eylemi ancak kusurlu bir davranış sonucu olabilir.

Diğer taraftan RKHK'nun 57. maddesinde *“her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur”* hükmüne amirdir.

Kanun her türlü zarar kavramını koymakla, zarar görenin tazminini öngörmektedir ki, ulaşılmak istenen amaca ancak kusursuz sorumluluk ilkesiyle ulaşılabilir.

RKHK nun 58/2 de *“Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması yada kararı ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, zarar görenlerin talebi tarafların anlaşması yada kararı ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, zarar görenlerin talebi üzerine,*

uğranılan maddi zararların yada zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedilir.” hükmünü getirmiştir. Üç kat tazminat konusunu tezimizin ilerleyen aşamasında değineceğiz.

Buradaki hükümden çıkan bir sonuçta kast veya ağır ihmal sözkonusu olması halinde üç kat ve/veya üç katına kadar tazminat ödencesi gerekecektir. Kast veya ağır ihmal yok ise üç kat yerine zarar gören sadece zararlarını tazminini isteyebilecektir. Üç kat/ Üç katına kadar tazminat kusur çeşitlerinden kast veya ağır ihmal halinde sözkonusu olabilecektir.

Kusur olmaksızın talep edilen tazminatta ise zarar gören ispat edebildiği ve hukuka aykırı davranışı gerçekleştirenin eyleminin verdiği zararın tazmini talep edilebilecektir. Burada kanunun amacı, kast veya ağır ihmal ile yapılan bir eylemden dolayı tazminatı üç kat, hafif ihmal veya bize göre kusursuzluk sorumluk halinde ise zarar uğrayanın zararı kadar (üç kat değil) tazminat öngörmesi bir denge kurmaya çalışmasından kaynaklanmaktadır.

Kusur kavramı insana özgü bir davranış olup kişinin sübjektif iradesini değerlendirme imkânı verir. Kanunun yasakladığı davranışlarda bulunanların saiklerini, zarar gören davacının ispatlamaya zorlanması tazminat davalarının açılmasına engel oluşturacaktır. Kamu düzeni ve piyasayı korumak amaçlı olarak konulan rekabet kanunu, tazminat davasında dava açmaya engeller koymak, piyasanın kendi kurallarının işlemesine engel koymak olacaktır. Diğer bir ifade ile, yasal düzenleme ile veya yargı içtihatları ile kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilerek piyasa düzeninin daha şeffaf işlemesini sağlayabilecektir. Bir anlamda dava açmanın önü açılarak piyasa oyuncularının birbirlerini denetlemesi sağlanabilecektir. Bu vesileyle de Kanunun 58. maddesinin öngördüğü zarara uğrayanın bütün zararlarının tazmini ancak kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenerek ulaşılabilir.

Bir diğer nokta, Kanun 4. ve 6 maddelerinin lafzi olarak değerlendirilmesinde kusur ile hukuka aykırılık unsurunun birbirlerine çok yakın olduğunu birbirleriyle örtüştüğü görülmektedir. RKHK 6/b de ayrımcılık yapmak fiili hem hukuka aykırı hem de kusurlu

olarak yapılabilir. Hukuka aykırı olan ayrımcılığın yapılmasına kusurun olmadığını iddia etmek çok zordur.

Dolayısı ile RKHK'nun 4. ve 6. maddelerinde sayılan hallere aykırılıktan zarar görenlerin tazmininde kusursuz sorumluluk esasını kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu Tasarısında madde 64 hakkaniyet sorumluluğu ve 70 maddesinde tehlike sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür. RKHK'nun da öngörülen yasak anlaşma, karar veya fiillerin BK tasarısında öngörülen hallerden daha ağır olduğu düşüncesindeyiz.

ZARARIN TAZMİNİ

RKHK'nun 58. maddesinde "Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir."

Kanun zarar kavramını geniş yorumladığı görülmektedir. Kanun "Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir." Kavramındaki bütün zararlar içersine neler dahildir? Rekabete aykırılıktan zarar görenlerin maddi ve manevi zararlarının bu kapsam içerisinde değerlendirmek gerekecektir.

a-Manevi zarar; Rekabetin sınırlanmasından olumsuz olarak etkilenen teşebbüsler, rekabeti ihlal eden (sınırlayan kısıtlayan,bozan) teşebüs veya teşebbüslerden manevi tazminat talep edebilir. Kanunun 4. maddesindeki rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile Kanunun 6. maddesindeki hakim durumu kötüye kullananlar ve Kanunun 7. maddesine aykırı birleşme veya devralma yapan teşebbüsler, rekabete aykırı davranarak zarar verdiği üçüncü kişilere manevi tazminat ödemek durumunda kalacaklardır.

