

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**  
**REKABET HUKUKU**

**FOURTH CHAPTER**  
**COMPETITION LAW**

# § 1. Karteller

## Cartels

İlhan YİĞİT<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

e-posta: ilhanyigit@istanbul.edu.tr

DOI: 10.26650/B/SS26.2020.015.30

### Öz

Avrupa Birliği mevzuatına uyum sürecinde 1994 yılında kabul edilen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, özellikle 1/2003 sayılı Tüzükle yapılan değişikliklerin gerisinde kalmıştır. Her ne kadar Kanunun uygulanmasında Kurulca çıkartılan tebliğlerle bu konuda önemli adımlar atılmışsa da, idari düzenlemelerin kanun sınırlarını aşamaması, bazı eksiklikleri hissettirmektedir. AB mevzuatına uyum sağlamak adına RKHK'nın birçok maddesinde, 7246 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler; muafiyet rejiminde, de minimis ilkesine dayanak oluşturmada, ihlalde yapısal değişiklikler getirilmesinde, soruşturma aşamasında uzlaşma ve taahhüt verilmesi konusunda önemli düzenlemeler getirmiştir. Bununla birlikte Kurulla mahkemeler arasındaki ilişki, yerinde incelemenin kapsamı, teşebbüs birlikleri üyelerine cezaların uygulanması konularında hâlâ Kanunla Tüzük arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Bunun haricinde ceza zamaşımı konusunda eksiklikler bulunsa da, Kabahatler Kanunu ile bu konu doldurulmaktadır. İşbu çalışmamızda, kısaca bahsedilen bu konular ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Kartel, Rekabet hukuku, Avrupa Birliği, 1/2003 sayılı Tüzük, De minimis ilkesi

### Abstract

Law No 4054 on the Protection of Competition, which was accepted in 1994 during the process of approximation of laws with EU acquis, fell behind of the changes in the EU competition law especially after the enactment of Regulation No 1/2003. Despite the steps have been taken by the communiques from the Turkish Competition Board in order to keep up with these changes, administrative regulations were not able to fill the absence of statutory regulations. Law No 7246 has amended several provisions of the Law No 4054 so that harmonization with the current EU law can be established. These amendments set forth important provisions regarding exemption, allowed Turkish Competition Board to apply *de minimis* principle, settlement and commitment mechanisms during the phase of investigation and impose structural remedies in case of infringement. On the other hand, further approximation with the Regulation is required regarding the relationship between the Board and courts, the scope of on-site investigation and imposing fines on the association of undertakings. Although there is a lack of provision on the limitation rules on criminal matters, Misdemeanor Law fills this gap. This study examines these briefly mentioned topics.

**Keywords:** Cartels, Competition Law, European Union, Regulation No 1/2003, De minimis principle

## I. Mevzuat

### A. AB Mevzuatı

1. **Adı** : Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 101  
**Yayın Yeri** : ABRG 7.6.2016, C 202, s. 1–388 (Konsolide metin)
2. **Adı** : 16 Aralık 2002 tarih ve 1/2003 sayılı Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşması'nın 81 ve 82. Maddelerinin (ABİHA 101-102) Uygulanmasına Dair Konsey Tüzüğü (“1/2003 sayılı Tüzük”)  
**Kabul Tarihi** : 16 Aralık 2002  
**Sayısı** : 1/2003 (AT)  
**Yayın Yeri** : ABRG 4.1.2003, L 1, s. 1–25
3. **Adı** : ABİHA 101 (1) Uyarınca Rekabeti Hissedilir Derecede Etkilemeyen Önemsiz Nitelikteki Anlaşmalara İlişkin Komisyon Bildiri (“De Minimis Bildirisi”)  
**Sayısı** : 2014/C 291/01  
**Yayın Yeri** : ABRG C 291, 30.8.2014, s. 1–4

### B. Türk Mevzuatı

1. **Adı** : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun  
**Kabul Tarihi** : 7 Aralık 1994  
**Sayısı** : 4054  
**Yayın Yeri** : RG 13.12.1994, 22140
2. **Adı** : Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik  
**Yayın Yeri** : RG 15.02.2009, 27142

## II. Açıklamalar

### A. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da “kartel” kavramı geçmemektedir. Kartel kavramı, 15 Şubat 2009 tarih ve 27142 sayılı Resmî Gazetede

yayınlanan Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İş birliği Yapılmasına Dair Yönetmelikte yer almaktadır. Yönetmelik m. 3/1-c'ye göre kartel; “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 anlaşma ve/veya uyumlu eylemler” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere kartel, rakipler arasında rekabeti sınırlayıcı anlaşma veya uyumlu eylemlerdir. Buradaki vurgu, rekabeti kısıtlayan danışıklı ilişkilerin rakipler arasında yapılmasıdır.

RKHK m. 4'te rekabeti engelleyen, sınırlayan, ortadan kaldıran teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere madde, anlaşmaların veya uyumlu eylemlerin rakipler veya rakip olmayıp da dikey ilişkide bulunan veya tamamen başka bir piyasada yer alan teşebbüsler arasında olup olmadığı belirtilmemiş, tamamını kapsayacak içerikte düzenlenmiştir. Hemen belirtelim ki, üretim zincirinin farklı halkalarında bulunan teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar, Rekabet Kurulunun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile RKHK m. 4'teki yasaktan, belli şartlar dâhilinde muaf tutulmuşlardır. 2002/2 sayılı Tebliğ m. 2'deki üretim zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası anlaşmalar dikey anlaşma olarak tanımlanmıştır.

Buradan da yola çıkıldığında, üretim zincirinin aynı seviyesinde bulunan rakipler arasında yapılan ve rekabeti kısıtlama amacı taşıyan yahut bu etkiyi doğuran anlaşmalara veya uyumlu eylemlere kartel denilir.

## B. Karşılaştırma Yapılırken İzlenecek Yol

Belirtelim ki, 1/2003 sayılı ABİHA'nın 101 ve 102. (eski 81, 82) Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin Kuralları Konsey Tüzüğü, ABİHA 101 ve 102'de bulunmayan birçok düzenlemeyi ABİHA 103'ten hareketle getirmiştir. RKHK'daki düzenlemeler hem ABİHA hem de 1/2003 sayılı Tüzükle hemen hemen uyumludur. Ancak, bazı noktalarda farklılıklar bulunmaktadır. 1/2003 sayılı Tüzükle oluşan farklılıkları gidermek adına, 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16.06.2020 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş, 24.06.2020 tarih ve 31165 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Belirtmek isterim ki, işbu çalışmamızın ilk, yani 16.06.2020 tarihinden önceki hâlinde söz konusu farklılıklara değinilmiş ve öneriler getirilmişti. Bu önerilerimizin çoğunun 7246 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerde yer aldığını tespit etmiş bulunmaktayım. Kanun koyucunun, meselelere doğru bir şekilde yaklaştığını görmek, beni ayrıca memnun etmiştir.

7246 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin temelinde, 1/2003 sayılı Tüzük başta olmak üzere, AB mevzuatında yapılan düzenlemelere uyum sağlamaktır.

Anılan nedenle, gelinen süreç bakımından, Avrupa Birliğindeki kartele ilişkin düzenlemelerin ve ülkemiz rekabet hukukunun karşılaştırmasını yapmak, işbu çalışmanın konusunu teşkil edecektir. Kartellerle ilgili AB hukukunda çokça sektörel düzenlemeler bulunmakla birlikte, temel düzenlemelerin ABİHA 101 ve 1/2003 sayılı Tüzük olduğu söylenebilecektir<sup>2</sup>. Ayrıca bağlayıcı niteliği bulunmasa da yatay anlaşmalarla ilgili Komisyon uygulamasına kaynaklık teşkil eden diğer bir önemli kaynak De Minimis Bildirisi'dir. Çalışmada da AB mevzuatı bu kapsamda incelenecek, ülkemiz rekabet hukuku mevzuatının AB rekabet hukuku düzeninden ayrılan yönleri ele alınacaktır.

## C. AB Mevzuatı ve Türk Hukukundaki Karşılıkları

### 1. ABİHA 101

RKHK m. 4/1'e göre; *“belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır”*.

RKHK m. 4/2'de ise “bu hâller özellikle şunlardır” denilerek, en çok karşılaşılan rekabet ihlalleri sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmıştır.

ABİHA m. 101'de ise, “teşebbüsler arasında üye ülkelerdeki ticareti etkileyen ve amacı yahut etkisi itibarıyla rekabeti engelleyen, sınırlandıran veya ortadan kaldıran bütün anlaşmaların, teşebbüs birliği kararlarının ve uyumlu eylemlerin yasak ve iç pazarla bağdaşmaz olduğu” düzenlenmiştir. Anlaşmanın 101. maddesinde de rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların sıklıkla görülenleri, örnek kabilinden sayılmıştır.

Görüldüğü üzere her iki maddede ortaya çıkan fark; ABİHA 101'de “üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi” kriterine yer verilmemesidir.

