T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Cansın AKCAN

Ankara-2020

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Cansın AKCAN

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara-2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Cansın AKCAN

REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
Prof. Dr. Hasan AYRANCI	
Doç. Dr. Yıldız Abik	
Doç. Dr. A. Dilşad Kestin	

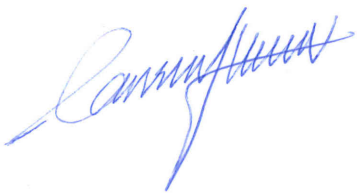
Tez Sınavı Tarihi 10.1.2019

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Hasan AYRANCI danışmanlığında hazırladığım "Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalardan Doğan Tazminat Sorumluluğu (Ankara 2019) " adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Cansın AKCAN

10.01.2020



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER ..... **i**
KISALTMALAR CETVELİ ..... **vi**
GİRİŞ **1**
I. KONUNUN TAKDİMİ 1
II. KONUNUN ÖNEMİ 2
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 3

BİRİNCİ BÖLÜM
REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN GENEL ESASLARI

§1.REKABET HUKUKUNUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 6
I. REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN AMACI 6
A. Rekabet Hukuku Kapsamında Tazminat Sorumluluğunun Özel Olarak Düzenlenmesi Gereksinimi Üzerine Düşünceler 6
B. Rekabet Hukukunda Öngörülen Tazminat Sorumluluğunun Amacı 7
II. REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ 9
A. Sorumluluğun Hukuki Niteliğinin Belirlenmesinin Önemi 9
B.Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği 10
C. Rekabet Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması 12
§2.FARKLI HUKUK DÜZENLERİNİN REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNA YAKLAŞIMI 14
I. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ REKABET HUKUKU 14
A. Sherman Yasası 14
B. Clayton Yasası 15
II. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU 16
A. Courage ve Manfredi Kararları 17
B. Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap 18

C. 2014/104 Sayılı Direktif 19
III. ALMAN VE İSVİÇRE REKABET HUKUKU 20
A. Alman Rekabet Hukuku 20
B. İsviçre Rekabet Hukuku 21
IV. TÜRK REKABET HUKUKU 21
§3.REKABET HUKUKUNUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI 24
I. HUKUKA AYKIRI FİİL 24
II. ZARAR 28
III. UYGUN İLLİYET BAĞI 30
IV. KUSUR 32

İKİNCİ BÖLÜM
TAZMİNAT SORUMLULUĞU DOĞURAN BİR FİİL OLARAK TEŞEBBÜSLER ARASI REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR

§4.TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA KAVRAMI VE TÜRLERİ 36
I. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA KAVRAMI 36
A. Rekabet Hukukunda Teşebbüs Kavramı 36
1. Bağlı Teşebbüsler 38
2. Kamu Teşebbüsleri 41
B. Rekabet Hukukunda Teşebbüs Birliği Kavramı 43
C. Rekabet Hukukunda Anlaşma Kavramı 46
II. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA TÜRLERİ 53
A. Yatay Anlaşmalar 54
1. Tanımı ve Unsurları 54
2. Yatay Anlaşma Türleri 56
a. Kartel Anlaşmaları 56
b. Yatay İşbirliği Anlaşmaları 58
B. Dikey Anlaşmalar 63
1. Tanımı ve Unsurları 63
2. Dikey Anlaşma Türleri 66
a. Dağıtım Anlaşmaları 66
b. Tek Satıcılık Sözleşmeleri 70
C. Özel Durumlar 74

1. Anlaşma Niteliğindeki Tek Yanlı Davranışlar 74
2. Devam Eden Tek Bir Anlaşma Kavramı 77
3. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılması 81
§ 5. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMALARIN HUKUKA AYKIRILIĞI 87
I. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR 87
A. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespiti 87
1. İlgili Piyasa: Belirli Bir Mal veya Hizmet Piyasası 89
2. Rekabetin Engellenmesi, Bozulması ya da Kısıtlanması 98
3. Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç ve/veya Etki 101
B. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Uygulamada Geliştirilen Çeşitli Yaklaşımlar 105
1. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespitinde Per Se ve Rule of Reason Yargısal Doktrinlerinin Rolü 106
2. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespitinde De Minimis Kuralının Rolü 110
II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMA ÖRNEKLERİ 113
A. Teşebbüsler Arası Anlaşmalarda Görülen Yatay Kısıtlama Örnekleri 115
1. Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti 115
2. Bölgelerin ve/veya Müşterilerin Paylaşılması 119
3. Arz Miktarının Kısıtlanması veya Kotalar Konması 121
4. Dışlayıcı Uygulamalar 123
5. Ayrımcılık 125
B. Teşebbüsler Arası Anlaşmalarda Görülen Dikey Kısıtlama Örnekleri 128
1. Yeniden Satış Fiyatının Tespiti 129
2. Kolaylaştırıcı Bir Eylem Olarak En Çok Kayrılan Müşteri Şartı 134
3. Satış Yapılan Bölge ve/veya Müşterilere İlişkin Kısıtlamalar 139
4. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü 143
5. Tek Marka Etkisi Yaratan Bağlama Anlaşmaları 146
§6.TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMALARIN HUKUKA AYKIRILIĞININ KALDIRILMASI 149
I. GENEL NİTELİKTEKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ 149
II. REKABET HUKUKUNA ÖZGÜ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ ... 152
A. Teşebbüsler Arası Anlaşmaya Muafiyet Tanınması 152
1. Muafiyet Kavramı 152
2. Muafiyetin Koşulları 154

a. Olumlu Koşullar 154
aa. Üretim veya Dağıtıma Sunulan Katkı Sonucu Objektif Bir Ekonomik Yarar Sağlanması 154
bb. Tüketici Yararının Sağlanması 156
b. Olumsuz Koşullar 158
aa. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması 158
bb. Rekabetin Gereğinden Fazla Sınırlanmaması 160
3. Muafiyet Türleri 161
a. Bireysel Muafiyet 161
aa. Muafiyetin Süresi 164
bb. Muafiyetin Şart ve/ veya Yükümlülüğe Bağlanması 164
cc. Muafiyetin Geri Alınması 167
b. Grup Muafiyeti 168
B. Rule of Reason ve De Minimis Doktrinlerinin Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi 171
C. Menfi Tespit Kararının Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi 173

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLAR VE KUSURUN AĞIRLIĞININ TAZMİNATA ETKİSİ

§7. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR SONUCU BİR ZARARIN MEYDANA GELMESİ 178
I. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLAR VE TAZMİN EDİLEBİLİRLİKLERİ 178
A. Tazmin Edilebilir Zararların Kapsamının Belirlenmesi 178
1. Uygun İlliyet Bağı 179
2. Normun Koruma Amacı Teorisi 179
B. Manevi Zarar 182
C. Maddi Zarar 183
1. Fiili Zarar 183
2. Yoksun Kalınan Kâr 185
3. Diğer Zararlar 187

a. Müspet Zarar - Menfi Zarar 187
b. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar 188
c. Doğrudan Uğranılan Zarar - Yansıma Zarar 189
II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLARIN YAYGINLIĞI SORUNU 191
A. Aktarma Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralı 192
B. Şemsiye Etkisi Kaynaklı Zararlar 196
§ 8. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDA KUSUR 199
I. KUSUR UNSURUNUN REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMA TÜRLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ 199
II. KUSURUN AĞIRLIĞININ TAZMİNAT SORUMLULUĞUNA ETKİSİ: ÜÇ KAT TAZMİNAT 200
A. Üç Kat Tazminatın Öngörülme Amacı ve Hukuki Niteliği 201
B. Üç Kat Tazminat Sorumluluğunun Özel Koşulları 204
1. Zararın Tarafların Kastı veya Ağır İhmalinden Kaynaklanması 204
2. Zarar Görenlerin Talebi 206
3. Hakimin Talebi Uygun Bulması 207
C. Üç Kat Tazminat Taleplerine Esas Alınacak Zararlar 208

SONUÇ 212
KAYNAKÇA 217
ÖZET 234
ABSTRACT 235

KISALTMALAR CETVELİ

AB **:** Avrupa Birliği

ABAD **:** Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD **:** Amerika Birleşik Devletleri

ABİDA **:** Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma

AMC **:** Antitrust Modernization Commission

Art. **:** Article/ Artikel

ATAD **:** Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

BATİDER **:** Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bkz. **:** Bakınız

BGB **:** Bürgerliches Gesetzbuch

BKA : Bundeskartellamt

C. **:** Cilt

Cir. **:** Circuit

Co. **:** Company

Corp. **:** Corporation

Direktif **:** Directive 2014/104/EU of the European Parliament

DOJ **:** The Antitrust Division of the US Department of Justice

dn. **:** Dipnot

E. **:** Esas

EC **:** European Commission/ European Community

ECJ **:** European Court of Justice

ECLR **:** European Competition Law Review

ECR **:** European Court Reports

E.T. **:** Erişim Tarihi

EU **:** European Union

FSEK **:** 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

FTC : Federal Trade Commission

GWB **:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HD **:** Hukuk Dairesi

HGK **:** Hukuk Genel Kurulu

İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. **:** Karar

KG **:** Kartellgesetz

KK **:** 5326 sayılı Kabahatler Kanunu

Komisyon **:** Avrupa Birliği Komisyonu

Kurul **:** Rekabet Kurulu

Kurum **:** Rekabet Kurumu

m. **:** madde

MK **:** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

No. **:** Numara

NCA **:** National Competition Authority

OECD **:** The Organisation for Economic Cooperation andDevelopment

OJ **:** Official Journal of the European Union

OR **:** Obligationenrecht

p. **:** page

para. **:** paragraf

RKHK **:** 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

RK : Rekabet Kurulu

S. **:** Sayı

s. **:** Sayfa

Tasarı **:** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da DeğişiklikYapılmasına Dair Kanun Tasarısı

TBK **:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TCK **:** 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu

TFEU **:** Treaty on the Functioning of the European Union

TKHK **:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK **:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

USA **:** United States of America

v. **:** versus

vb. **:** ve benzeri

vd. **:** ve devamı

vs. **:** ve saire

Vol. **:** Volume

Y. **:** Yıl

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Günümüzde çoğu ülke gibi Türkiye'nin de benimsediği piyasa ekonomisinin temelini serbest rekabet düzeni oluşturmaktadır. Serbest rekabet düzeni, herkesin her tür mal ve hizmeti herhangi bir sınırlama olmaksızın üretip pazarlayabilmesi esasına dayanmaktadır. Bu düzenin doğru işlemesi işletmeler arası rekabeti kısıtlayan engellerin kaldırılması suretiyle piyasaya çok sayıda sağlayıcı ve alıcının katılımının sağlanmasına bağlıdır. Söz konusu engellerin kaldırılarak serbest rekabet düzeninin kurulması ve korunması noktasında devletin piyasaya müdahale araçları ise rekabet kanunlarıdır.

Ekonominin anayasası olarak görülen rekabet kanunlarının temel amacı rekabetin korunması yoluyla ekonomik etkinliği sağlamaktır. Ancak günümüzün daha çok kâr elde etmek ve büyümek adına her yolu meşru gören rekabet anlayışı devletlerin; büyük işletmeler karşısında küçük işletmeleri, üreticiler karşısında tüketicileri koruması gereğini de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla bugün rekabet kanunlarından beklenen yararı, rekabetin yaratacağı ekonomik etkinlik artışıyla sınırlamak mümkün değildir. Nitekim rekabet hukuku fikrinin doğumunda ekonomik kaygıların yanı sıra toplumun ve bilhassa tüketicilerin korunması ile teknolojik gelişmenin teşviki, seçme özgürlüğü, fırsat eşitliği, adil bir gelir dağılımı gibi sosyal amaçların da rol oynadığı kabul edillmektedir. Gerçekten de rekabet sayesinde tüketiciler daha düşük fiyatlara daha kaliteli ürünlere sahip olabilmekte; tekelci bir piyasaya göre seçenekler ve etkinlik artmaktadır. Bu nedenle rekabetin kısıtlanması, yalnız piyasadaki serbest rekabet düzenini değil; piyasayla etkileşime giren menfaat sahiplerini de zarara uğratmaktadır. O halde etkili bir rekabet hukuku politikasının rekabetçi yapıyı koruyan kamu hukuku yaptırımları kadar rekabet ihlalinden zarar görenleri koruyan özel hukuk yaptırımlarını da düzenlemesi şarttır.

Rekabet hukukunda öngörülen özel hukuk yaptırımları genel olarak geçersizlik ve tazminat sorumluluğundan ibarettir. Ancak bu yaptırım türleri arasında tazminat sorumluluğu ayrı bir yere sahiptir. Zira rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu sadece ihlalden zarar görenlerin zararlarının telafisine hizmet etmemekte; teşebbüsler üzerinde idari para cezalarına ek bir maddi külfet oluşturarak caydırıcı bir etki de göstermektedir. Bilhassa otoritelerin müdahalesinin yetersiz kaldığı ihlallerde tazminat sorumluluğunun önemi daha da artmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde tazminat sorumluluğu, modern rekabet hukukunun vazgeçilmez bileşenlerinden birini oluşturmaktadır.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Rekabet hukuku alanında öne çıkan yaklaşımları belirleyen ABD ve AB rekabet politikaları özel hukuk yaptırımları bakımından birbirinden ayrılmıştır. ABD'de rekabet ihlalleriyle mücadele için kamu ve özel hukuk yaptırımları bir arada düzenlenmişken AB rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımlarına özgü bir düzenleme 2014/104 sayılı Direktifin yürürlüğe girdiği 2014 yılına kadar yapılmamıştır. Bu durum AB'de tazminat yaptırımının kamu hukuku yaptırımları kadar gelişmemesine neden olmuştur. ABD'de ise zarar görenlere tanınan zararın üç katı oranında tazminat imkanı, toplu dava açma hakkı, ispat kolaylığı gibi düzenlemelerin de etkisiyle tazminat davaları zaman içinde kamu hukuku yaptırımlarına oranla daha çok tercih edilen bir yol halini almıştır.

Türk rekabet hukuku, özel hukuk yaptırımları konusunda mehazı AB'den ayrılmış ve 4054 sayılı Kanun kapsamında kamu hukuku yaptırımlarının yanı sıra özel hukuk yaptırımlarına da yer vermiştir. Kanun, rekabet ihlalinden zarar gören herkese tazminat hakkı tanımış; ihlalin kast veya ağır ihmalle işlenmesi halinde ise tazminatı üç katına çıkarmıştır. Ancak ABD rekabet hukuku uygulamasından esinlenerek Kanuna dahil edilen üç kat tazminat imkanına ve konunun AB'de giderek artan önemine rağmen Türkiye uygulamasında rekabet hukukunun ihlali kaynaklı tazminat talepleri her daim

geri planda kalmıştır. 2013 yılına gelindiğinde ise kamu yaptırımlarını uygulmaya yetkili Rekabet Kurul'u tarafından verilen "12 Banka Kararı" büyük yankı uyandırmış ve ülkenin en büyük bankalarının da dahil olduğu bu geniş kapsamlı ihlalden zarar gördüğünü iddia eden binlerce tüketicinin üç kat tazminat talebiyle mahkemelere başvurmasına yol açmıştır. Bu yönüyle 12 Banka Kararı, Türk rekabet hukukunda tazminat davalarının adeta miladı olmuştur. Ne var ki tazminat davalarında yaşanan ani artış, uygulamanın aksayan yönlerine dikkat çekmiş ve Kanunun yürürlüğe girdiği 1994 yılından bu yana başta AB olmak üzere mehaz sistemlerde yaşanan değişimler ışığında Türk rekabet hukukunda atılması gereken adımlara işaret eden güncel çalışmalara duyulan ihtiyacı gözler önüne sermiştir.

Şüphesiz Türk rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun gelişmemesinde mahkemelerin çekingen tavrının etkisi büyüktür. Bu tavrın temel sebeplerinden biri ise rekabet hukukuna dair bilgi eksikliği ve mahkemeler ile idari otorite arasındaki iş bölümünün belirsizliği sonucu hukuka aykırılığın tespitinde karşılaşılan engellerdir. Yargıtay tazminat davası açılabilmesi için kesinleşmiş Kurul kararının varlığını aramakta; hukuka aykırılığın tespitinde Kurul'u tek yetkili mercii olarak görmektedir. Tazminat yaptırımının işleviyle çelişen bu yaklaşım sonucu davalar görüşülmeksizin reddedilmekte; görülmekte olan davalar ise kimi mevzuat eksiklikleri nedeniyle neticelendirilememektedir. Dolayısıyla rekabet hukukunun özel hukuk alanındaki sonuçları hakkında bilincin artırılarak yargının işleyişine ve mevzuat değişikliklerine katkı sunulması oldukça önemlidir.

III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tüm rekabet hukuku sistemlerinde rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması hali ile kanuna aykırı birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Ancak Türk ve AB hukukunda

sadece rekabetin yatay veya dikey kısıtlanması sonucunu doğuran anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin tazminat sorumluluğuna yol açacağı belirtilmiştir. Çalışmamızda rekabet kanunlarınca yasaklanarak tazminat sorumluluğu doğuracağı öngörülen bu ihlaller arasından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar konusunun incelenmesi tercih edilmiştir. Zira çoğu gizli yapılan bu anlaşmalar rekabet otoritelerinin çabasına rağmen varolmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu ihlalin tespiti ve caydırılmasında tazminat yaptırımı kritik önemi haizdir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan tazminat sorumluluğuna odaklanan ve üç bölümden oluşan çalışmamızın "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Genel Esasları" başlıklı birinci bölümünde tazminat sorumluluğunun rekabet hukukunda özel olarak düzenlemesindeki amaç ve bu düzenlemelerin hukuki niteliği ile konunun mukayeseli hukuktaki yeri saptanmıştır. Bu bölümde ayrıca haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusurun rekabet hukukundaki görünümleri üzerinde durularak konuya genel bir çerçeveçizilmiştir. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları incelediğimiz ikinci bölümünde ise öncelikle teşebbüsler arası anlaşma kavramı, rekabet hukukunun süjesi olan teşebbüs ve teşebbüs birliği kavramlarına da değinilmek suretiyle tanımlanmıştır. Anlaşma türleri doktrinde kabul gören yatay/dikey anlaşma ayrımı doğrultusunda ele alınmış; bununla yetinilmeyerek bu türlerin en yaygın örneklerine de yer verilmiştir. Bu bölümdeki en detaylı inceleme teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığı üzerine yapılmıştır. Mahkemeler tarafından yapılacak değerlendirmede yol gösterici olması adına hukuka aykırılığın tespitinde rekabet otoritelerinin bakış açısı ve kullandıkları yöntemler dikkatle aktarılmış; gerek ülkemizde gerek mehaz sistemlerde verilen kararlara göndermede bulunulmuştur. Kanunda örnek kabilinden sayılan hukuka aykırı uygulama örnekleri ve sonuçları hem yatay hem dikey anlaşmalar yönünden ayrıca değerlendirilmiş; bu kısıtlamalar dışında kalsa dahi son dönemde rekabet

otoritelerinin radarına sıklıkla takılan yeniden satış fiyatının tespiti, en çok kayırılan müşteri şartı gibi popüler kısıtlamalar da bu bölümde yer edinmiştir. Uygulamada hakkaniyetle bağdaşmayan kararların verilmesini önlemek için teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebeplere de dikkat çekilmiştir. Ülkemizde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara muafiyet tanıma yetkisi münhasıran Kurul'a ait olmasına rağmen mahkemelerin önlerine gelen anlaşmalardan bireysel muafiyet alması muhtemel olanları Kurul'a yönlendirebilecek farkındalığa kavuşturulması ve resen dikkate almaları gereken grup muafiyeti tebliğlerinin hatırlatılması adına hukuka uygunluk sebepleri bahsinde muafiyet konusu detaylarıyla aktarılmıştır. Haksız fiil sorumluluğunun unsurları gereği incelediğimiz bir diğer başlık da teşebbüsler arası anlaşmalar sonucu meydana gelen zararlar olmuştur. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümündeki bu başlık altında tazmin edilebilir zararlar belirlenmiş; zararın yaygınlığı sorunu uyarınca ABD ve AB gündeminde yer tutan dolaylı alıcı kuralı ve yansıtma savunması ile şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazminine yönelik tartışmalardan hareketle Türk rekabet hukukunda olması gereken yaklaşım üzerine değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu bölüm dahilinde en son kusur unsuruna değilmiş; kusurun ağırlığının tazminata etkisi olarak üç kat tazminat sistemi üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın tamamında AB ve ABD uygulamalarının aktarılmasına özen gösterilmiş; kimi yerlerde Almanya ve İsviçre'deki yaklaşımlara da değinilmiştir. 2014 tarihli olmasına karşın alana dair en son düzenleme olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı da incelenmiştir. Tüm bu değerlendirmeler neticesinde edindiğimiz kanaatler, tespit ettiğimiz sorunlar ve önerilerimiz sonuç bölümünde takdim edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN GENEL ESASLARI

§1. REKABET HUKUKUNUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN AMACI

A. Rekabet Hukuku Kapsamında Tazminat Sorumluluğunun Özel Olarak Düzenlenmesi Gereksinimi Üzerine Düşünceler

Günümüzde etkili bir rekabet politikasının kamu ve özel hukuk ayağından oluşan ikili bir yaptırım sistemi üzerine inşa edilmesi gerektiği kabul edilmekte ve rekabet hukuku sistemlerinde tazminat sorumluluğuna dair düzenlemelerin gün geçtikçe yer edindiği görülmektedir. Ne var ki ekonomik yaşamın piyasa ekonomisi kurallarına göre sürdürülmesi ve serbest rekabet düzeninin korunarak iktisadi etkinliğin artırılması adına devletin piyasaya müdahale araçları olarak görülen rekabet kanunlarında tazminat sorumluluğunun düzenlemesi tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Tazminat uygulamasının genel kanunlara bırakılması gerektiğini savunan sınırlı sayıdaki görüşün varlığına rağmen bizim de katıldığımız hakim görüş rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesinin isabetli bir tercih olduğu yönündedir[1]. Zira

[1] **Gürzumar**, Osman Berat, "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2006, s. 139; **Kesici**, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki

aşağıda detaylarıyla aktarılacağı üzere rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğu, sorumluluk hukukuna ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak yalnız zararın giderimi amacına hizmet etmemekte; idari yaptırımları tamamlayıcı bir rol de üstlenmektedir[2]. Diğer bir ifadeyle rekabet ihlallerinden zarar görenlere tanınan tazminat hakkı, piyasadaki serbest rekabet koşullarının korunmasını da sağlamaktadır.

B. Rekabet Hukukunda Öngörülen Tazminat Sorumluluğunun Amacı

Sorumluluk hukukuna hakim olan "*Neminem leadere* (kimseye zarar verme)" ilkesinden hareketle tazminat sorumluluğunun başlıca amacı "*zararın giderilmesi (denkleştirilmesi)*" şeklinde ifade edilmektedir[3]. Rekabeti ihlal eden davranışların çeşitli zararlara yol açması nedeniyle zararın giderimi amacının rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğunun amaçları arasında yer aldığına şüphe yoktur. Ancak rekabet kanunlarının piyasadaki oyunculardan ziyade rekabetçi piyasa yapısını koruduğu düşünüldüğünde tazminat sorumluluğunun rekabet hukuku nezdindeki öncelikli amacının kişisel zararların tazminiyle sınırlı olmadığı açıktır.

Tüketici ve rakipler ile ürünlerin üretim veya dağıtım faaliyetini üstlenen ara teşebbüslerin rekabet ihlalleri sonucu zarara uğradığı bir piyasada iktisadi etkinlikten

---

Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 15; **Sanlı**, Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2003, s. 197 - 262, s. 203; **Sekmen**, Orhan, Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 18. Arı, rekabet hukuku düzenlemelerinde tazminat sorumluluğuna ayrıca yer verilmesini isabetli bulmakla birlikte içtihat birliğinin sağlanması adına hukuka aykırılığın tespitinde idari merci kararlarına öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 215. Aslan ise rekabet hukunun özellikle düzenlemesi gereken konuları içermesi beklenirken genel kanunlarla halledilebilecek hususları da düzenlemesini isabetli bulmadığını belirterek bu düzenlemelerin tazminat hakkındaki genel kanunların sistematiğine aykırı olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori - Uygulama - Mevzuat, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa 2017, s. 1136. Aynı yönde bkz. **Taşpınarlı**, Caner, "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 45.

2 **Deniz**, Seda/**Polat**, Belit/**Yılmaz**, Başak, "Rekabet Hukukundan Doğan Tazminat Davalarına Genel Bir Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, 2012, s. 165 - 180, s. 167; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 207; **Şahin**, Murat, Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 20.

3 **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 514.

söz etmek mümkün değildir. Bu kimselerin uğradıkları zararın tazmini piyasadaki iktisadi etkinliğin tesisinde önemli olsa dahi rekabet hukukunda esas olan ihlallerinin önlenmesi suretiyle bu etkinliğin her daim korunmasıdır. Dolayısıyla rekabet hukuku kapsamında düzenlenen tazminat sorumluluğunun asıl amacı; yaratılan tazminat ödeme riski sayesinde rekabeti ihlal etmeye niyetlenen teşebbüsleri caydırarak doğması muhtemel zararların önlenmesidir[4]. Nitekim sorumluluk hukukuna ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak Türk rekabet hukukunun da aralarında bulunduğu kimi rekabet hukuku sistemlerinde zarar görenlere tanınan zararın üç katı tazminat talep edebilme imkanı da bu görüşü destekler niteliktedir[5]. Bu yönüyle rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun, kamu hukuku yaptırımlarıyla ortak bir amaca hizmet ettiği düşünülse de bu sorumluluğun önemi; gereken bütçenin ayrılamaması, yeterli sayıda yetişmiş personel istihdam edilememesi veya kurumun siyasi baskılardan uzak tutulamaması gibi nedenlerle idari otoritenin rekabet ihlalleriyle yeterince mücadele edememesi halinde kendini göstermektedir[6]. Gerçekten de çoğu gizli yürütülen rekabet ihlallerinin tespiti aşamasında rekabet otoritelerinin yaşadığı yetersizlikler teşebbüsleri ihlale dahil olmaya iterken bilhassa üç kat tazminat imkanının da etkisiyle zarar görenler tarafından açılacak çok sayıda dava ile karşılaşma ve yüklü miktarda tazminat ödeme ihtimali teşebbüslerin bu arzusunun önünü kesebilmektedir[7].

Son olarak rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun caydırma amacının ön plana çıkarılmasının tazminat sorumluluğunun başlıca amacı kabul edilen zararın

---

4 **Kesici**, s. 34; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 206; **Şahin**, Murat, s. 20. Zararın önlenmesi sorumluluk hukukunun da genel amaçları arasındadır. Esasen bir yaptırım görevi de gördüğü ifade edilen bu amaç uyarınca hukuka aykırı bir davranışı tazminat yaptırımına bağlamanın herkesi davranışlarında daha dikkatli davranmaya iteceği düşünülmektedir. Ancak sorumluluk hukukunda bu amacın zararın giderimi amacının önüne geçemeyeceği kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 514.

5 Amerikan rekabet hukukunun etkisiyle Türk rekabet hukukunda da kabul edilen üç kat tazminat sistemi, hukuki niteliği itibarıyla cezalandırıcı tazminat görünümündedir. Bu nedenle üç kat tazminat sisteminden yola çıkılarak rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun cezalandırma amacı olduğu da düşünülebilmektedir. Ancak kanaatimizce bu amaç yalnız üç kat tazminat sisteminde ön plandadır. Üç kat tazminat sisteminin hukuki niteliği hakkındaki görüşler için ayrıca bkz. §8/II/A

6 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 215; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 208; **Şahin**, Murat, s. 19.

7 **Aşçıoğlu Öz**, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması,Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:4, Ankara 2000, s. 105; **Şahin**, Murat, s. 20.

giderilmesi amacını dışlamadığının hatırlatılması gerekmektedir. Zira aksi bir kabul başta tazmin edilebilir zararların kapsamının belirlenmesi gibi hukuk politikası tercihleri doğrultusunda şekillenen noktalarda isabetsiz değerlendirmelere yol açabilmektedir.

II. REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sorumluluğun Hukuki Niteliğinin Belirlenmesinin Önemi

Geniş anlamda sorumluluk hukuku, "*sözleşme sorumluluğu*" ve "*sözleşme dışı sorumluluk*" hallerinden meydana gelmektedir. Bu iki sorumluluk türü arasındaki temel fark zararın doğumundan önce taraflar arasında bir hukuki ilişkinin olup olmaması noktasında ortaya çıkmaktadır. Sözleşme sorumluluğunda zarar görenle zarar veren arasında özel bir hukuki ilişki olup sorumluluk bu ilişkiden doğan yükümlülüklerin ihlalinden doğmaktadır. Sözleşme dışı sorumlulukta ise taraflar arasında herhangi bir ilişki bulunmamakta; sorumluluğun kaynağını, hukuk düzenince herkese yüklenen genel ve objektif bir yükümlülüğün ihlali oluşturmaktadır[8]. Diğer bir ifadeyle sözleşme dışı sorumlulukta taraflar arasındaki hukuki ilişki zararın doğumuyla gündeme gelmektedir. Sözleşme dışı sorumluluk ise genellikle "*haksız fiil sorumluluğu* (*kusur sorumluluğu*)", "*kusursuz sorumluluk*" veya "*fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk*" şeklinde kendini gösterebilmektedir. Hukuk düzeni tüm bu sorumluluk türlerini, sorumluluğun kapsamı ve koşulları ile tazminat taleplerinin ileri sürülmesi yönünden ayrı sonuçlara bağlamaktadır. Bu nedenle sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi teorik bir gayretten öte uygulamayı şekillendiren zorunlu bir aşama teşkil etmektedir.

---

[8] **Eren**, Genel Hükümler, s. 509; **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2016, s. 1; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 475.

B. Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Rekabet hukukunda zarar, herkese karşı uyulması gereken genel ve objektif bir yükümlülüğün teşebbüsler tarafından ihlal edilmesi sonucu meydana gelmektedir. Bu nedenle rekabet hukuku düzenlemelerinde öngörülen tazminat sorumluluğunun esasen sözleşme dışı sorumluluk niteliğinde olduğu ve unsurları itibarıyla bu sorumluluk türleri arasından haksız fiil sorumluluğuna tekabül ettiği kabul edilmektedir[9].

Rekabet ihlalleri öncesinde zarar veren ile zarar gören arasında hukuki bir ilişkiye genellikle rastlanmamaktadır. Şüphesiz bu durum rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunu, haksız fiil sorumluluğu şeklinde değerlendiren görüşün kabul görmesinde önemli bir etkendir. Ancak tarafların hukuki bir ilişki içerisinde bulunduğu aksi bir durumda dahi sorumluluğun niteliğinin değişmeyeceği düşünülmektedir[10].

---

9 **Akıncı**, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 358; **Aksoy**, M. Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara 2004, s. 45; **Ardıyok**, Şahin/ **Ilıcak**, Ali, "Yakın Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının Ampirik Analizi: İdarenin Tazminat Davalarına Katkı Düzeyi", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 493; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 215; **Cengiz**, Dilek, Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s. 367; **Deniz**/**Polat**/**Yılmaz**, s. 167; **Günay**, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Şubat 2014, s. 189; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 142; **Güven**, Pelin, "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2007, s. 211-259, s. 212; **Güven**, Pelin, Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2008, s. 738; **Kesici**, s. 16; **Utku**, Hilal/ **Polat**, Belit/ **Deniz**, Seda, "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları/Tort Liability in Competition Law and Procedural Problems in Action for Damages", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 2012, s. 103-136, s. 108; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 199; **Sayhan**, İsmet, "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 3, 2005, s. 29 - 64, s. 30; **Sekmen**, s. 18; **Şahin**, Murat, s. 133; **Tekinalp**, Ünal, "Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - III, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2005, s. 259; **Topçuoğlu**, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001, s. 299; **Yiğit**, İlhan, Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 5.

10 **Akıncı**, s. 358; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 215; **İkizler**, s. 357, dn. 310; **Kesici**, s. 17. Zarar veren ve zarar görenler arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu rekabet ihlallerinde sözleşme sorumluluğuna ilişkin esasların uygulanması gerektiği yönünde ise bkz. Marmaris 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla), 14.11.2017 tarih, 2017/17 E. 2017/494 K. sayılı karar; **Sanlı**, Kerem Cem/**Kesici**, Buğra/**Doğan**, Cihan, "Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulunun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 4, 2018, s. 123 - 200, s. 128. Aynı yönde bkz. **Akipek Öcal**, Şebnem/**Kırkbeşoğlu**, Nagehan/**Tokbaş**, Hakan, Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 94.

Gerçekten de taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, tek başına sorumluluğun niteliğini değiştirmeye elverişli olmayıp böyle bir değişiklikten söz edebilmek için rekabet ihlaliyle sözleşme arasında bir bağın varlığı zaruridir. Bu ise sözleşme ihlalinin aynı zamanda rekabet kanunlarına aykırı olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla rekabet ihlali kaynaklı zararların görüldüğü her senaryo, haksız fiil sorumluluğunu da gündeme getirmektedir. Bununla birlikte zarar gören ile zarar verenin sözleşme ilişkisinin bulunduğu veya sözleşme görüşmelerine başlamaları nedeniyle birbirlerine karşı kimi yükümlülükler üstlendikleri durumlarda haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra sözleşme ya da *culpa in contrahendo* sorumluluğunun doğabileceğini söylemek teorik olarak mümkündür[11]. Zira rekabet etmeme yükümlülüğü, pasif satış yasağı benzeri kısıtlamalar içeren dikey anlaşma niteliğindeki sözleşme örneklerinde de görüldüğü üzere rekabet ihlalleri doğrudan teşebbüslerin taraf oldukları sözleşmelerle gerçekleştirilebileceği gibi ihlal teşkil bir eden fiile istinaden akdedilen sözleşmelerle de gerçekleştirilebilmektedir. Bu son ihtimale verilen en tipik örnek kartel üyesi teşebbüslerin müşterileri ile akdettiği sözleşmelerdir. Burada ihlalden zarar görenler, kartel anlaşması nezdinde üçüncü kişi konumundaki müşteriler olup kartel anlaşmasının tarafı olan teşebbüslerin sözleşme görüşmeleri esnasında aydınlatma yükümlülüklerini ihlal etmeleri sonucu müşterilerine karşı *culpa in contrahendo* sorumluluklarının doğabileceği ifade edilmektedir[12]. Ancak

---

[11] **Akıncı**, s. 358; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 51; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 215; **Atila**, s. 18; **Bülbül**, Aslı, "Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri: ABD, AB ve Türk Hukukları Üzerine Mukayeseli Çalışma", Ortadoğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Çalışmaları Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 52; **Kesici**, s. 19. Rekabet hukukuna aykırı sözleşmelerin geçersiz olması nedeniyle burada sözleşme sorumluluğuna dayanmanın mümkün olmadığı, sözleşmenin zarara uğrayan tarafının yalnız sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca tazminat talebinde bulunabileceği ancak bu durumda dahi haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep etmenin daha uygun olacağı yönünde bkz. **Aşçıoğlu Öz**, Hakim Durum, s. 181; **Şahin**, Murat, s. 253. Rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunun hukuki niteliğini inceleyen detaylı bir çalışma için ise ayrıca bkz. **Demirci**, Metin, "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

[12] **Akıncı**, s. 358; **Demirci**, s. 110; **Doğan**, Cihan, "Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Temeli ve Buna Bağlı Sorunlara İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", BATİDER, C. 33, S. 4, Aralık 2017, s. 271-313, s. 281; **Kesici**, s. 20; **Sanlı/Kesici/Doğan**, s. 130. Aslen Latince bir kavram olan "*culpa in contrahendo*" Türkçe'de "*sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusur*" anlamına gelmektedir. Bu noktadan hareketle kısaca "*sözleşmenin kurulmasından önce, henüz görüşmeler safhasında tarafların, kusurlu davranışlarıyla birbirlerine verdikleri zararlardan sorumluluğu*"

rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğunun bizzat rekabet kanunlarına aykırı fiil nedeniyle meydana gelen zararın tazminini amaçladığı düşünüldüğünde bu tür genel bir yükümlülüğe aykırılık sonucu oluşan zararların her durumda rekabet kanunları uyarınca tazmin edilebileceğini savunmak kanaatimizce güçtür.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda gelinen noktada rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunun temelini haksız fiilden aldığının kabulü kaçınılmazdır. Ne var ki rekabeti ihlal eden teşebbüs ve zarar görenler arasında rekabet ihlali ile bağlantılı bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu kimi istisnai hallerde haksız fiil sorumluluğuyla birlikte sözleşme sorumluluğunun doğması muhtemeldir. Nitekim son dönemde rekabet ihlallerinden zarar gören tüketicilerin zararlarının tazmininde sözleşme sorumluluğunu ön plana çıkaran bir yaklaşımın uygulamadaki varlığı da dikkat çekmektedir[13].

C. Rekabet Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması

Zarara verici olayın gerek haksız fiil gerek sözleşme sorumluluğunun şartlarını sağlaması halinde borçlar hukukundaki hakim görüş sorumlulukların yarıştığı ve zarar görenin talebini dilediği esasa dayandırabileceği yönündedir[14]. Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde de açıkça ifadesini bulan bu görüşün rekabet hukukunda uygulanması önünde herhangi bir engel yoktur[15]. Dolayısıyla rekabet ihlali hem haksız

---

şeklinde tanımlanan culpa in contrahendo sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demircioğlu**, H. Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

13 Kurul'un 08.03.2013 tarih, 13-13/198-100 sayılı 12 banka kararına istinaden tüketicilerin açtığı tazminat davalarında Yargıtay'ın taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dikkat çekerek bu ilişkiyi sorumluluğun kaynağı olarak değerlendirdiği birçok kararı mevcuttur. Bkz. 13. HD. 19.10.2016 tarih, 2016/12718 E. 2016/18811 K. sayılı karar; 19. HD. 13.06.2017 tarih, 2016/10957 E. 2017/4906 K. sayılı karar; 19. HD. 20.06.2017 tarih, 2016/10649 E. 2017/5244 K. sayılı karar; 19. HD. 22.06.2017 tarih, 2016/10675 E. 2017/5443 K. sayılı karar; **Demirci**, s. 99; **Topuz**, Murat/**Bakar**, Gökhan, Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2017, s. 190.

14 **Eren**, Genel Hükümler, s. 1138; **Oğuzman**/**Öz**, s. 292; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 981.

15 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun, 818 sayılı Eski Borçlar Kanununda bulunmayan "*Sebeplerin Yarışması*" başlıklı 60. maddesi; "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliyorsa hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkanı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*" şeklindedir. Bir rekabet ihlali sonucu uğranılan zararın tazmininde haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra sözleşme sorumluluğuna da dayanılabileceğinin tespit edilmesi halinde burada TBK'nın 60. maddesi uyarınca sebeplerin

fiil hem sözleşme sorumluluğunun şartlarını taşıdığı takdirde ilgili ihlalden zarar görenler tazminat taleplerini seçecekleri sorumluluk sebebi uyarınca ileri sürebilmektedir[16]. Buna karşın zarar görenlerin borçlar hukuku bakış açısıyla sözleşme sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha avantajlı olduğu ön kabulüyle hareket etmeleri rekabet hukuku açısından her daim isabetli değildir[17]. Zira borçlar hukukuna göre özel hüküm (*lex specialis*) mahiyetindeki rekabet hukuku düzenlemeleriyle zarar görene tanınan kimi imtiyazlar (kusurun ispatı, müteselsil sorumluluk ve zararın üç katı oranında tazminat imkanı gibi) ile uygulamada izlenen yöntemler bu sorumluluklar arasındaki temel farklılıkların önüne geçebilmektedir[18]. Bu nedenle rekabet ihlallerinin tespitinde kullanılan olay temelli (*case by case basis*) yaklaşımın bu ihlallerden doğan zararların tazmini talebinde dayanılacak sorumluluk sebeplerinden hangisinin daha avantajlı olduğunu belirlemede de kullanılması gerekmektedir.

---

yarıştığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, 25.10.2017 tarih, 2016/955 E. 2017/729 K. sayılı karar; **Sanlı/Kesici/Doğan**, s. 129.

16 **Akıncı**, s. 358; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 215; **Demirci**, s. 141; **Kesici**, s. 21.

17 Türk borçlar hukukunda haksız fiil ile sözleşme sorumluluğu arasındaki farkları; borçlunun kusurunu ispat yükü, zamanaşımı, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk gibi başlıklar altında toplamak mümkündür. Bu noktada bilhassa kusursuzluğunu ispat yükünün borçlunun üzerinde olması (TBK m. 112) ve borcun on yıllık zamanaşımı süresine tabi olması (TBK m. 146) uygulamada sözleşme sorumluluğunun daha avantajlı algılanmasına neden olmaktadır. Zira haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresi zararı ve faili öğrenmeden itibaren iki yıl ve her halde fiilin işlenmesinden itibaren on yıl (TBK m. 72) iken borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklı üzerindedir (TBK m. 50).

18 Örneğin; Türk rekabet hukukunda zamanaşımına dair özel bir kural öngörülmediğinden TBK'daki zamanaşımı sürelerine riayet edilmesi gerekmektedir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında bir an için sözleşme sorumluluğunun daha avantajlı olduğu düşünülse dahi zamanaşımının başlama süresi, zararın öğrenildiği tarih, ihlalin tespit edildiği Kurul kararının kesinleşmesi, Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda uygulanan sekiz yıllık zamanaşımı gibi durumlar bu sorumluluğunun avantajlarını ortadan kalkabilmektedir. Öte yandan rekabet ihlallerinin kusurla iç içe geçen yapısı ve kusurun ispatı konusunda kanunda yer verilen özel düzenleme sözleşme sorumluluğunun bu alanda sunduğu faydaları da gölgeleyebilmektedir. Bkz. **Demirci**, s. 141; **Kesici**, s. 21, dn. 37.

§2. FARKLI HUKUK DÜZENLERİNİN REKABET HUKUKUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNA YAKLAŞIMI

I. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ REKABET HUKUKU

Amerikan İç Savaşının (1861-1865) etkisiyle ekonomide meydana gelen köklü değişimler sonucu 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren büyük ölçekli üretim artmaya başlamış ve o dönem sayıları az olan büyük üreticiler arasında yaşanan yoğunlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ilk kez ABD'de deneyimlenmiştir[19]. Bu sorunların ilk kez yaşandığı ABD, rekabet hukuku alanında yapılan ilk yasal düzenlemelere de imza atmıştır[20]. Rekabet hukuku ihlallerinin caydırılması ve ihlallerden zarar görenlerin zararlarının giderilmesi amacıyla öngörülen özel hukuk yaptırımlarına ise Sherman Yasası ve Clayton Yasası'nda yer verilmiştir.

A. Sherman Yasası

Amerika Birleşik Devletleri'nde federal düzeyde bir serbest rekabet politikasının 1890 yılında Sherman Yasası'nın (*Sherman Act*) Kongre'de kabul edilmesiyle birlikte uygulanmaya başladığını söylemek mümkündür[21]. Yasanın birinci bölümünde eyaletler arasında veya yabancı ülkelerle yapılan ticareti kısıtlayan her sözleşme veya danışıklı

---

19 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 23; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 18; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 27. ABD rekabet hukukunun tarihine dair bilgi için bkz. **Uran**, Emrah, Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2019.

20 Rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uygulamaları yasaklayan yasal düzenlemelerin tarihi genellikle Sherman Yasası ile başlatılmaktadır. Bununla birlikte Eski Yunan ve Hindistan'da M.Ö. 50 yılında dahi rekabeti düzenleyen yasalar bulunmaktadır. Benzer şekilde Romalı hukukçuların da iktisadi hayatı ve halkın refah seviyesini koruma altına almaya yönelik tedbirlere önem verdiği; 483 yılında Zero'nun geniş kapsamlı bir kartel yasası çıkardığı görülmektedir. Tekelleri önlemek amacıyla çıkarılan moder anlamda ilk yasanın ise 1624 tarihli İngiliz "Statue of Monopoly" yasası olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 17; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 49.

21 "*An Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies*" (Sherman Antitrust Act), 26 Stat. 209 (1890). Bkz. **Akıncı**, s. 34; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 24.

ilişki ile gizli işbirlikleri hukuka aykırı kabul edilmiştir[22]. Yasanın ikinci bölümünde ise tekel oluşturmak veya oluşturmaya teşebbüs etmek ile yine eyaletler arasında ya da dış devletlerle yürütülen ticaretin herhangi bir aşamasında bu amaçla yapılan işbirlikleri ve kurulan danışıklı ilişkiler yasaklanmıştır. İlgili ihlallerden zarar görenlerin dava hakları ilk önceleri Sherman Yasası'nın yedinci bölümünde düzenlenmişken aşağıda detaylı bir biçimde inceleyeceğimiz Clayton Yasası'nın 4. madde hükmü bu bölümü yürürlükten kaldırmış ve üçüncü kişilerin zararlarından doğan sorumluluğu genel bir çerçeveye kavuşturmuştur[23]. Bugün için Sherman Yasası kaynaklı taleplerin büyük bir kısmını hukuk davaları oluşturmaktaysa da bu yasanın aynı zamanda bir ceza yasası olduğunu belirtmekte yarar vardır. Zira bu yasanın ihlali halinde on yıla kadar hapis cezasına ek olarak şirketler hakkında yüz milyon dolara, şahıslar hakkında ise bir milyon dolara kadar para cezasına hükmedilebilmektedir. Adalet Bakanlığı (*United States Department of Justice, DOJ*) tarafından yürütülen bu cezai soruşturmaların bilhassa fiyat tespiti gibi kasten işlenen açık ihlallerle sınırlandırıldığı görülmektedir[24].

B. Clayton Yasası

Sherman Yasası, Amerikan rekabet hukunun temellerini atarken rekabeti kısıtlayan uygulamalar ve tekellerle daha etkili mücadele edebilmek için 1914 yılında yürürlüğe giren Clayton Yasası (*Clayton Act*) ile bu yasadaki boşukların birçoğu giderilmeye çalışılmıştır[25]. Clayton Yasası, rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları, işbirliği

---

22 Common Law hukuk sistemi geleneklerine uygun şekilde hazırlanan bu yasa, sadece ihlalleri tanımlamakla yetinmiş detay düzenlemeleri Yüksek Mahkeme'ye bırakmıştır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 24. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme kararları ile madde metninde yer verilen "*her*" ibaresi "*makul olmayan kısıtlamalar*" şeklinde sınırlandırılmış; eyaletler arası ticareti etkileyen eyalet içi faaliyetlerin de eyaletler arası ticaret kapsamına gireceğini belirtmiştir. Bkz. **Uran**, s. 27.

23 1914 tarihli Clayton Yasası'nın 4. maddesinde üçüncü kişilerin zararından doğan sorumluluk genel olarak rekabetin yatay ve dikey kısıtlanması halleri ile tekelleşme ve birleşme (*merger*) durumlarını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 360; **Kesici**, s. 29, dn. 68.

24 **Uran**, s. 27. Rekabet ihlalleri nedeniyle hapis cezası uygulamasına sıklıkla rastlanmasa dahi birçok kişinin kısa süreli hapis cezasına çarptırıldığı da söylenmektedir. Bkz. **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 118.

25 Sherman Yasası'nın ardından çıkarılan tamamlayıcı nitelikteki yasalar Clayton Yasası ile sınrlı değildir. İhtiva ettikleri düzenlemeler bakımından inceleme konumuzun dışında kaldığı gerekçesiyle

veya danışıklı ilişkiler ile tekel oluşturmaya yönelik niyetlerine bakmaksızın açıkça saymıştır. Buna göre bağlama anlaşmaları, münhasır bayilik, yıkıcı ve ayrımcı fiyat uygulamaları ile rekabeti ortadan kaldıracak şekilde rakip şirketlerin paylarını iktisap etmek yasaktır. Ancak Sherman Yasası'ndan farklı olarak Clayton Yasası'nda düzenlenen bu kuralların ihlali cezai değil; yalnız hukuki sorumluluğa bağlanmıştır. Bu doğrultuda yasanın 4(a) maddesinde gerek Sherman gerekse Clayton Yasası'nın ihlali sonucu işi (*business*) veya malı (*property*) zarar görenlere makul bir avukatlık ücretiyle birlikte uğradıkları zararın üç katı oranında tazminat talep etme hakkı tanınmıştır[26]. Şüphesiz ki zararın üç katı tazminat isteyebilme imkanı ABD'de özel hukuk davalarını, rekabet ihlallerine karşı kullanılan çok önemli bir yaptırım aracı haline getirmiştir. Öyle ki günümüzde dahi rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarının etkinliği neredeyse ABD uygulamasıyla sınırlı olduğu görülmektedir[27].

II. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKU

Amerikan rekabet hukukunun dolaylı bir ürünü olan Avrupa Birliği rekabet hukuku, ABD'deki düzenlemelerin aksine birliğin temelini oluşturan antlaşmalardan "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union*)" kapsamında rekabet hukukunun ihlalinden zarar görenlere tanınan tazminat hakkını düzenlememiştir[28]. Bu nedenle önceki dönemlerde rekabet

---

çalışmamızda yer vermediğimiz bu diğer yasaları Federal Trade Commission Yasası (1914), Robinson - Patman Yasası (1936), Hart- Scott- Rodino Antitröst Yasası (1976) şeklinde sıralamak mümkündür. Bu yasalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 74; **Uran**, s. 30-31.

26 **Akıncı**, s. 360; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 120; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 73; **Uran**, s. 28. Clayton Yasası'nın ihlaller karşısında cezai bir yaptırım öngörmediği belirtilmesine rağmen üç kat tazminat talep hakkının cezalandırıcı fonksiyonu da olduğu düşünülmektedir. Bkz. **Şahin**, Murat, s. 22. Üç kat tazminat sorumluluğunun amacı ve hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §8/II/A.

27 Elbette bu durumun gelişmesinde maddi ve usul hukukuna ilişkin benimsenen diğer yaklaşımların (müşterek ve müteselsil sorumluluk, topluluk davaları, avukatlık ücretleri vb.) yanı sıra geçmişi uzun yıllara dayanan köklü bir rekabet hukuku uygulamasının da katkısı vardır. Bkz. **Şahin**, Murat, 23.

28 II. Dünya Savaşı sonrası ABD, Almanya'dan çekilme şartları arasında rekabet kanunu düzenlenmesi şartını saymış ve Alman Rekabet Kanunu, ABD etkisiyle şekillenmiştir. AB rekabet hukukunun oluşumunda ise Alman Rekabet Kanunu kilit bir rol üstlenmiş böylelikle AB rekabet hukuku, ABD rekabet hukukunun dolaylı ürünü halini almıştır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 27.

ihlallerinden zarar görenler tazminat taleplerini yalnız üye ülkelerin iç hukuklarına dayanarak ulusal mahkemeler nezdinde ileri sürebilmişlerdir. Ancak bu durum AB rekabet hukukunda tazminat davalarının gelişiminibüyük ölçüde engellemiştir. ABAD tarafından verilen kararlarla harekete geçen Komisyon, zaman içinde rekabet hukukunun ihlali kaynaklı tazminat davalarına etkinlik kazandırmaya yönelik reform çalışmalarına ağırlık vermiş ve AB rekabet hukukuna özgü bir tazminat rejimi geliştirme çabasına girmiştir[29].

A. *Courage* ve *Manfredi* Kararları

Avrupa Birliği'nde rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklan tazminat davalarının gelişiminde ABAD tarafından verilen kararların rolü oldukça büyüktür. Öyle ki AB'de rekabet kurallarının üçüncü kişilerin haklarını da koruduğu ve bu kuralları ihlal eden teşebbüslere karşızarar görenlerin tazminat talebiyle mahkemelere başvurabilecekleri ilk kez ABAD'ın "*SABAM*" kararında belirtilmiştir[30]. Ancak bu karar tazminat hakkının varlığına değinmekle yetinmiş; kimlerin, ne tür zararları talep edebileceği konusundaki belirsizlikleri gidermemiştir. Bu nedenle AB rekabet hukukunda tazminat davalarının gelişimine dair kronolojik incelemelerde genellikle tazminat talepleri konusundaki ilkelerin ABAD tarafından ilk kez ortaya konduğu *Courage* ve *Manfredi* kararları esasalınmıştır. Gerçekten de 2001 tarihinde verilen *Courage* kararı, ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerinin özel hukuk uygulamasında önemli bir dönüm noktası olmuştur. ABAD bu kararda özel hukuk yaptırımlarının ABİDA uygulamasını tamamladığını belirtmiş ve ihlalden zarar gören herkesin AB rekabet hukuku düzenlemelerine dayanarak tazminat talep etme hakkı bulunduğunu

---

29 **Gündüz**, Harun/ **Koyuncu**, Tuğçe, "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 12, S. 3, 2011, s. 85 - 178, s. 106.

30 *Belgische Radio en Televise v. SV SABAM and NV Fovior*, C 127-73,[1974] ECR 51; **Kortunay**, Ayhan,"AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - VI, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2008, s. 89 - 117, s. 90; **Şahin**, Murat, s. 69.

açıkça ifade etmiştir[31]. Zarar gören herkese tazminat hakkı tanıyan bu karar, davacıların kapsamını fazlasıyla genişlettiği için eleştirilmiştir. Bunun üzerine ABAD'ın 2006 tarihli *Manfredi* kararıyla bu karardaki ifadelere ilaveten ABİDA'yı ihlal eden fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunması koşulu getirilmiştir[32]. Böylelikle AB rekabet hukukunda ihlal ile zarar arasında illiyet bağı bulunması koşuluyla herkesin tazminat talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir.

B. Yeşil Kitap ve Beyaz Kitap

Avrupa Birliği nezdindeki tazminat davalarının içtihadi seyri esnasında rekabet hukuku uygulaması açısından önemli politika değişiklikleri öngören 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü de yürürlüğe girmiştir[33]. Bu Tüzük, üye ülkelerin rekabet otoriteleri ile mahkemelerini, AB rekabet kurallarını uygulamaya yetkili ve yükümlü kılmıştır[34]. Çelişkili kararların önlenmesi adına Komisyon kararlarını da bağlayıcı hale getiren 1/2003 sayılı Tüzüksayesinde üye ülkelerde açılacak tazminat davalarında davacılar Komisyon kararlarına dayanarak hukuka aykırılığı ispat etme imkanı elde etmiştir. Ancak tüm bu girişimler rekabet hukuku kaynaklı tazminat davalarının teşviki noktasında beklenen etkiyi yaratamamıştır. Bu dönemde ABAD tarafından verilen kararlar ve 1/2003 sayılı Tüzük ile getirilen yeni sistemin etkin kılınması ihtiyacı, Komisyonu tazminat davaları konusunda yoğun çalışmalar yapmaya yöneltmiştir. Komisyon, 2004 yılında "*Ashurst*" isimli bir hukuk firmasıyla anlaşarak üye ülkelerin

---

31 *Courage Ltd. v. Bernard Crehan*, Case C - 453/99, [2001] ECR I - 6297; **Jones**, Alison/**Sufrin**, Brenda, EU Competition Law - Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 5th Edition, 2014, s. 1102; **Kesici**, s. 24; **Kortunay**, Reform, s. 91; **Şahin**, Murat, s. 73; **Whish**, Richard/**Bailey**, David, Competition Law, Oxford University Press, 8th Edition, 2015, s. 314; **Vogelaar**, F.O.W, The EU Competition Rules, Landmark Cases of the European Courts and the European Commission, Third Edition, Groningen 2010, s. 397; **Yılmaz**, Tuğçe, s. 67.

32 *Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, Case C - 295/04, [2006] ECR I - 6619; **Jones**/**Sufrin**, s. 1104; **Kesici**, s. 25; **Kortunay**, Reform, s. 93; **Whish**/**Bailey**, s. 316.

33 Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16.12.2002 on the Implementation of the Rules on Competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ L 1/1, 04.01.2003. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001 (E.T. 14.11.2018).

34 **Kesici**, s. 25; **Kortunay**, Reform, s. 95; **Şahin**, Murat, s. 71; **Whish**/**Bailey**, s. 320.

tazminata dair mevcut düzenleme ve uygulamalarını inceleyen bir rapor hazırlanmasını talep etmiştir. Hazırlanan karşılaştırmalı rapor AB'de rekabet hukuku kaynaklı tazminat uygulamasının yeterince gelişmemiş olduğuna ve üye ülkeler arasında ciddi farklılıklar bulunduğuna dikkat çekmiştir[35]. Rapordaki tespitleri değerlendiren Komisyon, 2005 yılında rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat davalarının gelişimi önündeki engellere ilişkin çözüm önerilerini içeren Yeşil Kitap (*Green Paper*) ve Çalışma Belgesini (*Commission Staff Working Paper*) kamuoyunun görüşüne sunmuştur[36]. İlerleyen süreçte Yeşil Kitap'ta yer bulan öneriler hakkında ileri sürülen görüşler ve kendi politika hedefleri ile o dönem verilen *Manfredi* kararı ışığında mevcut durumu ele alan Komisyon, 2008 yılında Beyaz Kitap (*White Paper*) ve eki Çalışma Belgesini yayınlamıştır[37]. Böylelikle tazminat davaları konusunda AB rekabet hukukunda yapılması planlanan değişiklikler somut bir biçimde ortaya konulmuştur.

C. 2014/104 Sayılı Direktif

Avrupa Birliği rekabet hukukunda tazminat davalarının etkinliğinin artırılması adına 2004 yılından beri yürütülen yoğun çalışmaların ardından 2014 yılına gelindiğinde Komisyon tazminat davaları alanındaki ilk bağlayıcı düzenlemesi olan

---

35 *"Ashurst Study*" adıyla anılan bu raporda tazminat davalarının gelişimi ve etkinliği önündeki engeller; üye ülkelerin birçoğunun rekabet hukukunda tazminata ilişkin özel düzenlemelerin bulunmaması, grup davası açılamaması, sorumluluğun kusur esasına dayanması, delillerin toplanması ve ispat konusunda zarar görenlere kolaylık sağlanmaması, rekabet otoritelerin verdiği kararların mahkemeleri bağlamaması, zamanaşımı sürelerinin farklı ve kısa olması, zararın hesaplanmasına elverişli metotların olmaması ile yargılama giderlerinin davayı kaybeden tarafça karşılanması şeklinde sıralanmıştır. Bkz. **Ashurst**, "*Study on the Conditions of Claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules*", Comparative Report, Brussels, 31.08.2004; https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf (E.T. 14.11.2018). Rapora ilişkin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. **Kortunay**, Reform, s. 97.

36 **European Commission**, Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 final; **European Commission**, Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, 19.12.2005, COM (2005) 672 final. Yeşil Kitap ve eki Çalışma Belgesinin tam metinlerine erişim için bkz. https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/2006_1_1_en.pdf (E.T. 14.11.2018).

37 **European Commission**, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, 02.04.2008, COM (2008) 165 final; **European Commission**, Commission Staff Working Paper, Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, Brussels, 02.04.2008, COM (2008) 165 final. Beyaz Kitap ve eki Çalışma Belgesinin tam metni için bkz. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf

2014/104 sayılı Direktif kabul edilmiştir[38]. 26.12.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ve hâlihazırda üye ülkelerin iç hukuklarına da aktarılan bu Direktif'te teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin rekabet hukukunu ihlal etmeleri sonucu zarar gören kimselere tanınan tazminat hakkının tam anlamıyla kullanabilmesi için uyulması gereken kurallar düzenlenmiştir (Directive, Art. 1/I). Günümüzde rekabet hukunun ihlali sonucu açılan tazminat davaları yönünden AB'nin temel mevzuatı niteliğinde olan bu Direktif'e göre AB rekabet hukukunun ihlalinden zarar gören herkestamamen tazmin hakkına sahip olup üye ülkeler, AB tarafından sağlanan bu hakkın kullanılmasını imkansız kılacak veya zorlaştıracak düzenlemelerden kaçınmak mecburiyetindedir.

III. ALMAN VE İSVİÇRE REKABET HUKUKU

A. Alman Rekabet Hukuku

Alman rekabet hukukunda, Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschraenkungen, GWB*) kapsamında rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat sorumluluğu ayrıca düzenlenmektedir[39]. GWB'nin 33. paragrafında yer verilen ilgili düzenlemelere göre bu Kanun hükümlerini, ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerini ihlal eden veya rekabet otoritesinin (*Bundeskartellamt*) tasarruflarına uymayan kişilere karşı zarar gören rakiplerin ya da piyasaya katılan diğer kişilerin ihlalin önlenmesini talep etme hakkı bulunmaktadır (GWB §33, Abs. 1, 2). Bahsi geçen ihlalleri kast veya ihmalle gerçekleştirenler ise meydana gelen zararın faiziyle birlikte

---

38 2014/104/EU Directive on Certain Rules Governing Actions for Damages Under National Law of Infringements of the Competition Law Provisions of the Member States and of the European Union, OJ L 349/1, 05.12.2014. 2014/104 sayılı Direktifin orijinal tam metnine erişim için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=EN (E.T. 14.11.2018). Direktifin Türkçe çevirisi ve öngördüğü yenilikler hakkında bilgi için ise bkz. **Önal/Kesici**, s. 80 vd; **Yiğit**, İlhan, "Avrupa Birliğinin Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarına İlişkin Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış", Rekabet Forumu, S. 89, Aralık 2014, s. 12 - 30.

39 GWB'nin 33. bölümünün 1 ve 2. maddelerinde önleme ve kaçınma davaları, 3 ve 5. maddelerinde de tazminat davaları düzenlenmektedir. Tazminat hukukunun genel esasları konusunda ise Alman Medeni Kanunundaki hükümlerden yararlanılmaktadır. Bkz. **Kesici**, s. 31; **Şahin**, Murat, s. 116.

tazmininden yükümlü kılınmaktadır (GWB §33, Abs. 3). AB Komisyonu, Alman Rekabet Otoritesi ve üye devletlerin rekabet otoriteleri ile mahkemeleri tarafından verilen ihlalin tespitine ilişkin kararlar Alman mahkemeleri açısından bağlayıcı niteliktedir (GWB §33, Abs. 4).

B. İsviçre Rekabet Hukuku

İsviçre rekabet hukukunun temel mevzuatı Karteller ve Diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanun (*Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG*) olup özel hukuk yaptırımları bu kanunun üçüncü bölümü altında düzenlenmektedir. Bu Kanunun 12. maddesine göre hukuka aykırı bir fiille rekabetin kısıtlanması sonucu ilgili piyasaya girmesi veya piyasada faaliyet göstermesi engellenenler; (*i*) ihlalin sona erdirilmesini ya da önlenmesini, (*ii*) İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht, OR*) hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat ödenmesini, (*iii*) vekâletsiz iş görme hükümlerine istinaden hukuka aykırı yollarla elde edilen kârın iadesini talep hakkına sahiptir[40]. Hukuka aykırı kabul edilen rekabet kısıtlamaları ise özellikle sözleşme yapmanın reddi ve ayrımcı uygulamaları kapsamaktadır (KG, Art. 12/II)[41].

IV. TÜRK REKABET HUKUKU

1980 yılında karma sistemden liberal ekonomik sisteme geçiş yapan Türkiye'de rekabet hukukuna dair yasal bir düzenleme yapılması, Anayasanın 167. maddesi ve taraf olunan uluslar arası anlaşmaların bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Konuyla ilgili çeşitli tasarılar hazırlanmasına karşın bu tasarıların yasalaşması uzun bir süre mümkün

---

40 **Büyüksağiş**, Erdem/**Koyuncu**, Tuğçe,"Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S. 1, Ankara 2016, s. 153 - 198. s. 162; **Kesici**, s. 32.

41 **Büyüksağiş/Koyuncu**, s. 162; **Kesici**, s. 32; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 140.

olmamıştır[42]. Ancak AB ile Türkiye arasındaki ilişkilerin gelişim süreci ve Gümrük Birliği'ne dair 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının hazırlık aşaması bu alandaki çalışmalara hız kazandırmıştır[43]. AB mevzuatına uyum yükümlülüğü kapsamında 1992 yılında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde bir komisyon oluşturulmasıyla başlayan hızlandırılmış süreç, hazırlanan "*Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*" nın 07.12.1994 tarihinde kabul edilmesiyle nihayete ermiştir.

13.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabet hukukunun etkinliğini sağlamak adına yalnız kamu hukuku yaptırımlarını değil; rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçlarını da düzenlemektedir. Kanunun "*Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*" başlıklı beşinci kısımında düzenlenen bu sonuçlar geçersizlik ve tazminat yaptırımdan ibaret olup ihlalin önlenmesi veya durdurulmasına yönelik taleplere yer verilmemektedir[44]. 57. maddede ifadesini bulan tazminat yaptırımı uyarınca kanuna aykırı eylem, karar veya anlaşmalar ya da hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle rekabeti kısıtlayan teşebbüsler; bundan zarar görenlerin her tür zararının tazmininden sorumlu tutulmaktadır. İhlalin kast veya ağır ihmalle işlenmesi halinde ise zarar görenlerin uğradıkları maddi zararın veya zarar verenlerin elde etmeyi

---

42 Yetmişli yıllardan itibaren doğrudan veya dolaylı olarak rekabet hukuku alanda hazırlanan taslaklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 29; **Badur**, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 30.

43 Türkiye'de RKHK'nın hazırlanmasını gerektiren nedenleri anayasal ve ekonomik zorunluluklar ile AB mevzuatına uyum zorunluluğu şeklinde sıralamak mümkündür. Ancak bu süreçteki en önemli etken AB - Türkiye Ortaklık Konseyinin gümrük birliğini kuran 16 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı kararında öngörülen mevzuatların yakınlaştırılması ilkesi çerçevesinde Türkiye'ye yüklenen AB ile uyumlu bir rekabet hukuku yasasına sahip olma şartı olmuştur. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 26; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 40; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 81. Gümrük Birliği Kararı ve bu kararda yer verilen rekabet kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 47.

44 İsviçre ve Alman rekabet hukukunda özel hukuk yaptırımları arasında tazminat yaptırımına ek olarak ihlalden zarar görenlere ihlalin önlenmesi veya durdurulmasını talep hakkı tanınmaktadır. Böyle bir hakkın Türk rekabet hukukunda da tanınmasının isabetli bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir. Bkz. **Eğerci**, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2005, s. 255; **Şahin**, Murat, s. 131, dn. 418; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 275. Her ne kadar mevcut düzenleme bu hakkı sağlamaktan uzaksa da Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 2014 tarihli Kanun Tasarısı, ihlalden etkilenenlere veya etkilenebilecek olanlara ihlalin sona erdirilmesini ya da yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini talep hakkı tanımayı hedeflemektedir. Yapılması planlanan bu değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi ve mevcut düzenlemeler dahilinde geliştirilebilecek alternatif uygulama önerileri için bkz. **Kesici**, s. 368 vd.

umdukları kârın üç katını tazminat olarak talep edebilecekleri 58. maddeyle hüküm altına alınmakta ve nihayet 59. maddede ispat yükü belirlenmektedir. 4054 sayılı Kanun, Türk Borçlar Kanunu karşısında özel kanun niteliğini haiz olması nedeniyle rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğunda öncelikle uygulama alanı bulmaktadır. Ancak bu durum borçlar hukukunun genel esaslarının rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğuna uygulanmayacağı anlamı taşımamaktadır. Dolayısıyla TBK'nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49 ve devamı maddeleri rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat davalarına da kaynaklık etmektedir.

Türk rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğu ile ilgili değinilmesi gereken son husus, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 23.01.2014 tarihli Kanun Tasarısıdır. Her ne kadar geçmiş tarihli görünse de alanındaki son düzenleme olma özelliğini taşıyan bu Tasarı, 4504 sayılı Kanunun tazminat hakkına ilişkin 57. maddesinde esaslı değişiklikler öngörmektedir[45]. Tasarının "*Tazminat ve Dava Hakkı*" başlıklı 31. maddesinde ifadesini bulan bu değişikleri Kanuna aykırı birleşme ve devralmaların da tazminat sorumluluğu doğuran fiiller arasında sayılması başta olmak üzere "*üç katı oranında*" tazminatın "*üç katına kadar*" tazminat haline getirilmesi, pişmanlık programlarının tazminata etkisinin tespiti ile tazminat dışındaki taleplerin Kanuna dahil edilmesi şeklinde özetlemek mümkündür.

---

45 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının "*Tazminat ve Dava Hakkı*" başlıklı 31. maddesi şu şekildedir: "*Her kim, kusurlu olarak 4üncü madde kapsamında olan muafiyetten yararlanmayan anlaşma, karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6ncı veya 7nci maddeyi ihlal ederse, ihlalden doğrudan zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Zarar birden fazla kişinin davranışıyla ortaya çıkmışsa bunlar zarardan müteselsilen sorumludur. Ortaya çıkan zarar, bu Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmışsa, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir. Kurumla aktif işbirliği yaparak ceza bağışıklığından veya indiriminden yararlanan teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri bakımından ise, hükmedilecek tazminat uğranılan zararı aşamaz. İhlalden etkilenenlerin ya da etkilenebilecek olanların, devam eden ihlalin sona erdirilmesini veya yakın ihlal tehlikesinin önlenmesini hukuk mahkemesinden talep etme hakları saklıdır.*" 23.01.2014 tarihli Tasarının tam metni için bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0882.pdf (E. T. 01.12.2018).

§3. REKABET HUKUKUNUNUN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

I. HUKUKA AYKIRI FİİL

Rekabet hukuku bakımından tazminat sorumluluğunun ilk unsuru tıpkı borçlar hukukunda olduğu gibi fiildir. Borçlar hukukunda fiil "insan davranışı" anlamında bir üst kavram olarak kullanılmakta olup bu davranış; bir şeyi yapma (olumlu davranış) ya da yapmama (olumsuz davranış) şeklinde ortaya çıkabilmektedir[46]. Rekabet hukuku anlamında fiil ise rekabet hukuku normlarınca "*hukuka uygun*" veya "*hukuka aykırı*" şeklinde bir değer atfedilmiş; rekabet hukukunun temel süjesi olan teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmeye elverişli her türlü eylem, işlem, hal, hareket ve tutum olarak kendisini göstermektedir[47].

Gerek borçlar hukuku gerekse rekabet hukuku anlamında tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için fiilin hukuka aykırı nitelikte olması gerektiği açıktır. Dolayısıyla rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla 4054 sayılı RKHK'da yer verilen yasaklayıcı hükümlerden hareketle; rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, hakim durumun kötüye kullanılması hali ile kanuna aykırı birleşme ve devralmalar rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğu kapsamında hukuka aykırı fiil olarak değerlendirilebilmektedir[48]. Ne var ki; RKHK'nın konuya ilişkin "*Tazminat Hakkı*"

---

46 **Eren,** Genel Hükümler, s. 516; **Kılıçoğlu,** Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, 2017, s. 362.

47 Rekabet hukukunda fiil kavramı doktrinde; "*rekabet hukuku normlarının kendisine müspet veya menfi bir sonuç bağladığı, yani hukuka uygun veya hukuka aykırı şeklinde bir değer yargısında bulunduğu, rekabet hukuku süjesine atfı kabil her türlü eylem, işlem, hal, hareket ve tutum*"şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Atila**, s. 56; **Kesici**, s. 42; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 42.

48 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'unun amacı; teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin güçlerini kötüye kullanmalarını önleyerek rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi için kanunda öngörülen üç temel yasaklayıcı hüküm; rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar (RKHK. m. 4), hakim durumun kötüye kullanılması (RKHK. m. 6), hakim durum yaratmaya veya hakim durumun güçlendirilmesine

başlıklı 57. maddesinin "*her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur*" şeklindeki lafzından, yalnızca rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılması hallerinin tazminat sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiiller olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır[49].

Belirtmek gerekir ki; kanunda yer alan düzenlemelere aykırı birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğu doğurup doğurmayacağı rekabet hukuku doktrininde tartışmalıdır. Türk hukukunda da konuya ilişkin iki farklı görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki; birleşme ve devralmaların düzenlendiği RKHK'nın 7. maddesinin de tıpkı 4. ve 6. madde gibi yasaklayıcı hüküm niteliğinde olması nedeniyle hükmün ihlalini, hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterli kabul ederek 7. maddeye aykırı

---

yönelik rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmalar (RKHK. m. 7) şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere aykırılık teşkil edebilen davranışlar RKHK anlamında fiil unsurunu oluşturur. Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı, s. 4; **Atila**, s. 56; **Deniz/Polat/Yılmaz**, s. 166; **Koyuncu,** Tuğçe, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu: Ses Çözümleri ve Makaleleri - Tüketici Hukuku Açıklamaları, Editörler: Fehim Üçışık/ Hakan Tokbaş, s. 629 - 641, 2013, s. 629; **Utku/Polat/Deniz**, s. 109.

[49] Madde metni dikkatle incelendiğinde Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının yanı sıra sözleşme kavramının zikredildiği görülmektedir. Doktrinde, maddede yer verilen sözleşme kavramının birleşme ve devralmaları ifade etmek üzere bilinçli bir şekilde kullanıldığı görüşünde olan yazarlar mevcuttur. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1137; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 739; **Tekinalp**, Ünal, s. 261. Ancak bu konudaki hakim görüş; rekabet hukukundaki anlaşma kavramı, borçlar hukukundaki sözleşme kavramını kapsadığından RKHK m. 57'de sözleşme kavramının zikredilmesinin bilinçli bir tercihten ziyade gereksiz bir tekrar olduğu yönündedir. Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı, s. 50; **Atila**, s. 25; **Badur**, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001, s. 162; **Kesici**, s. 43; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 14. Maddenin yazım tarzı göz önüne alındığında, RKHK m. 4'e göndermede bulunan "*eylem, karar veya anlaşma*" şeklindeki sözcük grubunun içinde sözleşme kavramına yer verildiği; hemen ardından kanunun sistematiğine uygun bir biçimde RKHK m. 6'da düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması haline değinildiği görülmektedir. Bu durumda kanun koyucunun 4. maddeyi tasvir ettiği sırada araya girerek kullandığı sözleşme kavramı ile madde metnini 4, 7 ve 6. madde şeklinde kurgulaması makul olmayacağından sözleşme kavramının 7. maddede düzenlenen birleşme ve devralmaları kastettiğini söylemek güçtür. Aynı yönde **Kesici**, s. 99. Öte yandan madde metninde tercih edilen "*eylem, karar, sözleşme veya anlaşma*" şeklindeki ifade biçimi, sözleşme kavramının da 4. madde dahilinde düşünülmesini zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla sözleşme kavramının gereksiz bir tekrar olduğu görüşüne katılmakla birlikte; kanaatimizce burada kastedilenin uygulamada sözleşme kavramıyla anılan ve rekabeti kısıtlamaları muhtemel tek satıcılık sözleşmesi gibi sözleşme türleri olması da mümkündür.

birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğu doğuracağını savunmaktadır[50]. İkinci görüş ise; 7. maddenin öngördüğü bildirim sistemi nedeniyle önleyici nitelik arz ettiğini; normun koruma amacının piyasa yapısının ve potansiyel rekabetin korunması olduğunu dolayısıyla 7. maddeye aykırı birleşme ve devralmalar yönünden hukuka aykırılık bağı bulunmadığından tazminat sorumluluğu doğmayacağını ileri sürmektedir[51]. Genel kabul gören bu görüşe göre, 7. maddede birleşme ve devralmalar yoluyla hakim durum yaratılarak ya da güçlendirilerek rekabetin kısıtlanması yasaklandığından kanuna aykırı birleşme ve devralmaların sorumluluğa sebebiyet verebilmesi için hakim durumun varlığı gerekecek; zararın tazmini için hakim duruma ilişkin 6. madde vasıtasıyla 57. maddeye başvurmak yeterli olacaktır[52]. Gerçekten de yalnızca tazminata ilişkin 57. maddenin değil; 4054 sayılı Kanun'daki rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçlarına ilişkin maddeleringenel düzenleniş biçimi ve 7. maddenin yapısı gereği, birleşme ve devralmaların RKHK'da öngörülen tazminat sorumluluğu kapsamı dışında kalması daha makuldür.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 31. maddesinde, RKHK'nın 57. maddesinin hiçbir tereddüde yer bırakmayarak "*her kim,...,4 üncü madde kapsamında olan ve muafiyetten*

---

50 RKHK m. 7 hükmüne aykırılığın tazminat sorumluluğu doğuracağı yönündeki görüşler için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1137; **Eğerci**, s. 254; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 739; **Sayhan**, s. 42; **Topçuoğlu**, Metin, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 5 - 59, s. 17

51 RKHK m. 7 hükmüne aykırılığın tazminat sorumluluğu doğurmayacağı yönündeki görüşler için bkz. **Atila**, s. 48; **Bülbül**, s. 51; **Kesici**, s. 104; **Deniz**/**Polat**/**Yılmaz**, s. 168; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 105;**İnan**, Nurkut, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara Barosu Yayınları Konferanslar Dizisi: 03, s. 590-618, s. 608; **Özsunay**, Ergun, "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 Sayılı RKHK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - III, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2005, s 117 - 151, s. 143; **Utku**/ **Polat**/ **Deniz**, s. 110; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 232; **Yılmaz**, Tuğçe, "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Zararlar ve Bu Zararların Tazmini", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 26; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 9.

52 **Atila**, s. 48; **Deniz**/**Polat**/**Yılmaz**, s. 168; **Kesici**, s. 104; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 216; **Yılmaz**, Tuğçe, s. 25. RKHK m. 7 önleyici niteliği gereği hakim durum oluşmadan uygulama alanı bulmakta; Rekabet Kurulu'na verdiği münhasır yetki ile bir birleşme veya devralmanın hakim duruma sebebiyet vermesi halinde, ortaya çıkan hakim durumun rekabeti kısıtlayıcı potansiyelinin var olup olmadığının denetlenmesini hedeflemektedir. Bu nedenle, mahkemelerin önüne 7. madde kaynaklı bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi güçtür. Bkz. **Kesici**, s. 100; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 216.

yararlanmayan anlaşma,karar veya uyumlu eylem ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut 6 ncı veya 7 nci maddeyi ihlal ederse ,... zarar görenlerin bu nedenle uğradıkları her türlü zararı tazmin etmekle yükümlüdür" şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür[53]. Ancak tasarının yasalaşmadığı mevcut durumda, Türk rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunu doğuran fiillerin; 4. maddede düzenlenen rekabeti kısıtlayan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile 6. maddede düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması hali ile sınırlı olduğu söylenebilecektir[54].

Avrupa Birliği rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunu doğuracak rekabet ihlalleri 2014/104 sayılı Direktif uyarınca ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerinin veya üye devletlerin ulusal rekabet hukukunun ihlali şeklinde düzenlenmiştir (Directive, Art. 2/I). Birleşme ve devralmalar noktasında ise AB rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu yönünden teorik bir tartışma olmadığı gibi konuya ilişkin müşterek bir düzenleme de yoktur[55]. ABD'de ise 1914 tarihli Clayton Yasası'nın 4. maddesi gereği rekabetin yatay ve dikey kısıtlanması, tekelleşme ve birleşme halleri tazminat sorumluluğuna yol açmaktadır. Bu nedenle; her ne kadar ihlal halinde oluşacak

---

53 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 4054 sayılı Kanun'un 57. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 31. maddesinin gerekçesinde, "*Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin yanında 7 nci maddesi kapsamındaki ihlallerden zarar görenlerin de tazminat ve ihlalin engellenmesini talep etme hakları düzenlenmiştir*" ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce bu açıklama; bizim de katıldığımız, kanun koyucunun şu an yürürlükte olan 4054 sayılı Kanun'da yalnızca 4. ve 6. madde kapsamındaki ihlallerden doğan zararların tazminini öngördüğü yönündeki görüşü doğrular niteliktedir. Ancak bu değişikliğin, yapılması planlanan diğer değişikliklerin bir yansıması olduğunu belirtmekte yarar vardır. Zira tasarının, konunun esasını teşkil eden 7. maddede değişiklik yapılmasını öngören 3. maddesi ile 4054 sayılı Kanun'da olduğu gibi yalnız hakim durum yaratılması ya da bu durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabeti kısıtlayan değil; genel olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmalar yasaklanarak birleşme ve devralmalar yönünden ihlalin 6. maddenin aracılığı olmaksızın meydana gelmesinin önü açılmıştır. Ayrıca tasarıda, rekabet ihlallerinin özel hukuk alanındaki sonuçlarında bütünlüğü sağlayacak şekilde 4054 sayılı Kanun'un 56. maddesindeki geçersizlik yaptırımına, sadece 4. maddenin değil; 6. ve 7. maddenin de tabi kılınması planlanmıştır.

54 Yargıtay kararlarında bugüne kadar konu açıkça değerlendirilmiş değildir. Ancak 19. HD. 29.11.2002, E. 2002/2827, K. 2002/7580 sayılı kararın karşı oy gerekçesinde savunulan görüş dahilinde 4054 sayılı Kanun'un 58. maddesi uyarınca tazminata karar verilebilmesi için Rekabet Kurulu tarafından 4054 sayılı Kanunun 4, 6 veya 7. maddelerin ihlal edildiğinin saptanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 740; **Kesici**, s. 96; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 243.

55 AB rekabet hukuku uygulamasında ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerinin ihlali nedeniyle zarar görenlere tazminat hakkı tanınmışken; birleşme ve devralmalar tazminat sorumluluğunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak 2014/104 sayılı Direktif'te iç hukuklara yapılan gönderme gereği, AB uygulamasındaki bu durum, üye ülkelerin ulusal rekabet hukuklarında konunun tartışılmasına ya da ayrıca düzenlenmesine engel teşkil etmeyecektir. Bkz. **Kesici**, s. 98; **Şahin**, Murat, s. 68.

zararların türü, tazmin yöntemi ve davacı sıfatı tartışmalı olsa da kural olarak kanuna aykırı birleşme ve devralmaların tazminat sorumluluğu doğuracağı, Amerikan antitröst hukukunda kabul edilmektedir.

Sonuç olarak; rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğu yönünden fiil unsurunun, Türk ve AB hukukunda sadece rekabetin yatay veya dikey kısıtlanması sonucunu doğuracak anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması halleri; Amerikan hukukunda ise bu hallerle birlikte kanuna aykırı birleşme ve devralmalar şeklinde nitelendirilmesi mümkündür.

II. ZARAR

Hukuka aykırı fiil sonucu meydana gelen zarar, tazminat sorumluluğunun en önemli unsurunu teşkil etmektedir. Öyle ki zararın olmadığı yerde hukuki sorumluluktan söz edilememektedir[56]. Zira hukuka aykırı fiilin tazminat borcu doğurması, zararın telafisi yükümlülüğünden ileri gelmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı fiil niteliğindeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ile hakim durumun kötüye kullanılması halinin tazminat sorumluluğuna yol açması içinde rakipler ve/veya üçüncü kişiler nezdinde bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir[57].

Tazminat sorumluluğu bakımından kendisine atfedilen özel öneme rağmen yasal düzenlemelerde zarar unsurunun tanımlanmadığı, bu görevin doktrin ve uygulamaya bırakıldığı görülmektedir. Doktrinde zarar, "*geniş anlamda*" ve "*dar anlamda*" zarar olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Bu ayrıma göre geniş anlamda zarar,

---

56 **Eren**, Genel Hükümler, s. 520; **Kılıçoğlu**, s. 386; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 545.

57 **Kesici**, s. 159; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 19; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 213. Rekabet hukukunun ihlali halinde esasen iki tür zarar ortaya çıkmaktadır. Bu zararlardan ilki rekabet ihlalinin piyasadaki rekabet sürecine verdiği genel nitelikteki zararlar (*harm to competition*) olup ikincisi ise bu ihlalin rakip veya üçüncü kişilere verdiği bireysel zararlardır (*private damage*). Ancak tazminat taleplerine konu edilemeyen rekabet sürecine verilen genel nitelikteki zararlardan burada bahsedilmemektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 373: **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 221; **Gündüz**, Hale/**Bozkuş**, Sinan, "Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar/ Quantification of Antitrust Damages: General Approaches in The Light of EU Experience", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 2012, s. 51 - 102; s. 56; **Sekmen**, s. 41.

hem maddi hem manevi zararı kapsamına almakta ve bir kimsenin mal veya şahış varlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir[58]. Dar anlamda zarar ise malvarlığı zararından ibarettir. Burada zarara sebep olan haksız fiil gerçekleşmeseydi malvarlığının alacağı hal ile bu fiil sonrası aldığı hal arasındaki farkın zararı meydana getirdiği kabul edilmektedir[59]. Bu genel yaklaşımdan hareketlerekabet hukukunda zarar kavramı "*rekabet kısıtlanmasaydı rakipler ve/veya üçüncü kişilerin malvarlıklarının bulunacağı durum ile rekabetin kısıtlanması sonucu aldığı durum arasındaki fark*" şeklinde tanımlanabilmektedir[60]. Nitekim RKHK'nın "*Zararın Tazmini*" başlıklı 58. maddesi de zararı, "*ihlalden zarar görenlerin ödedikleri bedellerekabet kısıtlanmasaydı ödeyecekleri bedel arasındaki fark*" olarak nitelendirmektedir[61]. Her ne kadar RKHK 57. maddesinin lafzında her türlü zararın tazmininden bahsetmekteyse de 58. maddenin açıkça maddi zarara işaret eden düzenlemesi gereği Türk rekabet hukukunda ihlalden zarar görenler, maddi zararın başlıca türlerinden olan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr niteliğindeki zararlarının tazminini talep edebilmektedir[62]. Gerek fiili zarar gerek yoksun kalınan kâr bakımından zararı ispat yükü zarar görene aittir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu, geleneksel anlayışa uygun olarak rekabet ihlalinin neden olduğu zararların telafisini (*compensate*) amaçlamakta ve bu amaca ulaşmak için ilgili ihlal gerçekleşmeseydi zarar görenlerin içinde bulunacağı eski durumun tesisini hedeflemektedir[63]. Anılan hedef doğrultusunda

---

58 **Eren**, Genel, Hükümler, s. 521; **Oğuzman**/**Öz**, s. 40; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 548.

59 **Eren**, Genel, Hükümler, s. 523; **Oğuzman**/**Öz**, s. 39; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 548.

60 **Kesici**, s. 159; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 19.Sanlı, rekabet hukukunda zararı "*rekabet sınırlanmadığı bir varsayımda piyasanın alması muhtemel durum ile rekabetin sınırlanması nedeniyle oluşan mevcut durum arasındak fark*" şeklinde tanımlamaktadır. Ancak kanaatimizce bu tanım rekabet ihlali sonucu oluşan genel nitelikteki zararlar için daha uygundur. Bkz. **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 220.

61 RKHK'nın 58. maddesinde yer alan bu düzenleme rekabet ihlallerinin her daim fiyatlarda artışa yol açmayacağı gerekçesiyle doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Ancak kanaatimizce kanun koyucu fazladan ödenen bedel ile sınırlı bir düzenleme yapmamakta isabetsiz de olsa genel bir zarar tanımı vermeye çalışmaktadır. Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §7/I/C/1.

62 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1141; **Gündüz**/**Bozkuş**, s. 60; **Kesici**, s. 167; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 20; **Utku**/**Polat**/**Deniz**, s. 110; **Sekmen**, s. 56; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 215. Rekabet hukunun ihlali sonucu doğan tazmin edilebilir zararlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. §7/I.

63 **Directive**, p. 12; **Jones**/**Sufrin**, s. 1107; **Kesici**, s. 169; **Önal**/**Kesici**, s. 88; **Şahin**, Murat, s. 79.

2014/104 sayılı Direktif'te rekabet ihlallerinden zarar gören herkesin tazminat hakkına sahip olduğu açıkça hükme bağlanarak tazminat kapsamındaki zararlarfiili zarar ve yoksun kalınan kârşeklinde belirlenmektedir (Directive, Art. 3/I, II)[64]. Benzer şekilde ABD'de rekabet ihlallerinden zarar görenlere maddi tazminat talebinde bulunma hakkı tanıyan Sherman ve Clayton Yasaları uyarınca açılan antitröst davalarında da davacıların zararının genellikle fazla ödemeden kaynaklı zararlar (*overcharge injuries*) ile kâr kaybı (*loss of profit*) olduğu görülmektedir[65].