RKHK una göre manevi tazminat kavramı, Borçlar kanununun 49 daki manevi tazminat şartlarından farklı değerlendirmek gerekecektir. Borçlar kanunundaki, zarar uğrayan kişinin kişilik haklarının da tecavüze uğraması gerektiği şartı burada geçerli olmaması kanaatindeyiz.

BK.49 da manevi tazminat şartları için;

Bir kimsenin şahsiyet hakkına hukuka aykırı bir tecavüz bulunmalıdır.¹⁰² Bir manevi zarar bulunmalıdır. İliyet Bağı bulunmalıdır. Davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya kusursuz sorumluluk hali bulunmalıdır.¹⁰³

Borçlar kanunundaki şahsiyet hakkına tecavüz hali dışındaki diğer şartlar Rekabet Kanununda öngörülen manevi tazminat şartları olarak aranacaktır. Ancak Şahsiyet hakkına tecavüz hali, rekabet Kanunu ihlalden kaynaklanan manevi tazminat halinde aranmamalıdır. Zira, her iki kanunun koruduğu değer farklıdır. Ayrıca, Rekabet hukukuna aykırılık hallerinde manevi tazminat için şahsiyet hakkına tecavüz şartı aranması halinde, manevi tazminat istemi imkansız olacaktır.

¹⁰² Oğuzman-Öz.s.681 vd. Şahsiyet hakkına tecavüz şahsiyet kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade eder. Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek üzere kullanılan deyimdir. Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlar bakımından görünümüne münferit şahsiyet hakları denilebilir. Bu açıdan kişinin hayati, sağlığı, ve vücut bütünlüğünün, özgürlüğünün, şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin, sırlarının vs tecavüze uğraması şahsiyet hakkını ihlal eder.

¹⁰³ Oğuzman-Öz age.s.681-688

Nitekim, RKHK nun 4. maddesi d fıkrasındaki bir halin gerçekleşmesi halinde, yani piyasada faaliyet gösteren bir firmanın boykot sonucu piyasada dışlanması sonucu iflas etmesi halinde, iflas edenin ayrıca kişilik haklarının zarara uğrayıp uğramadığı tartışılmamalı ve iflase sürüklenen firmanın manevi zararı kabul edilmelidir.

Benzer şekilde Kanunun 6.a maddesinde ticari faaliyet alanına başka bir firmanın girmesinin doğrudan veya dolaylı olarak engellenme halinin ispatlanması halinde, piyasaya girişi engellenen firmanın manevi zararının doğduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, kişilik haklarının (örneğin şeref ve haysiyetine, özgürlüğüne, hayatına, sağlığına bir saldırı benzeri) ihlale uğraması şartı aranmamalıdır.¹⁰⁴

Manevi tazminatın bu hali Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 70 de düzenlenen manevi tazminat haline benzemektedir. FSEK 70 de “*Manevi hakları haleldar elden kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat davası için dava açabilir.*

Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir”

Kanunun bu tanımlaması uygulamada da eser sahibinin haklarının ihlal edilmesi halinde; manevi tazminat için eser sahibinin ayrıca kişilik haklarının da ihlal edilmesi şartını aramamaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2000 tarih ve 2000/863 E ve 2000/1762 K. Sayılı kararında “dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, manevi hakların ihlali sebebiyle manevi tazminat davası açabilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması koşul değildir. FSEK’nın 70. maddesi, manevi tazminat istemini kişilik haklarının ihlalden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK’nın 49. madde hükmü, FSEK’nın 70. maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira, bu iki hükmün yaptırımı bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Karşı görüşte Cengiz-age.s.295

¹⁰⁵ çevirimiçi www.kazanci.com.tr

b-Maddi Zararlar

aa-Bedel Farkı: Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir. Buradaki bedel rekabetin ihlal edilmesi öncesindeki bir mal veya hizmetin fiyatı ile rekabetin ihlal edilmesi sonrasındaki fiyat arasındaki farktır. Dava açmaya hakkı olan üçüncü kişiler (zarar gören teşebbüs, müşteri, tüketici) ihlal öncesi ile ihlal sonrası arasındaki fiyat farkını talep edebileceklerdir. Rekabet ihlali belirlenirken bazen fiyatların geçici olarak üçüncü kişiler lehine düşebilmesi mümkün olabilmektedir. Yıkıcı fiyat uygulaması ile diğer bir ifade ile kısa bir süre piyasada fiyatları çok düşürerek rakiplerin piyasadan çıkmasından sonra piyasada tek hakim kalınması ve bunun kötüye kullanılması hali sözkonusu olabilir. Bedel farkı belirlenirken piyasa şartları somut olarak değerlendirilmelidir.

bb- Yoksun Kalınan Kar: Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Bazı zararlar, malvarlığının net (safi) varlığını azaltmak, bazıları da bu varlığın artmasına engel olmak suretiyle meydana gelir. İkinci tür zararlara da yoksun kalınan kar adı verilir.¹⁰⁶

Fiili zararda ya malvarlığının aktifinde fiili bir azalma veya malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma sözkonusudur. *Kar Mahrumiyeti*, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmayı ifade eder. Bu zarar, daha çok, malvarlığının artmasına engel olunmasından kaynaklanır.¹⁰⁷

Mahrum kalınan kar hesabı yapıldığında sadece bilançolar esas alınmayacaktır. Türkiye’de vergi sebebiyle bilançoların bazen gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Kar hesabına teşebbüsün diğer verileri ve özellikle marka, patent ve sair fikri sınai haklarının değeri veya bilinirliği esasları da dikkate alınmalıdır.