ABİHA m. 101'de üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi kriterine yer verilmesi, bizatihi düzenlemenin ortak pazarın/birliğin kurulmasında bir araç olması nedeniyle yerindedir. Elbette Avrupa Birliği üyesi ülkeler, kendi iç mevzuatlarını, ABİHA m. 101'i ve buna ilişkin Konsey ve Komisyonun tüzük ve direktiflerini gözeterek belirleyebileceklerdir. Ancak Komisyon, sadece üye ül-

<sup>2</sup> Yatay Anlaşmalarla ilgili AB hukukundaki diğer düzenlemelerle ilgili bilgi için bkz. < <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal.html> > erişim 19.09.2020.

kenin kendi iç piyasasında gerçekleşen rekabet ihlalleri ile ilgilenmeyecektir. Bir rekabet ihlali, ortak pazarda üye ülkeler arasındaki ticareti etkiliyorsa ABİHA m. 101 ve ilgili alt düzenlemelerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Ancak, ABİHA m. 101’de yer alan “ticaretin etkilenmesi” kriteri, sadece ortak pazar açısından ele alınmamalıdır. Bu kriter, aynı zamanda, ölçüğü çok küçük boyutta kalan, piyasanın geneli bakımından herhangi bir etkisi bulunmayan anlaşma ve uyumlu eylemlerin de yasak kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile de alakalıdır.

Kanaatimizce, RKHK m. 4’te “ticaretin etkilenmesi” kriterine yer verilmesi doğru değildir. RKHK m. 4’te rekabetin engellenmesi, sınırlanması veya ortadan kaldırılması kavramları kullanılmış, ancak bunun ilgili piyasanın tamamında mı yahut belli bir kısmında mı olması gerekliliğine değinilmemiştir. Bu durum karşısında, çok küçük ölçekli teşebbüsler arasında yapılan bu nitelikteki danışıklı ilişkiler de hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edileceklerdir. RKHK m. 1 ve 2 de anılan sonucu destekleyicidir. Oysa ki rekabeti sınırlamakla birlikte piyasada hissedilir veya fark edilebilir bir etkisi olmayan yahut çok küçük düzeyde hissedilir etkisi olan danışıklı ilişkilerle Kurulun ilgilenmemesi gerektiği söylenebilir. Rekabet Kurulu gibi bir düzenleyici otoritenin, bu nitelikteki danışıklı ilişkilerle uğraşmaması, meşgul edilmemesi yönünde gerekçe ileri sürülebilir.

7246 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce “de minimis” ilkesinin RKHK’da dayanak bulunmadığı gerekçesiyle Türk hukukunda uygulanmayacağı yönünde yargı kararları bulunmaktadır. Avrupa Birliği hukukuna uyumlaştırmayı sağlamak adına da “ilgili piyasanın hissedilebilir derecede etkilenmesi” şeklindeki kritere RKHK m. 4’te yer verilmesi kanaatimizce doğru değildir. Ancak, böyle bir kritere yer verilecekse de rekabet hukukunda ilgili piyasa kavramı asıl ve yerleşmiş olduğundan, onun yerine “ilgili piyasanın hissedilir derecede etkilenmesi” şeklinde kullanımı tercih etmek gerekir diye düşünmekteyiz.

Bununla birlikte RKHK m. 4’te böyle bir kritere yer verilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Evvela, RKHK m. 4, hukuka aykırı ve yasak olan davranışları ele almaktadır ki bunlar rekabeti engelleyen, kısıtlayan ya da ortadan kaldıran danışıklı ilişkilerdir. Eğer “ticaretin etkilenmesi” ya da “ilgili piyasanın hissedilir derecede etkilenmesi” kriterlerine yer verildiğinde, bu etkiyi doğurmayan, ancak rekabeti sınırlayan eylemlerin, anlaşmaların “hukuka aykırı ve yasak” kapsamında olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. RKHK m. 4’ün bu öneriler çerçevesinde ortaya çıkacak düzenlemesi metni dikkate alınırca, küçük ölçekli aykırılıkların hukuka aykırı olmadığı, yasak kapsamında düşünülmediği gibi sonuca da varılabilecektir. Hâlbuki bu kabul edilmemeli, bu tür etki doğurmayan aykırılıklar da hukuka aykırı ve yasak olarak değerlendirilmelidir.

Rekabet Kurulunun bu tür sınırlı etki doğuran eylemlerle ilgilenmemesi, enerjisini daha büyük işlere yöneltmesi gereği de kanımca bu tür düzenlemenin RKHK m. 4'te getirilmesi yönünde haklı bir gerekçe oluşturmaz.

ABİHA m. 101'de yer alan düzenleme, "ticaretin etkilenmesi" değil, "üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesidir". Bu tür bir anlayış, Birlik hukukuna da uygundur.

7246 sayılı Kanun da konuya değindiğimiz şekliyle yaklaşmıştır. Söz konusu Kanunla, RKHK'nın ön araştırmanın sonuçlanması kenar başlıklı 41. maddesine, "*Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir*" şeklinde ikinci fıkra eklenmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu da meselenin hukuka aykırı ve yasak ile ilişkisini kurmamış, sadece Kurulun soruşturma açıp açmama bakımından rekabete aykırılığın piyasa üzerindeki etkisi üzerinde durmuştur.

Söz konusu değişikliğe ilişkin gerekçede, "*2005-2019 yılları arası Avrupa Birliği İlerleme Raporları Rekabet Politikası Faslında, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan uygulamalara ilişkin Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanması beklendiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınarak yapılan bu düzenlemeyle; rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi ihlaller hariç olmak üzere, Kurulca belirlenecek pazar payı ve ciro gibi eşikleri aşmayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının soruşturma konusu yapılmaması öngörülmektedir. Böylece Kurum kaynaklarının öncelikli olarak daha önemli ihlallere yönlendirilmesi mümkün olacaktır. Diğer yandan, fıkranın uygulanmasına yönelik nesnel ölçütlerin Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenmesi öngörülmektedir*" denilmektedir<sup>3</sup>.

Yapılan değişiklikle, "*de minimis*" ilkesinin dayanağı artık RKHK'da vardır; ilkenin uygulanması da Kurul tarafından çıkarılacak tebliğle belirlenecektir. İşbu çalışmanın kaleme alındığı dönem itibarıyla Kurul, bu yönde herhangi bir düzenleme getirmemiştir.

Kanaatimizce getirilen düzenleme, yeri bakımından doğrudur. Sorun, rekabeti sınırlama, hukuka aykırılık bağlamında değildir. Konu, Kurulun piyasada reka-

<sup>3</sup> Gerekçe için bkz.< <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf> > erişim 19.09.2020.

beti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları için soruşturma açıp açmayacağı ile alakalıdır. Dolayısıyla, RKHK m. 4 bağlamında bir anlaşma hukuka aykırıdır; ancak Kurul, çıkaracağı tebliğde belirtilen kriterler kapsamı sınırları içinde kalanlar bakımından soruşturmaya başlatmayabilecek ve ihlal konusunda karar almayabilecektir. Bu arada yeri gelmişken değinmekte fayda vardır ki, çıkarılacak tebliğin içeriği bu kapsamda belirlenmeli; hukuka uygunluk bağlamında ele alınmamalıdır.

Rekabet ihlallerini önlemenin iki ayağı bulunmaktadır; bunlar, rekabet otoritelerince alınacak yaptırımlar ve verilecek kararlar ile zarara uğrayanların özel hukuka tâbi tazminat davalarıdır. RKHK m. 41/2, ilgili piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan ihlaller bakımından, bundan zarar görenlerin tazminat davaları açmalarına engellemeyecektir. Zira, bu yönde bir değişiklik RKHK m. 4'te yapılmadığı gibi tazminat hakkını düzenleyen RKHK m. 57'de böyle bir kriter yer verilmiş değildir. RKHK m. 41/2'deki "piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan" ifadesi, rekabetin kısıtlanmadığı anlamına da gelmemektedir.

Özetle, RKHK m. 4 ile ABİHA m. 101 arasındaki "üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenmesi" kriterinden doğan farklılık, RKHK m. 41/2 ile artık giderilmiş kabul edilmelidir. Dolayısıyla 7246 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin son derece doğru olduğunu, konuya isabetli bir şekilde RKHK m. 4 açısından değil de Kurulun yetkileri bağlamında yaklaşıldığını kabul etmekteyiz. Böylelikle, "de minimis" ilkesinin 4054 sayılı Kanunda dayanağı olduğu gibi bu ilkeye, hukuka uygunluk nedenleri arasında yer verenlerin yaklaşımının yanlışlığı da ortaya konulmuştur.

## 2. 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü

Konsey, 1/2003 sayılı ABİHA'nın 101 ve 102. (eski 81, 82) Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin Kuralları Tüzüğü'nü yürürlüğe koymuştur. Tüzük'ün dayanağı ise ABİHA 103'tür. ABİHA 103 uyarınca Konsey, Komisyonun önerileri ve Avrupa Parlamentosundan geçtikten sonra ABİHA 101 ve 102'nin uygulanması bakımından Tüzük ve Yönergeler çıkarmaya yetkilidir.