Son olarak haksız fiilden kaynaklanan tazminat borcunun üst sınırını meydana gelen zararın oluşturduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu ifade tazminatın her zaman meydana gelen zarar miktarına eşit olduğu anlamına gelmemektedir. Yasayla düzenlenen indirim sebeplerinin varlığı halinde zarar veren, zararın gerekli indirimler yapıldıktan sonra kalan kısmından sorumlu tutulabilmektedir. Borçlar hukukunda benimsenen bu esas rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu için de geçerlidir. Bununla birlikte; AB rekabet hukukundan farklı olarak ABD ve Türk rekabet hukukunda benimsenen üç kat tazminat sistemi uyarınca rekabet ihlali sonucu meydana gelen zararı aşan miktarda tazminata da hükmedilebilmektedir[66].

III. UYGUN İLLİYET BAĞI

Rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat sorumluluğunun unsurlarından bir diğeri de hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki sebep - sonuç ilişkisini ifade eden illiyet bağıdır. Buna göre tazminat sorumluluğu için oluşan zararınöncelikle rekabet ihlalinin mantıki bir sonucu görünümünde olması şarttır. Ancak rekabeti ihlal eden fiillerin ilgili piyasayla etkileşim içerisindeki herkesi etkileme potansiyeli dikkate alındığında teşebbüslerin ihlalin bütün sonuçlarından sorumlu tutulması hakkaniyete

64 **Kesici**, s. 169; **Jones/Sufrin**, s. 1114; **Önal/Kesici**, s. 87; **Şahin**, Murat, s. 84; **Whish/Bailey**, s. 327.
65 **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 126; **Şahin**, Murat, s. 21.
66 ABD ve Türk rekabet hukukundaki üç kat tazminat sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §8/II.

aykırıdır. Bu nedenle sorumluluğunun sınırlanması adına borçlar hukukunda kullanılan illiyet teorilerinden rekabet hukukunda da yararlanılmaktadır.

Sebep kavramına verilen farklı anlamlar nedeniyle hukukta birçok illiyet teorisine rastlanmaktadır[67]. Ancak günümüzde sıklıkla kullanılan ve Türk hukukunda hakim olan teori, "*uygun illiyet bağı teorisi*" adıyla anılmaktadır[68]. Bu teori uyarınca sorumluluğun kaynağını, olayların normal seyri ve genel hayat tecrübelerinegöre somut olayda meydana gelen türden bir sonucu gerçekleştirmeye elverişli olan veya gerçekleşmesini kolaylaştıran sebep oluşturmaktadır[69]. Türk rekabet hukukunda sorumlululuğun kapsamının belirlenmesi bakımından bu genel prensipten ayrılmayı gerektiren özel bir düzenleme bulunmamaktadır[70]. RKHK'nın 57. maddesinde kullanılan "*bundan zarar görenler*" ifadesi gereği sorumluluğun tesisi için zarar ve rekabet hukukuna aykırı fiil arasında mantıki bir neden - sonuç ilişkisinin varlığı aranmakta; sorumluluğun kapsamı da uygun illiyet bağı teorisi çerçevesinde saptanmaktadır. AB rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun tesisi için illiyet bağının zorunlu bir unsur olduğu 2014/104 sayılı Direktif'te açıkça ifade edilmektedir (Directive, Art. 3/I)[71]. Üye ülkelerde farklı illiyet teorilerinden yararlanılsa dahi AB rekabet hukuku uygulamasındaki hakim teorinin de uygun illiyet bağı teorisi olduğunu söylemek mümkündür[72]. Dolayısıyla hem Türk hem AB rekabet hukukundazarar görenler, rekabet hukukuna aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının yanı sıra fiilin hayatın olağan akışına göre bu türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olduğunu

---

67 Bir zararın doğumuna çok farklı koşulların yol açması mümkündür. Ancak bu koşullardan hangisinin hukuki sebep olarak anılacağı tartışmalı olup bu durum farklı illiyet teorilerini ortaya çıkarmaktadır. Bu teoriler arasından en önem verilenleri ise şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisidir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 538; **Kılıçoğlu**, s. 397; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 572. Diğer illiyet teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. **Eren**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 316, Ankara 1975, s. 17 vd.

68 Uygun illiyet bağı teorisi günümüzde Türk hukukunun yanı sıra İsviçre ve Alman hukukunda da hakim teoridir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 540; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 573.

69 **Atamer**, Yeşim, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Yayınevi, İstanbul 1996, s. 17; Eren, Uygun İlliyet Bağı, s. 51; **Oğuzman**/**Öz**, s. 46;**Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 573.

70 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 230; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 171; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 231.

71 **Kesici**, s. 216; ; **Jones**/**Sufrin**, s. 1114; **Şahin**, Murat, s. 85; **Whish**/**Bailey**, s. 327.

72 Ulusal hukuk sistemlerinde; doğrudan veya öngörülebilir illiyet gibi farklı teoriler kabul edilse dahi AB hukukundaki hakim teorinin uygun illiyet bağı teorisi olduğu yönünde bkz. **Şahin**, Murat, s. 86.

da ispat etmeye mecburdur[73]. ABD rekabet hukukunun bu konuya yaklaşımıise daha farklıdır. Clayton Yasası'nın 4. maddesinde ifadesini bulan illiyet bağının sınırı, Yüksek Mahkeme kararlarıyla geliştirilen "antitröst zararı (*antitrust injury*) doktrini" sayesinde belirlenmektedir. Bu doktrine göre tazminat taleplerinde illiyet bağının ispatı yeterli olmayıp uğranılan zararın rekabet hukukunca korunan bir menfaatin ihlali sonucu gerçekleşen antitröst zararı niteliğini haiz olduğunun da ispatı gerekmektedir[74].

Gerçek zararın içerik ve kapsamı ile zarar görenlerin doğru değerlendirilmesi açısından rekabet hukukunda uygun illiyet bağının tamamen hukuki değil; ekonomik ağırlıklı kriterlere göre saptanması önemlidir[75]. Ancak ekonomik ilişkilerin karışıklığı çoğu zaman illiyet bağının ispatını güçleştirmektedir. Bilhassa zararın doğumuna başka fiil ve etkenlerin sebep olduğunun iddia edildiği durumlarda illiyet bağının kesilip kesilmediğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru gibi illiyet bağını kesen genel sebepler rekabet hukukunda da uygulama alanı bulmakta; bu gibi durumların varlığı halinde ihlali gerçekleştiren teşebbüsler oluşan zarardan sorumlu tutulamamaktadır[76].

IV. KUSUR

Hukuka aykırı bir fiilin tazminat sorumluluğuna yol açması için aranan son unsur zarar verenin kusurudur. Zira Türk hukukunda da kabul edildiği üzere haksız

---

73 **Kesici**, s. 216; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 231; **Şahin, Murat**, s. ; 182; **Utku/Polat/Deniz**, s. 112.

74 **Akıncı**, s. 372; **Kesici**, s. 215; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 125. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından antitröst doktrinin ilk kez ortaya konulduğu *Brunswick* kararı hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl - O - Mat. Inc.*, 429 US 477, (1977); **Şahin**, Murat, s. 30.

75 Rakip teşebbüsler dışında piyasada faaliyet gösteren diğer katılımcılar ile tüketicilerin maruz kaldığı zararın ancak bu yolla giderilebileceği yönündeki görüşleri için bkz. **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 20.

76 Zararın; rekabetin olağan sonuçlarından, zarar görenlerin basiretsiz yönetim tercihlerinden veya enflasyondaki artıştan kaynaklandığının iddia edildiği durumlar doktrinde illiyet bağının kesilmesine sıklıkla verilen örnekler arasındadır. Bu konuya verilen diğer örnekler ve detaylı değerlendirmeleri için ayrıca bkz. **Kesici**, s. 217; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 231; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 286.

fiilde kural kusur sorumluluğu olup kusursuz sorumluluk istisnai niteliktedir[77]. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk esasının benimsenmediği haller haricinde zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispatlaması gerekmektedir. Doktrinde "*hukuk düzeninin kınadığı davranış biçimi*" şeklinde tanımlanan kusur; zararlı sonucu istemek (*kast*) veya bu sonucu istememekle birlikte buna neden olan hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için gereken iradeyi kullanmamak (*ihmal)* şeklinde kendini gösterebilmektedir[78].

4054 sayılı RKHK'nın tazminat sorumluluğunun genel esaslarını düzenleyen 57. maddesinde kusur unsurunu çağrıştıran herhangi bir ibare bulunmaması doktrinde bu sorumluluğun dayandığı esasa ilişkin çeşitli görüş ayrılıklarının yaşanmasına neden olmaktadır. Rekabet hukukunun amacından yola çıkan bir grup yazar, piyasadaki düzenin korunması ve özel hukuk yaptırımlarının işlevselliğinin sağlanması adına RKHK'daki tazminat sorumluluğunun kusursuz sorumluluk şeklinde nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir[79]. Ancak bizim de katıldığımız hakim görüş, RKHK'da kusursuz sorumluluğun benimsendiğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle bu sorumluluğun kusur sorumluluğu esasına dayandığı yönündedir[80]. Gerçekten de salt piyasa düzeninin korunması veya sağlanması gibi kaygılar bu genel kaideden ayrılmayı gerektirecek güçte değildir[81]. Zira hukuka aykırılık ve kusurun genellikle iç içe geçtiği

---

77 Hukuki sorumluluk; kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk şeklinde üçe ayrılmaktadır. Bunlar arasından en yaygını kusur sorumluluğu olup Türk, Alman ve Avusturya hukuklarında kural kusur sorumluluğudur. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 494.

78 **Eren**, Genel Hükümler, s. 569; **Kılıçoğlu**, s. 404; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 492

79 4054 sayılı Kanunda öngörülen tazminat sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına daynadığını savunan Topçuoğlu, madde metninde tarafların kusurunun dikkate alınmadığını ancak ayrıca düzenlenen üç kat tazminat sorumluluğu için kast veya ağır ihmal şartının aranması nedeniyle kusur sorumluluğunun üç kat tazminat ile sınırlı olarak algılanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 311; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 16. Aynı yönde bkz. **Eğerci**, s. 254. Arı ise RKHK'nın 57. maddesindeki düzenlemenin gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluk lehine yorumlanabileceğini ancak kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinin rekabet hukukunun amacına daha uygun düşeceğini ileri sürmektedir. Arı'ya göre kusursuz sorumluluk ilkesi üç kat tazminat sorumluluğu yönünden de geçerli olup bu düzenlemede kast veya ağır ihmalin varlığı yalnız ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 217 - 220.

80 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1149; **Atila**, s. 69; **Demirci**, s. 75; **Deniz**/**Bolat**/**Yılmaz**, s. 167; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 155; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 755;**İkizler**, s. 357; **İnan**, Adliye Mahkemeleri, s. 607; **Kesici**, s. 207; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 232; **Sekmen**, s. 49; **Şahin**, Murat, s. 186; **Tekinalp**, Ünal, s. 263; **Utku**/**Polat**/**Deniz**, s. 113; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 284.

81 **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 154; **Kesici**, s. 208; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 284. Kanaatimizce konuya piyasadaki düzenin korunması açısından yaklaşıldığında idari para cezalarında öngörülen kusursuz sorumluluk hali bu amacın tesisi için büyük oranda yeterlidir. Kaldı ki cezai sorumluluk ve

rekabet hukukunda kusurun ispatı için çoğu zaman hukuka aykırılığın ispatının yeterli görülmesi ve teşebbüslerin hafif ihmalle işledikleri ihlallerden bile sorumlu tutulması sorumluluğun sınırını yeterince genişletmektedir. Buna rağmen kusursuz sorumluluk esasının benimsenmesi, bazı istisnai durumlarda dahi teşebbüslerin kusursuz olduklarını ispat etme imkanının hakkaniyetle bağdaşmayacak şekilde ellerinden alınması anlamına gelmektedir[82]. ABD rekabet hukukunda da tazminat sorumluluğunun doğumu için davalının kusurunun arandığı ancak rekabet hukukuna aykırı fiil ile zarar arasındaki bağın ortaya konulmasının ardından kusur unsurunun ayrıntılarıyla araştırılmasına gerek duyulmadığı görülmektedir[83]. AB rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun kusur esasına dayandığına dair bir düzenlemeye konuya dair en güncel metin olan 2014/104 sayılı Direktif'te rastlanmamaktadır[84]. Direktif'in kayıtsız tavrına karşın doktrinde AB hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel kuralların kusur esasına dayandığı belirtilerek rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat taleplerinde de kusurun aranması gerektiği hususu ifade edilmektedir[85]. Kanaatimizce tüm hukuk sistemlerinde sorumluluğun esasının açıkça düzenlenmesi suretiyle doktrinde yaşanan tartışmaların sona erdirilmesi uygulamanın daha verimli hale gelmesinde büyük önem taşımaktadır.

---

hukuki sorumluluk halleri farklı esaslara dayandığından idari para cezalarına ilişkin hükümlerin kıyasen haksız fiil sorumluluğuna uygulanması da mümkün değildir. Aynı yönde bkz. **İnan**, Adliye Mahkemeleri, s. 607; **İnan**, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2004, s. 43 - 66, s. 48.

82 Çoğu olayda teşebbüslerin kusursuzluklarını ispat etmeleri zor olmasına rağmen bu imkanın ellerinden alınması da doğru değildir. Bkz. **İkizler**, s. 358. Aynı yönde bkz. **Kesici**, s. 208.

83 **Akıncı**, s. 367; **Kesici**, s. 204; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 112; **Şahin**, Murat, s. 31.

84 AB rekabet hukukunda öngörülen tazminat sorumluluğu yönünden kusurun gerekli bir unsur olup olmadığı Yeşil Kitap'ın 11-13 no.lu önerileri arasında değerlendirilmiştir. 11 no.lu öneride kusursuz sorumluluk benzeri bir düzenleme öngörülerek ihlalin ispatının tazminat taleplerinin kabulü için yeterli olduğu ifade edilmiştir. 12 no.lu öneride ise yalnız ağır ihlaller bakımından kusurun ispatına yer olmadığı düzenlenmiştir. Nihayet 13 no.lu öneride davalının mazur görebilecek bir ihlalde bulunduğunu ispat etmesi halinde sorumluluğun doğmayacağı ileri sürülmüştür. Beyaz Kitap'ta ise ABİDA'nın 101. ve 102. maddelerinin ihlal edildiğinin ispatı halinde kural olarak kusurun varlığının da kabul edilmesi gerektiği belirtilmekte ancak ihlali gerçekleştirenlere, ihlalin esaslı bir hata sonucu meydana geldiğini ispat ettikleri takdirde sorumluluktan kurtulma imkanı tanımaktadır. Buradaki esaslı hatadan kasıt, ihlali gerçekleştirenlerin basiretli bir kimsenin göstereceği dikkati göstermesine rağmen ihlalin gerçekleştiğinin gerçekten farkında olmamalarıdır. Bkz. **Commission**, Green Paper, COM (2005) 672 final, p. 6 - 7; **Commission**, White Paper, COM (2008) 168 final, p. 6 - 7.

85 **Akıncı**, s. 367. Bununla birlikte Çek Cumhuriyeti, İrlanda, Slovakya ve İngiltere'nin aralarında bulunduğu kimi üye devletlerin rekabet hukuku kurallarında zarar görenlerin tazminat taleplerinin kabulü için kusur şartının aranmadığı da görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Şahin**, Murat, s. 86.

Bu anlamda 2014 tarihli tasarının 31. maddesiyle RKHK'ya eklenmesi planlanan "*Her kim, kusurlu olarak, ...*" ifadesi Türk rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunun kusur esasına dayandığını hükme bağlaması yönünden isabetli görünmektedir.

Rekabet hukukunun süjesi teşebbüslerin çoğunlukla tacir olduğu düşünüldüğünde son olarak basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğünün kusur sorumluluğuna etkisine kısaca değinmekte yarar vardır. TTK'nın 18/2. maddesinde öngörülen bu yükümlülük uyarınca tacirler; tüm ticari faaliyetlerinde gerekli kanunları, teamülleri, örf ve adet kurallarını bilmek, tedbirlerini almakve muhtemel değişimleri hesaba katmakla yükümlüdür. Tacir konumundaki teşebbüslerin göstermesi beklenen özenin derecesini ağırlaştıran bu yükümlülük rekabet ihlalinin gerçekleştiği çoğu olayda teşebbüslerin ihmalen dahi olsa kusurlu davrandıklarının kabulünü gerektirmektedir[86].

[86] **Atila**, s. 70;**Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 154; **İkizler**, s. 358; **Kesici**, s. 201; **Sanlı**,Haksız Fiil, s. 211.

İKİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT SORUMLULUĞU DOĞURAN BİR FİİL OLARAK TEŞEBBÜSLER ARASI REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR

§4. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA KAVRAMI

A. Rekabet Hukukunda Teşebbüs Kavramı

Rekabet hukukunun süjesi teşebbüslerdir. Diğer bir ifadeyle, rekabet hukuku sadece teşebbüslerin sebep olduğu rekabet ihlallerini konu almakta ve yaptırıma bağlamaktadır. Bu bağlamda rekabet hukukunda tazminat sorumluluğunu doğuranfiilin faili deyalnız teşebbüsler olabileceğinden; teşebbüs kavramınındoğru tanımlanması gerekmektedir.

Alman ve İsviçre hukuklarında, mal veya hizmet üreten iktisadi birimler "teşebbüs (*unternehmen*)" olarak kabul edilmiş; ancak gerek GWB'de gerekse KG'de herhangi bir tanıma yer verilmemiştir[87]. AB ve ABD mevzuatında da gözlemlenen bu genel durumun aksine; Türk rekabet hukukunda teşebbüs kavramı kanunda tanımlanmıştır[88]. 4054 sayılı Kanunun "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde yer alan bu tanım; "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" şeklindedir. Kanunda teşebbüs kavramının tespiti için; "*ekonomik faaliyet*" ve

---

87 **Özsunay**, Ergun, "Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2000, s. 41 - 69, s. 43.

88 **Badur**, Anlaşmalar, s. 50; **Tokatlı**, Aytül, Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 97, Ankara 2009, s. 65; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 104.

"*bağımsızlık*" olmak üzere iki ana unsurun varlığına dikkat çekilmektedir[89]. RKHK bu unsurlardan ilki olan ekonomik faaliyet unsurunu, AB uygulamasına paralel bir biçimde geniş yorumlamakta; sektörel bir sınırlama öngörmeksizin herhangi bir mal veya hizmet piyasasında gelir elde etmek amacıyla faaliyet yürütmeyi bu unsurun gerçekleşmesi için yeterli saymaktadır[90]. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu anlamında bir işletmeden başlayarak ekonomik faaliyet yürütmek şartıyla gerçek kişiler, kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ve hatta adi ortaklıklar dahi rekabet hukuku açısından birer teşebbüstür[91].

Ekonomik faaliyette bulunmak teşebbüsler için belirleyici unsur iken teşebbüsün iç ve dış ilişkilerinde yürüttüğü faaliyetlerin başka bir teşebbüsün yönlendirme veya kontrolüne tabi olmamasını ifade eden bağımsızlık unsuru, ekonomik bütünlük arz eden birimlerin tespitinde rol oynamaktadır. Diğer bir ifadeyle; rekabet hukukunda sadece ekonomik faaliyetlerine ilişkin karar alma süreçlerini kendi inisiyatifleri doğrultusunda yöneten birimler bağımsız birer teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Ekonomik faaliyet yürütmesine rağmen bağımsız karar alamayan gerçek veya tüzel kişiler, kararlarını

---

89 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 84; **Eğerci**, s. 28; **Güzel**, Oğuzkan, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 6.Rekabet Kurulu, teşebbüs niteliğinin tespiti için "*fonksiyonel ölçüt*" ve "*şekli ölçüt*" olmak üzere iki ölçütün bulunduğunu belirtmektedir. Ekonomik faaliyette bulunmak fonksiyonel ölçüt içerisinde; bağımsız karar vermek ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturmak ise şekli ölçüt içinde yer almaktadır. Bkz. 13.03.2001 tarih, 01-12/ 114-29 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 97; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 86 - 87. Birekonomik faaliyet, süreklilik arz ederek meslek niteliğinde icrası halinde rekabet için potansiyel tehdit olarak düşünülebileceğinden kanunda zikredilmese dahi teşebbüs kavramının tespitinde "devamlılık" unsuruna da yer verilerek teşebbüsün, "*sürekli olarak ve bağımsız bir şekilde, iktisadi faaliyetleri konu edinen her türlü birimler*" şeklinde tanımlanması gerektiği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 114. Devamlılık unsurunun tanımda açıkça bulunmasında bir sakınca görmemekle birlikte; tanımda yer alan "*üretim, dağıtım veya hizmet verme*" öğelerinin devamlılık unsuru taşıdığı yönünde bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 86.

90 **Eğerci**, s. 28; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 83 - 84; **Güzel**, s. 52; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 105. AB Komisyonu, üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ticari ve ekonomik faaliyetler yürüten tek kişinin işlettiği bir dükkândan, büyük sanayi şirketlerine kadar bütün ekonomik varlıkları teşebbüs olarak kabul etmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 73; **Badur**, Anlaşmalar, s. 50.

91 **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 103. Dernekler, vakıflar, sosyal yardım örgütü ve kulüpler, meslek birlikleri ve sendikalar, spor federasyonları (FIFA, UEFA, vb.), kooperatifler, fiili olarak ya da sözleşmeyle konsorsiyumlar şeklinde kurulan topluluklar, diş hekimi, mali müşavir, doktor, mimar, eczacı veya avukat gibi serbest meslek mensupları da teşebbüs kapsamına girmektedir. Bkz. **Günay**, Cevdet İlhan, Rekabet Hukuku Dersleri, Ankara 2014, s. 50; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 84; **Güzel**, s. 54.

verirken tabi oldukları teşebbüs ile ekonomik bir bütün haline gelerek rekabet hukuku anlamında tek bir teşebbüs oluşturmaktadır[92].

Teşebbüsün, Türk hukukuna ya da yabancı bir hukuk sistemine göre kurulmuş olması kanunun uygulanması bakımından önemli değildir. Bu anlamda; Türkiye'de faaliyet gösteren yabancı teşebbüslerin davranışlarının RKHK kapsamında yer aldığına şüphe yoktur. Öte yandan; başka bir ülkede faaliyet gösterseler dahi, Türk piyasalarını etkileyecek davranışlar sergileyen yabancı teşebbüslerin de etki teorisi uyarınca RKHK kapsamına gireceği belirtilmelidir[93].

1. Bağlı Teşebbüsler

Hukuken bağımsız olmakla birlikte ekonomik açıdan birbirlerine veya başka bir ana teşebbüse bağlı hareket eden teşebbüslere "bağlı teşebbüs" adı verilmektedir[94]. Bir teşebbüsün, diğer teşebbüs ya da teşebbüsler üzerinde kontrolü sağlayan hak ve

---

92 **Akıncı**, s. 263; **Eğerci**, s. 27; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 86; **Güzel**, s. 26; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 113. Doktrinde teşebbüs kavramının, "*Piyasada mal ve hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturur ve tek bir teşebbüs sayılırlar*" şeklinde bir tanımı da mevcuttur. Bkz. **AşçıoğluÖz**, Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara 2000, s. 149.

93 Etki Teorisi (*Effect Doctrine*), "*Rekabet yasalarının yerli teşebbüslerin yanı sıra, o ülkede doğrudan varlığı olmasa bile eylem ve işlemleri rekabet koşullarını etkiliyorsa, bu eylem ve işlemleri gerçekleştiren yabancı teşebbüslere de uygulanmasına imkan tanıyan hukuki ilke*"şeklinde tanımlanmaktadır. Bu teorinin uygulanabilmesi için yurt dışında yerleşik yabancı teşebbüsün işlem ve eylemlerinin yurt içinde etkisinin olması yeterlidir. "*Örneğin; A ülkesinin rekabet kanunlarından muaf olan bir ihracat karteli, B ülkesinin piyasalarındaki rekabeti kısıtlayan ve ülkedeki rekabet kanunlarını ihlal eden bir fiyat tespiti anlaşması olarak düşünülebilir*". Bkz. **Rekabet Kurumu**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara 2009, s. 73; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 85; **Güzel**, s. 51. Rekabet Kurulu 28.01.1999 tarih, 99-3/ 24-6 sayılı kararında, Türkiye'de üretim merkezine sahip olmasalar dahi ihracat yoluyla Türkiye pazarını etkileyen taraflara ait devralma işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğunu belirtmiştir. Aynı yönde bkz. 07.05.1998 tarih, 64/ 483-75 sayılı karar; 19.06.2003 tarih 03-44/ 500-220 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 137 - 138.

94 **Akıncı**, s. 264; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 87. Bağlı teşebbüslere ilişkin ilk yasal düzenleme 1965 yılında "Paylı Ortaklıklar Kanunu" ile Almanya'da yapılmıştır. Adı geçen kanunda bir işletmenin hukuken bağımsız başka işletmeleri kendi yönetim gücü altında birleştirerek bu işletmelerin karar alma mekanizmasını etkilediği bu yapılanmaya "*konzern*" adı verilmektedir. Bu durumda, dışarıya karşı hukuken bağımsızlığı korunan her bir işletme, "*konzern*" çatısı altında oluşturulan ekonomik bütünün birer parçasıdır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 73; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 127.

yetkilere sahip olması sonucu onların sevk ve idaresine katılmasıbu teşebbüsler arasında bağımlılık yaratmaktadır[95].

Her biri ayrı tüzel kişiliğe sahip bağlı teşebbüslerin birbirleri ile çeşitli anlaşma ve işbirliği ilişkileri yürütmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak bağlı teşebbüslerin birbirlerine olan ekonomik bağlılıkları nedeniyle bu ilişkilerde irade unsurunun varlığından söz etmek güçtür. Dolayısıyla bağlı teşebbüsler arasındaki faaliyetlerin yol açtığı rekabet ihlalleri yönünden sorumluluğun tespiti aşamasında ilgili teşebbüslerin, ekonomik bağlılıkları nedeniyle tek bir teşebbüs olarak mı yoksa hukuki bağımsızlıkları nedeniyle ayrı birer teşebbüs olarak mı değerlendirilecekleri sorunu gündeme gelmektedir[96]. Bu sorunun çözümü hususunda rekabet hukuku sistemlerinde "*ekonomik bütünlük*" ve "*hukuki bağımsızlık*" olmak üzere iki farklı yaklaşıma rastlamak mümkündür[97]. Hukuki bağımsızlık yaklaşımında; farklı tüzel kişiliklere sahip her bir bağlı teşebbüs, ayrı birer ekonomik birim kabul edilerek aralarındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve işbirliği faaliyetleri yasaklanmaktadır[98]. Ekonomik bütünlük yaklaşımında ise teşebbüslerin ekonomik kararlarını verirken kendi amaç ve çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri anlamına gelen ekonomik bağımsızlık hali esas alınmaktadır[99]. Bağımsız karar alamayan teşebbüsler, yönlendirmesi veya kontrolü

---

95 **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 128. Pay sahipliğini esas alan kriterlerin modern şirketleşme olgusu ve teşebbüsler arası bağımlılığı açıklamada yetersiz kalması, şirketleşme yapısının belirlenmesinde kontrol kriterinin önemini arttırmıştır. Bir teşebbüs üzerinde kontrol; sermayenin ya da malvarlığının yarısından fazlasına sahip olma yoluyla oluşturulabileceği gibi ana sözleşmede tanınan imtiyazlı haklar, şirket organlarında temsil hakkı, azınlık hakları, hakimiyet sözleşmeleri, yönetim veya oy sözleşmeleri ile de sağlanabilir. Bkz.**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 90; **Tokatlı**, s. 70; **Akıncı**, s. 268.

96 Aynı grup ya da kişiye ait teşebbüsler arasındaki faaliyetler, rekabet hukuku bakımından ilk kez 1940'larda Amerika'da ele alınmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *United States v. Yellow Cab Co.* kararında tek bir ana teşebbüse bağlı yavru teşebbüsler arasında birbirlerinin bölgelerine girmelerini yasaklayarak rekabeti engelleyen grup içi anlaşmanın antitröst kurallarına aykırı olduğunu, teşebbüslerin hukuki bağımsızlıklarını esas alarak kabul etmiştir. Bkz. *United States v. Yellow Cab Co. et al.*, 332 US 218, 67 S. Ct. 1560 (1947); **Akıncı**, s. 264; **Badur**, Anlaşmalar, s. 53.

97 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 78; **Badur**, Anlaşmalar, s. 52; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 110.

98 Hukuki bağımsızlık yaklaşımı benimsendiğinde; rekabet hukuku sorumluluğundan kaçınmak adına yavru şirketlerin ana şirketin bölümleri haline getirilerek ulaşılmak istenen hedefin teşebbüslerin anlaşmasıyla değil ana teşebbüsün emirleri doğrultusunda gerçekleştirilmesi tehlikesi her zaman vardır. Böyle bir yapılanmanın tercihi halinde ana teşebbüsün emirleri yasaklanamazken aynı etkiyi doğuran teşebbüsler arası anlaşmaların yasaklanması nedeniyle hukuki bağımsızlık yaklaşımının eleştirildiği görülmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 78;**Badur**, Anlaşmalar, s. 53.

99 **Akıncı**, s. 264; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 85; **Güzel**, s. 51. Rekabet Kurulu kararları içerisinde bağımsızlık; "*işletmenin yönetim ve muhasebe özerkliğine sahip olması, üretim, finansman*

doğrultusunda hareket ettikleri ana teşebbüsle bir bütün olarak değerlendirilmekte; bu teşebbüsler arasındaki anlaşma ve faaliyetler, ana teşebbüsün kendi iç işi kabul edilerek engellenmemektedir[100].

Teşebbüs niteliğinin tespiti yönünden ekonomik bütünlüğün esas alınması AB mahkemelerini, teşebbüsler arasındaki ilişkilere odaklanmaya teşvik etmiştir[101]. AB Komisyonu ve ABAD, bağlı teşebbüslerin kendi problemlerini bağımsız şekilde çözüp çözemediklerini değerlendirerek; ana şirketten bağımsız iktisadi faaliyet ve davranışlarda bulunabilen yavru şirketi, ayrı bir teşebbüs olarak kabul etmektedir[102]. Bu nedenle uygulamada bir teşebbüsün, yavru teşebbüsü vasıtasıyla rekabeti ihlal etmesi halinde perdeyi kaldırma teorisine göre bu teşebbüslerin ilişkisi incelenmekte; kontrolü elinde bulunduran ana teşebbüs, rekabet ihlalinden sorumlu tutularak ana teşebbüslerin tüzel kişilik perdesi ardına saklanmasının önüne geçilmektedir[103]. Amerika'da da yerel mahkeme uygulamalarıyla ekonomik bütünlük ilkesine yaklaşılmaktadır[104].

Türk rekabet hukukunda da bağlı teşebbüsler yönünden ekonomik bütünlük ilkesinin benimsendiği RKHK'nın teşebbüs tanımına yer verdiği üçüncü maddesinin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle; ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında yavru teşebbüslerbağlı bulundukları ana teşebbüs ilebir bütün sayılmakta; bu teşebbüsler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, RKHK m. 4 anlamında bir

---

ve sürüm politikasının kendi ekonomik amaç ve çıkarları doğrultusunda kendi bünyesi içerisinde belirlenmesi, bu yoldaki ekonomik planlama ve karar yetkilerinin kendi bünyesinde kalması, kısaca başka bir işletmenin ekonomik egemenliği altında bulunmaması" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz.13.03.2001 tarih, 01-12/ 114-29 sayılı karar; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 87; **Tokatlı**, s. 66.

100 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 78;**Badur**, Anlaşmalar, s. 53;**Eğerci**, s. 27; **Tokatlı**, s. 65.

101 **Odudu**, Okeoghene/ **Bailey**, David, "The Single Economic Entity Doctrine in European Competition Law", Common Market Law Review, V. 51, pp. 1721-1758, UK 2014, s. 1725.

102 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 78;**Badur**, Anlaşmalar, s. 54; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 91.

103 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 92. AB'de hukuki ve ekonomik bağımsızlık ayrımı 1960larda önem kazanmıştır. Komisyon *Christiani v. Nielsen* kararı ile ilk kez tüzel kişilik perdesini kaldırarak arkasında saklı olan gerçek ilişkileri araştırmaya yönelmiştir. Bu karardan kısa bir süre sonra ABAD, *Béguelin* kararıyla Komisyon'un bu görüşünü desteklemiştir. *Beguelin* kararı sonrasında Komisyon ve ABAD kararlarında teşebbüsler arasındaki ilişkilerin tespitinde hukuki bağımsızlığın belirleyici etkisinin azaldığı görülmektedir. Bkz. *Christiani v. Nielsen N.V. (1969); Béguelin Import Co. v. SAGL Import Export (1971),* Case 22/71*;***Akıncı**,* s. 266; **Güzel**, s. 26; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 129.

104 Yüksek Mahkeme'nin *Copperweld* kararı antitröst hukuku bakımından ekonomik bütünlüğün belirlenmesinde bağlı teşebbüslerin ilişkilerinin özüne inen temel bir karardır. Bu karar sonrası bağlı teşebbüsler arasında gerçekleştirilen anlaşma veya eylemlerin rekabeti kısıtlayıcı bir işbirliği olarak değerlendirilebileceğini öngören grup içi işbirliği doktrini diğer daireler tarafından da reddedilmiştir. Bkz. *Copperweld Corp. v. Indıpendence Tube Corp.*, 691 F. 2d 310 (7. Circuit. 1982); **Tokatlı**, s. 65.

anlaşma olarak kabul edilmemektedir[105]. Ancak bağlı teşebbüs ile ana teşebbüs arasında yapılan ve üçüncü teşebbüslere karşı rekabeti kısıtlama amacı veya etkisi taşıyan ya da bu sonucu doğurabilecek nitelikteki anlaşmalar RKHK'nın 4. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.

2. Kamu Teşebbüsleri

Gerçek kişiler teşebbüs sayılabilecekse de[106] tüzel kişi teşebbüsler, organize yapılarının verdiği piyasayı etkileme gücü nedeniyle rekabet hukuku uygulamasında daha geniş yer tutmaktadır. Kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu hukuku tüzel kişilerinin teşebbüs niteliğinin ve rekabet kanunu karşısındaki durumunun tespiti ise özel hukuk tüzel kişilerine nazaran karmaşıktır.

Kamu teşebbüsleri; bir kamu otoritesinin sahiplik, finansal katılım ya da yönetim hakkı gibi çeşitli vasıtalarla doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettiği teşebbüslerdir[107]. Türk rekabet hukuku mevzuatında kamu teşebbüslerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak RKHK'nın "*Kapsam*" başlıklı maddesinin gerekçesinde kamu teşebbüslerinin de kanun kapsamında olduğu belirtilmektedir. Burada akla ilk olarak devletin ekonomide doğrudan faaliyet göstermesine aracılık eden

---

105 Rekabet Kurulu'nun bu konuya ilişkin birçok kararına rastlamak mümkündür. Bkz. 04.03.1999 tarih, 99-13/ 99-40 sayılı BİAK Kararı; 19.10.2004 tarih, 04-66/ 952-230 sayılı Oyakbank Kararı; 07.05.2002 tarih, 02-27/291-119 sayılı TTAŞ Kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 79;**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 94. Ancak 17.07.2001 tarih, 01-33/ 331-94 sayılı Gübretaş/TKKMB Kararı, Danıştay'ın bağlı teşebbüsler arası anlaşmalara bakışının öğrenilmesi açısından önem taşımaktadır. Danıştay da ekonomik bütünlük yaklaşımından hareketle 4. maddenin ana-yavru teşebbüs ilişkilerine uygulanma yeteneğine sahip olmadığını kabul etmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, 12.11.2003, E. 2002/4495, K. 2003/4374 sayılı karar; **Eğerci**, s. 28; **Tokatlı**, s. 66.

106 Komisyon, önüne gelen bir olayda buluşunu ticari olarak değerlendirme hakkını haiz patent sahibi *Mr. Beyrard*'ı, teşebbüs olarak kabul etmiştir. Bkz. 76/29/EEC, Official Journal, L. 6, 13.01.1976, s. 8; **Akıncı**, s. 262; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 116. Benzer şekilde *ReUnitel* kararında komisyon, festival kapsamında sahne alan bir sanatçıyı teşebbüs olarak değerlendirmiştir. Bkz. 78/516/EEC, Official Journal, L. 157, 15.06.1978, s. 39; **Badur**, Anlaşmalar, s. 52; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 116. Rekabet Kurulu 18.09.2000 tarih, 00-35/ 393-220 sayılı kararında; Türk Eczacılar Birliği'ni teşebbüs birliği kabul etmek suretiyle eczacıları teşebbüs olarak kabul etmiştir. Gerçek kişilerin teşebbüs olarak kabul edildiği benzer Rekabet Kurulu kararları için bkz. 27.10.1999 tarih, 99-49/ 536-337 sayılı İstanbul Ekmek Kararı; 25.01.2000 tarih, 00-4/ 33-15 sayılı Ankara Minibüs İşletmecileri Kararı.

107 **RK**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 92; **Eğerci**, s. 31.

KİT sıfatını haiz kamu teşebbüsleri gelmektedir[108]. Ancak kamu tüzel kişilerinin ekonomik faaliyetleri, özel hukuk tasarrufları niteliği taşımaları halinde, teşebbüs faaliyeti sayılacağından birçok kamu tüzel kişisi, kanun kapsamında teşebbüs olarak kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla rekabet kuralları, yalnız KİT'lere değil; kamu yararı adına olsa dahi özel hukuk kurallarına göre ekonomik faaliyet yürüten tüm kamu teşebbüslerine, hukuki statü ve niteliklerine bakılmaksızın uygulanmaktadır[109].

Kamu teşebbüsleri yönünden ekonomik faaliyet unsurundan ziyade bağımsızlık unsuru üzerinde durulmasında yarar vardır. Zira teşebbüs niteliğine sahip olmayan kurumların aldıkları kararların teşebbüsler aracılığıyla yerine getirilmesi sonucu rekabetin ihlal edildiği birçok örnekle karşılaşmak olasıdır. Kamu teşebbüslerinin yatırım, fiyatlandırma gibi önemli kararlarını; ilgili Bakanlık ya da Bakanlar Kurulu'nun talimatı doğrultusunda almaları sonucu bağımsızlıklarını kaybedecekleri açıktır[110]. Bu nedenle AB uygulamasında da öngörüldüğü üzere, kamu teşebbüsü ya da teşebbüslerinin, tüm özgürlüklerini ortadan kaldıran kanun ve kararnamelerle alınan kararların uygulanması sonucu meydana gelen rekabet ihlalleri nedeniyle cezalandırılması mümkün değildir[111].

---

108 Rekabet Kurulu'nun ilk yıllarında bağımsızlık unsuru yönünden şüpheye düşerek İSDEMİR ve ERDEMİR hakkında yapılan şikâyetleri KİT'lerin kanun kapsamında olmadığı düşüncesiyle incelemeye almadığı; şikâyetçilerin Danıştay'a yaptığı başvurular üzerine Kurul'un dosyaları incelemek suretiyle KİT'lerin kanun kapsamında olduğuna karar kıldığı görülmektedir. Danıştay'da açılan bu davalar, Kurul'un şikayetleri incelemeye almasıyla konusuz kalmışsa da; Danıştay'ın, kamu tüzel kişilerinin rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılabileceği yönündeki görüşünün ortaya çıkması yönünden önemli kabul edilmektedir. Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 09.01.2001 tarihli E. 1999/1253, K. 2001/3 ve E. 1999/2611, K. 2001/4 sayılı kararları; **Güzel**, s. 56.

109 Rekabet Kurulu, 23.09.2010 tarih, 10-60/ 1256-470 sayılı kararında; liman ve iskele işletmeciliği şeklinde ticari faaliyetler yürüten köy tüzel kişiliğini teşebbüs olarak nitelendirmiştir. Kurul, bir başka kararında ise Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, hac ve umre ziyaretleri organizasyonu faaliyetleri yönünden değerlendirildiğinde teşebbüs olarak hareket ettiğini kabul etmiştir. Bkz. 13.05.2009 tarih, 09-22/ 455-113 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 88. AB uygulamasında olduğu gibi ülkemizde de sosyal nitelikteki kamu kurumlarının, teşebbüs olarak değerlendirilmemesi mümkündür. Örneğin; sosyal düşüncelerle veya açıkça kamu yararı belirtilerek verilen görevler dolayısıyla ekonomik faaliyet yürüten sosyal yardım kuruluşları, çocuk esirgeme kurumları gibi kamu tüzel kişileri, teşebbüs kabul edilmeyebilir. Bkz. **Güzel**, s. 56. Rekabet Kurulu, sigorta hizmeti faaliyetlerinin bütünüyle sosyal nitelikli olması dolayısıyla ekonomik faaliyet olarak değerlendirilemeyeceğini de belirterek Emekli Sandığı'nı teşebbüs olarak kabul etmemiştir. Bkz. 19.06.2003 tarih, 03-44/501-221 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 76.

110 **Badur**, Anlaşmalar, s. 51; **Eğerci**, s. 40; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 112; **Güzel**, s. 20.

111 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 112; **Badur**, Anlaşmalar, s. 51; **Eğerci**, s. 40. Türkiye Şeker Fabrikaları A. Ş. kararında, KİT niteliğindeki kuruluşların kanun kapsamında olduğu; ancak fiyata

Kamu teşebbüsleri, davranışlarını belirlemede az da olsa özgürlüğe sahip oldukları anda rekabet kurallarının tarafı haline gelmektedir[112]. Bu durumun gereği olarak; tüm teşebbüslerden olduğu gibi bu teşebbüslerden de kendilerine tanınan karar verme özgürlüğünü, rekabeti kısıtlayıcı tercihler yönünde kullanmamaları beklenmektedir.

B. Rekabet Hukukunda Teşebbüs Birliği Kavramı

Teşebbüs birliklerinin üyelerinin faaliyetleri hususunda taraf olduğu rekabeti kısıtlayıcı eylem ve işlemler esasen "teşebbüs birliği kararları" adı altında düzenlenen başka bir rekabet ihlalin konusudur. Ancak bu birliklerin kurulması sırasında teşebbüsler arasında gelişen ilişkiler ya da sonrasında bu birliklerin kendi aralarında sağladıkları bir takım uzlaşmalar; rekabet hukuku uygulamasında anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir[113]. Bu nedenle; inceleme konumuz dahilinde rekabet hukukunun bir diğer süjesi olan teşebbüs birliklerine de değinmekgerekmektedir.

Teşebbüs birliği kavramı, RKHK'nın "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde "*teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlik*" şeklinde tanımlanmaktadır. Türk rekabet hukuku

---

ilişkin uygulamalar, teşebbüs niteliği taşımayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından yürütüldüğünden fiyat tespitinin, rekabet ihlali teşkil edip etmediğinin araştırılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Bkz. 13.08.1998 tarih, 78/ 603-113 sayılı Rekabet Kurulu kararı; **Güzel**, s. 56.

112 **Badur**, Anlaşmalar, s. 51; **Eğerci**, s. 40.Rekabet Kurulu, ilgili mevzuat rekabeti kısıtlayıcı davranışa zorlar nitelikte olmamasına rağmen, Çay-Kur tarafından gerçekleştirilen rekabet ihlalleri hakkında soruşturma açmamıştır. Bu tarz uygulamaları nedeniyle Rekabet Kurulu'nun kamu teşebbüslerini cezalandırmada diğer teşebbüslere nazaran ihtiyatlı davrandığı düşünülmektedir. Bkz. 22.06.1999 tarih, 99-31/ 277-167 sayılı Çay-Kur kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 113.

113 Komisyon bankacılık sektörüne dair *Eurocheque* kararında, euroçek sistemi dahilinde Fransa'da bankacılık faaliyeti gösteren kurumların oluşturduğu "CB" grubu ile uluslar arası bir birlik olan Eurocheque Int. grupları arasında euroçeklerin kabul şartları hakkında yapılan Helsinki Anlaşması'nı yapılan bu anlaşmadan doğan yükümlülükleri gruba dahil olan teşebbüslerin de üstlenecek olması nedeniyle teşebbüs birlikleri arasında gerçekleşen bir anlaşma şeklinde değerlendirmiştir. *COAPI* kararında ise teşebbüs birliğinin asgari ücret tespitine ilişkin hükümler içeren yönetmeliği, bu yönetmelik üye teşebbüslerce hazırlandığı için anlaşma olarak kabul edilmiştir. Bkz. *Eurocheque*, 92/212/EEC, OJ L.095, 09.04.1992, s. 50; *COAPI*, 95/188/EC,Official Journal, L.122, 02.06.1995, s. 37; **Güzel**, s. 60. *COAPI* kararının bir diğer değerlendirmesi için bkz. §4/I/B/dn. 118. Rekabet Kurulu ise 31.08.2001 tarih, 01-42/ 424-107 sayılı *Fenni Gözlükçü Dernekleri* kararında, on üç derneğin bir araya gelip gözlük camı fiyatlarını tespit ederek liste halinde yayınlamalarını teşebbüs birlikleri arasında anlaşma kabul etmiştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 269.

mevzuatının aksine diğer birçok rekabet hukuku mevzuatında ise teşebbüs birliğinin tanımı ayrıca yapılmamış; bu kavramın kapsamı tamamen uygulama ile belirlenmiştir. Bu duruma örnek teşkil eden mevzuatlardan birine sahip olan Alman rekabet hukukunda teşebbüs birliği (*Unternehmensvereinigung*) kavramı kapsamında, kuruluş şekilleri fark etmeksizin özel hukuk ya da kamu hukukuna tabi tüm birlikler ile teşebbüsler tarafından kurulan şirketler yer almaktadır[114]. Benzer şekilde, AB rekabet hukukunda da teşebbüs birliği kavramı tanımlanmamaktadır. Bu kavramın kapsamının oldukça geniş belirlendiği AB uygulamasında; tüzel kişiliği olmayan kişi toplulukları[115], dernekler ve kooperatifler[116], kamu görevi yürüten işletme birlikleri[117] ile serbest meslek sahiplerinin kurduğu birlikler[118], sendika ve federasyonlar Komisyon kararlarıyla birer teşebbüs birliği olarak sayılmaktadır. Teşebbüs birliklerine özgü bir ihlal türünün ayrıca düzenlenmediği Amerikan rekabet hukuku sisteminde ise teşebbüs birliklerine ayrı bir rekabet hukuku süjesi olarak yer verilmemektedir[119].

Teşebbüs birliklerinin uygulamada arz ettiği çeşitlilik karşısında bu kavramın Türk rekabet hukukunda da uygulamayla somutlaştırılmaya muhtaç olduğu açıktır. Zira RKHK'da yer alan tanımdan hareketle sadece teşebbüs birliklerinin kamu hukuku veya özel hukuk nezdinde herhangi bir tüzel kişiliğe sahip olup olmalarının, kanunla ya da

---

114 Dernekler, kooperatifler, Alman Medeni Kanununa göre kurulmuş ortaklıklar ve ortakları teşebbüslerden meydana gelen tüm ticaret şirketleri birer teşebbüs birliğidir. Kamu hukukuna tabi tüm serbest meslek odaları da teşebbüs birliği kabul edilmektedir. Bkz. **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 51.

115 *Cecimo* kararı, 69/90/CEE, OJ L. 69, 20.03.1969, s. 13; **Akıncı**, s. 179; **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 52.

116 Tüzel kişiliği olan dernekler, kar amacı gütmeyen kuruluşlar ve derneklerin kurduğu dernekler de teşebbüs birliğidir. Kooperatifler için ise bkz. 19 süt kooperatifinin peynir yapımında gereken kaliteli mayayı üretebilmek için kurdukları bir kooperatifin teşebbüs birliği sayıldığı *Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek* kararı,80/234/EEC, OJ, L. 051, 25.02.1980, s. 19; **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 52.

117 *Pabst&Richarz/ BNIA* kararında, tüm delegeleri ile başkanı Fransa Tarım Bakanı tarafından atanan ve Tarım Bakanlığı'nın idari denetimi altında bulunan BNIA (*Bureau National Interprofessionnel de l'armagnac*) teşebbüs birliği olarak kabul edilmiştir. Bkz. 76/684/EEC, OJ L. 231, 21.08.1976, s. 24. Aynı yönde bkz. OECD bünyesinde oluşturulan *International Energy Agency* kararı, 83/671/EEC, OJ L. 376, 31.12.1983, s. 30; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 97; **Badur**, Anlaşmalar, s. 60.

118 Komisyonserbest meslek mensupları tarafından oluşturulan mesleki birlikler vasıtasıyla rekabetin kısıtlanmasına dair verdiği *COAPI* kararında, İspanya'daki serbest sınaî mülkiyet vekillerinin oluşturduğu birliği, teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir. Bkz. 95/188/EC, OJ L.122, 02.06.1995, s. 37; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 98; **Badur**, Anlaşmalar, s. 51; **Güzel**, s. 50.

119 Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki bu teşebbüs birliği kararları, Sherman Yasası m. 1 kapsamında birer uyumlu eylem olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle; uygulamada uyumlu eylem iddiası ile verilen Amerikan mahkeme kararlarının birçoğunun teşebbüs birliği faaliyetlerinden kaynaklandığı da görülmektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 177; **Badur**, Anlaşmalar, s. 73; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 68, dn. 222.

iradi olarak kurulmalarının rekabet hukuku açısından herhangi bir önem taşımadığını söylemek mümkündür. Türk rekabet hukuku uygulamasına ışık tutması amacıyla Kurul kararları incelendiğinde kanunla kurulan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları[120], serbest meslek sahibi gerçek kişilerin üyelikleri ile oluşturdukları meslek birlikleri[121], teşebbüslerin bir araya gelerek oluşturduğu anonim şirket sıfatını haiz birlikleri[122], tüzel kişiliği olmayan birliktelikler[123] ile federasyon ve sendikalar[124] birer teşebbüs birliği örneği olduğu görülmektedir. Örneklerden de anlaşılacağı üzere kural olarak teşebbüs birliğinin rekabet hukukunda teşebbüs olarak kabul edilen kişilerden oluşması gerekmektedir. Bu noktada tüzel kişi teşebbüslerin üst düzey yöneticilerinin kurucusu veya üyesi olduğu sanayi ve ticaret alanında varlık gösteren derneklerin (TÜSİAD gibi) durumuna dikkat çekilmesinde yarar vardır. Hemen belirtilmelidir ki teşebbüsler tarafından kurulmamalarına rağmen sanayi ve ticaretin farklı alanlarından rakiplerin bir araya gelmesini sağlayan bu dernekler de amaçlarına uygun biçimde Kurul tarafından teşebbüs birliği olarak kabul edilmektedir[125].

---

120 26.05.2011 tarih, 2011- 4 - 67 sayılı kararda Kurul, kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşu TOBB'u bir teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir. Aynı yönde 22.06.2006 tarih, 06-45/572-156 sayılı TÜRSAB kararı ve 18.09.2000 tarih, 00-35/393-220 sayılı TEB kararı. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 97, 104;**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 145;**Güzel**, s. 63, 66; **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 53; **Topçuoğlu**, Metin, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 129 - 171, s. 136, dn. 40.

121 19.02.1998 tarih, 53/384 - 44 sayılı Elektrik Mühendisleri Odası kararı; 15.06.2006 tarih, 06-44/ 566 -152 sayılı Seslendirme Sanatçıları Meslek Birliği kararı; 18.09.2000 tarih, 00-35/ 393-220 sayılı Türk Eczacılar Birliği kararı. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 98, 100, 105;**Güzel**, s. 66.

122 01.07.2005 tarih, 05-43/ 602-153 sayılı kararında Kurul, anonim şirket olarak kurulan Bankalar arası Kart Merkezi'ni, merkezi oluşturanlar bankacılık sektöründe faaliyet gösteren bağımsız teşebbüsler olduğundan teşebbüs birliği olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 109.

123 Motor yenileme firmalarının kararlarının, Ankara Motor Yenilemeciler Derneği'nin faaliyet tarihi öncesine dayandığı gerekçesiyle bu firmalar tarafından daha eski tarihli bir protokolle oluşturulan tüzel kişilikten yoksun fiili birliktelik halinin teşebbüs birliği olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz. 27.02.2001 tarih, 01-10/100-24 sayılı Kurul kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 107.

124 03.03.1999 tarih, 99-12/ 91-33 sayılı TŞOF kararı. Bkz. **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 54;**Güzel**, s. 66. 18.09.2000 tarih, 00-35/ 392-219 sayılı PÜİS (Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası) - TAGBİS (Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikası) kararda işveren sendikaları birer teşebbüs birliği olarak kabul edilmiştir. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 141;**Güzel**, s. 65.

125 Rekabet Kurulu, 04.03.1999 tarih 99-13/ 99-40 sayılı BİAK kararında, üyeleri reklam ajanslarında yönetici konumunda çalışan gerçek kişilerden oluşan Reklamcılar Derneği'ni teşebbüs birliği olarak kabul etmiştir. Reklamcılar Derneği üyelerinin reklam ajansları yani teşebbüsler olmadığını ileri sürmüştür. Bu durumu hali hazırda tespit eden Kurul, üyeleri teşebbüs niteliği taşımayan gerçek kişilerden oluşan bu derneğin neden teşebbüs birliği olarak kabul edildiğine değinmemiştir. Aslan'a göre BİAK ile akdedilen Basın İzleme ve Araştırma Sözleşmesinden elde edilecek verilere bu yöneticilerin kişisel olarak ihtiyacı yoktur. Dolayısıyla bu kişilerin temsil ettiği reklam ajanslarının ilgili verilerden yararlanması halinde bu sözleşmeye taraf olunması anlam taşıyacaktır. Bu nedenle

Rakip teşebbüsleri çeşitli görünümler altında bir araya getirerek koydukları sınırlamalar veya aldıkları kararlarla rekabet açısından hâlihazırda potansiyel bir risk oluşturan teşebbüs birliklerinin, rekabet yasalarına tabi olabilmeleri için teşebbüsler gibi ayrıca ekonomik faaliyette bulunmaları şart değildir[126]. Bizim de katıldığımız öğretideki genel görüşe göre; teşebbüs birliklerinin tespiti açısından önemli olan husus; belirli mesleki amaçlara ulaşmak için sürekli veya en azından süreklilik arz etmesi maksadıyla teşebbüsler arasında fiili birlik halinin yaratılmasıdır[127].

C. Rekabet Hukukunda Anlaşma Kavramı

Rekabet hukuku kaynaklarında diğer hukuk dallarının aksine sözleşme terimine değil; anlaşma kavramına yer verilmektedir. Zira rekabet hukukundaki anlaşma tabiriyle sadece medeni hukuk hükümlerine göre geçerli; sözleşme, akit veya mukavele gibi

---

Rekabet Kurulu gerekçesini açıklamasa dahi ulaştığı sonuç isabetlidir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, "Rekabet Kurulu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, C.I, S. 2, 2000, s. 3 - 39, s. 7. Topçuoğlu, ilgili derneğe üye olabilme şartının, reklam ajanslarında yönetici konumunda bulunmak olması dolayısıyla bu şahısların ajanslarını temsilen dernekte bulunduklarının aşikâr olduğuna dikkat çekmiştir. Reklamcılar Derneği'nin teşebbüs birliği olarak kabul edilmesinde; ya bahsi geçen temsil ilişkisi ya da teşebbüs niteliğindeki reklam ajanslarının, yöneticilerinin rekabeti kısıtlayıcı faaliyetlerinden doğan zararlardan "istihdam eden" sıfatıyla sorumlu olması etkilidir. Bkz. **Topçuoğlu**, Teşebbüs Birlikleri, s. 145. Arı'ya göre Kurul burada bir nevi perdeyi kaldırma teorisi uygulamış ve yasal temsilcilerin derneğe üye olmasını doğrudan teşebbüs niteliğindeki reklam ajanslarının üyeliği şeklinde değerlendirerek karar vermiştir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 67.

126 Birlik içerisinde üyelere getirilen sınırlamaların ve alınan kararların rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkisinin varlığı bu birliklerin faaliyetlerinin rekabet hukuku uygulamasına tabi olması için yeterlidir. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 68; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 139; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 38. Akıncı'ya göre ekonomik faaliyet unsuru, teşebbüs ile teşebbüs birliği arasındaki en önemli farktır. Bu birliklerinin ekonomik faaliyet amacı ile kurulmaları mümkün dahi değildir. Bkz. **Akıncı**, s. 283. Ancak bağımsız bir şekilde ekonomik faaliyet yürütmeleri halinde bu birliklerin teşebbüs olarak değerlendirilmesi ve somut olayın özellikleri doğrultusunda teşebbüslere özgü diğer yaptırımlara muhatap olmaları da mümkündür. TV yayını ve reklam anlaşmaları yaparak yürütmekte olduğu ekonomik faaliyetlerin FIFA'yı teşebbüs kılacağı yönündeki Komisyon kararı için bkz. *World Cup Tickets* kararı, 92/521/EEC, OJ L. 326, 12.11.1992, s. 31; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 68, dn. 223.

127 Arı, bir birliğin teşebbüs birliği olarak değerlendirilebilmesi için süreklilik göstermesi gerekmediğini rekabeti sınırlama amacıyla hareket edilmesi ya da bu etkinin ortaya çıkması halinde bir defaya mahsus toplanılmasının dahi yeterli olacağını belirtmiştir. Zira Arı'ya göre aksi bir kabul halinde bu birliklerin denetimi güçleşmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 68. Aynı yönde, **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 139. Bizim de katıldığımız hakim görüş ise teşebbüs birliğinden söz edebilmek için süreklilik unsurunun şart olduğu yönündedir. Topçuoğlu, süreklilik unsuruna birliğin amacı açısından yaklaşırken Akıncı, Aslan ve Sanlı birlikteliğin sürekliliğine değinmektedir. Burada asıl önemli olan birlikteliğin uzun dönem için planlanmış olmasıdır. Sürekli olmayan fiili birliktelikler ise koşulları varsa ancak "uyumlu eylem" olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. **Akıncı**, s. 179; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 96; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 38; **Topçuoğlu**, Teşebbüs Birlikleri, s. 135.

teknik bir kavram kastedilmemektedir[128]. Ancak anlaşma ve sözleşme sözcüklerinin aynı anlama gelecek şekilde kullanımının uygulamadaki yaygınlığı karşısında kanun koyucunun bu tercihinin değerlendirilerek anlaşma kavramının rekabet hukuku özelinde tanımlanması önem taşımaktadır.

Sözleşme, en az iki tarafın belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki bir işlemdir[129]. Sözleşmenin aksine anlaşma kavramı isehukuki bir sonuca yönelip yönelmediğine bakılmaksızın tarafların belirli bir konu üzerindeki yazılı, sözlü, zımni her türlü uzlaşmasıdır. Bu yönüyle anlaşma kavramı, sözleşmeleri de içine alan daha geniş kapsamlı bir ifade biçimidir. Anlaşma kavramının, sözleşmeden daha geniş kapsamlı olmasının rekabet hukukundaki karşılığı; anlaşmadan söz edebilmek için teşebbüsler arasındaki uzlaşmanın hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamalarından oluşmasının şart olmamasıdır[130]. Bu durumun bir yansıması olarak rekabet hukukunda anlaşmalar bakımından herhangi bir şekil şartının aranmadığı da görülmektedir[131]. Dolayısıyla sözleşme olarak ifade edilen her uzlaşma, rekabet hukuku nezdinde birer anlaşma iken rekabet hukukunda anlaşma olarak adlandırılan her tür uzlaşmanın sözleşme sayılması olası değildir. Bu nedenle tarafların ilgili uzlaşmayı meydana getiren irade beyanlarının hukuki bir sonuca yönelmediği veya gerekli şekil şartlarının sağlanmadığı durumlarda sözleşmeden bahsedilemeyeceği fakat taraflar arasındaki bu uzlaşmanın, rekabet

---

128 **Ateş**, Mustafa, "Rekabet Hukukundaki 'Anlaşma' ve Borçlar Hukukundaki 'Sözleşme' Kavramları Üzerine", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 15, Y. 15, S. 2014/1, s. 83 - 92, s. 85; **Badur**, Anlaşmalar, s. 58; **Can**, s. 47; **Canbolat**, s. 74; **Eğerci**, s. 53; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 125; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 76; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 168.

129 Türk Borçlar Kanunu, 1. maddesinde sözleşmenin unsurlarını saymakla yetinerek herhangi bir sözleşme tanımı yapmamaktadır. İlgili unsurlardan hareketle yapılan tanımda TBK m. 1/ I'de açıkça zikredilmeyen "hukuki sonuç" unsuruna da yer verilmektedir. Hukuki sonuç unsuruna değinilmediği gerekçesiyle TBK m. 1/ I'in eksik olduğu da düşünülmektedir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 200.

130 **Gürzumar**, Osman Berat, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", Rekabet Dergisi, S. 12, Ekim-Kasım- Aralık 2002, s. 3 - 76, s. 4. Ayrıca bkz. **Aksoy**, M. Nazlı, s. 26; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 209; **Badur**, Anlaşmalar, s. 57; **Eğerci**, s. 53; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 126; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 76.

131 **KüçükayhanAşcıoğlu**, Meltem, Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 46. Rekabetin kısıtlanması şekle tabi bir sözleşme ile meydana gelmişse dahi şekil şartlarının yerine getirilmemesi rekabet hukuku açısından önem taşımamaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 44.

hukukuna aykırılığı halinde, kanunda öngörülen yaptırımlara tabi bir anlaşma olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir.

Rekabet hukukundaki anlaşmalar da tıpkı sözleşmeler gibi en az iki tarafın belirli bir amaca yönelik iradelerinin uyuşmasıyla meydana gelmekte ancak bu anlaşmalar, tarafların yöneldikleri amaç ve menfaatleri noktasında sözleşmelerden ayrılmaktadır[132]. Tarafların menfaatlerinin karşı karşıya olduğu sözleşmelerin aksine rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın tarafları birbirinden ayrı amaç ve menfaatler noktasında değil; rekabeti kısıtlamak adına ortak bir hedef üzerinde uzlaşmaktadır[133]. Taraf iradelerinin yöneldiği ortak hedef dışında sözleşmenin kuruluşu ve sonuçlarına dair genel hükümler büyük ölçüde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara da uygulanabilmektedir. Taraflar piyasadaki faaliyetlerinde karar verme veya hareket özgürlüklerinin sınırlanması noktasında bir uzlaşmaya vardıkları anda anlaşma kurulmuş sayılmaktadır[134]. Ancak taraflar açıkça rekabetin kısıtlanması üzerinde uzlaşmasalar dahi kendilerini bağlı hissettikleri herhangi bir uzlaşma sonucu meydana gelen eylem ve işlemleri neticesinde rekabet kısıtlanıyorsa yine bir anlaşmanın varlığından söz edilmektedir. Henüz uygulanmamış ve rekabeti kısıtlamamış olmasına rağmen rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkiye sahip olduğu anlaşılan anlaşmalar da doğrudan yasaklanmaktadır[135].

Anlaşmanın hukuken bağlayıcı olması, şekil şartlarının yerine getirilmesi, taraflarının gerçek veya tüzel kişi olmaları ya da uygulanması rekabet hukuku açısından önemsizdir. Hukuken bağlayıcı olsun ya da olmasın rekabeti kısıtlayıcı etki veya amaca

---

132 Rekabet hukukunun konusu gereği bu anlaşmanın tarafları teşebbüsler ya da teşebbüs birlikleridir. Ana teşebbüs ile bağlı teşebbüs arasındaki anlaşmalar, bu teşebbüsler aralarındaki ekonomik bütünlük nedeniyle tek bir teşebbüs olarak kabul edildiğinden rekabet hukuku nezdinde anlaşma olarak değerlendirilmez. Bkz. Rekabet Kurulu 10.02.2000 tarih, 00-6/53-25 sayılı Gübretaş Kararı ve 19.11.2008 tarih, 08-65/1055-411 sayılı TTNet Kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 215. Benzer karar örnekleri ve ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. §4/I/A/1.

133 Taraf menfaatlerin aynı yönde olması durumu genellikle yatay anlaşmalar yönündendir. Tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi dikey anlaşmalarda da tarafların menfaatlerinin genellikle karşı karşıya olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Anlaşma, s. 88; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 176.

134 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 33; **Can**, s. 50; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 177.

135 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 35; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 206; **Can**, s. 50.

sahip her uzlaşmanın, rekabet hukuku yönünden anlaşma kavramı kapsamında olduğu İsviçre Kartel Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan tanımda açıkça düzenlenmektedir. İlgili tanıma göre; aynı ya da farklı pazar düzeylerinde bulunan teşebbüsler arasında yapılıp rekabetin kısıtlanması amacını güden ya da böyle bir etkiyi doğuran, hukuken bağlayıcı olan ya da olmayan anlaşmalar ve uyumlu davranışlara "Rekabet Anlaşması (*Wettbewerbsabrede*)" adı verilir[136]. Bu durum, rekabet hukukunun konusuna giren irade uyuşmalarını ifade etmek üzere sözleşme anlamına gelen "*vertrag*" sözcüğünün değil; çok daha geniş kapsamlı olan "*vereinbarung*" yani anlaşma kelimesinin kullanıldığı Alman rekabet hukukunda da kendisini göstermektedir[137].

Türk rekabet hukuku mevzuatındaki kavram seçiminde genel yaklaşımı oluşturan AB rekabet hukuku düzenlemelerinde de hukuken bağlayıcı irade uyuşmalarını anlatan "*contract*" terimi yerine Türkçe karşılığı anlaşma olan "*agreement*" terimi kullanılmaktadır[138]. *Quinine* kararında anlaşmanın varlığı için tarafların ortak iradelerini açıkça ortaya koymalarının yeterli olduğu sonucuna ulaşan ABAD, *Bayer* (*Adalat*) kararında anlaşma kavramını doğrudan "*en az iki teşebbüs arasındaki irade uyuşması*" olarak ifade etmiştir[139]. Buradan da anlaşılacağı üzere uygulamada; mevcut yasal düzenlemelerde kullanılan anlaşma tabiri; hukuken geçerli, bağlayıcı olan uzlaşmaların yanı sıra bu nitelikte olmayan her tür karşılıklı tasavvur (bilgi) açıklamaları ile fiili davranışları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır[140]. Nitekim Komisyon nezdinde de bir anlaşmadan söz edebilmek

---

136 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 61; **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 54.

137 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 61; **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 57.

138 4054 sayılı Kanunun teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 4. maddesinin mehazını teşkil eden Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma'nın 101. maddesinde "*contract*" terimine değil Türkçe karşılığı anlaşma olan "*agreement*" kelimesine yer verilmektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 42; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 207; **Ateş**, Anlaşma, s. 85; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 169.

139 Case 41/69 *ACF Chemiefarma NV v. Commission (Quinine)* [1970] ECR I - 661; Case T - 41/96 *Bayer v. Commission (Adalat)* [2000] ECR II - 3383. Bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 48; **Ersoy**, Bahar, Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 314, Ankara 2015, s. 12; **Vogelaar**, s. 278.

140 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 207; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 77; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 169.

için teşebbüsler arasındaki ilişkide, teşebbüslerden birinin rızası dâhilinde hareket özgürlüğünün kısıtlanması yeterlidir[141]. Rekabet hukuku anlamında bir anlaşmayı tehdit ile akdeden tarafın rekabeti kısıtlayıcı faaliyetten sorumlu tutulması hakkaniyete aykırıysa da anlaşmanın ekonomik baskı altında yapılmış olması halinde söz konusu tarafın ekonomik faaliyetini gönüllü kısıtladığı kabul edilmektedir[142]. Taraflarca imzalanma, yazılı olma gibi şekli koşullara uygunluğuna bakılmaksızın sözlü veya zımni olarak gerçekleştirilen uzlaşmalar da anlaşma olarak ele alınmaktadır[143].Hatta karşılıklı bir mutabakatın varlığına bakılmaksızın üretici tarafından yeniden satıcılara gönderilen sirküler, genel satış koşullarının belirtildiği baslı belge veya işletme birliğinin kuruluş sözleşmesi de Komisyon kararlarına göre birer anlaşmadır[144].

Türk rekabet hukuku yönünden anlaşma kavramının tanımına Rekabetin Korunması Hakkında Kanun dâhilinde rastlanmamaktadır. Ancak Kanunun lafzında yer verilen anlaşma kelimesinin, kanun koyucu tarafından yapılan bilinçli bir tercihin ürünü

---

141 Komisyon*Franco-Japanese Ballbearings* kararında, iki Fransız bilye üreticisinin, dört Japon bilye üreticisiyle Fransa'ya ihraç edecekleri ürünlerin fiyatlarını Fransa pazarı seviyesine yükseltmeleri için yürüttüğü görüşmeler ile ülkelerin üretici birlikleri arasındaki mektuplaşmaları anlaşma olarak değerlendirerek teşebbüslerden birinin diğeri ile ilişkisinde hareket özgürlüğünün kısıtlanmasını bir anlaşmadan söz edebilmek için yeterli bulmuştur. Bkz. 74/634/EEC, OJ L. 343, 29.12.1974, s. 19; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 207; **Badur**, Anlaşmalar, s. 58; **Büyükeroğlu**, Gözde, "Dikey Kısıtlamalar", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mart 2006, s. 41; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 145, dn. 27; **TÜSİAD**, Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Yayın No. TÜSİAD - T/ 98-12/ 244, 1998, s. 25.

142 Bilhassa çok taraflı kartel anlaşmalarının mevcut olduğu hallerde anlaşmadan kaçınmak teşebbüsün ekonomik geleceğini tehlikeye atabilmektedir. Bu durumda ilgili anlaşmaya isteksiz veya zorla katılan teşebbüs de anlaşmanın tarafı kabul edilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 208; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 52; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 147, dn. 36; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 178. Ancak ekonomik faaliyetini kısıtlamada hiçbir çıkarı olmaksızın sağlayıcının baskısı altında isteksizce anlaşma akdeden tarafa karşı kimi zaman soruşturma başlatılmamakta kimi zamansa ceza indirimine gidilmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 57; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 138.

143 *Quinine Cartel* kararında üreticilerin resmi şekil şartına uymaksızın ve hatta altına imza dahi atmaksızın akdettikleri sözleşme Komisyon tarafından anlaşma olarak kabul edilmiştir. Bkz. 69/240/CEE,OJ L. 192, 05.08.1969, s. 5. *Tepea BV* davasında ise tek satıcılık sözleşmesinin feshi sonrası marka hakkının kullanımına dair taraflar arasında gerçekleştirilen zımni uzlaşma, bir anlaşma olarak ele alınmıştır. Bkz. Case 28/77, 20.06.1978, 1978 ECR 1391; **Badur**, Anlaşmalar, s. 59.

144 Komisyon *BMW Belgique*kararında,sağlayıcının gönderdiği ve satıcılar tarafından imzalanan sirküleri anlaşma olarak kabul etmiştir. Bkz. 78/155/EEC,OJ L. 046, 17.02.1978, s. 33. Komisyonun diğer kararında ise satıcının alıcıya standart satış koşullarını göstermek ve satışa son verildiğini bildirmek için gönderdiği tek yanlı belge anlaşma sayılmıştır. Bkz. *Distellers* kararı, 80/789/EEC,OJ L. 233, 04.09.1980, s. 43; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 207, 210; **Badur**, Anlaşmalar, s. 58;**Sanlı**, Geçersizlik,s.146, dn. 35;**TÜSİAD**, Anlaşma, s. 25. *Transocean Marine Paint Association* kararında teşebbüs birliğinin kuruluş sözleşmesi ve sözleşmedeki değişiklikler Komisyon tarafından anlaşma sayılmıştır. Bkz. 74/ 16/ EEC, OJ L. 19, 23.01.1974, s. 18; **Badur**, Anlaşmalar, s. 61.

olduğunu söylemek mümkündür[145]. Zira Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yaptırıma bağlayan 4. maddesinin gerekçesinde anlaşma kavramının, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma veya uyuşma anlamında kullanıldığı açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla yalnız sözleşmeler değil; rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkiye sahip yazılı ya da sözlü her tür uzlaşma, AB rekabet hukuku uygulamasına paralel şekilde RKHK açısından da anlaşma olarak değerlendirilmektedir[146]. Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararları incelendiğinde bir anlaşmanın varlığı için tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı hissetmelerinin yeterli olması hususunun sıklıkla vurgulandığı; sözlü ya da yazılı herhangi bir şekil şartı aranmaksızın taraflar açısından hukuken bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmalarının dahi kanun kapsamında kabul edildiği görülmektedir[147]. Kurul, anlaşmanın tespiti hususunda AB Komisyonunun yaklaşımına atıfta bulunarak bir anlaşmanın varlığı için en önemli kıstasın teşebbüslerin hareketlerinde kendilerini özgür hissetmemeleri olduğunu da belirtmektedir[148]. Bu

---

145 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 206; **Ateş**, Anlaşma, s. 86; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 125; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 77.Uygulamada sözleşme ve anlaşma kelimelerinin sıklıkla aynı anlama gelecek şekilde kullanılması, rekabet hukuku kaynaklarındaki anlaşma kavramı tercihinin bilinçli olup olmadığının sorgulanmasına yol açmaktadır. RKHK yönündenbu durumun sorgulanmasına yol açan bir diğer etmen ise 57. madde metninde anlaşmanın yanı sıra sözleşme kavramının da kullanılmış olmasıdır. Burada kullanılan sözleşme kavramının gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu yönündeki bizim de katıldığımız hakim görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. §3/I/dn. 49.

146 RKHK'nın 4. maddesindeki "*anlaşma*" kavramının hukuken bağlayıcı olmayan karşılıklı beyanları da içine alacak kadar geniş yorumlanmasının hukuki kavram ve kalıplara zarar vererek 56. maddede düzenlenen geçersizlik yaptırımını anlamsız kılacağı gerekçesiyle bağlayıcı olmayan davranış biçimlerinin kanunun uygulanmasında uyumlu eylem olarak değerlendirilmesi; anlaşma kavramının ise hukuken bağlayıcı mutabakatlar (sözleşmeler) ile sınırlandırılması gerektiği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 171. İspatı ve cezalandırılması güç olan uyumlu eylemlerin kapsamını genişletecek bu yaklaşımın tehlikeli olacağı; 56. maddede öngörülen geçersizlik yaptırımının yalnız 4. madde kapsamına giren hukuken bağlayıcı anlaşmalar için uygulanacağı yönündeki katıldığımız aksi görüş için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 209; **Gürzumar**, Geçersizlik, s. 4. Benzer tartışmalara AB rekabet hukuku açısından da rastlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, s. 43.

147 **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 53; **Özsunay**, Ergun, Kartel Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 159;**Tekinalp**, Ünal/**Tekinalp**, Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000, s. 335. 26.11.1998 tarih, 93/ 750-159 sayılı LPG-Adıyaman kararında Kurul, şekil şartı aranmaksızın tarafların kendini bağlı hissettiği her tür uzlaşmanın anlaşma olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Aynı yönde bkz. İstanbul ekmek piyasasında faaliyet gösteren teşebbüs birliklerine dair 27.10.1999 tarih, 99-49/ 536-337(a) sayılı Kurul kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 210; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 130. Özel Okullar Birliğince okullar arası öğretmen ve öğrenci transferi için belirlenen etik ilkeleri, Kurul "*centilmenlik anlaşması*" benzeri olarak değerlendirmiştir. Bkz. 03.03.2011 tarih, 11-12/226-76 sayılı karar; **Ateş**, Anlaşma, s. 92, dn. 18.

148 "*Eğer bir teşebbüs hareketlerinde kendini özgür hissetmiyor ve belirli bir yönde hareket etme gereğini kabulleniyorsa o yönde bir anlaşma olmuş demektir*." Bkz. 02.12.2004 tarih, 04-77/ 1108-

nedenle görünürde sözleşme feshedilse veya rekabeti kısıtlayan anlaşma bir şekilde ortadan kaldırılsa dahi; teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen doğrudan ya da dolaylı işbirliği ilişkilerinin etkisinin devam ettiği durumlarda hala bir anlaşmanın varlığından söz edilebilmektedir[149]. Nitekim 4054 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 13.12.1994 tarihinden önce yapılan ihlal niteliğindeki anlaşmalara da etkilerini sürdürdükleri takdirde uygulanabilmektedir[150]. Ancak uygulamanın, tarafların anlaşma yönündeki iradelerine dair kuvvetli şüphe uyandırdığı aksi bir durumda taraflar arasında anlaşma sağlanamadığını kabul etmenin daha doğru olacağı düşünülmektedir[151].

En nihayetinde; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin genel bir tanıma yer vermek gerekmektedir. Rekabet hukuku doktrininde tanımından ziyade kapsamı ile ön plana çıkan anlaşma kavramının tanımı da ancak bu kapsama ilişkin yukarıda ayrıntılarıyla ele alınan ortak yaklaşım ve değerlendirmeler ışığında yapılabilecektir. Bu doğrultuda kanaatimizce rekabet hukukundaki anlaşma kavramı; "*hukuken bağlayıcı olmasa dahi en az iki teşebbüsün kendilerini bağlı hissettikleri türde bir uzlaşma*

277 sayılı Ege Çimento Kararı (Kararın Danıştay 13. Dairesince usul yönünden iptali üzerine aynı konuda alınan 19.10.2006 tarih, 06-77/ 992-287 sayılı Kurul kararı); **Ateş**, Anlaşma, s. 90. Aynı yönde bkz. Çiğ süt alıcıları hakkındaki ön araştırma sonucu verilen D3/2/O. S. - 99/1 (Önaraştırma) Dosya no.lu, 23.03.2000 tarih, 00-11/ 109-54 sayılı Kurul kararı; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 130.

149 10.02.2000 tarih, 00-6/ 53-25 sayılı Gumpir Plaza/ Pepsi-Cola Servis Dağıtım A.Ş. kararında, taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilerek uygulamasına son verilmiş olmasının rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin de beraberinde ortadan kalkması sonucunu doğurduğu belirtilmiştir.Kurul bu kararında tarafların uygun iradesini yansıtmadığı tespit edilen bir sözleşmenin feshedilerek uygulamasına son verilmesi halinde anlaşmanın geçmişte uygulanmış olması nedeniyle soruşturma açılmasını 4. maddenin ruhuna aykırı olarak değerlendirmiştir. Bu karar söz konusu anlaşmanın geçmişte uygulanmış ve etkilerini göstererek piyasaya zarar vermiş olduğu dolayısıyla ilgili anlaşma hakkında işlem yapılması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz.**Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 54. Ancak karar metni incelendiğinde şikâyet başvurusunu bizzat sözleşmenin taraflarından birinin yaptığı ve mağdur olan şikâyetçi teşebbüsün sözleşmenin geçersizliğinin tespitini talep ettiği görülmektedir. Kanaatimizce Kurul, bu noktadan hareketle sözleşmenin zaten tarafların uygun iradesini yansıtmadığı ve dolayısıyla fiilen de uygulanma imkanı kalmadığı gerekçesiyle hali hazırda feshedilmiş olan sözleşmenin RKHK'ya aykırılığı nedeniyle geçersizliğinin tespiti için ayrıca işlem yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Kararın, anlaşmanın oluşması için gereken taraf iradeleri yönünden incelendiği benzer yaklaşım için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 214.

150 27.10.1999 tarih, 99-49/ 536-337 sayılı İstanbul Ekmek Piyasası Kararı. Sona ermiş ancak etkilerini hala sürdüren anlaşmalara ilişkin bu yaklaşımın, KİT'lerin rekabeti sınırlanmasına yol açan idari işlemlerinin idari yargıda iptal edilerek veya kurum tarafından geri alınarak ortadan kaldırılması halinde de uygulanabileceği yönünde katıldığımız görüş için bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 54.

151 Anlaşmalarda teknik olarak bir icap - kabul bulunmasa da en azından taraflar ve konu hakkındaki irade beyanlarının birbiriyle örtüşmesi gerekir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 214.

sağlamasıyla kurulan ve barındırdığı rekabeti kısıtlayıcı etki veya amaç nedeniyle yasaklanarak yaptırıma tabi kılınmış bir ilişki biçimi" olarak tanımlanabilecektir[152].

II. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMA TÜRLERİ

Sherman Yasasının ilk, ABİDA'nın 101 ve 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere rekabet kanunları genellikle kategorik bir ayrım gözetmeksizin rekabeti kısıtlayıcı tüm teşebbüsler arası anlaşmaları teoride aynı sonuçlara tabi tutma eğilimindedir. Ancak yasal bir dayanağı bulunmasa dahi hukuka aykırılığı belirlemede yarattığı kolaylık nedeniyle uygulama, benzer özellikteki anlaşma gruplarının bir araya getirilmesiyle oluşturulan yatay ve dikey anlaşmalar ayrımı etrafında şekillenmektedir[153].

Amerikan rekabet hukukunda ilk kez 1972 yılında Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Topco Associates* kararıyla öne sürülen yatay/dikey anlaşma ayrımı, farklı rekabet hukuku sistemlerinde de benimsenmiştir[154]. ATAD'ın bu ayrıma ilişkin ilk kararlarından olan *Consten and Grundig* kararında anlaşmalara ilişkin 101. maddenin hem yatay hem de dikey anlaşmalara uygulanabileceği belirtilmiştir[155]. Türk rekabet hukukunda ise bu konu, RKHK'nın 4. maddesinin gerekçesinde açıklığa kavuşturulmuş ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların yatay veya dikey anlaşmalar şeklinde olabileceği ifade edilmiştir. Yatay ve dikey anlaşma ayrımı bu hukuk sistemlerinin tamamında

---

152 Ateş, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları "*en az iki tarafın iştirakini gerektiren, rekabet üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı veya açabilecek olması nedeniyle rekabet hukukunun yasakladığı ve kendisine yaptırım niteliğinde bazı sonuçlar atfedilen hukuka aykırı bir davranış şekli*" olarak tanımlamıştır. Bkz. **Ateş**, Anlaşma, s. 85. Ancak anlaşmanın varlığı için aranan şartlar yönünden iyileştirilmesi gerektiğini düşündüğümüz bu tanım tarafımızdan genişletilerek "*davranış biçimi*" yerine "*ilişki biçimi*" tabiri tercih edilmiştir. Zira ilişki kavramı, anlaşmanın en az iki taraf arasındaki etkileşimi gerektiren doğasına kanaatimizce daha uygundur. Öte yandan davranış tabirinin kullanımı, rekabet hukukundaki bir diğer ihlal türü olan ve anlaşma kavramından oldukça ince bir çizgi ile ayrılan "*uyumlu eylem*" kavramını da zedeleyecektir. Bkz. §4/II/C/3.

153 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 39; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 78; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 182.

154 *United States v. Topco Associates*, 405 US 605 (1972). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, s. 37.

155 ATAD'ın konuya ilişkin ilk kararlardan olan bu karar, bir ilke karar niteliğindedir. Bkz. *Consten and Grundig v. Commission*, Cases 56, 58-64 [1966] ECR 299; **Badur**, Anlaşmalar, s. 63; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 63; **Whish/Bailey**, s. 663. Kararın farklı bir değerlendirmesi için bkz. **Akıncı**, s. 63.

kabul edilmesine rağmen bu anlaşma türlerinin rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımların varlığı dikkat çekmektedir. İlerleyen bölümlerde detaylarıyla aktarılacak olmakla birlikte rağmen yatay anlaşmaların yanı sıra dikey anlaşmaların da hukuka aykırı kabul edildiği AB ve Türk rekabet hukukunun aksine Amerikan rekabet hukukunda dikey anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin tartışma konusu yapıldığını belirtmekte yarar vardır[156].

Rekabet hukuku uygulaması esnasında yatay ve dikey anlaşmaların özelliklerini bir arada bulunduran anlaşmalara rastlanabileceği gibi hiçbir anlaşmanın kapsamına girmeyen aykırı (karmaşık yapılı) anlaşmalara da rastlanabilmektedir[157]. Bu anlaşmalarla da rekabetin kısıtlanması ihtimal dahilinde olmakla birlikte rekabet üzerinde pek fazla etkilerinin olmadığı kabul edildiğinden çalışmamızın bu bölümünde doktrinin genelinde benimsenen yatay ve dikey anlaşma ayrımı doğrultusunda ilerlenmektedir.

A. Yatay Anlaşmalar

1. Tanımı ve Unsurları

Yatay anlaşmalar (*horizontal agreements*), üretim veya dağıtım zincirinin aynı aşamasında faaliyet gösteren fiili ya da potansiyel rakipler arasındaki anlaşmalardır[158].

---

156 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 39; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 78.

157 Aykırı veya karmaşık yapılı anlaşmalar; birbirleri ile ilgisiz ayrı piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Türk rekabet hukukunda aykırı anlaşmalar rekabeti kısıtlayıcı etkisi en az olan anlaşma türü olarak kabul edilmekte ancak yine de her somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmektedir. Bkz. 28.04.1999 tarih, 99-21/167-86 sayılı Benkar A.Ş. Kurul Kararı; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 39; **Günay**, s. 51; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 137.

158 Doktrinde aynı anlama gelmekle birlikte farklı şekillerde ifadesini bulan çok sayıda yatay anlaşma tanımına rastlamak mümkündür. Örneğin; Aslan ve Badur yatay anlaşmaları, üretim zincirinin aynı seviyesinde olan teşebbüslerin meydana getirdiği anlaşmalar şeklinde tanımlamaktadır. Bkz.**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 334; **Badur**, Anlaşmalar, s. 61. Topçuoğlu'na göre yatay anlaşmalar, aynı üretim veya pazarlama seviyesindeki teşebbüslerin yapmış olduğu anlaşma türüdür. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 182. Arı için ise yatay anlaşmalar, üretimden tüketime kadar aynı seviyedeki teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 41. Ancak biz potansiyel rakipleri içine alarak daha kapsayıcı ve net bir hale geldiğini düşündüğümüz için Kurum yayını olan sözlükteki tanımı kullanmayı tercih etmekteyiz. Bkz. **RK**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.

Bilgisayar üreticilerinin kendi aralarında yaptıkları anlaşmalar veya beyaz eşya bayileri arasında yapılan anlaşmalar, yatay anlaşmalara örnek olarak gösterilebilmektedir.

Yatay anlaşmalar açısından belirleyici olan tarafların rakip olması ve aynı ekonomik sürecin parçası olmalarıdır. Elbette birbirine rakip teşebbüslerden söz edilebilmesi için teşebbüslerin parçası olduğubu ekonomik sürecin, aynı mal veya hizmete ait olması da gerekmektedir[159]. Piyasadaki rakipler arasında gerçekleştirildiğinden yatay anlaşmaların, teşebbüslerin pazar paylarını arttırıp rakip sayısını azaltarak rekabeti olumsuz yönde etkilemesi ihtimali oldukça yüksektir[160]. Bu nedenle nadiren olumlu etkileri olsa dahi yatay anlaşmalar, tüm rekabet hukuku sistemlerinde *per se* yasaktır[161]. Bu genel yaklaşıma uygun şekilde Türk rekabet hukukunda da yatay anlaşmaların *per se* yasak kabul edildiği ve anlaşmaların hukuka uygunluğunu sağlayan muafiyet benzeri konularda Kurul tarafından yatay anlaşmalara sıcak bakılmadığı görülmektedir[162].

Anlaşmaya iki ya da daha fazla teşebbüsün taraf olması ve bu teşebbüslerin üretim veya dağıtım zincirinin aynı aşamasında faaliyet göstermesi yatay anlaşmaların sabit unsurlarıdır. Ancak amaç unsuru, anlaşmanın türüne göre değişiklik gösterdiğinden yatay anlaşmaların unsurları her bir tür için ayrıca belirlenmektedir.

---

145. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki "*fiyatlarda küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda, gerekli dönüştürme maliyetlerine katlanarak veya zorunlu yatırımları yaparak piyasaya girme olasılığı (ve isteği) bulunan*" teşebbüs, potansiyel rakip olarak kabul edilir. Fakat bir teşebbüsün potansiyel rakip olarak kabulü için teorik bir ihtimal yeterli değildir. Gerçekçi sebeplere dayanılarak yapılan bir tespit gerekir. Bkz. **OECD**, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf (E.T. 15.12.2018)

159 Aynı seviyede olmakla birlikte teşebbüsler arasında farklı mal veya hizmetler ile ilgili yapılan anlaşmalar, yatay anlaşma olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 42.

160 Bu yönüyle yatay anlaşmalar pazar yapısını değiştiren anlaşmalardır. Yatay anlaşmalarda aslında birbirine rakip olan teşebbüsler, ortak bir amaç doğrultusunda birlikte hareket ettiklerinden bu anlaşmalarla rekabetin kısıtlanması olasılığı da artmaktadır. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 133.

161 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 43; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 334; **Can**, s. 57.

162 RKHK'nın 4. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği haliyle Türk rekabet hukukunda yatay anlaşmalara olan yaklaşım şöyledir: "*Aynı seviyede yapılan anlaşmalara yatay anlaşma denmekte ve bu tür anlaşmaların bizatihi rekabeti bozucu etkilerinin olduğu kabul edilmektedir*". *Per Se* doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.§5/I/B/1. Muafiyet konusundaki yaklaşım için ise bkz. §6/II/A.