¹⁰⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop age s.559

¹⁰⁷ Oğuzman-Öz age.s.515

cc- Doğrudan Zararlar Dolaylı zararlar

Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu tür fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarar bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır.¹⁰⁸

dd- Mevcut zarar- Müstakbel zarar- Muhtemel zarar

Zararın hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan zarar, mevcut zarardır. Bu tarihte gerçekleşmiş olmayan fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar müstakbel zarardır. Henüz mevcut olmayan, ilave bir riskin gerçekleşmesi halinde doğması ihtimali bulunan zarar, muhtemel zarardır.¹⁰⁹

ÜÇ KATINA KADAR TAZMİNAT

Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir.

Üç Katı tazminat hükmü rekabet hukukunun koruduğu amaca uygun olarak konulmuş bir düzenlemedir.

Üç kat ceza tazminatı, evleviyetle zarar gören üçüncü kişilerin zararını tazmin etme amacı vardır. Bununla birlikte, rekabete aykırı davranışları cezalandırmaktır. Ceza amacı hiç kuşkusuz kanunun dilinden anlaşılmaktadır. Caydırıcılık bir başka amacını ortaya koymaktadır.

Üç Katı oranında tazminat maddesine gerekçe, rekabete aykırı davranışın ağır ihmal ile işlenmiş olması gösterilmiştir. Ancak Kanununda Kusurun bir çeşidi olan ağır kusur belirtilmemiştir. Ağır ihmal sayıldığına göre evleviyetle ağır kusurda

¹⁰⁸ Oğuzman-Öz age.s.516-517

¹⁰⁹ Oğuzman-Öz age.s.518

sayılmalıdır. Hiç kuşkusuz ağır kusurlu rekabete aykırı davranan da üç kat tazminatı ödemeye hükmedilecektir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda zararın tazmini konu ilgili mevzuatta yer almamış üye devletlere bırakılmıştır. Üç kat tazminata hükmetme konusu birlik hukukunda olmayan amerikan rekabet hukukunda olan bir uygulamadır. Amerikan rekabet hukukunda ise cezai açılı olarak üç kata kadar değil, üç kat tazminata hükmedilmesi şeklinde uygulanmaktadır. Avrupa birliği rekabet hukuku sisteminde olmayan 1623 İngiliz tekeller kanunundan amerikan rekabet hukuku sistemine ve buradan da bizim hukukumuzda giren bu hükmün amacının cezalandırma amaçlı olması nedeniyle RKHK da üç kat oranında tazminata hükmedilmesi şeklinde düzenlenmiştir.¹¹⁰

Üç katı oranında tazminat mı yoksa üç katına kadar tazminat mı? konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Bir kısım yazarlara göre 58. maddenin ikinci fıkrası hükmünün koşullarının gerçekleşmişse hakim 3 kat tazminat vermelidir. Buradaki yüküm hakime genel tazminat hükümlerinden ayrılarak üç kat tazminat verme yetkisi vermektedir. Hakimin üç kata kadar tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Bu cezai bir tazminattır. Hakim cezai tazminat koşullarının ya gerçekleştiğine ya da gerçekleşmediğine karar verecektir. Eğer gerçekleşmişse bir önceki fıkra hükümlerine göre tazminata hükmedecektir. Koşulları varsa hakimin keyfi olarak üç kat tazminatı vermem yada azaltma hakkı bulunmamaktadır.¹¹¹

Diğer taraftan Aşcıoğlu Öz, kanunun 58/2 nci maddesinde “..üç katı oranında tazminata hükmedilebilir...” ifadesi yer almakla beraber, kanımca bunu rekabete aykırı eylemin niteliğine veya kusurun varlığı ve niteliğine göre hakimin takdirine bağlı olarak belirlenecek “...üç katına kadar...” şeklinde yorumlamak yerinde olacaktır, görüşünü benimsemektedir.¹¹²

¹¹⁰ Pelin Güven. Rekabet Hukuku s.602

¹¹¹ Aslan age.s.691. Aynı görüşte Pelin Güven age.s.559-602 Aksoy age s.54

¹¹² Aşcıoğlu Öz age.s184

Fikrimizce kanunun bu düzenlemesi, kanun koyucunun rekabete aykırı tutum veya davranışları caydırmak amaçlı bu düzenlemeye yer vermiştir. Benzer düzenleme Türk Hukukuna 4857 sayılı İş kanunumuzun 17. maddesinde işçilerin iş sözleşmenin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir şeklinde bir cezalandırma şeklinde girmiştir.