Avrupa Birliği rekabet hukukunda, bir modernizasyon süreci gerçekleştirilmiştir. 1/2003 sayılı Tüzük yürürlüğe girene kadar, ABİHA 101/3 (eski 81/3) çerçevesinde muafiyet tanıma yetkisi münhasıran Komisyon'a aitti. Böylece muafiyet bakımından "merkezî bir bildirim ve izin sistemi" uygulanmıştır. Bu sistemde, ulusal rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin, muafiyet rejimini kendiliğinden uygulamaları mümkün değildi. Söz konusu uygulama, rekabet ihlallerine dayalı olarak açılan soruşturmaları ve tazminat davalarını uzatma veya sürüncemede bırakma amacıyla Komisyon'a başvuru olanağını ilgili teşebbüslere vermekteydi.



Ancak sonradan kabul edilen 1/2003 sayılı Tüzük ile Komisyon'un bu münhasır yetkisine son verilmiş ve ulusal rekabet otoritelerinin ve mahkemelerin muafiyet kurallarını doğrudan uygulayabilmeleri esasına geçilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Avrupa Birliği rekabet hukukunda 1/2003 sayılı Tüzük ile önemli değişiklikler yapılmış ve ulusal rekabet otoriteleri ile ulusal mahkemeler, ABİHA 101'i tam olarak uygulamak noktasında yetki sahibi olmuşlardır. Bununla birlikte ulusal mahkemelerle Komisyon ve ulusal rekabet otoriteleri arasındaki ilişkiye de önem verilmiş ve bu konuda düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükümler iki yönlüdür; birincisi ulusal mahkemelerle rekabet otoriteleri ve Komisyon arasındaki iş birliğinin düzenlenmesi iken ikincisi ulusal mahkemelerin karar verirken Komisyon ve ABAD'ın kararlarıyla bağlı olup olmadığı noktasındadır.

İlgili Tüzük'ün, üye ülkeler rekabet otoriteleri ile ulusal mahkemeler ve ayrıca Komisyon arasında uyum sağlamayı hedeflediği göz önüne alındığında, bütün maddelerinin Türk rekabet hukuku açısından incelenmesi gerekmemektedir. Ülkemiz, henüz Avrupa Birliği üyesi olmadığından, üye ülkeler rekabet otoriteleri veya mahkemeleri ile Komisyon arasındaki iş birliği, bilgi paylaşımı ve bekletici sorun yapma gibi düzenlemeler (Tüzük m. 11, 12, 13, 14, 15) konumuz kapsamı dışındadır.

#### **a. Mahkemeler ile rekabet otoritelerinin yetkileri**

Tüzük'ün, İlkeler başlıklı birinci bölümünün 1/1 ve 1/2 maddelerinde, ABİHA 101/1'i ihlal edip de 101/3'teki şartları taşımayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının hukuka aykırı ve yasak olduğu; 101/3'teki şartları taşıyanların ise hukuka aykırı olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Tüzük'ün 1/3. maddesinde ise hukuka aykırı olup olmamak bakımından, bu konuda önceden verilmiş bir kararın varlığı da gerekmemektedir; yani, rekabeti ihlal ediyorsa yasaktır, muafiyet şartlarını taşıyorsa yasak kapsamında değildir. Bunun için Komisyonun veya diğer herhangi bir rekabet otoritesinin önceden bir karar alması lazım değildir.

3. maddesiyle Tüzük, ulusal mevzuatın uygulanmasının üye devletler arasında ticareti etkileyebilecek ancak rekabeti sınırlandırmayan yahut rekabeti sınırlamakla birlikte muafiyet koşullarını taşıyan danışıklı ilişkilerin yasaklanması sonucunu doğuramayacağını; ancak rekabet otoriteleri veya ulusal mahkemelerin, kendi ülkelerinde rekabet ihlallerine karşı mevzuatlarında yer alan daha ağır kuralları içeren yasaklamaları uygulayabileceğini düzenlemektedir.

Ulusal mahkemeler, ABİHA 101'i bütünüyle uygulama yetkisine de sahiptirler (Tüzük m. 6). Bu hükümlerle, önceki maddeler de göz önünde bulunduruldu-

ğunda, ulusal mahkemeler rekabet ihlalinin varlığını tespit etme ve yasaklama yanında muafiyet şartlarını değerlendirerek ilgili danışıklı ilişkiye muafiyet tanıyarak yasak kapsamından çıkarma hususunda da yetkili olacaklardır. Bununla birlikte Tüzük m. 16 uyarınca ulusal mahkemeler, Komisyonun aldığı kararlara veya alması muhtemel kararlarla çelişen kararlar veremezler. Yani ulusal mahkemeler, Komisyonun rekabet ihlaline ve muafiyete yönelik vermiş olduğu kararların aleyhine karar veremeyecekler ve hatta Komisyonca kabul edilmiş kararlar olduğu durumlarda, kendi takdir ve değerlendirmeleri sonucunda, davanın reddine dahi karar verebileceklerdir.

*Konu, RKHK m. 4, 5 ve 27/b ile ilgilidir.*

RKHK m. 4'te rekabeti sınırlayan, ortadan kaldıran veya engelleyen yahut bu etkiyi doğuracak nitelikte olan danışıklı ilişkiler, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları hukuka aykırı olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Bu açıdan bakıldığında, ABİHA 101 ve 1/2003 sayılı Tüzük m. 1 ile RKHK m. 4 arasında herhangi bir farklılık bulunmadığı sonucuna varılabilecektir.

Her ne kadar ABİHA 101/3'ün "*may, however, be declared*" ifadesi, muafiyet için bir karar alınması sürecini de ifade etmekte ise de ABİHA 103'ün verdiği yetkiye dayalı olarak Konsey, 1/2003 sayılı Tüzükle muafiyette karar verme ve bildirim sistemini kaldırmıştır. 1/2003 sayılı Tüzüğe göre, rekabeti sınırlayıcı danışıklı ilişkilerin yasak kapsamından çıkabilmeleri için muafiyet şartlarını tek başına taşımaları yeterlidir; bunun için ayrıca bir karar alınması gerekmemektedir. Önceki 17 sayılı Tüzük döneminde geçerli olan Komisyon'a bildirim sistemi, muafiyet açısından kaldırılmıştır. Bunun gerekçesi ise, bildirim sisteminin rekabet kurallarının efektif olarak uygulanmasını engellediği ve aynı zamanda idari süreci artırdığı şeklinde ifade edilmiştir. Şöyle ki başvuru sürecinin doğurduğu zaman kaybı, rekabet kurallarının da etkin bir şekilde uygulanmasını etkilemektedir. Oysa ki ABİHA 103/2-b'ye göre Konsey, rekabet kurallarının etkin bir şekilde uygulanması bakımından çıkaracağı tüzük veya direktiflerde, mümkün olduğu kadar idari süreçleri azaltmayı ve basitleştirmeyi de gözetmelidir. Ayrıca önceki sistem, Komisyonun çok daha önemli olaylarla ilgilenmesini de engelleyici mahiyette kabul edilmiştir. Bu amaçlarla yeni sistemde, ulusal rekabet otoriteleri veya mahkemeler, Komisyonun muafiyet konusunda karar almasını beklemeksizin, ABİHA 101'i bütünüyle uygulama konusunda yetkilendirilmişlerdir (Tüzük, Giriş Kısmı, par. 2, 3, 4).

RKHK m. 5'te de 7246 sayılı Kanunla değişiklik yapılmıştır. Değişiklik, RKHK m. 5'in birinci fıkrasının yeniden düzenlenmesi ve ikinci fıkra eklenmesi yönündedir. Yapılan değişikliğin gerekçesi, "kendi kendine değerlendirme" yönteminin netleştirilmesi ve 2005 yılında RKHK m. 10'daki bildirim zorunluluğunun kaldırılmasına rağmen belirliliğin sağlanması olarak ifade edilmiştir.

Önceki hâliyle RKHK m. 5, her ne kadar RKHK m. 10'da Kurula bildirim zorunluluğu kaldırılmış olsa da, muafiyet kararları bakımından yine de Kurul kararının gerekliliğini arıyordu. Dolayısıyla bireysel muafiyet açısından Kurul kararı her zaman gerekecekti. Kurul kararı olmaksızın RKHK m. 4'ten muafiyet sağlanamayacağı gibi adli mahkemelerin muafiyet değerlendirmesi yapmaları da mümkün olmayacaktı. Zira değişiklikten önce RKHK m. 5/1'in ifadesi, Kurulun şartları sağlayan anlaşmalara muafiyet verebileceği şeklindeydi. Bunun tazminat davaları bakımından sonucu ise, adli mahkemelerin muafiyet şartlarını değerlendirememeleri, muafiyet alabilme imkânı bakımından ise davalı tarafa (ihlalde bulunanlara) süre vermeleri, Kurulun bu yöndeki kararını bekletici mesele yapabilmeleri idi.