2. Yatay Anlaşma Türleri

a. Kartel Anlaşmaları

Avrupa Birliği rekabet hukuku açısından karteller, fiyatları ve karı arttırmak amacıyla rekabeti kısıtlar veya ortadan kaldırırken herhangi bir denkleştirici fayda da sağlamayan rakip teşebbüsler arası uzlaşmalar olarak kabul edilmektedir[163]. Uygulamada yatay anlaşmalara sıklıkla kartel anlaşmaları da denilmektedir[164]. Ancak yaygın kanaatin aksine teşebbüsler arasındaki her yatay anlaşmanın kartel anlaşması olarak değerlendirilmesi doğru değildir.

Bir anlaşmanın kartel anlaşması olarak nitelendirilebilmesi için o anlaşmanın amacı veya doğal sonucunun "rekabeti kısıtlamak" olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle diğer anlaşmalarda rekabetin kısıtlanması, anlaşma hükümlerinin yanı sıra piyasa koşullarına da bağlı iken bir kartelin varlığı halinde bu kartelin üyesi olan teşebbüsler, piyasa koşullarından bağımsız bir şekilde rekabeti kısıtlamayı amaçlamaktadır[165]. Kartel ilişkilerinde teşebbüslerin nihai amacı, rekabetin yarattığı belirsizlikten kurtularak rekabetçi bir piyasada elde edemeyecekleri kazancı elde etmek suretiyle ekonomik açıdan üstün konuma gelmektir[166]. Tarafı olan teşebbüslerin,

---

163 **European Commission**, *Glossary of Terms Used in EU Competition Policy - Antitrust and Control of Concentrations*, s. 8, https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-cee3-4f65-9b30-e232ec306, (E. T. 15.12.2018) Türk doktrininde ise kartel kavramı Barlas'ın yaptığı "*hukuksal ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız teşebbüslerin, bağımsızlıklarını koruyarak aralarındaki rekabeti sınırlandırmak veya tümüyle ortadan kaldırmak suretiyle piyasayı etkileme ve kontrol altında tutma amacıyla bir araya gelmeleri*" tanımıyla açıklanmaktadır. Bkz. **Barlas**, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1998, s. 149.

164 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 41; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 334;**Can**, s. 57. Barlas'a göre Türk hukukunda karteli, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalar şeklinde anlamak gerekir. Bkz. **Barlas**, s. 150.

165 Örneğin olağan bir ticari faaliyet olarak teşebbüsler arasında yapılan bir satış sözleşmesi, tarafların gizli iradeleri ya da piyasa koşulları dolayısıyla rekabetin kısıtlanmasına neden olabilecekken bu anlaşmadan farklı olarak kartel anlaşmalarında rekabetin kısıtlanması somut olaya dair koşullardan değil; bizzat o anlaşmanın amacındanveya hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 67.

166 Diğer rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan, ortak bir amacın bulunması niteliği ile ayrılan kartel anlaşmalarında dahi taraflar ilk fırsatta daha fazla kar elde ederek üstün konuma gelmenin yollarını

rekabetçi bir piyasaya oranla çok daha yüksek fiyatlar uygulayıp karlarını maksimize etme eğilimi göstermesi nedeniyle varlığı toplum için zararlı kabul edilenkartel anlaşmaları, rekabet hukukunun baş hedeflerinden biridir[167]. Ancak rekabet hukuku sistemlerinde kendisine verilen öneme karşın kartel anlaşmaları; Sherman Yasası, ABİDA ya da RKHK'da ayrıca zikredilmemiş ve özel olarak tanımlanmamıştır. Alman rekabet hukukundaki tanımıyla ise kartel anlaşmaları (*Kartellvereinbarungen*); birbirine rakip teşebbüsler arasında rekabetin kısıtlanması, engellenmesi veya bozulması amacıyla yapılan ya da böyle bir etki doğuran anlaşmalardır. Bu tanıma göre kartel anlaşmaları; (*i*) teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşmanın (*Vereinbarung*) varlığı, (*ii*) bu teşebbüslerin birbirleri ile rekabet halinde bulunması ve nihayet fonksiyon şartı (*Funktionsklausel*) olarak da ifade edilen (*iii*) anlaşmanın rekabetin kısıtlanması amacını izlemesi veya böyle bir sonuç doğurması unsuru olmak üzere toplam üç unsurdan oluşmaktadır[168]. Teşebbüsler arasındaki rekabetin kısıtlanması adına anlaşma unsuru genellikle fiyat tespiti, pazar paylaşımı, arz miktarının kontrolü, ihalelerde danışıklı hareket konularında gerçekleşmektedir[169]. Kartel davranışı olarak da nitelendirilen bu tür davranışlardan yola çıkarak kartel anlaşmaları; "*fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması ihalelerde danışıklı hareket konularında rakipler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar*" olarak da ifade edilebilmektedir[170].

---

arayacaklardır. Dolayısıyla burada teşebbüsler arasındaki ortak menfaat sadece aynı yöntemi kullanmak suretiyle daha çok kazanç elde etme yönündendir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 143, dn. 11.

167 Birden fazla teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasalarda teşebbüslerin karlarını arttırmaları piyasayı kontrol edebilmelerine bağlıdır. Karını arttırmak isteyen teşebbüslerin piyasayı kontrol edebilmek için başvurduğu en etkili yöntem ise kartel anlaşmalarıdır. Bkz. **Akıncı**, s. 69. Rakip teşebbüslerin aralarında anlaşarak iktisadi hayatı askıya almaları en tipik rekabet ihlallerindendir. "*Kartel Anlaşmaları*" olarak adlandırılan bu birliktelikler rekabet hukukunun önlemek istediği davranışların da başında gelmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 45, dn. 31; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 7.

168 Alman rekabet hukukunda kartel anlaşması, tanım ve unsurları için bkz. **Özsunay**, Anlaşmalar, s. 57.

169 **Akıncı**, s. 69; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 8; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 92. Kartel davranışları ve rekabet hukukundaki yansımaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §5/II/A.

170 Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik'in "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinde kartel kavramı "*fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması ihalelerde*

Kartel davranışı olarak nitelendirilen hallerden herhangi birinin tespiti çoğu zaman piyasa üzerindeki etkilerinin araştırılması gerekmeksizin rekabeti kısıtlama amacının varlığı için yeterli görülmektedir[171]. Dolayısıyla bir anlaşmanın amaç bakımından hukuka aykırı olması hali rekabet hukukundaki diğer anlaşmalara nazaran sıklıkla kartel anlaşmaları yönünden gündeme gelmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde rekabet hukukunda *per se* yasaklanan yatay anlaşmaların aslında teşebbüsler arasındaki rekabeti ortadan kaldırmayı amaçlayan kartel anlaşmaları olduğunu da söylemek mümkündür.

b. Yatay İşbirliği Anlaşmaları

Küreselleşme ile birlikte pazardaki artan rekabet, günümüzde teşebbüslerin ayakta kalmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle pazarın aynı seviyesinde faaliyet gösteren gerçek ya da potansiyel rakip teşebbüsler yalnız fiyat tespiti, arz kontrolü ya da pazar paylaşımı gibi ihlaller için değil; gerekli kaynaklara erişerek ekonomik etkinliklerini arttırmak amacıyla da bir araya gelebilmektedir[172]. Rakipler arasında

---

danışıklı hareket konularında rakipler arasında gerçekleşen rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemler" şeklinde tanımlanmaktadır. 2014/104 sayılı AB Direktifi'nin 2/XIV. maddesinde ise kartel kavramı yine benzer şekilde "*iki veya daha fazla rakip arasında, pazardaki rekabetçi davranışlarını koordine etmeyi amaçlayan ya da satın alma ve satış fiyatlarının veya fikri haklara konu olanlar da dahil diğer ticaret koşullarının sabitlenmesi ya da koordinasyonu, üretim ya da satış kotalarının tahsisi, ihaleye fesat karıştırma dahil pazarların veya müşterilerin paylaşılması, ihracat ve ithalat işlemlerine ilişkin sınırlamalar ya da diğer rakipler aleyhine rekabete aykırı eylemlerde bulunulması yoluyla ancak bunlarla da sınırlı olmamak üzere pazardaki rekabetle ilgili parametreleri etkilemeyi amaçlayan anlaşma ve uyumlu eylemler*" olarak tanımlanmaktadır.

171 Kartel anlaşmalarının başarıya ulaşması bu anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin aralarındaki uyum kadar piyasadaki ekonomik güçlerine de bağlıdır. Zira bir piyasadaki rekabetin kısıtlanması, ilgili piyasanın kontrol edilebilir hale gelmesi ile mümkün olacağından piyasanın kontrolü adına bir araya gelen teşebbüslerin ekonomik güçleri de önem taşımaktadır. Aksi halde çok sayıda teşebbüsün faaliyet gösterdiği bir piyasada birkaç teşebbüsün anlaşması piyasanın kontrolü için yeterli olmayabilir. Dolayısıyla bu anlaşmaların her daim başarıya ulaştığını söylemek güçtür. Ancak bir anlaşmanın rekabete aykırı kabul edilebilmesi için o anlaşmanın uygulamaya konması gerekmediği gibi fiilen rekabeti kısıtlamış olması da şart değildir. Bkz. **Akıncı**, s. 69; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 104.

172 Bir teşebbüs diğerleriyle rekabet edebilmek içinsermaye, işçi veya teknoloji konularında ek kaynaklara gerekduyabilmektedir. Bkz. **Altun**, Mücteba, Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 129, Ankara 2012, s. 5.**Kayar**, Mehmet Akif, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 3.

gerçekleşen ancak aslen rekabeti kısıtlama amacı taşımayan bu işbirliklerine dair anlaşmalar "yatay işbirliği anlaşmaları" olarak adlandırılmaktadır.

Yatay niteliğine rağmen ekonomik etkinliği ve refahı arttıran yatay işbirliği anlaşmaları, kartellerden farklı olarak çoğu zaman rekabet otoriteleri tarafından da desteklenmektedir[173]. Öyle ki uygulamada yatay işbirliği anlaşmalarına dair genel bir çerçeveoluşturarak faydalı işbirliklerinin gelişimi noktasında teşebbüslere yol göstermek amacıyla rekabet otoriteleri tarafından hazırlanan kılavuzlar bulunmaktadır. Bu kılavuzlardan biri olarak ABD Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından hazırlanan "*Rakipler Arası İşbirlikleri için Antitröst Kılavuzu*", yatay işbirliği anlaşmalarını "*birleşmelerden farklı olarak rakipler arasında bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek için yapılan bir ya da birden fazla anlaşma*" şeklinde tanımlamaktadır[174]. Bu tanımı esas alarak yatay işbirliği anlaşmalarının unsurlarını (*i*) birbirinin fiili ya da potansiyel rakibi olan iki veya daha fazla teşebbüsün varlığı (*ii*) bu teşebbüsler arasında yapılan bir ya da birden fazla anlaşma ile (*iii*) bu anlaşmanın ekonomik faaliyette bulunmayı amaçlaması veya böyle bir sonuç doğurması olarak belirlemek mümkündür. AB'de Komisyon tarafından hazırlanan "*Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliği Hakkında Kılavuz*"[175] ve Türkiye'de Rekabet Kurumu tarafından

---

173 Örneğin; Avrupa Birliği'nin 2020 stratejisinin inovasyon ve rekabet edebilirlik esasına dayandığı, fiili veya potansiyel rakipler arasındaki etkinlik arttırıcı işbirliği anlaşmalarının da Avrupa'nın inovasyon ve rekabet edilebilirliğini ilerleterek refahı arttıracağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Altun**, s. 6. Hemen belirtmek gerekir ki "Avrupa 2020 Stratejisi", değişen dünyada AB'nin akıllı, sürdürülebilir ve kapsamlı bir ekonomi haline gelmesi amacıyla istihdam, inovasyon, eğitim, sosyal katılım ve iklim/enerji konularında beş ana hedef içeren on yıllık büyüme stratejisidir. Bkz.*Europe 2020 Strategy*, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/COMPLET%20EN%20BARROSO%20%20%20007%20-%20Europe%202020%20-%20EN%20version.pdf (E.T. 23.12.2018)

174 U.S. Department of Justice (**DOJ**)/ Federal Trade Commission (**FTC**), *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, April 2000. Kılavuza erişim ve kılavuz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf (E.T. 23.12.2018). Asıl metin "*A 'competitor collaboration' comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom*" şeklindedir Bkz. **DOJ**/**FTC**, *Competitor Collaboration Guidelines*, s. 2.

175 **European Commission**, *Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements*, 2011/C 11/01,

hazırlanan "*Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz*"[176] kapsamında böyle bir tanıma rastlanmamaktaysa da kılavuzların içeriği, ABD'de yapılan tanımın bu kılavuzlar yönünden de geçerli olduğunu düşündürmektedir[177].

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101. maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliği Hakkında Kılavuz'a paralel şekilde Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan kılavuz kapsamında uygulamada en sık karşılaşılan yatay işbirliği anlaşmaları AR-GE anlaşmaları, yatay fason üretim ve uzmanlaşma anlaşmaları dahil üretim anlaşmaları, alım anlaşmaları, ticarileştirme anlaşmaları, standardizasyon anlaşmaları ve bilgi değişimi olarak belirlenmiştir[178]. Kılavuzda bahsi geçen her bir anlaşma türü hakkında hukuki ve iktisadi kriterlere dayanan analitik bir değerlendirme sunulmuşsa da bu işbirlikleri farklı şekillerde de kendini gösterebilmektedir. Nitekim yatay işbirliği anlaşmaları, bu anlaşmaların bir kaçını içerir şekilde gerçekleşebileceği gibi kılavuzdaki bu anlaşmaların dışında kalmakla birlikte yatay işbirliği anlaşması olarak değerlendirilebilecek çeşitli anlaşmalar da mevcuttur[179].

14.01.2011. Kılavuza erişim ve kılavuz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52011XC0114%2804%29 (E.T. 23.12.2018)

176 **Rekabet Kurumu**, *Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz*, 30.04.2013 tarih, 13-24/ 326-RM(6) sayılı karar. Kılavuza erişim için bkz. https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yatay-isbirligi-anlasmalari-hakkinda-kilavuz1.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1 (E.T. 23.12.2018)

177 Altun ve Kayar, Türkiye'de henüz Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un yayınlanmadığı dönemde yürüttükleri çalışmalarda AB'deki kılavuzun içeriğinden yola çıkarak ABD'de yapılan tanımın AB uygulaması için de geçerli olacağı sonucuna varmışlardır. Bkz. **Altun**, s. 4; **Kayar**, s. 4. Ancak sonraki dönemde Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan kılavuz incelendiğinde görüleceği üzere bu kılavuzun içeriği AB kılavuzu ile büyük ölçüde aynıdır. Dolayısıyla ABD'de yapılan tanımın yalnız AB uygulamasında değil; Türkiye uygulamasında da geçerli olduğunu söylemek kanaatimizce mümkündür. En nihayetinde Türk rekabet hukukunda, yatay işbirliği anlaşmaları hakkındaki yaklaşımın AB etkisiyle gelişmiş olduğu gerçeği de bu düşünceyi destekler niteliktedir.

178 Bu noktada ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere hakkında grup muafiyeti tebliğleri bulunan AR-GE anlaşmaları ve uzmanlaşma anlaşmalarının durumuna değinmekte yarar vardır. Kılavuzda bu anlaşmalara ilişkin yapılan değerlendirmeler 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (AR-GE Tebliği) ile 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Uzmanlaşma Tebliği) dışında kalan anlaşmalar için yol göstericidir. Bkz. **RK**, Yatay İşbirliği, s. 2, para. 8. Grup muafiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §6/II/A/3/b.

179 Farklı işbirliği anlaşmalarını bir araya getiren yatay işbirliği anlaşmalarında işbirliğinin asli unsurunu belirlemede bu işbirliğinin başlangıç noktası ve bir araya getirilen farklı işlevlerin bütünleşme derecesi özellikle dikkate alınır. Örneğin, hem ARGE, hem de üretimde işbirliğini içeren bir yatay anlaşmanın asli unsuru normal koşullar altında AR-GE faaliyeti olacaktır. Çünkü böyle bir durumda, üretimde işbirliği, ancak AR-GE'de işbirliğinin gerçekleşmesi ile mümkündür. Bkz. **RK**, Yatay İşbirliği, s. 3, para. 13; **Commission**, *Co-operation Agreements Guidelines*, para. 14. Kayar'a göre; ortak girişimleri, stratejik işbirliklerini veya çok daha gevşek düzeydeki işbirliklerine yönelik oluşumların tümünü yatay işbirliği anlaşmaları kavramında toplamak mümkündür. Bkz. **Kayar**, s. 3.

Türü ne olursa olsun birbirini tamamlayıcı nitelikte doğru kaynakları bir araya getiren yatay işbirliği anlaşmaları önemli ekonomik faydalar sağlayabilmektedir[180]. Örneğin; yeni bir teknoloji geliştirme konusunda yeterli uzmanlık ve sermayeye sahip olmadıkları gerekçesiyle bunu tüketicilerin kullanımına sunamayan iki teşebbüsün işbirliği yapması halinde rekabetin belirli bir ölçüde kısıtlanması muhtemelse de toplumun geliştirilecek bu yeni teknolojiden elde edeceği yarar daha büyük olabilmektedir[181]. Ancak elbette rakiplerin birlikteliği ile meydana gelen yatay işbirlikleri, pazarda çeşitli rekabet sorunları yaratabileceği gibi bu teşebbüsler tarafından bir kartelin oluşturulması veya mevcut bir kartelin sürdürülmesinde kullanılmaya da oldukça elverişlidir[182]. Dolayısıyla rekabet otoriteleri yalnız kılavuz kapsamındaki anlaşma türlerinin değil; etkin rekabetin sürdürülmesi adına tüm yatay işbirliği niteliğindeki anlaşmaların olumlu ve olumsuz tüm etkilerini bir arada değerlendirmek zorundadır. Bu amaçla Rekabet Kurumu tarafından yatay işbirliği anlaşmaları hakkında öngörülen çerçeve değerlendirme iki aşamalıdır[183]. İlk aşamada söz konusu anlaşmanın RKHK'nın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin 4. maddesi kapsamında, rekabeti kısıtlayıcı bir amaç veya fiili ya da potansiyel bir etki taşıyıp taşımadığı değerlendirilmektedir. İkinci aşamada ise rekabeti kısıtlayıcı olduğu tespit edilen anlaşmalar neticesinde doğacak rekabetçi faydalar ile rekabeti kısıtlayıcı etkiler dikkate

---

180 Kurumların yayınladığı kılavuzlarda birbirini tamamlayıcı faaliyet, beceri veya varlıkların bir araya getirildiği yatay işbirliği anlaşmalarının; risk paylaşmak, maliyet tasarrufu yapmak, yatırımları arttırmak, *know-how* havuzu oluşturmak, ürün kalitesi ile ürün çeşitliliğini arttırmak ve daha hızlı inovasyon yapmak için birer araç olabileceğinden hareketle önemli ekonomik faydaları olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Commission**, *Co-operation Agreements Guidelines,* para. 2; **RK**, Yatay İşbirliği, s. 1, para. 3.Bu faydalara ek olarak ABD kılavuzunda ayrıca rekabet otoritelerinin rakipler arasındaki anlaşmalara kuşkucu yaklaştığı algısının faydalı işbirliklerini engelleyebileceği endişesi dile getirilerek asıl amacın bu algıyı yıkıp sunulan çerçevede faydalı işbirlikleri yapılmasının önünü açmak olduğu da belirtilmektedir. Bkz. **DOJ/FTC**, *Competitor Collaboration Guidelines*, s. 1.

181 Teşebbüsler arasındaki böyle bir işbirliği anlaşmasının etkinliği arttırması ve maliyetleri azaltması nedeniyle ekonomiye de önemli katkıda bulunacağı açıktır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 43.

182 Yine kılavuzlarda yatay işbirliği anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ise tarafların fiyat, üretim, dağıtım ya da arz miktarlarını belirlemek üzere anlaşması veya işbirliğinin; tarafların pazar gücü elde etmesine, pazar gücünü korumasına veya arttırmasına yol açması nedeniyle fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi ve ürün çeşitliliği ya da inovasyon açısından pazarda olumsuz etkiler ortaya çıkarması şeklinde özetlenmektedir. Bkz. **Commission**, *Co-operation Agreements Guidelines*, para. 3; **DOJ/ FTC**, *Competitor Collaboration Guidelines*, s. 6; **RK**, Yatay İşbirliği, s. 1, para. 4.

183 Kılavuzda öngörülen bu iki aşamalı genel değerlendirme için bkz. **RK**, Yatay İşbirliği, s. 3, para. 16.

alınarak ilgili anlaşmalar için RKHK'nın 5. maddesi kapsamında muafiyet değerlendirilmesi yapılmaktadır[184]. Ancak teknik imkanların sınırlı olması gibi nedenlerle işbirliğine konu faaliyeti bir teşebbüsün tek başına yürütemeyeceğinin tespit edilmesi, tarafların toplam pazar paylarının çok düşük olması veya pazara girişin yeterince kolay olması hallerinde yatay işbirliği anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı etkiye yol açma olasılığı çok düşük kabul edilmekte ve normal şartlarda daha ayrıntılı bir incelemeye gerek duyulmamaktadır[185].

Son olarak belirtmek gerekir ki yatay işbirliği anlaşmaları kartel kapsamında değerlendirilmemektedir. Ancak fiyat tespiti, müşteri paylaşımı gibi açık kısıtlamalar içermese de aslen etkinlik arttırıcı ekonomik bir faaliyette bulunmayı amaçlamayıp bir kartele aracılık eden anlaşmalar gizli kartel niteliğindedir. Bu nedenle yatay işbirliği adı altındaolsa dahi içeriği, ulaşmaya çalıştığı hedefler ile parçası olduğu ekonomik ve hukuki çevre dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucu rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı tespit edilen anlaşmalar, pazardaki etkileri incelenmeksizin yasaktır[186].

---

184 İlgili pazar yapısı, anlaşmanın hedeflediği etkinliğin daha az kısıtlayıcı bir yöntemle ulaşılabilirliği, bu hedef için rekabeti kısıtlamanın gerekliliği, pazar gücünün ortaya çıkması ve tüketicilerin sağladığı nihai faydalar bu değerlendirmede dikkate alınan genel kriterlerdendir. Bkz. **Kayar**, s. 3. ABD uygulamasında da benzer şekilde ilk olarak tüketicilerin bu işbirliğinden zarar gördüğünü gösteren doğrudan bir kanıtın olup olmadığı bir ekonomist yardımıyla incelenmekte; ikinci aşamada işbirliğinin tarafı olan teşebbüslerin piyasa güçleri değerlendirilmekte ve son olarak işbirliğinin yarattığı kısıtlamanın rekabeti daha az riske edecek farklı bir yol ile gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği değerlendirilmektedir. **Schrag**, Joel/ **Schneirov**, Elizabeth, "Rakipler Arasında İşbirliği", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2008, s. 209 - 219, s. 213.

185 İlgili değerlendirmeler, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101. Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliği Hakkında Kılavuz ve Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'un genel hükümler bölümünde yer almaktadır. Altun, çalışmasının AB uygulamasındaki değerlendirmelere ilişkin bölümünde, anlaşmaların rekabeti kısıtlamayacağının belli olduğu durumları belirtmek için "Beyaz Liste" tabirini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altun**, s. 41.

186 **Commission**, *Co-operation Agreements Guidelines*, para. 24-25; **RK**, Yatay İşbirliği, s. 4, para. 18.

B. Dikey Anlaşmalar

1. Tanımı ve Unsurları

Dikey anlaşmalar (*vertical agreements*), aynı mal ya da hizmet piyasasında bulunan ancak mal veya hizmetlerin üretiminden tüketiciye arzına kadar uzanan aşamada piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır[187]. Dikey anlaşmalar rakipler arasında olmadığı gibi aynı ekonomik sürece ilişkin de değildir[188]. Öyle ki bu anlaşmanın taraflarından birinin ürettiği mal veya hizmet çoğunlukla diğerinin girdisi niteliğindedir. Üretici ile dağıtıcı, üretici ile servis veya dağıtıcı ile perakendeci arasındaki anlaşmalar birer dikey anlaşmadır[189].

Yatay anlaşmaların aksine dikey anlaşmalar rekabet düzenine doğrudan zarar veren anlaşmalar değildir. Bilakis piyasanın işleyişi için ihtiyaç duyulan bu anlaşmalar rekabet üzerinde; satış öncesi ve sonrası hizmetleri iyileştirmek, bu hizmetlerin sunulmasını teşvik ederek markalar arası rekabeti arttırmak; satış politikasının belirlenmesi suretiyle üretimi düzenlemek, ürünün tüketicilere yüksek kalitede hizmetle daha kısa sürede ve ucuza sunulmasını sağlamak gibi olumlu etkiler yaratabilmektedir[190]. Öte yandan elbette her anlaşmanın olduğu gibi dikey anlaşmaların da barındırdığı kimi hükümler sonucu rekabeti kısıtlama riski mevcuttur. Dikey anlaşmalar genellikle pazara giriş ve kaynaklara erişim noktasında teşebbüslere engeller

---

187 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Teori ve Uygulama, Ekin Yayınevi, Nisan 2004, s. 1; **Badur**, Anlaşmalar, s. 61; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 134.

188 Dikey anlaşmalarda tarafların menfaatleri de ortak değil; karşılıklı ve birbirinden farklıdır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 45; **Aşçıoğlu Öz**, Gamze, "Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar - 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2009, s. 1 - 20, s. 4.

189 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 134; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 8; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 182.

190 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 46;**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 335; **Badur**, Anlaşmalar, s. 62; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 135;**Sanlı**, Geçersizlik, s. 167, dn. 147; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 182.

çıkarabilmekte; marka içi rekabeti kısıtlayabilmektedir[191]. Ancak rekabet hukukunda asıl korunmak istenen markalar arası rekabettir[192]. Dolayısıyla diğer olumlu etkileri de göz önünde bulundurularak rekabet hukukunda dikey anlaşmalara daha ılımlı yaklaşılmaktadır[193]. Diğer bir ifadeyle yatay anlaşmalardan farklı olarak dikey anlaşmaların hukuka aykırı niteliğini bizzat anlaşmanın kendisi değil piyasa üzerindeki etkisi belirlemektedir. Bu nedenle yatay anlaşmalar için öngörülen *per se* yasak yaklaşımı, dikey anlaşmalar yönünden benimsenmemektedir. Fakat bu yaklaşımın doğduğu Amerikan rekabet hukukunda dikey anlaşmaların denetimi konusundaki Yüksek Mahkeme kararlarının istikrar kazandığını söylemek zordur. Genel olarak piyasa üzerindeki etkisi *rule of reason* ilkesine göre denetlenen dikey anlaşmalar, kimi hallerde *per se* yasaklanabilmektedir[194].

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuku sistemlerinde rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine nazaran pozitif etkileri daha fazla kabul edilen dikey anlaşmalar,

---

191 Aynı ürün piyasasında faaliyet gösteren markalar arasındaki rekabet, markalar arası rekabet (*inter brand competition*); aynı markanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası rekabet ise marka içi (*intra brand competition*) rekabettir. Örneğin; franchising sistemi ile çalışan bir firmanın franchising verdiği teşebbüslerin rekabeti, marka içi rekabettir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 47;**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 135;**Whish**/**Bailey**, s. 662; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 93. ATAD'ın marka içi rekabet kavramını ilk kez kullandığı karar için bkz. *Consten and Grundig v. Commission*, Cases 56, 58-64 [1966] ECR 299; **Badur**, Anlaşmalar, s. 64; **Vogelaar**, s. 23.

192 Genel kabul gören bu durum marka içi rekabete dair öngörülen kısıtlamalara tamamen ılımlı yaklaşıldığı anlamına gelmemektedir. Markalar arası rekabetin zayıfladığı piyasalarda marka içi rekabet de en az markalar arası rekabet kadar önem taşımaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 48; **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 66; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 94;**Whish**/**Bailey**, s. 663.

193 Rekabet hukukunun dikey anlaşmalara yaklaşımı açısından iki temel görüşten söz edilebilmektedir. Bu görüşlerden ilki dikey anlaşmaların incelemeye gerek olmaksızın yasal kabul edilmesini savunan Chicago Okulu görüşüdür. Diğer görüş ise dikey anlaşmaların *rule of reason* ilkesine göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Ekdi**, Barış, "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2004, s. 97 - 133, s. 105. Rekabet hukukunda "*Chicago Okulu*" ve "*Harvard Okulu*" olarak adlandırılan iki farklı okul tarafından savunulan farklı görüşler ön plana çıkmaktadır. Genel olarak Chicago Okulu, rekabet hukukunun amacının iktisadi etkinliği sağlamak olduğunu savunur ve devletin piyasaya müdahalesinin asgari düzeyde olması gerektiğini öngörür. Bunun aksine Harvard Okulu ise rekabet hukukunun iktisadi etkinliği sağlamanın yanı sıra tüketici ve teşebbüslerin korunması, pazara girişin kolaylaştırılması gibi amaçları da olduğunu; devletin piyasaya müdahalesinin sıkı olması gerektiğini savunur. Bu okullar ve görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuntalp**, Erden/ **Özdemir**, Ali Murat/ **Arıkel**, Sülün, "Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2000, s. 31 - 53.

194 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 335; **Aşçıoğlu Öz**, Dikey Anlaşmalar, s. 7. ABD'de dikey anlaşmaların bazıları adları sayılarak *per se* yasaklanmış; bazıları ise rekabete olan etkilerinin incelenmesi amacıyla *rule of reason* analizine tabi tutulmak üzere yargıcın takdirine bırakılmıştır. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 62. *Rule of reason* doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §5/I/B/1.

bireysel muafiyet veya grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmektedir[195]. Dikey anlaşmaların muafiyet kapsamında değerlendirilmesi konusundaki bu yaklaşımın yansıması olarak AB'de Komisyon tarafından yayınlanan "*Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101/3 Maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 330/2010 (AT) sayılı ve 20.04.2010 tarihli Komisyon Tüzüğü*" (330/2010 sayılı Tüzük); Türkiye'de ise Kurul tarafından yayınlanan "*2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*" (2002/2 sayılı Tebliğ) yürürlükte bulunmaktadır[196]. 330/2010 sayılı Tüzük ve 2002/2 sayılı Tebliğ dahilinde dikey anlaşmalar, "*üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar*" olarak tanımlanmaktadır[197]. Bu tanımdan hareketle dikey anlaşmanın unsurları (*i*) anlaşmaya iki veya daha fazla teşebbüsün taraf olması, (*ii*) anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin üretim veya dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet göstermesi ve (*iii*) anlaşmanın belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılması şeklinde belirlenebilmektedir.

Dikey anlaşmalar yönünden önemli olan husus anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin dağıtımın farklı seviyelerinde faaliyet göstermesi ve anlaşmanın belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılmış olmasıdır. Bu

---

195 **Ekdi**, Dikey Anlaşma, s. 106; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 136; **Whish**/**Bailey**, s. 667. Badur'a göre, dikey anlaşmaların ayrıca düzenlenmesi veya kanunun dışında tutulmasına nazaran muafiyet sistemi, etkin denetimi de beraberinde getiren en uygun çözümdür. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 63.

196 Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 81/3 Maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 2790/1990 (AT) sayılı ve 22.12.1999 tarihli Komisyon Tüzüğü, süresinin dolması üzerine yürürlükten kalkmıştır. Şu an Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101/3 Maddesinin Dikey Anlaşma ve Uyumlu Eylemlere Uygulanması Hakkında 330/2010 (AT) sayılı ve 20.04.2010 tarihli Komisyon Tüzüğü yürürlüktedir. Bkz. Comission Regulation (EU), *No. 330/2010 of 20 April 2010 on the Application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices*, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2010/330/oj (E.T. 24.12.2018)

197 14.07.2002 tarih, 24815 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin"*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde dikey anlaşmalara ilişkin bu tanıma yer verilmektedir. Bkz. **Rekabet Kurumu**, *2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği*, https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/tebligler/2002-2-20180219092112781.pdf (E.T. 24.12.2018)

anlamda dikey anlaşmalar, mutlaka dağıtım ağının üst veya alt seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştirilmelidir[198]. Anlaşma konusu ürününtemin amacı ise önem taşımamaktadır. Alıcı bu ürünü yeniden satabileceği veya kendi üretiminde kullanabileceği gibi üçüncü kişilere kiralamak amacıyla da temin edebilmektedir[199].

2. Dikey Anlaşma Türleri

Dikey anlaşmalar, genel olarak dağıtım anlaşmaları ve tedarik (satın alma) anlaşmaları şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Ancak teşebbüslerin ticari hayattaki gereksinimlerine paralel olarak bu çerçeve dahilinde gerçekleştirilen çok sayıda dikey anlaşma türüne rastlamak mümkündür. Her bir anlaşma türünü ayrıca inceleme olanağı bulunmadığından çalışmamızın bu bölümünde dikey anlaşmaların uygulamadaki en yaygın örneklerini teşkil eden dağıtım anlaşmaları ve tek satıcılık sözleşmelerine değinilmesi ile yetinilmektedir.

a. Dağıtım Anlaşmaları

Üretilen mal veya hizmetlerin, tüketicilere ulaşmasını sağlayan dağıtım sürecinin çerçevesini çizerek bu süreçte uygulanacak pazarlama şekil ve koşullarını belirleyen dağıtım anlaşmaları, dikey anlaşmaların en yaygın türüdür[200]. Öyle ki bir mal

---

198 Kurul tarafından yürütülen muafiyet değerlendirmesi sürecinde teşebbüslere yol gösterebilmek adına Rekabet Kurulu'nun 29.03.2018 tarih, 18-09/179-RM(1) sayılı kararıyla Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz yayınlanmıştır. Bu kılavuzda toptancı bir teşebbüsün birden fazla sağlayıcı ile tek seferde akdettiği dağıtım anlaşmasının, sözleşmenin tarafı olan sağlayıcıların birbirinin rakibi olması nedeniyle dikey anlaşma tanımına uymadığı belirtilmiştir. Bkz. **Rekabet Kurumu**, *Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz*, s. 3, https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/dikeykilavuz2018-20180330155908926.pdf (E. T. 29.12. 2018).

199 Buna karşılık alıcı ile üçüncü kişiler arasında akdedilen kiralama sözleşmeleri ise (örneğin, finansal kiralama-leasing sözleşmeleri), herhangi bir mal veya hizmetin alımı, satımı ya da yeniden satımı amacı içermediğinden dikey anlaşma olarak kabul edilmemektedir. Bkz. **RK**, Dikey Kılavuz, s. 3.

200 **Can**, s. 77; **Koç**, Ali Fuat, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 1; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 167, dn. 148.

veya hizmetin üretimi ile son tüketiciye ulaştırılmasına kadar geçilen farklı aşamaları birleştirdiği için bu anlaşmalara dikey anlaşmalar da denilmektedir[201].

Etkin bir dağıtımın sağladığı hizmet düzeyi, ilgili ürünün tüketiciye ulaştırılması aşamasında yaşanan rekabetçi sürecin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla günümüzde dağıtım faaliyetinin bağımsız, uzman dağıtıcılar tarafından yürütülmesi tercih edilmektedir. Bu noktada devreye giren dağıtım anlaşmaları; münhasır (tek elden) dağıtım anlaşmaları, seçici dağıtım anlaşmaları veya basit dağıtım anlaşmaları şeklinde gerçekleştirilebilmektedir[202]. Münhasır dağıtım anlaşmaları; sağlayıcı konumundaki teşebbüsün ürünlerini, belirli bir bölgede yeniden satımı için sadece anlaşmanın tarafı olan teşebbüse vermeyi taahhüt ettiği anlaşmalardır[203]. Çoğunlukla ileri teknolojiye sahip, markalı ve/veya lüks ürünlerin dağıtımı için tercih edilen seçici dağıtım anlaşmalarında ise sağlayıcı teşebbüs, ürünlerinin yeniden satımı konusunda yalnız belirli kriterleri sağlayan dağıtıcıları yetkilendirmektedir[204]. Sağlayıcı tarafından nitel veya nicel olarak belirlenebilecek bu kriterler, seçici dağıtım anlaşmalarının rekabete olan muhtemel etkilerinin değerlendirilmesinde büyük rol oynamaktadır[205]. Nitel kriterler; ürünün niteliği gereği belirlenen satış yeri, satış personelinin sayısı ve eğitilmesi, satış sonrası hizmetler gibi dağıtıcı sayısını doğrudan sınırlamayan kriterlerdir. Nitel kriterlere dayalı seçici dağıtım anlaşmaları; seçici dağıtımın meşru bir gereklilik olması ve gereğinden fazla olmamak şartıyla kalite temelli belirlenen objektif kriterlerin tüm dağıtıcılara ayrımcılıktan uzak, tek düze bir şekilde uygulanması halinde

---

201 Ancak elbette satın alma anlaşmalarını da kapsayan dikey anlaşma kavramı, dağıtım anlaşmasından daha geniştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 337; **Koç**, s. 1; **Topçuoğlu**, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 51.

202 **Can**, s. 77. "*Üretici teşebbüsler, ürünlerinin dağıtımı için iki farklı modelden birini kullanırlar. Bu modellerden biri seyyar tüccar memurlar ve ticari mümessiller gibi bağlı yardımcılardan oluşan bir dağıtım iken diğeri bağımsız dağıtıcılardan oluşan münhasır, seçici veya basit dağıtım ağıdır.*" Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 336; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 1.

203 **Badur**, Anlaşmalar, s. 117; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 216; **RK**, Dikey Kılavuz, s. 39, para. 146.

204 **Koç**, s. 8. Seçici dağıtım; özellikle satış sonrası hizmet gerektiren elektronikler ile tanıtım masrafları yüksek, saygın markalara ait parfüm veya mücevherat gibi ürünlerin dağıtımı açısından önemlidir. Bkz. **Genç**, Yasemin, "Türk Hukukunda Distribütörlük Sözleşmeleri", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2001, s. 147 - 181, s. 163; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 24;**Whish/Bailey**, s. 681.

205 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 547;**Badur**, Anlaşmalar, s. 117; **Koç**, s. 36.

rekabeti kısıtlamamaktadır[206]. Nitel kriterlere ek olarak hizmet verilen yerel nüfus veya bölge bazında dağıtıcı sayısının belirlenmesi suretiyle ya da asgari veya azami satış şartı gibi yetkili dağıtıcı sayısını doğrudan sınırlayan ek kriterler içeren nicel seçici dağıtım anlaşmalarının ise rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir[207].

Münhasır dağıtım anlaşmaları bir yandan dağıtıcının münhasır olarak belirlenen diğer bölgelere yapacağı aktif satışları[208] da sınırlandırırken sağlayıcının diğer dağıtıcılara mal vermeyi reddetme zorunluluğunu da doğurmaktadır[209]. Münhasır dağıtım anlaşmalarından farklı olarak seçici dağıtım anlaşmalarında yer alan yeniden satış kısıtlamaları ise münhasır bölgelere yapılacak aktif satışlara ilişkin olmayıp yetkisiz dağıtıcılara yapılacak her tür satışın sınırlandırılması şeklinde kendini göstermektedir. Bir diğer ifadeyle seçici dağıtım türünde yalnız atanmış dağıtıcılara ve son tüketicilere satış serbesttir[210]. Barındırdıkları bu tür tekelci kayıtlar nedeniyle özellikle münhasır ve seçici dağıtım anlaşmaları marka içi rekabeti kısıtlayabilmekte

---

206 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 43, para. 171. ATAD, ilk kez basit seçici dağıtım sistemini tanımladığı *Metro* kararında; (*i*) dağıtıma konu ürünün niteliğinin seçici dağıtımı gerektirmesi, (*ii*) yeniden satıcıların seçiminde nitel yapıdaki objektif kriterlere dayanılması ve bu kriterlerin tüm potansiyel yeniden satıcılara ayrımcılık yapılmaksızın uygulanması, (*iii*) belirlenen nitel kriterlerin ürünün kalitesinin korunması ve uygun kullanımının sağlanması için gerekenin ötesine geçmemesi şeklindeki kümülatif koşulları sağlayan dağıtım sistemlerinin rekabeti kısıtlamaksızın faaliyetlerine devam edebileceğini belirtmiştir. Bkz. *Metro SB - Großmärkte GmbH & Co. KG v. Commission*, Case 26/76, 1977 ECR 1875; **Badur**, Anlaşmalar, s. 118; **Büyükeroğlu**, s. 15; **Erdem**, Mete, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Sistemleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 12, S. 1 - 2, 1992, s. 11 - 40, s. 20; **Koç**, s. 30;**Whish**/**Bailey**, s. 680; **Vogelaar**, s. 266.

207 "*... aynı niteliklere sahip satıcıları arasında ayrım gözeterek keyfi sayısal sınırlara tabi seçimlere giden imalatçının dağıtım sistemi, rekabeti bozucu etkilere sahip olduğundan nihai tüketicinin seçim şansını azaltır ve bir dağıtım sisteminin faaliyetinden yararlanmada adil şekilde pay almasını engeller*." Bkz. **Erdem**, Mete, s. 24. Ancak nicel seçici dağıtım anlaşmaları da grup muafiyetinden yararlanabilir. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 118; **Koç**, s. 38;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 44, para. 172.

208 "*Başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar 'aktif satış' olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak da aktif satış kapsamındadır. Başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklamlar veya promosyonlar da diğer aktif satış yöntemleri arasında sayılabilir*". Bkz. **RK**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 50.

209 **Badur**, Anlaşmalar, s. 117; **RK**, Dikey Kılavuz, s. 39, para. 146; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 54.

210 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 43, para. 170. Dağıtıcılar ve yeniden satış konusunda getirdiği kısıtlamalar açısından münhasır dağıtım anlaşmaları ile seçici dağıtım anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri benzemekte ve her iki anlaşma türü de sınırlı dağıtım grubu içerisinde yer almaktadır. Ancak, münhasır dağıtımdan farklı olarak seçici dağıtımda dağıtıcı sayısı bölge sayısıyla değil; ilgili ürünün niteliğine bağlı seçim kriterleriyle sınırlanmaktadır. Bkz. **Koç**, s. 7; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 25.

hatta pazarın bölünmesine yol açarak pazara yeni girişleri engelleyebilmektedir[211]. Bu durumda dağıtım anlaşmalarının rekabeti bloke etme ihtimali mevcutsa da ürünün dağıtımı ve pazarlanmasında yarattıkları rasyonelleşme ile sağladıkları markalar arası rekabet artışı çoğunlukla bu anlaşmaların olumsuz etkilerini bertaraf eder niteliktedir[212]. Ancak dağıtım anlaşmalarının marka içi rekabet üzerindeki olumsuz etkileri; markalar arası rekabetin az olduğu, üretim ve dağıtım seviyesinde giriş engellerinin bulunduğu durumlarda ilgili pazardaki rekabeti de kısıtlayabilmektedir[213]. Dolayısıyla dağıtım anlaşmalarının rekabet hukuku açısından incelenmesi esnasında anlaşma hükümlerinden ziyade pazar yapısı içindeki etkilerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki münhasır ve seçici dağıtım anlaşmaları, ilerleyen bölümlerde detaylarıyla incelenecek belirli koşulları sağlamaları halinde 2002/2 sayılı tebliğ ile sağlanan grup muafiyetinden yararlanabilmektedir[214]. Münhasır ve seçici dağıtım anlaşmaları dışında kalan ve tarafların birbirine tekelci vaatlerde bulunmadığı basit dağıtım anlaşmaları ise zaten genel yasaklama kapsamına girmediğinden muafiyete ilişkin düzenlemeler içerisinde de ayrıca ele alınmamaktadır[215].

---

211 Dağıtım anlaşmaları, toprak ve müşteri koruma gibi sonuçlar doğurarak marka içi rekabeti kısıtlayabilmektedir. Öte yandan bu anlaşmalarda yer alan düzenlemeler pazarın bölünmesine neden olabilir ve pazardaki rekabeti arttırarak fiyatların düşmesini sağlayan yeni girişleri önleyebilir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 337 - 338; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 14;**Can**, s. 78.

212 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 337; **Can**, s. 78; **Erdem**, Mete, s. 18; **Koç**, s. 2. İstisnai koşullar altında olsa dahi dağıtım anlaşmaları da markalar arası rekabeti kısıtlayabilmektedir. Bilhassa rakip teşebbüslerin benzer dağıtım sistemi tercihleri sonucu dağıtımın paralel ağlardan oluşan bir sisteme dönüşmesinde durum böyledir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 341.

213 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 474; **Canbolat**, s. 63; **Koç**, s. 12; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 94.

214 Kurul, ilgili anlaşmalara muafiyet tanımasındaki amacını şu şekilde ifade etmektedir: "*Seçici dağıtım anlaşmalarının rekabet mevzuatı açısından ele alınmasında önemli olan husus bu anlaşmalara uyarınca her ne kadar sağlayıcı ve alıcılara getirilen yükümlülükler sebebiyle sistem üyelerinin sayısı ve satışları sınırlansa ve bu itibarla marka içi rekabetin kısıtlanmasına sebebiyet verilse de söz konusu sınırlamaların etkinlik doğurucu yönüyle rekabet düzenine olumlu katkılarının olabileceğinin değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerektiğidir. Bu bağlamda,seçici dağıtım anlaşmasına, oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde, yani anlaşma 5.maddede öngörülen şartları sağladığı takdirde, muafiyet tanınması rekabetten beklenen faydanın temin edilmesi bakımından önemlidir.*" Bkz. Rekabet Kurulu'nun 09.09.2009 tarih ve 09-41/987-249 sayılı kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 440.

215 Basit dağıtım anlaşmaları genellikle tek elden satın alma, bölgesel kısıtlama gibi rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermediğinden genel yasaklama kapsamına girmezler. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 117.

b. Tek Satıcılık Sözleşmeleri[216]

Tek satıcılık sözleşmeleri, dağıtım anlaşmalarının bir türüdür. Bu sözleşmeyi basit dağıtım anlaşmalarından ayıran temel fark ise sağlayıcının belirli bir bölge dahilinde tek satıcıya tanıdığı münhasır satış hakkıdır[217]. Dolayısıyla bölgesel tekel sağlamaya yönelerek en azından marka içi rekabetten kaçınmayı hedefleyen bu sözleşme ile rekabet kanunları daima çelişmektedir[218]. Ancak bu durum tek satıcılık sözleşmelerinin her koşulda kanuna aykırı kabul edilip yasaklandığı anlamına gelmemektedir.

Tek satıcılık sözleşmesi, TBK veya 4054 sayılı Kanun ile özel olarak düzenlenmemiştir[219]. Doktrindeki hakim görüşe göre kendine özgü, isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilen tek satıcılık sözleşmesi; yapımcının, ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede tekel olarak satmak üzere tek satıcıya göndermeyi buna karşılık tek satıcının da sözleşme konusu malları kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlendiği çerçeve niteliğinde sürekli bir sözleşmedir[220]. Bu tanım doğrultusunda tek satıcılık sözleşmesinin ayırt edici

---

216 Doktrin ve uygulamada münhasır distribütörlük sözleşmelerinin de "tek satıcılık sözleşmesi" olarak değerlendirildiği ve iki kavramın birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir. Ancak münhasır distribütörlüğün tanımında tek satıcılık sözleşmesinin esaslı unsurlarına sadık kalmak gerekliyse de ürünlerin tüketicilere ulaştırılması noktasında taşıma, depolama, dağıtım ile satış sonrası servis ve müşteri hizmeti hususları da yer almalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özeriç**, Halil, "Türk Hukukunda Münhasır Distribütörlük Sözleşmesi (Bölgesel Koruma İçeren Satım ve Dağıtım Sözleşmesi)", Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 14.

217 **Demir Gökyayla**, Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.17; **Genç**, s. 162; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 6; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 56.

218 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 362; **Badur**, Anlaşmalar, s. 111.

219 RKHK kapsamında sadece 4. maddenin (e) bendinde "*münhasır bayilik*" adı altında tek satıcılık sözleşmesinden bahsedilmiştir. Bu hüküm uyarınca tek satıcılık sözleşmeleri ile yaratılan ayrımcı uygulamalar 4. madde yasağından muaf tutulmuştur. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 362; **Badur**, Anlaşmalar, s. 114; **Can**, s. 75; **Özeriç**, s. 74; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 119.

220 Tek satıcılık sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu sözleşmeyi satış veya acenta sözleşmesi ya da iş görme sözleşmesi olarak değerlendiren görüşler mevcuttur. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İşgüzar**, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1989, s. 19;**Tandoğan**, Haluk, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", BATİDER, C. XI, S. 4, Aralık 1982, s. 1 - 36, s. 39; **Yeşiltepe**, Salih Önder, "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", MÜHF-HAD, C. 13, S. 1 - 2, s. 169 - 191. Bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüş ise bu sözleşmenin kendine özgü, isimsiz bir sözleşme olduğu yönündedir. Bu görüşte olan yazarlardan bazıları için bkz. **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012; s. 53; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 1030; **Demir Gökyayla**, s. 51;

unsurlarının (*i*) süreklilik, (*ii*) belirli bir bölgede tek satış hakkı, (*iii*) kendi adına ve hesabına hareket etme, (*iv*) satış arttırma faaliyetlerinde bulunmak olduğunu söylemek mümkündür. Diğer ticari kurumlardan farklı olarak tek satıcılık sözleşmesinde; tek satıcı sözleşmeye konu malları kendi müşterilerine satmak üzere yapımcıdan almakta ve mülkiyeti kendisine geçen bu mallardan kaynaklı her tür kar veya zararı da yine kendisi üstlenmektedir[221]. Sözleşme gereğince kendi adı ve hesabına hareket eden tek satıcı bu yönüyle her daim müvekkilleri adı veya hesabına iş yapan acente ve komisyoncu gibi bağımsız tacir yardımcılarından ayrılmaktadır[222]. Başka bir ifadeyle tek satıcı, yapımcıdan ekonomik ve hukuki olarak bağımsız ayrı bir tacirdir[223]. Bu durum tek satıcının ayrı bir teşebbüs olarak nitelendirilmesi dolayısıyla tek satıcılık sözleşmesinin de rekabet hukuku kapsamına girmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak şüphesiz bu sözleşmeye rekabet hukukundaki önemini de atfeden asıl unsur yapımcının tek satıcıya tanıdığı en önemli yetki olan tek satış hakkıdır[224]. Zira yapımcı tarafından sözleşme ile kendisine sağlanan bu yetki sayesinde tek satıcı, kendisi için tahsis edilen bölgede diğer satıcılarla rekabet etmeksizin satış yaparak çıkar sağlamaktadır[225]. Öyle ki taraflar arasında akdedilen tek satıcılık sözleşmesi kapsamında yapımcı, tek satıcının bölgesine doğrudan satış yapmamayı ve aynı bölgedeki başka satıcılara mal vermemeyi

---

İşgüzar, s. 28; **Tandoğan**, Tek Satıcılık, s. 40; **Genç**, s. 159. İşgüzar'ın yaptığı orijinal tanım ise şu şekildedir: "*Tek satıcılık sözleşmesiyapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve niteliğinde sürekli, öyle bir sözleşmedir ki bununla yapımcı mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunma yükümlülüğünü üstlenir*" Bkz. **İşgüzar**, s. 14.

221 **Demir Gökyayla**, s. 46; **Genç**, s. 153; **İnan**, Nurkut, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", BATİDER, C. XVII, S. 2, Aralık 1993, s. 55-77, s. 58; **İşgüzar**, s. 15; **Tandoğan**, Tek Satıcılık, s. 6.

222 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 364; **Özeriç**, s. 18; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 218, dn. 372. Tek satıcının kendi adına hareket etmesi tek satıcılık sözleşmesini acente sözleşmesinden; kendi hesabına hareket etmesi ise komisyonculuk sözleşmesinden ayırt etmektedir. Bkz. **İnan**, Tek Satıcılık, s. 57.

223 **Genç**, s. 153; **İşgüzar**, s. 15; **Özeriç**, s. 16. Karşıt görüşte olan İnan'a göre; "*tek satıcı, tacir ile sürekli ilişki içinde olan bir tür tacir yardımcısıdır*". Bkz. **İnan**, Tek Satıcılık, s. 58. Benzer görüşte olan Topçuoğlu'na göre ise acentenin daha gelişmiş bir türü olan tek satıcı, üreticinin satış organizasyonu içerisinde yer alan bağımsız bir tacir yardımcısıdır. Bkz. **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 60.

224 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 364; **Eren**, Özel Hükümler, s. 1026; **İşgüzar,** s. 16.

225 Yapımcının tanınan tekel hakkından doğan yükümlülüklerinin dengelenmesi adına tek satıcı da ilgili malların satışını arttıracak faaliyetlerde bulunma borcu altındadır. Tek satıcının kendisine ayrılan bölgede satışları arttırmak için göstereceği çaba sonucu yapımcı da mallarının daha fazla satılmasını sağlamaktadır. Bu şart iki tarafın da menfaatinedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 364; **Badur**, Anlaşmalar, s. 112; **Genç**, s. 153; **İşgüzar**, s. 16; **Özeriç**, s. 22; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 51.

üstlenmektedir[226]. Sözleşmeyle tek satıcıya sağlanan bu hak kural olarak basit tekel hakkı niteliğindedir[227].

Her daim barındırdığı rekabeti kısıtlayıcı niteliğe rağmen tek satıcılık sözleşmeleri satışları arttırma, pazara girişleri kolaylaştırma, tüketicilerin ürünlere daha rahat erişmelerini ve üründe çıkabilecek problemler konusunda kendilerine daha yakın bir muhatap bulmalarını sağlama gibi yararlar da sunmaktadır[228]. Bu açıdan değerlendirildiğinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin yasaktan muaf tutulması en kolay sözleşmelerden biri haline gelen tek satıcılık sözleşmelerine gerek Türk gerek AB rekabet hukukunda grup muafiyetinden yararlanma imkanı tanınmaktadır. Ancak uygulamada tarafların çeşitli düzenlemeler vasıtasıyla satıcıya tanınan tekel hakkının kapsamını söz konusu sözleşmenin sağladığı yararların elde edilebilmesi için gerekenden fazla genişlettiği de görülmektedir. Uygulamadaki bu düzenlemelerden ilki basit tekel hakkına ek olarak tek satıcıların birbirlerinin bölgelerine satış yapmalarının engellenmesi suretiyle tek satıcıya tanınan tekel hakkının güçlendirilmesi ve nihayet üçüncü kişilerin tek satıcının bölgesine yapacağı aktif veya pasif[229] tüm satışların daönlenmesiyle tek satıcıya mutlak tekel hakkı sağlanması halidir[230]. Tek satıcıya mutlak tekel hakkı sağlanan böyle bir durumda tek satıcılık sözleşmelerinin kendisine

---

226 Bu noktada, tek satıcılık sözleşmeleri ile tıpkı bu sözleşmeler gibi malların yeniden satımına ilişkin inhisarı nitelikli anlaşmalar olan münhasır (tek elden) dağıtım anlaşmalarının farkına değinmekte yarar vardır. Tek satıcılık sözleşmelerinden farklı olarak münhasır dağıtım anlaşmalarında münhasır dağıtıcı, anlaşmayla belirlenen bölgesi içindeki diğer bir dağıtıcıya mal satmama yükümlülüğü altındadır. Oysa tek satıcının sözleşme ile belirlenen bölgesi dahilinde kendi dağıtım ağını kurarak alt dağıtıcılara mal vermesi mümkündür. Bkz. **Özeriç**, s. 53. Öte yandan yalnız malların değil hizmetlerin dağıtımı amacıyla da yapılabilen münhasır dağıtım anlaşmalarının aksine tek satıcılık sözleşmelerinde esas olan malların yeniden satışıdır. Bkz. **Demir Gökyayla**, s. 35; **Özeriç**, s. 53.

227 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 364; **Badur**, Anlaşmalar, s. 112; **Özeriç**, s. 19.

228 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 366; **Badur**, Anlaşmalar, s. 113; **Büyükeroğlu**, s. 25.

229 "*Başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yapsa dahi, 'pasif satış' anlamına gelmektedir. Medya aracılığı ile yapılan genel nitelikli reklamlar veya promosyonlar, pasif satış yöntemi olarak değerlendirilecektir. İnternet ve benzeri yollarla yapılan satışlar da genellikle pasif satıştır. Ancak, başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilere elektronik posta gönderilmesi, söz konusu müşterilerden böyle bir talep gelmediği sürece, aktif satış yöntemi olarak değerlendirilmektedir. Katalog gönderme suretiyle yapılan satışların değerlendirilmesinde de aynı yaklaşım uygulanmaktadır*".Bkz. **RK**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 112; **RK**, Dikey Kılavuz, s. 10, para. 24.

230 **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 22; **Badur**, Anlaşmalar, s. 112; **İnan**, Tek Satıcılık, s. 58; **İşgüzar**, s. 17; **Özeriç**, s. 19; **Tandoğan**, Tek Satıcılık, s. 24; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 55.

muafiyet ile tanınan korumadan yararlanabileceğini söylemek güçtür[231]. Zira muafiyet tebliğleri ile aktif satışlara tanınan istisna gereği tek satıcıların birbirlerinin bölgelerine yapacağı aktif satışların kısıtlanması mümkünse de rekabet hukuku yönünden pasif satışların kısıtlanması yasaktır[232]. Öte yandan sözleşmeler ile sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler için yükümlülükler getirilemeyeceğinden tek satıcılık sözleşmelerinin üçüncü kişilerin tek satıcının bölgesine satış yapamayacağına dair hükümleri de bu kişileri bağlamayacaktır[233]. Nitekim AB rekabet hukuku uygulamasında da üçüncü kişilerin ticaret özgürlüğünü kısıtlayan sözleşmelere ve pasif satışların da kısıtlanmasıyla yaratılan mutlak bölge korumasına izin verilmemektedir[234]. Tek satıcılık sözleşmesinin sağladığı yararları elde etmekiçin başvurulması gerekli görülmeyen durumlardan bir diğeri de tek satıcının kendi fiyat tarifesini belirleme serbestîsinin yapımcı tarafından engellenmesidir[235]. Dolayısıyla rekabetin en önemli bileşenlerinden olan fiyat rekabetini sınırlayan fiyat tespitine yönelik hükümlerin de muafiyetten yararlanması olası değildir. Ancak sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemek şartıyla yapımcının sözleşme konusu mallar için azami veya tavsiye satış fiyatı belirlemesine izin verilmektedir[236].

Tek satıcılık sözleşmelerinin belirli ya da belirsiz süreli olarak yapılması mümkünse de tek satış hakkının zaman bakımından sınırlandırılması gerekmektedir. Sınırsız süre ile tanınan tek satış hakkı tarafların ekonomik özgürlüğünü sınırladığı ve

---

231 **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 74; **Badur**, Anlaşmalar, s. 116; **Demir Gökyayla**, s. 91; **Genç**, s. 169; **Özeriç**, s. 20; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 110; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 183.

232 **Genç**, s. 169; **Özeriç**, s. 20; **RK**, Dikey Kılavuz, s. 9, para. 22; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 205, dn. 314.

233 Tek satıcılık sözleşmesinin üçüncü kişilerin sözleşme bölgesine satış yapmalarını engelleyen hükümleri bireysel muafiyet tanınması sonucu taraflar için hüküm ifade etse dahi üçüncü kişileri bağlamayacaktır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 368; **Badur**, Anlaşmalar, s. 116.

234 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 368; **Badur**, Anlaşmalar, s. 116;**Sanlı**, Geçersizlik, s. 111.

235 Rekabet kanunları öncesi tek satıcılık sözleşmelerinin fiyata ilişkin koşullar içerebileceği kabul edilmiştir. Hatta sözleşmede yapımcının yeniden satış fiyatı ve teslim şartlarını tespit etmeye yetkili olduğunun belirtilmesi halinde, tek satıcının bu konudaki talimatlara uymakla yükümlü olduğu da savunulmuştur. Bkz. **İşgüzar**, s. 99; **Tandoğan**, Tek Satıcılık, s. 20, dn. 92. Ancak RKHK ile doğrudan veya dolaylı fiyat tespiti yasaklanmıştır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 370.

236 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 370; **Badur**, Anlaşmalar, s. 114; **Can**, s. 76.

kişilik haklarına aykırı olduğu için geçersizdir[237]. Genel hukuk kurallarına aykırılık teşkil etmedikçe sözleşmenin süresi rekabet hukuku yönünden önem taşımamaktadır. Ancak bu sözleşmelere en fazla beş yıl süreyle muafiyet tanınabilmektedir. Muafiyete ilişkin koşulların varlığını sürdürmesi halinde süre bitiminde muafiyet yenilenebilmektedir.

C. Özel Durumlar

1. Anlaşma Niteliğindeki Tek Yanlı Davranışlar

Rekabet hukuku anlamında bir anlaşmadan söz edebilmek için en az iki teşebbüsün varlığı aranmaktadır. Bu nedenle, bir teşebbüsün tamamen bağımsız bir pazar politikasının ürünü olan tek yanlı eylem ve işlemleri rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin yaptırımlar kapsamında değildir. Ancak tek yanlı gibi görünen bir davranışın gerçekte bir anlaşmaya dayanıp dayanmadığı konusunda dikkatli davranarak kanuna karşı hile yoluna giden teşebbüslerin önünün kesilmesi gerekmektedir.

Tek yanlı davranışlar, genellikle ilgili teşebbüsün hakim durumda olduğu hallerde değerlendirilerek herhangi bir ihlal teşkil etmeleri halinde yasaklanmaktadır[238]. Eylemi gerçekleştiren teşebbüsün hakim durumda olmadığı hallerde ise bu eylem ve işlemler geçerli kabul edilebilmektedir[239]. Bu sayede; çoğu gizli anlaşma tek yanlı

---

237 Ancak tek satıcılık sözleşmesinin kısa bir süre için yapılması da sözleşmenin niteliğine uygun düşmeyecektir. Zira tek satıcı tarafından üstlenilen satış arttırma yükümlülüğü uzun süreli bir planlama, yatırım ve organizasyon işidir. Bkz. **Eren**, Özel Hükümler, s. 1027; **İşgüzar**, s. 108.

238 4054 sayılı RKHK "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinin 3. fıkrasında hakim durumu, "*belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*" şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 51; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 218; **Aşçıoğlu Öz**, Hakim Durum, s. 22; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 48; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 55.

239 Kurul 24.02.2000 tarih, 00-8/70-32 sayılı McDonald's A.Ş. ve franchise alanlara ilişkin kararında her türlü ayrımcılığın rekabeti sınırlayıcı olmadığını belirtmiş; hakim durumda bulunmayan satıcının, alıcılara farklı fiyatlarla ürün satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesinin güç olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Canbolat**, İrfan Uraz, "Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 96, dn. 245. "*Piyasada hakim durumda olmayan bir bankanın kendi malı olan kredi satışının fiyatlarında ayrımcılık*

davranışların arkasında varlığını sürdürme imkanı elde etmektedir. Bu durum bilhassa üretici ve dağıtıcıları arasındaki dikey ilişkilerde varlık gösterebilmektedir. Öyle ki uygulamada sağlayıcı konumunda olan bir teşebbüsün, mal vermeyi reddetmesi veya farklı fiyat uygulaması gibi davranışlar tek yanlı gibi gözükse de bu davranışlar kimi zaman bazı alıcıları rakiplerine göre daha avantajlı duruma getirmek adına sağlanan açık ya da örtülü bir irade uyuşmasının ürünü olabilmektedir[240]. Üretici ile dağıtıcıların anlaşarak birlikte tespit ettikleri fiyata uymayarak bu fiyatın altında satış yapmaya devam eden dağıtıcıya üreticinin mal vermeyi kesmesinde de durum bu şekildedir[241].

Genel eğilime paralel şekilde tek yanlı davranışlar, Türk rekabet hukukunda da Kanunda hakim durumdaki teşebbüsler için öngörülen ayrımcılık yasağı kapsamında düzenlenmiştir. Ancak birden çok teşebbüsün anlaşarak ortaya koyduğu tespit edilen ayrımcılık uygulamaları teşebbüslerin hakim durumda olması şartı aranmaksızın Kanunun anlaşmalara ilişkin 4. maddesi kapsamında ele alınmıştır[242]. Tek yanlı bir davranış izlenimi veren ancak sıklıkla dağıtım anlaşmaları gibi başka anlaşmalara dayanılarak gerçekleştirilen bu tarz davranışların AB rekabet hukuku uygulamasında da 101. madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Nitekim konuya sıklıkla örnek olarak gösterilen *AEG* kararında Adalet Divanı ve Komisyon, AEG'nin objektif nitelikleri sağladıkları halde bazı satıcılara mal vermeyi reddetmesini, kurduğu seçici

---

yapması bankalar yasasına aykırı olabilir ama Rekabet Yasasına aykırı değildir." Bkz. **İnan**, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 3 - 29, s. 25. Aynı yönde; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 220. "*Hakim durumda olmayan satıcı konumundaki bir firmanın alıcılara farklı fiyatlarla ürünlerini satmasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi zordur*." Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 179.

240 Teşebbüsler arası danışıklı ilişkilerin tespitinde yaşanan zorluklar nedeniyle tek yanlı gibi gözüken birçok davranışın aslında bir anlaşmanın ürünü olması mümkündür. Bu nedenle, danışıklı ilişkilere dayanan veya bu ilişkilerin sonucu olduğu açıkça belli olan tek yanlı davranışlar gerek AB gerekse ABD hukukunda anlaşma olarak da nitelendirilebilmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik,s. 143, dn. 10.

241 Üretici teşebbüsün mal vermeyi kesmesi tek yanlı bir davranış olarak görünse de altta yatan fiyat tespiti anlaşmasının ihlalinin bir sonucudur. Bkz. **Canbolat**, s. 99; **Sanlı**, Geçersizlik,s. 143, dn. 10.

242 Küçük ölçekli seyahat acenteleri aleyhine olacak şekilde üye işyeri komisyonlarının bankalar tarafından diğer acentelere göre daha yüksek belirlendiği iddiası üzerine verdiği kararında Kurul; ayrımcılık uygulamalarının sağlayıcı ile alıcı arasındaki anlaşmalar yoluyla da ortaya çıkabileceğine dikkat çekmiştir. Bkz. 11.11.2009 tarih, 09-54/ 1297-328 sayılı Kurul kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 222. Ayrımcılık rakipleri rekabette dezavantajlı bir konuma düşürme amacına değil; objektif bir gerekçeye dayanmaktaysa 4. madde uygulanmayacaktır. Bkz. **Ateş**, Mustafa, "Rekabetin Danışıklı Ayrımcı Uygulamalarla İhlali: RKHK Madde 4/2(e) Hükmü Üzerine Notlar", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 16, Y. 15, S. 2014/2, s. 17 - 25, s. 22.

dağıtım ağında yer alan diğer mevcut satıcılarla arasındaki zımni veya açık bir olura dayanan danışıklı ilişkinin sonucu olduğuna değinmektedir[243]. Dağıtım sistemi ile çalışan sağlayıcıların; satıcılar tarafından zımni olarak kabul edilen tek taraflı talimatları (*unilateral instruction*), satış politikaları veya ilan ettikleri tek taraflı indirimlerin ve ürünlerin üzerine koydukları yasakların satıcılar tarafından uygulanması ile yeni satıcıların dağıtım ağına girişlerinin engellenmesi de Komisyon nezdinde taraflar arasında bir anlaşmanın varlığına işaret etmektedir[244].

Tek yanlı bir davranış olarak meydana gelen ancak taraflar arasındaki bir anlaşma halini alan durumlara karşı teşebbüsler arasındaki ilişki baştan sona incelenmelidir. Bilhassa hakim durumda olmayan sağlayıcı tarafından hazırlanan tip sözleşmede yer alan tek taraflı şartların satıcının da ekonomik çıkarlarına uygun düştüğü hallerde bu şartların tip sözleşme gereği zorla kabul edildiği düşünülmemeli; cezaların tespitinde sağlayıcının ilgili şartı koyarken kimin menfaatini gözettiğine dikkat edilmelidir[245].

---

243 Komisyonun 06.01.1982 tarihli AEG kararı için bkz. 82/267/EEC, OJ L. 117, 30.03.1982, s. 15; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 49, dn. 148; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 221; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 56; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 163; **TÜSİAD**, Anlaşma, s. 26; ATAD tarafından verilen 25.11.1983 tarihli AEG kararı için ise bkz. Case 107/ 82, [1983] ECR 3151; **Vogelaar**, s. 274.

244 *WEA -Filippachi Music SA*Kararı, 72/480/CEE, OJ, L. 303, 31.12.1972, s. 52; *Ford and Ford Europe*Olayı, Case 25, 26/84, 1985 ECR 2725; *Volkswagen*Kararı, 98/273/EC, OJ, L. 124, 25.04.1998, s. 60; *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v Commission* Olayı, Case 277/87, 1990 ECR 45. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 50; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 147, dn.35.

245 Aslan, sağlayıcının yeniden satış fiyatı dikte ettiği hallerde birçok rekabet otoritesince yalnız sağlayıcının cezalandırmasını eleştirerek yeniden satış fiyatı tespitinin bayiler arası rekabeti sınırladığına ve dolayısıyla bu durumun bayilerin lehine olduğuna dikkat çekmiştir. Aslan'a göre esasen bayiler ile sağlayıcı arasındaki anlaşmadan kaynaklanan ve bayilerin sağlayıcıdan bunu yapmasını talep ettikleri böylesi bir durumda her iki tarafın da cezalandırılması gerekmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 222. Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin örnek yaklaşımını gösteren bilgisayar ve konsol oyunları pazarına ilişkin kararında sağlayıcı ve dağıtıcıların perakende satış fiyatının tespiti hususunda anlaşma içinde olduğu kabul edilerek hem sağlayıcı hem de dağıtıcılara para cezası uygulanmıştır. Bkz. 07.11.2016 tarih, 16-37/628-279 sayılı Kurul kararı.

2. Devam Eden Tek Bir Anlaşma Kavramı[246]

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar genellikle uzun sürelidir. Ancak bu süre boyunca ilgili anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin hiçbir menfaat çatışmasına girmeksizin ilişkilerini sürdürmeleri neredeyse olanaksızdır. Dolayısıyla anlaşmanın meydana getirdiğiyapılanmaiçinde zamanla bazı değişimlerin görülmesi beklenen bir sonuçtur. Anlaşmanın sürdürülmesi esnasında dönem dönem farklı teşebbüslerin aktif ya da pasif rol oynamaları, kimi görüşmelere katılmayıp alınan her kararı uygulamamaları ve hatta anlaşmadan çekilmeleri veya anlaşmaya katılmaları bu değişimlere örnektir[247].

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın yarattığı karmaşık ve dinamik yapı içindeki değişen ilişkiler, ihlalin taraflarının tespit edilmesi ile ispatı aşamalarında yaşanacak sorunları da beraberinde getirmektedir[248]. Bilhassa kartelleri ortaya çıkarmada yaşanan bu sorunları aşabilmek adına Komisyon, 1986 tarihli *Polypropylene* kararı ile kartel üyesi teşebbüslerin zaman içinde değişen pozisyonlarına bakılmaksızın sürecin tamamından sorumlu tutulmalarını öngören "devam eden tek bir anlaşma (*single overall agreement*)" anlayışını ortaya koymuştur[249]. Komisyon tarafından geliştirilen bu

---

246 Gerek doktrinde gerek Rekabet Kurulu kararlarında, bu konuyu ifade etmek üzere oluşturulan bir kavram birliğinden söz etmek mümkün değildir. Örneğin; Arı, "*Sürekli ve Tek Bir Anlaşma*"; Aslan, "*Devam Eden Tek Bir Anlaşma*"; Canbolat, "*Süregelen Temel Anlaşma - Süregelen Tek İhlal*"; Ersoy, "*Devam Eden Tek Bir İhlal*"; İkizler, "*Süregelen Tek İhlal*"; Kekevi ise "*Devam Eden Tek Bir Uzlaşma*" başlığı altında konuyu incelemiştir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 55; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 217; **Canbolat**, s. 87; **Ersoy**, Bahar, s. 15; **İkizler**, s. 247; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 80. Kurul Kararlarında ise "*Esas Anlaşma*", "*Çerçeve Anlaşma*", "*Devam Eden Tek Bir Anlaşma*" gibi terimler kullanılmaktadır. Bkz. 06.09.2002 tarih, 02-53/685-278 sayılı karar; 19.12.2005 tarih, 05-85/1182-336 sayılı karar; 24.02.2004 tarih, 04-16/123-26 sayılı karar. Son olarak biz ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar üzerine yoğunlaşan çalışmamızda anlam bütünlüğünü kaybetmemek ve konuyu anlaşmalar temelinde incelemeye devam edebilmek adına Kurul kararlarından da hareketle "Devam Eden Tek Bir Anlaşma" başlığını tercih etmekteyiz.

247 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 55; **Canbolat**, s. 84; **Ersoy**, Bahar, s. 16. Aslan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların hiçbir zaman tek düze sürdürülememesini her kartelde bulunan tespit edilen fiyattan daha yükseğe satma motivasyonuna bağlamıştır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 216.

248 Kimi teşebbüsler arasında anlaşma olarak başlayan bir ilişki başka teşebbüslerle uyumlu eylem şeklinde devam edebilir. Yine aynı şekilde uyumlu eylem olarak başlayan teşebbüsler arası bir ilişki zamanla bu teşebbüsler arasındaki bir anlaşmaya dönüşebilir. Bkz. **Canbolat**, s. 85; **İkizler**, s. 265.

249 Komisyon, polipropilen üreticisi on beş firmanın 1977-1983 yılları arasında rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunduğunu tespit etmiş; gerçekleştirilen bu davranışların tamamını devam eden tek bir anlaşma kavramı altında birleştirerek her bir teşebbüsün bütün karar süreçlerine katıldığını ayrıca ispatlama gereği duymaksızın tüm teşebbüsleri ihlalden sorumlu tutmuştur. Bkz. *DSM v. Commission* (*Polypropylene*), Case T - 8/89, [1991] ECR II - 1833; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 56; **Canbolat**, s. 89; **Ersoy**, Bahar, s. 18; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 32; **Vogelaar**, s. 37.

yaklaşım zaman içinde ilk derece mahkemeleri ve ABAD tarafından da desteklenmiştir[250]. Komisyonun bu yaklaşımı doğrultusunda kartel üyesi teşebbüsler ihlalin daimi tarafı olup olmadıklarına, yapılan görüşmelere devamlı katılıp katılmadıklarına ve bu süreçte alınan kararları devamlı bir şekilde uygulayıp uygulamadıklarına bakılmaksızın aksi ispatlanıncaya dek temeldeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan sorumlu tutulmaktadırlar. Burada esas olan tarafların en başında ortaya koyduğu, çoğunlukla ilgili piyasada rekabetin kısıtlanması şeklinde kendini gösteren ortak ekonomik amacın varlığıdır[251]. Zira uygulama esnasında yapılan ikincil nitelikteki tüm anlaşmalar, ortak ekonomik amacın ürünü olan başlangıçtaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın (ortak planın) birer parçası niteliğindedir[252]. Bu nedenle, ortak plana bağlılık göstererek kendi eylem ve işlemleriyle ihlale katkıda bulunan bir teşebbüsün, ihlalin tüm aşamalarına katılmasa dahi diğer teşebbüslerle birlikte ihlalin tamamından eşit derecede sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bunun için teşebbüslerin bu ihlale dahil olarak esasen ortak plana katkıda bulunduklarını bildiklerinin veya bilebilecek durumda olduklarının Komisyon tarafından ispatlanması gerekmektedir[253]. Nitekim uygulamada ortak plandan haberdar olmayan teşebbüslerin ihlalin tamamından sorumlu tutulamadığı da görülmektedir[254].

---

250 ABAD ve mahkemelerin desteği sayesinde Komisyon, devam eden tek bir anlaşma yaklaşımını kartel soruşturmalarında kullanmayı sürdürmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 55; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 216; **Canbolat**, s. 88; **Ersoy**, Bahar, s. 15; **İkizler**, s. 266.

251 Ortak amaç zamanla değişebileceği gibi spesifik olması da gerekmemektedir. Rekabetin kısıtlanması ya da fiyatların normal seyrinin bozulması gibi genel ekonomik amaçların varlığı yeterlidir. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 20. Aynı yönde; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 56; **Canbolat**, s. 88.

252 **Canbolat**, s. 89; **Ersoy**, Bahar, s. 20. Karmaşık yapılı ihlallerde iç içe geçen birçok danışıklı ilişkiyi ifade etmek üzere "ortak plan" çatısı kullanılmaya başlanmıştır. Böylelikle Komisyon, anlaşma tanımını teşebbüslerin ortak plan dahilinde bir araya gelmeleri noktasına indirgemiştir. Ortak plan, özelde anlaşmaların genelde ise karmaşık ihlallerin temeli olarak görülmüştür. Ortak plana bağlılık tek ihlal içindeki danışıklı ilişkilerden sorumluluk için yeterli kabul edilmiştir. Bkz. **İkizler**, s. 267.

253 İlk Derece Mahkemesi, kararlarında yapılan anlaşmalardan sadece birine veya bazılarına katılan bir teşebbüsün, ilgili anlaşmaya taraf olurken bunun bütünlük arz eden ortak bir planın parçası olduğunu bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin ispat edilebilmesi halinde bütün anlaşmalardan sorumlu tutulabileceğini belirtmektedir. Bkz. *Cascades v. Commission*, Case T - 308/94, 1998 ECR II - 925; *NV Limburgse Vinly Maatschappij v. Commission*, Cases T - 305 etc/94, 1999 ECR II - 931; *HFB Holding and Others v. Commission*, Case T - 9/99, 2002 ECR II; *Team Relocations NV and Others v. Commission*, Joined Cases T - 204/08 and T - 212/08, 2011 ECR II - 3569. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 57, dn. 183; **Canbolat**, s. 90, dn. 228; **Ersoy**, Bahar, s. 26, dn. 92; **İkizler**, s. 267.

254 Mahkeme, Komisyon kararı ile kartelin bütününden sorumlu tutulan Sigma isimli teşebbüsün, İtalyan pazarındaki kota anlaşmasına dahil olduğunu ancak Avrupa genelindeki kota anlaşmasından

Devam eden tek bir anlaşma yaklaşımı, Kurul kararları vasıtasıyla Türk rekabet hukukunda da uygulanmaktadır. Kurulun, devam eden tek bir anlaşma yaklaşımına dair içtihadı açıkça ortaya koyduğu ilk karar olan *Yonga Levha I* kararında; 1993 - 2001 yılları arasında yonga levha ve/veya lif levhanın satış ve vade koşullarını belirlemek suretiyle rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arasında devam eden bir "*esas anlaşma (çerçeve anlaşma)*" olduğuna ve bu anlaşmanın detayları olarak kabul edilebilecek piyasa koşullarına göre güncellenen bir dizi mutabakatın varlığına dikkat çekmiştir[255]. Kurul kararlarında devam eden tek bir anlaşmadan sorumluluk için teşebbüslerin ihlalin her aşamasına katılmaları gerekmediği belirtilmekteyse de sorumluluğun sınırının tespitinde önem taşıyan ortak plana ilişkin farkındalık unsuruna değinilmediği görülmektedir. Bu kararlarda genellikle aksini gösteren bir kanıt olmadıkça ilgili teşebbüslerin, varlığı ve belirgin özellikleri ortaya konulan kartele ilişkin sürecin tamamından sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir[256]. Yanlış yorumlanmaya oldukça açık olan bu ifade biçimi nedeniyle Kurul'un devam eden tek bir anlaşma konusuna yaklaşımı; ispat yükünü tersine çevirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir[257]. Anlaşmaların ortak bir plana hizmet etmediği, aralarında uzun sürelerin bulunduğu durumlarda teşebbüslerin ihlalin tamamından sorumlu tutulmaları ispat yükünü tersine çevirerek

---

haberdar olmadığını; her iki kota anlaşmasının aynı ekonomik amaca yönelmesine rağmen İtalya dışında hiç bir pazarda faaliyeti olmayan Sigma'nın Avrupa çapındaki kartelin yöneticileri arasında olmadığını ve katıldığı toplantılarda Avrupa karteli faaliyetlerinden hiç söz edilmediğini belirterek kararın ilgili teşebbüse ilişkin kısmını iptal etmiş; para cezasını azaltmıştır. Bkz. *Sigma Tecnologie di rivestimento Srl v. Commission*, Case T - 28/99, 2002 ECR II - 1845; **Ersoy**, Bahar, s. 27.

255 Kurul, Komisyonun *Polypropylene* kararına ayrıntılarıyla yer verdikten sonra mevcut soruşturmada benzer bir yaklaşımın izlenmesi gerektiği kararına varıldığını belirtmiştir. Bkz. 06.09.2002 tarih, 02 - 53/685 - 278 sayılı Yonga Levha I kararı. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 49;**Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 159.Yonga Levha I soruşturması kapsamındaki teşebbüslere ek, dokuz teşebbüse yönelik delillerin ortaya çıkması üzerine bu teşebbüsler hakkında yürütülen soruşturma sonucu alınan Yonga Levha II kararında da benzer değerlendirmeler mevcuttur. Bkz. 25.02.2003 tarih, 03-12/135-63 sayılı karar.

256 24.02.2004 tarih, 04-16/123-26 sayılı Seramik; 25.11.2009 tarih, 09-57/1393-362 sayılı Beyaz Et; 12.06.2012 tarih, 12-32/916-275 sayılı Kayseri Bosch Bayileri Kararı. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 48.

257 Aslan, Kurul'un Seramik kararı vasıtasıyla bu yaklaşımı, anlaşmanın bozulduğu dönemler dışındaki uygulamaların birbiriyle benzerliği tespit edilmeksizin aksini ispatın karşı taraftan beklenilmesini ispat yüküne aykırılık gerekçesiyle eleştirmiştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 216.

masumiyet karinesine aykırılık teşkil edecektir[258]. Ancak sanılanın aksine devam eden tek bir anlaşma yaklaşımı ispat yükünü tersine çeviren bir yaklaşım değildir. Burada teşebbüslerin söz konusu anlaşmanın ortak planın bir parçası olduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiğini ispat yükü Kurul'dadır[259]. Bu nedenle Kurul da tek bir anlaşmanın varlığı konusunu son yıllarda daha özenli değerlendirmelerde bulunarak ele almaya çalışmaktadır[260].

Yarattığı ispat kolaylığı sayesinde rekabet otoritelerinin elini rahatlatan devam eden tek bir anlaşma yaklaşımı çalışmamızın konusunu oluşturan özel hukuk yaptırımlarını da etkilemektedir. Bağlı kaldıkları ortak bir planın varlığı halinde ihlale katılan bütün teşebbüsleri ihlalin tamamından sorumlu tutan bu yaklaşım nedeniyle teşebbüslerin faaliyet göstermedikleri pazarlarda gerçekleşen ihlallerden de sorumlu tutulmaları ve tazminat davalarıyla karşı karşıya kalmaları mümkündür[261]. Nitekim tazminat davaları bakımından kartele katılan teşebbüslerin müteselsil sorumluluğu söz konusudur.

---

258 Ortak plana katıldığını bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayanlar, ihlalin haberdar oldukları kısmından sorumlu tutulmalıdır. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 49. Aksi bir tutum teşebbüslerin sırtına Kanunda bulunmayan ağır bir sorumluluk yükleyecektir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 57.

259 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 57. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinin ilk fıkrasının (a) bendinde "*temel para cezası, Kanunun 4 üncü veya 6 ncı maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde, her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanır*" düzenlemesine yer verilmiştir. Kurul kararlarında açıkça belirtilmese de hükmün mefhumu muhalifinden piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birbiriyle bağlantılı davranışların varlığının tespiti halinde, teşebbüslere ayrı ihlaller yerine devam eden tek bir anlaşma kapsamında tek bir ceza verileceği anlaşılmaktadır. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 47.

260 08.05.2014 tarih, 14-17/330-142 sayılı Kurul kararı. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 217.

261 Şahin, özellikle kartel şeklinde gerçekleşen ihlallerde özel hukuk davaları yönünden de devam eden tek bir anlaşma yaklaşımının geniş yorumlanması ve ihlale taraf olan tüm teşebbüslerin ihlalin tamamından, ihlal süresi boyunca sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. Bkz. **Şahin**, Murat, s. 190. Kendisine katıldığımız Ersoy ise özel hukuk sorumluluklarını genişletmemek adına teşebbüslerin ihlale konu ürün veya hizmet pazarlarının tamamında faaliyet göstermediği hallerde aralarında bir koordinasyon tespit edilemeyen ve farklı ürün pazarlarında faaliyet gösteren kartellerin bu yaklaşım dahilinde değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 41.

3. Anlaşma ve Uyumlu Eylem Kavramlarının Birlikte Kullanılması

Anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullanılması yönündeki yaklaşıma değinmeden önce hukukumuza ilk kez 4054 sayılı RKHK ile giren uyumlu eylem kavramının tanımlanmasında ve bu iki kavram arasındaki farklara değinilmesinde yarar vardır[262]. Zira AB rekabet hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi RKHK'da da uyumlu eylem kavramı tanımlanmamış; anlaşma ile farkları ortaya konmamıştır.

Uyumlu eylem kavramını hukukumuza kazandıran AB rekabet hukuku, Amerikan antitröst hukukundan faydalanarak ATA m. 81/1'e uyumlu eylem (*concerted action*) adı altında üçüncü bir ihlal türü eklemiştir[263]. Tarih itibarıyla çok eskilere dayanmayan bu kavram için yasal düzenlemeler dahilinde yapılmış bir tanım yoksa da *Dyestuffs* ve *Sugar* kararlarında yapılan tanımlar uygulamada genel kabul görmektedir. Bu kavramın ilk kez tanımlandığı *Dyestuffs* kararında ABAD, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını ilişkilendirerek uyumlu eylem kavramını, teşebbüsler arasında anlaşma aşamasına ulaşmamış bunun yerine rekabet risklerine karşı bilerek ikame edilmiş pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şekli olarak tanımlamıştır[264]. *Sugar* kararında ise ABAD yaptığı mevcut tanımı genişleterek uyumlu eylem kavramının tanımını, "*bir anlaşmanın varlığı aşamasına gelmemekle birlikte ürünün yapısı, teşebbüslerin önem ve sayıları, pazarın büyüklüğü ve yapısı dikkate alındığında normal şartlarda pazarda bulunması gereken koşullara uymayan rekabet koşullarının ortaya*

---

262 Türk hukukuna ilk kez RKHK ile giren uyumlu eylem kavramı, yasal düzenleme faaliyetlerinin yürütüldüğü esnada "*uyumlu davranışlar*", "*uyumlu uygulamalar*" ya da "*önceden mutabık kalınmış uygulamalar*" gibi değişik kavramlarla da adlandırılmıştır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 77.

263 Amerikan antiröst hukukunda *conspiracy* (gizli işbirliği) kavramının uzantısı olarak geliştirilen uyumlu eylem (*concerted action*) kavramı, 1957 yılında AET'yi kuran Roma Antlaşması kabul edildiğinde rekabet yasaları olan üye ülkeler de dahil olmak üzere hiçbir yerde düzenlenmemiştir. Ancak AB rekabet hukukunda uyumlu eylem kavramına ilk olarak 1951 tarihli Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Anlaşması'nın 65. maddesinde yer verilmiştir Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 77; **İkizler**, s. 235; **Tekinalp**, Gülören, "Uyumlu Eylemler Kavramı", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 201-207, s. 203; **Yüksel**, Onur Yelda, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 61, Ankara 2004, s. 36.

264 *Imperial Chemical Industries v. Commission (Dyestuffs)*, Cases 48/69, 1972 ECR 619. Komisyon kararını onayan ABAD, verdiği kararda uyumlu eyleme dair görüşlerini ilk kez ortaya koyarak yukarıdaki tanıma imza atmıştır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 79; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 224;**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 152; **İkizler**, s. 42; **Vogelaar**, s. 35; **Yüksel**, s. 37.