Aynı şekilde FSEK nun 68. maddesinde mali haklara tecavüz halinde eserin mali hak sahibine en çok üç katına kadar tazminat isteme hakkı tanınmıştır.

Rekabet kanundaki bu düzenleme de piyasada rekabeti korumak amaçlı olarak rekabete aykırılığı caydırmak amaçlıdır. Zararı tazmin etme amacını aşan bir düzenlemedir.

Burada vurgulanması gereken Üç katı Oranında tazminat talep etme hakkını kötüye kullanma söz konusu olabilir mi?

Bu konuda Metin İkizler Amerika tazminat hukukundan örnek vererek kötüye kullanma olabileceğini belirtmektedir. Davaların rekabeti sınırlamak için kullanılabileceğini belirterek, dağıtım sistemini daha etkili hale getirmek için dağıtıcılardan bazılarını sistemden çıkarmak isteyen bir üretici, bu durumda ayrımcılık yaptığı iddiasına dayanan bir davayla tehdit edilebileceğini örnek olarak göstermektedir.¹¹³ Benzer bir örnekte kartel durumunda olan birisinden kartel fiyatından yapılan bir alış yapan alıcı, daha sonra kartelin varlığına dayanarak tazminat talep edebileceği belirtilmiştir.¹¹⁴

Kötüye kullanmaya engel olabilmek bakımından, üç katı tazminat yerine, üç katına kadar tazminat uygulamasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan tazminat hukukunun en önemli ilkelerinden birisi olan “tazminatın hiçbir zaman zenginleşme aracı olamayacağı” düşüncesi de burada dikkate alınmalıdır.

¹¹³ İkizler Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler seçkin Ankara 2005 s.370

¹¹⁴ İkizler, age.s.370

Hakim olayın oluşuna göre rekabeti engelleyen, sınırlayan veya bozanın kusurunun ağırlığına göre ve rekabete aykırılıktan zarar görenin zararını dengeleyecek ölçüde şekilde tazminata hükmetmesi daha hakkaniyete uygun olacaktır. Hakime takdir yetkisi verildiğinde BK 44 de ki tazminatın tenkisi maddesini de uygulama olanağı bulacaktır. Dolayısı ile tazminatın yıkıcılığı veya kötüye kullanılması önlenilecektir.

RKHK da yapılması öngörülen değişikliklerle ilgili olarak hazırlanan taslak metinde “üç katı oranında” ifadesi yerine “üç katına kadar” ifadesinin getirildiği görülmektedir.

İLLİYET BAĞI

Üçüncü kişinin tazminat davası açıp sonuçlandırabilmesi, zararının rekabete aykırı olarak yapılan bir anlaşma, uyumlu eylem veya karardan dolayı veya hakim durumun kötüye kullanılması veya yasak bir birleşme veya devralmadan kaynaklandığını ispat etmesi gerekecektir. Zarar ile ihlal arasında illiyet bağı kurulabilmelidir. Aksi halde tazminat mümkün olmaz.

Zarar ile ihlal arasındaki illiyet bağının kesilip kesilmediği de açılacak davada tartışılabilir.

İSPAT YÜKÜ

İspat yükü kuralları, bir vakıanın gerçek olup olmadığının ispat edilememiş olması halinde (belirsizlik halinde) hakimin hangi taraf lehine karar vereceğini gösteren kurallardır.¹¹⁵

Benzer bir tanımda şöyle yapılmaktadır: İspat yükü, belirli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden hakimin alyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir.¹¹⁶

¹¹⁵ Cem Budak Ali, AT Konsey Ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri Ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması Ve İspat s.9

¹¹⁶ Kaçak Nazif, Hukuk Davalarında İspat Rehberi, s.32 Seçkin Ankara 2005

MK. M. 6 da “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlamakla yükümlüdür” şeklinde ispat yükü tanımlanmıştır.

RKHK nun 59. maddesinde “Zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı ya da piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer.

Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların varlığı her türlü delille ispatlanabilir.”