RKHK m. 5/1 ve 5/2'nin yeni hâli aşağıdaki gibidir:

*“Aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı hâlinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muafıdır:*

*a) Malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*

*b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*

*c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*

*d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.*

*İlgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir”.*

Görüldüğü üzere birinci fıkradaki Kurulun kurucu ve yenilik doğurucu şekilde muafiyet kararı verebilme yetkisi kaldırılmıştır. Böylelikle, RKHK m. 5/1'deki şartları taşıyan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, Kurulun herhangi bir kararı olmaksızın, kendiliğinden RKHK m. 4'ten muaf olacaklardır. Kurulun bu yöndeki kararı, sadece muafiyet şartlarının tespiti noktasındadır.

Yeri gelmişken RKHK m. 5/3'e fayda görmekteyiz. Düzenlemeye göre; *“Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir”.* Söz konusu düzenlemenin, muafiyet kararlarının Kurulca

verildiği dönemdeki düzenlemelerle uyumlu olduğu söylenebilir. Yani önceki sistemde Kurul, muafiyet kararı vermezden evvel, muafiyet şartları bakımından uyumlu görmediği noktalarda teşebbüslere yükümlülükler getirebilir veya muafiyeti koşula tabi tutabilirdi. Ancak Kanunun yeni hâlinde Kurul, muafiyet şartlarının taşıdığını tespit yönünde bir karar verebilecektir. RKHK m. 27/1-b ve c'nin “*ilgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek*” “*verilen muafiyet kararları ve menfi tespit belgelerinin ilgili olduğu piyasaları sürekli takip ederek, bu piyasalarda ya da tarafların durumlarında değişiklikler tespit edilmesi hâlinde ilgililerin başvurularını yeniden değerlendirmek*” şeklindeki hükümleri de bu değerlendirmede herhangi bir farklılık doğurmayacaktır. Bu durum karşısında, Kurulca yapılan değerlendirmede, şart veya yükümlülük getirilecekse, böyle bir kararın anlamı, başvurunun muafiyet şartlarının taşımadığının, ancak yükümlülük veya şartların getirilmesi hâlinde muafiyet koşullarının taşıdığının tespiti olacaktır. Diğer bir deyişle, başvurunun muafiyet şartlarını taşımadığının tespiti yönünde bir kararla karşılaşılabilecektir. Bu nedenlerle, RKHK m. 5/3'ün RKHK m. 5/2 ile uyumlu olmadığını düşünmekteyiz.

RKHK m. 5/2 uyarınca ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri, 4'üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığının Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabileceklerdir. Bu durumda Kurul, hem bu madde hem RKHK m. 27/b hükmü gereğince muafiyet belgesi verebilecektir. Muafiyet için Kurul kararının aranmamasının iki sonucu olacaktır:

1. Değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere teşebbüsler, artık muafiyet koşullarını sağlayıp sağlamadıklarını kendileri değerlendireceklerdir. “Kendi kendine değerlendirme” sistemi, bu yönüyle uygulanacaktır. Kurula başvuruda bulunulması da sonucu değiştirmeyecektir. RKHK m. 5/2 uyarınca Kurulun bu yöndeki kararı, yenilik doğuran nitelikte değil, sadece tespit mahiyetinde olacaktır.
2. Bu hâliyle artık, tazminat davalarına bakan mahkemeler de, muafiyet değerlendirmeleri yapabilecektir. Dolayısıyla Kurula başvuru, bekletici mesele yapılma gibi süreci uzatacak işlemlere artık gerek kalmayacaktır. Elbetteki muafiyet şartlarının varlığını, davalılar (ihlâlde bulunanlar) ispatlayacaklar, mahkeme nezdinde bu kanaatin oluşmasını sağlayan bütün delilleri sunacaklardır. Hemen belirtelim ki mahkemelerin burada fonksiyonu, rekabet ihlaline muafiyet vermek değil, muafiyet şartlarını sağladığını tespit etmek noktasındadır. Artık, kanuni dayanağı kalmadığı için mahkemeler, kendiliğinden Kurula muafiyet kararı alınması konusunda başvuru yapılması için davalıya süre vermek hususunda yetkili olmayacaklardır.

Ancak, dava sürecinde veya öncesinde davalıların muafiyet başvurusunu Kurula yapmış olmaları veya Kurul tarafından muafiyetin tespiti yönünde bir karar verilmesi yahut Kurulca bir soruşturma başlatılması ya da ihlal hakkında karar verilmesi durumunda mahkemelerce nasıl hareket edilmesi gerekliliği de değerlendirilmelidir. Mahkemeler denildiğinde, adli yargı ve idari yargı gündeme gelecektir. İdari yargı, ancak idarenin bir işlemi veya eylemi üzerine harekete geçtiğinden konu daha açık adli yargıdaki tazminat davaları yahut sözleşmelerin geçersizliğinin tespiti açısından ele alınmalıdır.

Tüzük m. 6'da ulusal mahkemelerin, ABİHA 101'i tam olarak uygulama yetkisine sahip oldukları belirtilse de doğru kararların verilmesini sağlamak ve çelişkili kararların çıkmasını engellemek bakımından düzenlemelere yer verilmiştir. Bu açıdan bakıldığında Tüzük m. 15'te ulusal yargı organları ile Komisyonun iş birliği ele alınmış, m. 16'da ise mahkemelerin Komisyonun kararları ile çelişik kararlar veremeyeceği düzenlenmiştir. Tüzük m. 15 uyarınca Komisyon veya ulusal rekabet otoriteleri, ihlal hakkında karar verecek mahkemenin talebi üzerine ABİHA 101 hakkındaki görüşlerini, yazılı olarak bildirebileceklerdir. Tüzük m. 16 uyarınca da ulusal mahkemeler, ihlal hakkında Komisyon tarafından soruşturma başlatıldığında veya Komisyonun daha önce verilmiş bir kararı bulunduğu, bu kararlara aykırı bir şekilde sonuca varamayacaktır. Çelişkili kararların çıkmasının önlenmesi bakımından da Komisyon kararını bekleyip beklememe konusunda mahkemeler karar vereceklerdir.

Görüldüğü üzere 1/2003 sayılı Tüzük, Komisyonun ihlal hakkındaki kararına bir üstünlük sağlamaktadır.

Tüzük'teki bu yaklaşımın, Türk rekabet hukukuna yansımaları kanaatimizce şu şekilde olmalıdır:

Evvela, mahkemelerin Rekabet Kurulu kararları ile çelişen bir karar vermeleri söz konusu olmamalıdır. Yani, Rekabet Kurulunun ihlalin varlığı ya da yokluğu noktasında verdiği kararlar, adli yargıyı bağlamalıdır.

Saniyen mahkemeler, Kurul tarafından bir soruşturma başlatıldığında, davada ileri sürülen iddialarla soruşturmaya konu olay hakkında bir değerlendirme yapmalı; bu değerlendirme sonucunda ihtilafın, soruşturmaya konu olayla doğrudan bağlantılı olduğu sonucuna vardıklarında bunu bekletici mesele yapmalıdırlar.

Yeri gelmişken 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 165 de dikkate alınmalıdır. Buna göre:

*“Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespiti-ne yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.*

*Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir”.*

Görüldüğü üzere HMK m. 165 uyarınca, Yargıtay uygulaması da bu yönde olduğundan mahkemeler, Kurul tarafından bir soruşturma açılmışsa onun kesinleşmesini yahut henüz soruşturma açılmamışsa bu konuda tarafların başvuruda bulunmalarını isteme imkânına sahiptirler. Böylelikle çelişkili kararların çıkması önlenecektir. Ancak HMK m. 165’te geçen “bağlı olma” şartı, rekabet ihlalleri bakımından gerçekleşmemektedir. Zira mahkemeler, ihlalin varlığı yahut muafiyet şartlarının varlığını, Kurul kararı aranmaksızın yapabileceklerdir.

Unutulmaması gereken nokta, Rekabet Kurulunun değerlendirmesi ile mahkemelerin değerlendirmesinin farklı olacağıdır. Yani Kurulun rekabet ihlalinin varlığı değerlendirmesini mahkemeler, haksız fiil hukuku potasında ele almalıdırlar. Kurulun kararı ihlalin varlığının tespiti; mahkemenin değerlendirmesi ise haksız rekabet hukukuna göre tazminat sorumluluğunun oluşup oluşmadığı noktasındadır. Bu durumda Kurulun ihlalin varlığı ya da yokluğu yönündeki kararı, sadece haksız fiil sorumluluğunun şartlarından olan hukuka aykırı fiil yönünden etkili olacaktır. Yoksa zarar, uygun nedensellik bağı konularında mahkemeler, ayrıca ihtilafı ele alacaklardır.

Salisen, Kurul tarafından bir soruşturma başlatılmadığında mahkeme, somut olay hakkında Rekabet Kurulunun görüşünü sorabilmelidir. Bu noktada mahkeme dosyasında yer alan beyanların ve delillerin, Kurula gönderilmesi mümkün olmalıdır.