çıkmasına yol açan, teşebbüslerin rekabetin risklerine karşı bilerek (kasıtlı) ikame ettikleri, aralarında pratik işbirliği sağlayan bir koordinasyon şekli" haline getirmiştir[265]. Her bir teşebbüsün ortak pazarda izleyeceği politikaları bağımsız bir şekilde belirlemesi gerektiğine dikkat çeken ABAD, bu kararında ayrıca uyumlu eylemin tespiti bakımından temel yaklaşımını da ifade etmiştir. Bu yaklaşıma göre mevcut ya da potansiyel rakip teşebbüslerin pazar davranışlarını etkilemek veya geleceğe dair kararlarını bu rakiplere açıklamak amaç ya da etkisi bulunan, her tür doğrudan veya dolaylı iletişim kesin bir şekilde yasaklanmıştır[266]. ABAD'ın bu kararı uyarınca uyumlu eylemden söz edebilmek için (*i*) teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen pratik bir koordinasyon veya işbirliği olması, (*ii*) bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişkiyle ulaşılması ve (*iii*) amacın rakiplerin gelecekteki davranışlarına dair belirsizliğin ortadan kaldırılmak olması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir[267].

Türk rekabet hukukunda ise uyumlu eylem kavramının ne Kurul kararlarında ne de doktrinde genel kabul gören bir tanımı mevcuttur[268]. Yalnız kanunun gerekçesinde uyumlu eylem kavramına dair "*teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese bile, teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaktır*" ifadeleri yer almaktadır. Kanunun gerekçesinden yola çıkan Kurul, uyumlu eylemi tanımladığı ilk kararı olan *Süt* kararında; işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, bu işletmeler arasında bir anlaşma olmadığı halde pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa bu durumun rekabeti

---

265 *Suiker Unie v. Commission (Sugar)*, Cases 40-73, 1975 ECR 1663. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 81; **Canbolat**, s 103;**Güven**, Rekabet Hukuku, s. 152; **İkizler**, s. 42; **Yüksel**, s. 37.

266 **Ersoy**, Bahar, s. 13; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 30; **TÜSİAD**, Anlaşma, s. 28; **Yüksel**, s. 38.

267 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 79; **Badur**, Anlaşmalar, s. 65; **İkizler**, s. 44; **Yüksel**, s. 39.

268 Cengiz'e göre uyumlu eylemler, kesin sınırlar içeren genel ve soyut bir tanımla sınırlandırılmaya uygun değildir. Zira denetimden kaçmak isteyen teşebbüsler ispat güçlüğü yaratmak adına farklı yöntemlere başvurmaktadır. Bu nedenle rekabet otoriteleri ve mahkemeler baştan belirlenmiş tanımlara bağlı kalmak yerine somut olayları uyumlu eylemlerin kanuna konulma nedenleri ışığında inceleyerek bir takım ilkeler koymayı tercih etmektedir. Bkz. **Cengiz**, s. 27 - 28.

önleyici etki doğurmasının doğal olduğunu ve yasaklandığını belirtmekle yetinmiştir[269]. Doktrinde AB rekabet hukuku ve Kanunun gerekçesinden yola çıkan yazarların uyumlu eylem için yaptığı pek çok tanıma hatta belirlediği farklı unsurlara rastlanmaktadır[270]. Ancak bu tanımlarda dikkat çeken ortak noktalar doğrultusunda kanaatimizce uyumlu eylemleri, "*teşebbüslerin, rekabet hukuku anlamında bir anlaşmaya dayanmaksızın, rakiplerinin gelecekteki pazar davranışlarına dair belirsizliğiortadan kaldırmayı amaçlayarak kurdukları doğrudan veya dolaylı bir ilişki aracılığıyla birbirine paralel hale getirdikleri pazar davranışları*" şeklinde tanımlamak mümkündür[271].

Anlaşma ve uyumlu eylem kavramları her ne kadar birbirlerinden farklı iki kavram olarak kabul edilmekteyse de bu kavramların tanımlanmasından ziyade ispatı ile ilgilenen rekabet hukuku düzenlemeleri yönünden iki kavram arasındaki farkın net bir biçimde ortaya konulduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birbirinden ayrılması noktasında çeşitli yaklaşımların varlığı göze çarpmaktadır. Bir yaklaşıma göre uyumlu eylemden farklı olarak anlaşmada hukuken bağlayıcı olmasa da bir irade açıklaması varken diğer bir yaklaşıma göre anlaşmadan farklı olarak uyumlu eylem hukuken bağlayıcı olmayan mutabakatları içine almaktadır[272]. Klasik anlamda olmasa da uyumlu eylemde de bir irade uyuşması

---

269 23.03.2000 tarih, 00-11/109-54 sayılı Süt Kararı. Ayrıca bu kararda Kurul, Aslan'ın görüşlerine atıf yaparak bir uyumlu eylemden söz edebilmek için şu dört unsurun varlığını aramıştır: (a) En az iki veya daha fazla işletme olmalı, (b) Bilinçli paralellik bulunmalı, (c) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (d) Rekabet sınırlanmalıdır. Ancak Kurul'un verdiği kararlarda bu yaklaşımını sık sık değiştirdiği de görülmektedir. Doktrinde bu görüş değişikliklerine 14.12.1999 tarih, 99-57/614-391 sayılı Turkcell/Telsim I; 17.07.2000 tarih, 00-26/291-161 sayılı Gazete; 24.02.2004 tarih, 04-16/123-26 sayılı Seramik; 02.12.2004 tarih, 04-77/1109-278 sayılı Ege Hazır Beton Kararı gibi Kurul kararları örnek gösterilmektedir. İlgili kararlar ve Kurul'un görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 162 - 167; **Canbolat**, s. 105 - 106.

270 Doktrinde uyumlu eylem kavramı için belirlenen farklı tanım ve/veya unsurlardan bazıları için bkz. **Akıncı**, s. 145; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 79, dn. 296; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 225 vd.; **İkizler**, s. 40; **Tekinalp**, Gülören, s. 203; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 79; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 199 vd.

271 Doktrindeki tanımların genelinde dikkat çeken ortak unsurlar; teşebbüsler arasında bir anlaşmanın var olmaması veya tespit edilememesi ile teşebbüslerin paralel pazar davranışları şeklinde sayılabilir.

272 Aslan'a göre uyumlu eylemde taraflar arasında bir irade açıklaması yoktur. Teşebbüsler arasında açık bir irade açıklamasına ulaşmayan bir bağlantı (conduct), haber ya da bilgi akış kanalı vardır. Bunlar karşılıklı olmasa dahi tarafların bazı pazar politikalarının öğrenilmesini sağlamaktadır. Bkz.**Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 225. Rekabet hukuku düzenlemeleri ve doktrinin genelinden farklı olarak anlaşma kavramını sadece hukuken bağlayıcı irade uyuşmalarıyla sınırlandıran Topçuoğlu ise hukuken bağlayıcı olmayan tüm mutabakatları, tasavvur veya niyet açıklamaları ile centilmenlik anlaşmalarını ve rekabet riskini bertaraf etmeye yönelik bilumum paralel davranışları uyumlu eylem

olduğunu kabul eden üçüncü bir yaklaşım ise anlaşmadan farklı olarak uyumlu eylemin sadece eyleme dönüşmüş irade uyuşmalarını kapsadığını belirtmektedir[273]. Öte yandan tüm bunlardan bağımsız bir biçimde uyumlu eylemi ayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil; gizli anlaşmalar yönünden bir ispat aracı olarak değerlendiren bir yaklaşım da mevcuttur[274]. Ne uyumlu eylemi ayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak kabul etmeyen bu yaklaşımı ne de anlaşma kavramını sadece hukuken bağlayıcı irade uyuşmaları ile sınırlandırıp hukuken bağlayıcı olmayan bütün irade uyuşmalarını uyumlu eylem kapsamında değerlendiren yaklaşımı kabul etmek mümkündür. Bu yaklaşımlar rekabet hukukunda anlaşma kavramına yüklenen genel anlam ve rekabet kanunlarının her iki kavramı da cezalandıran sistematiği ile bağdaşmamaktadır. Ancak anlaşmaları, uyumlu eylemlerden karşılıklı irade açıklamaları ve eyleme dönüşme yönünden ayıran yaklaşımlar kanaatimizce isabetlidir. Zira bir uyumlu eylemden söz edebilmek için tarafların amaç, yükümlülükler veya görev dağılımları gibi genel stratejik detayları içeren bir plan üzerinde karşılıklı uzlaşmalarının olmaması ya da bu uzlaşmanın ispatlanamaması gerekmektedir. Dolayısıyla anlaşmadan farklı olarak uyumlu eylemde taraflar arasında karşılıklı bir irade açıklaması yoktur. Fakat taraflara aralarındaki doğrudan ya da dolaylı ilişki vasıtasıyla sağlanan bilgi akışı sayesinde tarafların kendi bağımsız davranışlarını terk ederek ortak hareket etmesi söz konusudur.

---

kapsamında değerlendirmektedir. Bu doğrultuda Topçuoğlu'na göre anlaşma kavramından çok daha geniş kapsamlı olan uyumlu eylemler, anlaşmalardan farklı olarak hukuken bağlayıcı olmayan irade açıklamalarından oluşmaktadır. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 199. Topçuoğlu'nun yaklaşımına ilişkin Aslan'ın katıldığımız eleştirileri ve görüşlerimiz için bkz. §4/I /C/dn. 124.

273 Sanlı'ya göre bir danışıklı ilişkinin anlaşma veya uyumlu eylem olarak nitelendirilmesi doğuracağı hukuki sonuçlar açısından herhangi bir fark yaratmadığından sadece teorik önem taşıyan ve çözümü mümkün olmayan bu ayrım üzerinde durmaya gerek yoktur. Bu kavramlar arasındaki tek fark uyumlu eylemlerin sadece eylem safhasına geçmiş mutabakatları kapsaması, anlaşmanın ise eyleme dönüşmemiş irade uyuşmalarını da kapsayacak bir anlamı olmasıdır. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik,s. 87. Uyumlu eylemlerin sadece teşebbüslerin eyleme dönüşmüş uyum hallerini kapsadığı görüşüne katılan Akıncı, Sanlı'dan farklı olarak anlaşma - uyumlu eylem ayrımının teorik bakımdan olduğu gibi uygulama bakımından da pratik bir öneme sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 45.

274 Arı, uyumlu eyleme ilişkin düzenlemenin amacının teşebbüsler arasındaki gizli anlaşmaları kolaylıkla ortaya çıkarabilmek olduğunu belirterek uyumlu eylem kavramının ispat hukuku ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 83; aynı yönde **Yüksel**, s. 59. 4054 sayılı Kanunda öngörülen uyumlu eylem karinesinden hareketle Kekevi, uyumlu eylemin ayrı bir rekabet hukuku kavramı olarak değil; Kanunun gerekçesinden de hareketle anlaşmanın ispatındaki bir araç olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 58.

Tasarıdan ziyade davranış odaklı bir ihlal türü olan uyumlu eylemler bu yönüyle de anlaşmalardan ayrılmaktadır. Diğer bir ifadeyle rekabet hukuku bakımından uygulamaya konmamış bir anlaşmanın cezalandırılması olası iken uygulamaya geçirilmemiş bir uyumlu eylemden bahsedilemeyecektir.

Yapılan teorik değerlendirmeler ışığında anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını birbirinden ayırmak mümkünse de rekabet hukukunda anlaşma kavramına yüklenen geniş anlam dolayısıyla karmaşık yapılı bir ihlal içinde anlaşmanın sona erip uyumlu eylemin başladığı noktayı tespit etmek çoğu zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle Komisyon, 1986 tarihli *Polypropylene* kararıyla yalnız devam eden tek bir anlaşma yaklaşımını ortaya koymakla kalmamış; uzun süreli kartellerde teşebbüsler arasında birbirinin peşi sıra gerçekleşen ihlallerin sınıflandırılmasında yaşanan zorluğa karşın tabi oldukları hukuki sonuçlar farklılık göstermediğinden bu ihlallerin ayrı ayrı sınıflandırılmalarına gerek olmadığına da kanaat getirmiştir[275]. Kararında anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirten Komisyon, ihlallerin iç içe geçtiği uzun süreli kartellerde her iki danışıklılık türünün unsurlarına da rastlanabileceği gerekçesiyle ihlalin niteliğini anlaşma ve/veya uyumlu eylem şeklinde belirlemiştir. Komisyonun ABAD tarafından da desteklenen bu içtihadı sonrası anlaşma/uyumlu eylem farkının giderek belirsizleşmesi ve iki kavramın birlikte kullanılmaya başlaması ile karmaşık yapılı ihlallere karşı geliştirilen yaklaşımı ifade etmek için ilerleyen dönemlerde "devam eden tek bir anlaşma" değil; "devam eden tek bir ihlal (*single continuing infringement*)" kalıbı tercih edilir olmuştur[276]. Bu sayede, AB rekabet hukukundaki tavır; Sherman Yasası'nın ilk maddesinde yer alan sözleşme (*contract*), fiili birliktelik (*combination*) ve gizli işbirliği (*conspiracy*) şeklindeki üç

[275] **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 55; **Ersoy**, Bahar, s. 47; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 81.
[276] *Graphite Electrodes*, 2002/271/EC, OJ. L. 100, 18.07.2001, s. 1. Bkz. **Canbolat**, s. 87, dn. 220.

ayrı kavramın birbirinin yerine kullanılabildiği Amerikan rekabet hukukuna büyük ölçüde yaklaştırılmıştır[277].

Türk rekabet hukuku uygulamasında ise ispat güçlüğü yaşanan olaylarda Kurul, ihlalin niteliği bakımından anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını bir arada kullanarak AB ve ABD'deki yaklaşımı örnek vermiştir[278]. Hatta sonrasında Kurul'un, verdiği kararlarda anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarını bir arada kullanmakla yetinmeyip 4. maddede düzenlenen ihlal türlerini ifade etmek üzere "*uzlaşma*" şeklinde bir üst kavram kullanmayı tercih ettiği de görülmektedir[279]. Türk rekabet hukuku mevzuatının kaynağını oluşturan AB ve ABD sistemleri dahilinde gelişen görüş ve içtihatların Kurul tarafından uygulamada dikkate alınması doğaldır. Ancak kimi yasal düzenlemelerin gerek AB gerekse ABD'den ayrılması nedeniyle Türk rekabet hukukunda, anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullanılmasına ilişkin iki farklı görüşe rastlanmaktadır. Bu görüşlerden ilki bu iki kavram arasında yapısal bir ayrım yapmanın çok güç olduğunu savunmakta; hukuki sonuçları aynı olan bu kavramların ayrılmasını gereksiz bulmaktadır[280]. Diğer görüş ise bu kavramları ayırmanın güç olduğunu kabul etmekle birlikte imkansız olmadığına ve sanılanın aksine bu iki kavram arasındaki farklılıkların Türk rekabet hukukunda farklı hukuki sonuçlara yol açabileceğine dikkat

---

277 **Yüksel**, s. 9; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 81.Amerikan rekabet hukukundaki gizli işbirliği (*conspiracy*) kavramı hem anlaşma hem de uyumlu eylemleri kapsar. Bkz. **İkizler**, s. 268.

278 Kurulun, anlaşma ve/veya uyumlu eylem kavramlarının birlikte kullandığı ilk kararı olan 24.02.2004 tarih 04-16/123-26 sayılı Seramik kararının gerekçesinde "*ABD ve AB uygulamaları da göz önünde bulundurularak, Türk Rekabet Hukuku'nda konuya en doğru yaklaşım, uyumlu eylemin apayrı bir Rekabet Hukuku kavramı olarak değil de, 4054 sayılı Kanun ve gerekçesinde de belirtildiği üzere, anlaşmanın ispatlanmasında bir araç olarak kabul edilmesidir*" ifadeleri yer almaktadır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 248; **Ersoy**, Bahar, s. 44;**Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 164. Aynı yönde kararlar için bkz. 04.07.2007 tarih, 07-56/672-209 sayılı Emaye Bobin; 25.11.2009 tarih, 09-57/1393-362 sayılı Beyaz Et ve 18.04.2011 tarih, 11-24/464-139 sayılı Otomotiv kararı.

279 Kurul, 08.03.2013 tarih, 13-13/198-100 sayılı Banka II kararında, "*…Kurul'un yakın tarihli kararlarında anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının bir arada kullanıldığı ve Kanun'un 4. maddesindeki rekabet ihlallerini kapsamak üzere genel olarak 'uzlaşma' kavramının tercih edildiği görülmektedir*" ifadelerine yer vermiştir. Bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 45. RKHK m. 4'te uzlaşma şeklinde herhangi bir ihlal türüne yer verilmediği; bu nedenle Kurulun ihlalin niteliğini belirlemede kullandığı uzlaşma tabirinin yasal dayanaktan yoksun olduğu yönündeki değerlendirmeler için bkz. **İnan**, Nurkut/ **Öz**, Gamze, "Rekabet Kurumuyla 'Uzlaşabilmek!': Rekabet Kurulu RKHK'nun 4. Maddesine Yeni Bir Kavram mı Ekliyor!: Uzlaşma??", BATİDER, C. 29, No. 4, 2013, s. 115 - 140.

280 Anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının ayrılmasına gerek olmadığını savunan yazarlar için bkz. **Ersoy**, Bahar, s. 43; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 167; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 86; **Yüksel**, s. 65.

çekmektedir[281]. Bu görüşe göre iki kavramın birlikte kullanıldığı hukuk sistemlerine nazaran Türk rekabet hukuku mevzuatında yaratılan farklar; ispat hukuku ve bilhassa Kanunun 4. maddesinde ifadesini bulan uyumlu eylem karinesi ile 58/2. maddede düzenlenen üç kat tazminat sorumluluğunun doğumu yönündendir[282].

Rekabet hukukunun ihlalinden kaynalanan tazminat sorumluluğunda anlaşma ve uyumlu eylem kavramlarının birbirinden ayrılması kanaatimizce kritik bir öneme sahip değildir. Zira burada önemli olan husus rekabet ihlali sonucu meydana gelen zararın tazminidir. Zarar görenlerden, otoriteleri dahi zora sokan bu ayrımı yapmasını beklemek adeta zararın tazmin imkanını ellerinden almaktır. Dolayısıyla Türk rekabet hukukunda öngörülen uyumlu eylem karinesini bu ayrımın yapılmasını zorunlu kılan bir unsur olarak değil; teşebbüsler arası bir anlaşmanın varlığını ispatlayamayan zarar görenlere tanınan bir fırsat olarak değerlendirmek daha isabetlidir. Üç kat tazminat sorumluluğunun doğumu ise kast veya ağır ihmalin varlığı ile ilgili olup ihlalin niteliği sorumluluğunun doğumuna etki etmemektedir[283].

§ 5. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMALARIN HUKUKA AYKIRILIĞI

I. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR

A. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespiti

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın rekabet hukuku kaynaklı bir tazminat talebine konu olabilmesi için öncelikle ilgili anlaşmanın rekabet hukukuna aykırı niteliğinin ortaya konması beklenmektedir. Ortaya konması beklenen bu hukuka aykırılığın ölçütü

---

281 Farklı gerekçelerle bu ayrımın gerekli olduğunu savunan bazı yazarlar için ise bkz. **Akıncı**, s. 45; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 26; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 34; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 224; **Badur**, Anlaşmalar, s. 68; **Canbolat**, s. 134; **İkizler**, s. 249; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 209.

282 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 248;**Canbolat**, s. 134; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 160.

283 Üç kat tazminat sorumluluğunda aranan özel koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §8/II/B.

ise en genel ifadesiyle "rekabetin kısıtlanması" kavramıdır. O halde anlaşmalar yönünden rekabet hukukundan doğan tazminat hakkının konusunun yalnız rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmalarile sınırlı olduğunusöylemek mümkündür.

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın rekabet kuralları ile karşı karşıya kalabilmesi için rekabet düzenini olumsuz etkilemesi veya böyle bir etkiyi doğurabilecek potansiyelde olması gerekmektedir[284]. Genel yasaklama koşulu olarak nitelendirilen bu etki 4054 sayılı 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, ... hukuka aykırı ve yasaktır*" şeklinde ifade edilmektedir. Kanunda öngörülen bu düzenleme gereği teşebbüsler arası anlaşmalar yoluyla bir rekabet ihlalinin gerçekleştirilmesi için anlaşmanın ilgili piyasada doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti bozma, engelleme ya da kısıtlama amacı taşıması, bu etkiyi doğurması veya doğurma potansiyeline sahip olması yeterlidir[285]. Bu itibarla bir teşebbüsler arası anlaşmanın hukuka aykırılığının tespiti aşamasında "*ilgili piyasa*", "*rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması*" ve "*rekabeti kısıtlayıcı amaç ve/veya etki*" kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususunun üzerinde durulmasında yarar vardır.

---

284 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 87. Rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilse dahi rekabet düzeni üzerinde hiçbir etkisi olmayan anlaşmaların rekabet kuralları ile karşı karşıya kalması olası değildir. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 79; **Kesici**, s. 62; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 44.

285 Sanlı, rekabet üzerinde etkisi bulunmakla birlikte zararlı sonuçlar meydana getirmeyen anlaşmaların rekabet kuralları ile muhatap olmayacağını belirtmiştir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 87. Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çalışmamızın konusu oluşturan tazminat sorumluluğu gereği bir zararın bulunduğunun tespiti zorunluysa da teşebbüsler arası bir anlaşmanın rekabet ihlali olarak kabulü için zararlı bir sonuç doğurması şart değildir. Nitekim Danıştay 10. Dairesi; 19.12.2003 tarih, 2001/1045 E. 2003/4903 sayılı kararında bu hususu açıkça belirtmiştir. Benzer şekilde Kurul, Tokat ili merkez ilçede faaliyet gösteren dershanelerin aralarında anlaşarak fiyat tespiti yaptıkları iddiası üzerine verdiği 11.08.2014 tarih, 14-27/556-239 sayılı kararında teşebbüsler arası anlaşmada rekabeti bozucu amacın tespiti halinde ayrıca zararın ortaya çıkması gerekmediğini ifade etmiştir. Aynı yönde bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 307; **Günay**, s. 55; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 81; **Şahin**, Murat, s. 150; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 44.

1. İlgili Piyasa: Belirli Bir Mal veya Hizmet Piyasası

Rekabet hukuku uygulamasında teşebbüslerin birbirleri karşısındaki durumunun ve faaliyetleri esnasında karşılaştıkları rekabet kısıtlamalarının değerlendirilebilmesi için öncelikle teşebbüsler arası rekabetin yaşandığı alanın sınırlarının çizilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Piyasa olarak adlandırılan bu alan iktisatçılar tarafından en genel haliyle "*bir malın alıcıları ile satıcılarının karşı karşıya geldikleri, benzer malların fiyatlarında yeknesaklık görülen yer*" şeklinde tanımlanmaktadır[286]. Bu alanda rekabet kurallarının tatbik edileceği sınırların belirlenmesinde temel bir araç olarak kullanılan ilgili piyasa kavramını ise "*bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği ile göstermesi muhtemel ekonomik bölge*" olarak tanımlamak mümkündür[287].

Teşebbüsler arası anlaşmalar yönünden ilgili piyasanın tespiti bilhassa açıkça rekabeti kısıtlayıcı amaç taşımayan teşebbüsler arası anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin ve muafiyet koşullarının incelenmesi aşamasında izlenecek zorunlu adımlardan birini oluşturmaktadır[288]. İlgili piyasa kavramını ve tespiti yöntemlerini açıkça tanımlamamakla birlikte RKHK'nın 4. maddesinde yer verilen "*belirli bir mal*

---

286 Fransız iktisatçı Antoine Augustin Cournot tarafından 19. yüzyılda yapılan bu tanım geçerliliğini günümüzde de büyük ölçüde korumaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 200; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 153.

287 İlerleyen dönemlerde iktisatçılar piyasa tanımına nakliye giderlerini de ekleyerek piyasayı "*nakliye giderleri de hesaba katıldığında aynı ürün için fiyat yeknesaklığının sağlandığı yer*" şeklinde tanımlamışlardır. Bkz. **Çetinkaya**, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 0086, Ankara 2003, s. 1. Piyasa tanımındaki bu değişim rekabet hukukundaki ilgili piyasa kavramını her bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölgeden daha geniş bir ekonomik bölge haline getirmiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 201.

288 Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetin gerçekleştirildiği alan vesilesiyle bu faaliyetin tarafı olan teşebbüslerin birbirinin rakibi olup olmadığının yanı sıra sahip oldukları pazar paylarının belirlenmesinde de temel kriterlerden biri ilgili piyasanın tespitidir. Dolayısıyla ilgili piyasanın doğru tespiti yalnız rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 4. maddenin değil; hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. ile birleşme ve devralmalara ilişkin 7. maddenin doğru uygulanması için de büyük önem taşımaktadır. Öyle ki ilgili piyasanın tespiti aslen Kanunun 6. ve 7. maddeleri bakımından bir ön şart niteliğindedir. Kurul, bir kararında bu durumu "*4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin uygulanabilmesi için ilgili pazar tanımının önceden yapılması ve ilgili teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak 4. maddenin uygulanabilmesi için esas olarak 'doğrudan veyadolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan ve bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemlerinin' tespit edilmesi gerekir. Yapılan bu tespitten sonra bu tip karar ve eylemlerin etkilerinin hissedildiği pazarların tanımlanması daha uygun olacaktır*"şeklinde ifade etmektedir. Bkz. 20.10.2000 tarih, 00-40/ 443/223 sayılı MİB-CNR- TİAD kararı; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 103, dn. 2.

veya hizmet piyasası" ifadesi de bu zorunluluğu doğrular niteliktedir. Öte yandan piyasaya bağlı bir kavram olan rekabetin varlığının araştırılması piyasanın tespiti ile mümkün olacağından bu hususun kanunda ayrıca zikredilmesi zorunluluğu yoktur. Nitekim ABİDA'nın 101. maddesi böyle bir ifade içermemesine rağmen AB uygulamasında Komisyon, İlk Derece Mahkemesi ve Divan tarafından da öncelikle ilgili piyasanın (*relevant market*) tespiti yoluna gidildiği görülmektedir[289]. Benzer şekilde ABD'de Sherman Yasası ilgili piyasa tanımına yer vermemekte ancak rekabete dayalı zararların değerlendirilmesi aşamasında ilgili piyasa çoğunlukla ekonometrik metodlar kullanılarak gerek DOJ gerek FTC tarafından tanımlanmaktadır[290]. Amerikan uygulaması açısından ilgili piyasanın tespiti, tüketicilere ve rekabete yönelik olası zararları değerlendirmek için otoritelerin esnek biçimde kullanabileceği araçlardan biridir. Buradaki esneklikten kasıt her durumda ilgili piyasanın tespitinin şart olmamasıdır. Öyle ki zararın açıkça görülebilir olduğu durumlarda mahkeme ve otoriteler, rakipler arasındaki işbirliğinin meşruluğunu değerlendirmek adına ilgili piyasanın tespiti yerine doğrudan zarar kanıtına dayanabilmektedir[291]. Ancak böyle bir durumda mahkemeler anlaşmanın rekabete etkilerinin kanıtlanması için ilgili piyasanın

---

289 İlgili piyasa kavramının AB rekabet hukukunda önemli bir yer tuttuğunu, ilgili piyasanın analizinde yapılan esaslı nitelikteki hataların Divan tarafından birer iptal nedeni olarak kabul edildiği kimi kararlardan da anlamak mümkündür. Bkz. *Kali und Salz and Kali Chemie v. Commission*, Joined Cases 19, 20/74, 14.05.1975, 1975 ECR 499; *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission*, Case 6 -72, 21.02.1973, 1973 ECR 215; **Akıncı**, s. 206; **Arı**, Danışıklılık, s. 104, dn. 5; **Çetinkaya**, s. 10, dn. 11; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 156.

290 **Şenyücel**, Orçun/ **Aktaş**, Cihan, "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, Nisan - Mayıs - Haziran 2000/2, s. 40 - 59, s. 55. AB'de dahil olmak üzere dünya genelinde sübjektif değerlendirme ve tahminlerden sıyrılarak bilimsel yöntem ve objektif standartlara yönelme eğilimi vardır. Bu nedenle ilgili piyasanın tespitinde nicel tekniklerin kullanımı artmaktadır. Tüm olaylarda kullanılabilecek tek bir nicel testin varlığından söz etmek mümkün değilse de SSNIP (*Small Significant and Non-Transitory Increase in Price*) testi gibi ilgili piyasaların belirlenmesinde doğru bir yaklaşım olduğu genel kabul gören testler mevcuttur. Bkz. **Çetinkaya**, s. 29. Rekabet Kurul'u tarafından da kullanılan bu testlerden bazıları hakkında ayrıntılı bilgi ve örnek kararlar için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 148 vd.; **Özkul**, Mehmet Fazil, "İlgili Pazarın Tespitinde Kullanılan Kantitatif Yöntemler ve Güncel Uygulamalar", Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, C. 54, S. 624, 2017, s. 9 - 24.

291 FTC, Hindistan'daki bir diş hekimleri birliğinin, hasarların değerlendirilmesi için sigortacılar tarafından oluşturulan röntgen taleplerinin diş hekimlerince reddedileceği yönünde koyduğu kuralın Sherman Yasası'nı ihlal ettiğine karar vermiştir. Birliğin, FTC'nin kararında ilgili piyasanın tespit edilmediği yönündeki itirazları üzerine verdiği kararında Yüksek Mahkeme, piyasa tespitine yönelik analizlerin ortaya konan zararlı etkilerin yerini alabileceği düşüncesine katılmadığını açıkça belirtmiştir. Bkz. *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); **OECD**, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Roundtable on Market Definition - Note by the Delegation of the United States*, 07.06.2012, DAF/COMP/WD (2012) 27, s. 3, para. 7.

kesin tespitini aramasa dahi davacı tarafından kabaca ortaya konması gerektiğini de kabul etmektedir[292]. Pazar Kılavuzu da piyasa tanımlamanın ihtiyari niteliğine değinmektedir. Bu düzenleme gereğince incelemeye konu işlemin yapılacak tüm alternatif ürün ve coğrafi piyasa tanımları yönünden rekabet endişesi yaratmadığı veya aksine tüm bu tanımlar yönünden rekabeti bozucu bir etkinin mevcut olduğu hallerde Türk rekabet hukuku uygulamasında da piyasanın tanımlanması zorunlu değildir[293].

İlgili piyasanın doğru tespit edilmesinin taşıdığı öneme karşın rekabet kanunlarında tanımlanmamasının yaratabileceği belirsizliği bertaraf etmek adına bu süreçte dikkat edilmesi gereken hususların farklı rekabet hukuku sistemlerinde bildiri ve kılavuzlar aracılığıyla düzenlendiği görülmektedir. AB Komisyonu tarafından ilgili pazarın tanımlanması hakkında yayınlanan 1997 tarihli Bildiri (*Commission Notice On The Definition Of Relevant Market For The Purposes Of Community Competition Law*), 2008 yılında Kurul tarafından yayınlanan "*İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*" (Pazar Kılavuzu) ile DOJ ve FTC tarafından yayınlanan 2010 tarihli "*Yatay Birleşme Kılavuzu*" (*Horizontal Mergers Guideline*) bu düzenlemelere birer örnektir[294]. İlgili piyasanın tanımlanması aşamasında görülenfarklara rağmen tüm bu düzenlemelerde ilgili piyasanın "ilgili coğrafi piyasa (*relevant geographic market*)" ve "ilgili ürün piyasası (*relevant product market*)" olmak üzere iki boyutlu bir

---

292 *Republic Tobacco Co. v. North Atlantic Trading Co. Inc*, 381 F.3d 717, 737. Bkz. **OECD**, *Note*, s. 4.

293 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 203; **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 5, para. 20. Rekabet Kurulu, kurumsal krediler alanında faaliyet gösteren 13 bankanın kredi koşullarına ilişkin geleceğe dönük, rekabete duyarlı bilgileri paylaşmak suretiyle RKHK'nın 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine verdiği kararda ilgili piyasayı geniş veya dar tanımlamanın teşebbüsler üzerinde herhangi bir etki yaratmayacağı ve ihlalin niteliğini değiştirmeyeceği gerekçesiyle ilgili ürün piyasasını tanımlamaya gerek görülmediğini belirtmiştir. Bkz. 28.11.2017 tarih, 17-39/ 636-276 sayılı Kurul kararı.

294 **European Commission**, *Commission Notice On The Definition Of Relevant Market For The Purposes Of Community Competition Law*, OJ C 372, 09.12.1997, s. 5-13. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1548681921876&uri=CELEX:31997Y1209(01);**Rekabet Kurumu**, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*, 10.01.2008 tarih 08-04/56-M sayılı karar. Bkz. https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/ilgili-pazarin-tanimlanmasina-iliskin-kilavuz1.pdf ;U.S. Department of Justice (**DOJ**)/ Federal Trade Commission (**FTC**), *Horizontal Merger Guidelines*.Bkz. https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf. Hemen belirtmek gerekir ki ilgili piyasa kavramının tanımlandığı ve nasıl tespit edileceğinin aktarıldığı Yatay Birleşme Kılavuzu, ABD'de ilk kez 1968 yılında yayınlanmıştır. Bu kılavuzdan yıllar sonra AB Komisyonu şeffaflık politikasının bir yansıması olarak ilgili piyasa kavramının nasıl uygulandığını açıklamak amacıyla bir bildiri yayınlamayı tercih etmiştir. Bkz. **Çetinkaya**, s. 13.

değerlendirmeye tabi tutulması dikkat çekmektedir[295]. AB Komisyonu tarafından yayınlanan bildiride ilgili piyasanın ürün ve coğrafi boyutu ile tespit edilmesinin amacı "*ilgili teşebbüslerin davranışlarını kısıtlayabilecek ve etkin rekabet baskısından bağımsız davranmalarını engelleyebilecek gerçek rakiplerini belirlemek*" şeklinde ifade edilmektedir[296]. Sonrasında ilgili coğrafi piyasa ve ilgili ürün piyasası kavramları ayrı ayrı tanımlanarak bu piyasaların tespitinde göz önünde bulundurulacak unsurlara yer verilmektedir. Ancak AB uygulamasına paralel biçimde Kurul tarafından 2008 yılında yayınlanan Pazar Kılavuzu'nda, Komisyon bildirisinden farklı olarak piyasaların tanımlanması tercih edilmemekte; o dönem yürürlükte bulunan tebliğ ve kılavuzlara atıfta bulunulması ile yetinilmektedir. Bu nedenle "*ilgili coğrafi pazar*" ve "*ilgili ürün pazarı*" kavramlarının tanımlanması esnasında çalışmamızda da benzer bir usulün izlenmesi ve Türk rekabet hukuku uygulamasına ışık tutması açısından Kurul'un güncel tebliğ veya kılavuzlarında öngörülen tanımların aktarılması kanaatimizce uygundur.

İlgili coğrafi piyasa kavramı, Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da "*teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgeler*" şeklinde tanımlanmaktadır[297]. İlgili coğrafi piyasanın tespitinde göz önünde bulundurulan unsurlar; ürünün fiziksel özelliklerine bağlı olarak iklim koşulları, taşıma maliyetleri, dağıtım ağının etkinliği, tüketici tercihleri ve gelenekleri gibi faktörlerdir[298]. AB ve Amerikan rekabet hukuku uygulamasında da bu piyasanın tespiti aşamasında

---

295 Düzenlemelerde yer almamakla birlikte bazı yazarlar ilgili piyasanın tespitinde esas alınacak bir diğer piyasa türü olarak "dönemsel piyasa" kavramına da çalışmalarında yer vermektedir. Dönemsel piyasa; incelemeye konu ürün piyasasının belirli dönemlerde rekabet koşulları açısından önemli farklılıklar göstermesi ve bu nedenle ilgili piyasanın söz konusu dönemle sınırlı olması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda diğer koşulların yanında söz konusu mal ve hizmetlerin (dondurma, yaz veya kış turizmi, festival gibi) yoğun olarak arz edildikleri mevsim ya da dönem de ilgili piyasanın tespitinde dikkate alınacaktır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 108; **Çetinkaya**, s. 6; **Günay**, s. 84; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 251; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 159.

296 **Commission**, *The Definition Of Relevant Market*, para. 2.

297 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 20, para. 62.

298 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 155; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 157; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 89.

benzer kriterlerin uygulandığı görülmektedir[299]. Her bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği piyasanın en dar anlamda ilgili coğrafi piyasayı oluşturması esas olmakla birlikte ürünün ülkenin tamamında satıldığı ve nakliye masraflarının düşük olduğu hallerde bu piyasanın tüm ülkeyi kapsadığı kabul edilmektedir[300]. Ancak ilgili coğrafi piyasanın yalnız teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölge ile sınırlanması doğru değildir. Teşebbüslerin fiilen faaliyet gösterip göstermediğine bakılmaksızın farklı bölgelerin aynı coğrafi piyasa kapsamında kabulü için bu bölgelerde rekabet koşullarının benzer olması, fiyat yeknesaklığını engelleyen iktisadi zorlukların görülmemesi yeterlidir[301]. Bu bölgeler içerisinde faaliyet göstermeseler dahi herhangi bir engelle karşılaşmadan piyasaya girebilmeleri halinde potansiyel rakip konumundaki teşebbüslerin de aynı coğrafi piyasa içerisinde değerlendirilmesi mümkündür[302]. Dolayısıyla ilgili coğrafi pazar bir ülkenin tamamı veya belirli bir bölümü olarak belirlenebileceği gibi günümüzdeki teknolojik gelişmeler ve özellikle alışverişte hızla artan internet kullanımı sonucu birkaç ülke hatta dünya olarak belirlenebilmektedir[303].

Aynı coğrafi piyasada faaliyet gösterseler de farklı mal veya hizmetler üreten teşebbüsler birbirinin rakibi olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle uygulamada

---

299 **Akıncı**, s. 202. Ancak Aslan'a göre ilgili piyasanın tespiti açısından Türk rekabet hukuku uygulamasının Avrupa ve Amerika düzeyine gelebilmesi için Kurul kararlarında ekonomik analizlere de yer verilmesi gerekmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 155.

300 Nakliye giderlerinin yarattığı maliyet farkının teşebbüslerin faaliyet gösterdiği coğrafi piyasanın tespitindeki etkisi ilk kez *United States v. Addyston Pipe and Steel Co.* davasında değerlendirilmiştir. Bkz. *United States v. Addyston Steel and Pipe Co*., 85 F. 271 (1898); **Akıncı**, s. 202. Topçuoğlu'na göre nakliye giderlerinin coğrafi piyasanın tespitinde önemli bir faktör olarak kabul edilmesi yönündeki yaklaşım isabetli değildir. Zira asıl rekabet bir teşebbüsün nakliye giderlerini göze alıp başka bir teşebbüsün faaliyet bölgesine girmesi halinde başlayacaktır. Aksi bir durum rekabetin yalnız aynı bölgede (şehirde) faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkilere özgülenmesi gibi rekabet hukukunun amacı ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 158.

301 **Akıncı**, s. 203; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 158."*Örneğin, bir ürünün önemli orandaki müşterileri, aynı ürünü başka bir bölgedeki satıcıdan aynı veya yakın fiyatlarla temin edebiliyorlarsa, bu durumda ilgili ürünün coğrafi piyasası, diğer bölgeyi de kapsamı içine alır.*" Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 250. "*İlgili coğrafi piyasa araştırması yapılırken fiilen faaliyette bulunulan yer kadar arz ve talep bakımından ikame yerler de göz önüne alınmalıdır.*" Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 221.

302 Birbirine uzak bölgelerdeki teşebbüslerin aynı coğrafi piyasada faaliyet gösterebilmesinin önündeki engeller ulaşım, iklim, dağıtım gibi fiili engellerin yanı sıra hukuki engeller şeklinde de ortaya çıkabilmektedir. Bu tür engellerin bulunmadığı durumlarda teşebbüslerin aynı coğrafi piyasada yer aldığı kabul edilebilmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 282, dn. 51; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 158.

303 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 122; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 153; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 157. İlgili coğrafi piyasanın ülke sınırlardan daha geniş belirlenmesine karar verilirken o ülkenin ithalat verileri ve dış ticaret politikası yol gösterici olabilmektedir. Bu nedenle çoğu rekabet otoritesi ithalatı da coğrafi piyasanın tespitinde bir aşama olarak dikkate almaktadır. Bkz. **Özkul**, s. 12.

ilgili piyasanın belirlenebilmesi için geçilmesi gereken ilk ve en önemli aşama ilgili coğrafi piyasadan ziyade ilgili ürün piyasasının tespiti olmaktadır[304]. Komisyon Bildirisi'nin 7. maddesi kapsamında ilgili ürün piyasası "*tüketici açısından nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir ve değiştirilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasa*" biçiminde tanımlanmaktadır. 2002/2 sayılı Kurul Tebliğinin 3. maddesinin (c) bendinden hareketle teşebbüsler arası anlaşmalar yönünden ilgili ürün piyasası ise "*anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsayan piyasa*" olarak tanımlanabilmektedir[305]. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere AB ve Türk rekabet hukukunda ilgili ürün piyasası; ikame edilebilirlik (*substitutability*) ile değiştirilebilirlik (*interchangeability*) unsurları üzerine kurulmaktadır[306]. Nitekim Pazar Kılavuzu kapsamında da ilgili ürün piyasası tespit edilirken öncelikle mevcut bilgilere veya olayın tarafı olan teşebbüslerin sunduğu bilgilere dayanılarak olası ilgili piyasalara dair bir ön görüş oluşturulması ve bu görüşte alternatif ürünlerin birbirinin ikamesi olup olmadığının belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır[307]. Bu açıdan değerlendirildiğinde aralarında aleni bir benzerlik olan ya da aynı kullanım amacına sahip mal veya hizmetler yönünden ilgili ürün piyasasının tespiti sorun teşkil etmemektedir. Ancak aralarında aleni bir benzerlik olmamasına karşın birbirlerinin yerine kullanılabilen (ikame edilebilir) mal veya hizmetlerin varlığı halinde piyasanın tespiti zorluk teşkil

---

304 **Çetinkaya**, s. 4; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 247; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 154.

305 Kanunun "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesinde de yer verilen "*mal veya hizmet piyasaları*" ibaresi ile ilgili piyasanın tespitinde hem mal hem de hizmetlerin ürün olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bkz. **Çetinkaya**, s. 14. İlgili ürün piyasanın tespitine esas teşkil eden mal ve hizmet kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ise RKHK'nın 3. maddesinde açıklanmaktadır. Buna göre mal kavramı, "*ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşyayı*" ifade ederken hizmet kavramı ise "*bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetleri*" ifade etmektedir. Öte yandan piyasa kavramının genel kabul gören kategorik ayrımının aksine kanunda "*faktör piyasası*" kavramına değinilmeksizin yalnız mal ve hizmet piyasası ayrımına yer verilmesi eleştirilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 308; **Badur**, Anlaşmalar, s. 80; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 161, dn. 110. Ancak kanun metninde açıkça zikredilmese de madde gerekçesinde hizmet piyasası kavramının en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para, kredi, sermaye, bilgi vs. unsurları da içerdiği belirtilerek para ve sermaye piyasaları da kanun kapsamında sayılmaktadır.

306 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 106; **Günay**, s. 76; **Tekinalp**/ **Tekinalp**, s. 438.

307 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 164; **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 4, para. 17.

etmekte ve bir takım ekonomik kriterlere başvurulmasını gerektirmektedir[308]. Gerek AB gerekse Türk rekabet hukuku uygulamasında kullanılan bu kriterleri "talep esnekliği (*elasticity of demand*)" ve "arz esnekliği (*elasticity of supply*)" olmak üzere iki başlık altında toplamak mümkündür[309]. Bu sayede bir mal veya hizmetin hem tüketici tercihleri hem de üretim süreci bakımından diğer mal veya hizmetlerle ikame edilebilirliği değerlendirilmektedir.

Talep esnekliği veya bir başka ifadeyle talep ikamesi, incelemeye konu ürünün fiyatında meydana gelen küçük ama kalıcı bir artış karşısında tüketicinin aynı ihtiyacı karşılamak adına yöneldiği ürünlerin belirlenmesi esasına dayanmaktadır[310]. Bu aşamada tüketici tarafından kullanım amacı[311], fiyatı, teknik ve fiziksel özellikleri[312] gibi yönlerden birbirine tercih edilebilir ürünler aynı ürün piyasasında kabul edilmektedir[313]. İncelemeye konu ürünün fiyatındaki değişim sonucu üreteci teşebbüsün

---

308 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 106; **Akıncı**, s. 204; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 166; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 278; **Sirel**, Esen, "Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ekonomik Analiz", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Nisan 2001, s. 29-61, s. 34; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 155.

309 Komisyon Bildirisi ve Pazar Kılavuzu'nda bu konuda talep ikamesi, arz ikamesi ve potansiyel rekabet olmak üzere üç kriterden söz edilmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 107; **Günay**, s. 79; **Şenyücel/Aktaş**, s. 52. Ancak Komisyon Bildirisi ve Pazar Kılavuzu'nda arz ikamesi kadar çabuk sonuç vermediğinden potansiyel rekabetin piyasa tanımı yapılırken dikkate alınmadığı açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle arz ikamesiyle ilişkili olan potansiyel rekabet kriterinin çalışmamızda ayrıca incelenmesine de gerek duyulmamaktadır. Bkz. **Comission**, *The Definition Of Relevant Market*, m. 24; **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 4, para. 16. Kurulun ilgili ürün piyasasının tespiti sürecinde talep esnekliği ve arz esnekliği değerlendirmelerinin dikkate alınacağını ifade eden Adıyaman/ LPG kararı için bkz. 26.11.1998 tarih, 93/750-159 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 166.

310 **Günay**, s. 79; **Şenyücel/Aktaş**, s. 53. Talep ikamesinin tespitinde en etkili yöntemin bir malın fiyatındaki değişimin, diğer malın satışına olan etkisi şeklinde ifade edilen "*çapraz fiyat esnekliği*" olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre aralarındaki çapraz fiyat esnekliği yüksek olan ürünler aynı ürün piyasasında yer alırlar. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 106; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 248.

311 İlgili ürün piyasasının tespitinde kullanım amacı kriteri açık bir biçimde ilk kez Du Pont davasında ön plana çıkmıştır. Bu karar ABD'de ilk kez 1968'de yayınlanan Birleşme Rehberi'nde tüketici açısından aynı kullanma amacı kriterinin benimsenmesine de neden olmuştur. Bkz. *United States v. E.I. Du Pont de Nemours and Co*., 351 US 390 (1956); **Akıncı**, s. 205; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 156.

312 Divan *Chiquita Bananas* davasında muzun yumuşak ve çekirdeksiz olması, tadı gibi özellikleri dolayısıyla çocuk ve yaşlılar için vazgeçilmez olduğunu belirterek onun diğer taze meyvelerden ayrı bir ürün piyasası olduğuna karar vermiştir. Bkz. *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission*, Case 27/76, 14.02.1978, 1978 ECR 273; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 109; **Çetinkaya**, s. 51; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 279, dn. 39; **Tekinalp**/ **Tekinalp**, s. 443.

313 Talep ikamesi analizinde dikkate alınması gereken faktörlerden biri de markalaşmadır. Bilhassa çanta, saat gibi markalaşmanın yoğun olduğu sektörler açısından bu husus mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Zira marka etkisi benzer ürünlerin tüketici nezdinde farklı değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 109; **AşçıoğluÖz**, Hakim Durum, s. 95; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 280, dn. 41. Kurul; Erbak-Uludağ Meşrubat A.Ş.'nin, Uludağ Maden Suları Türk Ltd. Şti. ve Bursa Uludağ Meşrubat A.Ş. teşebbüslerini devralması ile ilgili yapılan menfi tespit başvurusu üzerine verdiği kararda gazlı alkolsüz içeceklerde markalaşma faktörünün önemine dikkat

kârlılığını düşürebilecek az sayıda tüketicinin tercihini diğer ürün yönünde kullanması; diğer ürünün de piyasa tanımına katılması için yeterlidir[314]. Örneğin kaymaksız yoğurt fiyatlarındaki küçük ama kalıcı bir artışın belirli miktarda tüketiciyi süzme yoğurt kullanımına yönlendirmesi halinde bu iki ürün aynı piyasada nitelendirilebilecektir[315]. İlgili ürün piyasasının tespitinde ikame edilebilirlik yalnız tüketicilerin talepleri değil teşebbüslerin üretim imkanları (arz) yönünden de değerlendirilebilmektedir[316]. Üretici konumundaki bir teşebbüsün fiyatlarda meydana gelecek küçük ama kalıcı artışlar karşısında büyük zorluklara katlanmaksızın mevcut üretim imkanlarını diğer bir ürünün üretimine kaydırabilmesi ve bu ürünü pazarlayabilmesi halinde bu iki ürünün ikame edilebilir olduğu kabul edilmektedir[317]. Arz esnekliği veya ikamesi olarak ifade edilen bu durum esasen potansiyel rekabete ilişkin olup az bir masrafla aynı ürünü üretebilecek potansiyel rakip konumundaki bu teşebbüslerin de ilgili ürün piyasasının tespitinde dikkate alınması gerekebilmektedir[318]. Ancak para veya zaman kaybı olmasa dahi bir teşebbüs üretim ve pazarlama süreçlerinde uzmanlaşmak suretiyle üzerinden kâr etmeye

---

çekmiş ve diğer ticari içeceklerden ayrı bir ilgili ürün piyasası tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. 03.03.1999 tarih, 99-12/93-35 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 168.

314 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 109; **Akıncı**, s. 204; **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 3, para. 10; **Sirel**, s. 34.

315 A ve B ürünlerinin talep ikamesi analizi yapılırken önemli olan A ürününün fiyatındaki artış karşısında yeterli sayıda tüketicinin B ürününe yönelip yönelmediğidir. Eğer bu yönelim gerçekleşirse iki ürünün aynı piyasada olduğu kabul edilmekte ve bu süreç tüketicinin fiyat artışına rağmen tercihlerini değiştirmeyeceği noktaya kadar piyasadaki diğer ürünlerin de bu analize eklenmesiyle devam ettirilmektedir. Bkz. **Şenyücel/Aktaş**, s. 53.Pazar Kılavuzu'nda bu duruma iki meşrubat üreticisi teşebbüs arasındaki birleşme nedeniyle değişik tattaki meşrubatların aynı piyasada olup olmadığı yönünde yapılacak bir analiz örnek gösterilmiştir. Bkz. **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 3, para. 11. Arı ise talep ikamesi analizine süt ve meyveli süt ikamesini örnek göstererek yola çıkmış ve ilk ürün ile son ürün ikame özelliği taşıyorsa aradaki ürünlerin aynı piyasada kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 110. Aynı yönde bkz. **Sirel**, s. 44.

316 Arz ikamesinin önemine ilk kez ABD'de Yüksek Mahkeme, *Brown Shoe* kararında değinmiştir. Bkz. *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 US 294 (1962); **Akıncı**, s. 207. AB hukukunda ise ilgili ürün piyasasının tespiti esnasında talep ikamesinin yanı sıra arz ikamesinin de göz önünde bulundurulması *Continental Can* davası ile başlamıştır. Bkz. *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. Commission*, Case 6/72, 1973 ECR 215; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 249; **Çetinkaya**, s. 74.

317 **RK**, Pazar Kılavuzu, s. 3, para. 13; **Günay**, s. 80; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 248;**Şenyücel/Aktaş**, s. 53.

318 **Akıncı**, s. 208; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 111; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 166; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 249; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 157. Çetinkaya, arz ikamesi ile potansiyel rekabet kavramı arasında üretimini değiştiren teşebbüsün katlanacağı maliyetlerin niteliği bakımından bir farklılık, bir derecelendirme problemi olduğunu belirtmektedir. Çetinkaya'ya göre "v*arolan sermaye yapısıyla bir üründen başka bir ürünün üretimine ve satışına geçmek mümkünse, bu durumda arz ikamesinden söz etmek daha doğru olacaktır. Üretimi değiştirme maliyeti, belirli bir sermaye yatırımı gerektiriyorsa ya da yeni üretim şekli herhangi bir biçimde batık maliyetler içeriyorsa, bu durumun da potansiyel rekabet olarak değerlendirilmesi gerekir*." Bkz. **Çetinkaya**, s. 53.

devam ettiği bir ürünü üretmekten kolay vazgeçmeyecektir[319]. O halde bir ürünün arz yönünden ikame edilebilir olması üretimin hemen gerçekleşeceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle ilgili ürün piyasasının tespiti için yapılan değerlendirmelerde talep ikamesine nazaran arz ikamesi kriteri kullanımının ikincil nitelikte olduğu görülmektedir[320]. Son olarak belirtmek gerekir ki her iki ikame durumu için de önemli olan ikamenin kısa sürede gerçekleşmesidir. Zira uzun süreli ikameler ilgili ürün piyasasının tespiti aşamasında dikkate alınmamaktadır[321].

İlgili piyasa kavramı ve tespitine yönelik yapılan tüm bu değerlendirmeler ışığında RKHK'nın 4. maddesinde yer verilen "*belirli bir mal veya hizmet piyasası*" ifadesi bir kez daha incelediğinde fark edileceği üzere piyasanın yalnız ilgili ürün boyutu vurgulanmaktadır. Ancak madde metnindeki bu eksiklik Kanunun 2. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde*" ibaresi ve yine 6. ile 7. maddelerindeki "*ülkenin tamamında veya bir bölümünde*" ibaresi aracılığıyla giderilebilmektedir[322]. Dolayısıyla belirli bir mal veya hizmet piyasasında gerçekleştirilen teşebbüsler arası anlaşmalar yönünden ilgili coğrafi piyasanın ülkenin tamamı ya da diğerlerinden ayrılabilen homojen piyasa yapısına sahip bir bölümü olarak belirlenebileceğine şüphe yoktur[323].

---

319 Teşebbüslerin böyle bir geçişi ancak üretilen üründen hiç veya yeterli kar etmedikleri durumlarda görülecektir. Bkz. **Arı,** Zekeriyya, Danışıklılık, s. 112; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 167.

320 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 248; **Tekinalp**/ **Tekinalp**, s. 439. Bu yaklaşım yapılan değerlendirmelerde arz ikamesinin dikkate alınmadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim talep ve arz ikamesi kriterlerinin birlikte veya ayrı ayrı kullanıldığı Komisyon ve Kurul kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin *Chiquita Bananas* kararında Komisyon, muzun tüketici nezdinde tercih edilmesini sağlayan özelliklerinin yanı sıra üretim farklılığını da değerlendirerek ilgili ürün piyasasını belirlemiştir. Karar için bkz. §6/I/A/1/dn. 290. Komisyon'un arz ikamesini araştırdığı benzer kararlar için bkz. *Tetra Pak/Alfa-Laval*, 91/535/EEC, OJ L290, 22.10.1991, p. 35-43; *Nestle/Perrier*, 92/553/EEC, OJ L 356, 05.12.1992, p. 1-31; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 167; **Çetinkaya**, s. 33. Talep ve arz ikamesi kriterlerinin birlikte kullanıldığı son dönem Kurul kararları için ise bkz. 19.09.2018 tarih, 18-33/555-273 sayılı Google LLC; 01.10.2018 tarih, 18-36/584-285 sayılı Sahibinden A.Ş. Kararı.

321 Kurul, doğalgaz ve fuel oil'in yakma sisteminin kömürden farklı olması nedeniyle kısa dönemde kömürle ikame edilemeyeceklerine dikkat çekerek bu ürünlerin kömürden farklı pazarlar olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz. 06.04.2001 tarih, 01-17/ 150-39 sayılı BELKO Kararı; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 109; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 203; **Sirel**, 36.

322 Aslan, madde metnindeki bu eksikliğin giderilmesi adına madde başında yer alan "belirli bir mal veya hizmet piyasası" ifadesi yerine "*Türkiye'de veya homojen pazar yapısına sahip bir bölümünde*" ibaresinin eklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 307.

323 Kurul birçok kararında ilgili coğrafi piyasayı Türkiye olarak belirlemektedir. Ancak incelemeye konu işlemin niteliği ile gerçekleştiği sektörün yapısına göre belirlenen ilgili ürün piyasasına bağlı

2. Rekabetin Engellenmesi, Bozulması ya da Kısıtlanması

Teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırı niteliğinin tespiti noktasında üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da RKHK'nın 4. maddesinde kullanılan "*rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması*" kavramlarıdır. Zira rekabet hukuku kaynaklı bir tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için ilgili anlaşmanın rekabeti engellemesi, bozması ya da kısıtlaması gerektiği Kanunun "*Tazminat Hakkı*" başlıklı 57. maddesinde bir kez daha tekrarlanan "*her kim bu Kanuna aykırı olan ... anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa*" ifadeleriyle de açıkça belirtilmektedir.

Amerika ve Avrupa Birliği'nin aksine Türk rekabet hukuku yönünden kanun koyucu rekabet kavramını tanımlamayı tercih etmiştir. Kanunun 3. maddesinde yer verilen bu tanıma göre rekabet kavramı "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı*" ifade etmektedir[324]. Dolayısıyla rekabetten söz edebilmek için teşebbüslerin faaliyet gösterdikleri mal veya hizmet piyasaları yönünden pazar politikalarını belirleyecek ekonomik kararlarını özgürce alabilmelerini sağlayan bir yarış ortamının varlığı aranmaktadır[325]. Böyle bir ortamın yaratılması ve korunması ise çoğunlukla menfaatleri

---

olarak çeşitli alt pazarların tanımlanması ve coğrafi piyasanın da farklı belirlenmesi mümkündür. Bu duruma en güzel örneklerden biri Kurul'un yakın tarihli kararlarından olan ENERJİSA kararıdır. Kararda elektrik piyasasının yapısı gereğince ilgili ürün piyasası yönünden elektrik dağıtım ve perakende satış hizmeti olmak üzere ikili bir inceleme yöntemi belirlenmiş; perakende satış piyasasında ise serbest olmayan tüketici piyasası ile serbest tüketici piyasası ayrımı yapılmıştır. Serbest tüketici piyasasının da kendi içinde iletim ve dağıtım seviyesinden sisteme bağlı olan sanayi müşterilerine yapılan elektrik perakende satış ile ticarethane ve mesken müşterilerine yapılan elektrik perakende satış şeklinde dört alt piyasaya ayrıldığı tespit edilmiştir. Yapılan her bir ilgili ürün piyasası tanımına dayanarak bağımsız ve dar kapsamlı ilgili coğrafi piyasalar tanımlanmıştır. Bu tanımlarda yirmi bir dağıtım bölgesi içerisinde dosya kapsamındaki teşebbüslerin münhasıran yetkili olduğu bölgeler dikkate alınmıştır. Bkz. 08.08.2018 tarih, 18-27/461-224 sayılı Kurul kararı.

[324] Kanun gerekçesinde rekabet kavramının genel olarak "*piyasa ekonomilerinde kar, satış miktarı ve pazar payı belirli iktisadi hedeflere ulaşmak amacıyla ekonomik birimler arasında ortaya çıkan bir yarış veya karşıtlık şeklindeki ilişkiler süreci*" şeklinde tanımlandığını da belirtmektedir. Ancak kanun koyucu tarafından kanun metninde yapılan tanım doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden bazıları ve farklı rekabet tanımları için bkz. **Akıncı**, s. 4; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 124; **Badur**, Anlaşmalar, s. 5; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 5; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 6.

[325] Topçuoğlu, kanun koyucu tarafından yapılan bu tanımda yer alan "*özgürce karar verme*" ibaresinin rekabetin değil; teşebbüs olabilmenin bir unsuru olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s.

çatışan teşebbüslerin, gerek kendi gerek rakiplerinin özgürlüklerini sınırlamak suretiyle rekabet adı verilen yarışı olumsuz etkilemelerinin önüne geçilmesi ile mümkündür[326]. ABİDA'nın 101. ve RKHK'nın 4. maddesi ile teşebbüsler arası anlaşmalar yönünden önüne geçilmesi amaçlanan bu olumsuz etkiler; rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması şeklinde belirlenmiştir. Rekabetin her tür olumsuz etkiden uzak tutulmasının önemine binaen her iki düzenlemede de bu kavramlar tek tek zikredilmesine rağmen bu kavramlar arasında hukuka aykırılık ve sonuçları bakımından ayrım yapılmamıştır. Dolayısıyla uygulamada rekabet ihlalinin bu durumlardan hangisi vasıtasıyla gerçekleştirildiğinin tespiti şart olmadığı gibi bu kavramların birbiri yerine kullanılmasında da sakınca yoktur[327]. Ancak doktrinde engellenme, bozulma ve kısıtlanma kavramları arasında birbirinden keskin çizgelerle ayrılması kolay olmayan niceliksel farkların olduğu da kabul edilmektedir. Buna göre rekabetin engellenmesi, piyasadaki rekabetin ortadan kaldırılmasını; rekabetin bozulması, eşit durumdaki rakip teşebbüsler arasında yaşanan rekabete müdahale edilmesini ifade ederken rekabetin kısıtlanması kavramı ise diğerleri ile kıyaslandığında daha hafif etkileri de içeren geniş kapsamlı bir tabirdir[328]. Nitekim ABİDA ve RKHK'nın aksine Sherman Yasası'nda da

---

6. Ancak Aslan, bu ibarenin teşebbüs tanımındaki "*bağımsız karar verebilen*" ifadesinden farklı bir anlam içerdiğini savunarak Topçuoğlu'nun görüşüne karşı çıkmıştır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 17. Kanaatimizce bu iki kavram birbirini tamamlar niteliktedir. Zira bir teşebbüsün eylem ve işlemlerinden rekabet hukuku nezdinde sorumlu tutulabilmesi diğer bir ifadeyle rekabet hukukunda bir süje olarak varlığı için ekonomik kararlarını bağımsız bir şekilde verebiliyor olması zorunludur. Dolayısıyla teşebbüslerin hem yarışa dahil olabilmeleri hem de yarışın içinde kalabilmeleri için özgürce karar verebilecekleri bir ortamın kendilerine sağlanması gerekmektedir.

326 Hiçbir düzenleme yapılmaksızın teşebbüslerin tamamen özgür kılınması halinde piyasadaki rekabet yerini tekelleşmeye bırakacak ve sistem kendini yok edecektir. Bkz.**Badur**, Anlaşmalar, s. 7; **Günay**, s. 29; **İkizler**, s. 159. RKHK'nın genel gerekçesinde ülkemizde var olan ekonomik sistemin piyasa ekonomisi olduğu belirtilmiştir. Piyasa ekonomisinde piyasalar merkezi bir otorite tarafından yönlendirilmemekte temel ekonomik fonksiyonlar piyasalarda gerçekleşerek piyasanın kendi iç dinamikleri tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle serbest rekabet, piyasanın işlerliğinin sağlanması ve korunması açısından merkezi bir unsurdur. Serbest rekabetin sağlanması da rekabet hukukunun genel amaçlarındandır. Nitekim rekabet kanunlarının amacının da "*oligopolcü teşebbüslerin kartel oluşturmalarının ya da birleşerek tekel gücü elde etmelerinin veya elde etmeye çalışmalarının önlenmesi*" olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 30.

327 **Akıncı**, s. 188; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 125; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 81; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 72; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 90; **Şahin**, s. 150; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 45.

328 Doktrinde teşebbüslerin boykot benzeri davranışlarla piyasa dışına itilmesi veya piyasaya yeni girişlerin engellenmesi gibi durumlar rekabetin engellenmesine; ayrımcılık teşkil eden tek yanlı davranışların ise rekabetin bozulmasına örnek gösterilirken rekabetin kısıtlanması kavramı bu

tüm bu kavramlar yerine "*ticaretin kısıtlanması*" kavramına yer verilmekte olup bu kavramın rekabetin kısıtlanması anlamı taşıdığına dair görüş birliği bulunmaktadır[329].

ABİDA'nın mehaz 101. maddesinden farklı olarak RKHK'nın 4. maddesinde rekabetin "*doğrudan veya dolaylı olarak*" kısıtlanması haline de yer verilmektedir. Gerçekten de teşebbüsler arası bir anlaşmanın hukuka aykırı kabul edilmesi için yalnız bu anlaşmanın tarafları arasındaki rekabetin kısıtlanması zorunlu değildir. Yapılan anlaşma sonucu taraflardan biri ile anlaşmanın tarafı olmayan üçüncü bir teşebbüs arasındaki rekabetin kısıtlanması halinde de bu anlaşmanın yasaklanması olasıdır[330]. Teşebbüsler arası bir anlaşmanın rekabet üzerindeki dolaylı etkisine en iyi örneklerden biri çalışmamızın önceki bölümlerinde de ele alınan anlaşma niteliğindeki tek yanlı davranışlardır[331]. Bu bölümde değinilen Komisyon kararlarından da hatırlanacağı üzere rekabetin doğrudan ya da dolaylı kısıtlanmasından bahsetmese dahi ABİDA'nın 101. maddesi rekabeti yalnız doğrudan değil dolaylı olarak etkileyen anlaşmalara da uygulanmaktadır[332]. O halde 4054 sayılı RKHK'da bu ayrımdan açıkça bahsedilmesinin özel bir önemi yoktur[333]. Zira kanunun uygulanması bakımından rekabetin doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlanması arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırı niteliğinin tespitinde rekabetin engellenmesi, bozulması ya da kısıtlanması kavramları arasında yapılan ayrımın tazminat sorumluluğu bakımından da önem teşkil etmediği sonucuna ulaşılabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda teşebbüsler arası anlaşmaların

---

ifadelere nazaran daha geniş kapsamlı bir ifade biçimi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 118; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 91; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 143; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 46.

329 **Akıncı**, s. 187; **Canbolat**, s. 63; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 28. Sherman Yasası'ndaki bu ifadenin de tıpkı rekabetin kısıtlanması gibi belirsiz bir ifade olduğu yönünde bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 96.

330 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 127;**Tekinalp**/ **Tekinalp**, s. 400; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 46.

331 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 163, dn. 132. Örneğin; üretici teşebbüsün, dağıtıcı teşebbüsle yaptığı anlaşmaya istinaden uygun nitelikli diğer teşebbüslere mal vermeyi reddetmesi halinde üretici teşebbüsün bu davranışı dışarıdan tek taraflı gibi görünmekteyse de kendilerine mal verilmeyen diğer teşebbüsler aslında arka planda varlığını sürdüren dağıtım anlaşmasından etkilenmektedir. Anlaşma niteliğindeki tek yanlı davranışlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §3/II/C/1.

332 *AEG*Kararı; *WEA -Filippachi Music SA*Kararı; *Ford and Ford Europe*Olayı, *Volkswagen*Kararı, 98/273/EC, O; *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v Commission* Olayı. Bkz. §3/II/C/1/dn. 211, 212.

333 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 126; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 91; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 46.

rekabet üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak yaratabileceği tüm olumsuz etkileri ifade etmek için yalnız "*rekabetin kısıtlanması*" kavramının kullanılması tercih edilmektedir.

3. Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç ve/veya Etki

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanabilmesi için rekabeti kısıtlayıcı bir amaç ve/veya etki taşıması zorunludur. Anlaşmaya uygulanacak idari yaptırımlar açısından rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etki birbirinin alternatifi konumundadır. Diğer bir ifadeyle teşebbüsler arası bir anlaşmanın idari bir yaptırımla karşılaşabilmesi için rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etki niteliklerinden yalnız birine sahip olması yeterlidir[334]. Ancak bu yaklaşım tazminat sorumluluğunun tespiti yönünden amaç ve etki kavramları arasında fark olmadığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla her bir durumun yansımalarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın hukuka aykırılık denetimi iki aşamalıdır. İncelemeye konu anlaşmanın amacının değerlendirilmesi denetimin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Bu aşamada açıkça rekabeti kısıtlama amacı taşıdığı tespit edilen anlaşmalar başka bir incelemeye gerek duyulmaksızın hukuka aykırı kabul edilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki amaç yönünden yapılan bu incelemede öncelikli olarak tarafların sübjektif niyetleri değil; anlaşmanın gerçekleştirildiği ekonomik ve hukuki koşullar nazara alındığında ortaya çıkan objektif amacı esas alınmaktadır[335]. ABAD, 2014 yılında verdiği *Groupement Des Cartes Bancaires* (*CB*) kararında; rekabeti

---

334 **Badur**, Anlaşmalar, s. 81; **Şahin**, Murat, s. 150; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 75. ATAD, *Société Technique Minière k. Maschinenbau Ulm* kararında anlaşmanın hukuka aykırılığının tespitinde amaç ve etki kavramlarının birbirinin alternatifi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Case 56/65, 30.06.1966, [1966] ECR 235, **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 66; **Vogelaar**, s. 46. Rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etkiye sahip anlaşmalar arasında hukuka aykırılık yönünden herhangi bir fark yoksa da kastın varlığı veya anlaşmanın etkilerini göstermiş olması rekabet otoriteleri tarafından verilecek cezanın tespitinde dikkate alınacaktır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 133; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 132.

335 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 286; **İkizler**, s. 162; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 104; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 133; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 77. Kurum tarafından yayınlanan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı amacının değerlendirilmesinde anlaşmanın içeriği, ulaşmaya çalıştığı hedefler ile yer aldığı iktisadi ve hukuki çerçevenin dikkate alınacağı; bu tespit için gerekli bir unsur olmasa da tarafların niyetinin de yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulabileceği belirtilmektedir. Bkz. **RK**, Yatay İşbirliği, s. 4, para. 18.

kısıtlayıcı amaç kavramının sınırlarının dar tutulması gerektiğini belirterek bu doğrultuda yapılacak incelemede anlaşmaların içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki koşulların dikkate alınacağını ancak piyasadaki aktüel veya potansiyel etkilerine bakılmaksızın sadece doğası gereği rekabeti olumsuz etkilediği sabit olan anlaşmaların bu kavram dahilinde değerlendirileceğini açıkça ifade etmektedir[336].

Anlaşmanın objektif amacı, borçlar hukukundaki yorum kuralları dikkate alınarak anlaşma hükümleri üzerinde yapılacak bir değerlendirme sonucu ortaya çıkarılabilmektedir[337]. Ancak yapılacak değerlendirmede anlaşmanın uygulanabilmesi için getirilen zorunlu yan sınırlamaları içeren hükümlerkonusunda dikkatli davranılmalıdır. Zorunlu yan sınırlamalar (*ancillary restraints*), anlaşmadaki asli edimin gerçekleşebilmesi için gerekli ve bu edim ile doğrudan ilgili rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki yan yükümlülüklerdir[338]. Asıl amacı rekabeti kısıtlamak olmayan anlaşmaların ihtiva ettiği bu tarz yükümlülükler nedeniyle yasaklanması, rekabet hukukunun serbest piyasa yapısını gözeten özelliği ile kıyaslandığında her zaman doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim Komisyon, amacı rekabeti kısıtlamak olmayan bir anlaşmanın asli edimi ile doğrudan ilişkili ve taraflar açısından objektif olarak zorunlu olan yan sınırlamaları, rekabeti gereğinden fazla kısıtlamadıkları takdirde hukuka aykırı olarak değerlendirmemektedir[339]. Zorunlu yan sınırlamaların yalnız Kanunun 7.

---

336 ABAD'ın bu kararı ile rekabeti kısıtlayıcı amaç kavramının tespiti için dört etaptan oluşan bir sistem oluşturulmuş ve bu kavram belirgin hale getirilmiştir. Bkz. *Groupement Des Cartes Bancaires (CB) v. Commission*, 11.09.2004, Case C-67/13 P; **Gürkaynak**, Gönenç/ **Yaşar**, Ayşe Gizem, "'Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç'ı Yeniden Değerlendirmek: 'Groupement Des Cartes Bancaires v. Commission' Kararı Işığında Yeni Bir Gün", Rekabet Dergisi, C. 16, S. 1, 2015, s. 41 - 103, s. 90.

337 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 130; **Canbolat**, s. 71; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 104.

338 Danıştay 13. Dairesi yan sınırlamalar kavramını "*bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan kısıtlamalar*" şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. 05.11.2010 tarih, 2007/13885 E. 2010/7567 K. sayılı karar; **Özşahin**, Ahmet Baybars, "Yan Sınırlama Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği ve Unsurları", GÜHFD, C. XX, Y. 2016, S. 3, s. 105 - 131, s. 108.

339 ABD'de ortaya çıkan "yan sınırlamalar doktrini (*ancillary restraints doctrine*)" AB'de de gerek ABAD gerek Komisyon tarafından hem yoğunlaşmalar hem ABİDA'nın teşebbüsler arası anlaşmalar için uygulanmaktadır. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 524; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 182, dn. 215. ABAD'ın bu konudaki ilk kararı *Remia and Nutricia* kararıdır. ABAD bu kararında taraflar arasında akdedilen devir sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı şartının süresi ve kapsamı itibarıyla makul sınırlar içinde kalması halinde hukuka aykırı değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Doktrinde bu konuya örnek gösterilen kararlardan biri de franchise sözleşmelerinin içerdiği rekabeti kısıtlayıcı

maddesinde düzenlenen birleşme ve devralmalar açısından ele alındığı Türk rekabet hukukunda aynı yaklaşımın Kurul kararları vasıtasıyla 4. madde bakımından da geliştirilmesi yerinde olacaktır[340]. Aksi halde asıl amacı rekabeti kısıtlamak olmayan pek çok anlaşma piyasadaki etkileri araştırılmaksızın yasaklanacaktır.

Aslen ekonomik bir olgu olan rekabetin kısıtlanması halinin tespiti, önemli ölçüde kaynak ve zaman ayrılarak detaylı bir takım ekonomik analizlerin yapılmasını gerektirmektedir[341]. Bu nedenle teşebbüsler arası anlaşmaların ilk aşamada amaç yönünden denetime tabi tutulması, usul ekonomisi doğrultusunda şekillenen bir tercihtir[342]. Geliştirilen bu iki aşamalı denetim modeli sayesinde rekabet otoritelerinin ekonomik analizlerin yaratacağı yükten büyük ölçüde kurtulması sağlanmaktadır[343]. Ancak rekabeti kısıtlayıcı amacın tespit edilemediği noktada ikinci aşamaya geçilmesi ve bu ekonomik analizler aracılığıyla anlaşmanın piyasa üzerindeki etkilerinin araştırılması zorunludur. Bu noktaya kadar ABİDA'nın 101. maddesi ile RKHK'nın 4. maddesinde öngörülen hukuka aykırılık denetimi paralel ilerlemektedir. Ancak Kanunun 4. maddesinde yer verdiği "... *amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar* ..." ibaresi ile ABİDA'nın 101. maddesini genişleterek rekabeti kısıtlama potansiyeli olan anlaşmaları da yasaklaması sonucu Türk rekabet hukukunda teşebbüsler arası anlaşmaların denetiminin

---

nitelikteki kayıtları değerlendiren *Pronuptia* kararıdır. İlgili kararlar için bkz. *Remia BV. and others v. Commission,* Case 42/84, 11.07. 1985, 1985 ECR 2545; *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Case 161/84, 28.01.1986, 1986 ECR 353; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 182, dn. 216; **Vogelaar**, s. 56; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 57. Avrupa Adalet Mahkemesi yakın tarihli bir kararında ise Roche ve Novartis arasında akdedilen lisanslama anlaşmasının ötesine geçen rekabet kısıtlamalarını amaç yönünden rekabete aykırı bulmuştur. Bkz. *F. Hoffmann-La Roche Ltd and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Case C - 179/16, 23.01.2018, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1551725166106&uri=CELEX:62016CJ0179.

340 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 131; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 61. Yan sınırlamalardan söz edebilmek için bir birleşme ve devralma işleminin bulunması gerektiği; yan sınırlamaların ise bu işlemlere bağlı ayrı bir anlaşma olduğu yönünde bkz. **Özşahin**, s. 113. Aynı yönde; **Erdem**, H. Ercüment, " Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s. 115 - 156, s. 119.

341 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 286; **Gürkaynak/Yaşar**, s. 46; **Hildebrand**, Doris, The Role Economic Analysis in the EC Competition Rules, Third Edition, Kluwer Law International, International Competition Law Series, 2009, s. 192; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 75.

342 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 286; **Gürkaynak/ Yaşar**, s. 46; **İkizler**, s. 161.

343 **Aslan**, Ece Fatma, "Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı", Rekabet Dergisi, C. 13 (3), 2012, s. 3 - 78, s. 11; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 286; **Gürkaynak/Yaşar**, s. 46.

üç aşamalı hale geldiğini söylemek mümkündür[344]. Kanundaki bu düzenleme doğrultusunda incelemeye konu anlaşmanın yalnız piyasa üzerindeki aktüel etkilerinin değerlendirilmesi ile yetinilmeyecek; potansiyel etkileri de analiz edilecektir[345]. RKHK'nın "*Kapsam*" başlıklı 2. maddesi uyarınca denetimi yapılacak anlaşmanın ülke sınırları içerisinde gerçekleştirilmiş olması şart olmayıp Türkiye'deki mal veya hizmet piyasalarını etkilemesi yeterlidir. Bu nedenle yabancı teşebbüsler arasında gerçekleştirilen anlaşmalar da etki analizine tabi tutulabilmektedir. Aktüel veya potansiyel etkinin değerlendirilmesinde ilk olarak ilgili piyasa tespit edilerek piyasanın yapısı, tarafların bu piyasa içindeki konumu ve payları ile bu anlaşmayı gerçekleştirmeselerdi piyasanın içinde bulunacağı muhtemel hal gibi hususlar dikkate alınmaktadır[346]. Ağırlıklı olarak tahminlere dayanması dolayısıyla hukuki belirlilikten uzaklaşan potansiyel etki incelemelerinde ise sağlıklı bir varsayımdan bahsedebilmek adına rekabeti kısıtlama ihtimalinin yakın gelecek için öngörülmesi gerekmektedir[347]. Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'da rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığı için "*anlaşmanın fiyat, üretim miktarı, ürün kalitesi, ürün çeşitliliği ya da inovasyon gibi pazardaki rekabet parametrelerinden en az biri üzerinde olumsuz etkisinin bulunması ya da makul bir olasılık dâhilinde böyle bir potansiyele sahip olması*" gerektiği belirtilmektedir.

---

344 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 285. ABİDA'nın 101. maddesinde anlaşmanın rekabet üzerindeki potansiyel etkisinin değerlendirileceğini değinilmemiştir. Ancak Komisyon tarafından yayınlanan ABİDA'nın 101(3). Maddesinin Uygulanması Hakkında Kılavuz'da anlaşmanın rekabet üzerindeki etkisinin aktüel ve potansiyel açıdan değerlendirileceği belirtilmektedir. Bkz. **European Commission**, *Guidelines on the Application of Article 81(3) of the Treaty*, OJ C101, 27.04.2004, s. 97-118, para. 24, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52004XC0427(07) .

345 **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 69; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 105; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 80.

346 **Badur**, Anlaşmalar, s. 82; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 105; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 81.

347 **Canbolat**, s. 72; **Hildebrand**, s. 203; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 105; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 82. Rekabet üzerindeki potansiyel etkinin belirlenmesi oldukça güçtür. Nitekim bu konuda Kurul tarafından verilen ancak geçen zamanın Kurul'u haklı çıkarmadığı kararlara da rastlamak mümkündür. Bkz. 18.09.2000 tarih, 00-35/393-220 sayılı TEB kararı veya Kurul tarafından yapılan potansiyel etki tespitinin geleceğe dair somut verilere dayanmayan spekülatif bir değerlendirme olduğu gerekçesiyle Ankara 3. İdare Mahkemesi tarafından iptal edilen 25.07.2002 tarih, 02-45/530-219 sayılı Reklamcılar Derneği kararı. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 296 vd.; Kurul tarafından verilen TEB kararının aynı yöndeki eleştirisi için bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 70.

Teşebbüsler arası anlaşma türleri göz önünde bulundurulduğunda yapısı gereği yatay anlaşmalar çoğunlukla amaç yönünden denetime tabi tutulmakta; etki analizi ise dikey anlaşmalar bakımından gündeme gelmektedir[348]. Ancak türüne ve uygulanıp uygulanmadığına bakılmaksızın rekabeti kısıtlayıcı amaç veya potansiyel etki taşıdığı tespit edilen her anlaşma hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanabilmektedir. Tazminat sorumluluğu söz konusu olduğunda ise bu yaklaşım geçerli değildir. Zira tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için anlaşmanın uygulanması ve bir zarar meydana getirmesi şarttır. Dolayısıyla yalnız rekabeti kısıtlama amacı veya potansiyeli taşıyan teşebbüsler arası anlaşmalar yönünden tazminat sorumluluğu doğmamaktadır[349].

B. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespiti İçin Uygulamada Geliştirilen Çeşitli Yaklaşımlar

Teşebbüsler arası anlaşmaların doğrudan ya da dolaylı olarak rekabeti kısıtlamaları veya böyle bir amaç taşımaları halinde tüm rekabet hukuku sistemlerinde hukuka aykırı kabul edilecekleri konusunda tereddüt yoktur. Ancak teşebbüsler arası anlaşmaların sergilediği karmaşık yapı karşısında rekabeti kısıtlama kavramının sınırlarının çizilmesi ve dolayısıyla bu anlaşmaların ne zaman hukuka aykırı kabul edileceğinin tespit edilmesi oldukça zordur. Bu zorluğu aşabilmek adına ABD ve AB rekabet hukuku uygulamasında geliştirilen belirli yaklaşımlardan yararlanılması mümkündür.

---

348 Rekabeti kısıtlama amacı bilhassa kartel anlaşmalarında görülecektir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 132; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 104. Kartel anlaşmaları için bkz. §4/II/A/2/a.

349 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 225; **Kesici**, s. 160; **Şahin**, Murat, s. 150. Aksi görüşte olan Yiğit, bu konuda katı düşünülmemesi gerektiğini belirterek rekabeti kısıtlayıcı amaç nedeniyle hukuka aykırı kabul edilen bir anlaşmanın herhangi bir zarar meydana getirmesi halinde etkisine bakılmaksızın tazminat sorumluluğu doğuracağını ifade etmiştir. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 213. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Herhangi bir etki doğurmayan böyle bir anlaşma sonucu ortaya çıkan zararın, rekabetin kısıtlanması nedeniyle oluştuğunu söylemek zordur. Dolayısıyla bu anlaşmanın doğuracağı haksız fiil sorumluluğu yönünden hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemektedir. Gürzumar ise tasarıdaki düzenlemede rekabet ihlalinden etkilenenlerin veya etkilenebilecek olanların bu ihlalin sona erdirilmesini ya da önlenmesini talep etme hakkına yer verilmesine dayanarak anlaşmanın rekabeti kısıtlama potansiyelinin dava hakkı bakımından hukuka aykırılık unsurunu gerçekleştireceğini düşünmektedir. Bkz. **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 150.

1. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespitinde *Per Se* ve *Rule of Reason* Yargısal Doktrinlerinin Rolü

Per Se ve *Rule of Reason* doktrinleri, Amerikan rekabet hukuku uygulamasında Sherman Yasası'nın birinci maddesinde yer alan "*ticaretin kısıtlanması*" kavramının yorumlanması aşamasında geliştirilen yargı içtihatlarının birer ürünüdür[350]. Amerika'da yargı içtihatları ile geliştirilen bu doktrinler sonraki süreçte Avrupa Birliği kanun koyucularını da etkilemiş ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yönünden benzer bir yaklaşımın yapılan yasal düzenlemelerde dikkate alınmasını sağlamıştır[351].

Genel bir dille yazılan Sherman Yasası'nın birinci maddesi ne tür ekonomik faaliyetlerin yasak kapsamında olduğunu belirtmeksizin ticareti kısıtlayan tüm anlaşmaları hukuka aykırı kabul etmektedir. Hükmün uygulandığı ilk yıllarda yapılan katı lâfzî yorum sonucu basit kısıtlamalar içeren anlaşmalardan gizli işbirliklerine kadar neredeyse tüm anlaşmalar ayrım gözetilmeksizin yasaklanmıştır[352]. Ancak rekabeti kısıtlamasına rağmen olumlu etkiler de içeren anlaşmalar ile tek amacı rekabeti engellemek olan anlaşmaların aynı yaptırıma tabi kılmanın yarattığı adaletsizlik düşüncesi sonraki yıllarda bu katı tutumun terk edilmesini sağlamıştır[353]. Doğrudan

---

350 **Akıncı**, s. 214; **Canbolat**, s. 63; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 96; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 62.

351 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 96; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 63. 1890 tarihli Sherman Yasası'ndan çok daha sonra kurulması nedeniyle Avrupa Birliği, farklı nitelikteki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yönünden ABD'nin yaşadığı çelişkileri yaşamamıştır. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 136. ABD'nin deneyimlerinden yararlanan AB hukukunun yaklaşımı bu doktrinlerle paralel yönde şekillenmiştir. AB hukuku ile bahsi geçen doktrinler arasındaki en önemli fark, birinin mahkeme içtihatlarıyla yaratılmış; diğerinin ise kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olmasıdır. Bkz. **Akıncı**, s. 214.

352 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 96; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 136; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 63; Sherman Yasası'nda yer alan bu hükmün nasıl yorumlanması gerektiğine dair tartışmayı başlatan ilk karar olarak kabul edilen *Trans- Missouri* kararında davalının kısıtlamanın makul olduğu savunması, Yüksek Mahkeme tarafından hükmün lafzından yalnız makul olmayan anlaşmaların yasak kapsamında sayılacağına ilişkin bir çıkarımın yapılamayacağı ve böyle bir istisnanın sadece Kongre tarafından getirilebileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 215; **Ata**, Çağlar Deniz, Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 109, Ankara 2010, s. 5.

353 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 96; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 136; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 63. *Trans-Missouri* davasında Hakim White belirttiği karşıt görüşte Sherman Yasası'nın bu denli katı ve geniş yorumlanmasının neredeyse ticaret yapılmamalı demek anlamına geleceğini, bu nedenle kanunun uygulanmasında bir makullük (*reasonableness*) kuralının gerektiğini ifade etmiştir. Kanunun uygulanmasına bir standart getirilmesi için ilk fikri ortaya koyan White, sonrasında bu düşüncenin doktrinsel bir yapı kazanması için de yoğun çaba harcamıştır. Bkz. **Akıncı**, s. 216; **Ata**, s. 5.

rekabeti kısıtlayan anlaşmaların rekabeti ikinci dereceden etkileyen anlaşmalardan ayrılması ile başlayan süreç, devamında *Rule of Reason* doktrininin doğumuyla neticelenmiştir[354]. Türkçe karşılığı olarak "*haklı sebep*" kavramının kullanılması tercih edilen *Rule of Reason* doktrini, rekabeti kısıtlayıcı olduğu düşünülen teşebbüsler arası bir anlaşmanın olumlu veya olumsuz tüm yönleriyle değerlendirilmesi gerektiği esasına dayanmaktadır[355]. Bu doktrin doğrultusunda bir anlaşmanın hukuka aykırı kabul edilebilmesi için piyasa üzerindeki etkilerinin somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak araştırılması gerekmektedir[356]. Yapılan analizde sosyal ve ekonomik faydalar doğurduğu veya doğurabileceği öngörülen anlaşmalar, rekabeti kısıtlayan hüküm ve sonuçları da makul ölçülerde olduğu takdirde yasaklanmamaktadır. *Per Se* doktrini ise rule of reason analizleri ile kazanılan tecrübeler neticesinde rekabeti çoğunlukla olumsuz etkilediği tespit edilen bazı anlaşma türlerinin, zaman ve maliyet gerektiren analizlere tekrar başvurulmaksızın doğrudan yasaklanması gerektiğini öngörmektedir[357]. O halde incelemeye konu anlaşmanın piyasa üzerindeki etkilerini değerlendirme ihtiyacı duymayan *Per Se* doktrini ile *Rule of Reason* ilk bakışta karşıt iki doktrin gibi görünmekteyse de aslında birbirlerini tamamlar niteliktedir[358]. ABD rekabet hukuku yönünden *Per Se* doktrini kapsamında değerlendirilen anlaşmaları tahdidi olmamakla birlikte rakipler arasında gerçekleştirilen fiyat tespiti, bölge

---

354 Yüksek Mahkeme'nin *Trans-Missouri* kararı ile başlayan süreç *Joint Traffic Association* kararında rekabeti doğrudan ve ikinci dereceden etkileyen anlaşmalar ayrımıyla devam etmiştir. *Standart Oil* kararında rule of reason doktrininden ilk kez söz edilirken *Chicago Board of Trade* kararı ile bu doktrinin temelleri atılmıştır. Bkz.*United States v. Joint Traffic Association*, 171 US 577 (1898); *Standart Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911); *Board of Trade of City of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918); **Akıncı**, s. 217; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 132; **Ata**, s. 5.

355 **Günay**, s. 41; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 97; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 63. Bu yaklaşıma göre "rekabetin kısıtlanması" ile "rekabet hukukunun ihlali" ayrı kavramlardır. Bu nedenle rekabeti kısıtlayan her anlaşma ortada bir ihlal olduğunu göstermez. Bkz. **Akıncı**, s. 217; **Canbolat**, s. 63.