Uyumlu eylem dışındaki rekabete aykırılıktan dolayı açılacak tazminat davalarında ispat yükü genel hukuk kurallarına tabidir. Diğer bir ifade ile Rekabet Kanununun 4., 6.,7. maddelerindeki (uyumlu eylem hariç) rekabete aykırı bir uygulamadan dolayı zarar gördüğünü iddia edenler bu iddiasını ispatla mükelleftir. Örneğin hakim durumun kötüye kullanılmasından veya rekabete aykırı bir birleşmeden veya devralmadan dolayı üçüncü kişi zarara uğramış ise bu zararını ispat etmek mükellefiyetindedir. Böyle bir halde istisnai bir düzenleme yoktur. herkes iddiasını ispatla mükelleftir. Ancak uyumlu eylemler konusunda kanunun 59. maddesi bir istisna getirmekte ve belirli şartların olması halinde ispat yükünün yer değiştireceğini belirtmiştir. Bu düzenleme Kanunun 4. maddesindeki gizli yapılan bir anlaşmanın uygulamaya konulması halinde piyasadaki etkisi dikkate alınarak uyumlu eylem olduğu karinesine benzerlik göstermektedir. Kanunun 4. maddesinde “Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin yada teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.” hükmünü getirmiştir.

İspat yükünün yer değiştirmesi için davalıların piyasada uyumlu eylem içinde olduğuna ilişkin deliller sunulması gerekmektedir.

Uyumlu eylem konusunda ispat yükünün yer değiştirmesi konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Aslan, RKHK m.59 ile m.4 deki karineye benzer bir karine getirilerek ispat yükünün kolaylaştırıldığını, buna göre zarar görenlerin bir anlaşmanın varlığı yada piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması,uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık,fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları halinde teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını kanıtlama yükünün davalılara geçeceğini böylece ispat yükünün davalılara geçeceğini böylece ispat yükünün ters döneceğini ifade etmektedir. Bu durumda karinenin geçerli olabilmesi için mahkemeye bazı deliller sunmak gerektiğini,ancak bunların uyumlu eylemin varlığına ne derece karine teşkil edeceğinin ayrı bir tartışma konusu olduğunu,bunun analizini iktisatçıların yapacağını,fakat bu kanıtların elde edilmesinin de uzmanlığı gerektirmesi itibariyle mahkemelerce değerlendirilmesinin oldukça zor olduğunu belirtmektedir.¹¹⁷

İnan, RKHK m.4 ceza hukuku kurallarına ve Anayasal ilkelere aykırılık oluşturduğunu buna karşılık 59.maddedeki karinenin bir özel hukuk karinesi olup meşru... olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca m59 ve m.4 ifadelerinin,bu bağlamda içerdikleri uyumlu eylem tanımlarının tamamen farklı olmadığını,kanun koyucunun bu farkı bilinçli olarak yaratmış olduğunun düşünülmesinin yanlış olduğunu,bunu sadece bir kanun yapma tekniği hatası olduğunu ileri sürmektedir.¹¹⁸

Budak, Rekabet hukuku ihlali iddiasında bulunan tarafın, bu iddiasını ispat etmek için karineden yararlanması söz konusudur. Mahkemenin, rekabet hukuku ihlalinin gerçekteştiğini kabul etmesi için, bu iddianın “piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın

¹¹⁷ Aslan age.s.694

¹¹⁸ İnan age.s.12

aralıklarla artırıldığı gibi kanıtlarla ispat edilmesi gerekir. Bu kanıtların, hakimde kanaat oluşturmak için yeterli, rekabet hukuku ihlalinin gerçekleştiğini gösteren mahiyette deliller olması gerekir. RK m. 59, f. 1 hükmünde geçen “ispatlama yükünün” davacılara geçeceği şeklindeki ifade de RK m. 4, f. 3’teki gibi, davalı teşebbüsün, karineyi çürütmek üzere deliller ileri sürebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yoksa, rekabet hukuku ihlalinin ispatı ve “uyumlu eylem içinde bulunulmadığının ispatı” zaman itibarıyla birbirinden ayrılan, birbirini takip eden iki ayrı ispat faaliyeti şeklinde düşünülmemelidir.

RK m. 59, f. 1 bakımından değerlendirecek olursak, davacı tarafından ileri sürülen “piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıklarla artırıldığı gibi” (rekabet hukuku ihlalinin varlığı konusundaki belirsizliği ortadan kaldıracak nitelikteki) vakıaların ispat edilmesi, rekabet hukuku ihlalinin ispatı için yeterlidir. Davalı taraf da, dinlenilme hakkı kapsamında, davacı tarafından ileri sürülen bu türlü vakıaların rekabet ihlalinin varlığını ispata yeterli olmadığını göstermek için delil ikame etmek olanağına sahiptir. Bu delil ikamesi, davacının delil ikamesi faaliyeti sona erdikten sonra, “ikinci bir aşamada” değil, davacının delil ikamesi ile eş zamanlı olarak yapılacaktır.¹¹⁹