Nihayet ve belki de rekabet hukuku açısından önemli olan nokta ise mahkemeye yansıyan ihtilafın muafiyet şartları altında değerlendirilmesidir. Değinildiği üzere Kurulun muafiyet kararları, sadece tespit mahiyetindedir. Kurucu veya yenilik doğurucu niteliği haiz değildir. Mahkemeler, RKHK m. 5’teki şartların varlığını kendileri değerlendirebilirler. Bununla birlikte, Rekabet Kurulunun konuya ilişkin muafiyet kararlarını görmemezlik, dikkate almamazlık, çelişkili sonuçların ortaya çıkması bakımından uygun değildir. Dolayısıyla karşımıza üç seçenek çıkmaktadır:

- İlk Kurulun muafiyetin varlığının tespit eden kararının bulunmasıdır. Kanaatimizce mahkeme, Kurulun tespit kararını değerlendirmeli, kendi değerlemesi açısından uygun görüldüğünde bu karar yönünde karar vermelidir.
- İkincisi ise, Kurula muafiyet için başvuru yapılmasıdır. Bu ahvalde mahkemelerin, ihlal iddialarını ve başvurunun ciddiyeti konusunda yaptığı

değerlendirmede, muafiyetin tespiti kararının alınmasını imkân dâhilinde görüyorsa, bunu HMK m. 165 uyarınca tespit etmelidir.

- Üçüncü ihtimal, Kurula henüz bir başvurunun yapılmamasıdır. Bu durumda kanımızca, Kuruldan görüş sorabilmelidir. Ancak kanaatimizce, HMK m. 165 burada işletilmemelidir; zira, değindiğimiz üzere rekabet hukuku ihlallerinde “bağlı olma” şartı söz konusu değildir. Ayrıca yeni sistemde artık Kurul, muafiyet kararı vermeye yetkili değildir; verilecek karar muafiyetin tespiti noktasındadır.

Kanaatimizce, mevcut düzenlemeler çerçevesinde bu uygulamanın yürütülmesi mümkündür ki zaten mahkemelerin genel yaklaşımı da bu yöndedir. Ancak meseleye daha işlerlik kazandırmak adına RKHK m. 27/1-b’ye ekleme yapılabilir. Şöyle ki:

***Önerimiz:***

RKHK m. 27/1-b yukarıdaki gerekçeler anlamında,

“İlgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgeleri vermek; mahkemelerin yazısı üzerine uyumsuzlukla ilgili muafiyet değerlendirmeleri yaparak görüş bildirmek”

şeklinde bir değişiklik yapmak uygun olacaktır.

**b. İhlalin varlığının ve muafiyet şartlarının sağlandığının ispat yükü**

Tüzük’ün 2. maddesinde rekabet ihlalinin bunu ileri sürenler, yani rekabet otoriteleri veya tazminat davasının davacılarınca; muafiyet şartlarının tamamının sağlandığının ise ilgili teşebbüslerce ispatlanması gerektiği ifade edilmiştir.

İşbu çalışmanın konusu, sadece karteller ve karteğe ilişkin düzenlemeler olduğundan, tazminat davaları incelememiz dışındadır. Bu nedenle konu kartel düzenlemeleri bakımından ele alınacaktır.

Bu açıdan bakıldığında RKHK’da kartellerin ortaya çıkarılmasına veya muafiyet şartlarının varlığına ilişkin bir ispat yüküne açıkça yer verilmediği görülmektedir.

**i. İhlalin varlığının ispatı açısından**

Kanunda yer alan düzenlemelere bakıldığında ihlalin varlığı konusundaki ispat yükünün, Kurul üzerinde olduğu açıktır. RKHK m. 27/1-a’nın “bu Kanunda

yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak” şeklindeki ifadesi, ispat yükünün Kurul üzerinde olduğunu göstermektedir.

İlgili hükümlerde teşebbüslerin, ihlalin yokluğu konusunda özel bir ispat yükü altında olmadıkları açıktır. Bu kapsamda Kurula, bilgi isteme (RKHK m. 14), yerinde inceleme (RKHK m. 15) yetkileri tanınmış, bu yetkilerin soruşturma safhasında kullanım şekli RKHK m. 44’te ele alınmıştır. Her ne kadar, soruşturma safhasında soruşturulan teşebbüslere cevap ve sözlü savunma toplantılarına katılma hakkı verilmişse de (RKHK m. 45, 46), bunlar Kurulun ihlalin varlığını ispat etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır; aksine ispat sürecinde delil etkisine sahiptirler.

Ancak uyumlu eylem bakımından Kanun m. 4/3’te bir karine getirilmiştir. Buna göre *“bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder”*. İşte bu karinenin aksinin ispatı yükümlülüğü teşebbüslere yüklenmiştir. RKHK m. 4/4’e göre *“ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir”*.

Sonuç olarak, ihlalin varlığının ispatı bakımından, uyumlu eylem karinesinin aksinin ispatı hariç tutulduğunda, ispat yükünün Kurul üzerinde olduğu ortadadır.

## ii. Muafiyet şartlarının ispatı açısından

Muafiyet şartları; ABİHA 101/3 ve RKHK m. 5’te muafiyet şartları, hemen hemen aynı yöndedir. Buna göre;

a) malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olan-  
dan fazla sınırlanmaması

şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde danişıklı ilişkiye muafiyet verilebilecektir.



İşte Tüzük m. 2'ye göre bu şartların varlığının ispatı, soruşturulan teşebbüse veya hakkında dava açılan davalıya aittir.

RKHK m. 5'te konuya ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. 2020 yılında yapılan değişiklikle, belirttiğimiz üzere, Kurul sadece muafiyet şartlarının varlığının tespitine karar verecektir. RKHK m. 5/2'nin ifadesi aynen "*ilgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığına Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir*" şeklindedir. RKHK m. 27/1-b ise "*ilgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgesi vermek*" düzenlemesini içermektedir. Hemen belirtelim ki RKHK m. 14 ve 15'te yer alan bilgi alma ve yerinde inceleme yetkileri, sadece ihlalin varlığı bakımından değildir; muafiyetin tespiti değerlendirmesi açısından da geçerlidir.

Rekabet Kurulunun Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Kararlarının İsteğe Bağlı Bildirimine İlişkin Kılavuz'da bildirim, istenen tüm bilgi ve belgeleri tam ve doğru olarak içermeleri gerektiğinden bahsedilmiştir (par. 12).

Yine Kurulun Muafiyet Değerlendirmesine İlişkin Kılavuz'da ispat yükü bakımından bazı ifadeler yer almaktadır. Örneğin "*4. madde kapsamına giren tüm anlaşma türleri, 5. madde kapsamında muafiyet değerlendirmesine tabi tutulabilir. Ancak herhangi bir grup muafiyeti tebliği ile getirilen korumadan faydalanan anlaşmanın, 5. maddede düzenlenen koşulları sağladığı varsayıldığından taraflar ayrıca bu koşulların sağlandığını değerlendirmek ve kanıtlamak yükümlülüğünü taşımazlar. Anlaşmanın grup muafiyeti kapsamında olduğunu yeterli bilgi ve belge ile ispat etme yükümlülüğü ise yine anlaşma taraflarına aittir. Aynı nedenle bir anlaşmanın 5. madde koşullarını sağlamadığı ortaya konulursa grup muafiyeti değerlendirmesi yapma gerekliliği ortadan kalkmaktadır*" (par. 18) açıklaması, bireysel muafiyet bakımından ispat yükünün sanki teşebbüslerde olduğunu dolaylı yoldan ifade edebilecek niteliktedir. Aynı şekilde Kılavuz par. 37'nin "*anlaşma ile ortaya çıkacak maliyet etkinliklerinin belirlenmesi ve net bir şekilde hesaplanmasına yeterli veri bulunmaması hâlinde tahminde bulunulması anlaşma taraflarının yükümlülüğündedir. Taraflar anlaşmaya ilişkin kendi muafiyet değerlendirmeleri veya Kurulun yapacağı muafiyet değerlendirmesi kapsamında maliyet etkinliğinin ortaya çıkacağını iddia ediyorlar ise, söz konusu maliyet etkinliğinin ne şekilde ve ne büyüklükte olacağını da açıkça ortaya koymalıdır*lar" şeklindeki ifadesi de bazı konularda ispat yükümlülüğünün başvuran teşebbüslerde olduğunu göstermektedir. Hemen belirtelim ki Kılavuz, 2020 yılındaki değişiklikten önceki hâliyle Kurulun yaklaşımını ele almakta, Kurulun muafiyet değerlendirmelerinde hangi kıstasları nasıl uyguladığına dair yön göstermek ve böylelikle kısmen de olsa açıklık getirmek adına hazırlanmıştır.

Kanaatimizce, RKHK m. 5/2'deki "Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla" ifadesi, yön gösterici niteliktedir. Muafiyet, işin esasında piyasanın gelişmesi, tüketicinin yararı, rekabetin gereğinden fazla kısıtlanmaması, rekabetin devam ettiği ile ilgili olduğundan kamu menfaatini ilgilendirmektedir. 7246 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin gerekçesinde ifade edilen "kendi kendine değerlendirme ilkesi", bu yönde herhangi bir sonuca götürmemektedir. Elbette ki bunun yansımaları da söz konusu olmalıdır ki Kurula muafiyetin tespiti için başvuran taraf, evvela muafiyet şartlarının varlığı konusunda delilleri sunmalıdır. Ancak Kurulun bu sunulanlarla iktifa etmesi düşünülmemelidir. Bu durumda Kurul, Kanunda sayılan yetkilerini kullanarak teşebbüslerden bilgi ve belge talep edebilmelidir. Üstelik RKHK m. 5/3, şartlara ve yükümlülüklerle yer verdiği için, Kurul kanaatimizce bu yönde bir yola gidebilmelidir.