356 **Canbolat**, s. 64; **Kesici**, s. 68; **Yavuz**, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per Se" veya "Rule of Reason", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s. 2. Her olay farklı özellikler gösterdiğinden araştırmada başvurulacak kriterlerin belirlenmesi zordur. Ancak tarafların sübjektif amacı, pazar payları, anlaşmanın ekonomiye katkısı ve rekabeti daha az zedeleyen bir alternatifinin olup olmadığı gibi hususlar incelemede dikkate alınabilmektedir. Bkz. **Ata**, s. 16; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 97; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 63.

357 **Akıncı**, s. 227; **Canbolat**, s. 66; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 139; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 64.

358 Verilen ilk kararlardan itibaren per se ve rule of reason doktrinleri birbirlerini tamamlar şekilde kullanılmıştır. Ancak per se doktrininin açıkça dile getirildiği ilk karar olarak *Socony-Vacuum Oil* kararı kabul edilmektedir. Bkz. *Socony-Vacuum Oil Co. v. United States*, 310 US 150 (1940);**Ata**, s. 10; **Akıncı**, s. 223; **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 73; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 177, dn. 191.

paylaşımı, arz sınırlandırılması anlaşmaları şeklinde saymak mümkündür[359]. Rekabeti kısıtlamayı amaçlayan ve hiçbir olumlu yönü bulunmadığı geçmiş tecrübelerle sabit olan bu anlaşmalar "*per se*" yani "*niteliği gereği*" hukuka aykırı kabul edilmektedir[360].

Zaman ve kaynak israfından kaçınmak isteyen mahkeme ve rekabet otoriteleri uygulamada anlaşmayı öncelikle per se doktrini çerçevesinde değerlendirerek bu yasak kapsamına girmeyen anlaşmaları rule of reason analizine tabi tutmaktadır. Dolayısıyla amacı veya niteliği gereği hukuka aykırı nitelendirilen anlaşmalar bakımından per se; piyasa üzerindeki etkileri nedeniyle hukuka aykırı olduğu tespit edilen anlaşmalar bakımından ise rule of reason doktrini kendini göstermektedir. Bu nedenle per se ve rule of reason doktrinlerinin AB ve Türk rekabet hukuku üzerindeki etkisinin değerlendirilmesinde de ABİDA m. 101 ve RKHK m. 4'te yer verilen "amaç ve/veya etki" ifadelerinden yola çıkılmaktadır. Yapılan bu değerlendirmeye göre madde metnindeki amaç kavramı per se doktrininden, etki kavramı ise rule of reason doktrininden izler taşımaktadır[361]. Ancak AB ve Türk rekabet hukukunun teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığının değerlendirilmesi aşamasında kurduğu ikili yapı, bu doktrinlerin uygulanabilirliği noktasında farklı görüşleri ortaya çıkarmaktadır[362]. Bu ikili yapı uyarınca ilk etapta rekabeti kısıtlayıcı amaç ve/veya etkiye sahip olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı kabul edilen teşebbüsler arası anlaşmalar yasaklanmakta ikinci etapta koşulları yasa ile belirlenen muafiyet rejimi kapsamında yeniden değerlendirilmektedir. Otoriteler tarafından bu koşulların sağlandığının tespit edilmesi halinde teşebbüsler arası anlaşmanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılmaktadır.

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda öngörülen muafiyet rejiminin yarattığı yapısal farklılık nedeniyle bir grup yazar per se ve rule of reason doktrinlerinin

---

359 **Akıncı**, s. 215; **Canbolat**, s. 66; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 139; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 64.

360 **Kesici**, s. 67; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 97; **Yavuz**, s. 1; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 64.

361 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 98; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 65. Rekabeti kısıtlayıcı amaç ve/veya etki kavramlarının AB ve Türk rekabet hukukundaki uygulaması hakkında bilgi için bkz. §5/I/A/3.

362 ABİDA'nın 101. maddesi ilk paragrafında rekabeti kısıtlayıcı amaca ve/veya etkiye sahip anlaşmaları yasaklarken üçüncü paragrafında ise bu yasakların uygulanmayacağı istisnai durumları sıralayan ikili (*bifurcated)* bir yapıdadır. Aynı durum RKHK'nın genel yasaklama koşulunu içeren 4. maddesi ile muafiyete dair 5. maddesi açısından da söz konusudur. Bkz. **Ata**, s. 27.

hukukumuzda uygulanamayacağını dile getirmektedir. Bu yazarlara göre teoride her anlaşmanın muafiyet incelemesine tabi olabilmesi per se doktrininin; hukuka aykırılığın tespiti için ilk etapta yalnız olumsuz etkilerin dikkate alınması ise rule of reason doktrininin uygulanmadığını göstermektedir[363]. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüş böyle bir değerlendirmenin yalnız yapısal farklara dayanılarak yapılamayacağı yönündedir[364]. Zira hukuk düzenleri arasındaki yapısal farka rağmen bu doktrinlerin ilgili düzenlerin inşasına etkisi nedeniyle uygulamadaki sonuçlar çoğu zaman paraleldir. Kurul tarafından verilen kararlarda per se ve rule of reason doktrinlerine göndermelerde bulunulması da bu durumu kanıtlar niteliktedir[365].

363 Sanlı ve Yiğit; muafiyet sistemi, AB'de fiilen uygulanmakta olan de minimis kuralı ile yasal düzenlemelerde örnekleme yoluyla sayılan rekabeti kısıtlamalarının per se doktrininden çok daha geniş bir uygulama alanı olması nedeniyle bu hukuk düzenlerinde per se doktrinine yer verilmediğini savunmaktadırlar. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 99; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 66. Rule of reason doktrini bakımından ise yazarlar bu doktrine benzer bir etkinin muafiyet sistemi ile yaratıldığı konusunda hem fikirdir. Ancak genel yasaklama koşulunun uygulanması esnasında rule of reason analizine yer verilip verilmeyeceği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Canbolat, Sanlı ve Topçuoğlu rule of reason analizine yer verilmesi gerektiğini düşünürken Cengiz ve Yiğit bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. **Canbolat**, s. 65; **Cengiz**, s. 67; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 100; **Topçuoğlu**, İşbirlği, s. 137; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 70. Ayrıntılı bilgi için bkz. §6/II/A.

364 **Akıncı**, s. 225; **Canbolat**, s. 67; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 142.

365 Kurul, Burdur ilinde faaliyet gösteren serbest makine mühendislerinin aralarında anlaşarak kanunun 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası üzerine verdiği 14.12.2017 tarih, 17-41/640-279 sayılı kararında teşebbüslerin ihlalin hangi eylemlerle ve ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya konulamadığı yönündeki itirazlarını; 4. madde uyarınca bu tür anlaşmaların nitelikleri gereği "*per se*" hukuka aykırı sayıldığını belirterek reddetmiştir. Bilgi değişimine ilişkin 18.04.2011 tarih, 11-24/464-139 sayılı Otomotiv kararı ve 24.06.2009 tarih, 09-30/637-150 sayılı Otomotiv kararı (ÖTV) ile 24.11.2016 tarih, 16-41/667-300 sayılı FX kararında ise Türkiye uygulamasında olası bilgi değişiminin ihlal olup olmadığının tespitinde rule of reason analizinin kullanıldığı ifade edilmiştir. Bkz. **Rekabet Kurumu** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 07.03.2019).

2. Teşebbüsler Arası Anlaşmaların Hukuka Aykırılığının Tespitinde *De Minimis* Kuralının Rolü

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinde teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırı kabul edilebilmesi için üye devletlerarasındaki ticareti etkilemesi gereğinden söz edilmiş ancak bu etkilemenin sınırları belirlenmemiştir. İşte bu etkilemenin niteliğine yönelik tartışmalar esnasında Adalet Divanı tarafından geliştirilen içtihatlar, temeli "*de minimis non curat lex*" ilkesine dayanan *De Minimis* kuralının ortaya çıkmasına vesile olmuştur[366].

Adalet Divanı tarafından ilk kez *Völk v. Vervaecke* kararında uygulanarak temel ilkeleri ortaya konan *De Minimis* kuralı, rekabeti kısıtladığı ileri sürülen bir teşebbüsler arası anlaşmanın hukuka aykırı nitelendirilebilmesi için üye ülkeler arasındaki ticareti ve dolayısıyla rekabeti hissedilir derecede etkilemesi gerektiğini kabul etmektedir[367].Yargı içtihatları ile oluşturulan *De Minimis* kuralının uygulanmasında göz önünde bulundurulacak objektif kriterleri saptayarak teşebbüsler açısından hukuki belirliliği sağlamak adına ilk olarak 1970 yılında yayınlanan ve belirli aralıklarla güncellenen Komisyon bildirileri mevcuttur[368]. En son 2014 yılında güncellenen ve hâlihazırda yürürlükte bulunan "De Minimis Bildirisi (*De Minimis Notice*)" ilgili piyasada tarafların birbirine olan konumu ve pazar paylarını dikkate alarak hangi

366 "*De minimis non curat lex*" ilkesi dilimizde "*hukuk önemsiz meselelerle meşgul olmaz*" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 193; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 133; **Canbolat**, s. 67; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 102; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 145; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 71.

367 *Franz Völk v. Etablissements J. Vervaacke*, Case 5/69, 1969 ECR 295. Bkz. **Akıncı**, s. 194; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 135; **Badur**, Anlaşmalar, s. 78; **Büyükeroğlu**, s. 47; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 73; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 185, dn. 224; **Tomur**, Kerem, Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 55, Ankara 2004, s. 24; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 145; **Vogelaar**, s. 43.

368 Adalet Divanı'nın De Minimis kuralını ortaya koyduğu *Völk v. Vervaacke* kararının ardından 1970 yılında Komisyon tarafından ilk "De Minimis Bildirisi (*De Minimis Notice*)" yayınlamıştır. Bahsi geçen Bildiri sırasıyla 1977, 1986, 1994, 1997, 2001 ve 2014 yıllarında güncellenmiştir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 136; **Kesici**, s. 143; **Tomur**, s. 27; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 209.

anlaşmaların ABİDA m. 101 yasağından muaf olabileceğini belirlemektedir[369]. Komisyon, belirlediği bu pazar payı eşikleri ile teşebbüslere hukuki bir öngörü sağlamayı amaçlamaktadır[370]. Dolayısıyla ABAD ve ilk derece mahkemeleri Bildiri ile sınırlı kalmaksızın farklı bir takım kriterleri de göz önünde bulundurarak karar verebilmektedir[371]. Tüm bunların yanı sıra *De Minimis* kuralının rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalara uygulanmayacağını da belirtmek gerekir[372]. Bu doğrultuda doğrudan veya dolaylı olarak fiyat tespiti, satış miktarı veya arzın kısıtlanması ile piyasaların ya da müşterilerin paylaşılmasını amaçlayan açık kısıtlamalar içeren rakipler arası anlaşmaların *De Minimis* kuralı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir[373]. Bilhassa küçük ve orta ölçekli işletmelerin rekabet gücünü arttırmada önemli katkılar sağlayan *De Minimis* kuralı sayesinde rekabet otoritelerinin de daha ağır ihlaller üzerinde daha etkin çalışmasının önü açılmaktadır[374].

---

369 **European Commission**, *Notice on Agreements of Minor Importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)*, 2014/C 291/01, OJ C 291, 30.08.2014. Bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1552223721436&uri=CELEX:52014XC0830(01) (E.T. 10.03.2019).

370 Komisyon tarafından yayınlanan *De Minimis Bildirisi* uyarınca gerçek veya potansiyel rakip teşebbüslerin ilgili piyasadaki toplam pazar payları %10'u, rakip olmayan teşebbüslerin de %15'i geçmediği takdirde bu teşebbüsler arasında gerçekleştirilen anlaşmaların rekabeti kısıtladığı kabul edilmemektedir. Anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin rakip olup olmadıklarının tespitinin güç olduğu hallerde ise uygulanacak bu sınır %10'dur. Öte yandan benzer anlaşmaların piyasada yarattığı paralel ağlar neticesinde rekabet kısıtlanıyorsa teşebbüslerin rakip olup olmadıklarına bakılmaksızın toplam pazar payı eşiği kriteri %5 olarak uygulanmaktadır. İlgili teşebbüslerin bu oranları iki takvim yılı içerisinde %2'den fazla aşmaması durumunda aralarındaki anlaşma rekabeti kısıtlayıcı nitelik göstermeyecektir. Bkz. **Commission**, *De Minimis Notice*, para. 8, 9, 10, 11.

371 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 137; **Tomur**, s. 38. Örneğin; *Langnese & Iglo v. Comission* davasında ilk derece mahkemesi o dönem yürürlükte bulunan 1994 tarihli Bildiri'de öngörülen pazar payı ve ciro eşiklerinin aşılmış olmasının tek elden satın alma anlaşmasını doğrudan yasak kapsamına sokmayacağına karar vermiştir. Bkz. Case T 7/93, 1995 ECR II - 1533; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 143; **Badur**, Anlaşmalar, s. 77; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 72, dn. 182.

372 ABAD, 13.12.2012 tarihli *Expedia* kararında önceki dönem De Minimis bildirilerini büyük ölçüde etkisiz hale getiren bir yaklaşım sergilemiş ve kararın 37. paragrafında rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmaların başka hiçbir kritere bakılmaksızın rekabet üzerinde hissedilir derecede bir etki yaratacağını belirtmiştir. Bkz. *Expedia Inc. v Autorité de la concurrence and Others*, Case C-226/11, para. 37. Bu karar üzerine 2001 tarihli Bildiri'yi değiştirme ihtiyacı hisseden Komisyon, 2013 yılında hazırladığı taslak metinde ilk kez rekabeti kısıtlayıcı amaç taşıyan anlaşmaları De Minimis kuralı kapsamından çıkarmıştır. Bu taslağa istinaden 2014 yılında yayınlanan Bildiri'nin 13. paragrafında bu kural resmen yer almaktadır. Bkz. **Commission**, *De Minimis Notice*, para. 13.

373 Bu durumlar Bildiri'de örnekleme yoluyla sayılmış ardından Komisyon'un güncel veya gelecek grup muafiyeti tebliğlerinde açık kısıtlama olarak değerlendirilen diğer hallerde de de minimis kuralının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bkz. **Commission**, *De Minimis Notice*, para. 13.

374 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 133; **Canbolat**, s. 68; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 102; **Tomur**, s. 57.

Doktrinde "*Hoşgörülebilirlik Kuralı*" olarak da ifade edilebilen *De Minimis* kuralının, Türk rekabet hukukunda da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda çeşitli görüşlere rastlanmaktadır[375]. Bu görüşlerin neredeyse tamamı ilgili kuralın Türk rekabet hukukunda da uygulanması gerektiği hususunda birleşmekle birlikte RKHK'nın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin mevcut düzenlemesinin buna elverişli olup olmadığı noktasında birbirinden ayrılmaktadır. AB'nin yapısı gereği ABİDA'nın 101. maddesinde değinilen "üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi" kriterine RKHK'nın 4. maddesinde yer verilmemektedir. Bu durumdan bahisle RKHK'da ilgili kuralın uygulanmasına fırsat verecek yasal bir düzenleme bulunmadığını belirten bir grup yazar, böyle bir değişiklik yapılana dek hukukumuzda *De Minimis* kuralının benimsenemeyeceğini savunmaktadır[376]. *De Minimis*'in içtihatlarla geliştirilen bir kural olduğunu vurgulayarak bu görüşe karşı çıkan diğer bir grup yazar ise aynı kuralın hukukumuzda da uygulanmasının önünde hiçbir engel bulunmadığı iddiasındadır[377]. Katıldığımız bu görüşe göre ABİDA'da yer verilen "ticaretin etkilenmesi" kavramının, RKHK açısından "rekabetin etkilenmesi" olarak anlaşılması ve mehaz AB hukukunda geliştirilen içtihatlar esas alınarak uygulamada rekabeti hissedilir derecede etkilemeyen anlaşmaların yasak kapsamından çıkarılması mümkündür[378]. Uygulamada Rekabet Kurulu'nun da zaman zaman bu görüşe yaklaşarak *De Minimis* kuralına dikkat çeken kararlar aldığı görülmektedir[379]. Ancak kuralın yasal bir dayanağı bulunmamasının

---

375 *De Minimis* kuralının Türkçe karşılığı yönünden bir terminoloji birliğinin olduğunu söylemek güçtür. Ancak biz ilk kez Tekinalp tarafından kullanılan "*hoşgörülebilirlik*" ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz. Bkz. **Tekinalp/Tekinalp**, s. 358. Aynı yönde **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 145.

376 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 144; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 74.

377 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 142; **Canbolat**, s. 68; **Günay**, s. 48; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 217; **Kesici**, s. 143; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 103; **Tomur**, s. 51; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 144.

378 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 186, dn. 227; **Tomur**, s. 53; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 144.

379 Kurul, De Minimis kuralını ilk olarak 20.11.1997 tarih, 40/245-1 sayılı Antalya Fırıncılar Odası kararında uygulamıştır. Bu kararda de minimis kuralına açıkça değinilmese de ilgili piyasanın küçüklüğü vurgulanarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. De Minimis kuralının açıkça dile getirilmediği ancak tercih edilen ifadelerle ilgili kuralın çağrıştırıldığı benzer kararlara da rastlamak mümkündür. Bkz. 19.02.1998 tarih, 53/384-44 sayılı TMMOB Salihli EMO ve 17.06.1999 tarih, 99-30/276-166 (a) sayılı Türk Çimento kararları; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 140; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 143; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 187, dn. 230; **Tomur**, s. 56 vd.

yarattığı tereddütten sıyrılamayan Kurul, bu yaklaşımı istikrarla sürdürememektedir[380]. 2014 yılında yayınlanan Tasarı'nın 1. maddesiyle RKHK'nın 4. maddesine "*Kurul, pazar payı ve ciro gibi ölçütleri önceden belirlemek kaydıyla bazı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir*" şeklinde bir fıkranın eklenmesiyle tüm bu tereddütlerin giderilmesi beklenmektedir.

Tasarı ile yapılması planlanan değişikliğin yasalaşması, tartışmaları nihayete erdirerek hukuki belirliliği sağlamak adına büyük önem taşımaktadır. Ancak aradan geçen uzun zamana rağmen bu değişikliğin yasalaşmadığı düşünüldüğünde *De Minimis* kuralının uygulanabilmesi için Kurul'un daha fazla inisiyatif alması gerektiği açıktır. Nitekim RKHK kapsamında, bu kural ile bağdaşmayacak ve Kurul'un rekabet hukukunun içtihadi niteliğine dayanarak bu kuralı hukukumuz yönünden uygulamasına engel teşkil edecek nitelikte bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır[381].

II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMA ÖRNEKLERİ

4054 sayılı Kanun ve ABİDA, teşebbüsler arası anlaşmalara ilişkin genel yasaklama koşulu kapsamında bu anlaşmalar vasıtasıyla gerçekleşebilecek kimi rekabeti kısıtlayıcı uygulamaları örnekleme yoluyla saymayı tercih etmiştir. Her iki mevzuat metninde yer verilen rekabeti kısıtlayıcı uygulama örnekleri birbirleri ile

---

380 Kurul, Doğuş Otomotiv'in yapmış olduğu Porsche Yetkili Satıcılık Sözleşmesi'ne bireysel muafiyet tanınması talebini değerlendirdiği kararında yasadaki eksiklik nedeniyle de minimis kuralının ülkemizde uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. 05.04.2007 tarih, 07-30/297-113 sayılı karar. Bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 75. Danıştay 13. Dairesi de 25.11.2008 tarih, 2006/4724 E. 2008/7418 K. sayılı kararında RKHK de minimis kuralına yer vermediğinden anlaşmaların değerlendirilmesinde pazar gücüne bakılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 74. Kurul Yassı Demir Çelik Ürünleri kararında Danıştay'ın ilgili kararına atıf yaparak de minimis kuralına hukukumuzda yer verilmediğini ifade etmiştir. Bkz. 16.06.2009 tarih, 09-28/600-141 sayılı karar; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 10.03.2019).

381 Bir grup yazar tıpkı AB'de olduğu gibi Kurum tarafından çıkarılacak tebliğlerle De Minimis kuralının hukukumuzda da uygulanabilir hale getirilebileceğini düşünmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 146; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 74. Kurum'un bu tebliği muafiyete ilişkin 5. maddeye istinaden çıkarabileceği yönünde de görüşler vardır. Ancak de minimis kuralı hukuka aykırılığın tespitinde kullanılan bir yöntem iken muafiyetin bir hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle bu görüş kabul görmemektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 143; **Tomur**, s. 55.

karşılaştırıldığında bazı ifade farklılıklarına rağmen benzer kısıtlamaların kaleme alındığı görülmektedir[382].

4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında altı bent halinde sayılan kısıtlama örneklerini; fiyat ve alım/ satım şartlarının tespiti, piyasaların paylaşılması ve kontrolü, arz ve talebin kontrolü, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması veya piyasaya yeni girişlerin önlenmesine yönelik dışlayıcı uygulamalar, ayrımcılık ve ek yükümlülükler öngörmek şeklinde toparlamak mümkündür. Teşebbüsler arası anlaşmalarda sayılan kısıtlamalardan herhangi birine rastlanması bu anlaşmaların yasaklanması için çoğu zaman yeterlidir[383]. Ancak teşebbüsler arası anlaşmaların karmaşık yapısı göz önünde bulundurulduğunda genellikle tek bir anlaşma içinde birden çok rekabeti kısıtlayıcı uygulama görülmektedir. Öte yandan yapılan bu sayımın tahdidi olmadığı ve bu örnekler arasında sayılmayan uygulamalar vasıtasıyla da rekabetin kısıtlanabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla kanunda sayılan bu kısıtlama örnekleri dahi her daim genel yasaklama koşulu ile birlikte değerlendirilmelidir[384].

Kanunda sayılan kısıtlamalardan bazılarının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri diğerlerine oranla daha ağır kabul edilmekle birlikte bu kısıtlamaların yer aldığı teşebbüsler arası anlaşmanın türü de etkinin niteliğini belirleyebilmektedir[385]. Öyle ki yatay anlaşmalarda görülmeleri halinde anlaşmanın doğrudan yasaklanmasına yol açan bu kısıtlamalardan birçoğu dikey anlaşmalar söz konusu olduğunda muafiyetten

---

382 **Badur**, Anlaşmalar, s. 86. Bu örnekler RKHK'da altı bent halinde sayılırken ABİDA'da beş bent halinde sayılmıştır. RKHK'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde yer verilen rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve piyasaya girişlerin engellenmesi haline ABİDA'dada yer verilmemiş ise de uygulamada bu bendin benimsendiği görülmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 190, dn. 254.

383 Bazı yazarlar mevzuat metinlerinde yapılan bu sayımı, ABD hukukunda benimsenen per se yaklaşımına benzetmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 216. Ancak AB ve Türk rekabet hukukunda benimsenen muafiyet sistemi sayesinde bu kısıtlamalardan bir bölümünün hukuka uygunluk kazanabileceği düşünüldüğünde tüm kısıtlamaların per se yasak olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle her bir kısıtlamanın somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 191, dn. 255; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 83, dn. 217.

384 **Badur**, Anlaşmalar, s. 87; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 166; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 106.

385 Fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, arz ve talebin kontrolü ile rakiplerin piyasa dışına itilmesi gibi uygulamaların etkileri diğer kısıtlamalara göre daha belirgindir. Ancak bu uygulamaların, yatay veya dikey seviyede gerçekleşmiş olması da etkileri yönünden önemlidir. Zira dikey kısıtlamalara daha ılımlı yaklaşılabilmektedir. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 191, dn. 256; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 84.

yararlanabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ilgili kısıtlamalar, yatay ve dikey kısıtlamalar olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir[386].

A. Teşebbüsler Arası Anlaşmalarda Görülen Yatay Kısıtlama Örnekleri

Yatay kısıtlamalar, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilen anlaşmalarda öngörülen kısıtlamalardır. Piyasada tekel oluşturmaya yönelmesi nedeniyle yatay kısıtlamaların rekabeti olumsuz etkilediği noktasında tereddüt yoktur. Amacı veya etkisi itibarıyla yatay kısıtlamalar çoğunlukla fiyat tespiti, arzın belirlenmesi, piyasa paylaşımı veya ihalelerde danışıklı hareket gibi kartel davranışları şeklinde kendini göstermektedir. Amerikan rekabet hukukunda rekabete verecekleri zararın kaçınılmaz olduğu gerekçesi ile per se yasaklanan bu kısıtlamalara AB ve Türk rekabet hukuku sistemlerinin yaklaşımı da paraleldir[387]. Öyle ki Kurul, RKHK'nın 4. maddesinde örnek kabilinden sayılan kısıtlamaların yatay seviyede gerçekleşmesi halinde per se yasak kabul edileceğini verdiği kimi kararlar aracılığıyla açıkça belirtmektedir[388].

1. Fiyat ve Diğer Ticari Koşulların Tespiti

Piyasa ekonomilerinde ürünlerin fiyatlarının oluşumu ile bu fiyatlara ilişkin bilginin edinilmesi gibi ekonomik fonksiyonların piyasada gerçekleşmesi esastır. Bu nedenle arz ve talebin karşılaşması ile piyasada belirlenmesi gereken fiyatın, piyasa dışında tespit edilmesi suretiyle rekabetin en önemli ayağı olan fiyat rekabetinin

386 İnan ve Piker rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar hakkında öngörülen yatay ve dikey anlaşma ayrımının kavram kargaşası doğurabileceğini belirterek rekabetin her daim yatay seviyede görüldüğüne dikkat çekmektedir. Yazarlara göre dikey rekabet diye bir şeyden söz edilemeyeceğinden dikey ihlal terimi doğru değildir. Doğru kullanım dikey anlaşmalar yoluyla rekabetin ihlalidir. Bkz. **İnan**/ **Piker**, s. 29.

387 Bahsi geçen tüm bu kısıtlamalar 1940 yılında per se yargısal doktrinin ilk kez açıkça ifadesini bulduğu *Socony-Vacuum Oil* kararından beri ABD'de per se yasak olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Kekevi**, Kartellerle Mücadele, s. 73. Karar hakkında bilgi için bkz. §5/I/B/1/dn. 358.

388 Kurulun 06.08.2010 tarih, 10-53/1057-391 sayılı kararı. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 84.

kısıtlanması tüm hukuk sistemlerinde yasaktır[389]. Rekabet hukukunun en klasik ve en ağır ihlallerinden kabul edilen fiyat tespiti (*price fixing*), ABİDA ve RKHK'da sayılan rekabeti kısıtlayıcı uygulama örneklerinin de ilkidir.

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinde kısaca doğrudan ya da dolaylı olarak alış veya satış fiyatlarının ya da diğer ticari koşulların tespiti olarak ifade edilen fiyat kısıtlamaları; RKHK'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde "*mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi*" şeklinde düzenlenmektedir. Uygulama yönünden farklılık arz etmeyen bu düzenlemelerden ABİDA'da yer verilen "*doğrudan veya dolaylı*" ibarelerini açmak isteyen kanun koyucu, RKHK'da fiyatların dolaylı olarak tespitini sağlayan uygulamaları; maliyet, kar gibi unsurların belirlenmesi şeklinde saymayı tercih etmiştir[390]. Ancak fiyatların dolaylı olarak tespitini sağlayan uygulamalar elbette maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Yatay anlaşmalar vasıtasıyla tavsiye, hedef, tavan ya da taban fiyatların kararlaştırılması, indirim sistemleri veya ithalat/ihracat fiyatlarının birlikte belirlenmesi[391], fiyat listeleri ya da indirim zaman ve oranları gibi doğrudan fiyat politikasını ilgilendiren bilgilerin değişimi şeklindeki uygulamalar da dolaylı olarak fiyat tespitine imkan vermektedir[392].

Yaygın kanaatin aksine fiyat tespiti anlaşmaları yalnız satış fiyatının değil; alış fiyatının belirlenmesi şeklinde de kendini gösterebilmektedir. Doğrudan veya dolaylı

---

389 **Akıncı**, s. 77; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 218. Fiyatların olabildiğince düşük seviyede tutarak rekabeti teşvik eden fiyat rekabeti, rekabetin en önemli boyutu kabul edilmektedir. Dolayısıyla fiyatın piyasa dışında belirlenmesi her zaman rekabeti bozucu olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 309. ABAD, *Cementhandelaren v. Commission* davasında bu durumu "*fiyatın pazar şartları dışında, arz ve talebin karşılaşmasına etki edilerek belirlenmesi her zaman rekabeti bozar*" sözleri ile ifade etmiştir. Aynı husus Rekabet Kurul'u tarafından verilen LPG Adıyaman kararında da dile getirilmiştir. Bkz. *Cementhandelaren v. Commission*, Case 8/72, 17.10.1972; 29.11.1998 tarih, 93/750-159 sayılı LPG Adıyaman kararı; **Badur**, Emel, "Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları", Rekabet Dergisi, S. 7, Temmuz - Ağustos - Eylül 2001, s. 28 - 81, s. 31.

390 Her iki düzenleme arasındaki fark anlatım tercihi ile sınırlıdır. Ancak Aslan'a göre amaçlanan şeyler aynı olmakla birlikte RKHK'da, ABİDA'da yer verilen doğrudan veya dolaysız ibaresi açılmaya çalışılırken bazı yanlışlıklar da yapılmıştır. Ancak yanlışlık olarak değerlendirilen bu durumlar esasa ilişkin değil; dilin kullanımına ilişkindir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 309.

391 Esasen ihraç fiyatlarının tespitine yönelik anlaşmalara rekabet kuralları uygulanmamaktadır. Ancak ülkedeki rekabeti etkilemesi halinde bu anlaşmalar da m. 4 uyarınca yasaklanmaktadır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 310; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 44; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 221.

392 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 169; ;**Whish**/**Bailey**, s. 559; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 86.

olarak alış fiyatını tespit ederek bir üst piyasadaki rekabeti kısıtlamayı amaçlayan teşebbüsler; satış fiyatının tespitiyle de bir alt piyasadaki rekabeti kısıtlamayı amaçlamaktadır[393]. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlamaya yönelik davranışları altında yatan daha çok kâr etme motivasyonu düşünüldüğünde akla ilk gelen alış fiyatlarının düşük satış fiyatlarının ise yüksek belirlenmesi gerektiğidir. Oysa sanılanın aksine uzun dönemde yüksek kâr elde edebilmek için rakiplerin piyasa dışına çıkarılması veya piyasaya yeni girişlerin engellenmesi amacıyla ilk etapta maliyetlerin altında bir satış fiyatı tespit edilerek yıkıcı fiyat uygulanması da mümkündür[394]. Dolayısıyla teşebbüslerin bugün için belirledikleri fiyatın yüksek veya düşük olması ihlalin niteliğini değiştirmediği gibi böyle bir anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin fiyatları makul düzeyde belirledikleri savunması da dikkate alınmamaktadır[395]. Zira fiyat tespiti yasağı ile asıl önüne geçilmek istenen husus teşebbüslerin yapacakları anlaşmalarla piyasa koşullarından bağımsız olarak diledikleri her fiyatı talep edebilme keyfiyetidir[396].

Ortak bir amaç için bir araya gelseler dahi çıkarları çatışan rakip teşebbüslerin birlikte bir fiyat belirlemesi ve uzun vadede bu fiyata sadık kalması kolay değildir. Uzun vadede fiyat tespitinin tarafı olan teşebbüslerin ihanetlerinin önüne geçmek için ticari koşulların da bu teşebbüslerle birlikte belirlenmesi en çok tercih edilen yöntemdir. Dolayısıyla etkin bir rekabet hukuku düzeninin fiyat tespitine ilişkin açık uygulamaların

---

393 **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 40; **Küçükayhan Aşçıoğlu**, s. 79, dn. 200.

394 Fiyatların olabilecek en düşük seviyede seyretmesi rekabeti teşvik etmektedir. Bu nedenle rekabet hukukunun önemli sonuçlarından biri olan fiyatlardaki düşüş, çoğu zaman olumlu karşılanmaktadır. Ancak uzun dönemde tekel karı elde etmek için rakip teşebbüsleri piyasa dışına itmek veya piyasaya yeni girişleri önlemek amacıyla fiyatların diğer teşebbüslerin rekabet edemeyeceği kadar düşük seviyeye çekilmesi yıkıcı fiyat uygulaması olarak değerlendirilmekte ve yasaklanmaktadır. Yıkıcı fiyat uygulaması genellikle hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında cezalandırılmaktaysa da Kurul, LPG Adıyaman kararında yerel rakiplerini piyasa dışına itmek için bir yıl süreyle yıkıcı fiyat uygulanması yönünde anlaşma sağlayan yedi teşebbüsü hakim durumun varlığını aramaksızın cezalandırmıştır. Bkz. 26.11.1998 tarih, 93/750-159 sayılı Kurul kararı; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s.31; **Can**, s. 84; **Ekdi**, Barış, "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", Rekabet Dergisi, S. 10, Nisan - Mayıs - Haziran 2002, s. 3 - 28, s. 26; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 168.

395 Fiyata ilişkin kısıtlamaların önemine dikkat çeken ilk kararlardan olan *United States v. Trenton Potteries Company* kararında "*Bugün için makul olan fiyatlar, ekonomik ve ticari gelişmeler sonucunda yarın için makul olmaktan uzaklaşabilir*" denilerek makul fiyat iddiasının yersiz olduğu ifade edilmiştir. Bkz. 273 US 392 (1926); **Akıncı**, s. 78; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 32; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 192, dn. 263. Kurul da Bodrum Feribot kararında fiyatın yüksek veya düşük olmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığını belirtmiştir. Bkz. 03.11.2009 tarih, 09-51/1245-314 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 312; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 86.

396 **Akıncı**, s. 79; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 31; **Can**, s. 83; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 167.

yanı sıra fiyat rekabetini kısıtlamayı amaçlayan böylesi gizli işbirliği davranışlarının tümünü kapsaması zorunludur. Bu doğrultuda fiyatlara ilişkin olmamakla birlikte teşebbüsler arası anlaşmalarda yer alan ödeme veya garanti koşulları ile satış sonrası hizmetler gibi konuları düzenleyen hükümlerde RKHK'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer verilen "*her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi*" ibaresi uyarınca hukuka aykırı kabul edilerek yasaklanabilmektedir[397]. Bendin yazımında "*alım yahut satım şartları*" ifadesi tercih edilmişse de uygulamada bu yasak, ABİDA 101'deki mehazı doğrultusunda diğer ticari koşulları da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Ticari koşul kavramının geniş yorumuna karşın bent genelinde yapılan fiyat tespiti vurgusu, bu bent uyarınca sadece fiyatı etkileyen ticari koşulların yasaklanması gerektiğini düşündürmektedir. Ancak tespit edilen her ticari koşul fiyatı etkileme potansiyeli taşıdığından bu kriter ilgili bendin kapsamını tayin etmeye elverişli görünmemektedir[398]. Bu nedenle RKHK m. 4/2(a)'nın kapsamı maddenin diğer bentlerinde sayılan piyasa paylaşımı veya arz kontrolü gibi hallerin tesisine yönelik koşullardan hareketle belirlenmektedir[399]. Daha açık bir ifadeyle diğer bentlerde sayılanların dışında kalan rekabeti kısıtlayıcı ticari koşullar, RKHK m. 4/2(a) kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Rakip teşebbüsler arasındaki fiyat tespiti anlaşmalarının rekabeti kısıtlamaktan başka bir amaç taşımadığı kabul edilmekte ve bu anlaşmalar, kartel anlaşmaları kapsamında değerlendirilerek per se yasaklanmaktadır. Ancak diğer ticari koşulların tespitine yönelik anlaşmalara böylesi keskin bir tavırla yaklaşmak her zaman doğru değildir[400]. Açıkça rekabeti kısıtlama amacı taşımadıkları takdirde bu koşulların rekabet

---

397 **Akıncı**, s. 82; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 310; **Badur**, Anlaşmalar, s. 89; **Can**, s. 86; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 107; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 223; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 88.

398 Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasında altı bent halinde örnek kısıtlamalardan pek çoğu fiyat tespitine elverişlidir. Örneğin; piyasa paylaşımı anlaşmaları sayesinde belirli bir bölgelerde tek başlarına faaliyet gösteren teşebbüsler bu bölgelerde fiyatları istedikleri gibi tespit etme imkanı da kazanabilir. Yine benzer şekilde arz ve talebin piyasa dışında belirlenmesine yönelik anlaşmalar da çoğu zaman fiyatı etkileyecek mahiyettedir. Bkz. **Akıncı**, s. 82; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 34.

399 **Akıncı**, s. 82; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 34; **Can**, s. 87; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 223.

400 Aynı yönde bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 192, dn. 261; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 88.

üzerindeki olumlu etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bu tarz bir yaklaşım rakipler arasında gerçekleşmesine rağmen ticari hayatın olumlu yönde gelişmesine de imkan tanıyan yatay işbirliği anlaşmalarının ruhuna da daha uygundur.

2. Bölgelerin ve/veya Müşterilerin Paylaşılması

Aynı ilgili ürün piyasasında faaliyet gösteren rakip teşebbüslerin, yaptıkları bir anlaşma vasıtasıyla bölge veya müşterileri paylaşması uygulamada sıklıkla başvurulan rekabet kısıtlamalarından biridir[401]. Anlaşmanın tarafı olan her bir teşebbüse kendisine ayrılan bölge veya müşteri grubu bakımından tekel hakkı sağlayan bu kısıtlamanın rekabet üzerindeki olumsuz etkileri kimi zaman fiyat tespitinden de ağır olabilmektedir. Zira piyasa paylaşımıyla teşebbüslere tanınan tekel imkanı, fiyatın yanı sıra kalite ve hizmet gibi konularda da rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

Amerikan rekabet hukuku bakımından Sherman Yasasının 1. maddesi kapsamında değerlendirilerek per se ihlal sayılan yatay piyasa paylaşımına, ortak piyasa hedefi ile yola çıkan Avrupa Birliği'nde de oldukça katı yaklaşılmaktadır[402]. ABİDA'nın 101/1. maddesinin (c) bendinde "*piyasaların veya arz kaynaklarının paylaşımı*" şeklinde ifade edilen bu kısıtlama, içinde bulunduğu yatay anlaşmanın şekline veya içeriğine bakılmaksızın amacı itibarıyla rekabete aykırı kabul edilmektedir[403]. Bu bağlamda yalnız kendi ulusal sınırları içerisinde faaliyet gösteren

---

401 Rekabet otoriteleri tarafından tespit edilmesindeki güçlüğe karşın kartelin iç denetiminde sağladığı kolaylık uygulamada bu anlaşmalara sıkça başvurulmasına yol açmaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 84; **Can**, s. 87; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 109; **Whish**/**Bailey**, s. 565; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 91.

402 Amerikan rekabet hukukunda bölge paylaşımına yönelik per se yaklaşımının uygulamasına örnek teşkil eden kararlar ve bunlar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. *U.S. v. Topco Associates Inc*, 405 US 596 (1972); *Palmer v. BRG of Georgia Inc*, 498 US 46 (1990); **Uran**, s. 105-108. Ortak piyasa, Avrupa Birliği'nin öncelikli hedefi olup piyasanın coğrafi paylaşımının engellenmesi, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinden ziyade bu nihai hedefin sekteye uğramaması açısından özel önem taşımaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 86; **Badur**, Anlaşmalar, s. 95; **Whish**/**Bailey**, s. 566.

403 *Luxembourg Brewers* ve *Needles* kararlarında yazılı şekilde yapılan piyasa paylaşma anlaşmalarını cezalandırıan Komisyon, *Power Transformers* kararında yedi üreticiyi centilmenlik anlaşması niteliğindeki sözlü piyasa paylaşımı dolayısıyla cezalandırmıştır. Bkz. OJ [2002] L 253/21; [2007] ECR II - 107; Case COMP/39.129. *E.ON/GDF* kararında ise Komisyon, tarafların piyasa

üreticilere satış yapılmasına izin vererek ihracatı yasaklayan veya sınırlandıran ya da belirli teşebbüslere ayrılan sınırlar dahilinde diğerlerinin satışlarına kota koyan anlaşmalar bölge paylaşımı yasağının ihlali sayılarak cezalandırılmaktadır. AB'deki düzenlemeden farklı olarak RKHK'nın 4/2(b) maddesinde yalnız piyasaların değil; piyasa unsurları ve kaynaklarının paylaşılması da yasaklanmaktadır. Ancak piyasa kavramı; müşteriler, coğrafi bölgeler veya tüketiciler gibi piyasa unsurlarını da kapsadığından bu maddenin mehazına uygun şekilde yorumlanması yeterlidir[404]. Zira "*piyasa kaynaklarının paylaşımı*" ibaresi de maddenin mehazında yer alan ve üretici veya alıcı teşebbüsler arasında gerçekleştirilen bir anlaşmayla malın elde edilebileceği üretim, dağıtım, satış gibi kanalların belirli teşebbüslerin kontrolüne bırakılması anlamına gelen "*arz kaynaklarının paylaşımı*" kavramını karşılamaya elverişlidir. Dolayısıyla AB uygulamasında olduğu gibi Türk rekabet hukukunda da coğrafi piyasaların, müşterilerin veya arz kaynaklarının paylaşılmasına yönelik yatay anlaşmaların, piyasa üzerindeki etkilerine bakılmaksızın niteliği gereği hukuka aykırı sayıldığını söylemek mümkündür[405].

Rakip teşebbüsler arasındaki bölge veya müşteri paylaşımı, doğrudan anlaşmaya konulan bir hükümden ziyade teşebbüslere ayrılan coğrafi bölge veya müşteri grupları dışından gelen talepleri kabul eden teşebbüslerin kotalarının düşürülmesi ya da bu teşebbüslere mal vermenin kesilmesi şeklindeki dolaylı yollarla yapılmaktadır. En nihayetinde tüketici ve alıcıların seçim özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bölge ve/veya müşteri paylaşımına yönelik bu uygulamalar, satıcıların ticari özgürlüklerinin de ellerinden alarak rekabet açısından büyük bir tehlike oluşturmaktadır[406].

---

paylaşımının aralarındaki anlaşmanın amacına ulaşması için zorunlu bir yan kısıtlama olduğu yönündeki savunmalarını reddetmiştir. Bkz. Case COMP/39.401; **Whish/Bailey**, s. 566 - 567.

404 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 109; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 224; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 92.

405 Kurulun yatay kısıtlama görünümündeki müşteri ve/veya bölge paylaşımına yönelik yaklaşımı için bkz. Ege Bölgesi'nde faaliyet gösteren hazır beton üreticileri hakkında verilen 26.07.2007 tarih, 07-62/740-268 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 320; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 173.

406 Piyasa paylaşımı anlaşmalarının altında yatan asıl amaç, her bir teşebbüsün kendisine ayrılan bölge ve/veya müşteri grubu bakımından hakim duruma gelmesini sağlamaktır. Bu amaca ulaşmak adına piyasanın ilgili bölümünde yaratılan tekel etkisi tüketicilerin ve alıcıların tercih imkanlarını büyük

3. Arz Miktarının Kısıtlanması veya Kotalar Konması

Rakip teşebbüslerin aralarında gerçekleştirdikleri anlaşmayla arz miktarını kontrol etmesi, fiyat tespiti için attıkları bir ilk adım niteliğindedir. Zira piyasadaki arz ve talebin karşılaşmasıyla belirlenmesi gereken fiyatın yapılacak bu tür bir anlaşmadan etkilenmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla arzın piyasa dışında tespitini öngören her anlaşma piyasadaki fiyatı da etkilemek suretiyle rekabeti kısıtlamaktadır[407].

Piyasadaki arz miktarının kontrolü teşebbüslerin elde etmeyi umdukları menfaatin türüne göre iki yönde de uygulanabilmektedir. Öyle ki haksız kazanç sağlamak isteyen teşebbüsler arz miktarını kısıtlayarak fiyatları yükseltirken rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak veya piyasaya yeni girişleri engellemek arzusunda olanlar arzı artırarak fiyatları düşürmektedir[408]. Hedefi fark etmeksizin arzın kontrolüne yönelik anlaşmaların başarıya ulaşması için bu anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin üretim miktarlarının dikkatle takip edilmesi gerekmektedir. Uygulamada tarafların bu sorunu genellikle her birinin piyasadaki üretimin belirli bir bölümünü üstleneceği kota sistemi üzerinde anlaşarak aşmaya çalıştığı görülmektedir. Bu nedenle AB rekabet hukukunda arzı kısıtlayan anlaşmalara, "kota anlaşmaları (*quota agreements*)" da denilmektedir[409]. Teşebbüslerin arz miktarının sabitlendiği böyle bir durumda piyasa paylarını artırmaları mümkün olmadığından kota anlaşmaları, piyasanın fiilen paylaşılmasına da hizmet

---

ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Benzer bir durum arz kaynaklarının paylaşılması sonucu ticari özgürlükleri ellerinden alınan satıcı konumundaki teşebbüsler açısından da söz konusu olmaktadır. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 201, dn. 295;**Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 225; **Whish**/**Bailey**, s. 565.

407 Bu duruma verilen en yaygın örneklerden biri de *National Macaroni Manufacturers* olayıdır. Bahsi geçen olayda makarna üreticileri hava koşullarından hareketle üretimde kullandıkları durum buğdayı mahsulünün az olacağını tahmin etmiş ve fiyatının artmaması için üretimlerini %50 oranında azaltma kararı almışlardır. Mahkeme bu anlaşmanın arz miktarını kısıtlamak suretiyle durum buğdayının alış fiyatını kontrol ettiği kanaatine ulaşmıştır. Bkz. *National Macaroni Manufacturers Associations v. FTC*, 421 US 65 (1965); **Akıncı**, s. 102; **Badur**, Fiyat Sınırlamaları, s. 34.

408 Hemen belirtmek gerekir ki teşebbüsler tarafından arz miktarının kısıtlanması her zaman fiyatların uzun süre yüksek seyretmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bilhassa giriş engellerinin bulunmadığı piyasalarda fiyatın yükselmesi piyasaya yeni girişleri teşvik etmek suretiyle arzı yeniden artırmakta ve fiyatların eski seviyesine gerilemesine yol açmaktadır. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 99.

409 AB'de sıklıkla başvurulan bu anlaşmalar, kartel üyelerinin olası bir hilesini engellemek için tedbiren bilgi değişimi, izleme, tazmin veya piyasa paylaşımı gibi anlaşmalarla birlikte uygulanmaktadır. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 113; **Whish**/**Bailey**, s. 569. Kota anlaşmalarının cezalandırıldığı ilk olay kinin üretimini durdurarak fiyatlarını yükselten teşebbüslerin cezalandırıldığı Quinine olayıdır. Bkz. *ACF Chemiefarma NV v. Commission*, 1970 ECR 661; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 100.

etmektedir. O halde arzın kontrolüne yönelik anlaşmalar, yalnız fiyat tespitinin değil piyasa paylaşımının bir parçası olarak da uygulama alanı bulabilmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı uygulama örneklerinden arzın kısıtlanmasını düzenleyen 4054 sayılı Kanunun 4/2(c) maddesindetalebin kısıtlanması haline de değinilmektedir. Madde metninde kullanınlan talep kavramı, sadece ara üretim malları veya aşamalarına ilişkin talepleri kapsamakta; kontrolü mümkün olmadığından tüketici kaynaklı talepleri içermemektedir. Ne var ki talebi kontrol eden her uygulama en nihayetinde arzın kontrolü anlamına geldiğinden doktrinde yalnız talebin kontrolünden söz edilemeyeceği de haklı olarak ifade edilmektedir[410]. Nitekim ABİDA'nın mehaz 101/1(b) maddesinde de talebin kısıtlanması düzenlenmemekte; üretimin, piyasaların, teknik gelişmenin veya yatırımların kısıtlanması ya da kontrolü hukuka aykırı sayılmaktadır. Madde metninde yer verilen üretimin ve yatırımların kısıtlanması ibaresi, arzın kısıtlanması ile eş değerse de teknik gelişmenin kısıtlanmasını karşılayabilecek bir ifadeye RKHK'nın 4/2(c) maddesinin lafzında rastlanmamaktadır. Ancak maddenin örnekleyici karakteri, teknik gelişmeyi kısıtlayan anlaşmaların genel yasak kapsamında değerlendirilmesine engel teşkil etmediğinden maddenin lafzındaki bu eksikliğin uygulama bakımından kritik bir farklılık yaratmadığı kabul edilmektedir[411].

Üretimi modernleştirmek, kalite standartlarını yeknesaklaştırmak veya bir ürünün üretiminde uzmanlaşmak gibi ekonomik ve rasyonel amaçlarla arzın kısıtlanmasına yönelen yatay anlaşmalar, gerek AB gerek Türk rekabet hukukunda öngörülen muafiyet hükümlerinden yararlanabilmektedir. Bu doğrultuda her iki hukuk sisteminde de uzmanlaşma anlaşmaları, üretim amaçlı ortak girişimler ile kriz kartelleri

410 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 319; **Badur**, Anlaşmalar, s. 98; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 228.

411 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 319; **Badur**, Anlaşmalar, s. 97; **Can**, s. 92; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 85; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 113; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 228. Yiğit ise arzın yalnız miktar olarak değil; teknik veya nitelik bakımından da kısıtlanabileceği gerekçesiyle, ABİDA'da yer alan "teknik gelişmenin kısıtlanması" ifadesinin de arzın kısıtlanması kapsamında değerlendirilebileceği görüşünü ileri sürmektedir. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 100.

kapsamındaki anlaşamalarda öngörülen arz kısıtlamaları hukuka uygun nitelendirilebilmektedir[412].

4. Dışlayıcı Uygulamalar

Teşebbüslerin bir kartel anlaşmasına taraf olarak rekabeti kısıtlamaktaki asıl amacı çoğu zaman ilgili piyasada tekel kârı sağlamaktır. Bu nedenle teşebbüsler, öncelikle mevcut rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak ve hatta onları piyasa dışına çıkartmak böylelikle ortadan kaldırdıkları rekabetin tekrar artmaması için ise yeni piyasaya yeni girişleri engellemek yoluna gitmektedir. Gerçek ve/veya potansiyel rakiplerin piyasa dışında tutulması adına başvurulan bu tür hukuka aykırı uygulamalara kısaca "dışlayıcı uygulamalar" da denilmektedir[413].

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinde rekabeti kısıtlayıcı uygulama örnekleri arasında ayrıca sayılmayan dışlayıcı uygulamalar, 4054 sayılı Kanunun 4/2(d) maddesinde; "*rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve kısıtlanması*", "*teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılması*" ve "*piyasaya girişlerin engellenmesi*" şeklinde gerçekleşen üç farklı uygulama halinde düzenlenmektedir. Bu uygulamalardan ilki olan rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve kısıtlanması halinin kapsamı fazlasıyla geniştir. Bizim de katıldığımız genel kabul gören görüşe göre rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması rekabetin gereği olduğundan bu ifadenin maddede kendisine yer bulan diğer uygulamalarla bağlantılı ve dar yorumlanmasında

412 **Badur**, Anlaşmalar, s. 98; **Can**, s. 92; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 113; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 229.

413 Aslan, Badur, Küçükayhan Aşcıoğlu ve Topçuoğlu konuyu "piyasaya girişlerin engellenmesi" başlığı altında incelemektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 322; **Badur**, Anlaşmalar, s. 99; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 86; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 231. Ancak kanaatimizce bu ibare uygulamada görülen ihlallerin tamamını karşılamaya elverişli değildir. Bu nedenle çalışmamızda daha geniş kapsamlı bir ifade biçimi olan "dışlayıcı uygulamalar" kavramının kullanılması tercih edilmektedir. Çalışmalarında dışlayıcı uygulamalar kavramını kullanan diğer yazarlar için bkz. **Akıncı**, s. 97; **Can**, s. 92; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 114; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 100.

yarar vardır[414]. Kanaatimizce burada kastedilen en az iki teşebbüsün aralarında anlaşarak rakip konumdaki bir diğer teşebbüsün faaliyetlerini; hammade temini aşamasında yarattıkları güçlükler, yıkıcı fiyat veya fahiş cezai şart gibi uygulamalarla piyasadan çıkması pahasına zorlaştırmasıdır. Dolayısıyla dışlayıcı uygulamalar bahsinde önemle üzerinde durulması gereken nokta teşebbüslerin yapacakları anlaşmalarla rakiplerini piyasa dışına çıkarması ve piyasaya yeni girişleri engellemesi halleridir.

Teşebbüsler, ticari hayatın gerekleri doğrultusunda anlaşma yapacakları teşebbüsleri seçmekte özgürdür. Ne var ki kendilerine tanınan bu özgürlüğü tekel haline gelmek amacıyla kullanan teşebbüslerin rekabet hukuku yaptırımlarıyla karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Nitekim rakiplerin bu amaçla bir araya gelerek piyasadaki belirli bir teşebbüsle ticari ilişki kurulmaması için yaptığı boykot anlaşmaları, haklı bir gerekçeye dayanıp daynamadıklarına bakılmaksızın tüm rekabet hukuku sistemlerinde yasaktır. Bu anlaşmalar ABD'de per se ihlal kabul edilirken AB uygulanamasında da ağır ihlal olarak nitelendirilmektedir[415]. RKHK'nın 4/2(d) maddesinde de teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılmasına yönelik uygulamalara örnek gösterilerek açıkça yasaklanan bu davranış biçimi, piyasaya yeni girişleri önlemekte de kullanılabilmektedir. Zira burada boykot edilen teşebbüsün rekabete dahil olabilmek için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlere erişimi kısıtlanarak en nihayetinde piyasaya erişimi de engellenmektedir. Boykot, diğer kartel davranışları olan fiyat tespiti ve piyasa paylaşımının doğal bir sonucu olmasına rağmen ihlalden zarar görenler bakımından bu uygulamalardan ayrılmaktadır. Bu iki uygulamadan doğan zararlar çeşitli teşebbüsler ve tüketiciler

414 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 322; **Badur**, Anlaşmalar, s. 99; **Can**, s. 92; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 87; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 114; **Topçuoğlu**, s. 232. Hükmün bu şekilde dar yorumunun amacına aykırı olduğuna dair aksi görüş için bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 102.

415 Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin konuya yönelik per se yaklaşımı için bkz. *Fashion Originators' Guild of America (FOGA) v. FTC*, 312 US 457 (1941); **Akıncı**, s.106; **Uran**, s. 113.

üzerinden rekabetin geneline yayılırken boykotun mağduru boykot edilen teşebbüs veya teşebbüsler olmaktadır[416].

Yaptıkları anlaşmalardan elde ettikleri menfaatleri uzun ömürlü kılmak isteyen teşebbüslerin başvuracağı dışlayıcı uygulamalardan sonuncusu yüksek kâr oranlarıyla cazip hale getirdikleri piyasaya yeni girişleri engellemektir. Piyasadaki temel girdileri elinde bulunduran teşebbüslerin aralarında anlaşıp bu girdilere erişimi kısıtlayarak piyasaya girişleri engellemeyi deneyebilmektedir. Ancak bu girişimin başarıya ulaşması dikey anlaşmaların desteğiyle mümkündür[417]. Bu nedenle uygulamada giriş engellerinin dikey anlaşmalar veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüsleri bir araya getirerek kolektif bir güç yaratan teşebbüs birlikleri eliyle yaratıldığı görülmektedir[418].

5. Ayrımcılık

Teşebbüslere akdettikleri anlaşmalarda yer alan şartları dilediğince belirleyebilme izni veren sözleşme özgürlüğüne rekabet hukukuyla getirilen sınırlamalardan biri de ayrımcılık yasağıdır. Gerek AB gerek Türk hukukunda rekabeti kısıtlayıcı uygulama örnekleri arasında sayılan ayrımcılık yasağının kaynağı ABD'de çıkarılan ve sadece ayrımcılığı konu alan Robinson-Patman Yasası'dır[419]. Bu yasak

---

416 **Akıncı**, s. 107; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 234. Boykot uygulamalarının gösterdiği bu özelliğin, rekabet hukukunun rekabet edenleri değil; rekabeti koruma amacıyla çeliştiği bu nedenle rekabet hukukunda boykotun cezalandırılmaması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz. **Uran**, s. 110.

417 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 322; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 115; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 103. Bilhassa teşebbüslerin piyasa gücünün yetersiz olduğu veya marka bağımlılığı olmayan homojen malların bulunduğu, giriş engelleri düşük piyasalarda yeni girişlerin engellenmesi, yatay anlaşmalardan ziyade teşebbüslerin yaptığı dikey anlaşmalara bağlıdır. Bkz. **Akıncı**, s. 99.

418 Çatı kaplama üreticileri ve satıcıları kooperatifi üyeleri arasında yapılan anlaşmada yer alan ve üyelerin fabrikalarını kooperatif üyeleri dışındakilere devretmeyeceğini öngören hükmün piyasaya girişleri engelleyeceği gerekçesiyle rekabeti kısıtlayıcı bulunduğu *Belasco* davası için bkz. *Belasco and Others v. Commission*, [1989] ECR 2117; **Badur**, Anlaşmalar, s. 101. Kurulun aynı yönde 20.10.2000 tarih, 00-40/443-243 sayılı TÜRSAB kararı; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 176. Hemen belirtmek gerekir ki bazı teşebbüs birliklerine piyasaya girişleri denetleme yetkisi tanınabilmektedir. Böyle bir durumda yetkili teşebbüs birliğinin objektif bir gerekçe olmaksızın başvuruları reddetmesi de dışlayıcı uygulama sayılmaktadır. Bkz. **Can**, s. 96; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 104.

419 Clayton Yasası'nın ikinci bölümünde yapılan değişiklik üzerine 1936 yılında yürürlüğe giren Robinson-Patman Yasası, piyasadaki rekabetten ziyade rekabet edenleri korumaktadır. Bu yasa ile satıcı teşebbüslerin, birbirleriyle fiyat rekabeti içerisinde bulunan alıcılar arasında farklı fiyat vermek suretiyle ayrımcılık yapması engellenmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 219, dn. 376; **Uran**, s. 31.

teşebbüslerin aralarında anlaşarak rakiplerini dezavantajlı hale getirmesini engellemek suretiyle piyasadaki teşebbüslerin tamamına rekabet yarışında fırsat eşitliği yaratmayı amaçlamaktadır[420].

4054 sayılı Kanunun 4/2(e) maddesinde "*münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki teşebbüslere farklı şartların uygulanması*" şeklinde ifade edilen ayrımcılık yasağı, mehazı ABİDA101/1(d)'de ise "*eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulanarak ticari ilişkinin diğer taraflarının rekabet açısından dezavantajlı konuma sokulması*" olarak tanımlanmaktadır. Maddelerin lafzında da görüleceği üzere 4054 sayılı Kanunun 4/2(e) maddesi, ABİDA'nın mehaz 101/1(d) maddesinden farklı olarak münhasır bayiliği ayrımcılık yasağından istisna tutmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki söz konusu istisna sadece sağlayıcının kurduğu münhasır dağıtım ağı vasıtasıyla alıcıları arasında fark gözetmesine imkan tanıyan dikey ilişkiler ile sınırlıdır[421]. Dolayısıyla yatay ilişkilerden kaynaklı ayrımcı uygulamalar, oluşturulan bir münhasır bayilik sistemi aracılığıyla gerçekleştirilseler dahi bu istisnadan yararlanamamaktadır. Bununla birlikte her ayrımcı uygulama da rekabeti kısıtlamamaktadır. RKHK'nın 4/2(e) maddesinde ABİDA'da olduğu gibi açıkça zikredilmese dahi ekonomik veya rasyonel gerekçelere dayanan ve rekabette teşebbüslerden birini diğerlerine göre daha dezavantajlı duruma düşürmeyen ayrımcı uygulamalar Türk rekabet hukukunda da hukuka aykırı sayılmamaktadır[422]. O halde, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla yaratılan bir ayrımcılıktan bahsedebilmek için (*i*)

---

420 **Ateş**, Ayrımcı Uygulamalar, s. 23; **Badur**, Anlaşmalar, s. 103; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 116.

421 **Ateş**, Ayrımcı Uygulamalar, s. 19; **Sanlı**, Geçersizlik, s. ; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 107.

422 Rekabet Kurulunun 24.02.2000 tarih, 00-8/70-32 sayılı McDonald's kararı. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 179; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 90. Aslan ve Sanlı, ABİDA'da kullanılan "*ticari ilişkinin diğer taraflarının rekabet açısından dezavantajlı konuma sokulması*" ifadesine RKHK'da yer verilmemiş olmasının ilgili hükmü işlevsiz hale getirdiği kanaatindedir. Yazarlara göre hüküm bu haliyle rekabeti kısıtlayıcı olmayan ayrımcı uygulamalara da tatbik edilebilecek niteliktedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 326; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 118. Hükmün ABİDA'daki mehazıyla uyumlu hale getirilmesinin uygulama yönünden daha sağlıklı olacağı açıksa da mevcut halinin rekabeti kısıtlayıcı olmayan ayrımcılıklara da uygulanabileceği savı kanaatimizce isabetli değildir. Zira RKHK'nın 4. maddesinde sayılan ve ayrımcılığın da aralarında yer aldığı uygulamaların rekabeti kısıtlayıcı amaç veya etki prensibinden ayrı düşünülmesi imkanı bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 107. Nitekim RKHK'daki düzenlemeye karşı yaklaşımın bu yönde olması gerektiği 30.10.2008 tarih, 08-61/ 996-388 sayılı Rosch II kararında Kurul tarafından da ortaya konmuştur. Bkz. **Ateş**, Ayrımcı Uygulamalar, s. 23.

en az iki teşebbüs arasında münhasır bayilik harici bir ilişkinin bulunması (*ii*) bu ilişkinin eşit durumdaki teşebbüsler arasında ayrımcılık yapmak amacıyla kurulması veya bu etkiyi doğurması (*iii*) ayrımcılığa maruz kalan teşebbüsü rekabette dezavantajlı duruma düşürmesi şartlarının sağlanması gerektiğini söylemek mümkündür.

Rekabeti kısıtlayıcı ayrımcı uygulamalar genellikle fiyat veya diğer ticari koşulların belirlenmesinde yapılan ayrımcılık ile coğrafi bölge ayrımı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle ayrımcılık uygulamalarının her zaman 4054 sayılı Kanunun 4/2(a) ve 4/2(b) maddelerinin ihlal etme ihtimali de mevcuttur. Bu bağlamda, başta maliyet esasına dayanmayan farklı fiyat uygulamaları olmak üzere, satış sonrası hizmetlerin kalitesinde bölge ayrımı, özel indirim oranları veya vade ayrıcalıkları gibi uygulamalar bu tür ayrımcılıklara örnek teşkil edebilmektedir. Ayrımcı uygulamalar yoluyla teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenmesi de mümkündür. Nitekim piyasada faaliyet gösteren rakiplerin aralarında anlaşarak sağlayıcılara yaptığı baskı sonucu, sağlayıcıların piyasaya yeni girecek teşebbüslere daha yüksek, kendilerine daha düşük fiyatlarla mal temin etmesini sağlamaları halinde durum böyledir[423]. Benzer bir tavrın piyasada halihazırda faaliyet gösteren teşebbüslere karşı alınması halinde ise ayrımcılık piyasadan çekilme ile sonuçlanabilmektedir.

Ayrımcı uygulamalar neticesinde "birincil" ve "ikincil" seviye şeklinde birbirinden ayrılan iki tür zarar meydana gelebilmektedir. Ayrımcı uygulamalarla rakiplere verilen zararlar, birincil seviye zararları (*primary line injury*) oluştururken ikincil seviye zararlar (*secondary line injury*), alıcı veya sağlayıcı konumundaki müşterilere karşı yapılan ayrımcılıktan kaynaklanan zararları ifade etmektedir[424]. Dolayısıyla birincil seviye zararların kaynağı ayrımcı uygulamaların, ayrımcı teşebbüslerin faaliyet gösterdiği piyasadaki; ikincil seviye zararlara kaynaklık edenlerin

[423] **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 236; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 111.
[424] **Ateş**, Ayrımcı Uygulamalar, s. 24; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 118; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 110.

ise üçüncü kişi durumundaki teşebbüslerin faal olduğu piyasalardaki rekabeti kısıtladığı kabul edilmektedir.

B. Teşebbüsler Arası Anlaşmalarda Görülen Dikey Kısıtlama Örnekleri

Dikey kısıtlamalar, piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren ve aslen birbirinin rakibi olmayan teşebbüslerden genellikle sağlayıcı konumundaki teşebbüs tarafından alıcı konumundaki dağıtıcı teşebbüsün hareket özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları ifade etmektedir[425]. Yatay kısıtlamalardan farklı olarak hakkında muafiyet rejimi işletilebilen dikey kısıtlamaların hukuka aykırılığını belirleyen bizzat kısıtlamanın kendisi değil; piyasa üzerindeki etkileridir. Dolayısıyla kabaca "fiyata ilişkin kısıtlamalar" ve "fiyat dışı kısıtlamalar" olmak üzere iki ana başlıkta toplanabilen bu kısıtlamaların kaç türü olduğu konusunda kesin bir şey söylemek güçtür. Ancak gerek ABİDA ve RKHK'da sayılan örneklerden gerekse dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanıyan 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin ilgili maddelerinden hareketle bir kısım dikey kısıtlamalar özel olarak sıralanabilmektedir. Uygulamada da sıklıkla karşılaşılan bu dikey kısıtlamalar; yeniden satış fiyatlarının tespiti ve bu tespiti kolaylaştırıcı bir eylem olan en çok kayırılan müşteri şartı uygulaması, bölge veya müşterilerin paylaşılması, rakip konumdaki benzer malların üretilmesini ve alım - satımını engelleyen rekabet yasağı ile bağlama uygulamalarıdır[426].

---

425 **Büyükeroğlu**, s. 6; **Ekdi**, Dikey Anlaşma, s. 99; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 162; **Yavuz**, s. 3.
426 **Aşçıoğlu Öz**, Dikey Anlaşmalar, s. 1; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 29; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 110.

1. Yeniden Satış Fiyatının Tespiti

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101. maddesi ve 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde yer verilen hukuka aykırı uygulama örneklerinden olan fiyata ilişkin sınırlamalar, dikey anlaşmalarda genellikle yeniden satış fiyatının tespiti (*resale price maintenance*) görünümündedir. Yeniden satışa konu bir ürünün hangi fiyattan satılacağının sağlayıcı tarafından belirlenmesi suretiyle alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestîsinin ortadan kaldırılması halini ifade eden bu uygulama, görülme sıklığı itibarıyla da en önemli dikey kısıtlama çeşididir[427].

Dikey bir kısıtlama türü olarak yeniden satış fiyatı tespiti; yarattığı fiyat şeffaflığıyla sağlayıcı seviyesinde kurulan bir kartelin koordinesini kolaylaştırmak, marka içi rekabeti azaltarak alıcı kartellerinin oluşumuna katkı sağlamak, perakende seviyede fiyatları yükseltmek ve piyasaya yeni girişleri engelleyerek inovasyon ve dinamizmi azaltmak gibi pek çok olumsuz etkiyi bünyesinde barındırmaktadır[428]. Bu nedenle yeniden satış fiyatının tespitini amaçlayan uygulamalar, 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğin 4. maddelerinde ilgili dikey anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkaracağı öngörülen açık kısıtlamalar (*hardcore restrictions*) arasında da ilk sırada sayılmaktadır[429]. Anılan düzenlemelerde yalnız ürün için belirlenen taban fiyat ve üstündeki satışlara izin verilmesi suretiyle indirim dönemlerinde dahi alıcının bu fiyatın altına satış yapmasını engelleyen asgari veya sabit

---

427 Bir ürünün yeniden satış fiyatının tespitine yönelik bu dikey kısıtlama türünü "*ürünün üreticisinin veya dağıtıcısının perakende seviyedeki satış fiyatını veyaürünün dağıtımında perakende aşamadan önceki dağıtım seviyesinde, hangi fiyattan satılacağını belirlediği bir fiyatlandırma uygulaması*" şeklinde tanımlamak da mümkündür. Bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 77; **Yavuz**, s. 13.

428 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 63, para. 224; **Hofmann**, Christian, "Vertical Price Fixing in Europe and the U.S. - The Way to a Uniform Approach for Both Markets", European Business Law Review, Vol. 24, Issue 6, 2013, pp. 699 - 730, s. 701; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 113.

429 **Arı**, M. Haluk, "Yeniden Satış Fiyatının Tespiti: Üç Dönemin Hikayesi ve Çıkarımlar", Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı - Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Kılavuz, İnternet Satışları, MFC Şartları ve Diğer Gelişmeler, Editör: Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 181-224, s. 185. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 80; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 113; **Whish/Bailey**, s. 686. Rekabet hukukunda açık kısıtlamalar (*hard core restrictions*), "*herhangi bir yararlı etkisi olmayan ve rekabet otoriteleri tarafından açık ihlal olarak kabul edilen anlaşma ve uygulamalar*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **RK**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s. 50.

satış fiyatının tespitine yönelik dikey anlaşmaların akdedilmesi yasaklanmaktadır. Ancak alıcının belirlenen fiyatın altına satış yapmasına imkan tanıyan azami veya tavsiye fiyat uygulamaları, yasak kapsamında kabul edilmemektedir[430]. Azami ve tavsiye fiyat tespitine tanınan bu serbestinin sınırını da belirlenen fiyatın asgari veya sabit satış fiyatına dönüşmemesi şartı oluşturmaktadır[431]. Zira asgari yeniden satış fiyatı, sağlayıcı tarafından aralarındaki anlaşma vasıtasıyla alıcıya doğrudan dayatılabileceği gibi tavsiye veya azami fiyat uygulamalarının arkasına gizlenerek alıcının kâr payının ya da indirim oranlarının en üst seviyesinin belirlenmesi, tavsiye edilen fiyata uyan alıcılara ek indirimler yapılması yahut bu fiyata uymayanların faaliyetlerinin zorlaştırılması, cezalandırılması, tehdit edilmesi ve hatta anlaşmalarının sonlandırılması benzeri uygulamalarla dolaylı olarak da tespit edilebilmektedir[432]. Bu nedenle doğrudan veya dolaylı şekilde yapılmış olmaları fark etmeksizin asgari satış fiyatının tespiti amacına yönelen bu tür dikey kısıtlamalara, gerek AB gerek Türk rekabet hukukunda grup muafiyetinden yararlanma hakkı tanınmamaktadır.

Son yıllarda otoritelerin yaklaşımında yaşanan dikkat çekici değişimler de yeniden satış fiyatının tespiti konusunu sıklıkla rekabet hukuku gündemine taşımaktadır. ABD'de 1911 tarihli *Dr. Miles* kararında dikey fiyat kısıtlamalarını *per se* yasaklayan Yüksek Mahkeme, zamanla bu görüşünü esnetmiş; 2007 yılında verdiği *Leegin* kararıyla ise *per se* yaklaşımını tamamen terk ederek asgari yeniden satış fiyatının tespitinin *rule of reason* analizine tabi tutulması gerektiğine karar vermiştir[433].

---

430 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 17, para. 48;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 8, para. 18. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *State Oil* kararında dikey anlaşmalardaki azami satış fiyatının tespitine ilişkin kayıtların per se hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu kararla azami fiyat tespiti için benimsenen rule of reason yaklaşımını Komisyon da benimsemiştir. Bkz. *State Oil v. Khan*, 522 US 3 (1997); **Hofmann**, s. 717; **Whish**/**Bailey**, s. 703, dn. 369; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 176.

431 **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 80. ABAD, alıcının söz konusu satış fiyatını düşürme imkanı olmadıkça tespit edilen azami satış fiyatının, asgari veya sabit satış fiyatı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *CEPSA Estaciones de Servicio SA v. LV Tobar e Hijos SL*, Case C - 279/06, [2008] ECR I - 6681; **Whish**/**Bailey**, s. 687. Bildirilen azami veya tavsiye fiyatların, sabit ya da asgari fiyata dönüşmemesi için ilgili fiyatın niteliğinin yayınlanan fiyat listeleri veya gönderilen ürünlerin üzerinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bkz. **RK**, Dikey Kılavuz, s. 8, para. 17.

432 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 8, para. 18; **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 17, para. 48.

433 *Dr Miles Medical Co v. John D. Park and Sons Co*, 220 US 373 (1911); *LeeginCreative Leather Product Inc. v. PSKS Inc., DBA Kay's Shoes*, 551 US 877 (2007). Bkz. **Aşçıoğlu Öz**, Dikey

Bu kararla birlikte ekonomik etkinliği azaltmadığı veya piyasa üzerindeki olumlu etkilerinin daha fazla olduğu gibi argümanlarla savunulabilir hale gelen asgari satış fiyatı tespitinin, hukuka aykırılığının ortaya konması da yoğun iktisadi analizlerin varlığına bağlanmıştır[434]. Eyaletler bazında bugün dahi yeknesaklık kazanamamış olmasına rağmen ABD'de federal düzeyde yaşanan bu görüş değişikliği, birçok rekabet hukuku sistemini etkisi altına almayı başarmıştır[435]. *Leegin* kararı sonrası AB rekabet hukukunun per se yaklaşımına daha yakın duran katı tutumu eleştirilmiş ve gözler dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanıyan Komisyon Tüzüğü değişikliğine çevrilmiştir. Beklenenin aksine 2010 yılında yürürlüğe giren yeni tüzükte (330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü) de Komisyonun, asgari yeniden satış fiyatının tespitine bakış açısı değişmemiştir. Yalnız bu defa Komisyon tarafından yayınlanan dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzda yeniden satış fiyatı tespitinin piyasaya yeni bir ürün sunmayı kolaylaştırmak, satış veya satış öncesi hizmetlerde etkinliği sağlamak, ürün imajını korumak, bazı hizmetlerde bedavacılığı (*free-riding*) önlemek gibi olası olumlu etkilerine de yer verilerek etkinlik artışı savunması yapılabileceği vurgulanmıştır[436]. AB'nin yaklaşımını, yeniden satış fiyatının yaratabileceği kimi etkinlik artışlarını kabul ederken rekabeti kısıtlayıcı etkilerini de göz ardı etmeyen yapılandırılmış bir rule of reason olarak özetlemek mümkündür[437]. Komisyonun yeniden satış fiyatının tespitini, on beş yılı aşkın bir süreden sonra ilk kez 2018 yılında cezalandırması da bu yaklaşımı

Anlaşmalar, s. 8;**Ilıcak**, s. 56; **Whish**/**Bailey**, s. 686, dn. 247; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 64. Bu değişimi hazırladığı kabul edilen *Schwinn*, *Colgate*, *Simpson*, *General Electric*, *Monsanto*, *Sharp Electronics* gibi diğer Yüksek Mahkeme kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 26 vd; **Büyükeroğlu**, s. 57 vd; **Hofmann**, s. 711 vd; **Yavuz**, s. 14 vd.

434 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 348; **Aşçıoğlu Öz**, Dikey Anlaşmalar, s. 9; **Ilıcak**, s. 58.

435 OECD'nin 2009 yılında yayınladığı konuya ilişkin raporda yeniden satış fiyatının tespitine yönelik per se yaklaşımının büyük ölçüde taraftar kaybettiği belirtilmektedir. Bkz. **OECD**, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Roundtable on Resale Price Maintenance*, 10.09.2009, DAF/COMP (2008) 37, s. 12, para. 5;**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 348.

436 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 348; **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 64, para. 225; **Hofmann**, s. 718;**Ioannidou**, Maria/ **Nowag**, Julian, "Can two wrongs make a right? Reconsidering minimum resale price maintenance in the light of Allianz Hungária", European Competition Journal, Vol. 11, Nos. 2 - 3, 2015, pp. 340 - 366, s. 342; **Whish**/**Bailey**, s. 703.

437 Komisyonun bahsi geçen tutumuna, yapılandırılmış rule of reason denilmektedir. Bkz. **Ilıcak**, s. 62.

kanıtlar niteliktedir[438]. Ancak AB'nin bu konuda güvenli bir bölge olmadığını hatırlatmak adına geçen sürede Alman rekabet otoritesi BKA'nın yeniden satış fiyatı tespitini per se ihlal kabul ederek cezalandırdığını da belirtmek gerekir[439].

Türk rekabet hukukunda asgari yeniden satış fiyatı tespitinin hukuka aykırılığının ortaya konması aşamasında Kurul'un 2007 yılından 2011 yılına kadar rule of reason analizine sıcak baktığı görülmektedir[440]. *Leegin* kararının da etkisiyle o dönem içinde bulunduğu yaklaşımı açıkça belirttiği 2007 tarihli *Vira Kozmetik* kararında Kurul, yeniden satış fiyatı tespitinin per se yasak olmadığını yalnız piyasayı olumsuz etkilemesi halinde hukuka aykırı kabul edileceğini ifade etmiştir[441]. 2011 yılına gelindiğinde ise Kurul'un yeniden satış fiyatının tespiti konusunda verdiği *Anadolu Elektronik* kararı ile yaşadığı keskin görüş değişimi dikkat çekmektedir[442]. Tarafların *Leegin* ve *Vira Kozmetik* kararlarını dayanak gösterdiği savunmalarına karşılık yeniden

---

438 Yeniden satış fiyatının tespiti konusunda en son 2001 yılında *Volkswagen*'i cezalandıran Komisyon, 2018 yılında *Asus, DenonandMarantz, Philips* ve *Pioneer'*i, internet satışlarındaki fiyatın tespitine yönelik uygulamaları dolayısıyla ayrı ayrı cezalandırmıştır. Bkz. *Volkswagen v. Commission*, 2001/711/EC, OJ L 262, 02.10.2001, p. 14 - 37; *Asus*, C/2018/4773, OJ C 338, 21.09.2018, p. 13 - 15; *Denon and Marantz*, C/2018/4774, OJ C 335, 20.09.2018, p. 5 - 6; *Philips*, C/2018/4797, OJ C 340, 24.09.2018, p. 10 - 11; *Pioneer*, C/2018/4790, OJ C 338, 21.09.2018, p. 19 - 21.

439 *Bundeskartellamt*, 2016 yılında ön plana çıkan bazı ürünlerin yeniden satış fiyatını tespit ettiği gerekçesiyle LEGO firmasını cezalandırırken 2017 yılında da yalnızca anlaşmada fiyat tespitinin uygulanmasını kolaylaştıracak unsurlara ve uygulamada fiyatların sabitlenip sabitlenmediğine bakarak mobilya üreticilerini yeniden satış fiyatını belirledikleri gerekçesiyle cezalandırmıştır. Per se yaklaşımına uygun olarak kararda anlaşmanın piyasa üzerindeki etkileri değerlendirilmemiştir. Kararların tam metnine erişim ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Bundeskartellamt**, Case Database, https://www.bundeskartellamt.de/SiteGlobals/Forms/Suche/EN/Entscheidungssuche_Formular.html?nn=3593644&docId=3589950 (E.T. 31.07.2019).

440 Kurul'un bu yaklaşımına örnek olarak 15.07.2009 tarih, 09-33/725-165 sayılı *Dagi*; 25.11.2009 tarih, 09-57/1365-357 sayılı *KWS*; 23.09.2010 tarih 10-60/1251-469 sayılı *YATSAN* gibi kararları gösterilebilir. Bkz. **Arı**, M. Haluk, s. 204; **Gürkaynak**, Gönenç/**Güner**, Ayşe/**Özkanlı**, Ceren, "Yeniden Satış Fiyatının Tespiti İncelemesinde 'Per Se' ve 'Rule of Reason' Yaklaşımı", Rekabet Forumu, S. 70, Ocak 2013, s. 4 - 11, s. 4; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 78.

441 Kurul bu kararında yurt dışındaki konuya ilişkin tartışmalara da değinerek almış olduğu ilk kararlardaki per se yaklaşımını bırakarak son dönemlerde rule of reason yaklaşımını benimsediğine dikkat çekmiştir. Yeniden satış fiyatının tespiti konusunda yapılan analizde tüketicinin böyle bir ihlalden zarar görmemesi, dikey fiyat belirlemenin rakipler arasında yatay bir fiyat birlikteliğine dönüşmemesi ve ilgili pazarda markalar arası rekabetin kısıtlanmaması hususlarının göz önünde bulundurulduğu belirtilmiştir. Bkz. 02.08.2007 tarih, 07-63/767-275 sayılı Kurul Kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 351; **Gürkaynak/Güner/Özkanlı**, s. 4; **Sanlı,** Kerem Cem, "Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar - 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2009, s. 75 - 194, s. 160.

442 Kurul, kararının gerekçesinde 4054 sayılı Kanunun 4. ve 2002/2 sayılı Tebliğin 4 (a) maddelerine dikkat çekerek yeniden satış fiyatının tespitine yönelik anlaşmaların amaçları gereği rekabeti kısıtlayıcı kabul edildiğini ve bu anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerinin ayrıca araştırılmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bkz. 23.06.2011 tarih, 11-39/838-262 sayılı Kurulu Kararı; **Arı**, M. Haluk, s. 201; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 491; **Gürkaynak/Güner/Özkanlı**, s. 6.

satış fiyatının tespitini per se ihlal olarak nitelendirdiği bu kararında rule of reason yaklaşımını terk eden Kurul, yeniden satış fiyatının tespiti gerekçesiyle cezaya hükmettiği 2016 tarihli *Aral Oyun*, 2018 tarihli *Henkel* ve *Sony Eurasia* kararlarıyla da ihlalin niteliğine ilişkin per se yaklaşımını sürdürmüştür[443]. 2019 yılının ilk döneminde verilen *Turkcell*[444] ile *Maysan Mando*[445] kararları da düşünüldüğünde Türk rekabet hukukunda yeniden satış fiyatı tespitinin son dönemdeki favori soruşturma konularından biri olduğunu ve etki temelli yaklaşımdan uzaklaşan Kurul'un teşebbüsleri sıklıkla cezalandırdığını söylemekte beis yoktur[446].

Avrupa Birliği'nde Komisyon ve Türkiye'de Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzlarda sayılan tüm koşulların sağlanması

---

443 Kurul, 07.11.2016 tarih, 16-37/628-279 sayılı *Aral Oyun* ve 19.09.2018 tarih, 18-33/556-274 sayılı *Henkel* kararlarında yeniden satış fiyatının tespitine yönelik uygulamalarını piyasa üzerindeki etkilerini incelemeksizin cezalandırmıştır. 2018 yılının sonunda verilen *Sony Eurasia* kararında daha önce verdiği Aral Oyun ve Henkel kararlarını da hatırlatan Kurul, hiçbir etki değerlendirmesi yapmaksızın bayilerin online satış fiyatlarını tespit ettiği gerekçesiyle Sony Eurasia Pazarlama A.Ş. hakkında idari para cezasına hükmetmiştir. Bkz. 28.11.2018 tarih, 18-44/703-345 sayılı Kurul Kararı; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.08.2019).

444 Bu karar; Kurul'un daha önce aynı konu hakkında fakat aksi yönde verdiği 06.06.2011 tarih, 11-34/742-230 sayılı kararının, Danıştay tarafından iptali üzerine verilmiştir. 2011 yılında verdiği kararında yeniden satış fiyatının tespitine yönelik uygulamaları rule of reason analizine tabi tutan Kurul, burada haklı bir sebep bulamasa da Turkcell'in tavsiye edilen satış fiyatını bildirmenin ötesinde yeniden satış fiyatını tespit ettiğine ve tavsiye fiyattan ayrılanlara yaptırım uyguladığına ilişkin yeterli delil elde edilemediği gerekçesiyle Turkcell'i cezalandırmamıştır. Ancak dosyadaki delilleri inceleyen Danıştay 13. Dairesi, 16.10.2017 tarih, 2011/4560 E. 2017/2573 K. sayılı iptal kararının gerekçesinde hakim durumda bulunan bir teşebbüsün yeniden satış fiyatını tespit etmesine göz yumulamayacağını belirtmiştir. Danıştay kararına istinaden konuyu tekrar incelemeye alan Kurul, bu kez satışa sunduğu kontörlerin yeniden satış fiyatını belirlediği gerekçesiyle Turkcell hakkında idari para cezasına hükmetmiştir. Bkz. 10.01.2019 tarih, 19-03/23-10 sayılı Kurul Kararı; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.08.2019). Kurul'un 2011 tarihli *Turkcell* kararı hakkında ayrıntılı bilgi için ise bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 493.

445 Maysan Mando hakkında 4054 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca yapılan şikayete istinaden yapılan ön araştırma sonucu soruşturma açılmaması yönünde verilen Kurul kararının Ankara 15. İdare Mahkemesinin 25.10.2017 tarih, 2016/3742 E. 2017/2794 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine dosyayı yeniden değerlendiren Kurul; bu kez Maysan Mando Otomotiv Parçaları San. ve Tic. A.Ş.'nin amortisör ürünlerinin yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. 20.06.2019 tarih, 19-22/353-159 sayılı Kurul kararı; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.08.2019).

446 Anadolu Elektronik kararı sonrasından içinde bulunduğumuz bu döneme kadar geçen sürede Kurul'un yaptığı etki analizi doğrultusunda yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin kimi dosyalarda soruşturma açarak teşebbüsleri cezalandırmak yerine 4054 sayılı Kanunun 9. maddesi uyarınca görüş bildirdiği de görülmektedir. Örneğin bkz. 20.08.2014 tarih, 14-29/597-263 sayılı *Çilek Mobilya*; 20.11.2015 tarih, 15-41/682-243 sayılı *Mars Sinema*; 08.03.2018 tarih, 18-07/112- 59 sayılı *Duru Bulgur* kararı. Ancak 2019 yılı itibarıyla sırf bu konuda açılan on dört soruşturma olması dahi Kurulun yeniden satış fiyatının tespitine dair hassasiyetindeki artışı gözler önüne sermektedir. Şüphesiz hukuki açıdan bu hassasiyet artışında idari yargının takındığı yeniden satış fiyatının tespiti karşıtı tutumun da etkisi vardır. İdari yargı kararıyla Kurul tarafından tekrar açılan soruşturmalardan en yenisi henüz sonuçlanmayan 04.04.2019 tarihli Bellona soruşturmasıdır. Bkz. **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.08.2019); **Arı**, M. Haluk, s. 212.

halinde yeniden satış fiyatı tespiti anlaşmalarının da bireysel muafiyetten yararlanabileceği belirtilmektedir[447]. Ne var ki AB'de açık kısıtlamalar, Komisyon tarafından amacı itibarıyla rekabete aykırı kabul edildiğinden anlaşmayla sağlanması gereken etkinlik artışını ispat yükü büyük oranda teşebbüslerin üzerinde kalmaya devam etmektedir[448]. AB uygulamasına paralel şekilde Türk rekabet hukukunda da yeniden satış fiyatının tespitini içeren anlaşmaların amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı kabul edildiği Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz'da belirtilmektedir. Bu nedenle bireysel muafiyet tanınması oldukça zor olan bu anlaşmalar konusunda verilmiş bir bireysel muafiyet kararına henüz rastlanmamaktadır[449].

2. Kolaylaştırıcı Bir Eylem Olarak En Çok Kayrılan Müşteri Şartı

En çok kayrılan müşteri (*most favored customer - MFC*) şartı, dikey anlaşmalarda bulunduğu takdirde başta daha düşük fiyatlar olmak üzere sağlayıcının alıcılardan birine uyguladığı pozitif alım - satım koşullarından diğer alıcıların da yaralanmasını sağlayan bir kayıttır[450]. Asıl çıkış noktasının uluslar arası ticaret

---

447 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 64, para. 225;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 2, para. 2. Anlaşmalara bireysel muafiyet tanınabilmesi için öngörülen şartlar hakkında bkz. §6/II/A/2.

448 **Gürkaynak/Yaşa**r, s. 49; **Whish/Bailey**, s. 686. Teşebbüsler üzerindeki bu ağır yük nedeniyle 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğünün 2022 yılı Mayıs ayında yürürlükten kalkacak olmasına istinaden başlatılan çalışmalarda yeniden satış fiyatının tespiti konusunun gündemi bir kez daha meşgul etmesi kanaatimizce kaçınılmazdır. Hofmann, yeniden satış fiyatının olumlu etkilerinin açıkça sayılmış olmasının verilecek kararlarda bir dayanak oluşturabileceğini ve teşebbüslerin işini kolaylaştıracağını düşünmektedir. Bkz. **Hofmann**, s. 726. Ioannidou ve Nowag ise her ne kadar Komisyon *CB* kararı ile görüş değiştirmiş olsa da *Allianz Hungária*kararındarekabeti kısıtlayıcı amacın tespiti için öngörülen hızlı etki analizi sisteminin yeniden satış fiyatının tespitine yönelik anlaşmaların değerlendirmesinde de kullanılmasını önermektedir. Bkz. **Ioannidou/Nowag**, s. 368.