Cengiz, RKHK m.59 zarar görenlerin, bir anlaşmanın varlığı yada piyasada rekabetin bozulduğu izlenimi veren, özellikle piyasaların fiilen paylaşılması, uzun sayılacak bir süre piyasa fiyatında gözlenen kararlılık, fiyatın piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerce birbirine yakın aralıkla arttırıldığı gibi kanıtları yargı organlarına sunmaları...ifadesi bir karineyi içermektedir. Medeni yargılama hukuku alanında bu karinenin türü bakımından, yukarıda açıklamalarımıza göre bir kanuni olay karinesi olduğu açıktır. Bu bağlamda, bu karine, kanıt yükünü kaldırmaz, kanıt yükünün yerini değiştirmez ve kanıt yükünü ortadan kaldırmaz, kanıt yükünün yerini değiştirmez ve kanıt yükünün tarafını belirleyen ilkelere istisna oluşturmaz. Açık ifade ile kanıt yükünün tarafını belirleyen ilkelere istisna oluşturmaz. Açık ifade ile kanıt yükünün tarafını belirleyen ilkelere istisna oluşturmaz. Açık ifade ile kanıt yükünü taşıyan taraf, uyumlu eylemin varlığını kanıtlamak için, uyumlu eylemin içerdiği rekabeti

¹¹⁹ Budak, age.s.12

bozucu gizli iş birliğini olanaksız nedeniyle doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlamadığı için,uyumlu eylemin varlığını dolaylı olarak ortaya koyan emareleri(belirtileri)yani piyasadaki rekabetin bozukluğu olgusunu ve içeriği belirsiz bazı bağlantı delilleri bulunsun veya bulunmasın,iktisadi delillere dayanarak bu olgunun gizli işbirliğinden kaynaklandığını kanıtlamakla yetinebilir. Böylece bu emarelerin(belirtilerin)kanıtı piyasadaki rekabetin bozukluğu olgusunu yaratan gizli işbirliğinin kanıtı yerine geçeceğinden kanıt yükünü taşıyan tarafın kanıt yükü değil, piyasadaki rekabetin olgusunu yaratan gizli işbirliğinin doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlanması gerekliliği ortadan kalkar. Bu durumda, kanıt yükü sabit olduğu için,baştan itibaren bu yükü taşıyan tarafta kalmaya devam eder,yer değiştirmez,bu kişi sadece karinenin kendisine sağladığı olanak nedeniyle asıl olayı yani piyasadaki rekabetin bozukluğu olgusunu yaratan gizli işbirliğini doğrudan delillerle ve bütünüyle kanıtlamaktan kurtulur. Bu bağlamda m.59 teşebbüslerin uyumlu eylem içinde bulunmadıklarını ispatlama yükü davalılara geçer. İfadesinde kastedilenin kanıt yükü değil delil gösterme yükü olduğu ortaya çıkmakta ve söz konusu karinenin de bir adi karine olduğu anlaşılmaktadır. Bu çerçevede delil gösterme yükü kendisine geçen tarafa piyasadaki rekabet düzeninin bozukluğu olgusunu yaratan gizli bir işbirliğinin yokluğunun ortaya koyan deliller sunarak bunu kanıtlayacak ya da piyasadaki rekabetin bozukluğu olgusunun, içeriği belirsiz bazı bağlantı delilleri bulunsun veya bulunmasın iktisadi delillerin desteğiyle gizli işbirliğinden kaynaklandığı hususunda yargıçta uyanan kanaatin yanlış olduğunu ortaya koyan deliller sunarak bu kanaati ortadan kaldırabilecektir. Gerçekçi düşünülerek olursa,yaşam deneyimlere göre bu olanaklardan birincisinin yani gizli bir işbirliğinin bulunmadığının doğrudan delillerle kanıtlanması, karşı tarafın bulunduğunu dahi kanıtlayamaması karşısında,olanaksızdır. Bu nedenle, karşı taraf, genellikle, ikinci olanağı yani yargıçta emarelere(belirtilere)dayanılarak uyandırılan kanaatin yanlış olduğunu kanıtlamaya çalışacaktır. Bunun için de, ya piyasadaki rekabet düzeninin bozuk olmadığını aksine rekabetin bulunduğunu ortaya koyan deliller sunacak yada piyasadaki rekabet düzeninin bozulmuş olduğunu kabul etmekle beraber bunun gizli bir işbirliğinden değil piyasanın işbirliğine gereksinim

duyulmayacak kadar koordinasyona tamamen uygun oligopol yapısından kaynaklandığını ortaya koyan iktisadi deliller sunacaktır.¹²⁰