Ayrıca, herhangi bir soruşturmada da Kurul, eğer şartları varsa muafiyet değerlendirmesi yapabilmeli, eğer olumlu sonuca ulaşıyorsa RKHK m. 4'e dayalı olarak karar vermemelidir. RKHK m. 5/2'den hareketle, ilgililerin muafiyet yönünde bir iddia yahut başvuruları bulunmadığı için Kurulun muafiyet değerlendirmesi yapamayacağı yönündeki bir yaklaşım da doğru değildir. Zira, Kanun bir bütündür ve RKHK m. 4, RKHK m. 5 ile birlikte ele alınmalıdır.

Anılan gerekçelerle, muafiyetin tespiti başvurularında yahut ihlale ilişkin soruşturmalarda bir ispat yükünden bahsetmek anlamsızdır. Bu nedenle, Tüzük m. 2'deki gibi bir düzenlemenin getirilmemesinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

Bu konuda asıl mesele, mahkemeler nezdinde muafiyet yönündeki savunmaların ki, MK m. 6 ve HMK m. 190 uyarınca ispat yükü davalılar nezdindedir. Her ne kadar Kurul soruşturmalarında muafiyet değerlendirmesi, taraflar ileri sürmese de yapılabilecek nitelikte ise de davalarda taraflarca getirilme, taleple bağlılık ilkeleri uyarınca (HMK m. 25, 26), mahkemeler ileri sürülmediği sürece muafiyet açısından bir karar da veremezler.

Anılan gerekçelerle, hukukumuzda bu konuda yeterli ve uygun düzenlemeler bulunduğu için, 1/2003 sayılı Tüzük'teki gibi bir düzenlemeye gidilmesine gerek yoktur.

### **c. İhlalin sonlandırılması bakımından teşebbüslere getirilebilecek yükümlülükler ve geçici tedbirler**

İhlalin sonlandırılması için Komisyon, ilgili teşebbüslere davranışsal yapma yükümlülüklerinin yanında veya ondan ayrı olarak yapısal bazı değişiklikleri de getirebilir. Ancak öncelik, davranış yükümlülükleridir; bunların yetersiz veya eş değerde sonuç sağlamadığı yahut teşebbüsler için tahammül edilemez sonuçlar doğurduğu durumlarda yapısal değişiklikler emredilebilir. Ayrıca bu konularda

soruşturulan teşebbüslerden bağlayıcı taahhütler de alınabilir ki şartlarda değişiklikler olduğu, taahhütlere uyulmadığı veya yanlış bilgi sunulduğu durumlarda Komisyon, bunları tekrardan gözden geçirebilir (Tüzük m. 7 ve ayrıca m. 9). Keza, rekabetin yeniden tesisine ciddi ve onarılmaz zararlar verilebilecek aciliyet arz eden durumlarda Komisyon, belli bir zaman aralığıyla sınırlı olmak kaydıyla geçici tedbirlere de kendiliğinden karar verebilir (Tüzük m. 8).

7246 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hâliyle “İhlale son verme” kenar başlıklı RKHK m. 9 aynen; *“Kurul, ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7’nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir: ... Kurul, birinci fıkraya göre bir karar almadan önce ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirir. Kurul, nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda, ihlalden önceki durumu koruyucu nitelikte ve nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde geçici tedbirler alabilir”*.

Görüldüğü üzere maddenin ilk hâlinde, yapısal değişikliklere yer verilmemiştir. Kanun koyucu da bu eksikliği görerek; *“4054 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişikliklerle, Rekabet Kurulunun nihai kararlarında yapısal tedbirler getirebileceği hususu açıkça belirtmek suretiyle, rekabet ihlalleriyle etkili mücadele bakımından Kurulun sahip olduğu araçlara önemli bir ilave yapılmaktadır. Bununla birlikte yapısal tedbirlerin, ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hâllerde başvurulabilecek istisnai bir yetki tanıdığı hüküm altına alınmak suretiyle teşebbüslere hukuki güvence de tanınmaktadır.”* gerekçesiyle, RKHK m. 9’ d değişiklik yapılmıştır.

Değişiklikten sonraki hâliyle RKHK m. 9 aynen şu şekildedir:

*“Kurul; ihbar, şikâyet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4 üncü, 6 ncı veya 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine rekabetin tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları ve teşebbüslerin belirli faaliyetlerini yahut ortaklık paylarını ya da mal varlıklarını devretmeleri şeklindeki yapısal tedbirleri nihai kararında bildirir. Davranışsal ve yapısal tedbirler, ihlalle orantılı ve ihlalin etkili biçimde sona erdirilmesi için gerekli olmalıdır. Yapısal tedbirlere ancak daha önce getirilen davranışsal tedbirlerin sonuç vermediği hâllerde başvurulur. Davranışsal tedbirlerin sonuç vermediğinin nihai kararla tespit edilmesi hâlinde ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine yapısal tedbire uyması için en az 6 ay süre verilir.”*

Bu durumda Kurul, rekabetin tesisi için, öncelikle davranışsal yükümlülüklerin yerine getirilmesini isteyecektir. Ancak davranışsal yükümlülüklerin, tedbirlerin sonuç vermemesi hâlinde, yapısal değişikliklere de karar verilebilecektir. Yapısal değişiklikler ise, belirli faaliyetlerin, ortaklık paylarının veya malvarlıklarının devri şeklinde sayılmıştır. Hemen belirtelim ki, her ne kadar madde metni bu saymanın sınırlı sayıda olduğu izlenimini oluşturuyorsa da maddenin bütününe bakıldığında, belirtilen yapısal değişikliklerin örnek kabilinden sıralandığı söylenebilir. Dolayısıyla burada sınırlı sayı ilkesinin kabulü doğru değildir.

Yapısal değişiklikler, aynı zamanda RKHK m. 11’de de ele alınmıştır. RKHK m. 9’daki değişiklikler, bu durumda daha çok RKHK m. 4 ve 6 anlamında sonuç doğurabilecek niteliktedir. Yine belirtmek gerekir ki karteller bakımından bu tür yapısal yükümlülükler, işin mahiyetine uygun düşmeyebilir. Belki daha çok hâkim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmalar için söz konusu olabilir.

Tüzük m. 7’de yer alan, teşebbüslerden bağlayıcı taahhütler alınması hususu RKHK’da bulunmamaktaydı. 7246 sayılı Kanunla bu konu, RKHK m. 43’te ele alınmıştır. Yapılan değişiklikle “Kurulun soruşturmaya başlaması” olan madde kenar başlığı, “Soruşturmaya Başlanması, Taahhüt ve Uzlaşma” şeklinde değiştirilmiş, maddenin 3. fıkrası tadil edilmiş ve altı yeni fıkra eklenmiştir. Değişiklikten sonraki hâliyle RKHK m. 43’ün ilgili kısımları, aynen şu şekildedir:

*“Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4 üncü veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hâle getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir. Rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak taahhüt kabul edilmez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.*

*Kurul, üçüncü fıkraya göre bir karar verdikten sonra aşağıdaki hâllerde tekrar soruşturma açabilir:*

- a) Kararın alınmasına temel teşkil eden herhangi bir unsurda esaslı değişiklik olması,
- b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranmaları,
- c) Kararın taraflarca sunulan eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayanılarak verilmiş olması.

*Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilir. Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabilir.*

*Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre verir. Verilen süre geçirildikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz. İhlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılır.*

*Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilir. Bu madde uyarınca idari para cezası tutarlarında indirim uygulanmış olması 5326 sayılı Kanununun 17 nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında indirim yapılmasına engel teşkil etmez.*

*Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi hâlinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz.*

*Uzlaşmaya ilişkin diğer usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.”.*

Görüldüğü üzere, RKHK m. 9 ve 43'te yapılan değişikliklerle Türk rekabet hukuku, Avrupa Birliği mevzuatıyla uyumlu hâle getirilmiştir.

#### **d. Mahkemeler ile rekabet otoriteleri arasındaki iş birliği**

Tüzük m. 15'te mahkemeler ile rekabet otoriteleri arasındaki iş birliği ele alınmıştır. Buna göre mahkemeler, önlerindeki uyuşmazlık bakımından Komisyondan konuyla ilgili bilgilerin ve belgelerin gönderilmesini isteyebilir. Hatta mahkemeler, Komisyondan rekabet ihlalleri hakkındaki görüşlerini sunmasını da isteyebilir. Bu durumda olay hakkında yorumda bulunması, kendi yazılı görüşünü sunabilmesi için gerekli belgelerin ve olay hakkındaki bilgilerin Komisyona gönderilmesi gerekecektir.