449 Bu noktada Kurul'un 2014 yılında Dogati markasına ait *Çıtır Usta* hakkında verdiği muafiyet benzeri karara değinmekte yarar vardır. Kurul; fast-food pazarında markalar arası rekabetin çok yoğun olması, Dogati'nin pazar payının düşüklüğü ve marka içi rekabet açısından önemli düzeyde bir rekabetçi endişenin olmaması nedenleriyle Dogati'nin kurduğu robot POS ağı vasıtasıyla franchise alanların yeniden satış fiyatlarını tespit etmesine göz yummuştur. Teşebbüs hakkında soruşturma açılmaması yönünde verilen ön araştırma kararında sadece franchise sözleşmelerindeki rekabet etmeme yükümlüğüne ilişkin maddelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi için teşebbüse 90 günlük süre tanınmıştır. Bkz. 22.10.2014 tarih, 14-42/764-340 sayılı Kurul kararı; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.08.2019).

450 **Adıyaman**, Hasan, Rekabet Hukukunda Fiyat Parite Anlaşmaları: En Çok Kayrılan Ülke/ Müşteri Koşulu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 328, Ankara 2017, s. 7; **Akman**, Pınar, "A Competition Law Assessment of Platform Most Favored Customer Clauses", Journal of Competition Law & Economics, Vol. 12, Issue 4, 2016, pp. 781 - 833, s. 782; **Ardıyok**, Şahin, "En Çok Kayrılan

anlaşmaları olması nedeniyle bu kısıtlama, bilhassa AB rekabet hukuku kaynaklarında en çok kayrılan ulus (*most favored nation - MFN*) şartıolarak da ifade edilmektedir[451].

Sağlıktan turizme birçok farklı sektörde farklı şekillerde uygulanan en çok kayrılan müşteri şartı, piyasada her zaman aynı etkileri doğurmadığından bu şartın bir rekabet ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda kesin bir yargıda bulunmak kolay değildir[452]. Ancak sağlayıcının her bir alıcıya adeta en iyi alıcısıymış gibi davranması anlamına gelen bu şartın, teşebbüslerin uzlaşmaya olan bağlılığını artırdığı ve bu uzlaşmayı bozacak indirimler yapmalarının önüne geçerek yeniden satış fiyatının tespitine benzer şekilde fiyatları sabitlediği düşünülmektedir. Zira alıcılardan birine yapılan indirimin bu şart ile bağlanılan tüm alıcılara yansıtılması zorunluluğu, sağlayıcıyı fazlasıyla yükselen maliyetler nedeniyle indirim yapmaktan alıkoyarken diğerlerinin de bu indirimden yararlanacak olması alıcıyı pazarlık yapma arzusundan uzaklaştırabilmektedir[453]. Bu yönüyle sağlayıcının fiyat belirleme serbestini kısıtladığına ve fiyat rekabetini azalttığına inanılan en çok kayrılan müşteri şartı, mevcut

---

Müşteri Koşulu ve Türk Rekabet Hukuku: Yemek Sepeti, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz", Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı - Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Kılavuz, İnternet Satışları, MFC Şartları ve Diğer Gelişmeler, Editör: Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 163 - 180, s. 169; **Bostoen**, Friso, "Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law", European Competition and Regulatory Law Review (CoRe), Vol. 1, I. 3, 2017, pp. 223 - 236, s. 223; **Gonzalez-Diaz**, Francisco Enrique/**Bennett**, Matthew, "The Law and Economics of Most-Favoured Nation Clauses", Competition Law & Policy Debate, Vol. 1, Issue 3, August 2015, pp. 26 - 42, s. 27.

451 **Adıyaman**, s. 7; **Akman**, s. 781; **Gonzalez-Diaz**/**Bennett**, s. 26. Uluslar arası alanda aralarında anlaşma bulunan iki ülkeden birinin üçüncü bir ülkeyle yaptığı anlaşmada ona tanıdığı ayrıcalıklardan diğerinin de faydalanması anlamına gelen bu şart hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Uzun**, Elif, Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı, İstanbul 2004.

452 En çok kayrılan müşteri şartı; güncel fiyatlar üzerinden tüm alıcılara yapılan indirimlerle "eş zamanlı (*contemporaneous*)" veya belirli bir döneme kadar yapılacak indirimlerin mevcut alıcıların geçmiş satışlarına da yansıtılması suretiyle "geriye dönük (*retroactive*)" şekilde uygulanabilmektedir. Bu şartı alıcılara verilen taahhütlere göre de sınıflandırmak mümkündür. Alıcılara rakipleriyle eşit veya rakiplerinden daha iyi fiyatın taahhüt edilmesi halinde "eş koşullu (*equal to MFC*)", en iyi fiyat garantisinin verilmesi halinde ise "imtiyazlı (*MFC Plus*)" en çok kayrılan müşteri şartından söz edilmektedir. Geriye dönük ve imtiyazlı türlerinin piyasaya zarar verme ihtimalinin daha fazla olduğu kabul edilmesine rağmen en çok kayrılan müşteri şartının genel olarak rekabeti olumsuz etkilediği yönünde ortaya konulmuş iktisadi bir çalışma bulunmamaktadır. Bkz. **Adıyaman**, s. 9; **Gonzalez-Diaz**/**Bennett**, s. 28; **Gönenç**, Gürkaynak/**Güner**, Ayşe/**Diniz**, Sinan/**Filson**, Janelle, "Most Favored Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for Guideline", European Journal of Law and Economics, Vol. 42(1), pp. 129 - 155, s. 145.

453 **Adıyaman**, s. 17; **Kekevi**, H. Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003, s. 6.

düzenlemelerde yeniden satış fiyatı tespitinin piyasadaki etkinliğini artıran kolaylaştırıcı bir eylem şeklinde nitelendirilmektedir[454].

En çok kayrılan müşteri şartı esasen sayıları giderek artan çevrimiçi platformlar hakkında verilen kararlarla uygulamada adını duyurmaktadır. Alıcının çevrimiçi hizmet sunan bir platform olması nedeniyle "platformlar arası en çok kayrılan müşteri şartı anlaşmaları (*across-platforms MFN agreements*)" olarak anılan bu anlaşmalar hakkında AB'de ulusal rekabet otoritelerinin verdiği *HRS - Hotel Reservation Service*[455], *Amazon*[456], *Booking.com*[457]gibi kararlar yakın tarihli uygulama örneklerinden bazılarıdır. Komisyonun en çok kayrılan müşteri şartının kullanımı hakkında belirleyici bir tavrının olmaması AB'de ulusal rekabet otoritelerince aynı konuya farklı çözümler aranmasına yol açmaktaysa da kararlardaki genel yaklaşım ABİDA m. 101 çerçevesinde ilgili anlaşmanın piyasada üzerindeki etkilerinin analiz edilmesi yönündedir. Rekabet otoritelerinin konuya yaklaşımında gözlemlenen bir diğer ortak nokta ise teşebbüslere

---

454 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 17, para. 48;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 8, para. 19. Kolaylaştırıcı eylemler (*facilitating practices*), belirli koşullar altında teşebbüslerin aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmak adına uzlaşmaya varmalarına veya var olan uzlaşmayı devam ettirmelerine imkan veren eylemlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler, s. 2.

455 Alman rekabet otoritesi *Bundeskartellamt* (BKA) tarafından 2013 yılında verilen bu kararda çevrimiçi otel rezervasyon platformu olan HRS ile oteller arasında akdedilen anlaşmada yer alan ve HRS'ye rakipleri kadar iyi fiyat verileceğini garanti eden en çok kayrılan müşteri koşullarını, ABİDA m. 101 ile bu maddenin yerel mevzuattaki karşılığına aykırı bulmuştur. Ancak BKA, HRS'yi cezalandırmayarak ilgili koşulların anlaşmadan çıkarılması yönünde talimat vermekle yetinmiştir. Bkz. 20.12.2013 tarih, B9-66/10 sayılı karar; **Bundeskartellamt**, Case Database, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (E.T. 15.08.2019); **Adıyaman**, s. 28; **Whish/Bailey**, s. 688.

456 Alman rekabet otoritesi BKA ve İngiliz rekabet otoritesi *Competition and Markets Authority* (CMA) tarafından çevrimiçi satış platformu Amazon'un anlaşmalarında talep ettiği en çok kayrılan müşteri şartları nedeniyle yürütülen bu soruşturmalara ilişkin dosyalar, Amazon'un en çok kayrılan müşteri şartı hükümlerinden vazgeçmeyi kabul etmesi üzerine 2013 yılında verilen kararlarla kapatılmıştır. Bkz. 26.11.2013 tarih, B6-46/12 sayılı Alman BKA kararı; **Bundeskartellamt**, Case Database, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (E.T. 15.08.2019); 01.11.2013 tarih, CE/9692/12 sayılı İngiliz CMA kararı; https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-online-retailer-investigation-into-anti-competitive-practices (E.T. 15.08.2019); **Adıyaman**, s. 30; **Whish/Bailey**, s. 688.

457 Fransız, İtalyan, İsveç, Alman ve İngiliz rekabet otoritelerinin ayrı ayrı yürüttüğü bu soruşturmalarda Booking.com tarafından verilen taahhüt vesilesiyle dikkat çeken bir husus da yapılan dar (*narrow*) ve geniş (*wide*) en çok kayrılan müşteri şartı ayrımıdır. Bir ürün için kayırdığı müşteriye fiyat garantisi veren teşebbüsün, aynı ürünü sadece kendi çevrimiçi platformlarında daha ucuza satamaması halinde dar; aynı ürünü kendi çevrimiçi veya dışı platformlarında daha ucuza satamadığı gibi kayırdığı müşterinin rakiplerine de daha ucuz fiyat garantisi verememesi halinde geniş en çok kayrılan müşteri şartı söz konusudur. Booking. com kararında olduğu gibi rekabet otoriteleri dar koşullu en çok kayrılan müşteri koşulunu yasaklamamaktadır. Bkz. **Ardıyok**, s. 169; **Adıyaman**, s. 32; **Akman**, s.782;**Gönenç/Güner/Diniz/Filson**, s. 148, dn. 11; **Whish/Bailey**, s. 688, dn. 271.

ceza uygulamaktan ziyade en çok kayrılan müşteri şartının anlaşmadan çıkarılması için taahhüt alarak dosyaları kapatmayı tercih etmiş olmalarıdır. Nitekim e - kitap sektöründeki en çok kayrılan müşteri şartı uygulamaları ile ilgili bizzat Komisyon tarafından verilen *Apple* ve *Amazon* (*E-books*) kararlarında da taahhüt yönteminin tercih edildiği görülmektedir[458]. AB'ye nazaran bu şartla daha eski tarihlerde tanışan ABD rekabet hukuku uygulamasında da bu şarta karşı etki temelli bir yaklaşım izlenmektedir. Ancak bu şartın etkilerinin değerlendirilmesinde takınılan tutum her geçen gün daha eleştirel bir hal almaktadır. Öyle ki *Apple* hakkında ABD'de görülen aynı e-kitap davasında; Apple ve diğer yayıncılar arasındaki dikey anlaşmanın esasen yatay fiyat tespitini amaçladığı ve içerdiği en çok kayrılan müşteri şartının da bu amaca hizmet ettiği belirtilerek anlaşmada yer alan en çok kayrılan müşteri şartı, piyasa üzerindeki etkileri değerlendirilmeksizin per se ihlal kabul edilmiştir[459].

En çok kayrılan müşteri şartı uygulamalarına karşı dünyada ilk idari para cezası yaptırımını öngören Türk rekabet hukuku uygulamasında en çok kayrılan müşteri şartı konusunda verilmiş üç adet Kurul kararına rastlanmaktadır[460]. Kararlardan ilki *Sony Europe*/*Arçelik*[461] muafiyet kararı olup en çok kayrılan müşteri şartı kullanımına

---

458 Komisyon, 2012 yılında Apple ile diğer dört yayıncı arasında e-kitapların yeniden satış fiyatını belirlemek amacıyla akdedilen anlaşmada yer alan en çok kayrılan müşteri şartına ilişkin düzenlemeleri anlaşmanın arka planında yatan amaçlara ulaşmak adına uygulanan kolaylaştırıcı bir eylem şeklinde nitelendirmiştir. Ancak teşebbüslerin e-kitap satışı sözleşmelerinde bu şartı kullanmamaya yönelik taahhütlerini yeterli bulan Komisyon, ceza vermeksizin dosyayı kapatmayı tercih etmiştir. 2015 yılında ise bu kez e- kitapların yayınevleriyle akdettiği anlaşmalarda bulunan en çok kayrılan müşteri koşulunun ABİDA'nın 101 ve 102. maddelerine aykırı olabileceği gerekçesiyle Amazon hakkında soruşturma başlatılmış ve benzer şekilde Amazon'un 2017 yılında verdiği kapsamlı taahhütlerin kabul edilmesiyle dosya Komisyon tarafından kapatılmıştır. Bkz. *Apple v. Commission*, Case COMP/39.847-E-books, OJ C 73, 13.03.2013, p. 17; *Amazon v. Commission*, Case AT.40153, OJ C 264, 11.08.2017, p. 7; **Adıyaman**, s. 27; **Akman**, s. 817; **Bostoen**, s. 226; **Gonzalez-Diaz**/**Bennett**, s. 28;**Gönenç**/**Güner**/**Diniz**/**Filson**, s. 143; **Whish**/**Bailey**, s. 688,

459 Adalet Bakanlığı DOJ ile yayıncılar arasında varılan mutabakat neticesinde ABD'de başlatılan bu e-kitap soruşturması da kapatılmıştır. Bkz. *United States v. Apple Inc*., 952 F. Supp. 2d 638, 76-07 (S. D. N. Y. 2013); **Adıyaman**, s. 23; **Akman**, s. 817; **Gönenç**/**Güner**/**Diniz**/**Filson**, s. 144.

460 Ardıyok bu durumu, Türkiye'de 4054 sayılı Kanunun 4. ve 6. maddelerinin uygulanmasına dair taahhüt mekanizmasının henüz mevcut olmamasına bağlamaktadır. Bkz. **Ardıyok**, s. 171.

461 Arçelik ile Sony Europe arasında LCD televizyon üretimi amacıyla akdedilen ve Sony Europe lehine en çok kayrılan müşteri şartı içeren fason üretim anlaşmasının muafiyet açısından incelendiği bu kararda Kurul, tarafların ilgili ürün piyasasında hakim durumda olmamalarını da göz önünde bulundurarak bu sınırlamanın etkisinin rekabeti engellemeye yeterli olmayacağı gerekçesiyle fason üretim anlaşmasına beş yıl muafiyet tanımıştır. Bkz. 20.01.2009 tarih, 09-03/45-14 sayılı karar; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 15.08.2019); **Ardıyok**, s. 171.

dayanılarak başlatılan ilk soruşturma ve neticesinde verilen ilk karar ise yine bir çevrimiçi platform olan *Yemek Sepeti*[462] hakkındadır. Yemek Sepeti kararında ilgili teşebbüsü hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6. madde kapsamında cezalandıran Kurul, bu konudaki son kararı olan 2017 tarihli *Booking.com*[463] kararında ise Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar hakkındaki 4. maddesini uygulamıştır. Zira Kurul tarafından en çok kayrılan müşteri şartının rekabet üzerindeki etkileri, teşebbüslerin pazar payıyla doğru orantılı bir biçimde değerlendirilmekte ve bu duruma uygun şekilde 4054 sayılı Kanunun 4. veya 6. maddesi Kurul kararının hukuki dayanağı olarak seçilmektedir.

Rekabet otoritelerince son dönemde verilen kararlar göstermektedir ki en çok kayrılan müşteri şartı uygulaması tek başına rekabeti kısıtlayıcı niteliği haiz değildir. Dolayısıyla bu şarta karşı genel olarak per se ihlal yaklaşımından ziyade her dosya özelinde yürütülen ve anlaşmanın piyasa üzerindeki etkilerini esas alan bir yaklaşım benimsendiğini söylemek mümkündür. Bu şartın lehine tesis edildiği tarafın piyasa payı öngörülen eşikleri aşmayan ve diğer koşulları da sağlayan en çok kayrılan müşteri şartı anlaşmaları grup muafiyetinden yararlanabileceği gibi piyasa payı eşiğinin aşıldığı durumlarda ilgili anlaşmaya bireysel muafiyet tanınması da talep edilebilmektedir[464].

---

462 Kurul çevrimiçi yemek siparişi - servisi platform hizmetleri pazarında hakim durumda olan Yemek Sepeti'nin uyguladığı en çok kayrılan müşteri şartının, restoranların diğer rakip platformlara daha uygun teklifler vermesini engelleyerek piyasada dışlayıcı etkiler doğurduğu gerekçesiyle 4054 sayılı Kanunun 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. 09.06.2016 tarih, 16-20/347-156 sayılı karar; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 15.08.2019).

463 Kurul, Booking.com tarafından yürütülen çevrimiçi rezervasyon hizmeti kapsamında müşterilere sunulan en iyi fiyat garantisinin rekabete aykırı olduğu gerekçesiyle Booking.com ve Türkiye destek ofisi hakkında Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara ilişkin 4. maddesini uygulayarak idari para cezasına hükmetmiştir. Ayrıca AB'de de verilen kararlarda olduğu gibi Booking.com tarafından sunulan dar en çok kayrılan müşteri şartına ilişkin taahhütler de Kurulca kabul edilerek anlaşmadaki bu düzenlemelere beş yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmıştır. Bkz. 05.01.2017 tarih, 17-01/12-4 sayılı karar; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 15.08.2019).

464 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 54, para. 223.

3. Satış Yapılan Bölge ve/veya Müşterilere İlişkin Kısıtlamalar

Satış yapılan bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar, ABİDA'nın 101. maddesi ve 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde örnek olarak sayılan hukuka aykırı uygulamalardan piyasa paylaşımının dikey görünümüdür. Alıcının anlaşmaya konu ürünleri satabileceği fiziki çevre ve/veya kişilerin sağlayıcı tarafından sınırlandırılması anlamına gelen bu dikey kısıtlamalar, piyasanın bölge veya müşteri bazında paylaşılmasına yol açtığından hukuka aykırı kabul edilmektedir[465].

Dikey anlaşmalarda yer alan piyasa paylaşımına yönelik kayıtların en yaygın hali olan bölgesel veya müşteri koruma kayıtları başlarda Amerikan rekabet hukuku sisteminde *per se* hukuka aykırı kabul edilirken Yüksek Mahkeme'nin görüş değişikliği sonucu ekonomik etkileri değerlendirilmek üzere *rule of reason* analizi kapsamında ele alınmaya başlamıştır[466]. AB ve Türk rekabet hukukunda satış yapılan bölge ve müşteri kısıtlamalarına yaklaşım ise fazlasıyla katı olup tıpkı yeniden satış fiyatının tespiti gibi bu dikey kısıtlama da 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğin 4. maddelerinde anlaşmaları grup muafiyeti dışına çıkaran açık kısıtlamalar arasında düzenlenmiştir. Ancak piyasa paylaşımının ürünlerin dağıtımını etkin ve yaygın hale getirmek gibi olası olumlu etkileri göz ardı edilmeyerek her iki düzenlemede de bu yasağa dört istisna getirilmiştir. Aşağıda detaylarıyla değinileceği üzere ilgili tüzük ve tebliğin 4. maddelerinin (b) bendi ile getirilen bu istisnalardan ilki bölge ve müşteri bazında yalnız aktif satış kısıtlamalarını kapsarken diğer üç istisna müşteri bazında hem aktif hem pasif satış kısıtlamalarını kapsamaktadır[467].

---

465 **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 147; **Can**, s. 89; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 114.

466 Yüksek Mahkeme, dikey anlaşmalarda yer alan bölge veya müşteri paylaşımına ilişkin kayıtları rekabet üzerinde yıkıcı etkileri olduğu gerekçesiyle *per se* yasaklamıştır. Ancak sonrasında görüş değiştiren Mahkeme, marka içi rekabeti arttırdığı düşüncesiyle bu kayıtların *rule of reason* analizine tabi tutulmasına karar vermiştir. Bkz. *Continental TV Inc. v. GTE Slyvania Inc*., 433 USD 1977; **Ata**, s. 13; **Ilıcak**, s. 58; **Sanlı**, Geçersizlik,s. 205, dn. 311; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 64.

467 **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 175; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 97.

Bölge ve müşteri kısıtlamalarına yönelik yasağın ilk istisnası uyarınca alıcının müşterilerince yapılacak satışları içermemek koşuluyla sağlayıcı, kendisi ya da bir başka alıcısı için ayırdığı münhasır bölge veya müşteri grubuna alıcı tarafından yapılacak aktif satışları kısıtlayabilmektedir. Diğer bir ifadeyle pasif satışları da kapsayacak kadar genişletilmediği ve paralel ticareti yasaklamadığı sürece münhasırlık temeline dayanan bölge veya müşteri paylaşımları hukuka uygundur[468]. Bu noktada günümüzde sıklıkla tercih edilen internet satışlarının da pasif satış sayıldığını ve sağlayıcının, münhasır bir bölge veya müşteri grubundan internet kanalıyla gelen taleplerin alıcı tarafından karşılanmasını engellemesi halinde ilgili anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanamayacağını hatırlatmakta yarar vardır[469]. İkinci istisna; toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcıların son kullanıcılara yapacağı aktif veya pasif satışların kısıtlanması hakkındadır. İzin verilen bu kısıtlama sayesinde sağlayıcılar toptan ve perakende seviyede yürütülecek satış hizmetlerini birbirinden ayırarak dağıtım ağının etkinliğini koruyabilmekte ve ürünlerin en uç noktalardaki tüketicilere dahi eşit koşullarda sunulmasını sağlayabilmektedir[470]. Bölge ve müşteri paylaşımı yasağına getirilen üçüncü istisnayla seçici dağıtım sisteminin özüne uygun olarak dağıtım seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin sistem üyesi olmayan diğer dağıtıcılara yapacağı aktif veya pasif satışların kısıtlanmasına izin verilirken dördüncü ve son

---

468 **Whish**/**Bailey**, s. 705; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 96. Böyle bir paylaşımın grup muafiyetinden yararlanması dağıtım sistemi ile öngörülen bölge veya müşteri tahsisinin münhasır olmasına bağlıdır. Belirli bir bölge veya müşteri grubuna aktif satış yapan teşebbüs sayısının iki ve üzeri olması halinde o bölge veya müşteri grubunun münhasırlığından söz edilemeyecektir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 19, para. 51;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 12, para. 30. Kurul, Roche'un SSK ünitelerine kendi mal satma hakkını saklı tutmasının muafiyet talep edilen anlaşmada 66 il için öngörülen münhasırlığı bozduğuna kanaat getirmiştir. Bkz. 08.07.2004 tarih, 04-46/593-144 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 496; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 177.

469 Bir arama motoru veya reklam sağlayıcısına ödenen ücret karşılığında belirli bir bölge ya da müşteri grubuna özellikle reklam yaptırılması aktif satış olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle açık kısıtlama olarak kabul edilen internet kanalıyla yapılan satışların engellenmesine ilişkin düzenleme ve yasaklanan uygulama örnekleri için bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 19, para. 52;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 10, para. 25. Komisyon, *Yamaha* hakkında verdiği kararda internet satışlarının kısıtlanmasını ABİDA'nin rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 101. Maddesine aykırı olduğunu ve grup muafiyetinden yararlanamadığını belirtmiştir. Bkz. *Yamaha v. Commission*, Case COMP/37.975 PO/Yamaha, 16.07.2003; **Whish**/**Bailey**, s. 707.

470 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 21, para. 55;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 10, para. 25.

istisnayla da birleştirilmek amacıyla tedarik edilen ürünleri üreten sağlayıcı teşebbüslere rakiplerine yapılacak aktif veya pasif satışları yasaklama imkanı tanınmaktadır[471].

330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 4. maddelerinde sayılan diğer açık kısıtlamalar da bölge ve müşteri paylaşımına yöneliktir. İlgili kısıtlamaları seçici dağıtıma ilişkin olanlar ve diğerleri şeklinde gruplamak mümkündür. Tüzük ve tebliğin 4. maddelerinin (c) ve (d) bentlerinde ifadesini bulan seçici dağıtıma ilişkin düzenlemeler uyarınca perakende seviyede faaliyet gösteren seçici dağıtım sistemi üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması ile sistem üyelerinin kendi aralarında gerçekleştireceği alım ve satımların engellenmesi yasaktır[472]. Ancak perakende seviyede son kullanıcılara yapılacak satışlar bakımından sağlayıcının bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesini yasaklama hakkı saklı tutulmaktadır. Burada "*yetkili olmadığı yer*" ibaresinden kasıt sistem üyesi alıcının, ürünün satışına katkı yapacak özelliklerde hazırlanmış fiziki satış noktası dışında belirlediği bir başka fiziki satış noktası olup açılan internet siteleri bu kapsamda değerlendirilememektedir[473]. Dolayısıyla perakende seviyede faaliyet gösteren seçici dağıtım sistemi üyeleri yer bakımından yetkileri aranmaksızın diledikleri son kullanıcıya internet kanalıyla satış yapabilmektedir[474]. Diğer sınırlamalar şeklinde gruplananve (e) bendinde düzenlenen son açık kısıtlama ise

---

471 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 21, para. 55. Ülkemizde Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzda son istisnai hale örnek olarak televizyon üreticisi teşebbüsün ürettiği televizyon parçalarının diğer televizyon üreticilerine yapılacak aktif veya pasif satışını yasaklaması gösterilmektedir.Bkz. **RK**, Dikey Kılavuz, s. 13, para. 34.

472 Aslan, sayılan bu kısıtlamaların rekabeti olumsuz etkileyebilmesi için piyasada var olan hakim durum ya da birlikte hakim durum sonucunda markalar arası rekabetin çok zayıflamış veya hiç kalmamış olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 503.

473 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 21, para. 56;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 13, para. 36. *Pierre Fabre* kararında Adalet Divanı da bu düzenleme kapsamında internetin sanal bir ticaret mekânı olarak değil; ürünlerin satış ve pazarlaması için kullanılan bir yöntem olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Case C-439/09 *Pierre Fabre* [2011] ECR I-9419; **Whish**/**Bailey**, s. 708. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Yüksek**, Cemile, Seçici Dağıtım Sisteminde İnternetten Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 152, Ankara 2017.

474 Sağlayıcının alıcının daha fazla sayıda ve çeşitli türde müşteri grubuna erişmemesi için alıcıyı internet satışlarından caydırmak amacıyla oluşturulacak internet sitesi için fiziki satış noktasında istenenden de fazla kriter getirmesi açık kısıtlama olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu düzenleme internet satışları bakımından alıcının mutlaka fiziki satış noktasıyla aynı kriterlere uyması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 21, para. 56.

parçaları birleştirilerek oluşturulan ürünlerin parçalarını satan sağlayıcı ile bu parçaları birleştiren alıcı arasında yapılan anlaşmalarda (*original equipment manufacturer*) sağlayıcıya getirilen aktif veya pasif satış kısıtlamalarına ilişkindir. Düzenleme gereği anlaşmaya konu parçaların son kullanıcılara veya alıcının ürünlerin bakım ya da onarımı konusunda yetkilendirmediği tamircilere sağlayıcı tarafından yedek parça şeklinde satılmasının engellenmesi yasaktır. Burada sayılan diğer kısıtlamalardan farklı olarak alıcı tarafından sağlayıcıya getirilen bir kısıtlama söz konusudur. Alıcı kendisin tarafından yetkilendirilmeyen tamircilere sağlayıcının yapacağı satışları engelleyemese dahi yetkili tamircilerine parçaları yalnız kendisinden alma zorunluluğu getirebilmektedir[475]. Bu nedenle sağlayıcı tarafından yapılacak satışların kısıtlanmasına getirilen yasağın bağımsız tamircilerin varlığını sürdürebilmesi açısından büyük önem taşıdığı da belirtilmektedir.

Sonuç olarak 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 4. maddelerinin yeniden satış fiyatının tespitine ilişkin (a) bentleri de dahil olmak üzere (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan dikey kısıtlamalar, grup muafiyeti açısından bir nevi per se listesi gibi değerlendirilmektedir[476]. Ancak bu kısıtlamaların yalnız doğrudan değil dolaylı uygulamalarla da getirilebileceği gerçeği karşısında akılda tutulması gereken temel nokta mutlak bölge koruması sağlayan anlaşmaların pasif satışları da yasaklaması halinde grup muafiyetinden yararlanamayacağıdır[477]. Bu kısıtlamaların bireysel muafiyet almada karşılaşacağı zorluk da düşünüldüğünde sıklıkla hukuka aykırı kabul edilecekleri sonucuna ulaşmak mümkündür.

---

475 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 22, para. 59;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 13, para. 37. Gerek Rekabet Kurumu tarafından hazırlanan dikey kılavuzda gerekse literatürde bu duruma örnek olarak bisiklet zinciri üreten sağlayıcı konumundaki bir teşebbüs ile bu zincirleri ürettiği bisikletlerde kullanan alıcı konumundaki teşebbüs arasındaki ilişki gösterilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 503; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 190; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 115.

476 **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 115. Aslan, AB etkisiyle benimsenen bölge ve müşteri paylaşımına yönelik bu katı yaklaşımın Türk rekabet hukuku açısından yersiz olduğu düşüncesindedir. Zira AB'nin ana amacı olan ortak pazar hedefi üniter bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti açısından geçerli değildir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 499. Aynı yönde; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 176.

477 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 500; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 86; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 111.

4. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü

Anlaşmaya konu ürünlere rakip ürünlerin alıcı tarafından üretilmesini, satın alınmasını veya satışını yahut yeniden satışını engelleyen doğrudan ya da dolaylı her tür yükümlülük rekabet etmeme yükümlülüğü şeklinde ifade edilmektedir. Ancak anlaşma konusu ürün veya ikamelerinin, bir önceki takvim yılı alımları esasına göre belirlenen %80lik kısmından fazlasının alıcı tarafından sağlayıcı ya da sağlayıcının göstereceği bir başka teşebbüsten satın alınmasını öngören doğrudan veya dolaylı her tür yükümlülük de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Amerikan rekabet hukuku uygulamasında rekabet etmeme yükümlülüğü (*non-compete clause*) içeren dikey anlaşmalar rule of reason analizine tabi tutulmakta ve rakip marka satışına getirilen yasaklar çoğunlukla hukuka uygun bulunmaktadır[478]. AB ve Türk rekabet hukukunda ise dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanıyan 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ile 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 5. maddelerinde özel olarak düzenlenen rekabet etmeme yükümlülüğü; açık kısıtlamalar gibi varlığı halinde bütün bir anlaşmayı muafiyetten men eden per se dikey kısıtlamalar arasında sayılmamaktadır. Ancak anlaşmanın devamı veya sonrası ile belirli bir marka için öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğü uygulamalarında tüzük ve tebliğiyle aranan koşulların sağlanmaması, yasaklı yükümlülükleri içeren hükümlerin grup muafiyetinden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır. Bu hükümlerin anlaşmadan ayrılamaması halinde ise tüm anlaşma grup muafiyeti kapsamı dışına çıkmaktadır.

Avrupa Birliği Türk rekabet hukuku yönünden rekabet etmeme yükümlülüğünü hukuka aykırı hale getiren koşullardan ilki uyarınca ilgili yükümlülüğün beş yılı aşan bir süre için veya belirsiz süreli olarak getirilmesi yasaktır. Süresi beş yıl ve altı şeklinde belirtilse dahi taraflarca zımnen yenilenme imkanı bulunan rekabet etmeme

---

[478] Amerikan rekabet hukuku açısından rekabet etmeme yükümlülüğü içeren bir anlaşmanın hukuka aykırı kabul edilmesi için rakiplerin dışlanmasına neden olarak diğer yollardan elde edilemeyecek ek bir piyasa payını sağlayıcıya kazandırması gerektiği de düşünülmektedir. Bkz. **Ilıcak**, s. 59.

yükümlülükleri de bu yasak kapsamında belirsiz süreli olarak değerlendirilmektedir[479]. Anlaşma dahilinde rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin ayrıca düzenlenmemesi halinde ise bu süre anlaşmanın süresine eşit sayılmaktadır[480]. Beş yıllık azami süreyi aşan bu tür rekabet etmeme yükümlülükleri anlaşmanın diğer bölümlerinden ayrılabildiği takdirde beş yıla indirgenmiş kabul edilmektedir[481]. Rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini beş yıl ile sınırlayan bu kuralın istisnası ise anlaşmaya konu ürünlerin satışının alıcı tarafından mülkiyeti veya kullanma hakkı sağlayıcıya ait olan bina ya da arsalarda gerçekleştirilmesi halidir. Sağlayıcının sahibi olduğu veya bağımsız üçüncü bir kişiden kiraladığı tesislerde rakip ürünlerin satışına izin vermesi gerçekçi bir beklenti olmadığından buralarda faaliyet gösteren alıcılara getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün süresi beş yılla değil; kendilerine tanınan kullanım süresiyle sınırlandırılmaktadır[482]. AB'den farklı olarak 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinde bu istisnadan yararlanılması halinde rekabet etmeme yükümlülüğünün beş yılı aşan kısmının sadece satıcıya ait tesiste gösterilen faaliyetleri kapsadığı belirtilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız bir görüşe göre bu ifade her daim rakip ürünler ve anlaşma

---

479 Rekabet etmeme yükümlülüğünü içeren anlaşmanın her iki tarafın açık iradesi ile yenilenebildiği ve beş yıllık sürenin sonunda alıcının rekabet etmeme yükümlülüğüne son vermesini engelleyen herhangi bir fiili durumun bulunmadığı hallerde ise grup muafiyetinden yararlanılabilecektir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 23, para. 66;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 14, para. 40. Kurul, Pimaş Plastik kararında zımnen yenilenmesi söz konusu olmayan bir yıl süreli sözleşmede yer alan ve sözleşme süresince getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünü muafiyete uygun bulmuştur. Bkz. 11.12.2014 tarih, 14-50/878-398 sayılı karar; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 519.

480 Kurul, taraflar arasındaki franchise anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini incelediği Toys'R Us kararında, ayrıca düzenlenmeyen rekabet etmeme yükümlülüğü süresini, anlaşmanın süresi olan on altı yıl kabul ederek muafiyet verilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. 13.11.2003 tarih, 03-73/883-382 sayılı karar; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 196.

481 İlgili rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yıla indirilmesi halinde henüz bu süre dolmamış ise, kalan süre kadar rekabet etmeme yükümlülüğü devam edecektir. Süre dolmuş ise rekabet etmeme yükümlülüğü geçersiz olacak ve alıcı bu yükümlülükten kurtulacaktır. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints,* s. 23, para. 66;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 14, para. 40. Kurul, Doluca-Kavaklıdere kararında rekabet etmeme yükümlülüğünün süresini değerlendirirken bu hususları ayrıca vurgulamıştır. Bkz. 11.01.2007 tarih, 07-02/28-8 sayılı karar; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 194.

482 Bu istisna açısından belirleyici olan nokta sağlayıcının ilgili tesisi alıcı dışındaki üçüncü kişler tarafından kendisine sağlanan ayni veya şahsi hakka (intifa, üst veya kira gibi) istinaden elinde bulunduruyor olmasıdır. Beş yıl süreli rekabet etmeme yükümlülüğünden kaçınmak adına sağlayıcıya tanınan sahte mülkiyet hakları bu istisnadan yararlanamamaktadır. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints,* s. 24, para. 67;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 16, para. 44. Adalet Divanı, bina ve arazi deyimiyle yalnız bina veya arazinin belirli bir bölümünün kastedildiğini; istisnadan yararlanabilmek için tesisin tamamının kullanılması gerekmediğini belirtmiştir. Bkz. *La Retoucherie de Manuela v. La Retoucherie de Burgos,* Case C-117/12, 07.02.2013; **Whish**/**Bailey**, s. 710.

konusu yer ile sınırlanması gereken ilgili yükümlülüğün bu şartlar altında en azından beş yıl süreyle tüm tesisleri kapsayacak şekilde de uygulanabileceğini düşündürmesi nedeniyle hatalıdır[483].

Anlaşma sırasında beş yıllık süre ile sınırlanan rekabet etmeme yükümlülüğünün anlaşmanın sona ermesini takip eden dönem için getirilmesi kural olarak yasaktır. 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile belirlenen kurallardan bir diğeri olan bu yasağın iki istisnası bulunmaktadır. Sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen *know-how*'ı[484] korumak için zorunlu olması halinde sağlayıcının sadece anlaşmanın sona ermesini takip eden bir yıl için öngördüğü, anlaşma konusu ürünlerin rakipleri ve alıcının anlaşma süresince faaliyet gösterdiği yer ile sınırlanan rekabet etmeme yükümlülüğü yasağın ilk istisnasını oluşturmaktadır. İkinci istisna ise kamuya mal olmamış *know-how*'ın kullanılması ve açıklanması konusunda alıcıya getirilen süresiz rekabet etmeme yükümlülüğüdür. Dolayısıyla sağlayıcının kendi *know-how*'ını alıcıya devrettiği dikey anlaşmalarda anlaşmadan sonraki bir yıllık dönem için rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilirken bu *know-how*'ın gizliliğini koruması halinde süre şartı aranmamaktadır[485].

Rekabet etmeme yükümlülüğünü hukuka aykırı hale getiren son uygulama biçimi ise seçici dağıtım sistemlerine özgüdür. Seçici dağıtım sistemi dahilinde

---

483 Aslan, bu ifade nedeniyle ilgili yükümlülüğün bilhassa akaryakıt sektöründe ülke genelini kapsayacak şekilde uygulandığını belirtmektedir. Oysa örneğin İstanbul'da faaliyet gösteren bir teşebbüsün İzmir'de rakip bir firmanın petrol ürünlerinin dağıtımını yapması rekabet yasağı çerçevesinde engellenemeyecektir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar, s. 153. Küçükayhan Aşcıoğlu ise Aslan'ın bu düzenlemeyi aksi bir durumun AB uygulamasında geçerli kabul edilebileceği yönünde bir yanlış anlaşılmaya sebep olabileceği düşüncesine dayanarak eleştirdiğini aktarmaktadır. Bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 198. Karşı yönde bkz. **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 117.

484 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğünün 1. maddesinin (g) bendinde ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğinin 3. maddesinin (f) bendinde know-how, "*tecrübe ve denemeler sonucu elde edilen uygulamaya yönelik gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi*" şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımdaki gizli, esaslı ve belirlenmiş kavramlarıyla ne kastedildiği de madde kapsamında açıklanmaktadır. Buna göre "*1) "Gizli" kavramı, know-how'ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak biraraya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını; 2) "Esaslı" kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini; 3) "Belirlenmiş" kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını*" ifade etmektedir.

485 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 24, para. 67;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 16, para. 44.

sağlayıcı öngördüğü doğrudan veya dolaylı yükümlülüklerle belirli rakip markaların sistem üyesi alıcılar tarafından satılmasını yasaklayamamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu sistemde rakip markaların satışını yasaklamak isteyen sağlayıcı, bu kararını ya rakiplerinin tümü hakkında uygulamak ya da bu kararından vazgeçmek zorundadır[486]. Zira sağlayıcının belirli rakip markalara karşı sergilediği ayrımcı davranışlar, satış yasağı şeklinde kendini gösteren rekabet etmeme yükümlülüğünü hukuka aykırı hale getirmektedir.

5. Tek Marka Etkisi Yaratan Bağlama Anlaşmaları

Bağlama anlaşmaları (*tying agreements*), sağlayıcının alıcı tarafından talep edilen asıl ürünün satışını başka bir ürünün alımına bağladığı anlaşmalardır[487]. Bu anlaşma kapsamında alıcının talep ettiği asıl ürün "bağlayıcı ürün (*tying product*)", alımı zorlanan diğer ürün ise "bağlı ürün (*tied product*)" şeklinde ifade edilmektedir.

Rekabet hukukunun bağlama anlaşmalarına yaklaşımını şekillendiren ilk kayda değer uygulama örneklerine ABD'de rastlanmaktadır. 1984 tarihli *Jefferson Parish* kararında bağlama anlaşmalarını per se ihlal kabul eden Yüksek Mahkeme, 2006 yılında verdiği *Illinois Tool Works* kararı ile bu konudaki per se yaklaşımını eleştirmiş ve birçok bağlama anlaşmasının rekabete aykırı olmadığına hükmetmiştir[488]. Ancak bu karar bağlamaya yönelik per se yaklaşımını açıkça ortadan kaldırmamıştır[489]. Bugün

---

[486] Bir seçici dağıtım sisteminde sağlayıcının sistem üyelerine rakip markaların satışını yasaklayan yükümlülükler getirmesi mümkündür. Burada yasaklanan asıl husus sağlayıcının rakip markaların tamamının değil; bir ya da birkaçının satışını doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlaması halidir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 24, para. 69;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 16, para. 46.

[487] **Ünlüsoy**, Kürşat, Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No: 125, Ankara 2003, s. 4; **Whish**/**Bailey**, s. 685. Sanlı, bu anlaşmalar için "*kelepçeleme sözleşmeleri veya kayıtları*" ifadesini kullanırken Topçuoğlu ise "*bağlayıcı kayıtlar*" ifadesini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 120; **Topçuoğlu**, Dağıtım, s. 119.

[488] *Jefferson Parish Hospital v. Hyde*, 466 US 2 (1984); *Illinois Tool Works Inc v. Independent Ink Inc*, 126 S. Ct. 1281 (2006). İlgili kararlar hakkında bilgi için bkz. **Ilıcak**, s. 60; **Ünlüsoy**, s. 15.

[489] İlgili kararda Yüksek Mahkeme bağlama anlaşmaları konusunda benimsenen per se yaklaşımının bu anlaşmaların potansiyel olumlu etkilerinin değerlendirilmesi açısından elverişli olmadığı yönündeki endişelerini dile getirmekle yetinmiştir. Bkz. **Sagi**, Guy, "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements", Seattle University Law Review, Vol. 38:1, 2014, pp. 1 - 35, s. 23.

için ABD'de hala sağlayıcının bağlayan ürün piyasasındaki piyasa payı ve bağlamanın ticaret üzerindeki hissedilir etkisine göre per se veya rule of reason yaklaşımları tercihli olarak uygulanmaktadır. ABD uygulamasına benzer şekilde AB ve Türk rekabet hukukunda da bağlamanın rekabet üzerindeki etkilerinin tespiti açısından sağlayıcının bağlayan ürün piyasasındaki gücü büyük önem taşımaktadır[490]. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsler tarafından getirilen hukuka aykırı tek yanlı bağlama yükümlülükleri her iki hukuk sisteminde ayrıca değerlendirilmektedir[491]. Çalışmamızın konusunu oluşturan anlaşma niteliğindeki bağlama ise ABİDA'nın 101/1(e) ve RKHK'nın 4/1(f) maddelerinde "*ek yükümlülükler yüklemek*" adı altında rekabeti kısıtlayıcı uygulama örneklerinden biri olarak düzenlenmektedir. RKHK'daki karmaşık ifade tarzına rağmen bu düzenlemelerin, bir anlaşmanın yapılmasını ticari teamül ve nitelik yönünden anlaşmayla ilgisi bulunmayan ek yükümlülüklerin kabulüne bağlayan uygulamaları engellemeyi amaçladığını söylemek mümkündür[492]. Dolayısıyla bir bağlama anlaşmasının bu düzenlemelerin kapsamına girebilmesi için bağlayıcı ürün ile bağlı ürünün; ticari teamül gereği bir arada satılmayan ve ayrı ürün piyasalarından temin edilebilen farklı nitelikteki iki ayrı ürün olması gerekmektedir[493].

---

490 Bağlama anlaşmaları genellikle sağlayıcı tarafından alıcıya dayatılmaktadır. Sağlayıcının bağlayan ürün piyasasındaki gücü alıcının söz konusu dayatmaya karşı çıkmasını güçleştirdiğinden bağlama anlaşmasının rekabete etkisinin değerlendirilmesinde bu güç önem taşımaktadır. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 62, para. 219;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 52, para. 212.

491 Bu düzenleme biçimi hakim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı davranışları ile getirdiği bağlama yükümleri bakımından yasal bir boşluk oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre teşebbüsler arasında danışıklı bir ilişki yoksa alıcının alternatif temin kaynakları da göz önünde bulundurularak tek yanlı bağlama uygulamalarının sadece hakim durum halinde hukuka aykırı kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşımdır. Bkz. 05.03.2009 tarih, 09-09/192-59 sayılı ve 22.04.2010 tarih, 10-33/505-83 sayılı Kurul kararları; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 98; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 222, dn. 395; **Ünlüsoy**, s. 42; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 116.

492 ABİDA'daki mehazına ve amacına uygun olarak kısaca yukarıdaki gibi düzenlenmesi gereken hükmün RKHK'da daha uzun bir ifadeyle ancak daha dar kapsamlı olacak şekilde yazılması Aslan tarafından eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız bu eleştiriler hakkında detaylı bilgi ve görüşü destekleyenler için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 331; **Can**, s. 98; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 96; **Ünlüsoy**, s. 36; Sanlı, Geçersizlik, s. 120; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 114.

493 Dikey anlaşmalara ilişkin kılavuzlarda bu duruma bağcıklı ayakkabı satışları örnek verilmektedir. Böyle bir durumda ayakkabı üreticisi firmanın ayakkabı ile bağcıkları birlikte temin etmesi ticari bir teamül olup bu iki ürünün bir arada satılması bağlama kapsamında değildir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 61, para. 215;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 52, para. 209. Ticari teamül ve anlaşmanın niteliği gereği bir arada satılması haklı gerekçelere dayanan ürünler hakkında bağlama yasağının uygulanmaması burada rule of reason yaklaşımına başvurulduğunu düşündürmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 124; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 115.

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda bağlama anlaşmaları, sadece bağlı ürün açısından tek marka türü bir yükümlülüğe yol açtığı takdirde hukuka aykırı bir dikey kısıtlama olarak nitelendirilebilmektedir[494]. Zira rekabetçi fiyatın üstünde fiyat oluşturmak, fiyat ayrımcılığını kolaylaştırmak veya yıkıcı fiyat uygulamak gibi amaçlarla kullanılabilen bağlama anlaşmalarının asıl olumsuz etkisi, alıcıların alternatif ürün tercihlerini kısıtlayarak bağlı ürün piyasasını kapatmasıdır[495]. Az sayıda ve güçsüz rakiplere nazaran çok sayıda ve görece güçlü rakibin bulunduğu bir bağlayan ürün piyasasında alıcıların alternatif temin kaynaklarının açık tutulması daha kolay olmaktadır. Bağlama anlaşmasının tarafı sağlayıcının bağlayan ürün piyasasındaki gücünün yüksek olduğu aksi bir durumda ise bu anlaşmanın piyasa kapama etkisi artmaktadır. Dolayısıyla bağlama anlaşmaları hakkında yapılan hukuka aykırılık değerlendirmelerinde sağlayıcının bağlayan ürün piyasasındaki gücünün tespitine öncelik verilmektedir. Bu tespitte mevcut rakiplerin durumunun yanı sıra potansiyel rakipler açısından önem taşıyan giriş engellerinin varlığı ve piyasa gücünü desteklediği düşünülen rekabet yasakları da esas alınmaktadır. Bağlayan ürün piyasasındaki gücünün yüksekliği tespit edilen sağlayıcıların yaptığı bağlama anlaşmaları, rekabet etmeme yükümlülüğü de içermekteyse çoğunlukla hukuka aykırı kabul edilmektedir. Neredeyse tüm dikey kısıtlamalar gibi bağlamanın da bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilen olumlu etkileri bulunmaktadır. Ürün yeknesaklığının ve asgari kalite standartlarının sağlanması bu olumlu etkilerin ilk göze çarpanlarıdır. Öyle ki asgari kalite standardının sağlanması amacıyla getirilen yükümlülüklerin etkili bir biçimde uygulanmasının başka

---

494 **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 62, para. 217;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 51, para. 208. Tek marka sınırlamaları, esasen alıcıyı belirli bir ürüne yönelik siparişlerini tek bir sağlayıcı üzerinde yoğunlaştırmaya zorlayan veya teşvik eden sınırlamalaradır. Rekabet etmeme yükümlülüğü de bu sınırlamalar arasındadır. Bkz. **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 211; **Whish**/**Bailey**, s. 676.

495 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 180; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 226; **Ünlüsoy**, s. 41. Bağlamanın rekabetçi fiyatın üstündeki fiyat oluşumlarına neden olması üç durumda mümkündür. Bunlardan ilki, alıcının bağlı ürün ile bağlayan ürünü kısmen ikame edebilmesidir. İkincisi bağlayan ürünün müşterileri açısından bağlamanın fiyat ayrımcılığına imkan tanıması, üçüncüsü ise uzun süreli sözleşmelerde veya değişim süreleri uzun tutulan orijinal ekipmanlara ilişkin satış sonrası piyasalarda, bağlamanın sonuçlarını hesaplamanın müşterileri zorlamasıdır. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 61, para. 214;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 52, para. 210.

türlü mümkün olmaması halinde bağlayan ürün sağlayıcısının mali bir menfaat gözetmeksizin yaptığı bağlama anlaşmaları, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara getirilen yasak kapsamında ele alınmamaktadır[496].

Bağlama anlaşmaları, dikey anlaşmalara grup muafiyeti tanıyan 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü ve 2002/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği kapsamında ayrıca düzenlenmemektedir. Dolayısıyla haklarında getirilmiş özel bir sınırlama olmaksızın öngörülen genel kriterleri sağlayan bağlama anlaşmaları, grup muafiyetinden yararlanarak hukuka uygun hale gelebilmektedir. Piyasa payı eşiğini aşan bağlama anlaşmaları için ise bireysel muafiyet talep edilmesi gerekmektedir. Ancak ilgili eşikleri aşan ve bağlanan veya bağlı ürün hakkında rekabet etmeme yükümlülüğü barındıran anlaşmalara muafiyet tanınmasının zor olduğu da belirtilmektedir.

§ 6. TEŞEBBÜSLER ARASI ANLAŞMALARIN HUKUKA AYKIRILIĞININ KALDIRILMASI

I. GENEL NİTELİKTEKİ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Tazminat sorumluluğu doğuran fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran genel hukuka uygunluk sebepleri Türk Borçlar Kanununun 63. maddesinde sayılmaktadır. Bu sebeplerden meşru müdafaa, vekâletsiz iş görme ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma hallerinin rekabet hukukunda uygulama alanı bulamayacağı açıktır[497]. Ancak zarar görenin rızası, özel hukuktan doğan bir hakkın veya kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması şeklindeki genel hukuka uygunluk sebeplerinin, rekabet hukuku ihlalleri karşısındaki durumunun değerlendirilmesinde yarar vardır.

---

496 Zira gerek AB gerek Türk rekabet hukukunda teşebbüslere asgari kalite standartlarını sağlamaya yönelik yükümlülükler getirilmesi rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmemektedir. Bkz. **Commission**, *Guidelines on Vertical Restraints*, s. 62, para. 222;**RK**, Dikey Kılavuz, s. 53, para. 216.

497 **Atila**, s. 49; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 151; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 750; **Sayhan**, s. 43.

Zarar görenin rızası, kişinin ilgili hukuk normunun kendisine sağladığı korumadan önceden yapacağı tek yanlı bir irade açıklamasıyla vazgeçmesi halidir[498]. Ancak başta kişilik hakları olmak üzere kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği haklarından vazgeçmesi hukuken mümkün değildir. Bu doğrultuda kişilik haklarının ihlali hariç olmak üzere malvarlığı hakları ihlal edilen kimsenin gördüğü zarara razı olması genel bir hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Ne var ki RKHK'nın emredici hükümlerine aykırılık kişilere üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan tanımadığı için rekabet ihlali nedeniyle zarar gören üçüncü kişilerin rızası fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır[499]. Rekabet hukukunda zarar görenin rızası; sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin, bu anlaşma sonucu uğradıkları zararların tazmini açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilmektedir[500]. Zarar gören teşebbüsün taraf olduğu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın türüne göre yapılan bu değerlendirmede yatay anlaşmaya taraf olan teşebbüsün rızası genelde hukuka uygunluk sebebi sayılırken dikey anlaşmalar açısından durum daha farklı ele alınmaktadır[501]. Zira dikey anlaşmanın tarafları arasındaki ekonomik güç dengesizliği bazı kısıtlamaların dayatılmasını kolaylaştırabilmektedir. Bilhassa sağlayıcının piyasa gücü nedeniyle zayıf konumda bulunan alıcının özgür iradesini yok saydığı bu gibi hallerde zarar gören alıcının rızası hukuka uygunluk sebebi sayılmamaktadır[502].

---

498 Yapılan bu irade açıklamasının açık veya örtülü olması mümkündür. Ancak burada tek yanlı bir hukuki işlem söz konusu olduğundan bu işlemin geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Bu şartlar; rıza verenin fiil ehliyetinin bulunması, olayda irade sakatlıklarının olmaması ile verilen rızanın hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 603; **Kılıçoğlu**, s. 377 vd.

499 **Kesici**, s. 112; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 219; **Şahin**, Murat, s. 161. Örneğin; rekabet ihlali sonucu yükselen fiyatına rağmen kişilerin ikame ürüne yönelmeyerek aynı ürünü kullanmayı sürdürmesi fiyatı yükselten fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Bkz. **Atila**, s. 50; **Cengiz**, s. 370.

500 **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 151; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 751; **Şahin**, Murat, s. 161.

501 Özellikle kartel anlaşmaları söz konusu olduğunda bu anlaşmanın tarafı olan teşebbüsün rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı açıktır. Dolayısıyla böyle bir anlaşmaya taraf olan teşebbüsler uğradıkları zararların tazminini isteyemeyecektir. Bkz. **Kesici**, s. 112; **Şahin**, Murat, s. 161.

502 Üzerlerindeki baskı nedeniyle dikey anlaşmadaki kısıtlamalara katlanan teşebbüslerin gösterdikleri rıza özgür iradelerine dayanmadığından TBK'da aranan geçerlilik şartlarını sağlayan bir rızadan da söz edilemeyecektir. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 751; **Kesici**, s. 113; **Şahin**, Murat, s. 162.

Yasal sınırları aşılmadığı ve kötüye kullanılmadığı takdirde özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması da zarara yol açan fiili hukuka uygun kılmaktadır. Bu genel hukuka uygunluk sebebinin rekabet hukukundaki yansımalarının doktrinde sahibine tekel hakkı veren fikri mülkiyet haklarının kullanımı ve teşebbüsler arası anlaşmalarda yer alan yükümlülükler kapsamında incelendiği görülmektedir. Marka, patent gibi fikri hakların sahipleri ürünlerinin üretimi veya dağıtmı amacıyla çeşitli anlaşmalar akdettiği anda kendilerine tanınan tekel yetkisi rekabet kanunları ile çelişir hale gelmektedir[503]. Ancak fikri hakların korunmasının yaratacağı yenilik ve etkinlik artışı rekabetten beklenen yarardan daha üstün tutularak buradaki tekel hakkı kullanımı, özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir[504]. Özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması teşebbüsler arasındaki bir anlaşmada hükme bağlanan herhangi bir yetkinin kullanımı şeklinde de meydana gelebilmektedir. Doktrinde bu duruma örnek olarak mal vermeyi reddetme hali gösterilmektedir. Buna göre normalde rekabet ihlali oluşturabilecek mal vermenin reddi, anlaşmada alıcının zamanında ödeme yapmaması halinde satıcıya tanınan bir yetki şeklinde düzenlenmişse bu yetkinin kullanımı hukuka aykırı olarak nitelendirilmemelidir[505]. Ancak böyle bir ön kabul her zaman doğru değildir. Kanaatimizce taraflara ticari veya şahsi menfaatlerini koruyabilmeleri adına anlaşmayla verilen bu tür yetkiler, sadece rekabet hukuku bakımından da haklı sayılabilecek bir gerekçeyle kullanılması halinde hukuka uygunluk sebebi teşkil etmelidir. Zira rekabet hukuku kurallarıyla tarafların şahsi istikballerinden çok daha üstün bir menfaatin korunması istenmektedir.

---

503 **Şahin**, Murat, s. 163. Fikri haklar ile rekabet kuralları arasındaki çelişki Kurul'un 08.07.2004 tarih, 04-46/597-145 sayılı kararında da dile getirilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 949.

504 **Atila**, s. 50; **Kesici**, s. 114, dn. 273. Hemen belirtmek gerekir ki bu tercih fikri hakların kullanımı esasına dayanmayan daha geniş yetkilerin kullanılması yoluyla rekabetin kısıtlanmasına izin verileceği anlamı taşımamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden bu tür davranışlara meydan vermemek adına iki hukuk dalının koruduğu menfaatlerin "tükenme ilkesi" ile dengelenmesi önem taşımaktadır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 965 vd; **Şahin**, Murat, s. 163.

505 Kesici tarafından ileri sürülen bu görüşe göre borçlar hukukunda kaynağını Kanun hükümlerinden veya bunlara uygun bir sözleşmeden alan yetkilerin kullanılması hukuka aykırı değildir. Yazar, böyle bir durumda rekabet hukuku ile çizilen sınırların gözetilmesi gereğini vurgulamakla birlikte sözleşmede taraflara tanınan hak ve yükümlülüklerin genel hukuka uygunluk sebepleri kapsamında rekabet hukuku açısından da sorgulanabilir olduğunu düşünmektedir. Bkz. **Kesici**, s. 114 - 116.

Rekabet hukukunda uygulama alanı bulabileceği düşünülen son genel hukuka uygunluk sebebi ise kamu hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılmasıdır. Doktrinde bu hukuka uygunluk sebebi, teşebbüs birlikleri üzerinden tartışılmakta ve bu birliklerden kamu kurumu niteliğini haiz olanların bir kamu görevinin yeri getirilmesi esnasında kullandıkları yetkiye dayanarak gerçekleştirdikleri iş veya işlemlerinin hukuka aykırı kabul edilemeyeceği savunulmaktadır[506].

II. REKABET HUKUKUNA ÖZGÜ HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

A. Teşebbüsler Arası Anlaşmaya Muafiyet Tanınması

1. Muafiyet Kavramı

Doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti kısıtlama amacı taşıyan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalar genellikle herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın tüm rekabet hukuku sistemlerinde yasaklanmaktadır. Ancak bu anlaşmaların piyasa üzerindeki çok yönlü etkisi karşısındahukuka aykırılığın tespiti için başvurulan "*rekabetin kısıtlanması*" kriteri fazlasıyla soyut kalmaktadır[507]. Kendine bu kriteri esas alan bir yasağın, serbest rekabet ortamını sağlamak adına mutlak biçimde uygulanması ise istenmeyen bazı sonuçların doğmasına yol açabilmektedir.

Ticari hayatın gerekleri düşünüldüğünde rekabet kurallarının uygulanması nedeniyle istenmeyen sonuçların doğmaması için teşebbüsler arası anlaşmaların bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmesi ve rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin beraberinde olumlu etkiler de taşıyan anlaşmalara bir takım istisnalar tanınması

---

506 Bahsi geçen görüş Kurulun 20.05.1999 tarih, 99-24/217-130 sayılı TOBB kararına dayanılarak Sayhan tarafından ortaya konulmuştur. TOBB tarafından tır karnesi işlemlerine menfi tespit belgesi verilmesi amacıyla yapılan başvuru üzerine verilen bu kararda Kurul, kaynağını Bakanlar Kurulu Kararnamesinden alan bu işlemleri bir kamu hizmeti olarak değerlendirmiştir. Bkz. **Sayhan**, s. 45-46. Sayhan'ın bu görüşü kanaatimizce isabetlidir. Nitekim doktrinde bu görüşe eserlerinde yer veren başka yazarlara da rastlamak mümkündür. Bkz. **Atila**, s. 50; **Kesici**, s. 117; **Şahin**, Murat, s. 162.

507 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 125; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 187.

gerekmektedir. Rekabet kurallarını ticari gerçeklerle uyumlu hale getiren böyle bir değerlendirmenin daha adil ve ekonomik açıdan daha yararlı olduğu açıktır. Ancak rekabet hukuku sistemleri arasında bu değerlendirmenin amacına ve şekline ilişkin kimi yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Öyle ki ABD'de anlaşmaların olumlu veya olumsuz tüm etkileri hukuka aykırılığın tespiti amacıyla bir bütün şeklinde ele alınırken (rule of reason doktrini); AB'de olumsuz etkiler sonucu oluşan hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması amacıyla anlaşmaların olumlu etkilerinin ayrıca değerlendirilmesi tercih edilmektedir. AB'deki bu yaklaşımın Türk rekabet hukukunda da benimsendiği görülmektedir. İşte AB ve Türk rekabet hukukunda benimsenen bu yaklaşım doğrultusunda oluşturulan ve rekabeti kısıtladığı kabul edilen anlaşmaların olumlu etkilerinin ayrıca değerlendirilmesi suretiyle yasak kapsamından çıkarılmasını sağlayan sisteme "muafiyet (*exemption*)" adı verilmektedir. AB ve Türk rekabet hukukundakine benzer bir muafiyet sistemine ABD'de rastlanmasa dahi burada geliştirilen rule of reason yargısal doktrininin AB'deki muafiyet sisteminin temelini oluşturduğu kabul edilmektedir[508].

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda muafiyet, rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmektedir[509]. Bu nedenle gerek AB gerek Türk rekabet hukukunda kendisine muafiyet tanınan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar hakkında idari para cezasına hükmedilememekte; bu anlaşmanın geçersizliği iddiasıyla veya bu anlaşma sonucu uğranılan zararların tazmini talebiyle adli mahkemelere başvurulamamaktadır.

---

508 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 170; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 125; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 224. Amerika'da Kongre tarafından alınan kararlarla belirli türde anlaşmalara muafiyet tanınabilmektedir. Ancak AB ve Türk rekabet hukukundakine benzer bir muafiyet sistemine ABD uygulamasında rastlanmamaktadır. Bkz.**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 440; **Badur**, Anlaşmalar, s. 129.

509 Muafiyetin düzenlendiği ABİDA'nın 101/3, RKHK'nın ise 5. maddesinde özel bir ayrım yapmaksızın öngörülen koşulların sağlanması halinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlara ilişkin 101/1 ve 4. maddelerin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla muafiyet yalnız teşebbüsler arası anlaşmalar için değil; aynı maddede sayılan uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için de birer hukuk uygunluk sebebidir. Ancak hakim durumun kötüye kullanılması veya birleşme ve devralmalar hakkında böyle bir muafiyet düzenlemesi öngörülmemektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 168; **Güner**, Cemil, "Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet", TBB Dergisi, S. 71, 2007, s. 146 - 173, s. 149; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 109.

2. Muafiyetin Koşulları

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda uygulanan muafiyet sistemi gereği teşebbüsler arası anlaşmalar iki aşamalı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. İlk aşamada rekabet üzerindeki olumsuz etkileri nedeniyle yasaklanan hukuka aykırı anlaşmalar; olumlu etkilerinin yasal düzenlemelerle belirlenen koşullar çerçevesinde değerlendirildiği ikinci aşamada yasak kapsamından çıkarılabilmektedir. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için yasal düzenlemelerde öngörülen kümülatif koşulların tamamının sağlanması gerekmektedir. RKHK'nın 5. maddesi ile mehazı ABİDA'nın 101(3). maddesinde sayılan bu muafiyet koşulları, ikisi olumlu ikisi olumsuz olmak üzere toplam dört adettir.

a. Olumlu Koşullar

aa. Üretim veya Dağıtıma Sunulan Katkı Sonucu Objektif Bir Ekonomik Yarar Sağlanması

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için aranan kümülatif koşullardan ilki, bu anlaşmanın ürünlerin üretim veya dağıtımına katkı sunmasıdır. Bu katkının, mevcut koşulların iyileştirilmesi ya da ekonomik veya teknik gelişmenin artırılması suretiyle sunulması mümkündür. Zira mehazı ABİDA 101(3)'e uygun olarak RKHK'nın 5. maddesinde bu koşul "*malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması*" şeklinde düzenlenmektedir[510].

[510] ABİDA'nın 101(3). maddesindeki düzenleme "*malların üretimi veya dağıtımının iyileştirilmesine ya da teknik veya ekonomik gelişmenin artırılmasına katkıda bulunan*" şeklindedir. Burada RKHK'dakinden farklı olarak "hizmetlerin sunulması" kavramı kullanılmamaktadır. Maddenin yazım tercihinden kaynaklı bu durum ilgili koşulun uygulanması bakımından hizmetlerin kapsam dışı olduğu anlamına gelmemektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 172; **Badur**, Anlaşmalar,

Ürünlerin üretimi veya dağıtımına sunulan katkı sonucu elde edilen yararın, anlaşmanın yarattığı rekabet kısıtlarından ağır basması halinde muafiyetin ilk olumlu koşulunun gerçekleştiği kabul edilmektedir[511]. Bu nedenle doktrinde bu koşulun, "*yararlı olma*" veya "*ekonomik fayda şartı*" olarak ifade edildiği de görülmektedir[512]. Önemle belirtilmelidir ki burada kullanılan yarar kavramı ile kastedilen, anlaşmaya taraf olan teşebbüsler açısından gerçekleşen sübjektif menfaatler değil; ekonomiye yapılan her tür somut katkıyı anlatan objektif kazanımlardır[513]. Objektif yarar hususunun ürünlerin üretim veya dağıtımında sağlanan iyileşmeler ve artırılan ekonomik veya teknik gelişmelerin değerlendirilmesi aşamasında mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ne var ki birbirine oldukça benzerlik gösteren bu durumların aktarılmasında tercih edilen ifade tarzının soyutluğu, beklenen objektif yararları saymayı zorlaştırmaktadır[514]. Dolayısıyla varlığı iddia olunan yararın niteliği ve ağırlığı bakımından bu koşulu sağlamaya elverişli olup olmadığı muafiyet tanımaya yetkili kılınan makamın takdir yetkisi ile belirlenmektedir. Ancak üretim veya dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, ürün çeşidi, kalitesi ya da arz miktarının artırılması, yeni üretim veya satış tekniklerinin geliştirilmesi gibi durumlar objektif yararın varlığına işaret eden örneklerdir[515].

---

s. 134; **Dörttepe Atila**, Özge, "Türk Rekabet Hukukunda Bireysel Muafiyet", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004, s. 79; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 114; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 252.

511 İnceleme konusu anlaşmayla ekonomiye sağlanan yararların serbest rekabet koşulları altında elde edilemeyecek olması halinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın yararlarının daha ağır bastığı kabul edilmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 229, dn. 424; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 194.

512 Aslan, Badur ve Küçükayhan Aşcıoğlu ilgili koşul için "*yararlı olma*" ifadesini kullanırken Sanlı'nın "*ekonomik fayda şartı*" ifadesini kullandığı görülmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 444; **Badur**, Anlaşmalar, s. 134; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 113; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 127.

513 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 445; **Badur**, Anlaşmalar, s. 134; **Dörttepe Atila**, s. 80; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 115; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 127; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 194.

514 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 173; **Badur**, Anlaşmalar, s. 134; **Dörttepe Atila**, s. 79. Maddede belirtilen durumlar birbirinden tamamen ayrılamamaktadır. Özellikle ekonomik gelişmenin sağlanması ifadesi maddede sayılan diğer bütün durumları kapsayacak genişliktedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 445; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 127; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 194.

515 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 445; **Güner**, s. 151; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 227; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 195. Kurul, GlaxoSmithKline ve Pfizer arasındaki dağıtım anlaşmasını incelediği muafiyet kararında yarara ilişkin değerlendirmede yukarıda sayılan bu gibi durumların araştırıldığını açıkça belirtmiştir. Bu değerlendirme THY ve Garanti Bankası arasındaki işbirliği anlaşmasının muafiyet yönünden incelendiği kararda da mevcuttur. Bkz. 20.06.2008 tarih, 08-40/535-201 sayılı Kurul kararı, 09.09.2009 tarih, 09-41/994-251 sayılı Kurul kararı; **Küçükayhan**

Teşebbüsler arasında gerçekleştirilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların ekonomiye sağladığı objektif yararların varlığı ve ağırlığı her bir somut olay özelinde ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bu nedenle böyle bir anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler ilgili anlaşmayla sağlamayı planladıkları objektif ekonomik yararları açıkça ortaya koyma ve muafiyet taleplerini bu yararlara dayandırma yükümlülüğü altındadır[516]. Buna karşılık muafiyet tanımaya yetkili makamlar da yaptıkları değerlendirmede yasal düzenlemelere riayet etmek ve takdirlerini ekonomik analizlerle gerekçelendirmekle yükümlüdür[517].

bb. Tüketici Yararının Sağlanması

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukuku kapsamında rekabeti kısıtlayıcı kabul edilen bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için aranan bir diğer olumlu koşul da üretim veya dağıtıma sunulan katkı sonucu sağlanan ekonomik yararın tüketicilere yansıtılmasıdır. Muafiyet koşullarının kümülatif olması nedeniyle tüketicilere yararı sağlamadıkça salt ekonomik açıdan etkinlik artışı yaratan bir anlaşmaya muafiyet tanınmamaktadır.

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın 101(3) ve 4054 sayılı Kanunun 5/1(b) maddesinde ifadesini bulan tüketici yararının sağlanmasına yönelik bu koşulu incelemeden önce tüketici kavramının kapsamının belirlenmesinde yarar vardır. Zira diğer yasal düzenlemelerden farklı olarak rekabet hukukunda tüketici kavramı yalnız son kullanıcıları değil; ilgili piyasadaki ürünlerin doğrudan veya dolaylı tüm kullanıcılarını kapsamaktadır. Dolayısıyla bu ürünleri girdi olarak kullananlar ile ürünlerin yeniden satışını gerçekleştiren toptancılar veya perakendeciler rekabet

---

Aşcıoğlu, s. 115. İşsizliği önleyen veya istihdam artışı yaratan anlaşmaların da objektif ekonomik yarar sağladığı kabul edilebilmektedir. Bkz. **Tekinalp/Tekinalp**, s. 424; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 253.

516 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 174; **Badur**, Anlaşmalar, s. 135; **Dörttepe Atila**, s. 79.

517 En nihayetinde makamın yaptığı değerlendirmenin amacı anlaşmayla sağlanan objektif yararların tespiti ile bu yararların piyasa üzerinde yarattığı ekonomik etkilerin analiz edilmesidir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 445; **Badur**, Anlaşmalar, s. 135; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 116.

hukukunda tüketici olarak nitelendirilebilmektedir[518]. Tüketici kavramının kapsamının genişliği tüketiciler açısından sağlanması beklenen yararın geniş yorumlanması gereğini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle doğrudan veya dolaylı olduğuna bakılmaksızın tüketici lehine sağlanan objektif yararların yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir[519]. Nitekim Kurul; fiyatlardaki düşüş gibi doğrudan yararların yanı sıra tüketicilerin ürüne ulaşımının ya da servis hizmetlerinin kolaylaştırılması veya genişleyen ürün yelpazesi sayesinde tüketicinin seçme şansının artması gibi dolaylı yararların varlığını da ilgili anlaşmaya muafiyet tanımak için yeterli kabul etmektedir[520]. Ancak AB'de Komisyonun, tüketici yararının varlığını fiyatlardaki düşüşü baz alarak değerlendirme eğilimi gösterdiği de belirtilmelidir[521].

En nihayetinde ikinci olumlu koşulun gerçekleşmesi rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın sağladığı yarardan tüketicinin adil bir pay (*fair share of benefits*) almasına bağlıdır[522]. Yararlanmanın ölçüsünü belirlemekte kullanılan bu kıstas gereği rekabeti kısıtlayarak tüketici nezdinde yarattığı kayba nazaran sağladığı yarar daha ağır basan anlaşmalara muafiyet tanınmaktadır[523]. Rekabetin büyük ölçüde kısıtlandığı

---

518 **RK**, *Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz*, s. 8, para. 43. Badur, Yiğit ve Güner; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan tüketici tanımını esas alarak tüketici kavramının kapsamını son kullanıcılar ile sınırlamaktadır. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 138; **Güner**, s. 153; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 197. Ancak kılavuzda ifadesini bulan ve bizim de katıldığımız görüş bu kavramın AB'deki mehazına uygun olarak geniş yorumlanması gerektiği yönündedir. Zira rekabet hukuku bakımından sadece son kullanıcıların değil; satıcı, dağıtıcı veya üretici gibi diğer tüm kullanıcıların da menfaatlerinin korunması söz konusudur. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 175; **Dörttepe Atila**, s. 96; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 129; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 425; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 254.

519 Topçuoğlu, bu koşulun gerçekleşmesi bakımından yalnız tüketiciye sağlanan doğrudan yararların dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 255. Ancak kanaatimizce varlığı ortaya konan objektif yararlar yönünden böyle bir ayrıma gidilmesi sadece uygulamayı zorlaştıracağından gereksizdir. Aynı yönde bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 176; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 448; **Dörttepe Atila**, s. 97; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 197.

520 Kurulun 28.04.1999 tarih, 99-21/171-90 sayılı SFTC - Tezsan; 24.02.2000 tarih, 00-8/69-31 sayılı POAŞ; 28.02.2008 tarih, 08-19/192-63 sayılı Paşabahçe kararları bu konuya sıklıkla örnek verilen kararlardır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 446; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 116.

521 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 447; **Badur**, Anlaşmalar, s. 138; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 255.

522 ABİDA'nın 101(3). maddesinde " *ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması*" şeklinde ifade bulan bu koşul; RKHK'nın 5. maddesinde ilk koşul ile bağlantılı olarak "*tüketicilerin bundan yarar sağlaması*" şeklinde düzenlenmektedir. Kimi yazarlar bu durumu Türk rekabet hukukunda tüketiciye sağlanan yararın adil olmasının aranmadığı biçiminde yorumlamaktadır. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 137; **Güner**, s. 153; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 119. Ancak böyle bir yaklaşım gerçeği yansıtmamaktadır. Zira 5. maddenin gerekçesinde tüketicinin sağlanan yarardan adil bir pay alması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 177; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 447; **Dörttepe Atila**, s. 97; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 129; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 255.

523 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 177; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 120; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 425.

senaryolarda tüketici lehine sağlanan küçük yararlar bu koşulun gerçekleşmesi için yeterli bulunmamaktadır.

b. Olumsuz Koşullar

aa. İlgili Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara tanınan muafiyet rağmen ilgili piyasada fiili ve potansiyel rekabetin varlığını sürdürmesi esastır. Rekabet baskısının azaldığı aksi bir durumda teşebbüslerin gayretinde yaşanan düşüşün anlaşmadan beklenen ekonomik yararın elde edilmesini güçleştirdiği düşünülmektedir[524]. Bu nedenle ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesinin ilk olumsuz koşulu olarak kendini göstermektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan sonraki dönemde de piyasadaki rekabetçi yapının devamını sağlamayı hedefleyen bu koşul yönünden teşebbüslerin üstüne düşen anlaşmanın varlığında da piyasadaki rekabetin işlediğini kanıtlamaktır. İlgili piyasadaki rekabetin anlaşmayla birlikte göstereceği değişimin değerlendirilmesi için piyasadaki mevcut durumun ve anlaşmanın içerdiği rekabet kısıtlamalarının bu mevcut durum üzerindeki olası etkilerinin ekonomik analizler aracılığıyla belirlenmesi gerekmektedir. Bu ekonomik analiz süreci rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ilgili piyasadaki paylarının tespiti ile başlamaktadır[525]. Teşebbüslerin ilgili piyasadaki payının yüksek olması rekabetin ortadan kalkması ihtimalini artırmaktadır. Ancak bu durum tek başına böyle bir sonucu gerçekleştirmeye elverişli bulunmamaktadır. Zira istenmeyen

---

524 Rekabetçi yapının kaybedildiği bir piyasada kısa vadede anlaşmaya bağlı etkinlik kazanımlarının gözlemlenmesi mümkünse de uzun vadede yaşanması muhtemel inovasyon düşüşü, fiyat artışı gibi durumlar nedeniyle bu etkinlik kazanımları yerini büyük kayıplara bırakacaktır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 177; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 453; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 122.

525 Elbette burada ilk adım ilgili piyasanın belirlenmesidir. Ancak aktarılan koşul bakımından ilgili piyasanın tespiti ayrı bir özellik göstermediğinden bu bölümde konunun tekrar ele alınmasına gerek duyulmamıştır. İlgili piyasanın tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. §5/I/A/1.

bu sonucun gerçekleşmesi teşebbüslerin piyasa payı kadar tarafı oldukları anlaşmanın öngördüğü kısıtlamaların ağırlığı ve piyasanın bu kısıtlamalardan etkilenmeye yatkınlığına da bağlıdır. Öyle ki yoğunlaşmanın yüksek, rekabetin zayıf olduğu piyasalarda küçük bir kısıtlama dahi rekabetin ortadan kalkmasına yol açarken piyasaya girişlerin sürdüğü, fiili ve potansiyel rekabetin güçlü seyrettiği piyasalarda bu oldukça güçtür[526]. Bu nedenle yapılan ekonomik analizlerde piyasanın yoğunluk derecesini gösteren rakiplerin sayısı ve gücü ile giriş engellerinin olup olmadığı gibi durumlar da dikkate alınmaktadır[527]. Dolayısıyla tarafları düşük piyasa payına sahip anlaşmalara nazaran daha zor olmakla birlikte hakim durumdaki teşebbüslerin taraf olduğu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara da muafiyet tanınabilmektedir[528].

Somut olay özelinde yapılan değerlendirme sonucu piyasadaki rekabetin devamına engel teşkil etmediğine kanaat getirilen anlaşmaların, muafiyetin olumsuz koşullarından ilkini sağladığı kabul edilmektedir. Ancak piyasadaki rekabeti önemli ölçüde kısıtladığı düşünülen açık kısıtlamalar içeren veya kısa vadede yarattığı etkinlik kazanımları uzun vadeye yayılamayan anlaşmaların bu koşulu sağlama ihtimali oldukça düşüktür[529].

---

526 Piyasaya girişlerin sürmesi, piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmadığının en büyük göstergelerinden biri kabul edilmektedir. Zira bu koşulun asıl amacı piyasadaki rekabetin sürdürülmesidir. Kurul, 29.05.2001 tarih, 01-25/242-64 sayılı SÜTAŞ ve 28.04.1999 tarih, 99-21/171-90 sayılı SFTC-Tezsan kararında da bunu belirtmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 178; **Badur**, Anlaşmalar, s. 141; **Dörttepe Atila**, s. 103; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 228.

527 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 178; **Dörttepe Atila**, s. 101; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 130. Ayrıca bkz. Kurulun 24.02.2000 tarih, 00-8/69-31 sayılı POAŞ kararı, **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 123.

528 Arı, muafiyetin sadece rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar için öngörülmüş istisnai bir düzenleme olduğuna dikkat çekerek hakim durumda bulunan bir teşebbüsün bu imkandan yararlanamayacağını savunmaktadır. Topçuoğlu ve Yiğit ise hakim durumdaki bir teşebbüsün yaptığı anlaşmaların her halükarda piyasanın önemli bir bölümünü etkileyeceğini belirterek bu anlaşmaların muafiyetten yararlanamayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 178; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 257; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 201. Ancak kendisine katıldığımız Aslan, peşinen böyle bir yargıda bulunmanın doğru olmadığını belirtmektedir. Zira burada önemli olan teşebbüsün ilgili piyasada hakim duruma değil; bunun verdiği gücü kullanabilme imkanına sahip olup olmadığıdır. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 457.

529 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 229; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 250; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 201.

bb. Rekabetin Gereğinden Fazla Sınırlanmaması

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara muafiyet tanınabilmesinin ikinci olumsuz koşulu yasal düzenlemelerde aranan olumlu koşulların sağlanması adına rekabetin gerekenden fazla sınırlanmamış olmasıdır. Ölçülülük şartı da denilen bu koşul uyarınca rekabet sadece anlaşmadan beklenen ekonomik yararın sağlanması ve bunun tüketiciye aktarılması için gereken asgari düzeyde sınıırlanabilmektedir.

Dört kümülatif muafiyet koşulunun sonuncusunu oluşturan bu koşul, aynı zamanda teşebbüslere amaçlarına ulaşmada rekabeti en az kısıtlayacak yöntemi tercih etmeleri yönünde getirilen bir yükümlülük niteliğindedir[530]. Dolayısıyla yapılan anlaşmalarda alternatif yolların aranması ve sadece zorunlu kısıtlamalara başvurulması bu koşulun gerçekleşmesi bakımından kritik bir öneme sahiptir. Teşebbüslerin başvurduğu rekabet kısıtlamalarının zorunlu olarak nitelendirilebilmesi için bu kısıtlamalar kaldırıldığında yararlı etkilerin veya bu etkilerin elde edilme ihtimalinin büyük oranda azalması gerektiği kabul edilmektedir[531]. Kısıtlamaların değerlendirilmesinde piyasanın durumu ile anlaşmanın konusu ve hükümleri de belirleyici rol oynamaktadır. Burada çok sayıda farklı birleşime rastlanacağından hangi kısıtlamanın ne zaman zorunlu sayıldığını gösteren net bir ölçüt bulunmamaktadır. Buna karşın genel olarak grup muafiyeti düzenlemelerinde sayılan yeniden satış fiyatının tespiti, pasif satış yasağı gibi açık kısıtlamaların zorunlu kısıtlama sayılamadığını söylemek mümkündür[532]. Aynı sonuç anlaşma konusuyla bağdaşmayan veya muafiyet için gereken olumlu koşulların sağlanması hedefine yönelmeyen kısıtlamalar açısından da geçerlidir.

---

530 **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 227; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 131; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 198.

531 **RK**, *Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz*, s. 13, para. 72.

532 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 453; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 131; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 258. Kurulun yeniden satış fiyatının tespiti ve pasif satış yasaklarına yönelik bu yöndeki uygulamaları için bkz. 22.11.1999 tarih, 99-53/575-363 sayılı ÜLKER kararı; 22.11.1999 tarih, 99-53/575-364 sayılı BESLER kararı ve 29.05.2001 tarih, 01-25/244-66 sayılı ETİ kararı; **Dörttepe Atila**, s. 107.

Tüketiciye yansıtılması beklenen objektif ekonomik yararın rekabeti daha az kısıtlayan başka bir yöntemle elde edilebilmesi halinde muafiyet için aranan son koşul sağlanamamaktadır. Bu durumda yetkili makam, ilgili anlaşmaya muafiyet tanımayı reddedebildiği gibi zorunlu olmayan kısıtlamaların anlaşmadan çıkarılması şartıyla muafiyet kararı vermeyi tercih de edebilmektedir[533].

3. Muafiyet Türleri

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda muafiyet sistemi, "*bireysel muafiyet*" ve "*grup muafiyeti*" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. ABİDA'nın 101(3). maddesi ve RKHK'nın 5. maddesinde öngörülen bu yasal ayrım aslen muafiyetin kapsamına ve koşullarının değerlendirilmesinde izlenen yönteme ilişkindir. Muafiyet koşulları, her ikisi için de ortak olup bu koşulların tamamının gerçekleşmesi hem bireysel muafiyet hem grup muafiyeti açısından zorunludur[534]. Bireysel muafiyette bu koşullar tek bir anlaşma özelinde ayrı ayrı değerlendirilirken grup muafiyetinde belirli anlaşma türleri hakkında önceden ve toplu olarak yapılan bir değerlendirme söz konusudur.

a. Bireysel Muafiyet

Bireysel muafiyet (*individual exemption*), rekabeti kısıtlayıcı bir teşebbüsler arası anlaşmanın hukuka aykırılığının ortadan kaldırılması adına yetkili makam tarafından verilen kurucu ve yenilik doğurucu bir karardır[535]. Bireysel muafiyet

---

533 **Sanlı**, Geçersizlik, s. 132; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 257; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 199. Kurul, Trakya Cam (Isıcam) hakkında resen yürüttüğü muafiyet incelemesinde rekabeti zorunlu olandan fazla sınırladığı gerekçesiyle yetkili üreticilerle yapılan sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme şartının anlaşmadan çıkarılmasına karar vermiştir. Bkz. 24.01.2013 tarih, 13-07/73-42 sayılı Kurul kararı; **RK** - Kurul Kararı Arama, https://www.rekabet.gov.tr/tr/Kararlar (E.T. 02.09.2019).

534 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 172; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 424; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 251.

535 **Güner**, s. 157; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 132; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 426; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 245; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 190. Doktrinde idari işlem niteliğinde olan bu kararı özel hukuk kavramları ile nitelendirmenin doğru olmadığını savunan yazarlar vardır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 179; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 443. Ancak bir özel hukuk yaptırımı olan

kararıyla birlikte hukuka uygun hale gelen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, rekabet kanunlarında öngörülen hukuki veya idari tüm yaptırımlardan muaf tutulmaktadır.

Avrupa Birliği'nde, muafiyete ilişkin hükümler doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Daha açık bir ifadeyle muafiyet koşullarını sağlayan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, herhangi bir karara ihtiyaç duymaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu nedenle AB'de bireysel muafiyet denetimi yapma yetkisi Komisyon'un yanı sıra üye devletlerin rekabet otoriteleri ve yargı organları tarafından da kullanılabilmektedir[536]. Türkiye'de ise muafiyet koşullarını sağlayan anlaşmaların hukuka uygun kabul edilmesi bireysel muafiyet kararının varlığına bağlı olup bu kararı verme yetkisi münhasıran Rekabet Kurulu'na aittir. Kurul bu yetki çerçevesinde hukuka aykırı kabul edilen ve grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmaları, anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin yapacağı isteğe bağlı bir bildirim üzerine veya re'sen bireysel muafiyet incelemesine tabi tutabilmektedir[537]. Yasayla belirlenen muafiyet koşullarının somut olayda sağlanıp sağlanmadığını tespit edebilmek amacıyla yapılan bu incelemede her bir koşul ayrıca değerlendirilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki Türk rekabet hukukunda kendilerine bireysel muafiyet tanıma yetkisi verilmediğinden mahkemelerin önlerine gelen tazminat davasında böyle bir değerlendirme yapma imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla uygulamada hatalı sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için karar verilmeden önce muafiyet koşullarını sağlayabileceği düşünülen anlaşmaların mahkeme tarafından

---

tazminat sorumluluğunu konu alan çalışmamızda doktrindeki genel kabule uygun şekilde bu kararın özel hukuktaki yansımalarını ifade eden kavramların tercih edilmesinde kanaatimizce sorun yoktur.

536 1/2003 sayılı Tüzükle Avrupa Birliği'nde muafiyete ilişkin düzenlemler yönünden doğrudan uygulanabilirlik (*direct applicability*) esasının benimsenmesi üzerine uzun yıllar sadece Komisyon tarafından kullanılan bireysel muafiyet tanıma yetkisi üye devletlerin rekabet otoriteleri ile yargı organlarına da verilmiştiir. Bkz. **Aksoy**, Nazlı/ **Bolatoğlu**, Hilmi/ **Yavuz**, Şahin: "Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2016, S. 25, s. 4 - 29, s. 9; **Aşçıoğlu Öz**, Dikey Anlaşmalar, s. 13;**Ata**, s. 40.

537 Önceleri bireysel muafiyet kararının, yalnız yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde yetkili makama bildirilen rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar hakkında verilebileceği kabul edilmiştir. 1/2003 sayılı Tüzükle AB'de, 5388 sayılı Kanunun ile yapılan değişiklikle ise Türkiye'de muafiyet için gereken bildirim zorunluluğu kaldırılmıştır. Ancak Türkiye'de bildirim sisteminin uygulanmasına tamamen son verilmemiş; bu sistemi kullanmak isteğe bağlı hale getirilmiştir. Bu nedenle bugün için bireysel muafiyet kararları, Rekabet Kurulu tarafından teşebbüslerin isteğe bağlı bildirimlerine dayanılarak veya re'sen verilebilmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 444; **Ata**, s. 55; **Güner**, s. 157; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 224; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 190.

Kurul'a yönlendirilmesinde ve konunun bekletici mesele yapılmasında yarar vardır[538]. Zira Kurul tarafından verilen bir bireysel muafiyet kararının varlığı halinde hukuka aykırılığı giderilen anlaşmalar tazminat sorumluluğu doğurmamaktadır[539].

4054 sayılı Kanunun muafiyete ilişkin 5. maddesinin yazımında tercih edilen "*şartların tamamının varlığı halinde ... karar verebilir*" ifadesinden yola çıkan bir grup yazar aksini savunmaktaysa da kanaatimizce muafiyet koşullarının tamamını sağladığı tespit edilen anlaşmalara bireysel muafiyet tanınması hukuki bir gereklilik olup Kurul'a tanınan takdir yetkisi AB'de olduğu gibi koşulların değerlendirilmesiyle sınırlıdır[540]. Kurul tarafından verilen bireysel muafiyet kararının iptali talebiyle idari yargıda dava açılması mümkünse de açılan bu dava kararın uygulanmasını durdurmamaktadır[541].