Kanıt yükünün davacıdan davalıya geçtiği, kanıt yükünün düşürüldüğü görüşleri doğru değildir. Kanıt yükü sabit olduğundan tarafların birinden diğerine geçmez veya gidip gelmez. Bu kanıt yükü değil delil gösterme yüküdür. Kanıt yükünün paylaşılmasının anlamı kanıt yükünü taşıyan tarafın hangisi olduğudur. Yoksa kanıt yükünün bir kısmının bir tarafa kalanının da diğer tarafa kalanının da diğer tarafa yüklenmesi suretiyle paylaşılması söz konusu olamaz. Davacının dolaylı delillerle uyumlu eylemin varlığını, tam kanıt ölçütünü sağlayarak, yani hiçbir makul kuşkuya yer bırakmayacak derecede belirsizlikleri ortadan kaldırarak kanıtlaması gerekli ve yeterlidir. Davalı taraf bu bütün çerçevesinde, savunma hakkı davacının delillerinin doğru olmadığını veya yeterli olmadığını kanıtlamak için delil göstermek olanağına sahiptir. Bu delil gösterme faaliyeti sona erdikten sonra ikinci bir aşamada değil, davacının delil göstermesi ile eş zamanlı olarak yapılacaktır. Yargıç davacının uyumlu eylemin varlığını makul kuşku içermeyecek derecede kanıtlayan delilleri sunması üzerine, davalı aksi yönde hiç veya yeterli delil sunmazsa uyumlu eylemin varlığı sonucuna ulaşacaktır. Ancak davacının sunduğu deliller makul bir kuşku içeriyorsa, yani belirsizlik varsa, davalı aksi yönde hiçbir delil sunmamış dahi olsa, uyumlu eylemin bulunmadığı sonucuna ulaşması gerekmektedir.

Kanaatimizde Budak ve Cengiz'in görüşleri doğrudur.

ZAMAN AŞIMI

Zamanaşımı konusunda RKHK nda bir düzenleme yoktur. Bu boşluk BK 60 maddesi ve diğer hükümler uyarınca doldurulacaktır.

¹²⁰ Cengiz, Age.392,393

BK. 60 maddesinde “zarar ve ziyan yahut manevi zarar namiyle nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mütezarrır olan tarafın zarara ve failine ıttıla tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene müruruzamandan sonra istima olunmaz.” Hükümünü getirmiştir.

Bu hükme göre 1 yıllık ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

Rekabet ihlalinin varlığı tazminat davaları için ön koşul niteliğindedir. Kanuna aykırılık unsuru, rekabet ihlalinin varlığı ile kanıtlanmış olacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi rekabet ihlalinin varlığını kanıtlamak komplike bir analizi gerektirmektedir. Bu nedenle genellikle bu konudaki uzman kuruluş olan rekabet kurulunun kararı ile ihlalin var olup olmadığı kanıtlanmış olacaktır. Esasen kısa olan dava zaman aşımı fiilin ve hamilin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı tabidir. Fiilin hukuka aykırılığının rekabet kurulu kararı ile öğrenildiğinin düşünülmesi halinde en azından bir yıllık kısa zaman aşımının Rekabet Kurulu kararından sonra başlayacağı yorumu yapılabilir.¹²¹

İstisnai süre, şayet haksız fiil aynı zamanda ceza kanunları uyarınca daha uzun ceza davası zamanaşımına tabi bir suç teşkil ediyorsa, tazminat davası da ceza davası zamanaşımı süresine tabi olur.¹²²

Rekabet ihlallerinden doğan tazminat rakipleri bakımından RKHK m.19 beş yıllık idari ceza zaman aşımı içinde uygulanabilir mi? kanaatimizce, bu yoruma temel oluşturan dilekçeler, rekabet ihlalleri alanındaki idari ceza sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğu bakımından da geçerli olmalıdır. Üstelik rekabet ihlalleri alanında özellikle uyumlu eylemler alanında kişiler zararı ve sorumlu kişileri öğrenseler dahi, fiilin piyasanın yapısından mı yoksa gizli işbirliğinden mi kaynaklandığı diğer ifade ile fiilin hukuka aykırı olup olmadığı baştan belirsiz olduğundan, RK soruşturmasında rekabet ihlalinin varlığına karar verilmesi üzerine, fiilin hukuka aykırılığını öğrenerek, tazminat davası açmaya karar

¹²¹ Aslan age.s.695

¹²² Oğuzman-Öz age.s.516-517

verebilirler. Özellikle alıcılar, soruşturma öncesinde, fiilin hukuka aykırı olduğuna bilinçli olmayabilirler veya bundan emin olmayabilirler, bu nedenle de tazminat davası açmaktan, dava masrafı yapmaktan kaçınabilirler.¹²³

Bu arada zaman aşımının kesilmesi ve durması konusunda da BK m.133, m.134 maddelerini uygulanma imkanı bulacaktır.

¹²³ Cengiz age.s.420-421

SONUÇ

Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 3. maddesinde “rekabet, mal ve hizmet piyasasındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış” şeklinde tanımlanmıştır.

Ekonomi piyasasının rekabetten beklediği faydaya ulaşmak için bazı yasak hükümler getirmiştir.

Bu yasak hükümlere aykırı davranışlarda bulunanlara verilen para cezalarının dışında, teşebbüs ve teşebbüslerinin yasaklı hükümlere rağmen yapmış oldukları anlaşmalar ve kararlar geçersiz kabul edilmiştir.