Konu RKHK'da düzenlenmemektedir. Ancak HMK'nın “Üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesi” kenar başlıklı 221/1. maddesi uyarınca mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emredebilir. Dolayısıyla mahkemeler, Rekabet Kurulundan konuyla ilgili belgelerin kendilerine gönderilmesini isteyebilir. Bu noktada herhangi bir aksaklık söz konusu bulunmamaktadır.

Yeri gelmişken HMK m. 165 de dikkate alınmalıdır. HMK m. 165, Rekabet Kurulunun ihlal yahut muafiyet kararları bakımından etkili olacaktır. Belge istenmesi, daha çok HMK m. 221, yani tahkikatla ilgilidir.

RKHK m. 41 ile “de minimis ilkesine” kanuni dayanak getirildiğinden, Kurulca yapılacak düzenlemede öngörülecek sınırlar altında kalan danışıklı ilişkiler, RKHK m. 4 anlamında yasak kapsamında kalmaya devam edecek, ancak bunlarla Rekabet Kurulu ilgilenmeyecektir. İşte bu tür uyuşmazlıkları mahkemeler, HMK m. 165 işletilmeksizin görmeye devam edebileceklerdir.

Bu noktada, Tüzük m. 15’teki Komisyondan yazılı görüş istenmesi meselesi gündeme gelebilecektir.

Mevcut hukuk düzenimizde buna uygun olacak bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak 4054 sayılı Kanuna bu yönde yeni bir madde getirilebileceği gibi, Kurulun görevlerinin sayıldığı maddeye ek bir bent eklenmesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Kanaatimizce RKHK m. 27’ye konu ek yapılması daha uygun olabilecektir. Ayrıca konu tazminat davaları bakımından da önem arz ettiğinden RKHK m. 59’a bir ek fıkra getirilmesi söz konusu olabilir.

### **Önerimiz:**

Bu durumda RKHK m. 27’ye ek olarak önerdiğimiz bent şu şekildedir:

“Kurul, mahkemelerin gördüğü uyuşmazlıklar için ihlalin varlığı konusundaki yönelttiği sorulara, bağlayıcı olmayan yazılı görüş vermek zorundadır. Bunun için gerekli ise, mahkemeden uyuşmazlıkla ilgili belgelerin gönderilmesi istenebilir. Uyuşmazlığa konu rekabet ihlali hakkında Kurul tarafından daha önceden verilmiş kararlar bulunmakta ise, kararlar mahkemeye bir ön bilgilendirme yazısı ile birlikte gönderilir. Konu hakkında Kurul bir ön araştırma yahut soruşturma başlatmışsa, RKHK m. 59 gözetilmek kaydıyla elde edilen deliller ve bulgularla birlikte gelinen süreç hakkında bir yazı hazırlanıp mahkemeye gönderilir”.

RKHK m. 59’a eklenmesi gereken düzenlemeler konusundaki önerimiz ise,

“Kurul, soruşturmanın etkinliğini sağlamak, ticari sırların gizliliğini gözetmek kaydıyla soruşturma veya ön araştırma dosyası içeriğindeki belgeleri, bilgileri, talimatı üzerine mahkemelere göndermek zorundadır. Soruşturma devam ettiği sürece, pişmanlık başvurularına, taraflarına, içeriklerine ilişkin yazışmalar, durum belirtmek kaydıyla mahkemelere gönderilmez. Kurul kararının kesinleşmesi hâlinde, sadece ticari sırlar gözetilir.

“Kurulun, bu Kanunda düzenlenen rekabetin ihlaline ilişkin kesinleşen kararları, tazminat davasına bakan mahkemelerce kesin delil olarak kabul edilir. Kurulca henüz karar verilmemiş yahut karar kesinleşmemişse, davanın soruş-

turmaya veya ön araştırmaya konu rekabet ihlali ile ilgisi gözetilerek mahkemelerce HMK m. 165 hükmü uyarınca Kurul kararının kesinleşmesi bekletici mesele yapılır”

şeklinde olacaktır.

#### e. Komisyonun yetkileri

Komisyonun ve ulusal rekabet otoritelerinin bilgi talep etme ve inceleme yetkileri Tüzük m. 17-22 arasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde Komisyonun, teşebbüslerden, teşebbüslerin yöneticilerinden kamu otoritelerinden ve ulusal rekabet otoritelerinden bilgi talep edebileceği (m. 18); gerekli görülürse teşebbüsler veya yöneticileriyle görüşme yapabileceği (m. 19), teşebbüslerle ilgili bütün mekânlarda yerinde inceleme yapabileceği, buradaki bütün belge ve bilgilere bakabileceği, çalışanlardan bilgi ve belgeler hakkında açıklama isteyebileceği, elde edilen bilgi ve belgelerin kopyalarını alabileceği (m. 20); hatta teşebbüs yöneticilerinin, sahiplerinin evlerinde veya diğer ilgili yerlerde de arama yapabileceği ve belgelere el koyabileceği düzenlenmiştir. Bu son hâlde, arama kararının ancak ulusal yetkili mahkeme kararıyla yapılabileceği de belirtilmiştir (m. 21). Tüm bu süreçleri yürütürken, ilgililere, Komisyonun taleplerini yerine getirmemeleri veya süresinde bu gerekliliklere uymamaları hâlinde karşılaşılabilecekleri cezaların da yazılması gerekliliği ifade edilmiştir.

Konu RKHK m. 14, 15 ve 44’te hemen hemen Tüzük düzenlemeleriyle uyumlu olarak ele alınmıştır. Ancak RKHK’nın ilgili düzenlemelerinde, Tüzük m. 21’deki şekliyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani Kurul uzman ve uzman yardımcılarının, teşebbüs veya teşebbüs birliğine ait yerler haricinde yerinde inceleme yapacağı noktası açık değildir. Tüzük m. 21 uyarınca eğer rekabet ihlalleri ile ilgili bilgilerin, belgelerin farklı alanlarda, yerlerde, ki bunlar arasında yöneticilerin, müdürlerin veya teşebbüs birliği üyesi teşebbüsler ve personelinin evleri de bulunmaktadır, olduğu konusunda kabul edilebilir şüphelerin varlığı hâlinde, burada da mahkeme kararı ile izin alınmak şartıyla inceleme yapılabilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 119 uyarınca hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapılabilirler.

Görüldüğü üzere aramayı kolluk görevlileri yapacak olup, Rekabet Kurumu uzman ve yardımcılarını bu kapsamda değildirler. Dolayısıyla uzmanların ve yardımcılarının bu yerlerde arama ve el koyma yapabilmeleri için Kanunda bu konuda düzenleme yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Bunun yeri ise RKHK m. 15’e bir fıkra ekleyerek yapılabilir.

**Önerimiz:**

RKHK m. 15'e, yukarıda anlatılanlar kapsamında, son fıkradan önce gelmek kaydıyla aşağıdaki gibi bir ek fıkra getirilmesi düşünülebilir:

“Yerinde inceleme, bilgilerin, belgelerin farklı yerlerde ya da teşebbüs veya teşebbüs birliğinin yahut birlik üyesi teşebbüslerin yöneticilerinin, müdürlerinin veya diğer çalışanlarının evlerinde olduğu konusunda kabul edilebilir ciddi şüphelerin bulunması hâlinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesi uyarınca hâkimin veya cumhuriyet başsavcılığının yazılı emri ile Kurul uzmanları tarafından yerine getirilebilir”.

**f. İdari para cezaları**

Tüzük m. 23, 24'te verilebilecek para cezaları düzenlenmiştir. Buna göre Komisyonun bilgi alma talebini yerine getirmeyen, gecikmeli yerine getiren veya yanlış yahut yanıltıcı bilgi veren; yerinde incelemeyi engelleyen, geciktiren; yapılan görüşmelerde yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi veren teşebbüslere veya teşebbüs birliklerine bir önceki mali yıl toplam cirosunun %1'i oranında para cezası verilebilir (Tüzük m. 23/1).

ABİHA 101 veya 102'nin ihlali, Komisyonun önleyici tedbirlerine aykırılık, Komisyon tarafından da kabul edilen taahhütlere uyulmadığı takdirde, teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bir önceki mali yılda oluşan toplam cirolarının %10'una kadar cezalar verilebilecektir. Cezaların verilmesinde ihlalin ağırlığı ve süresi hesaba katılmalıdır. 23. maddede, teşebbüs birliğinin verilen cezayı ödemeyeceği durumlarda, aktif olarak yer alan üyelerinden bu cezanın ödenmesi noktasında bir talepte bulunacağı, bu talep karşılanmadığı takdirde Komisyonun bunlardan, kendilerinin bir önceki mali yılda oluşan toplam cirolarının %10'unu aşmamak kaydıyla ödemeyi emredebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte üye teşebbüsler; kendilerinin teşebbüs birliğinin karar verici mekanizmalarında yer almadıklarını, ihlalin varlığından haberdar olmadıklarını veya Komisyonun soruşturmayı başlatması üzerine hemen rekabet ihlali oluşturabilecek uygulamalardan uzak durduklarını ispatladıklarında, kendilerinden para cezasının ödenmesi istenemeyecektir (Tüzük m. 23/2).