---

538 Sabit fiyat, miktar zorlaması gibi kısıtlamalar içeren anlaşmalara muafiyet tanınması ihtimali düşüktür. Bu nedenle mahkemelerin bu anlaşmalardan kaynaklı talepleri doğrudan sonuçlandırması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bkz. **Gül**, İbrahim, "Rekabet Kurulu'nun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararına Etkileri", Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 26 - 30, s. 30; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 227, dn. 418; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 208.

539 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 231; **Gül**, Muafiyet, s. 28; **Güven**, Mahkeme Kararları, s. 217; **Kesici**, s. 125; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 219; **Şahin**, Murat, s. 165; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 205.

540 Doktrinde RKHK'nın 5. maddesinin lafzından yola çıkan bazı yazarlar Kurul'un tüm koşulları sağlayan anlaşmalar hakkında bireysel muafiyet kararı verme zorunluluğu olmadığını, bu konuda Kurul'a takdir yetkisi tanındığını savunmaktadır. Bkz. **Güner**, s. 158; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 247; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 192. Ancak böyle bir kabulün teşebbüsler nezdinde yaratacağı hukuki belirsizlik düşünüldüğünde bu görüşe katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Zira rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların Kurul'a bildirilmesine yönelik zorunluluğunun kaldırılmasıyla birlikte teşebbüslerin kendi bireysel muafiyet değerlendirmelerini yapmaları esas hale gelmiştir. Şüphesiz bu değerlendirmenin teşebbüsler tarafından sağlıklı bir şekilde yapabilmesinde hukuki öngörülebilirlik kritik öneme sahiptir. Tüm koşulları sağlayan bir anlaşmanın dahi Kurul'un takdir yetkisi sonucu bireysel muafiyet alamaması bu öngörülebilirliği ortadan kaldıracağından fiiliyatta bildirim zorunluluğunu geri getirecektir. Dolayısıyla RKHK'nın 5. maddesinde tercih edilen "karar verebilir" ifadesi ile kanun koyucunun bireysel muafiyet kararının yalnız tüm koşulların gerçekleşmesi halinde verilebilen bir karar olduğunu vurgulamak istendiğini ve burada idari bir merci olan Kurul'a bağlı yetki tanıdığını kabul etmek gerekir. Aynı yönde bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 183; **Eğerci**, s. 119; **Kesici**, s. 123, dn. 301; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 111; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 127.

541 RKHK'nın 55/2. maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulmuş olması bu kararların uygulamasını durdurmamaktadır. Bu nedenle hakkında bulunan bireysel muafiyet kararının iptali talebiyle idari yargıya başvurulmuş bir anlaşmanın tazminat davasına konu olması halinde mahkemenin idari yargıdan çıkacak sonucu bekletici mesele yapmasına kanaatimizce gerek yoktur. Böyle bir gereklilik bulunmamakla birlikte tazminat davasına bakan mahkemenin bu konuda takdir yetkisi olduğu yönünde ise bkz. **Kesici**, s. 133.

aa. Muafiyetin Süresi

Yasal düzenlemelerde bireysel muafiyet kararlarının süresi hakkında öngörülen asgari veya azami bir sınır bulunmamaktadır[542]. Bireysel muafiyetin süresi, incelemeye tabi tutulan anlaşmanın içinde bulunduğu hukuki ve iktisadi şartların değerlendirilmesi suretiyle yetkili makamlar tarafından serbestçe takdir edilmektedir[543]. Böylelikle muafiyet belirli bir süre için veya süresiz olarak tanınabilmektedir. Ancak uygulamada bireysel muafiyet kararların belirli sürelerle sınırlı olarak verilmesi tercih edilmektedir. Yetkili makamın belirlediği bu sürenin anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilmektedir. Geriye dönük olarak hesaplanan bu sürenin sona ermesiyle bireysel muafiyet kararı kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Muafiyet süresi sona ermesine rağmen muafiyet koşullarını sağlamayı sürdüren anlaşmalar hakkında verilen bireysel muafiyet kararları yenilenebilmektedir. Muafiyet süresinin sona erdiği ve herhangi bir yenileme kararının bulunmadığı durumlarda anlaşmanın uygulanmasına devam edilmesi nedeniyle doğan zararların tazmini için dava açılabilmektedir.

bb. Muafiyetin Şart ve/ veya Yükümlülüğe Bağlanması

4054 sayılı Kanunun rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara muafiyet tanınmasına ilişkin 5. maddesinin ikinci fıkrasında muafiyetin belirli şart ve/veya yükümlülüklerin

---

542 AB rekabet hukukundan farklı olarak RKHK'nın 5/2. maddesi, 02.07.2005 tarihinde 5388 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değiştirilmeden önce Türk rekabet hukukunda muafiyet kararları en çok beş yıl için verilebilmekteydi. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 184; **Badur**, Anlaşmalar, 154.

543 Bu noktada rekabet etmeme yükümlülüğü içeren anlaşmaların durumuna değinmekte yarar vardır. Grup muafiyetine ilişkin düzenlemelerde süresi beş yıl ile sınırlanan bu yükümlülüğün bulunduğu anlaşmalar için verilen bireysel muafiyet kararlarının da en çok beş yıl süreyle sınırlı olarak verildiği görülmektedir. Bkz. Kurulun 13.11.2003 tarih, 03-73/883-382 sayılı Toys R Us - Headquartes Inc/Uluslar arası Çocuk Çarşıları A. Ş. muafiyet kararı; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 459.

yerine getirilmesine bağlanabileceği belirtilmektedir[544]. Bu şekilde verilen bireysel muafiyet kararları, ilgili şart ve/veya yükümlülüklerin yerine getirildiği andan itibaren geçerli sayılmaktadır. Bu düzenleme anlaşmaya mevcut haliyle muafiyet verme konusundaki tereddütlerin giderilmesinde Kurul'a hizmet ederken yapılan yönlendirmeler sayesinde teşebbüslerin muafiyet alma ihtimalini de artırmaktadır.

Bireysel muafiyet kararları bakımından madde metninde yer alan "*şart*" ve "*yükümlülük*" kavramlarının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda doktrindeki görüş ayrılıkları dikkat çekmektedir. Bu kavramları özel hukuktaki anlamlarıyla sınırlama gayretinin görüş ayrılıklarının çıkış noktası olduğunu söylemek mümkündür. Oysa bireysel muafiyet kararlarının idari işlem niteliği düşünüldüğünde böyle bir gayretin sonuç vermesini beklemek güçtür. Bilhassa şart kavramı söz konusu olduğunda gündeme gelen geciktirici - bozucu şart ayrımı bu güçlüğü daha da artırmaktadır. Zira bu ayrım hukuki bir işlemin sonuç doğurması veya sonuçlarının ortadan kaldırılmasıyla doğrudan ilgilidir. RKHK'da şartın türüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa dahi muafiyet kararının koşulun sağlandığı andan itibaren geçerli sayılması Kanundaki şartın geciktirici şart şeklinde nitelendirilmesine yol açmaktadır. Ancak şartın gerçekleşmesi için geçen süreye kadar anlaşmanın durumunda yaşanacak hukuki belirsizlik bu görüşün desteklenmesi önündeki en büyük engeldir[545]. Soruna bu açıdan yaklaşıldığında muafiyetin bozucu şarta bağlanması uygunsa da şartın gerçekleşmemesi halinde muafiyet kararının bizzat Kurul tarafından geri alınması buna imkan tanımamaktadır[546].

---

544 Avrupa Birliği rekabet hukukunda muafiyet koşullarını sağlayan anlaşmalar, herhangi bir karar olmaksızın doğrudan muafiyetten yararlanabildiği için muafiyetin şart ve/veya yükümlülüğe bağlanması yönünde somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. **Aksoy/ Bolatoğlu/ Yavuz**, s. 10.

545 Yaratacağı hukuki belirsizlik nedeniyle muafiyet kararları yönünden geciktirici şart uygulamasından olabildiğince kaçınılması gerektiği ile idari işlemlerin geciktirici şarta bağlanamayacağı yönündeki çeşitli görüşler için bkz **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 461;**Aksoy/Bolatoğlu/Yavuz**, s. 14; **Atila**, s. 52; **Güner**, s. 165; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 230; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 130.

546 Sanlı, muafiyetin geri alınmasına dair düzenlemenin şartın geciktirici şart olarak değerlendirilmesine engel olabileceği düşüncesini kabul etmekte ancak bizim görüşümüzden farklı olarak geri almayı bozucu şartın kabulüne dayanak göstermektedir. Yazara göre burada geriye etkili ve Kurul kararına ihtiyaç duyan bir bozucu şarta işaret edilmektedir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 420. Dörttepe Atila ise Sanlı'nın görüşüne katılmakla birlikte Kurul uygulamasının şart gerçekleşmediği takdirde muafiyetin kendiliğinden geçersiz hale gelmesi yönünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Dörttepe Atila**, s. 117.

Kaldı ki kanaatimizce Kanunun 13. maddesinde yer alan ve şartın geçekleşmemesi halinde muafiyetin Kurul tarafından geri alınacağını öngören düzenlemenin varlığı bu şartın yalnız bozucu şart şart değil; geciktirici şart olarak nitelendirilmesini de anlamsız hale getirmektedir[547]. Gerçekten de gerçekleşmemiş bir geciktirici şartın varlığı halinde ortada muafiyet olmadığından; bozucu şartın varlığı halinde ise şart gerçekleşmedikçe muafiyet devam ettiğinden geri alma kararının gündeme gelmesi mümkün değildir. Dolayısıyla RKHK'nın 5/2. maddesindeki şart kavramının özel hukuktakinden daha geniş bir anlamda kullandığını kabul etmek kanundaki mevcut düzenlemelerin yanı sıra uygulamayla da uyum yakalamak adına başvurulabilecek en uygun çözümdür[548]. Nitekim Kurul da bu maddeyi sıklıkla belirlenen sürede anlaşmadaki bazı hükümlerin çıkarılması veya yeniden düzenlenmesi ve bunun Kurul nezdinde belgelenmesi şeklinde yükümlülük temelli uygulamaktadır[549].

Bireysel muafiyet kararlarının tarafları ve bu karara dayanarak faaliyet gösterdikleri piyasalar Kurul tarafından sürekli takip edilmekte; tarafların durumunda veya piyasadaki koşullarda bir değişiklik tespit edilmesi halinde bireysel muafiyet kararları tekrar gözden geçirilmektedir. Bu doğrultuda halihazırda hakkında bireysel muafiyet kararı bulunan bir anlaşma da şarta ve/veya yükümlülüğe bağlanabilmektedir[550].

---

547 Nitekim şartın gerçekleşmemesi halinde muafiyetin Kurul kararıyla geri alınmasının muafiyeti şarta bağlamanın mantığına aykırı olduğu kanun koyucu tarafından da göz önünde bulundurulmuş ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 2. maddesi ile muafiyet konusunda yapılması öngörülen değişiklikler arasında şartın gerçekleşmemesi değil yükümlülüklerin yerine getirilmemesi muafiyetin geri alınması sebebi olarak düzenlenmiştir.

548 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 186; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 461; **Atila**, s. 52; **Güner**, s.165; **Küçükayhan Aşcıoğlu**, s. 130. İlgili maddede kullanılan şart ve yükümlülük kavramlarının özel hukuktaki anlamlarını karşılayacak şekilde yorumlanması gerektiği yönündeki aksi görüşler için bkz. **Aksoy**/**Bolatoğlu**/**Yavuz**, s. 14; **Dörttepe Atila**, s. 117; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 236, dn. 492.

549 **Aksoy**/**Bolatoğlu**/**Yavuz**, s. 12; **Dörttepe Atila**, s. 116; **Güner**, s. 165; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 262.

550 Kurul'un değişen koşullar doğrultusunda muafiyeti yeni şartlara bağlamasına örnek teşkil eden 17.01.2008 tarih, 08-06/63-20 sayılı; 19.08.2009 tarih, 09-36/904-216 sayılı ve 21.08.2013 tarih, 13-48/672-288 sayılı üç farklı BKM kararı için bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 465.

cc. Muafiyetin Geri Alınması

Bireysel muafiyet kararları çoğunlukla muafiyet koşulları hakkında yapılan geleceğe yönelik öngörülere dayanmaktadır. Tarafların tercihlerindeki veya piyasa koşullarındaki değişimler nedeniyle bu öngörüler gerçeklerle örtüşmediğinde ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar hakkında verilen bireysel muafiyet kararlarının ya değişen koşullara uygun hale getirilmesi ya da geri alınması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanunun 13. maddesinde Kurul tarafından bireysel muafiyet kararının geri alınabileceği haller; (a) kararların alınmasına esas teşkil eden olayların herhangi birinde değişiklikler olması, (b) karara bağlanan şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da (c) kararın anlaşmaya ilişkin hatalı veya eksik bilgilere dayanılarak alınması şeklinde sayılmaktadır. Ancak bireysel muafiyet kararlarının geri alınması konusunda üzerinde durulması gereken asıl nokta bu hallerin nasıl ortaya çıktığından ziyade geri alma kararının hüküm ifade edeceği zamandır. Zira tazminat sorumluluğu açısından zararın doğduğu anın tespitine ışık tutacağı düşünülen bu zaman, kanunda sayılan hallerin her biri için ayrıca düzenlenmektedir. Buna göre kararın alınmasına esas teşkil eden olaylardaki değişiklikler üzerine verilen geri alma kararları değişikliğin meydana geldiği andan itibaren geçerli kabul edilirken şart ve/veya yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ya da hatalı veya eksik bilgilere dayanılarak verilen muafiyet kararlarının geri alınmasına ilişkin kararlar muafiyet tarihinden geçerli olmaktadır. Hata veya eksiklik ilgili teşebbüslerin hilesi veya kastından kaynaklandığı takdirde ise muafiyet kararı hiç alınmamış sayılmaktadır. Doktrinde muafiyet kararının hiç alınmamış sayılması ile verildiği tarihten itibaren kaldırılması arasında hukuki neticeleri bakımından herhangi bir fark olmadığı haklı olarak savunulmaktadır[551].

[551] **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 468; **Güner**, s. 167; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 263. Arı, Dörttepe Atila ve Sanlı ise bu görüşe katılmamakta eksik veya yanlış bilginin kasıtlı verilmesinin daha ağır bir durum teşkil ettiğini belirterek tabi olunan sonuçlar bakımından yapılan ayrımı yerinde bulmaktadır. Bu yazarlara göre muafiyet kararının hiç verilmemiş sayılması anlaşmayı ilk yapıldığı andan itibaren

Gerçekten de bu hata veya eksiklik olmadan verilen muafiyet kararı geriye yürümekte ve anlaşma yapıldığı tarihten itibaren geçerli sayılmaktadır. Dolayısıyla hata veya eksiklik halinde muafiyet kararı verildiği tarihten itibaren kaldırılsa dahi anlaşma bu muafiyet kararı hiç alınmamış gibi korumasız kalmaktadır. Öte yandan kanaatimizce burada amaçlanan tarafların ağır kusuru olmaksızın Kurul'un toplanan hatalı veya eksik bilgilere dayanarak verdiği kararlar bakımından anlaşmaların en azından geçmişte yürütülen bireysel muafiyet incelemesi süresi boyunca korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle tazminat davaları bakımından Kanunun lafzına sadık kalınmasında ve geri alma kararının gerekçesine göre zararın tespitinde muafiyet kararının verildiği tarihin veya anlaşmanın yapıldığı anın esas alınmasında kanaatimizce yarar vardır[552].

Bilindiği üzere rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan zararların tazmini talebiyle açılan davalarda mahkemelerin ilgili anlaşma hakkında verilmiş bir muafiyet kararı bulunması halinde davayı reddetmesi gerekmektedir. Ancak davacı muafiyet kararının geri alınmasını gerektiren koşulların somut olayda gerçekleştiğini iddia etmekte ve bu iddiasını ikna edici bir biçimde ortaya koymakta ise mahkemenin Kurul'a başvurarak konuyu bekletici mesele yapmasının uygun olacağı düşünülmektedir[553].

b. Grup Muafiyeti

Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda bireysel muafiyetten sonra öngörülen bir diğer muafiyet türü de grup muafiyetidir. Bireysel muafiyetten farklı olarak bu muafiyet sisteminde genel düzenleyici bir işlemle muafiyet koşullarını sağladığı düşünülen belirli anlaşma türlerine yetkili makam tarafından gruplar halinde muafiyet

---

hukuka aykırı hale getirmekte ve Kurul'un bu dönem için ceza verme yetkisi gündeme gelmektedir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 190; **Dörttepe Atila**, s. 121; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 238.

552 Geri alma kararının muafiyetin verildiği tarihten itibaren geçerli olması ile hiç tanınmamış sayılması arasında tazminat miktarının hesaplanması bakımından ciddi bir fark olduğu düşünülmektedir. Zira bu durum zararın doğduğu anda değişiklik yaratmaktadır. Bkz. **Kesici**, s. 131; **Şahin**, Murat, s. 168.

553 **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 248, dn. 441; **Sayhan**, s. 47; **Şahin**, Murat, s. 166; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 292.

tanınmaktadır. Böylelikle gerek teşebbüslerin gerekse yetkili makamların bireysel muafiyet sürecinin getirdiği külfetlerden kurtarılması amaçlanmaktadır.

Avrupa Birliği'nde çıkarılan tüzükler vasıtasıyla Komisyon tarafından kullanılan grup muafiyeti tanıma yetkisi, Türkiye'de 4054 sayılı Kanunun 5/3. maddesiyle Kurul'a verilmiştir. Kendisine verilen bu yetki kapsamında Kurul, çıkardığı tebliğlerle dilediği koşullarla dilediği anlaşma türlerine grup halinde muafiyet tanıyabilmektedir. İlgili grup muafiyeti tebliğinde öngörülen koşulların tamamını sağlayan anlaşmalar hiçbir karara ihtiyaç olmaksızın otomatikman hukuka uygun hale gelmektedir. Dolayısıyla mahkemeler tazminat davasına konu teşebbüsler arası anlaşmanın genel düzenleyici işlem niteliğini haiz grup muafiyeti tebliğlerinden herhangi birinin kapsamına girip girmediğini resen değerlendirmek zorundadır[554]. Bu anlaşmanın türüne bağlı olarak mahkemenin yapacağı değerlendirmede esas alabileceği toplam altı adet grup muafiyeti tebliği bulunmaktadır. Yürürlük tarihlerine göre bu tebliğler sırasıyla; 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2016/5 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve nihayet 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'dir.

Yürürlükte bulunan grup muafiyeti tebliğlerinin genel yaklaşımını yansıtmak adına uygulamadaki en geniş kapsamlı tebliğ olan ve çalışmamızın dikey anlaşmalar bahsinde de sıklıkla değindiğimiz 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği üzerinden ilerlemekte yarar vardır. 2007/2 sayılı Tebliğ ile uğradığı değişiklik sonucu AB'deki mehazına uygun şekilde eşik sistemine geçen bu tebliğ,

---

554 **Güven**, Mahkeme Kararları, s. 231; **İnan/Piker**, s. 107; **Kesici**, s. 134; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 248; **Şahin**, Murat, s. 169. Yargıtay, sağlayıcının dağıtıcının yeniden satış fiyatını tespit etmesinin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamına girip girmediğinin mahkeme tarafından araştırılması gereğini kararında belirtmiştir. Bkz. 19. HD, 21.04.2005 tarih, 2004/9634 E. 2005/4463 K. sayılı karar; **Sekmen**, s. 42.

dikey anlaşmaların grup muafiyetinden yararlanmasını %40 piyasa payı eşiğine bağlamıştır[555]. Bu doğrultuda Türk rekabet hukukunda bir dikey anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için genel olarak (*i*) sağlayıcının (tek elden satın alma anlaşmalarında alıcının) ilgili piyasadaki payının %40'ı geçmemesi, (*ii*) anlaşmada açık (*hard core*) kısıtlamaların bulunmaması, (*iii*) anlaşmadaki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin beş yılı aşmaması koşullarının tümünü sağlaması gerektiğini söylemek mümkündür. 2002/2 sayılı Tebliğ'in piyasa payı kriteri ile muafiyet alabilecek ve alamayacak kısıtlamalar ayrımından oluşan bu sistematiği, grup muafiyeti tebliğlerinin tamamında görülmektedir. Bu sistematik dahilinde sıralanan muafiyet koşullarını sağlamadığı ispat edilen anlaşmaların yol açtığı zararların tazmini talep edilebilmektedir. Ancak hemen hatırlatılmalıdır ki grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmalara bireysel muafiyet tanınması önünde hukuki bir engel yoktur. Bu nedenle burada da bireysel muafiyet koşullarını sağlayabileceğine kanaat getirilen anlaşmaların mahkeme tarafından öncelikle Kurul'a yönlendirilmesi kanaatimizce uygundur[556].

Grup muafiyeti tebliğleri ile anlaşmaya tanınan muafiyet süresi, ilgili anlaşma koşulları sağlamaya devam ettiği takdirde anlaşmanın süresine eşittir. Ancak anlaşma, grup muafiyeti tebliğine uygun olarak düzenlenmesine rağmen piyasadaki etkisi sonucu gereken koşulları sağlamaktan uzaklaşmışsa muafiyet Kurul tarafından geri alınabilmektedir[557]. Böyle bir durumda verilen geri alma kararı geçmişe etkili olmamakta; geçen sürede anlaşma muafiyetten yararlanmış sayılmaktadır.

---

555 Türk rekabet hukukunda 2002/2 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği tarihten beş yıl süreyle AB'deki eşik sistemi uygulanmamıştır. Ancak 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren 2007/2 sayılı Tebliğ, 2002/2 sayılı Tebliğ'de değişiklik yaparak piyasa payı eşiği kriterini Türk rekabet hukukunda da devreye sokmuştur. Ancak 330/2010 sayılı mehaz Komisyon Tüzüğü'nde %30 olarak belirlenen bu eşik ülkemizde %40 olarak belirlenmiştir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 484.

556 Tazminat davasına konu edilen teşebbüsler arası anlaşma hakkında halihazırda bu anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin Kurul'a yaptığı bir bireysel muafiyet başvurusu varsa mahkemenin yapması gereken Kurul kararını bekleyerek hüküm vermektir. Bkz. **Kesici**, s. 135; **Şahin**, Murat, s. 170.

557 **RK**, Dikey Kılavuz, s. 18, para. 53. Güner ve Topçuoğlu, buradaki geri almanın Kurul tarafından verilen bir karar ile değil, açılan bir soruşturmayla yapılacağını belirtmektedir. Badur ve Eğerci de grup muafiyeti bir karar üzerine verilmediğinden bir kararla geri alınamayacağını savunmaktadır. Bu yazarlara göre burada verilecek karar sadece anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamadığının tespitine yöneliktir. Bkz. **Badur**, Anlaşmalar, s. 155; **Eğerci**, s. 202; **Güner**, s. 167; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 263. Ancak kanaatimizce grup muafiyetinden yararlanamayan bir

B. *Rule of Reason* ve *De Minimis* Doktrinlerinin Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan tazminat sorumluluğu yönünden hukuka uygunluk sebeplerinin değerlendirildiği bu bölümde üzerinde durulacak bir diğer konu da *rule of reason* ve *de minimis* yaklaşımlarının durumudur. Zira rekabeti kısıtlayıcı olduğu iddia edilen teşebbüsler arası bir anlaşmanın yasak kapsamından çıkarılmasında büyük rol oynayan bu yaklaşımların, aynı anlaşmadan doğan zararların tazmini noktasında da kurtarıcı rolü üstlenip üstlenemeyeceklerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Rule of reason doktrini piyasayı olumlu etkileyen ya da böyle bir potansiyel barındıran anlaşmaların makul düzeydeki mevcut veya olası rekabeti kısıtlayıcı sonuçlarına katlanılmasını öngörmektedir[558]. AB ve Türk rekabet hukukunda öngörülen muafiyet rejimi, *rule of reason* doktrininin işlevini büyük ölçüde yerine getirmekteyse de bu doktrinin muafiyet koşulları ile sınırlanıp sınırlanmayacağı yönünde çeşitli görüşler bulunmaktadır[559]. Bu görüşlerden bir kısmı teşebbüsler arası anlaşmalara yalnız yasada sayılan kümülatif koşulların gerçekleşmesi halinde rekabet otoritesinin yetkisine dayanılarak muafiyet tanınmasının yarattığı dar boğaza dikkat çekmekte ve genel yasaklama koşulu kapsamında da *rule of reason* doktrininin uygulanması gerektiğini savunmaktadır[560]. Karşıt görüşler ise muafiyet rejiminin kanunda öngörülen

---

anlaşmayı doğrudan hukuka aykırı kabul etmek hakkaniyete uygun değildir. Öte yandan tebliğlerde yer alan ve münferit anlaşmalara tanınan grup muafiyetinin geri alınabileceğini ifade eden açık düzenlemeler ise bu kararın bir tespit kararı olarak kabul edilemeyeceğini göstermektedir. Aynı yönde bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 193; **Dörttepe Atila**, s. 122; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 139.

558 **Canbolat**, s. 64; **Tekinalp**/ **Tekinalp**, s. 347; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 137. Amerika'da ortaya çıkan "*per se*" ve "*rule of reason*" yargısal doktrinleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §5/I/B/1.

559 Muafiyet rejimi sayesinde 4. madde gereği hukuka aykırı kabul edilen bir anlaşma, 5. maddede sayılan koşulları yerine getirdiği takdirde *rule of reason* doktrininde öngörüldüğü gibi yapılacak ekonomik analiz neticesinde hukuka uygun kabul edilebilecektir. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 99.

560 ABD'de mahkemelerin takdir yetkisine bırakılan hususlar, AB ve Türk rekabet hukukunda yer verilen muafiyet rejimi uyarınca rekabet otoritelerinin düzenleme alanı içine bırakılmaktadır. Bu durum hukuk sistemleri arasındaki önemli farklardandır. Bkz. **Ata**, s. 27. Bu nedenle bir grup yazar rule of reason doktrinin genel yasaklama koşulunun yorumunda da dikkate alınması suretiyle hem

genel yasaklama koşulunun bir istisnası olduğunu ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden hareketle *rule of reason* analizinin muafiyet koşulları ile sınırlı kalması zorunluluğunu dile getirmektedir[561]. Farklı açılardan birçok değerlendirme içeren bu görüşlerin konumuz açısından önem arz eden yanı *rule of reason* doktrinin ayrıca uygulanması durumunda mahkemeler tarafından bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınıp alınamayacağıdır. Bu görüşlerin nasıl karşılandığından bağımsız olarak sadece kanun koyucunun konuyu düzenleme şekli göz önünde bulundurulduğunda dahi kanaatimizce sorunun yanıtı olumsuzdur[562]. Zira önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere *rule of reason* doktrini, teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılıklarının tespitinde kullanılan bir yaklaşımdır. Diğer bir ifadeyle *rule of reason* doktrini, hukuka aykırı teşebbüsler arası bir anlaşmanın bu aykırılıktan nasıl kurtulabileceği sorusuna değil; ilgili anlaşmanın hukuka aykırı olup olmadığı sorusuna cevap aramaktadır.

Hukuka uygunluk sebepleri özelinde değerlendirilmesi gereken bir başka yaklaşım da Avrupa Birliği'nde geliştirilen *de minimis* kuralıdır. Önceki bölümlerde aktarıldığı üzere teşebbüsler arası bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için rekabeti hissedilir derecede etkilemesi gerektiği düşüncesine dayanan *de minimis* kuralının, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hukukumuzda uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır[563]. Ancak tüm bu tartışmalara rağmen ilgili kuralın Türk rekabet hukukunda da uygulanması gerektiği yönündeki ortak kanaat er ya da geç karşılığını bulacaktır. 2014 yılında yayınlanan Tasarı kapsamında *de minimis* kuralına yer verilmiş olması da bu düşüncemizi doğrular niteliktedir. AB hukukunda hukuka aykırılığın

---

otoritelerin hem de mahkemelerin takdir yetkisinin genişletilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. **Canbolat**, s. 65; **Hildebrand**, s. 234; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 100; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 138.

561 Bu görüşe göre muafiyet rejiminde öngörülen yasal koşulların dışında anlaşmaların rule of reason analizine tabi tutulması suretiyle yasadaki koşulların genişletilmesi yanlış veya kötü niyetli uygulamaları beraberinde getirebilecektir. Bkz. **Cengiz**, s. 67; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 69. Arı, Kanunun 4. Maddesinin yorumunda ayrıca bir rule of reason değerlendirmesi yapılmasını gerekli görmek "*muafiyet içinde muafiyet*" öngörmektir. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 170.

562 Rule of reason doktrininin hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacağı görüşünde olan diğer yazarlar için bkz. **Atila**, s. 52; **Kesici**, s. 141; **Sayhan**, s. 48; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 70.

563 Avrupa Birliği'nde yargı içtihatları ile ortaya çıkan De Minimis kuralı ve bu kuralın hukukumuzda uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §5/I/B/2.

tespiti için kullanılan *de minimis* kuralının hukuki işlevine Türk kanun koyucunun bakış açısını anlamak adına da Tasarı metni yol göstericidir. Tasarı metninin 1. maddesi ile yapılan düzenlemede mehaz hukuktaki işlevine uygun olarak ilgili kurala rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığını düzenleyen 4. madde kapsamında yer verildiği görülmektedir. O halde *rule of reason* doktrini hakkında yapılan değerlendirmelerin, *de minimis* kuralı için de tekrarlanması mümkündür. Dolayısıyla tıpkı *rule of reason* doktrini gibi teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığının tespitinde kullanılan bir yaklaşım olan *de minimis* kuralı da bu anlaşmalardan doğan tazminat sorumluluğu yönünden bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmemektedir[564].

Teşebbüsler arası bir anlaşmanın rule of reason doktrini veya de minimis kuralı kapsamında değerlendirilerek rekabet otoriteleri tarafından soruşturma konusu yapılmaması, bu anlaşma hakkında Kanunun özel hukuk yaptırımlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellememektedir[565]. Bu nedenle, rekabeti kısıtlayan bir teşebbüsler arası anlaşma hakkında kısıtlamanın haklı sebebe dayandığı veya hissedilir derecede olmadığı gerekçesiyle idari yaptırım uygulanmasından vazgeçilse dahi bu anlaşmadan zarar görenlerin, uğradıkları zararların tazminini talep hakkı saklıdır.

C. Menfi Tespit Kararının Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi

4054 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca teşebbüsler, Kurul'a yapacakları yazılı bir başvuru ile aralarındaki anlaşmanın 4. maddeye aykırı olmadığını gösteren bir karar verilmesini talep edebilmektedir. Teşebbüsler tarafından sunulan belge ve bilgileri

---

564 De minimis kuralının hukuka uygunluk sebebi olmadığına dair bkz. **Atila**, s. 52; **Kesici**, s. 144; **İkizler**, s. 276; **Sayhan**, s. 49; **Şahin**, Murat, s. 172; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 74.

565 De minimis kuralı açısından bu durum 2014 tarihli Tasarı'nın birinci maddesinin gerekçesinde "*de minimis uygulaması kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının soruşturma konusu yapılmaması, bunlar hakkında Kanunun özel hukuka ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir*" sözleri ile açıkça ifade edilmektedir.

mevcut koşullar çerçevesinde değerlendiren Kurul, bu talebi uygun görmesi halinde ilgili anlaşmayı cezai yaptırımlardan koruyan bir menfi tespit kararı verebilmektedir. Verilen bu karar, teşebbüslerin akdettikleri anlaşmanın geçerliliğine ilişkin şüphelerinin giderilmesini ve bu anlaşmaya güvenerek faaliyette bulunmalarını sağlamaktadır[566].

Muafiyet kararı gibi menfi tespit kararırın verilmesinde de tek yetki Rekabet Kurulu'na aittir. Ancak hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir anlaşmanın 4. madde yasağından istisna tutulmasını sağlayan muafiyet kararından farklı olarak menfi tespit kararı ile sadece ilgili anlaşmanın 4. maddeye aykırı olmadığı belirlenmektedir[567]. Dolayısıyla verilen menfi tespit kararı hukuka aykırı bir anlaşmayı hukuka uygun veya geçerli hale getirmemektedir[568]. Bu nedenle muafiyetin aksine menfi tespit kararının hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Gerçekten de menfi tespit kararının hukuka aykırılık denetimine hizmet eden bu işlevi dikkate alındığında hukuka uygunluk sebebi olarak adlandırılması zordur. O halde burada üzerinde durulması gereken asıl sorun Kurul tarafından verilen bu kararın tazminat davasına bakan adli mahkemeler açısından hukuka aykırılığın tespiti noktasında bağlayıcı olup olmadığıdır. Bu konuda farklı yaklaşımlar ile gerekçelendirilen iki ayrı görüşün olduğu görülmektedir. Bu görüşlerden ilki menfi tespit kararının adli mahkemeler için bağlayıcı olduğunu ve hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. İlk görüşü benimseyen bir grup yazar mahkemeler ile Kurul arasında bir kargaşa çıkmaması adına bu görüşü desteklerken diğer bir grup; cezai yaptırım açısından tarafların hukuki durumunu değiştiren menfi tespit kararının icrai olduğu ve hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı gerekçesiyle mahkemeleri bağlayacağı

---

566 4054 sayılı RKHK'nın "*Menfi Tespit*" başlıklı 8. maddesinin gerekçesi "*Teşebbüsler ve teşebbüs birlikleri yaptıkları anlaşma, karar, uyumlu eylem veya yoğunlaşmaların yasal belirliliğini ve güvenliğini sağlamak amacıyla Rekabet Kuruluna başvurarak yaptıkları işlemlerin rekabet kurallarına aykırılık teşkil etmediğine dair bir belgenin kendilerine verilmesini isteyebilmelidir. Bu, ticari hayatın belirsizlikten kurtulması açısından bir zorunluluktur*" şeklindedir. Bu gerekçeden hareketle menfi tespit belgesine ilişkin düzenlemenin amacının; ticari hayatın belirsizliği karşısında teşebbüslere hukuki belirlilik ve güvenlik sağlamak olduğunu söylemek mümkündür. Aynı yönde; **Eğerci**, s. 192; **Günay**, s. 64; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 632; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 209.

567 **Badur**, Anlaşmalar, s. 130; **Kesici**, s. ; 136; **Şahin**, Murat, s. 170;**Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 267.

568 **Eğerci**, s. 196; **Kesici**, s. 137; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 234, dn. 473; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 265.

iddiasındadır[569]. Ülkemizde rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat davalarında adli mahkemelerin Kurul kararlarını beklemesi gerektiği yönündeki genel tavır düşünüldüğünde olası bir ikilik hali endişesiyle gerekçelendirilen görüşlerle burada da karşılaşmak olağandır. Ancak bu konudaki görüşünü menfi tespit kararının icrai bir idari işlem olduğu iddiası ile gerekçelendiren yaklaşım kanaatimizce isabetli değildir. Menfi tespit kararı olmasa dahi hukuka aykırı olmayan bir anlaşmanın tarafları hakkında cezai yaptırım uygulanamayacağından burada Kurul'un, tarafların durumunu değiştiren icrai bir karar değil; daha önceden var olan hukuki durumu tespit eden bir karar alması söz konusudur[570].

Menfi tespit kararlarının bağlayıcılığı konusunda bizim de katıldığımız diğer bir görüş bu kararın adli mahkemeleri bağlamayacağı yönündedir. İlk görüşün gerekçelendirilmesinde olduğu gibi bu görüşün gerekçelendirilmesinde ortaya atılan birçok farklı yaklaşım mevcuttur[571]. Ancak kanaatimizce bu sonuca ulaşabilmek için RKHK'nın menfi tespite ilişkin 8. maddesinin lafzını değerlendirmek yeterlidir. İlgili maddede Kurul'un 13. maddede öngörülen koşullar dahilinde görüşünden her zaman dönebileceği belirtildikten sonra böyle bir görüş değişikliği gerçekleşene kadar taraflara cezai yaptırım uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Madde metninde yapılan kararın her an geri alınabileceği vurgusu ve kullanılan "*cezai müeyyide*" ibaresinden hareketle teşebbüslere menfi tespit kararı ile sağlanan korumanın, kararın geri alınacağı süre ve

---

569 **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 211. Menfi tespit kararının bağlayıcı olduğu görüşüne katılan Sekmen'e göre bu kararın hatalı olması ihtimalinde doğan zararın, idarenin kusuru şeklinde değerlendirilmesi uygundur. Bkz. **Sekmen**, s. 47. Arı ve Eğerci de menfi tespit kararlarının bağlayıcı olduğu görüşündedir. Zira aksi bir durumda menfi tespit kararı işlevini kaybedecek; mahkeme ve Kurum arasında bir kargaşa doğacaktır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 246; **Eğerci**, s. 196.

570 **Eğerci**, s. 194; **Kesici**, s. 136, dn. 339; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 406; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 266.

571 Topçuoğlu'na göre Kurul kararlarının Danıştay denetimine tabi olması, Kurul'un Kanunun uygulanmasında tek yetkili merci olmadığını göstermektedir. Bu nedenle Kurul kararlarının özel hukuk yaptırımları bakımından yetkili olan mahkemeleri bağlamaması gerekmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 265. Sanlı, mahkemelerin muafiyet kararı hariç tüm durumlarda dilediği gibi karar alabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Sanlı**, Geçersizlik, s. 227, dn. 418. Atila ve Kesici menfi tespit kararının sadece Kanunun 4. maddesi için değil; 6. ve 7. Maddeleri açısından da verilebileceğine dikkat çekerek verilen kararın bağlayıcı olduğunun kabulü halinde mahkemelerin hukuka aykırılık değerlendirmesi yapma yetkisinin açıkça kısıtlanacağını ifade etmektedir. Bkz. **Atila**, s. 34; **Kesici**, s. 139. Şahin ise menfi tespit kararının mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığı görüşünü bu kararın belirli hallerde Kurul tarafından geri alınabileceğini öngören Kanunun 13. maddesindeki düzenleme ile gerekçelendirmektedir. Bkz. **Şahin**, Murat, s. 171.

cezai yaptırımlarla sınırlı olduğunu söylemek mümkündür[572]. Kanunda öngörülen ikili yaptırım sistemi uyarınca yalnız Kurul tarafından uygulanan kamu hukuku yaptırımlarının cezai nitelikte olduğu ise şüphesizdir. Bu nedenle ilgili maddenin lafzı Kurul'un kendisiyle çelişmemek adına hakkında menfi tespit kararı verdiği anlaşmalara idari para cezası uygulamayacağını düşündürmektedir. Öte yandan "*cezai müeyyide*" ibaresi kanaatimizce menfi tespit kararına ilişkin hukuka aykırılık değerlendirmesinin cezai yaptırımlar özelinde yapıldığını da göstermektedir. Dolayısıyla yapılan bu inceleme neticesinde *rule of reason* doktrini veya *de minimis* kuralı kapsamında değerlendirilerek cezai yaptırım uygulanmasından vazgeçilen anlaşmalar hakkında da hukuka aykırı olmadıkları gerekçesiyle menfi tespit kararı verilebilmektedir[573]. Ancak rule of reason doktrini veya de minimis kuralı kapsamında olması bu anlaşmaya özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını engellemeyeceğinden Kurul'un bu yaklaşımlar doğrultusunda verdiği bir menfi tespit kararının da mahkemeleri bağlamayacağı açıktır.

Tüm bu durumlar bütüncül bir bakış açısıyla ele alındığında kanaatimizce cezai yaptırımları uygulamaya tek yetkili olan Kurul yönünden bağlayıcı olan menfi tespit kararı, özel hukuk yaptırımlarını uygulayacak adli mahkemeler için bağlayıcı değildir[574]. Zira rekabet hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda hukuka aykırılık denetiminin adli mahkemeler tarafından da yapılabilmesi Kanunun diğer bir ayağı olan

---

572 Menfi tespit kararına esas teşkil eden koşulların zamanla değişebileceğini ya da mevcut belge ve bilgilerde eksiklikler olabileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucu, RKHK'nın 13. maddesinde menfi tespit kararının geri alınması da düzenlemektedir. İlgili düzenleme uyarınca karara esas teşkil eden koşulların değişmesi, karara bağlanan şart ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ile kararın yanlış veya eksik bilgiye dayanılarak verilmesi halinde bu karar geri alınabilmektedir. Koşullardaki değişikliğe dayanarak verilen geri alma kararları bu değişikliğin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade ederken şartların yerine getirilmemesi veya hatalı bilgi gibi nedenlerle geri alınma halinde bu karar, menfi tespitin verildiği andan itibaren hüküm ifade eder.

573 Nitekim Kurul'un menfi tespit başvurularını değerlendirirken rule of reason doktrinine değindiği bazı kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin bkz. 12.08.2004 tarih, 04-52/699-180 sayılı Digitürk kararı; 21.03.2012 tarih, 12-13/389-118 sayılı Uluslararası Nakliyeciler Derneği kararı.

574 Menfi tespit kararının hukuka aykırılığın değerlendirilmesi aşamasında adli mahkemeleri bağlamaması bu kararın yok sayılması anlamına gelmemelidir. Menfi tespit belgesi verilen bir teşebbüsler arası anlaşmanın tazminat davasına konu olması; Kurul'u bu kararı vermeye iten koşullarda bir değişimin olduğu düşüncesini de akla getirmeli ve Kurul bilgilendirilmelidir. Böylelikle mahkemenin yaptığı hukuka aykırılık denetimi,Kurul ile arasındaki işbirliğine de katkı sağlamalıdır. Ancak mahkemelerin tamamen Kurul kararları ile bağlı hale gelmemesi ve ilgililerin zararlarını tazmin etmesinin uzun zaman almaması adına bu durum bekletici mesele yapılmamalıdır.

özel hukuk yaptırımlarının etkin hale getirilmesinde büyük önem taşımaktadır. Nitekim bu görüşe uygun şekilde AB uygulamasında da 1/2003 sayılı Tüzük'ün 10. maddesine istinaden Komisyon tarafından verilen hukuka uygunluk (menfi tespit) kararının yalnız Komisyon ve taraflar için bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir[575].

[575] ABİDA kapsamında menfi tespite ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Ancak önceki dönemlerde 17 sayılı tüzüğün 2. maddesindeki düzenlenme uyarınca Komisyon tarafından menfi tespit belgesi verilebilmekteyken 2002 yılının sonunda çıkarılan 1/2003 sayılı Tüzük ile bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Günümüzde 1/2003 sayılı tüzüğün 10. maddesi kapsamında Komisyon tarafından teşebbüslerin faaliyetlerine dair bir hukuka uygunluk kararı verilebilmektedir. Bkz. **European Commission**, *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1553111923747&uri=CELEX:32003R0001 (E.T. 20.03.2019). Önceleri menfi tespit kararının mahkemeler açısından bağlayıcı olmadığı kabul edilirken yeni düzenleme ile getirilen hukuka uygunluk kararının durumu tartışmalıdır. Ancak Beyaz Kitap'ta Komisyon tarafından verilen hukuka uygunluk kararının hukuki etkilerinin menfi tespit kararı ile aynı olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Ersoy**, Çiçek, "Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük)", Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2003, S. 16, s. 3 - 41, s. 20.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLAR VE KUSURUN AĞIRLIĞININ TAZMİNATA ETKİSİ

§7. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALAR SONUCU BİR ZARARIN MEYDANA GELMESİ

I. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLAR VE TAZMİN EDİLEBİLİRLİKLERİ

A. Tazmin Edilebilir Zararların Kapsamının Belirlenmesi

4054 sayılı Kanunun "*Tazminat Hakkı*" başlıklı 57. maddesinde hukuka aykırı bir teşebbüsler arası anlaşmayla rekabeti kısıtlayanların, bu anlaşmadan zarar görenlerin "*her türlü*" zararını karşılamaya mecbur olduğu belirtilmektedir. Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tazminat sorumluluğuna konu olabilmesi için zararın meydana gelmesi gerektiği açıksa da maddenin lafzından yola çıkarak meydana gelen her türlü zararın tazmin edilebilir olduğunu düşünmek gerçekçi değildir. Bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar sonucu doğması muhtemel zararları, maddi zarar - manevi zarar ayrımı doğrultusunda incelemeden önce zararın kapsamının ana hatlarıyla belirlenmesi şarttır. Tazmin edilebilir zararların ve elbette onları talep edebileceklerin değerlendirilmesinde büyük rol oynayan bu kapsamın belirlenmesi ise uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorilerinden yararlanmayı gerektirmektedir.

1. Uygun İlliyet Bağı

Rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası bir anlaşmadan doğan zararların kapsamının belirlenmesinde başvurulan ilk kriter rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile zarar arasındaki neden - sonuç ilişkisini ifade eden uygun illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağının varlığı tazminat sorumluluğu için aranan zorunlu unsurlardan biri olduğundan tazminat talep edenlerin zararın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmadan kaynaklandığını ispat etmesi şarttır. Bu nedenle yapılan bir fiyat tespiti anlaşması sonucu fiyatların yükseldiği iddiasıyla açılan tazminat davalarında bu artışa maliyetlerdeki yükselme, aynı konuda diğer bir kartel oluşumu gibi başkaca davranışların yol açtığının öne sürülmesi örneğinde olduğu gibi meydana gelen zararla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma arasındaki illiyet bağının kesilmesi muhtemel durumlar sorumluluğun tespitinde mutlaka değerlendirilmelidir. Zararın geniş kitleleri etkilemesi halinde ise uygun illiyet bağına ek olarak normun koruma amacı kriterinin de devreye girmesi gerektiği kabul edilmektedir[576].

2. Normun Koruma Amacı Teorisi[577]

Normun koruma amacı teorisi, sözleşmeden ve/veya kanundan doğan davranış yükümlülüklerinin korumayı amaçladığı menfaatler ile meydana gelen zarar arasında uygun bir bağlantının kurulması esasına dayanmaktadır[578]. Zarar verenin, hukuka aykırı

---

576 **Cengiz**, s. 380; **Kesici**, s. 219; **Şahin**, Murat, s. 183; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 286.

577 Alman hukukçular tarafından geliştirilen bu teori Türk hukukunda ilk kez Tandoğan tarafından "*Hukuka Aykırılık Bağı*" terimiyle ortaya konmuştur. Bkz. **Tandoğan**, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Baskı, Ankara 1963, s. 11; Sonrasında Eren, eserinde bu kavramla eş anlamlı bir biçimde "*Normun Koruma Amacı*" kavramını kullanmıştır. Bkz. **Eren**, Fikret, "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461 - 491.Her iki terimin kullanımı günümüzde devam etmekteyse de teorinin kapsamını karşılamaya daha elverişli olması nedeniyle çalışmamızda "normun koruma amacı" ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir. Terminolojideki farklılıklar için bkz. **Abik**, Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 345 - 448, s. 356; **Atamer**, s. 73.

578 **Abik**, s. 347; **Atamer**, s. 70; **Eren**, Normun Koruma Amacı, s. 462.

fiili nedeniyle tazmininden sorumlu tutulabileceği zararları ihlal edilen normun koruma amacı doğrultusunda belirleyen bu teori, sorumluluğunun sınırlandırılmasında yetersiz kalan uygun illiyet bağı teorisini de tamamlar niteliktedir[579].

4054 sayılı Kanunun 57. maddesinde açıkça zikredilmese dahi normun koruma amacı teorisinin, kişilerin mutlak haklarını koruyan davranış yükümlülüklerinin yanı sıra zarar görenin ekonomik menfaatlerini koruyan özel koruma normlarının ihlalini de kapsaması bu teoriyi rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında kullanılabilir hale getirmektedir[580]. Dolayısıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşma sonucu oluşan bir zararın tazmin edilebilmesi için aranan diğer tüm şartların sağlanması kadar bu zararın rekabet hukukunun koruduğu amacına uygun bir zarar olması da gerekmektedir[581]. Ancak normun koruma amacı teorisinin sorumluluğunun sınırlanmasındaki işlevi burada sona ermemektedir. Zira tazmin edilebilir zararların kapsamına ek olarak bu zararların tazmininin kimler tarafından talep edilebileceğinin belirlenmesinde de bu teorinin rolü büyüktür. Nitekim Amerikan rekabet hukuku uygulamasında da davacı sıfatının belirlenebilmesi için normun koruma amacı teorisinden (*prospective purpose of the norm*) yararlanıldığı görülmektedir[582]. ABAD ve Komisyon ise davacı grubunu fazlasıyla sınırlayacağını düşünerek rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat davalarında bu teoriyi uygulamaya yanaşmamaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel gerekçesinden hareketle rekabet hukukunun asıl amacının piyasadaki oyuculardan ziyade rekabetçi piyasa yapısının korunması olduğunu söylemek mümkündür. Rekabetçi piyasa yapısının sağladığı

---

579 **Abik**, s. 360; **Eren**, Normun Koruma Amacı, s. 465; **Kılıçoğlu**, s. 399.

580 **Abik**, s. 379; **Atamer**, s. 70; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 147; **Kesici**, s. 147; **Sayhan**, s. 55.

581 Bu noktada Amerikan rekabet hukukunda uygulanan antiröst zararı (*antitrust injury*) kriterine kısaca değinmekte yarar vardır. Bu kriter uyarınca uğranılan bir zararın Clayton Yasası kapsamında tazmini için ilgi zararın rekabet kanunları tarafından yasaklanmış bir davranış sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bkz. **Bueren**/**Smuda**, s. 405; **Şahin**, Murat, s. 185, dn. 564; **Uran**, s. 28.

582 Doğrudan zarar (*direct injury*) kriterinin, zararın tazminini talep edebilecekleri bir hayli sınırlaması nedeniyle ABD'de mahkemeler bu kritere oranla daha esnek olan normun koruma amacı kriterini uygulamaya başlamıştır. Normun koruma amacı kriterinin uygulanması esnasında Yüksek Mahkeme de çeşitli yöntemler geliştirmiştir. Hedef bölge (*target area*), menfaat alanı (*the zone of interest*) ve *factual matrix* testi şeklinde anılan bu yöntemler için bkz. **Akıncı**, s. 305 vd; **Şahin**, Murat, s. 27 vd.

faydalar sayesinde piyasa oyuncuları ve tüketicilerin korunması ise rekabet hukukunun dolaylı amacını oluşturmaktadır[583]. Ancak tazminat davaları bakımından yapılacak değerlendirmede 4054 sayılı Kanunun kamusal yanı ağır basan amacıyla yetinilmeyerek özel hukuk sonuçlarının düzenlendiği 57. madde ve devamı hükümlerinin ayrıca dikkate alınması gerekmektedir[584]. Aksi bir yaklaşım tazmin edilebilir zararların ve tazminat hakkı tanınların kapsamını gereğinden fazla sınırlayarak özel hukuk yaptırımlarını etkisiz hale getirebilmektedir. 57. maddenin, teşebbüs niteliğine bakılmaksızın rekabetin kısıtlanması sonucu zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişilerin zararlarının giderimini talep edebileceğini ifade eden gerekçesi de tazminat talebinde bulunabilecekler yönünden normun koruma amacının geniş yorumlanması gereğini destekler niteliktedir. Bu gerekçeden hareketle yalnız rakip teşebbüslerin değil; piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren sağlayıcılar, dağıtıcılar, perakendeciler ve hatta potansiyel rakiplerin de normun koruma amacı kapsamında olduğunun kabulü uygundur[585].

Doktrinde tüketicilerin uğradığı zararların tazminine izin verilmesinin teşebbüslerin ekonomik yıkımına sebep olacağı ve yargı yükünü artıracağı endişesi taşıyan yazarlara rastlanmasına rağmen bizim de katıldığımız genel kabul gören görüş tüketicilerin de normun koruma amacı kapsamında kabul edilmesi gerektiği yönündedir[586]. Zira politika tercihleri doğrultusunda yapılacak düzenlemelerle bu endişelerin giderilmesi olasıyken tüketicilerin kapsam dışına çıkarılmaya çalışılması kanaatimizce kolaycılıktan ibarettir.

583 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 15; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 35; **Sanlı**, Geçersizlik, s. 7.

584 Rekabet hukukunun hem kamu hem de özel hukuk ayağı olan bir hukuk dalı olması sebebiyle böyle bir değerlendirmenin kanunun sistematiğine daha uygun düşeceği nitekim RKHK'nın da özel hukuk sonuçlarını ayrı bir bölümde düzenlediği yönünde bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 293.

585 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1140; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 742; **Kesici**, s. 153; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 145; **Sekmen**, s. 97; **Şahin**, Murat, s. 185; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 294. Normun koruma amacını rakip teşebbüsler ile sınırlayan aksi görüş için bkz. **Sayhan**, s. 47.

586 **Aksoy**, M. Nazlı, s. 50; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 232;**Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 143; **İkizler**, s. 364; **Kesici**, s. 154. Tüketiciler konusundaki endişeler için bkz. **İnan**, Diğer Disiplinler, s. 16.

B. Manevi Zarar

Kişilerin, şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerinin ihlali sonucu uğradıkları objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirmektedir. Pratikte çok düşük olmakla birlikte teoride her haksız fiil kadar rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların da manevi zarara yol açma ihtimali mevcuttur. Manevi zararın, genellikle haksız fiilin şahıs varlığına yönelmesi sonucu oluştuğu düşünüldüğünde teşebbüsler arası anlaşmalar bakımından buna en elverişli kısıtlamaların boykot ve benzeri dışlayıcı veya ayrımcı uygulamalar olduğu görülmektedir[587]. Özel olarak belirli bir teşebbüs veya teşebbüs grubunun piyasadaki varlığına yönelen bu uygulamalar, teşebbüslerin ticari itibarını zedeleyerek manevi zararın doğumuna sebebiyet verebilmektedir. Ancak böyle bir zararın tazmininin rekabet hukukundan ziyade genel hükümler uyarınca mümkün olduğunu da kabul etmek gerekmektedir[588]. Zira rekabet hukuku aslen rekabetçi piyasa yapısını korumayı hedeflemekte; burada düzenlenen tazminat sorumluluğu da öncelikli olarak bu hedefin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla tazminat kurumunu zararın gideriminden öte caydırıcılık etkisi için kullanan kanun koyucunun manevi zararların giderimi ile ilgilendiğini söylemek güçtür. Nitekim manevi zararın tazmini, ABD ve AB'de de rekabet hukuku kapsamına girmemektedir[589].

---

587 **Akıncı**, s. 389; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1141; **Kesici**, s. 188; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 223.

588 **Akıncı**, s. 389; **Atila**, s. 62; **Cengiz**, s. 407; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 165; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 756; **Kesici**, s. 188; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 223; **Şahin**, Murat, s. 180. Buna karşılık bir grup yazar 4054 sayılı Kanunun tazminata ilişkin 57. maddesinde yer verilen "her türlü zarar" ifadesinin kapsamına manevi zararın da dahil olduğunu belirterek bu zararın tazminine yönelik taleplerin ilgili maddeye dayandırılabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 230; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1142; **Badur**, Anlaşmalar, s. 162; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 144; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 303; **Yılmaz**, Tuğçe, s. 82; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 223.

589 ABD'de rekabet ihlalleri nedeniyle oluşan zararların tazminini düzenleyen Clayton Yasası'nın 4. maddesinde açıkça ticari faaliyetleri veya mülkiyeti zarar gören kişilere tazminat hakkı tanındığı ifade edilmektedir. Bkz. **Akıncı**, 389; **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 120; **Uran**, s. 28. AB'de ise rekabet hukukunun ihlali sonucu doğan manevi zararların tazmini konusuna öncesinde Yeşil veya Beyaz Kitap'ta yer verilmediği gibi sayılı Direktif'te de değinilmemiştir. Bu nedenle yalnız maddi zararların tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Kesici**, s. 190; **Şahin**, Murat, s. 83.

C. Maddi Zarar

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade etmektedir. Manevi zarardan farklı olarak rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma sonucu doğan maddi zararın rekabet hukukunda öngörülen hükümler uyarınca tazmin edilebileceğine şüphe yoktur. Ancak tazmin edilebilir zarar türleri; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın türüne, yarattığı ihlalin niteliğine ve ilgili piyasanın özelliklerine göre değişiklik gösterebilmektedir. Tazmin edilebilir zararlar yönünden yapılan bu tasnif neticesinde ihlalden zarar görenler, bir veya daha fazla zarar kalemine dayanarak tazminat talep edebilmektedir. Bu nedenle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan zararlar ile tazmin edilebilirliklerinin başta fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere doktrindeki diğer bazı ayrımlar doğrultusunda da değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Fiili Zarar

Fiili zarar, ihlal sonucu zarar görenin malvarlığının net miktarında meydana gelen fiili azalmadır. Bu fiili azalma, malvarlığının aktifindeki bir azalma veya pasifinde bir artış şeklinde kendini gösterebilmektedir. Bu yönüyle 4054 sayılı Kanunun "zararın tazmini" başlıklı 58. maddesinde kullanılan "... *zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekle yükümlü olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilir*" şeklindeki ifade de uğranılan fiili zararın tazminine işaret etmektedir.

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın neden olduğu fiili zararlar, genellikle bu ihlalin doğrudan muhatabı olan alıcı konumundaki teşebbüsler ile son kullanıcı niteliğindeki tüketiciler nezdinde ortaya çıkmaktadır. Bu duruma verilebilecek en iyi örneklerden biri yatay anlaşmalar yoluyla gerçekleşen fiyat tespiti uygulamalarıdır. Burada ilgili ürün için fazladan ödenen bedel; anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin

sağladığı yüksek kazanca kaynaklık ederken ürünün alıcılarını fiili zarara uğratmaktadır[590]. Bağlama uygulamalarında alımına zorlanan bağlı ürüne fazladan ödenen bedelin yol açtığı zarar da bu yöndeki örneklerdendir. Alıcı seviyesinde oluşturulan bir kartel eliyle fiyatın tespit edilmesi halinde ise durum daha farklıdır. Kendi kârlarını artırmak isteyen alıcılar sağlayıcılara ödeyeceği fiyatı düşük tespit ettiğinden bu kez düşük fiyat sonucu sağlayıcıların pasifinde yaratılan olası bir artış, fiili zarara sebebiyet verebilecektir[591]. Bu noktada doktrinde 4054 sayılı Kanunun 58/1. maddesinde yapılan zarar tanımına getirilen eleştirilere değinmekte yarar vardır. İlgili madde ifade tarzı itibarıyla rekabetin kısıtlanması sonucu fiyatların artacağını ve zararın yalnız ödenen yüksek bedelden ibaret olacağını öngörmesi nedeniyle eleştirilmektedir[592]. Zira son kullanıcı tüketicilerin uğradığı zararlar açısından bu önerme geçerli olsa dahi alıcı karteli örneğinden de anlaşılacağı üzere rekabet hukukunda zarar her zaman ödenen yüksek bedelden kaynaklanmamaktadır. Ne var ki bu sorunun rekabet hukukunun ihlalinden zarar görenlere tazminat hakkı tanıyan 57. maddede kullanılan "*her türlü zarar*" ifadesiyle aşılabileceği ve düşük bedel uygulamalarının yarattığı zararların da bu sayede tazmin edilebileceği düşünülmektedir. Fiili zararın, kanunda tüketicilerin ve ara teşebbüslerin (alıcıların) tazminat talepleri esas alınarak düzenlendiğini savunan yazarların ise çalışmalarında 58. maddede yapılan "fazla bedel" tasvirine ilişkin eleştirilere yer vermediği görülmektedir[593].

---

590 **Akıncı**, s. 376; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 51; **Atila**, s. 60; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 156; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 758; **Kesici**, s. 174; **Şahbaz**, s. 55; **Şahin**, Murat, s. 181; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 301; **Utku/Polat/Deniz**, s. 111; **Yılmaz**, Tuğçe, s. 37; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 217.

591 Doktrinde bir grup yazar, alıcı karteli olmasaydı daha yüksek gerçekleşecek fiyat ile kartel sebebiyle oluşan düşük fiyat arasındaki farkın sağlayıcının fiili zararını meydana getirdiğini belirtmektedir. Bkz. **Cengiz**, s. 375; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 156; **Kesici**, s. 175; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 217. Ancak kanaatimizce böyle bir fark sağlayıcının yoksun kaldığı kara işaret etmektedir. Zira fiili zarar bir kimsenin malvarlığının mevcut halinde yaşanan bir eksilmeyi ifade etmekteyken burada malvarlığında yaşanacak bir artışın engellenmesi söz konusudur. Dolayısıyla kanaatimizce sağlayıcının fiili zararı, elde ettiği karın azalmasına bağlı olarak faaliyetlerini sürdürebilmek için gereken masraflarını karşılamakta zorlanması halinde pasifindeki artış şeklinde ortaya çıkmaktadır.

592 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1143; **Cengiz**, s. 375; **Kesici**, s. 173; **Şahin**, Murat, s. 176.

593 **Aksoy**, M. Nazlı, s. 57; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 222; **Deniz/Polat/Yılmaz**, s. 174.

Rekabeti kısıtlayıcı bir teşebbüsler arası anlaşma sonucunda bu anlaşmanın tarafı olmayan rakip teşebbüslerin de fiili zarara uğraması ve 4054 sayılı Kanunun 58. maddesi uyarınca bu zararın tazmini talep etmesi mümkündür. Dolayısıyla fiili zarardan rakip teşebbüsleri ayrı tutarak bu zararı fazladan ödenen bedel ile sınırlayan görüşte kanaatimizce isabet yoktur. Keza piyasadaki teşebbüslerin anlaşarak yıkıcı fiyat veya boykot gibi dışlayıcı uygulamalara başvurması rakiplerine zarar vermekte ve zararın kaynağını ödenen yüksek bedel oluşturmamaktadır. Böyle bir durumda piyasa payları azalan ve satış miktarları düşen rakip teşebbüslerin satamadıkları ürünlerin bedeli ile muhafazaları için katlanılan depo masrafları da fiili zararı oluşturabilmektedir[594].

2. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr kavramı, hayatın olağan akışı içinde bir kimsenin malvarlığında yaşanması muhtemel artışın maruz kalınan ihlal nedeniyle engellenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Fiili zarardan farklı olarak burada malvarlığı mevcudunu muhafaza etmekte; malvarlığının pasifindeki azalma veya aktifindeki artışın engellenmesi zarara sebebiyet vermektedir[595].

4054 sayılı Kanunun 58. maddesi, rakip teşebbüslere uğradıkları bütün zararların tazminini talep edebilme imkanı tanımaktadır. Bütün zararlar kavramıyla fiili zararın yanı sıra yoksun kalınan kârın kastedildiği aşikâr olup maddenin devamında kullanılan "*zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar*" ifadesi de bu düşünceyi doğrular niteliktedir. Teşebbüsler arası anlaşmalarla yaratılan rekabet kısıtlamalarının sebep olduğu zararlar genellikle yoksun kalınan kâr şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle fiili zarar doğuran kısıtlamaların birçoğunun yoksun kalınan kâr bahsinde de

---

[594] **Atila**, s. 60; **Cengiz**, s. 375; **Kesici**, s. 176; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 218. Sayhan, dışlayıcı uygulamaların sebep olduğu depo masrafları, üretim bedeli gibi zararların normun koruma amacı dışında olduğunu belirterek, tazmin edilemeyeceklerini savunmaktadır. Bkz. **Sayhan**, s. 60

[595] **Eren**, Genel Hükümler, s. 526; **Kılıçoğlu**, s. 395; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 559.

anılabileceği belirtilmelidir. Dışlayıcı uygulamalar bu kısıtlamalardan ilk akla gelenidir. Zira piyasa dışına itilen rakiplerin zararı, satış yapamamaları nedeniyle yoksun kalınan kâr görünümündedir[596]. Benzer bir gerekçeyle bağlama uygulaması sonucu bağlı ürün piyasasından dışlanan veya maliyet esasına dayanmayan farklı fiyat teklifi benzeri ayrımcı uygulamalara maruz bırakılarak piyasadan çekilmeye zorlanan rakip konumdaki teşebbüsler de yoksun kalınan kâr şeklinde tezahür eden bir zarara uğrayabilmektedir. Rakip konumdaki teşebbüslerin dışlandığı bu örneklerin yanı sıra dikey bir ilişkide belirlenen fiyata uymadığı gerekçesiyle dışlanan alıcının zararı da yoksun kalınan kâra verilebilecek örnekler arasındadır. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanunun 58. maddesi, yoksun kalınan kârın rakip teşebbüsler tarafından talep edilebileceğini belirtse dahi bizim de katıldığımız yaygın kanaat müşteri ve sağlayıcılarında bu zarar kaleminin tazminini talep edebileceği yönündedir[597].

Yoksun kalınan kâr konusunda üzerinde durulması gereken son husus potansiyel rakiplerin durumudur. Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmayla piyasaya girişleri engellenerek elde edebilecekleri kazanç ortadan kaldırılan bu teşebbüsler, yoksun kalınan kâr türünde bir zarara uğrayabilmektedir. Böyle bir zararın doğacağının ve tazmin edilebileceğinin peşinen kabulü ise mümkün değildir. Bu iddiaların değerlendirilmesi, piyasaya girişe yönelik gereken hazırlığın yapıldığının ve kâr elde etme şansının ispatlanmış olmasına bağlıdır[598]. Ancak bu durumda dahi zararın miktarı hesaplanamayacağından potansiyel rakiplerin zararının batık maliyetleriyle sınırlandırılması gerektiği düşünülmektedir[599].

---

596 **Akıncı**, s. 376; **Cengiz**, s. 375; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 157; **Kesici**, s. 178;**Sanlı**, Haksız Fiil, s. 223; **Şahin**, Murat, s. 177; **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 302; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 218.

597 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1143; **Kesici**, s. 179; **Şahin**, Murat, s. 177.

598 **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 161; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 224; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 218.

599 **Kesici**, s. 178; **Şahbaz**, s. 65; **Şahin**, Murat, s. 182. Belirli bir piyasada faaliyet göstermek isteyen teşebbüs tarafından, sadece o piyasa için yapılan ve piyasadan çıkarken paraya dönüştürme veya başka bir alanda kullanma suretiyle geri alınamayan yatırımların maliyeti genel olarak "batık maliyet (*sunk cost*)" şeklinde ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **RK**, Terimler Sözlüğü, s. 57.

3. Diğer Zararlar

Doktrinde maddi zararın fiili zarar - yoksun kalınan kar ayrımının yanı sıra (*i*) kişiye verilen zarar - şeye verilen zarar, (*ii*) doğrudan zarar - dolaylı zarar,(*iii*) doğrudan uğranılan zarar - yansıma zarar, (*iv*) somut zarar - soyut zarar, (*v*) müspet zarar - menfi zarar gibi ayrımlara tabi tutulduğu görülmektedir. Ancak bu ayrımların birçoğu rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan zararlara uygulanmaya elverişli değildir. Anılan nedenle doktrinde rekabet ihlallerinin doğurması muhtemel diğer zararlar ağırlıklı olarak doğrudan, dolaylı ve yansıma zarar kavramları özelinde incelenmektedir.

a. Müspet Zarar - Menfi Zarar

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan doğrudan, dolaylı veya yansıma zararların durumuna geçmeden önce sözleşme sorumluluğuna özgü bir ayrım olmasına rağmen müspet zarar - menfi zarar ayrımına da kısaca değinilmesi kanaatimizce uygundur. Nitekim hukuka aykırı kabul edilen pasif satış yasağı, rekabet etmeme yükümlülüğü gibi dikey kısıtlamalar aslen sağlayıcının alıcıyla akdettiği sözleşmelerin ürünüdür. Öte yandan yine kartel üyesi teşebbüslerin, alt piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler veya tüketicilerle sözleşme yapması örneğinde olduğu gibi rekabet ihlalinin aynı anda hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğuna dayandırılabileceği düşünülen kurgularla karşılaşmak da mümkündür. İşte haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğun yarıştığına inanılan bu tip durumlarda müspet zarar - menfi zarar ayrımı gündeme gelebilmektedir[600]. Müspet zarar, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sonucu meydan gelirken menfi zararın kaynağını sözleşmenin

[600] TBK'nın 60. maddesi uyarınca sebeplerin yarıştığı böyle bir durumda zararın en iyi şekilde giderimine imkan tanıyan sorumluluk sebebi esas alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Sözleşme sorumluluğunun zarar görenler açısından daha elverişli kabul edilmekteyse de rekabet ihlallerinde bu kabule peşinen sığınılmaması ve her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi daha uygundur. Rekabet hukukunda sorumluluk sebeplerinin yarışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. §1/II/C.

kurulamaması veya geçersizliği oluşturmaktadır. Rekabeti kısıtlayıcı sözleşmeler, emredici hükümlere aykırı nitelikleri gereği geçersizlik yaptırımına tabi olduğundan müspet zarara yol açma ihtimalleri yoktur. Ancak böyle bir sözleşmeye taraf olarak ihlale kendi isteğiyle eşlik eden teşebbüsler hariç bu sözleşmeyi akdetmek zorunda bırakılan görece zayıf konumdaki teşebbüslerin menfi zararlarının tazminini talep hakkı saklıdır[601]. Rekabet hukukunun çizdiği sınırları gözetmediği tespit edilen bir seçici dağıtım ağının üyesi olan teşebbüslerin, dayatılan şartlar gereği yaptıkları masrafları sözleşmelerinin geçersizliği dolayısıyla menfi zarar olarak talep etmesi bu duruma verilebilecek örneklerdendir.

b. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar

İlliyet bağı doğrultusunda yapılan doğrudan zarar - dolaylı zarar ayrımı, rekabet ihlali nedeniyle doğan zararlar bakımından üzerinde durulması gereken ayrımlardan bir diğeridir. Hiçbir ek neden aranmaksızın rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın doğal sonucu olarak meydana gelen zararlar ilgili ayrımın doğrudan zarar ayağını oluşturmaktayken; dolaylı zarar tabiri bu zarara bağlı gelişen diğer zararları ifade etmektedir. Doğrudan zararın tazminini esas alan haksız fiil hukuku, bu zararla arasında uygun illiyet bağı bulunan dolaylı zararın da tazminine imkan veren bir yaklaşım sergilemektedir. Rekabet hukuku kaynaklarında da genel yaklaşımdan uzaklaşılmadığı; yalnız doğrudan değil dolaylı zararların tazmininin de doğal karşılandığı görülmektedir[602]. Bu doğrultuda; rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın etkisiyle yükselen fiyatlar sonucu satışları düşen bir teşebbüsün, ticari ilişkide bulunduğu diğer teşebbüslere karşı üstlendiği yükümlükleri yerine getirememesi nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminat, cezai şart gibi bedeller ve satılamayan ürünlerin üretimi veya temini ile muhafazası için yaptığı masrafların

601 **Demirci**, s. 42; **Kesici**, s. 171, dn. 479; **Şahin**, Murat, s. 174; **Topçuoğlu**, Üç Kat Tazminat, s. 14.
602 **Akıncı**, s. 380; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1146; **Cengiz**, s. 377; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 155; **Kesici**, s. 180; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 224; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 220.

dolaylı zararı oluşturduğu ve tazminin gerektiği doktrinde kabul edilmektedir[603]. Bu tür örneklerin çoğaltılması esnasında asıl göz önünde bulundurulması gereken ise tazminat sorumluluğunun kapsamını genişletmemek adına örneklerin rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ile doğrudan ilişkilendirilebilen ve 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinin koruma amacına uygun zararlarla sınırlandırılması gerektiğidir. Zira çizilen bu çerçeveyi aşan zararlar, tazmin edildikleri takdirde teşebbüsleri ekonomik yıkıma sürükleyecekleri gerekçesiyle dolaylı zarar kapsamında değerlendirilmemektedir[604].

c. Doğrudan Uğranılan Zarar - Yansıma Zarar

Zararın yaygınlığı bahsinde ayrıca inceleneceği üzere ilgili piyasanın tamamını olumsuz yönde etkileyerek ekonomik dengeleri değiştiren rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların verdiği zararların toplumun geneline sirayet etmesi muhtemeldir. Farklı kesimlerden gelen çok sayıda tazminat talebiyle karşılaşılabileceği anlamına gelen bu önerme nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmanın meydana getirmesi muhtemel diğer zararların ve tazmin edilebilirliklerinin değerlendirilmesinde zarar gören kişi yönünden yapılan doğrudan uğranılan zarar - yansıma zarar ayrımı da gözetilmektedir. Haksız fiil hukukundaki tanımıyla yansıma zarar; ihlale maruz kalanlardan başka kimselerin bu ihlal nedeniyle uğradığı zararları ifade etmektedir[605]. Zarar verenin, yansıma zararlardan sorumluluğu için ilgili zararın uygun illiyet bağı ile birlikte normun koruma amacı kriterini de sağlaması gerektiği kabul edilmektedir[606]. Dolayısıyla doğrudan uğranılan zararların aksine yansıma zararların tazmin edilebilirliği istisnai niteliktedir[607].Yansıma zararların istisnai niteliği ve sadece kanunda öngörülen hallerde tazmin edilebileceği

603 **Cengiz**, s. 377; **Sekmen**, s. 57; **Şahin**, Murat, s. 177; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 221.
604 **Atila**, s. 63; **Kesici**, s. 181;**Topçuoğlu**, Üç Kat Tazminat, s. 28;**Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 221.
605 Yansıma zarar kavramı aslen dolaylı zararlar çatısı altında bulunmaktadır. Ancak bu zarar, ihlalden zarar görenlerin birbirinden farklı kişiler olması yönüyle dolaylı zararlardan ayrılmaktadır. Bkz. **Özel**, Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 81 - 106, s. 83.
606 **Eren**, Normun Koruma Amacı, s. 475; **Oğuzman**/ **Öz**, s. 43; **Özel**, s. 101.
607 **Cengiz**, s. 376; **Kesici**, s. 185; **Şahin**, Murat, s. 178; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 562.

düşüncesi bu zararın rekabet hukukundaki durumunu da tartışmalı hale getirmektedir. 4054 sayılı Kanunun 57. maddesinde yer alan "*tüm zararlar*" ibaresinden yola çıkanbir grup yazar; tazminat talebinde bulunabilecekleri "*bundan zarar görenler*" şeklinde geniş bir ifade tarzıyla betimleyen 58. maddeyi de dayanak göstererek kanunun rekabet ihlalden yansıma yoluyla zarar görenlere tazminat hakkı tanıdığını savunmaktadır[608]. Ancak bizim de katıldığımız hakim görüş borçlar hukukunun genel prensiplerine uygun şekilde rekabet hukukunda da yansıma zararların tazmin edilemeyeceği yönündedir[609]. Zira bu istisnanın uygulama alanı bulabilmesi için gereken kriterlerin rekabet hukuku kaynaklı ihlaller söz konusu olduğunda sağlanması bir hayli zordur[610]. Bu zorluğu ortaya koymak adına doktrinde yansıma zarara verilen en tipik örnek; rakip teşebbüslerin aralarında anlaşarak tatbik ettiği dışlayıcı uygulamalara maruz kalan bir teşebbüsün iflas etmesi neticesinde alacaklılarının, mal sahibi ve hissedarları ile işçilerinin hatta kredi kullandıran bankanın uğradığı zarardır[611]. Buradaki zararının asıl kaynağı teşebbüsün iflası olup sayılan kişi ya da kurumların rekabetin dışlayıcı uygulamalarla ihlalinden kaynaklanan bağımsız bir zararı bulunmamaktadır. Normun koruma amacı rekabet ihlalinden kaynaklanmayan bu tür zararları kapsamadığı için tazminat hakkı da doğrudan doğruya zarar gören teşebbüsle sınırlı kalmaktadır[612].

Tüm açıklamalar ışığında rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğması muhtemel, tazmin edilebilir nitelikteki diğer zararların; doğrudan ve dolaylı zararlar ile doğrudan doğruya uğranılan zararlar olduğu sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak hatırlatmak

---

608 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1147; **Demirci**, s. 40; **Topçuoğlu**, Üç Kat Tazminat, s. 29.

609 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 232; **Atila**, s. 65; **Cengiz**, s. 376; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 147; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 758; **Kesici**, s. 183; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 226; **Sayhan**, s. 61; **Sekmen**, s. 53; **Şahin**, Murat, s. 178; **Utku/Polat/Deniz**, s. 362; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 220.

610 İlliyet bağı ve normun koruma amacı şeklinde ifade edilen bu kriterlerin sağlanmasındaki zorluğa ek olarak zarar görenlerin tespitindeki güçlük, üç kata kadar tazminat sorumluluğu gibi durumların da yansıma zararın tazminine engel olduğu düşünülmektedir. Bkz. **Cengiz**, s. 376; **Kesici**, s. 183.

611 Sanlı tarafından verilen bu örnek doktrinde birçok farklı yazar tarafından da kullanılmaktadır. Bkz. **Kesici**, s. 184; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 226; **Şahin**, Murat, s. 178; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 219.

612 **Atila**, s. 65; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 147;**Kesici**, s. 184; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 226; **Şahin**, Murat, s. 178. Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 4054 sayılı Kanun'un tazminat hakkına ilişkin 57. maddesinde değişiklik yapılmasını öngören 31. maddesinde hakim görüşe uygun olarak "*ihlalden doğrudan zarar görenlerin*" tüm zararlarının tazminini talep edebileceği yönünde bir değişikliğe gidilmesi de planlamaktadır.

gerekir ki zarar görenin zarar verenle sözleşmesel bir ilişki içerisinde bulunması nedeniyle haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunun yarıştığı hallerde seçilen sorumluluk sebebine bağlı olarak bu zararlara menfi zarar da eklenebilmektedir.

II. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDAN DOĞAN ZARARLARIN YAYGINLIĞI SORUNU

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmadan kaynaklanan zararlar, ticari ilişkilerin çok yönlü yapısı gereği yalnız zarar göreni değil; anlaşmanın hedef aldığı ilgili piyasayla etkileşim içinde olan diğer teşebbüs ve kişileri de etkileyebilmektedir[613]. Zararın, mağdurun malvarlığıyla sınırlı kalmaksızın zincirleme bir şekilde diğerlerinin malvarlığında da etkilerini göstermesine neden olan bu durum için doktrinde "*zararın yaygınlığı*" tabiri kullanılmaktadır[614]. Kimi birbirine bağlı kimi bağımsız gelişen zararların barındırdığı sayısız davacı yaratma potansiyeli, zararın yaygınlığını rekabet hukukunun ihlalinden kaynaklanan tazminat talepleri yönünden önemli bir sorun haline getirmektedir. Uygulamada zararın kapsamının belirlenmesine ek olarak yaygınlığın etkisiyle sıklıkla görülen zararlara karşı geliştirilen çeşitli savunma veya yaklaşımlar sayesinde de bu sorunun aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu bölümde ilgili yaklaşımlar arasından gerek ABD gerek AB rekabet hukukunda sıklıkla tartışılan dolaylı alıcı kuralı ve aktarma savunması ile şemsiye etkisi kavramlarına değinilmesiyle yetinilmektedir.

---

613 OPEC (*Organization of Petroleum Exporting Countries*) karteli doktrinde, bir anlaşmanın herkesi etkileyebilecek zararlar doğurabileceği konusunda sıklıkla verilen örneklerdendir. Petrol üreticisi kartel üyelerinin anlaşarak fahiş fiyat uygulamaları, petrolü ham madde olarak kullanan farklı sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüslerden başlayarak bu ürünü tüketen son kullanıcı niteliğindeki tüketicilere kadar herkesin zarara uğramasına yol açmıştır. Bkz. **Atila**, s. 59; **Yılmaz**, Tuğçe, s. 59.

614 **Atila**, s. 59; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 140; **Kesici**, s. 165; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 225.

A. Aktarma Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralı

Üretici teşebbüslerin anlaşarak ürünün arz miktarını düşürdükleri bir senaryoda piyasadaki fiyatların yükselmesi ilk etapta ara teşebbüs konumundaki doğrudan alıcıların aynı ürün için fazla bedel ödemesine yol açarken bu zarardan kurtulmak adına alıcılar tarafından satış fiyatlarının yükseltilmesi son kullanıcı niteliğindeki tüketicileri zarara uğratmaktadır. Zararın piyasadaki ilişkiler ağı boyunca yayıldığı bu tür durumlar oluşan zarara gerçekte kimin katlandığı sorununu gündeme getirmektedir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi piyasadaki hakim durum veya kartel uygulamaları kaynaklı fiyat artışını bir alt seviyede faaliyet gösteren alıcılara aktaran doğrudan alıcıların gerçekte bir zarara uğramadıkları savunmasıyla karşılaşmaları mümkündür. Rekabeti kısıtlayarak hukuka aykırı fiyat artışına yol açan teşebbüslerin doğrudan alıcıların tazminat taleplerine karşı ileri sürdükleri bu savunma doktrinde "aktarma (*passing-on*) savunması" şeklinde adlandırılmaktadır[615]. Zararın aktarılması bu şekilde bir savunma aracı olarak kullanılabildiği gibi alt seviyede faaliyet gösteren teşebbüslerin tazminat taleplerinin kaynağını da oluşturabilmektedir. Bu noktadan hareketle doğrudan alıcıların zararı aktarması sonucu aynı ürünü ödemeleri gerekenden daha yüksek bir fiyata satın alan müşterilere (dolaylı alıcılar) fiyat artışının kendilerine aktarıldığı gerekçesiyle tanınan tazminat talebinde bulunma hakkına da "dolaylı alıcı (*indirect purchaser*) kuralı" denilmektedir. Ancak ürünün tüketiciye ulaşana kadar tedarik zinciri içerisinde dağıtıcı, perakendeci gibi çok sayıda dolaylı alıcının elinden geçmesi halinde zararın kime ne oranda aktarıldığının tespitinde yaşanacak güçlükler ve

---

615 *Passing-on*tabirinin dilimize çevrilmesi noktasında yazarların farklı tercihlerine rastlanabilmektedir. Örneğin; Akıncı, "zararın tüketiciye yansıtılması savunması" kalıbını tercih ederken Baş "yansıtma savunması", Büyüksağiş/ Koyuncu ve Kesici "aktarma savunması", Kortunay ve Şahin ise "zararın intikali savunması" kalıplarını kullanmaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 312; **Baş**, Kadir, "Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler", Rekabet Dergisi, C. 12, S. 4, 2011, s. 3 - 74, s. 10; **Büyüksağiş/Koyuncu**, s. 160; **Kesici**, s. 466; **Kortunay**, Reform, s. 103; **Şahin**, Murat, s. 191. Çalışmamızda yansıtma tabiri içeren kalıplar yansıma zarar ile karıştırılabilecekleri gerekçesiyle dışlanmış; zararın intikali ile aynı anlama gelse dahi daha kısa ve akılda kalıcı olduğunu düşündüğümüz "aktarma savunması" kalıbının kullanılması tercih edilmiştir.

bu güçlüklerin yaratacağı mükerrer tazmin (*duplicative recoveries*) riski nedeniyle bahsi geçen yaklaşımlar rekabet hukukunun en tartışmalı konularını teşkil etmektedir[616].

Aktarma savunmasının öne sürüldüğü ilk dava Amerika'da görülen *Hanover Shoe* davasıdır. Ayakkabı imalatında kullanılan makinelerin üretim ve dağıtımını üstlenen United'ın bazı müşterilerine makineleri satmayı redderek kiralama yoluna gitmesinin Sherman Yasasına aykırı olduğu iddiasıyla ayakkabı üreticisi Hanover tarafından açılan tazminat davasında Yüksek Mahkeme, yapılan aktarma savunmasını reddetmiştir[617]. ABD'nin aktarma savunmasına ilişkin temel içtihadı olma özelliği taşıyan bu kararda ilgili savunmaya izin verildiği takdirde tazminat davalarının içinden çıkılmaz hale geleceği, müşteriler arasında dağılarak küçülen zararının dava açma motivasyonunu düşüreceği ve tazminat davalarının etkinliğinin azalacağı ifade edilmektedir[618]. Bundan dokuz yıl sonra fiyat karteli oluşturan blok beton üreticilerine karşı Illinois hükümeti ve yedi yüz yerel kuruluş tarafından açılan tazminat davasında ise Yüksek Mahkemenin dolaylı alıcılara dair yaklaşımını ortaya koyduğu görülmektedir. *Illinois Brick* adıyla anılan bu karar uyarınca aktarma savunmasının kabul edilmemesinin doğal bir sonucu olarak dolaylı alıcıların zararlarının tazminine de izin verilmemektedir[619]. Anılan bu iki karardan hareketle ABD'de aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralının genel olarak dışlandığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak uygulamada birçok eyalet mahkemesi, zararın tamamının aktarıldığının kolaylıkla ispatlanabildiği hallerde dolaylı alıcıların uğradığı zararların tazmin edilebileceği görüşünü benimsemektedir[620]. ABD rekabet hukukunda yapılacak reformları saptamak üzere kurulan Antitröst Modernizasyon Komisyonu (*Antitrust Modernization*

---

616 **Akıncı**, s. 312; **Baş**, s. ; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 227; **Şahin**, Murat, s. 191; **Whish/Bailey**, s. 317.

617 *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp*, 392 US 481 (1968); **Akıncı**, s. 313; **Baş**, s. 13.

618 **Baş**, s. 15; **Jones/Sufrin**, s. 1110; **Kesici**, s. 473; **Kortunay**, Reform, s. 102; **Whish/Bailey**, s. 317.

619 *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977); **Baş**, s. 16; **Şahin**, Murat, s. 34; **Uran**, s. 29.

620 Doğrudan alıcılar ile dolaylı alıcılar arasında masraf artı bir sözleşmenin (*cost - plus contract*) varlığı aktarmanın gerçekleştiğinin kolaylıkla ispatlanabildiği durumlara verilebilecek en iyi örnektir. Zira burada her yıl maliyet artı sabit kar formülü ile gerçekleştirilen bir satış söz konusudur. Bkz. **Akıncı**, s. 314; **Baş**, s. 15; **Kesici**, s. 474; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 229; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 300. Bu konudaki *Kansas v. Utilicorp United* kararı için bkz. 497 US 199, 208 (1990); **Şahbaz**, s. 28.

Commission) da sunduğu raporda eyaletlerdeki uygulamalara işaret ederek federal düzeyde yapılacak bir yasa değişikliğiyle dolaylı alıcılara tazminat hakkı tanınması gerektiği yönünde görüş bildirmektedir[621].

Avrupa Birliği'nde aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralına karşı Komisyonun yaklaşımını belirleyen ilk öneri ve değerlendirmeler Yeşil Kitap'ta yer almaktadır. Yeşil Kitap kapsamında sunulan ve her biri ayrıca değerlendirilen bu öneriler; (*i*) her ikisine de izin verilmesi, (*ii*) her ikisinin de reddedilmesi, (*iii*) aktarma savunmasına izin verilip dolaylı alıcı taleplerinin reddedilmesi ile (*iv*) aktarma savunmasının reddedilerek dolaylı alıcıların tazminat taleplerine izin verilmesi şeklinde özetlenebilmektedir[622]. O dönem sunulan bu öneriler arasından tercihini Beyaz Kitap'ta açıklayan Komisyonun, aktarma savunmasının reddi halinde doğrudan alıcıların sebepsiz zenginleşebileceğini belirterek kabulünün gerektiği yönünde görüş bildirdiği; *Courage* ve *Manfredi* kararlarına yaptığı atıfla da dolaylı alıcılardan gelecek tazminat taleplerinin önünü açtığı görülmektedir[623]. Günümüz AB rekabet hukukunun konuya yaklaşımını anlamak için ise Komisyonun görüşlerini yasal bir zemine kavuşturan 2014/104 sayılı Direktif'in ilgili hükümlerini incelemek yeterlidir. Direktifin dolaylı alıcıların tazminat hakkını düzenleyen 12/1. maddesi ile aktarma savunmasını düzenleyen 13. maddesi uyarınca dolaylı alıcı ayrımı gözetilmeksizin rekabet ihlalinden

---

621 2002 yılında kanun ile kurulan ve on iki üyeden oluşan Antitröst Modernizasyon Komisyonu, antitröst mevzuatında yapılması gereken köklü değişikliklere ilişkin görüş ve önerilerini rapor halinde Kongre'ye sunmaktadır. Komisyon, aktarma savunması (*passing-on defence*) ve dolaylı alıcı kuralı (*indirect purchaser standing*) hakkında yapılması gereken yasal değişiklikleri de 2007 yılı Nisan ayında hazırladığı bir raporla Kongre'ye sunmuş ancak önerilen değişiklikler henüz hayata geçirilmemiştir. Bkz. **Antitrust Modernization Commission**, Report and Recommendations, April 2007, s. 265-285, https://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf (E.T. 11.10.2019); **Baş**, s. 30; **Şahin**, Murat, s. 35; **Whish**/**Bailey**, s. 318.