Rekabetin Korunma Hakkında Kanunun 4. maddesinde Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yasak edilmiştir. Kanunun 6. maddesinde Hakim durumun kötüye kullanılması yasak edilmiştir. Kanunun 7. maddesinde de belirli ölçekteki birleşme veya devralmalar yasak edilmiştir.

Bu yasak hükümlerine aykırı anlaşma ve kararlar, kanunun 56. maddesi ile geçersiz olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bu geçersizlik butlan hükmünde olup kendiliğinden sonuç doğurmaktadır.

Diğer taraftan kanuna aykırı eylem, karar sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar yada kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararlarını tazminle mükelleftirler.

Rekabet Kurulunun süreli veya idari para cezalarına karşı yargı yoluna Danıştay da ilk derece mahkemesi olarak bakılacaktır.

Üçüncü kişilerin tazminat talepleri, hukuk mahkemesinde görülecektir.

KAYNAKÇA

AKINCI, ATEŞ, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, RK Lisansüstü Tez Serisi No 5, Ankara 2001

AKSOY, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, RK Uzmanlık Tezleri Serisi No 52, Ankara 2004

ALTOP Atilla, Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık İst.2003

ASLAN, Yılmaz , Rekabet Hukuku, 3 Bası, Ekin, Ankara 2005

ASLAN, Yılmaz, Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Ekin, Bursa 1997

ASLAN, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuk Mevzuatı 1998

AŞCIOĞLU ÖZ, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, RK Lisansüstü Tez Serisi 4, Ekim 2000

BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlatıcı Anlaşmalar, RK Lisansüstü Tez Serisi 6, Ankara 2001

BUDAK, Ali Cem, AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanununda Yapılan Değişikler Işığında Delillerin toplanması ve İspat, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları

CENGİZ, Dilek, Türk rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Beta 2006

EĞERCİ, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, RK Lisansüstü Tez Serisi 3, Ankara 2005

GÜL, İbrahim, Rekabet Kurulunun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararlarına Etkisi, Ankara 1999

GÜRKAYNAK, Gönenç, Türk Rekabet Hukuku Uygulaması için Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması, Rekabet Kurumu, 2003 Ankara

GÜVEN, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Yetkin Yayınları 2003 2.Basım

GÜVEN, Pelin, rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları 2005

İKİZLER, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Ankara 2005

İNAN, Nurkut, PİKER Mehmet, GÜRMENT Turgan, SÖNMEZ Mine Kasman, Şirketler için Rekabet Kurallarına Uyum El Kitabı, Ekonomik araştırmalar Merkezi Yayınları 2003

İNAN Nurkut, Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü

JONES Alison, Brenda Sufrin, EC Competition Law, Oxford

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir&Demir 2001 Altıncı Baskı

LANE, Robert , EC Competition Law, Person Education by Longman, 2000

NEUMANN, Manfred, Jürgen Weigand, The International Handbook of Competition, 2004, Yayıncı Edward Elgar

ODMAN Ayşe, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin, Ankara, 2002

OĞUZMAN Kemal- ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 5. Basım Filiz Kitabevi, İstanbul

ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi Filiz Kitapevi, İstanbul 2001

ÖZ, M Turgut, Sebepsiz Zenginleşme, Kazancı, İstanbul 1990

ÖZ, M. Turgut, Yönetim Sözleşmesi, Kazancı, İstanbul 1997

ÖZDEMİR, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulaması, Beta

ÖZSUNAY, Ergun, Türk kartel hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul Ticaret Odası yayınları 1996

SANLI, Kerem Can, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler Ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme Ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, RK Lisansüstü Tez Serisi No 3 Ankara 2000

TEKİNALP ÜNAL-TEKİNALP Gülören- ATAMER, Yeşim- ODER Emrah- ODER Burak- OKUTAN, Gül, Avrupa Birliği Hukuku Beta 2001

TEKİNAY Selahattin Sulhi- AKMAN, Sermet- BURCUOĞLU, Haluk- ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı 1993 Filiz Kitabevi

TOPÇUOĞLU, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, RK Lisansüstü Tez Serisi 7, Ankara 2001

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Fakülteler Matbaası İstanbul 1972

ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984

UYANIK, Pelin, Rekabet Hukukunda Deliller, Rekabet Kurumu, 2003

ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Beta, İstanbul 1998

ÜNVER Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin 2003

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Basım 2000 İstanbul

YILMAZ, Ejder, Rekabet Hukukunda İspat Yükü, Rekabet Kurumu Güncel gelişmeler Sempozyumu II

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü

YILMAZ Ejder- YILMAZ Ümit, Hukuk Rehberi, Yetkin yayınları, 6.basım 2002

YÜKSEL Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu 2004

Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2002

Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Kayseri 2003