622 Komisyon tarafından 2005 yılında yayınlanan Yeşil Kitap'ın 21-24 no.lu önerileri arasında yer alan bu değerlendirmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baş**, s. 38; **Kortunay**, Reform, s. 103; **Şahin**, Murat, s. 90. Orijinal metin için ise bkz. **Commission**, Green Paper, COM (2005) 672 final, p. 7.

623 Komisyon aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralı hakkında uygulama tercihini belirlerken tüm önerileri tazmin edici adalet, caydırıcılık ve yargı masrafları açısından tek tek değerlendirmiştir. Tazmin amacını ön planda tutan Komisyon, aktarma savunmasına izin vererek doğrudan alıcıların haksız kazanç elde etmesini ve rekabeti kısıtlayan teşebbüslerin birden fazla kez tazminat ödemesini engellemek istemiştir. Uğradıkları zararın düşük miktarlarda olması sebebiyle dolaylı alıcıların dava açmaktan kaçınabileceğini de hesaba katan Komisyon, bu sorunun tanınacak toplu dava imkanıyla aşılabileceğini belirtmiştir. Bkz. **Commission**, White Paper, COM (2008) 168 final, p. 7 - 8.

zarar gören herkes tazminat hakkına sahip olup davalıların aktarma savunmasına başvurması mümkündür[624].

Mehazı Avrupa Birliği rekabet hukukunun aksine Türk rekabet hukuku mevzuatında aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralının kabulüne izin veren veya engel teşkil eden açık bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle Türk rekabet hukukunda aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralına karşı yaklaşımın ne olması gerektiği haksız fiil sorumluluğunun genel esasları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Değerlendirmede belirleyici rolü ise zarar ve illiyet bağı unsurları üstlenmektedir. Zira dolaylı alıcıların tazminat hakkından söz edebilmek için tazmin edilebilir bir zararın varlığı elzemdir. Bu noktada evvela dolaylı alıcıların uğradığı zararın doğrudan alıcının zararından bağımsız oluşmadığı gerekçesiyle yansıma zarar şeklinde nitelendirilemediği belirtilmelidir[625]. Buradaki zarar türü itibarıyla tazmin edilebilir nitelikte olup rekabeti kısıtlayıcı anlaşma sonucu daha yüksek fiyattan ürün alarak bu zarara uğradıklarını ispat eden dolaylı alıcıların tazminat talep etmesinde sakınca yoktur[626]. Ulaşılan bu sonuç aktarma savunması açısından da geçerlidir. Dolayısıyla aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralının Türk rekabet hukukunda uygulanması teorik olarak mümkündür. Buna rağmen nihai tercihin uygulamada yaşanması muhtemel güçlükler ve tazminat kurumuna atfedilen amaç ekseninde belirlenmesi gerektiği açıktır. Kanaatimizce zararın ispatı ve hesaplanmasında yaşanacak zorlu süreç bilhassa dolaylı alıcı kuralının kabulüne engel olmamalı; tazminatın caydırıcılık işlevi ihlalden zarar görenler lehine kullanılmalıdır. Benimsediğimiz bu yaklaşım tarzına en uygun çözüm ise dolaylı alıcı kuralına izin verilirken aktarma savunmasının prensipte reddedilmesidir[627]. Bununla

---

624 **Bueren**/**Smuda**, s. 416; **Önal**/**Kesici**, s. 108 - 110; **Jones**/**Sufrin**, s. 1117; **Whish**/**Bailey**, s. 318.

625 **Atila**, s. 104; **Baş**, s. 46; **Büyüksağiş**/**Koyuncu,** s. 161; **Cengiz**, s. 422; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 162; **Kesici**, s. 476, dn. 307; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 227. Aksi yönde bkz. **Sayhan**, s. 61, dn. 67.

626 **Büyüksağiş**/**Koyuncu**, s. 161; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 227; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 299.

627 **Atila**, s. 104; **Baş**, s. 66; **Kesici**, s. 478. Sanlı, Sekmen ve Yiğit, dolaylı alıcıların tazminat hakkını zararın ayrıştırılabildiği durumlarla sınırlamaktadır. Bkz. **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 229; **Sekmen**, s. 98; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 301. Benzer bir yaklaşım için bkz. **Utku**/**Polat**/**Deniz**, s. 369 vd. Taşpınarlı, zararın tamamının aktarılması halinde dolaylı alıcıların tazminat talep edebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Taşpınarlı**, s. 90. Şahin ise hem aktarma savunmasının hem de dolaylı alıcı

birlikte rekabeti kısıtlayanların sorumluluğunu ağırlaştırmamak adına aktarma savunmasının istisnai hallerde kabul edilmesi ve zarar görenlerin tazminat taleplerinin birleştirilmesi yönünde ek tedbirler alınması isabetlidir[628]. Bu ek tedbirlerden toplu dava hakkıdolaylı alıcıları yargılama gideri ve ispat külfetinden belirlioranda kurtarıp dava açma motivasyonlarını yükselttiğinden taraf menfaatlerini de dengeleyici niteliktedir[629].

Konuya ilişkin teorik tartışmalardan bağımsız olarak doktrindeki yazarların tamamı aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralının 4054 sayılı Kanunda yapılacak değişiklikle yasal bir zemine kavuşturulması gerektiği kanaatindedir. Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca uygulamanın sağlıklı işlemesi adına yapılacak değişikliğin dolaylı alıcı kuralı tercihini hüküm altına almakla yetinmemesi; bu tercihe uygun ispat ve hesaplama yöntemi gibi değişiklikleri de eş zamanlı olarak hayata geçirmesi gerekmektedir[630].

B. Şemsiye Etkisi Kaynaklı Zararlar

Kartel anlaşması sonucu belirli bir üründe gerçekleşen fiyat artışı veya arz düşüşü, kartele üye olmayan teşebbüslerin ikame ürünlerine yönelik talebi artırmakta ve ikame ürün fiyatlarının yükselmesine yol açmaktadır. Kartel üyesi olmayan teşebbüslerin kartelin yarattığı fiyat artışından yararlanarak ikame ürün fiyatlarını yükselttikleri bu duruma doktrinde "şemsiye etkisi (*umbrella effects*)" denilmektedir[631].

---

kuralının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre ilk etapta doğrudan ve dolaylı alıcıların tamamına dava açma izin verilmesi sonrasında davalıların aktarma savunmasının kabul edilmesi ve tazminatın bu esaslara göre paylaştırılması gerekmektedir. Bkz. **Şahin**, Murat, s. 192.

628 ABD rekabet hukukunda olduğu gibi masraf artı sözleşmeleri de içeren istisnalar için bkz. **Baş**, s. 60.

629 **Baş**, s. 62; **Büyüksağiş/Koyuncu**, s. 189;**Şahin**, Murat, s. 193; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 301.

630 Yiğit, bu amaçla 4054 sayılı Kanunun 57. Maddesine "*zararın yansıtıldığı oranda müşterilerin veya tüketicilerin dava açma hakkı vardır*" şeklinde bir ifadenin eklenmesini tavsiye etmektedir. Bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 301. Kesici ve Şahin ise yapılacak yasal değişikliğin öncelikle katılmalı grup davası modeli ile delillere erişim kolaylığı sağlayan düzenlemeleri içermesi gereğine dikkat çekmekte sonrasında Kurulun aktarılan zararın hesaplanmasına ilişkin yöntemleri içeren bir kılavuz yayınlaması gerektiğini de ayrıca belirtmektedir. Bkz. **Kesici**, s. 479; **Şahin**, Murat, s. 193.

631 **Gürkaynak**, Gönenç/ **Yardım**, Görkem/ **Korkmaz**, Gülce, "The Concept of Causal Link within the scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision", The Academic Gift Book of ELIG, Attorneys-at-Law in Honor of the 20th

Şemsiye etkisi nedeniyle fiyatı yükselen ikame ürünün müşterilerinin uğradığı zararlar iseşemsiye etkisi kaynaklı zararları meydana getirmektedir[632].

Bir piyasada kartel anlaşmasının yarattığı şemsiye etkisi kaynaklı zararların varlığı, bu zararların tazmin edilip edilemeyeceği sorusunun cevaplanmasını gerektirmektedir. Ancak kartel anlaşması ve ilgili zarar arasında illiyet bağının kurulmasında karşılaşılan güçlükler nedeniyle bu soruyu cevaplamak çoğu zaman zordur. Öyle ki AB rekabet hukukunda şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmin edilebilirliği sorununu gündeme getiren de Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan ön başvuru (*the reference for preliminary ruling*) aracılığıyla ABAD'a yöneltilen benzer bir soru olmuştur. Avusturya Yüksek Mahkemesi, rekabet otoritelerince cezalandırılan bir asansör karteli sonucu uğranılan şemsiye etkisi kaynaklı zararın tazminini talebiyle açılan davayı reddetmesi üzerine yaptığı bu başvuruda, ABİDA'nın 101. maddesinin söz konusu zararların tazminini gerektirip gerektirmediğini sorgulamıştır[633]. ABAD ilgili başvuruya istinaden verdiği *Kone* kararında; 101. maddenin amacına dikkat çekerek fiyatın serbest rekabet koşulları altında oluşması gerektiğini belirtmiş ve burada kartel üyelerinden bağımsız belirlenen bir fiyat varmış gibi görünse dahi kartelin bozduğu piyasa koşulları altında verilen fiyat kararının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir[634]. Kartel üyesi olmayan bir teşebbüsün, kartelin yarattığı fiyat şemsiyesine dayanarak belirlediği fiyat politikasına izin verildiği takdirde piyasa koşullarının daha da bozulacağına işaret eden ABAD, illiyet bağının

---

Anniversary of Competition Law Practice in Turkey, s. 1 - 29, s. 7; **Şahin**, Eda, "Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları", Rekabet Dergisi, C. 15, S. 2, s. 89 - 126, s. 91.

632 Şemsiye etkisi kaynaklı bir zarardan söz edebilmek için rakip teşebbüslerin fiyatlarını ayrı bir anlaşma olmaksızın şemsiye etkisi dolayısıyla artırmış olması gerekmektedir. Bkz. **Şahin**, Eda, s. 93.

633 *Kone*, *Otis*, *Schindler* ve *ThyssenKrupp* firmaları tarafından kurulan asansör kartelinin Avusturya rekabet otoritelerince cezalandırılması nedeniyle bu ürünlerin önemli müşterisi konumundaki *ÖBB Infrastruktur*, uğradığı şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmini için dava açmıştır. Açılan bu dava Avusturya rekabet mevzuatının ilgili hükümlerine istinaden gerek ilk derece mahkemesi gerekse yüksek mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine ABAD'a başvuran mahkeme esasen şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazminine baştan engel olan yerel düzenlemelerin ABİDA'nın 101. maddesi ile uyumunu sorgulamıştır. Bkz. **Gürkaynak/Yardım/Korkmaz**, s. 18; **Şahin**, Eda, s. 108.

634 *Kone AG and Others v. ÖBB Infrastruktur AG*, Case C-557/12, 05.06.2014, para. 29 - 30. Tam metin için bkz. http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62012CJ0557&lang1=en&type=TXT&ancre= (E.T. 16.10.2019). Karar analizi için bkz. **Gürkaynak/Yardım/Korkmaz**, s. 21; **Şahin**, Eda, s. 112.

ispatı halinde şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmin edilebilir olduğuna hükmetmiştir[635]. ABAD bu kararını rekabet ihlalinden zarar gören herkese tazminat hakkı tanıyan *Courage* kararının varlığıyla da desteklemiştir.

Amerikan rekabet hukukunda şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmin edilebilirliği konusunda bir görüş birliğine henüz rastlanmamaktadır. Ancak ABD uygulamasında tazmin edilebilir zararların belirlenmesi için başvurulan doğrudan zarar kriterinin tıpkı dolaylı alıcıların uğradığı zararlar gibi şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazminini de zorlaştırdığını söylemek mümkündür. Bu durumun *Mid-West Paper Products Co.* kararında açıkça dile getirildiği görülmektedir[636]. Kararında dolaylı alıcı kuralına atıf yapan mahkeme, hesaplamada yaşanacak güçlükten, kartel üyeleriyle zarar görenler arasında doğrudan bir bağ olmamasından ve üç kat tazminat sorumluluğunun yaratacağı aşırı tazmin riskinden hareketle şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazminini reddetmiştir[637]. Bu katı yaklaşıma rağmen bazı mahkeme kararlarında şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmin edilebileceği yönünde görüş sunulmuş ama illiyet bağının ispatında yaşanan sorunlar sürecin zararın tazminiyle neticelenmesi engellemiştir[638]. Dolayısıyla ABD rekabet hukukunda şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmini hiçbir zaman federal düzeyde gerçekleşmemiştir.

Şemsiye etkisi kaynaklı zararların durumu hakkında Türk rekabet hukuku mevzuatı dahilinde yapılan bir düzenleme veya verilmiş bir yargı kararı mevcut değildir. Bununla birlikte 4054 sayılı Kanunun rekabet ihlalinden zarar görenlerin tüm zararlarının karşılanacağı yönündeki ifadesi AB rekabet hukukunda olduğu gibi illiyet bağının ispatı halinde şemsiye etkisi kaynaklı zararlarının tazmin edilebileceğini düşündürmektedir.

---

635 *Kone*, para. 33; **Bueren/Smuda**, s. 412;**Gürkaynak/Yardım/Korkmaz**, s. 18; **Şahin**, Eda, s. 111.

636 *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc*., 596 F.2d 573(3rd Cir. 1979).

637 *Mid-West Paper Products Co*, para. 584.Aynı yönde bkz. *In re Coordinated Pretrial Proceedings in Petroleum Products Antitrust Litigation* kararı, 691 F.2d 1335 (9th Cir. 1982); **Şahin**, Eda, s. 99.

638 *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148 (5th Cir. 1979); *State of Washington v. American Pipe & Construction Co.*, 280 F. Supp. 802 (1968); **Şahin**, Eda, s. 99 - 100.

§ 8. REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMALARDA KUSUR

I. KUSUR UNSURUNUN REKABETİ KISITLAYICI ANLAŞMA TÜRLERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın tazminat sorumluluğuna konu olabilmesi için aranan unsurlardan bir diğeri de kusurdur. Rekabeti kısıtlayan anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler, anlaşmayla yaratılan rekabete aykırı sonucu istedikleri veya istemeseler dahi bu sonucun gerçekleşmemesi adına gereken özeni göstermedikleri takdirde kusurlu sayılmaktadırlar[639]. Kusurun tespit edilmesinde teşebbüslerin faaliyetleri kadar ulaşmak istedikleri amaç doğrultusunda şekillenen anlaşmanın türü de fikir vermektedir.

Amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı kabul edilen anlaşmalarda teşebbüslerin hukuka aykırı sonuca ulaşmak istediklerine ve dolayısıyla kusurlu olduklarına şüphe yoktur[640]. Bu durumun en açık örneği kartel anlaşmalarıdır. Fiyat tespiti, piyasa paylaşımı, rakip taşebbüslerin piyasa dışına itilmesi gibi konularda yapılan bu anlaşmaların tek amacı rekabeti kısıtlamaktır. Burada kusur bizzat anlaşmanın kendisinden kaynaklandığından kusurun ayrıca ispatı aranmamaktadır[641]. Rekabeti kısıtlama amacı taşımayan hukuka aykırı anlaşmalarda ise kusur genellikle teşebbüslerin gereken özeni göstermemesinden ileri gelmektedir[642]. Barındırdığı rekabeti kısıtlayıcı etki nedeniyle hukuka aykırı kabul edilen butür anlaşmalarda kusurun ispatı, rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalara kıyasla zordur. Zira bu anlaşmalarda hukuka aykırı sonuç teşebbüslerin yeterli özeni göstermemesi kadar

639 **Kesici**, s. 196; **Utku/Polat/Deniz**, s. 364; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 232.

640 Tarafların hukuka aykırı sonuca ulaşmayı istediği böyle bir durumda üçüncü kişilerin zarar görmesini hedeflemeleri de neredeyse kaçınılmazdır. Dolayısıyla burada üçüncü kişilere zarar verme isteğini ayrıca değerlendirmeye gerek yoktur. Bkz. **Akıncı**, s. 367;**Demirci**, s. 76; **Kesici**, s. 196.

641 Teşebbüsler arasındaki anlaşmanın fiyat tespiti, piyasa paylaşımı veya rakipleri piyasa dışına çıkarma gibi klasik kartel davranışlarından biri amacıyla yapıldığının ispatlanması halinde bu anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin kusurunun ispatına gerek kalmamaktadır. Bkz. **Akıncı**, s. 368.

642 **Demirci**, s. 76; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 755; **Kesici**, s. 197; **Şahin**, Murat, s. 189.

piyasa koşullarından da kaynaklanabilmektedir[643]. Yatay işbirliği anlaşmalarından standardizasyon, uzmanlaşma, bilgi değişimi gibi anlaşmalar doktrinde bu ikileme verilen örneklerdir. Piyasa koşullarıyla doğrudan bağlantılı bu anlaşmaların rekabeti kısıtlayabileceği başlangıçta öngörülmesine rağmen gerekli tedbirleri almayan teşebbüslerin kusurlu sayılacağı belirtilmektedir[644]. Ancak aslen rekabeti kısıtlama amacıyla hareket etmeyen bu teşebbüslerin somut olayın özellikleri doğrultusunda hukuka aykırı sonucun öngörülemezliğini veya gereken özeni gösterdikleri halde bu sonucun doğduğunu ispat etmeleri halinde sorumluluktan kurtulmaları mümkündür.

Yukarıda değinilen örneklerden de anlaşılacağı üzere rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar yönünden hukuka aykırılık ve kusur unsuru genellikle iç içedir[645]. Ancak kimi hallerde teşebbüslerin kusurlu olmaksızın rekabeti kısıtladığı da görülmektedir. Alıcı teşebbüsün sağlayıcıya oranla daha zayıf konumda olduğu dikey anlaşmalarda durum böyledir. Bu nedenle ilgili ürünleri almak için sağlayıcının belirlediği koşulları kabul etmek zorunda kalan ara teşebbüslere kusurlu olmadıklarını ispat etme imkanı tanınması uygundur.

II. KUSURUN AĞIRLIĞININ TAZMİNAT SORUMLULUĞUNA ETKİSİ: ÜÇ KAT TAZMİNAT

Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin kusuru kast veya ihmal şeklinde kendini gösterebilmektedir. Teşebbüslerin rekabeti kısıtlama amacıyla bilerek ve isteyerek ilgili anlaşmayı yapmaları kastın varlığına işaret ederken bu anlaşmanın yapımı veya uygulanması esnasında gereken özeni göstermemeleri ihmal niteliğindedir. Teşebbüslerin göstermesi gereken özenin derecesine göre ihmal, ağır ve hafif ihmal

643 **Akıncı**, s. 369; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 54, dn. 196; **Demirci**, s. 76; **Utku/Polat/Deniz**, s. 364.

644 Rekabeti ikinci dereceden kısıtladığı ifade edilen bu anlaşmaların yarattığı hukuka aykırı sonucun ve zararın ispatı halinde kusurun ispatı gerekmediği yönündeki görüşleri için bkz. **Akıncı**, s. 369.

645 **Akıncı**, s. 372; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 232.

ayrımı çerçevesinde incelenmektedir. Teşebbüslerin anlaşma konusunda göstermediği özenin derecesi herkesin göstermek zorunda olduğu özene eşit ise ihmalin türü ağır ihmaldir. Hafif ihmalde ise bu özenin derecesi dikkatli ve tedbirli kimselerin göstermesi beklenen özene eşittir. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaya taraf olan teşebbüsünkusurlu sayılması için hafif ihmal ile hareket etmesi yeterlidir. Ancak kusurun türünün kast veya ağır olması halinde sorumluluk üç kat tazminat şeklinde ağırlaştırılabilmektedir.

A. Üç Kat Tazminatın Öngörülme Amacı ve Hukuki Niteliği

4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesi sorumluluk hukukuna hakim olan denkleştirici tazminat ilkesinden ayrılarak "üç kat tazminat" sistemini düzenlemektedir[646]. Kaynağını Amerikan rekabet hukukunda zararın üç katıyla tazminini (*treble damages*) öngören Clayton Yasası'nın 4. maddesinden aldığı düşünülen bu sistemin mehaz Avrupa Birliği rekabet hukuku düzenlemelerinde karşılığı bulunmamaktadır[647].

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde tamamı birlik düzenlemelerinden iktibas edilerek oluşturulan Türk rekabet hukukunun bu düzenlemeler arasında karşılığı

---

646 Sorumluluk hukukundaki genel kabule göre tazminatın amacı zarar görenin uğradığı zararın giderimi olup tazminatın üst sınırını uğranılan zarar belirlemektedir. Bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 514; **Kılıçoğlu**, s. 533; **Tekinay**/**Akman**/**Burcuoğlu**/**Altop**, s. 583. Ancak zararı aşan miktarda tazminata ilişkin düzenlemeler 4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinde öngörülen üç kat tazminatla sınırlı değildir. Türk hukukunda yer alan benzer yöndeki tazminat düzenlemeleri için bkz. **Güleryüz**, Tarık M./ **Zorluoğlu Yılmaz**, Ayça, "Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", TBB Dergisi, Yıl: 31, S. 141, 2019, s. 325 - 362, s. 343 vd.; **Kesici**, s. 278, dn. 256; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 9.

647 4054 sayılı kanunda öngörülen üç kat tazminat sisteminin kaynağını ABD'de uygulanan *treble damages* kavramı ile özdeşleştiren yazarlar için bkz. **Akıncı**, s. 385; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 53; **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 226, dn. 136; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1147; **Aşçıoğlu Öz**, Hakim Durum, s. 197; **Badur**, Anlaşmalar, s. 163; **Cengiz**, s. 402; **Coşkun**, Sevda Yaşar, "Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Journal of Current Researches on Social Sciences, C. 7, S. 1, 2017, s. 149 - 172, s. 151; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 169; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 762; **İkizler**, s. 367; **İnan**/**Piker**, s. 106; **İnan**, Özel Hukuk, s. 52; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 202; **Sert**, Selin, "4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat", Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, C. 12, S. 1 - 3, 2004 - 2006, s. 701 - 716, s. 702; **Şahin**, Murat, s. 203. Bu noktada üç kat tazminat sisteminin temelinin Clayton Yasası ile değil; 1623 tarihli İngiliz Tekeller Kanunu (*Statue of Monopolies*) ile atıldığını belirtmek gerekir. Bkz. **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 120. Tekinalp ise RKHK'nın özel hukuk yaptırımlarına ilişkin tüm düzenlemelerini dış kaynağı bulunmayan yerli hükümler olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Tekinalp**, Ünal, s. 261.

bulunmayan üç kat tazminat sistemine yer vermesi normun varlık amacının (*ratio legis*) sorgulanmasına neden olmaktadır[648]. Zira her iki hukuk sisteminde alışılanın aksine üç kat tazminatın öncelikli amacının zararın giderimi olmadığı açıktır. Ancak üç kat tazminat düşüncesi rekabet ihlalinden zarar görenleri dava açmaya teşvik ederek zararın giderimine de fırsat tanımaktadır. Üç kat tazminatın bu etkisi, özel hukuk yaptırımlarını etkin bir biçimde uygulayan ABD rekabet hukukunda rahatlıkla gözlemlenmektedir. Öyle ki günümüz ABD uygulamasında antitröst takiplerinin %90'ı açılan tazminat davalarından ibarettir[649]. Bu yönüyle üç kat tazminat sistemi rekabet ihlalleriyle mücadele eden otoritelere önemli bir destek sağlamaktadır. Dolayısıyla bu sistemin ihlalci teşebbüslerin caydırılması ve cezalandırılması fikrine hizmet eden tamamlayıcı bir rol üstlendiğini söylemek mümkündür[650]. Gerçekten de çoğunluğu gizli yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tespit edilmesindeki güçlüğe karşın elde edilmesi umulan kârın yüksekliği teşebbüsleri anlaşma konusunda cesaretlendirebilmektedir. Nitekim yapılan araştırmalar da kartellerin yakalanma oranının üçte bir olduğunu göstermekte ve caydırıcılığın sağlanması adına ödenecek tazminat miktarının en az üç kat olması gerektiğine dikkat çekmektedir[651]. Bu varsayıma dayanarak geliştirilen üç kat tazminat sistemiyle birlikte artan dava sayısı ve tazminat miktarı teşebbüsleri anlaşmadan vazgeçirebilmektedir. Buna rağmen gerçekleştirilen rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma sonucu uğranılan zararın davada ispatı halinde ise üç kat tazminatın

---

648 Kara Avrupası hukuk sistemlerinde rastlanılmayan ve tazminat kavramıyla bağdaşmayan bu tazmin tarzının hukukumuza alınma amacının anlaşılamadığı yönünde bkz. **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 144. AB uygulamasında elde edecekleri tazminat miktarını yapmaları gereken dava masraflarına nazaran düşük bulan tüketicilerin dava açmaktan kaçındığı görülmektedir. Bu sorunun çözümü için AB'de de benzer bir sistemin benimsenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bkz. **Akıncı**, s. 389. Nitekim Yeşil Kitap'ta yer verilen 16 numaralı öneride de yatay anlaşmalar bakımından iki kat tazminat sistemi seçeneğinin değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. **Kortunay**, Reform, s. 101; **Şahin**, Murat, s. 81.

649 Üç kat tazminat davaları (*treble damage actions*) Amerikan sisteminde özel hukuk yaptırımlarını rekabet ihlalleriyle mücadelede önemli bir araç haline getirmiştir. ABD'de tazminat davalarının kamu otoriteleri tarafından başlatılan takiplere oranında 1960 yılından başlayarak günümüze dek yaşanan artış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 120; **Taşpınarlı**, s. 83.

650 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 227; **İkizler**, s. 368; **Kesici**, s. 284; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 207.

651 Rekabet otoritelerinin en iyi ihtimalde dahi faaliyet gösteren her üç kartelden yalnız birini başarıyla tespit edip cezalandırdığı düşünülmektedir. Bu nedenle üç kat tazminat uygulamasının caydırıcılık açısından ideal yaptırım düzeyi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Kesici**, s. 285; **Şahin**, Murat, s. 38.

cezalandırma amacı devreye girmektedir[652]. Cezalandırma amacı taşıyan bir tazminat düzenlemesinin varlığı tartışılabilirse de tazminat davalarının teşviki ve caydırıcılık amaçları yönünden üç kat tazminat sisteminin Türk rekabet hukukunda benimsenmesi kanaatimizce isabetlidir[653].

4054 sayılı Kanunda yer verilen üç kat tazminata ilişkin düzenlemenin hukuki niteliği konusunda Türk rekabet hukuku doktrininde çeşitli görüşlere rastlanmaktadır. Doktrindeki bu görüşler; "*medeni ceza/ özel hukuk cezası*"[654], "*kanundan doğan bir tür cezai şart*"[655], "*cezai tazminat*"[656] ile "*şartları ve sonucu ağırlaştırılmış haksız fiil sorumluluğu*"[657]şeklinde başlıklandırılabilmektedir. Ancak kanaatimizce üç kat tazminat sistemi hukuki niteliği itibarıyla "cezalandırıcı tazminat (*punitive damages*)"[658] görünümündedir. Zira zarar şartı, kusurun ağırlığının dikkate alınması ve caydırma amacı uyarınca bu sistem cezalandırıcı tazminatın tipik bir örneğini teşkil etmektedir[659].

---

652 Zararın gerçek miktarının ispat edilemediği davalar bakımından üç kat tazminat sisteminin zararın giderimi amacına hizmet ettiği; gerçek zararın ispatı halinde ise davalı teşebbüsleri cezalandırma amacının ön plana çıktığı yönünde bkz. **İkizler**, s. 369; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 266.

653 Aynı yönde bkz. **Kesici**, s. 286; **Şahin**, Murat, s. 203. Bununla birlikte doktrinde üç kat tazminat sistemine getirilen eleştiriler de mevcuttur. Üç kat tazminatın adil olmadığı, bu hakkın rakip teşebbüsler ve diğer davacılar tarafından kötüye kullanılabileceği ile teşebbüsler için aşırı caydırıcı olması sebebiyle etkin rekabete katkısı olabilecek yeni girişimleri de engelleyebileceği konularında yoğunlaşan bu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 267 vd.

654 Aksoy, tazminat hukukunun esaslarıyla bağdaşmayan bu sistemin tazminat değil "*ceza*" olduğunu düşünmektedir. Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı, s. 53. Diğer yazarlar ise cezalandırma amacı doğrultusunda üç kat tazminat sisteminin hukuki niteliğini "*medeni ceza*" kavramıyla ifade etmektedir. Bkz. **Atila**, s. 89; **Gül**, İbrahim, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 435; **İkizler**, s. 369; **İnan**, Özel Hukuk, s. 52; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 266. Çalışmalarında medeni ceza kavramıyla eş anlamlı kabul edilen "*özel hukuk cezası*" kavramını tercih eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 169; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256; **Sekmen**, s. 83.

655 Doktrindeki diğer yazarlardan farklı olarak Topçuoğlu, üç kat tazminat sisteminin hukuki niteliği konusunda yaptığı değerlendirmede tazminat davalarının teşviki ve caydırıcılık amaçlarını ön planda tutmaktadır. Yazar, bu değerlendirmeden hareketle üç kat tazminatı "*kanundan doğan bir tür cezai şart*" şeklinde nitelendirmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 306; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 8.

656 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1147; **Badur**, Anlaşmalar, s. 163.

657 Sert, üç kat tazminat talep edilebilmesi için hukuka aykırı fiilin kast veya ağır ihmalle işlenmesi gerektiğini ve bunun tazminat talep şartlarını ağırlaştırdığını; talep sonucu zararın üç katı oranında tazminata hükmedilmesinin ise ihlalin sonucunu ağırlaştırdığını belirtmektedir. Bkz. **Sert**, s. 712.

658 Anglo-Amerikan sistemin ürünü olan cezalandırıcı tazminat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Merhacı**, Selin Özden, Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2013; **Başoğlu**, Başak, "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İKÜHFD, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 617- 637.

659 **Güleryüz**/**Zorluoğlu Yılmaz**, s. 352; **Merhacı**, s. 192; **Topuz**/**Bakar**, s. 169. Her ne kadar birebir Türkçe tercümesi cezalandırıcı tazminat olan *punitive damages* kavramının, "medeni ceza" kavramıyla eş değer kullanıldığı çalışmalar mevcutsa da bu iki kavram teknik anlamda birbirini karşılamamaktadır. Başoğlu, cezalandırıcı tazminatı "*zarara sebep olan kişinin kötü niyetinden veya başkalarının haklarını pervasızca önemsememesinden kaynaklanan ölçüsüz davranışları nedeniyle, bu kişinin sebep olduğu zararın üzerinde bir tazminat ödemesini öngören bir özel hukuk yaptırımı*"

B. Üç Kat Tazminat Sorumluluğunun Özel Koşulları

Üç kat tazminata hükmedilebilmesi için tazminat sorumluluğu doğuran hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı gibi genel koşulların yanı sıra 4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinde sayılan özel koşulların tümünün gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanunda öngörülen ve aşağıda detaylarıyla inceleyeceğimiz bu özel koşullar; (*i*) zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanması, (*ii*) zarar görenlerin talebi ile (*iii*) hakimin talebi uygun bulması şeklinde sıralanabilmektedir.

1. Zararın Tarafların Kastı veya Ağır İhmalinden Kaynaklanması

4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinin ifadesiyle üç kat tazminata hükmedilmesinin ilk özel koşulu zararın "*tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmali*" sonucu meydana gelmesidir. Madde metnindeki "*ağır ihmal*" vurgusundan kanun koyucunun zarar verenin kusurunu derecelendirmeyi amaçladığı anlaşılsa dahi "*anlaşma ya da karar*" ifadesi bu amacın temini için elverişli değildir[660]. Bu nedenle doktrinde ilgili ifade kanunun amacı doğrultusunda yorumlanarak "*kast*" şeklinde değerlendirilmektedir[661].

Zararın tarafların kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanması koşulu, üç kat tazminat sorumluluğunun kurucu unsurudur. Dolayısıyla kasten veya ağır ihmalle

---

şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. **Başoğlu**, s. 618. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere cezalandırıcı tazminat yönünden zarar elzemken medeni cezanın gündeme geldiği kurgularda zararın varlığı aranmamaktadır. Benzer bir argüman kanundan doğan cezai şart görüşüne karşı da geçerlidir. Cezai şartın gerçekleşmesi için zarar şartı aranmadığı gibi sözleşmeyle kararlaştırılan bu şartın kanundan doğması da hukuki niteliği gereği mümkün değildir. Bkz. **Kesici**, s. 289, dn. 296; **Sert**, s. 709.

660 Doktrinde 4054 sayılı Kanunun üç kat tazminatın koşullarını düzenleyen 58/2. maddesinin kötü kaleme alındığına dair bizim de katıldığımız birçok eleştiriye rastlanmaktadır. Bkz. **Aksoy**, M. Nazlı, s. 53; **Aslan**, İ, Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1149; **Cengiz**, s. 403; **İkizler**, s. 371; **İnan**, Özel Hukuk, s. 144; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 170; **Kesici**, s. 297; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256; **Sekmen**, s. 86.

661 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 226; **Cengiz**, s. 403; **İkizler**, s. 371; **Kesici**, s. 298; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256; **Sert**, s. 706; **Şahin**, Murat, s. 205; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 21; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 273. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı doktrinde yapılan bu değerlendirmeleri dikkate alarak hazırlanmış ve tasarının "*Tazminat ve Dava Hakkı*" başlıklı 31. maddesinde "*ortaya çıkan zarar, bu Kanunu ihlal eden teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin kastı veya ağır ihmalinden kaynaklanmışsa*, ..." ifadelerine yer verilmiştir.

gerçekleştirilen rekabet ihlalleri üç kat tazminat sorumluluğu doğururken hafif ihmalle işlenen ihlallerde tazminat zarar miktarını aşamamaktadır[662]. İhlalin teşebbüsler arası anlaşmalar yoluyla gerçekleştiği durumların çoğunda kasta rastlanmasına rağmen ihmalle işlenen ihlaller devreye girdiğinde kusurun türünün belirlenmesi oldukça zordur[663]. Gerçekten de rekabeti kısıtlamaktan başka bir amaç taşımayan fiyat tespiti, bölge paylaşımı gibi uygulamalara yönelik yatay anlaşmalarda kusurun ağırlığı aşikârdır[664]. Ancak etkisi itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı kabul edilen dikey anlaşmalarda kastın veya ağır ihmalin varlığı peşinen öngörülememektedir[665]. Bilhassa bu anlaşmalar bakımından hafif ihmal ihtimalinin de göz önünde bulundurulması önemlidir. Zira kartellere oranla piyasadaki rekabeti çok daha az kısıtlayan dikey anlaşmalardaki aleniyetin ağır ihmal olarak yorumlanması ve üç kat tazminata konu edilmesi riski yüksektir. Oysaki üç kat tazminatın hedefi gizli yürütülen anlaşmaların (*conspiracy*) tespitidir.

Üç kat tazminat sorumluluğunun ağırlığı karşısında mahkemeler her somut olayda kusuru özenle araştırmaya ve kusur türleri arasındaki ayrımı gözetmeye mecburdur. Bu noktada mahkemenin ilk olarak anlaşmanın türü ve içeriğini değerlendirmesi; açık kısıtlamalara rastladığı takdirde üç kat tazminatı düşünmesi isabetlidir. Ancak üç kat tazminatta tarafların kast veya ağır ihmalinin esas alınması icap ettiğinden yapılacak değerlendirmede tarafların gösterdiği özenin derecesi ve

662 **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256; **Sert**, s. 707; **Şahin**, Murat, s. 205; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 273.

663 **Kesici**, s. 298; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256; **Şahin**, Murat, s. 205. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların çoğunluğunda tacir sıfatını haiz olan tarafların kendilerine uygulanacak hukuk kuralını bilmedikleri düşünülemeyeceğinden kast unsurunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 21. Bu kadar keskin bir kabulün adil olmayacağı zira tacir olsalar dahi tarafların somut olayda hukuka aykırı sonucu öngörememe ve istememe ihtimalinin daima varolduğu yönünde bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 273, dn. 846.

664 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1147. 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde örnekleme yoluyla sayılan veya per se ihlal kabul edilen rekabet kısıtlamalarında ağır kusur şartının gerçekleştiğine dair bir karine kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **İkizler**, s. 372; **Tekinalp**, Ünal, s. 265.

665 **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1147; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 274. Böyle bir amaç taşımasa dahi piyasadaki rekabetin kısıtlanmasına neden olan bir anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin, zararlı sonucu önlemek için iradelerini yeterli derecede kullanamadıkları gerekçesiyle en azından ihmalle hareket ettiklerinden söz edilebilmektedir. Bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 756.

öngöremedikleri piyasa değişimlerinin de dikkate alınması kanaatimizce hakkaniyetin gereğidir.

2. Zarar Görenlerin Talebi

Üç kat tazminat sisteminin düzenlendiği 4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinde öngörülen bir diğer özel koşul da zarar görenlerin talebidir. Bu koşul uyarınca üç kat tazminata hükmedilebilmesi için rekabeti kısıtlayıcı anlaşma sonucu zarar görenlerin dava dilekçelerinde bu taleplerini açıkça dile getirmeleri zaruridir. Dolayısıyla üç kat tazminat yönünden kusur ve talep şartının aranmadığı ABD uygulamasının aksine Türk hukukunda hakimin re'sen üç kat tazminata hükmetmesi mümkün değildir[666]. Üç kat tazminat konusunda benimsenen bu yaklaşım ilgili talebin kimler tarafından ileri sürebileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir. Madde metninde yer verilen "*zarar görenlerin talebi üzerine...*" ifadesi kast veya ağır ihmalle işlenen bir ihlalden zarar gören herkesin üç kat tazminat talebinde bulunabileceğini düşündürmektedir. Ancak rekabet ihlalleri sonucu oluşan zararların yaygınlığı sorunu nedeniyle üç kat tazminat talebinde bulunabileceklerin sınırlanması elzemdir. İhlalin kast veya ağır ihmalle işlenmesi koşuluna da uygun olarak üç kat tazminat talep hakkı kanaatimizce ihlalden doğrudan zarar gören teşebbüs ve tüketicilere aittir[667]. Dışlayıcı ve ayrımcı uygulamalar örneğinde olduğu gibi ihlalin belirli kişi veya teşebbüslere yöneldiği hallerde bu talep hakkının sahibi ihlalin hedefindekilerden ibaret iken fiyat tespiti, arz kısıtlamaları gibi

---

666 **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 226; **Cengiz**, s. 403; **Gül**, Medeni Ceza, s. 354; **Gürzumar**, Özel Hukuk, s. 170; **İkizler**, s. 371; **Kesici**, s. 301; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 257; **Sekmen**, s. 87; **Sert**, s. 712; **Şahin**, Murat, s. 205; **Topçoğlu**, Üç Kat, s. 23; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 274.

667 Aynı yönde bkz. **Topçuoğlu**, İşbirliği, s. 308. Doktrinde RKHK'nın 58/2. maddesi uyarınca üç kat tazminat talebinde bulunabilecekler yönünden yapılan çeşitli tespitlere rastlamak mümkündür. Arı, maddede yer verilen "zarar görenler" ifadesinin maddenin ilk fıkrasıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirterek bu ifadenin kapsamına rakip teşebbüsler ve tüketicilerin girdiği sonucuna ulaşmaktadır. Bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 229. Cengiz ve Yiğit, üç kat tazminat hakkının yalnız ihlal sonucu piyasa payı daraltılan rakip teşebbüslere tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Cengiz**, s. 405; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 277. Sekmen ise bu hakkın tüketiciler hariç ihlalden zarar gören tüm teşebbüslere tanınması gerektiği kanaatindedir. Bkz. **Sekmen**, s. 90.

piyasadaki rekabetin geneline yönelik uygulamalarda ise ihlale doğrudan hedef olmasa dahi doğrudan zarar gören herkesin üç kat tazminat talep edebilmesi gerekmektedir[668].

3. Hakimin Talebi Uygun Bulması

4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinde yer verilen "*hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, ... üç katı oranında tazminata hükmedebilir*" ifadesi uyarınca üç kat tazminata hak kazanabilmek için hakimin zarar görenlerin bu yöndeki talebini uygun bulması gerekmektedir. Ancak üç kat tazminat talepleri yönünden hakime tanınan bu takdir yetkisinin sınırları doktrinde tartışmalıdır. Maddedeki "*üç katı oranında*" ibaresinden yola çıkan bir grup yazar koşulları gerçekleşse dahi hakimin üç kat tazminata hükmetme zorunluluğunun bulunmadığını, üç kata kadar olmak üzere tazminatın oranının ihlalin niteliği ve kusurun ağırlığına göre hakim tarafından takdir edileceğini savunmaktadır[669]. Bizim de katıldığımız karşı görüş ise koşulların tümünün sağlanması halinde hakimin üç kat tazminata hükmetmesi gerektiği yönündedir[670]. Cezalandırıcı tazminat niteliğindeki bu tazminat türünde hakime tanınan takdir yetkisi koşulların gerçekleştiğinin tespitiyle sınırlıdır. Zira bu durumda üç kat tazminata hükmedilmesi caydırıcılık amacının tesisi ve zarar görenlerin teşviki bakımından büyük önem taşımaktadır[671]. Kanaatimizce hükmün mevcut lafzı da hakimin takdir yetkisini

---

668 Topçuoğlu, üç kat tazminat sorumluluğunun doğumu için ihlalin kast veya ağır ihmalle işlenmiş olması gerektiğine dikkat çekerek doğrudan belirli bir kişi veya teşebbüse yönelen ihlaller ile ilgili piyasadaki rekabeti bertaraf etmeye yönelik ihlaller arasında ikili bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrım doğrultusunda üç kat tazminat talep hakkının, ilk grup açısından ihlalin doğrudan muhataplarına; ikinci grup açısından ise ihlale doğrudan muhatap olmayan ancak doğrudan zarar gören kişi ve teşebbüslere tanınması gerektiği savunulmaktadır. Böyle bir durumda zarar veren teşebbüslerin, ihlalin doğrudan muhatabı olmayan teşebbüslere karşı kastla hareket etmedikleri iddiasında da bulunamayacakları kabul edilmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 42. Aynı yönde bkz. **Atila**, s. 98.

669 Doktrinde çoğunluğu oluşturan bu görüşün temsilcilerinden bazıları için bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 228; **Aşçıoğlu Öz**, Hakim Durum, s. 184; **Atila**, s. 98; **Cengiz**, s. 404; **İkizler**, s. 373; **İnan/Piker**, s. 106; **Kesici**, s. 305; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 257; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 277.

670 **Akipek Öcal/Kırkbeşoğlu/Topbaş**, s. 96; **Aksoy**, M. Nazlı, s. 54; **Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, s. 1148; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 763; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 24; **Topuz/Bakar**, s. 175.

671 **Demirci**, s. 53; **Şahin**, Murat, s. 208; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 24. Üç kat tazminatın cezalandırma ve caydırma amaçlarının hakimin takdir yetkisi kullanmasına engel teşkil etmeyeceği yönünde bkz. **İkizler**, s. 373; **Kesici**, s. 305; Sanlı, Haksız Fiil, s. 257; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 277.

sınırlandıran üç kat tazminat görüşünün tatbikine daha elverişlidir[672]. Bununla birlikte konuya ilişkin sınırlı sayıdaki ilk derece mahkemesi kararında üç kata kadar tazminat görüşünün uygulandığını ve 2014 tarihli Tasarı metninde 58/2. maddenin "... *üç katına kadar tazminata hükmedilebilir*" şeklinde değiştirilmesinin planlandığını da belirtmek gerekir[673].

C. Üç Kat Tazminat Taleplerine Esas Alınacak Zararlar

Rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma kast veya ağır ihmalle gerçekleştirilse dahi zarara yol açmadığı takdirde üç kat tazminat sorumluluğu gündeme gelmemektedir. Ancak bu sorumluluğun ağırlığı gereği meydana gelen her tür zararın üç kat tazminat talebine esas alınması mümkün değildir. Nitekim kanun koyucunun da genel tazminat talepleri için kullandığı "*her tür zarar*" ifadesini terk ederek üç kat tazminat taleplerine esas alınacak zararları; zarar görenlerin uğradıkları "*maddi zarar*" ve "*zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlar*" şeklinde belirlediği görülmektedir.

4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesindeki düzenlemenin üç kat tazminat talebinde bulunanlara ihlal sonucu uğradıkları zararın ispatı için iki seçenek sunduğunu söylemek mümkündür[674]. İlgili düzenleme uyarınca davacılar uğranılan maddi zararı ispat ederek üç kat tazminatın bu miktar üzerinden hesaplanmasını talep edebilecekleri

---

672 Şahin'e göre madde metninde değişiklik yapılmadığı sürece tazminatın, üç kat tazminat şeklinde uygulanması gerekmektedir. Bkz. **Şahin**, Murat, s. 208. Topuz/Bakar, aksi bir kabul için madde metninde FSEK'in 68/1. maddesinde olduğu gibi "*en çok üç kat fazlası*" ifadesinin tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Topuz**/**Bakar**, s. 175. İkizler ise "üç katı oranında" ifadesinin her iki görüş yönünden de sağlam bir daynak oluşturabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **İkizler**, 372.

673 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 31. Maddesiyle yapılması planlanan bu değişikliğin isabetli olmadığı yönündeki eleştirileri için bkz. **Şahin**, Murat, s. 208. Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşünü ortaya koyduğu bir kararı henüz bulunmasa dahi ilk derece mahkemelerinin zararın bir katı oranında tazminata hükmettiği kararlara rastlamak mümkündür. Bkz. Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 08.09.2003 tarih, 2003/876 E. 2003/803 K. sayılı kararı; İstanbul 12. Tüketici Mahkemesi, 09.05.2017 tarih, 2016/152 E. 2017/172 K. sayılı kararı; **Demirci**, s. 140; **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 771; **Kesici**, s. 306, dn. 366.

674 **Arı**, Zekeriyya,"Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Rekabet Forumu Dergisi, S. 26, Eylül 2006, s. 9 - 10, s. 10; **Badur**, Anlaşmalar, s. 163; **Kesici**, s. 302; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 34.

gibi yapılan hesaplamada zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârların miktarının esas alınmasını da isteyebilmektedir. Davacının ikinci seçeneği tercih etmesi halinde ihlal neticesinde elde edilen veya elde edilmesi muhtemel kârların miktarını ispat yükü davalı konumundaki zarar veren teşebbüse aittir[675]. Bu nedenle genellikle davacının uğradığı maddi zararı tam olarak ispat edemediği ya da bu zararın diğer seçeneğe oranla düşük olduğu olaylarda tazminatın, zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlar esas alınarak hesaplanması talep edilmektedir[676]. Zira zarar verenlerin kâr elde etmedikleri savunması sorumluluğa engel teşkil etmez iken bir miktar kâr elde edildiği ve devamında elde edilmesi kuvvetle muhtemel kârların bulunduğu kurgularda her iki kârın toplamının üç katı oranında tazminata dahi hükmedilebilmektedir[677].

Doktrindeki bazı yazarlar tüketicilerin, zarar verenlerin elde ettiği veya etmesi muhtemel kârları talep edemeyeceği görüşündedir. Bu görüşe göre ilgili talep hakkının amacı ihlalci teşebbüslerin rakiplerin piyasa payı üzerinden faaliyet göstermek suretiyle haksız kâr elde etmesinin önlenmesi olup üzerinden kâr elde ettikleri bir piyasa payı bulunmayan tüketicilerin böyle bir talep hakkı yoktur[678]. Kanaatimizce piyasada payları bulunmasa da ihlal sonucu fazladan bedel ödeyen tüketicilerin elde edilen kâra katkısı olduğu açıktır. Dolayısıyla tüketicilerin haklarını peşinen sınırlamak yerine tazminatın hesabında esas alınacak zararın somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi daha doğrudur. Nitekim bu yönde bir yaklaşım üç kat tazminat sisteminin caydırıcılık ve dava açılmasının teşviki amaçlarına da uygundur.

4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesiyle davacılara tanınan zarar verenlerin elde ettiği veya etmesi muhtemel kârları talep hakkını gerçek olmayan vekâletsiz iş görme

675 **Gül**, Medeni Ceza, s. 353; **Kesici**, s. 303; **Şahin**, Murat, s. ; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 37.
676 **Kesici**, s. 303; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 257; **Şahin**, Murat, s. 206; **Topçuoğlu**, Üç Kat, s. 34.
677 **Arı**, Zekeriyya, Üç Kat, s. 10; **Cengiz**, s. 404; **Gül**, Medeni Ceza, s. 355; **Sekmen**, s. 89.
678 **Cengiz**, s. 405; **Sekmen**, s. 90; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 278. Kesici ise üç kat tazminatın caydırıcılık ve tazminat davalarını teşvik amaçlarını ön planda tutarak bu görüşe katılmamakla birlikte gerçek olmayan vekâletsiz iş görme temeline dayandırdığı ilgili talep hakkı yönünden tüketicilerin iş sahibi konumunda olmadığına da ayrıca dikkat çekmektedir. Bkz. **Kesici**, s. 310.

temelinde değerlendiren kimi yazarlar, hafif ihmalle işlenen ihlalerde TBK'nın 530. maddesine dayanılarak zarar verenin elde ettiği kârlarıntalep edilebilmesi gerektiğini savunmaktadır[679]. Ancak kanaatimizce bu görüşün desteklenmesi zordur. Her şeyden önce TBK'nın 530. maddesinin uygulanabilmesi için vekâletsiz iş görenin kötü niyetli olması gerektiğine dair yaygın kanaate aykırı olan bu görüş, 4054 sayılı Kanunun üç kat tazminat talepleri yönünden hafif ihmali dışlayan bilinçli düzenlemesiyle de bağdaşmamaktadır[680]. Daha açık bir ifadeyle ihlalin kast veya ağır ihmalle işlenmesi koşuluna bağlanan üç kat tazminat sorumluluğuna has bu talep hakkının, hafif ihmalle işlenen ihlallerde tanınması kanaatimizce mümkün değildir.

4054 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasına dair 2014 tarihli tasarının 31. maddesi "*... uğranılan maddi zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilir*" ifadesine yer vererek üç kat tazminatın hesaplanmasında zarar verenlerin elde ettiği veya etmesi muhtemel kârların esas alınması imkanını ortadan kaldırmaktadır. Yapılması planlanan bu değişiklik ilk etapta davacıların aleyhine görünmesine rağmen mevcut hükmü ABD'deki aslına yaklaştırdığı ve tazminatın hesaplanması sırasında

679 TBK'nın 530. maddesinde düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi kabaca "*işgörenin bir işi yetkisiz ya da iş sahibinin yasaklamasına aykırı olarak kendisinin veya üçüncü kişinin menfaatine görmesi*" şeklinde tanımlamak mümkündür. Bkz. **Baş Süzel**, Ece, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2015, s. 7. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin yaptırımı iş görenin elde ettiği menfaatleri devretmesidir. Bkz. **Arkan Akbıyık**, Azra, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999, s. 47; **Baş Süzel**, s. 78; **Ercoşkun Şenol**, H. Kübra, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmenin Sistematik Açıdan Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, Y. 2018, S. 4, s. 37 - 65, s. 45. Bu yaptırımdan hareketle zarar verenin elde ettiği veya etmesi muhtemel kârları zarar verene tazminat olarak ödemesini öngören RKHK'nın 58/2. maddesinin temeli gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayandırılmaktadır. Bkz. **Cengiz**, s. 407; **Kesici**, s. 319; **Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu, s. 278. RKHK'nın 58/2. maddesinin elde edilmesi muhtemel kârları da tazminat kapsamına alması nedeniyle TBK'nın 530. maddesinden ayrıldığı yönünde bkz. **Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık, s. 226.

680 Doktrinde iş görenin kötü niyetinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre gerçek olmayan vekaletsiz iş görme sonucu elde edilen menfaatlerin TBK m. 530 uyarınca devri için iş görenin kast veya ağır ihmal seviyesinde kusuru gerekmektedir. Bkz. **Arkan Akbıyık**, s. 42; **Baş Süzel**, s. 321. 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 69. maddesinde kötüniyetin gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin kurucu unsurlarından biri olduğu açıkça düzenlenmektedir. Bkz. **Ercoşkun Şenol**, 41. İyi niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görnede TBK m. 530'un uygulanamayacağı ancak iş görenin iş sahibinin malvarlığında yarattığı artışı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebileceği yönünde bkz. **Aksoy**, Hüseyin Can, "Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?", Ankara Barosu Dergisi, Y. 75, S. 1, 2017, s. 93 - 121, s. 110.

yaşanması olası karışıklıkları en aza indirgemeyi amaçladığı düşünülerek isabetli bulunmaktadır[681].

[681] İlgili değişikliğe dair değerlendirmeleri için bkz. **Kesici**, s. 296; **Şahin**, Murat, s. 206, dn. 611.

SONUÇ

Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu sadece ihlalden zarar görenlerin zararlarının telafisine hizmet etmemekte; teşebbüsler üzerinde idari para cezalarına ek bir maddi külfet oluşturarak caydırıcı bir etki de göstermektedir. Bilhassa rekabet otoritelerinin müdahalede yetersiz kaldığı ihlaller açısından tazminat yaptırımının bukatkısı oldukça değerlidir. Bu açıdan değerlendirildiğinde çoğu gizli yapılan ve rekabet otoritelerinin çabasına rağmen varolmaya devam eden rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tespiti ile caydırılmasında tazminat yaptırımı kritik önemi haizdir.

"*Hukuken bağlayıcı olmasa dahi en az iki teşebbüsün kendilerini bağlı hissettikleri türde bir uzlaşma sağlamasıyla kurulan ve barındırdığı rekabeti kısıtlayıcı etki veya amaç nedeniyle yasaklanarak yaptırıma tabi kılınmış bir ilişki biçimi*" olarak tanımladığımız teşebbüsler arası anlaşmaların tazminat sorumluluğuna konu edilmesi için her şeyden önce ilgili piyasadaki rekabeti kısıtlaması gereklidir. Ancak teşebbüsler arası anlaşmaların sergilediği karmaşık yapı karşısında rekabeti kısıtlama kavramının sınırlarının çizilmesi ve dolayısıyla bu anlaşmaların ne zaman hukuka aykırı kabul edileceğinin tespit edilmesi oldukça zordur. Her ne kadar tartışmalı da olsa bu zorluğu aşabilmek adına ABD'de geliştirilen *Per Se* ve *Rule of Reason* doktrinleri ile AB'deki *De Minimis* kuralından hukukumuzda da yararlanılması kanaatimizce mümkündür. Teşebbüsler arası anlaşmaların hukuka aykırılığının tespitinde kullanılan *Rule of Reason* doktrini ve *De Minimis* kuralının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi ise isabetli değildir. Diğer bir ifadeyle teşebbüsler arası bir anlaşma *Rule of Reason* doktrini veya *De Minimis* kuralı kapsamında değerlendirilerek rekabet otoriteleri tarafından soruşturma konusu yapılmasa dahi bu anlaşmadan zarar görenlerin uğradıkları zararların tazminini talep hakkının saklı tutulması gerekmektedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer sorun da ilgili anlaşma hakkında Kurul'un verdiği menfi tespit kararın tazminat davasına bakan mahkemeler için bağlayıcı olup olmadığıdır. RKHK'nın menfi

tespite ilişkin 8. maddesinin lafzında yapılan kararın her an geri alınabileceği vurgusu ve kullanılan "*cezai müeyyide*" ibaresi; teşebbüslere menfi tespit kararı ile sağlanan korumanın kararın geri alınacağı süre ve cezai yaptırımlarla sınırlı olduğunu düşündürmektedir. Dolayısıyla kanaatimiz cezai yaptırımları uygulamaya tek yetkili olan Kurul açısından bağlayıcı olan menfi tespit kararının tazminat davasına bakan mahkemeyi bağlamayacağı yönündedir. Rekabet hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklarda hukuka aykırılık denetiminin adli mahkemeler tarafından yapılabilmesi özel hukuk yaptırımlarının etkin hale getirilmesi açısından bir hayli önemlidir. Bu nedenle Kurul'un vereceği menfi tespit kararlarının bilhassa tazminat yaptırımını engellemeyeceğine dair bir ibarenin ilgili maddeye eklenmesi tarafımızdan önerilmektedir.

Hukuka aykırı fiil niteliğindeki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tazminat sorumluluğu doğurması için rakipler ve/veya üçüncü kişiler nezdinde bir zararın meydana gelmesi gerektiğine şüphe yoktur. Nitekim 4054 sayılı Kanunun "*Tazminat Hakkı*" başlıklı 57. maddesinde de hukuka aykırı bir teşebbüsler arası anlaşmayla rekabeti kısıtlayanların, bu anlaşmadan zarar görenlerin "*her türlü*" zararını karşılamaya mecbur olduğu belirtilmektedir. Ancak maddenin lafzından yola çıkarak meydana gelen her türlü zararın tazmin edilebilir olduğunu düşünmek gerçekçi değildir. Bu nedenle uygun illiyet bağı ve normun koruma amacı teorilerinden yararlanmak suretiyle zararın kapsamının belirlenmesi elzemdir. Bu teoriler ışığında yapılan değerlendirme sonucu rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğması muhtemel, tazmin edilebilir nitelikteki zararlar; başta fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere doğrudan ve dolaylı zararlar ile doğrudan doğruya uğranılan zarar şeklinde sıralanabilmektedir. Bununla birlikte zarar görenin zarar verenle sözleşmesel bir ilişki içerisinde bulunması nedeniyle haksız fiil sorumluluğu ve sözleşme sorumluluğun yarıştığına inanılan durumlarda sözleşmeyi akdetmek zorunda bırakılan görece zayıf konumdaki teşebbüslerin menfi zararlarının tazminini talep hakkı da kanaatimizce saklıdır.

Tazminat davaları bakımından yapılacak değerlendirmede 4054 sayılı Kanunun kamusal yanı ağır basan amacıyla yetinilmeyerek özel hukuk sonuçlarının düzenlendiği 57. madde ve devamı hükümlerinin ayrıca dikkate alınması gerekmektedir. Aksi bir yaklaşım tazminat hakkı tanınların kapsamını gereğinden fazla sınırlayarak özel hukuk yaptırımlarını etkisiz hale getirebilmektedir. 57. maddenin, teşebbüs niteliğine bakılmaksızın rekabetin kısıtlanması sonucu zarara uğrayan gerçek veya tüzel kişilerin zararlarının giderimini talep edebileceğini ifade eden gerekçesi de tazminat talebinde bulunabilecekler yönünden normun koruma amacının geniş yorumlanması gereğini destekler niteliktedir. Bu gerekçeden hareketle yalnız rakip teşebbüslerin değil; piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren sağlayıcılar, dağıtıcılar, perakendeciler ve hatta potansiyel rakipler ile tüketicilerin de de normun koruma amacı kapsamında olduğunun kabulü kanaatimizce uygundur. Bununla birlikte ticari ilişkilerin çok yönlü yapısının rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalardan doğan zararların yayılmasına yol açması, barındırdığı sayısız davacı yaratma potansiyeli nedeniyle tazminat talepleri yönünden önemli bir sorundur. Bu nedenle dolaylı alıcı kuralı ve aktarma savunması ile şemsiye etkisi kaynaklı zararların tazmin edilebilirliği sorunu son yıllarda ABD ve AB rekabet hukukunda gündemi sıklıkla meşgul etmektedir. Türk rekabet hukuku mevzuatında aktarma savunması ve dolaylı alıcı kuralını konu alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Haksız fiil sorumluluğunun genel esasları uyarınca yapılan değerlendirmeler aktarma savunması ile dolaylı alıcı kuralını Türk rekabet hukukunda uygulamanın mümkün olduğunu göstermesine rağmen kanaatimizce en uygun yaklaşım dolaylı alıcı kuralına izin verilirken aktarma savunmasının prensipte reddedilmesidir. Ancak rekabeti kısıtlayanların sorumluluğunu ağırlaştırmamak adına aktarma savunmasının istisnai hallerde kabul edilmesi ve zarar görenlerin tazminat taleplerinin birleştirilmesi yönünde ek tedbirler alınması isabetlidir. Dolayısıyla kanun koyucunun 4054 sayılı Kanunda yapılacak değişiklikte aktarma savunması ile dolaylı alıcı kuralı tercihini hüküm altına

almakla yetinmemesi; bu tercihe uygun ispat ve hesaplama yöntemi gibi değişiklikleri de eş zamanlı olarak hayata geçirmesi beklenmektedir.

4054 sayılı Kanunda kusursuz sorumluluğun benimsendiğine dair açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden tazminat sorumluluğun kusur sorumluluğu esasına dayandığının kabul edilmesi gereklidir. Bu nedenle kusur, rekabet hukukunun ihlalinden doğan tazminat sorumluluğunun asli unsuru görünümündedir. İhlalin kast veya ağır ihmalle işlenmesi halinde ise 4054 sayılı Kanunun 58/2. maddesinde düzenlenen ve kaynağını ABD rekabet hukukundan aldığı düşünülen "üç kat tazminat" tazminat hakkı gündeme gelmektedir. Ancak ilk derece mahkemesi kararlarında madde metnindeki "*üç katı oranında*" ibaresinin en fazla üç kata kadar tazminat olarak uygulandığı ve 2014 tarihli Tasarıda 58/2. maddenin "*... üç katına kadar tazminata hükmedilebilir*" şeklinde değiştirilmesinin planlandığı görülmektedir. Kanaatimizce gerek mevcut uygulama gerekse yapılması planlanan değişiklik isabetli değildir. Cezalandırıcı tazminat niteliğindeki bu tazminat türünde hakime tanınan takdir yetkisi koşulların gerçekleştiğinin tespitiyle sınırlı olup üç kat tazminata hükmedilmesi caydırıcılık amacının tesisi ve zarar görenlerin teşviki bakımından önemlidir. Zira yapılan araştırmalar kartellerin yakalanma oranının üçte bir olduğunu göstermekte ve caydırıcılığın sağlanması adına ödenecek tazminat miktarının en az üç kat olması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Üç kat tazminat sorumluluğunun ağırlığı gereği meydana gelen her tür zararın bu talebe esas alınması mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu da genel tazminat talepleri için kullandığı "*her tür zarar*" ifadesini terk ederek üç kat tazminat taleplerine esas alınacak zararları; zarar görenlerin uğradıkları "*maddi zarar*" ve "*zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlar*" şeklinde belirlemektedir. Uygulamada genellikle davacının uğradığı maddi zararı tam olarak ispat edemediği ya da bu zararın diğer seçeneğe oranla düşük olduğu olaylarda tazminatın, zarar verenin

elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârlar esas alınarak hesaplanması talep edilmektedir. Piyasada payları bulunmasa da ihlal sonucu fazladan ödedikleri bedelle elde edilen kâra katkı sundukları için kanaatimizce tüketicilerin de zarar verenin elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kârları talep hakkı mevcuttur.

4054 sayılı Kanunda değişiklik yapılmasına dair 2014 tarihli tasarıda üç kat tazminatın hesaplanmasında zarar verenlerin elde ettiği veya etmesi muhtemel kârların esas alınması imkanının ortadan kaldırılması planlanmaktadır. Yapılması planlanan bu değişiklik ilk etapta davacıların aleyhine görünmesine rağmen mevcut hükmü ABD'deki aslına yaklaştırdığı ve tazminatın hesaplanması sırasında yaşanması olası karışıklıkları en aza indirgemeyi amaçladığı için tarafımızdan isabetli bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız: "Normun Koruma Amacı Teorisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, Ankara 2010, s. 345 - 448.

Adıyaman, Hasan: Rekabet Hukukunda Fiyat Parite Anlaşmaları: En Çok Kayırılan Ülke/Müşteri Koşulu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 328, Ankara 2017.

Akıncı, Ateş: "Rekabetin Yatay Kısıtlanması", Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001.

Akipek Öcal, Şebnem/**Kırkbeşoğlu**, Nagehan/**Tokbaş**, Hakan: Sorularla 12 Bankaya Karşı Üç Kat Tazminat (Kartel Tazminatı) Davası Rehberi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

Akman, Pınar: "A Competition Law Assessment of Platform Most Favored Customer Clauses", Journal of Competition Law & Economics, Vol. 12, Issue 4, 2016, pp. 781 - 833.

Aksoy, Hüseyin Can: "Vekaletsiz İş Görende İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?", Ankara Barosu Dergisi, Y. 75, S. 1, 2017, s. 93 - 121.

Aksoy, M. Nazlı: Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 52, Ankara 2004.

Aksoy, Nazlı/ **Bolatoğlu**, Hilmi/ **Yavuz**, Şahin: "Rekabet Hukukunda Muafiyet ve Birleşme/Devralma Kararlarının Şarta Bağlanması", Rekabet Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2016, S. 25, s. 4 - 29.

Altun, Mücteba: Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 129, Ankara 2012.

Aral, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınevi, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012.

Ardıyok, Şahin/**Ilıcak**, Ali: "Yakın Dönem Rekabet Kurulu Kararlarının Ampirik Analizi: İdarenin Tazminat Davalarına Katkı Düzeyi", Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, İstanbul 2013.

Ardıyok, Şahin: "En Çok Kayrılan Müşteri Koşulu ve Türk Rekabet Hukuku: Yemek Sepeti, Booking.com Kararları ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz", Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı - Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Kılavuz, İnternet Satışları, MFC Şartları ve Diğer Gelişmeler, Editör: Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 163 - 180.

Arı, M. Haluk: "Yeniden Satış Fiyatının Tespiti: Üç Dönemin Hikayesi ve Çıkarımlar", Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmaların Son 10 Yılı - Dikey Anlaşmalara İlişkin Yeni Kılavuz, İnternet Satışları, MFC Şartları ve Diğer Gelişmeler, Editör: Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 181 - 224.

Arı, Zekeriyya: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Sonuçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004 (**Arı**, Zekeriyya, Danışıklılık).

Arı, Zekeriyya: "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Rekabet Forumu Dergisi, S. 26, Eylül 2006, s. 9 - 10 (**Arı**, Zekeriyya, Üç Kat).

Arkan Akbıyık, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Alfa Yayınevi, İstanbul 1999.

Aslan, Ece Fatma: "Geleceğe Yönelik Bilgi Paylaşımının Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Rekabet Kurumunun Bilgi Paylaşımı Konusuna Yaklaşımı", Rekabet Dergisi, C. 13 (3), 2012, s. 3 - 78.

Aslan, İ. Yılmaz: "Rekabet Kurulu'nun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler", Rekabet Dergisi, C.I, S. 2, 2000, s. 3 - 39.

Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Teori ve Uygulama, Ekin Yayınevi, Nisan 2004 (**Aslan**, İ. Yılmaz, Dikey Anlaşmalar).

Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Teori - Uygulama - Mevzuat, Ekin Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Bursa 2017 (**Aslan**, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku).

Aşçıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 4, Ankara 2000 (**Aşçıoğlu Öz**, Hakim Durum).

Aşçıoğlu Öz, Gamze: "Rekabet Hukukunda Dikey Anlaşmalar", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar - 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2009, s. 1 - 20 (**Aşçıoğlu Öz**, Dikey Anlaşmalar).

Ata, Çağlar Deniz: Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara Olumlu Yaklaşım: Rule of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 109, Ankara 2010.

Atamer, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.

Ateş, Mustafa: "Rekabet Hukukundaki 'Anlaşma' ve Borçlar Hukukundaki 'Sözleşme' Kavramları Üzerine", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 15, Y. 15, S. 2014/1, s. 83 - 92 (**Ateş**, Anlaşma).

Ateş, Mustafa: "Rekabetin Danışıklı Ayrımcı Uygulamalarla İhlali: RKHK Madde 4/2(e) Hükmü Üzerine Notlar", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 16, Y. 15, S. 2014/2, s. 17 - 25 (**Ateş**, Ayrımcı Uygulamalar).

Atila, Metin Hakan: "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2009.

Badur, Emel: Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2001 (**Badur**, Anlaşmalar).

Badur, Emel: "Rekabet Hukukunda Fiyat Sınırlamaları", Rekabet Dergisi, S. 7, Temmuz - Ağustos - Eylül 2001, s. 28 - 81 (**Badur**, Fiyat Sınırlamaları).

Barlas, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 1998.

Baş, Kadir: "Türk Hukukunda Rekabet İhlallerine İlişkin Tazminat Davalarında Passing-On Savunması ve Dolaylı Alıcı Kuralının Uygulanması: ABD ve AB Uygulamaları Işığında Değerlendirme ve Öneriler", Rekabet Dergisi, C. 12, S. 4, 2011, s. 3 - 74.

Baş Süzel, Ece: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2015.

Başoğlu, Başak: "Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages) Yaptırımı ve Bu Yaptırımın Türk Hukukuna Etkilerinin Değerlendirilmesi", İKÜHFD, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 617 - 637.

Bostoen, Friso: "Most Favoured Nation Clauses: Towards an Assessment Framework under EU Competition Law", European Competition and Regulatory Law Review (CoRe), Vol. 1, Issue 3, 2017, pp. 223 - 236.

Bueren, Eckart/ Smuda, Florian: "Suppliers to a Sellers' Cartel and the Boundaries of the Right to Damages in U.S. versus EU Competition Law", European Journal of Law and Economics, V. 45, I. 3, pp. 397 - 437, June 2018.

Bülbül, Aslı: "Rekabet Hukukunda Tazminat Taleplerinin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri: ABD, AB ve Türk Hukukları Üzerine Mukayeseli

Çalışma", Ortadoğu Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Çalışmaları Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

Büyükeroğlu, Gözde: "Dikey Kısıtlamalar", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mart 2006.

Büyüksağiş, Erdem/**Koyuncu**, Tuğçe: "Rekabet İhlallerinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına İlişkin AB Yönergesi'nde Yer Alan Aktarma (Passing-On) Savunması ve Toplu Dava Hakkı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 22, S. 1, Ankara 2016, s. 153 - 198.

Can, Ozan: "4054 Sayılı Rekabet Kanunu'na Göre Rekabeti Sınırlandıran Anlaşmalar ve Uygulamada Sıkça Rastlanan Anlaşma Örnekleri", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004.

Canbolat, İrfan Uraz: "Rekabet Hukuku Açısından Anlaşma ve Uyumlu Eylem Ayrımı ve Hukuki Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Cengiz, Dilek: Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem ve Bu Eylemin Hukuki Sonuçları, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.

Coşkun, Sevda Yaşar: "Rekabet Hukukunda Üç Katı Tazminat Davası: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Journal of Current Researches on Social Sciences, C. 7, S. 1, 2017, s. 149 - 172.

Çetinkaya, Murat: İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 0086, Ankara 2003.

Deniz, Seda/**Polat**, Belit/**Yılmaz**, Başak: "Rekabet Hukukundan Doğan Tazminat Davalarına Genel Bir Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 3, 2012, s. 165 - 180.

Demir Gökyayla, Cemile: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2013.

Demirci, Metin: "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği", Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Demircioğlu, H. Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Doğan, Cihan: "Rekabet Hukuku İhlalinden Doğan Sorumluluğun Hukuki Temeli ve Buna Bağlı Sorunlara İlişkin Kısa Bir Değerlendirme", BATİDER, C. 33, S. 4, Aralık 2017, s. 271-313.

DörttepeAtila, Özge: "Türk Rekabet Hukukunda Bireysel Muafiyet", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2004.

Eğerci, Ahmet: Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2005.

Ekdi, Barış: "Rekabet Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması", Rekabet Dergisi, S. 10, Nisan - Mayıs - Haziran 2002, s. 3 - 28.

Ekdi, Barış: "Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2004, s. 97 - 133 (**Ekdi**, Dikey Anlaşma).

Ercoşkun Şenol, H. Kübra: "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Sistematik Açıdan Borçlar Kanunundaki Yeri ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, Y. 2018, S. 4, s. 37 - 65.

Erdem, H. Ercüment: " Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara 2004, s. 115 - 156.

Erdem, Mete: "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Sistemleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 12, S. 1-2, 1992, s. 11 - 40.

Eren, Fikret: "Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461-491 (**Eren**, Normun Koruma Amacı).

Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 316, Ankara 1975.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015 (**Eren**, Genel Hükümler).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2017 (**Eren**, Özel Hükümler).

Ersoy, Bahar: Rekabet Hukukunda Devam Eden Tek Bir İhlal Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 314, Ankara 2015.

Ersoy, Çiçek: "Avrupa Topluluğu Rekabet Usul Hukuku Reformu (Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük)", Rekabet Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2003, S. 16, s. 3 - 41.

Genç, Yasemin: Türk Hukukunda Distribütörlük Sözleşmeleri, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2001, s. 147 - 181.

Gonzalez-Diaz, Francisco Enrique/ **Bennett**, Matthew: "The Law and Economics of Most-Favoured Nation Clauses", Competition Law & Policy Debate, Vol. 1, Issue 3, August 2015, pp. 26 - 42.

Gül, İbrahim: "Rekabet Kurulu'nun Muafiyet Kararının Adli Mahkemelerin Kararına Etkileri", Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara 1999, s. 26 - 30(**Gül**, Muafiyet).

Gül, İbrahim: ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Yetkin Yayınları, Ankara 2015 (**Gül**, Medeni Ceza).

Güleryüz, Tarık M./ **Zorluoğlu Yılmaz**, Ayça: "Bir Anglo-Amerikan Hukuku Müessesesi Olarak Cezalandırıcı Tazminatın (Punitive Damages) Bazı Türk Hukuku Müesseseleri ile Mukayesesi", TBB Dergisi, Yıl: 31, S. 141, 2019, s. 325 - 362.

Günay, Cevdet İlhan: Rekabet Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Şubat 2014.

Gündüz, Hale/**Bozkuş**, Sinan: "Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Hesaplanması: AB Uygulaması Bağlamında Genel Yaklaşımlar/ Quantification of Antitrust Damages: General Approaches in The Light of EU Experience", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 2012, s. 51 - 102.

Gündüz, Harun/**Koyuncu**, Tuğçe: "ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarının Önündeki Usuli Engeller", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 12, S. 3, 2011, s. 85 - 178.

Güner, Cemil: "Rekabet Hukukunda Yasak İlkesinden Muafiyet", TBB Dergisi, S. 71, 2007, s. 146 - 173.

Gürkaynak, Gönenç/ **Güner**, Ayşe/ **Özkanlı**, Ceren: "Yeniden Satış Fiyatının Tespiti İncelemesinde 'Per Se' ve 'Rule of Reason' Yaklaşımı", Rekabet Forumu, S. 70, Ocak 2013, s. 4 - 11.

Gürkaynak, Gönenç/ **Yaşar**, Ayşe Gizem: "Rekabeti Kısıtlayıcı Amaç'ı Yeniden Değerlendirmek: 'Groupement Des Cartes Bancaires v. Commission' Kararı Işığında Yeni Bir Gün", Rekabet Dergisi, C. 16, S. 1, 2015, s. 41 - 103.

Gönenç, Gürkaynak/**Güner**, Ayşe/**Diniz**, Sinan/**Filson**, Janelle: "Most Favored Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for Guideline", European Journal of Law and Economics, Vol. 42(1), August 2016, pp. 129 - 155.

Gürkaynak, Gönenç/ **Yardım**, Görkem/ **Korkmaz**, Gülce: "The Concept of Causal Link within the scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision", The Academic Gift Book of ELIG, Attorneys-at-Law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey, s. 1 - 29.

Gürzumar, Osman Berat: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi", Rekabet Dergisi, S. 12, Ekim - Kasım - Aralık 2002, s. 3 - 76 (**Gürzumar**, Geçersizlik).

Gürzumar, Osman Berat: "Özel Hukuk Açısından 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak Sempozyum, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2006 (**Gürzumar**, Özel Hukuk).

Güven, Pelin: Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2008 (**Güven**, Rekabet Hukuku).

Güven, Pelin: "Rekabet Hukukuna Dayalı Tazminat Davalarının Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - V, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2007, s. 211 - 259 (**Güven**, Mahkeme Kararları).

Güzel, Oğuzkan: Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

Hildebrand, Doris: The Role Economic Analysis in the EC Competition Rules, Third Edition, Kluwer Law International, International Competition Law Series, 2009.

Hofmann, Christian: "Vertical Price Fixing in Europe and the U.S. - The Way to a Uniform Approach for Both Markets", European Business LAw Review, Vol. 24, Issue 6, 2013, pp. 699 - 730.

Ioannidou, Maria/ **Nowag**, Julian: "Can two wrongs make a right? Reconsidering minimum resale price maintenance in the light of Allianz Hungária", European Competition Journal, Vol. 11, Nos. 2 - 3, 2015, pp. 340 - 366.

Ilıcak, Ali: "ABD ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Dikey Anlaşmaların İktisadi Analizi", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar - 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2009, s. 41 - 74.

İkizler, Metin: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

İnan, Nurkut: "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", BATİDER, C. XVII, S. 2, Aralık 1993, s. 55 - 77 (**İnan**, Tek Satıcılık).

İnan, Nurkut: "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 3 - 29 (**İnan**, Diğer Disiplinler).

İnan, Nurkut: "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adliye Mahkemelerinin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara Barosu Yayınları Konferanslar Dizisi: 03, s. 590 - 618 (**İnan**, Adliye Mahkemeleri).

İnan, Nurkut: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirisel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - II, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2004, s. 43 - 66 (**İnan**, Özel Hukuk).

İnan, Nurkut/**Piker**, Mehmet B.: Rekabet Hukuku El Kitabı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007.

İnan, Nurkut/ **Öz**, Gamze: "Rekabet Kurumuyla 'Uzlaşabilmek!': Rekabet Kurulu RKHK'nun 4. Maddesine Yeni Bir Kavram mı Ekliyor!: Uzlaşma??", BATİDER, C. 29, No. 4, 2013, s. 115 - 140.

İşgüzar, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1989.

Jones, Alison/ **Sufrin**, Brenda: EU Competition Law - Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 5th Edition, 2014.

Karakılıç, Hasan: Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, On İki Levha Yayıncılık, Mayıs 2013.

Kayar, Mehmet Akif: Rekabet Hukuku Uygulamalarında Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003.

Kayıhan, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Kekevi, H. Gökşin: Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2003 (**Kekevi**, Kolaylaştırıcı Eylemler).

Kekevi, H. Gökşin: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Kartellerle Mücadele, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2008 (**Kekevi**, Kartellerle Mücadele).

Kesici, Buğra: Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, 2017.

Koç, Ali Fuat: AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara 2005.

Kortunay, Ayhan: "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Rekabet

Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - VI, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2008, s. 89 - 117 (**Kortunay**, Reform).

Kortunay, Ayhan: "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından 'De Lege Ferenda' Düşünceler", Rekabet Dergisi, C. 10, S. 1, 2009, s. 81 - 138 (**Kortunay**, De Lege Ferenda).

Koyuncu, Tuğçe: "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu: Ses Çözümleri ve Makaleleri - Tüketici Hukuku Açıklamaları, Editörler: Fehim Üçışık/ Hakan Tokbaş, s. 629 - 641, 2013.

Kuntalp, Erden/ **Özdemir**, Ali Murat/ **Arıkel**, Sülün: "Rekabet Hukukunda Temel Yaklaşımlar: Chicago ve Harvard Okullarının Rekabet Kanunu Açısından Karşılaştırılması", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2000, s. 31 - 53.

Küçükkayhan Aşcıoğlu, Meltem: Rekabet Hukuku ve Dağıtım Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Temmuz 2011.

Merhacı, Selin Özden: Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Odudu, Okeoghene/ **Bailey**, David: "The Single Economic Entity Doctrine in European Competition Law", Common Market Law Review, V. 51, pp. 1721 - 1758, UK 2014.

Oğuzman, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, İstanbul 2016.

Önal, H. Emre/ **Kesici**, Buğra: "Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davalarına Dair 2014/104 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi", Legal Hukuk Dergisi, C. 13, S. 148, Nisan 2015, s. 79 - 116.

Özel, Çağlar: "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s. 81 - 106.

Özeriç, Halil: "Türk Hukukunda Münhasır Distribütörlük Sözleşmesi (Bölgesel Koruma İçeren Satım ve Dağıtım Sözleşmesi)", Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Özkul, Mehmet Fazil: "İlgili Pazarın Tespitinde Kullanılan Kantitatif Yöntemler ve Güncel Uygulamalar", Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, C. 54, S. 624, 2017, s. 9 - 24.

Özsunay, Ergun: Kartel Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.

Özsunay, Ergun: "Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Şubat 2000, s. 41 - 69 (**Özsunay**, Anlaşmalar).

Özsunay, Ergun: "Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Amerikan, Alman, İsviçre ve AB Rekabet Hukuklarının Işığında 4054 Sayılı RKHK'daki Çözümlerin Değerlendirilmesi", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - III, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2005, s 117 - 151 (**Özsunay**, Özel Hukuk).

Özşahin, Ahmet Baybars: "Yan Sınırlama Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği ve Unsurları", GÜHFD, C. XX, Y. 2016, S. 3, s. 105 - 131.

Sagi, Guy: "A Comprehensive Economic and Legal Analysis of Tying Arrangements", Seattle University Law Review, Vol. 38:1, 2014, pp. 1 - 35.

Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Yayınları No: 3, Ankara 2000 (**Sanlı**, Geçersizlik).

Sanlı, Kerem Cem: "Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar - 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nde Eşik Sistemine Geçiş Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Editör: Kerem Cem Sanlı, İstanbul 2009, s. 75 - 194.

Sanlı, Kerem Cem: "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - I, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2003, s. 197 - 262 (**Sanlı**, Haksız Fiil).

Sanlı, Kerem Cem/ **Kesici**, Buğra/ **Doğan**, Cihan: "Güncel Yargı Tatbikatı Işığında Rekabet Kurulunun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 4, 2018, s. 123 - 200.

Sayhan, İsmet: "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 3, 2005, s. 29 - 64.

Schrag, Joel/ **Schneirov**, Elizabeth: "Rakipler Arasında İşbirliği", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 2008, s. 209 - 219.

Sekmen, Orhan: Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

Sert, Selin: "4054 Sayılı RKHK Madde 58/2: Üç Kat Tazminat", Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, C. 12, S. 1 - 3, 2004 - 2006, s. 701 - 716.

Şahbaz, Ahmet Ussal: ABD Uygulaması Işığında Rekabet İhlallerinden Doğan Zararın Tayini ve Tazmini, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 88, Ankara 2009.

Şahin, Eda: "Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları", Rekabet Dergisi, C. 15, S. 2, Nisan 2014, s. 89 - 126.

Şahin, Murat: Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri: ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında, On İki Levha Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2018.

Şenyücel, Orçun/ **Aktaş**, Cihan: "İlgili Pazar Kavramı", Rekabet Dergisi, Nisan - Mayıs - Haziran 2000/2, s. 40 - 59.

Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, 1. Baskı, Ankara 1963.

Tandoğan, Haluk: "Tek Satıcılık Sözleşmesi", BATİDER, C. XI, S. 4, Aralık 1982, s. 1 - 36.

Taşpınarlı, Caner: "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Tekinalp, Ünal: "Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu - III, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurumu Yayını, Kayseri 2005.

Tekinalp, Ünal/ **Tekinalp**, Gülören: Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000.

Tekinalp, Gülören: "Uyumlu Eylemler Kavramı", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 201-207.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 1993.

Tokatlı, Aytül: Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 97, Ankara 2009.

Tomur, Kerem: Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 55, Ankara 2004.

Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara 2001. (**Topçuoğlu**, İşbirliği).

Topçuoğlu, Metin: "Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, 2001, s. 129 - 171 (**Topçuoğlu**, Teşebbüs Birlikleri).

Topçuoğlu, Metin: Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006 (**Topçuoğlu**, Dağıtım).

Topçuoğlu, Metin: "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 5 - 59 (**Topçuoğlu**, Üç Kat).

Topuz, Murat/**Bakar**, Gökhan: Kartel Oluşturan Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2017.

TÜSİAD: Rekabet Hukukunda Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, Yayın No. TÜSİAD - T/ 98-12/ 244, 1998 (**TÜSİAD**, Anlaşma).

TÜSİAD: "Rekabet Hukuku İhlallerinin Özel Hukuk Yansımaları Çalıştayı Deşifre Metni", TÜSİAD Rekabet Hukuku Çalıştayları, İstanbul 2016(**TÜSİAD**, Özel Hukuk).

Uran, Emrah: Amerika Birleşik Devletleri Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Temmuz 2019.

Utku, Hilal/**Polat**, Belit/**Deniz**, Seda: "Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davalarında Usul Sorunları/Tort Liability in Competition Law and Procedural Problems in Action for Damages", Rekabet Hukuku Dergisi, C. 13, S. 1, 2012, s. 103 - 136.

Ünlüsoy, Kürşat: Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri No: 125, Ankara 2003.

Whish, Richard/ **Bailey**, David: Competition Law, Oxford University Press, 8th Edition, 2015.

Vogelaar, F.O.W: The EU Competition Rules, Landmark Cases of the European Courts and the European Commission, Third Edition, Groningen 2010.

Yeşiltepe, Salih Önder: "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", MÜHF - HAD, C. 13, S. 1 - 2, s. 169 - 191.

Yılmaz, Tuğçe: "Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Zararlar ve Bu Zararların Tazmini", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Yiğit, İlhan: Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013 (**Yiğit**, Tazminat Sorumluluğu).

Yiğit, İlhan: "Avrupa Birliğinin Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Davalarına İlişkin Direktifi Kapsamında Türk Rekabet Hukukuna Bakış", Rekabet Forumu, S. 89, Aralık 2014, s. 12 - 30 (**Yiğit**, Direktif).

Yüksek, Cemile: Seçici Dağıtım Sisteminde İnternetten Satış Sınırlamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 152, Ankara 2017.

Yüksel, Onur Yelda: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 61, Ankara 2004.

ÖZET

Hukuken bağlayıcı olmasa dahi en az iki teşebbüsün kendilerini bağlı hissettikleri türde bir uzlaşma sağlamasıyla kurulan teşebbüsler arası anlaşmalar, rekabeti kısıtlayıcı etki veya amaç barındırdıkları takdirde tüm rekabet hukuku sistemlerinde yasaktır. Ancak çoğu gizli olan bu anlaşmalar rekabet otoriteleri tarafından kolaylıkla tespit edilememekte ve piyasadaki varlıklarını uzun yıllar sürdürmektedir. Dolayısıyla özellikle rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla mücadelede kamu yaptırımlarının, modern rekabet hukukunun vazgeçilmez bileşenlerinden biri kabul edilen tazminat yaptırımıyla desteklenmesi şarttır. Zira rekabet hukukunda tazminat yaptırımı sadece ihlalden zarar görenlerin zararlarını telafi etmemekte; rekabet otoritelerinin mücadelede yetersiz kaldığı ihlaller bakımından teşebbüsleri caydırma ve cezalandırma işlevlerini de yerine getirmektedir. ABD rekabet hukukundan esinlenerek Kanuna dahil edilen üç kat tazminat imkanına ve AB'de konunun artan önemine rağmen Türkiye uygulamasında rekabet hukukunun ihlali kaynaklı tazminat talepleri geri planda kalmaktadır. Bu durum büyük ölçüde rekabet hukukuna dair bilgi eksiklikleri nedeniyle mahkemelerin sergilediği çekingen tavrın ve mevzuatta görülen boşlukların sonucudur. Bu nedenle tezimiz, Türk rekabet hukukuna muhtemel mevzuat değişiklikleri ve tazminat sorumluluğu konusundaki bilincin artırılarak ilgili yaptırımın işler hale getirilmesi noktasında katkı sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, özel hukuk yaptırımları, üç kat tazminat, tazminat sorumluluğu.

ABSTRACT

Agreements between undertakings which are established between at least two undertakings by reaching a compromise that they feel bound up with it (even if it is not legally binding) are prohibited in all competition law systems in case they have restrictive object or effect on competition. However these agreements are usually secret and they can not be determined by competition authorities easily. Thus they maintain their existence in the market for many years. Therefore, especially in the fight against restrictive agreements, public law enforcement should be supported by compensation which is considered as an indispensable component of modern competition law. Because in the competition law, compensation does not only compensate the damages of the victims of the violation but also carries out the functions of deterring and punishing undertakings for violations where the competition authorities can not fight effectively. Although the opportunity of getting treble damage which is prescribed by law as an effect of US competition law and increasing importance of the matter in EU, compensation claims arising from competition law infringements always keep in the background in Turkish competition law practice. This is a result of timidness of courts due to lack of knowledge of competition law as well as legal gaps in Law on the Protection of Competition. So, this thesis aims to contribute Turkish competition law for possible law amendment and make functional this sanction by raising awareness on compensation liability.

Key Words: The Act on The Protection of Competition, restrictive agreements, private enforcement, treble damages, compensation liability.