RKHK m. 16'da teşebbüs birliği yanında teşebbüs birliği üyelerine de idari para ceza verilmesi konusu, 16/1'de düzenlenen, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi yahut hiç bilgi verilmemesi, birleşme ve devralmanın izinsiz olarak gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması bakımından ele alınmıştır. Ancak RKHK m. 16/3'te, rekabet ihlalleri bakımından verilecek, bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirin %10'una kadar para cezası verilmesi konusunda ise “yasaklanmış davranışlarda bulunanlara” şeklinde



bir ifade kullanılmıştır. RKHK m. 16/4'te ise ihlalde etkisi bulunan yöneticilere veya çalışanlara ilişkin cezalara değinilirken, “Teşebbüs veya teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezaları verilmesi hâlinde” ifadesi kullanılmıştır.

Dolayısıyla, RKHK m. 16/3 ve 4 birlikte ele alındığında rekabet ihlali bakımından verilecek para cezalarının muhatabının teşebbüs veya teşebbüs birlikleri olduğu, teşebbüs birliği üyelerinin belirtilmediği söylenebilir. Bununla birlikte doktrinde, teşebbüs birliği üyelerine de doğrudan ceza kesilebileceği ifade edilmektedir. Bu son ihtimal, teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğinin bulunmadığı hâllerde söz konusu olabilir.

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Hâlinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik m. 1’de teşebbüs birliği üyelerine de ceza verilebileceği düzenlenmektedir. Yönetmelik hükümlerine bakıldığında, RKHK m. 4 ve 6’nın ihlali durumunda teşebbüs birliği üyelerine de ceza kesilebilecektir. Ancak kanaatimce RKHK m. 16, bu konuda açık değildir; dolayısıyla Yönetmelik’in teşebbüs birliği üyeleri bakımından kanuni dayanağı tartışılır.

İşte teşebbüs birliğinin ödeme gücünün olmadığı durumlarda, bunun teşebbüs birliği üyelerine nasıl yansıtılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yani, her ihtimali dikkate aldığımızda, teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğinin olduğu bir ahvalde, ceza birliğe kesilmişse, bunun teşebbüs birliği üyelerinden tahsili mümkün müdür sorunu ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, bu konuda, Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlamak bakımından RKHK m. 16’ya ek yapılması gerekmektedir.

### **Önerimiz:**

RKHK m. 16/3’ten sonra gelmek üzere RKHK m. 16’ya, aşağıdaki şekilde ek fıkra eklenmesi düşünülebilir:

“Teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezası verilmesi hâlinde, ödeme gücü olmayan teşebbüs birliği, üyelerinden cezanın ödenmesini katılmasını istemek zorundadır. Her bir üye, teşebbüs birliğine kesilen idari para cezasını, kendisinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun tespitinin mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirin oranlanması suretiyle ödeme yükümlülüğü altındadır. Teşebbüs birliğince süre en fazla bir ay olacak şekilde belirlenir. Bu süre içerisinde üyeler tarafından teşebbüs birliğine ödeme yapılmadığı takdirde durum derhâl Kurula bildirilir. Bu takdirde Kurul, bu maddede belirtilen oranlarla sınırlı olmak kaydıyla teşebbüs birliği üyelerine idari para cezası verir. Bununla birlikte, rekabet ihlali teşkil eden teşebbüs birliği kararını ve eylemini uygulamadığını yahut bunlardan haberdar olmadığını veya

Kurulun soruşturma başlatmasından sonra bunlara son verdiğini ispatlayan teşebbüs birliği üyelerine idari para cezası verilemez”.

### **g. İdari para cezalarında soruşturma ve yerine getirme zamanaşımı süreleri**

Tüzük m. 25 ve 26’da para cezaları için soruşturma ve yerine getirme zamanaşımı süreleri düzenlenmiştir.

Buna göre soruşturma zamanaşımı süresi, bilgi isteme ve yerinde incelemeler bakımından üç (3), diğer tüm ihlaller bakımından ise beş (5) yıldır (m. 25/1). Bu süreler ise ihlalin gerçekleştiği, ihlal süreklilik arz ediyorsa son bulunduğu tarihten itibaren başlayacaktır (m. 25/2). Ancak soruşturma zamanaşımı süreleri, Komisyonun, ulusal rekabet otoritelerinin ihlali soruşturmak veya araştırmak için teşebbüslerden veya teşebbüs birliklerinden herhangi birisine yaptığı yazılı bildirimle, tümü için geçerli olmak kaydıyla kesilecek; böylelikle zamanaşımı süresi yeniden başlayacaktır (m. 25/3, 4, 5). Bununla birlikte zamanaşımı kesilmesi sebepleri, beş (5) veya üç (3) yıllık süreyi yeniden başlatacaksa da hiçbir şekilde on (10) yılı aşamayacaktır. Yani, ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren azami 10 yıllık süre içerisinde soruşturma tamamlanıp ceza verilmelidir. Ancak, zamanaşımının durduğu süre kadar, 10 yıllık süreye ekleme yapılmalıdır (m. 25/5). Zamanaşımının durması ise, Komisyon kararına karşı ABAD nezdinde dava açılması hâlinde söz konusu olur ve karar verilinceye kadar geçerlidir. Yani ABAD nezdinde dava açılmasından karar verilmesi aşamasına kadar zamanaşımı süreleri duracak, soruşturma zamanaşımı işlemeyecektir.

Tüzük’te verilen idari para cezalarının yerine getirilmesi ise, Komisyon kararının kesinleşmesinden itibaren beş (5) yıl olarak belirlenmiştir (m. 26/1, 2). Bu yerine getirme zamanaşımı ise, cezanın bildirilmesi ve tahsili için yapılacak Komisyonun veya ulusal rekabet otoritesinin her bir işleminden itibaren kesilecek ve süre yeniden başlayacaktır (m. 26/3, 4). Yerine getirme zamanaşımı, ödeme için süre istenilip de kabul edildiğinde veya ABAD tarafından ödeme durdurulduğunda, işlemeyecek, duracaktır (m. 26/5).

RKHK’da önceden para cezaları ve nisbi para cezalarında zamanaşımı m. 19’da düzenlenmekteydi. Ancak 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunla bu hüküm, yürürlükten kaldırılmıştır. Zira idari para cezaları, aynı zamanda kabahat oluşturduklarından, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen soruşturma ve yerine getirme zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.

Kabahatler Kanunu m. 20/3 uyarınca nispi idari para cezalarını gerektiren hâllerde soruşturma zamanaşımı süresi sekiz (8) yıl olup, bu süre fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle başlar (m. 20/4). Yerine getirme zamanaşımı

süresi ise, verilen para cezasının miktarına bağlı olarak üç ila yedi yıldır ki bu süre de kararın kesinleşmesini takip eden takvim yılının başından itibaren başlamaktadır (Kabahatler Kanunu m. 21/2, 4). Soruşturma zamanaşımı için zamanaşımını kesen veya durduran sebepler belirtilmemiş, yerine getirme zamanaşımı bakımından ise kanun hükmü gereği olarak idarî yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi hâlinde zamanaşımı işlemez şeklinde düzenleme getirilmiştir (Kabahatler Kanunu m. 21/5).

1/2003 sayılı Tüzük hükümleri bakımından zamanaşımı konusunda düzenleme yapılması düşünülebilecekse de, kanun koyucunun tercihi, özel sürelerin RKHK'da düzenlenmemesi olduğundan, kanaatimizce Kanunda bu yönde ayrı bir düzenlemeye gidilmesi gerekmemektedir.

### 3. De Minimis Bildirisi

ABİHA 101 anlamında rekabeti kısıtlamakla birlikte üyeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemeyen danışıklı ilişkilerin, yasak kapsamında yer almayacağı düşüncesinden hareketle bu kural, önce ABAD nezdinde getirilmiş, sonrasında ise Komisyon bu konuda bildiri yayımlamıştır. Şu an yürürlükte olan bildiri, 30.08.2014 tarihli De Minimis Bildirisidir. ABİHA 101/1 Anlamında Rekabeti Hissedilir Derecede Etkilemeyen Önemsiz Nitelikteki Anlaşmalara İlişkin Bildiri olarak tercüme edilebilir.

Bildiriye bakıldığında ticareti etkilemeyen ile ticareti etkilemekle birlikte rekabeti etkilemek bakımından ihmal edilebilir nitelikteki rekabete aykırılıkları ele almıştır.

Bildiri uyarınca %5 piyasa payı veya 40 milyon Euro ciro eşliği altında kalan anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararları amaçları bakımından rekabeti sınırlayıcı olsalar da, üye ülkeler arasındaki rekabeti (ticareti) etkilemezler<sup>4</sup>. Bu durumda Komisyon, herhangi bir soruşturma, inceleme başlatmaz ve para cezası uygulamaz (par. 4, 5, 6).

Komisyonla göre, aktüel veya potansiyel olarak rakip olan teşebbüslerin, ilgili piyasadaki toplam pazar payları %10'u; birbirine aktüel veya potansiyel olarak rakip olmayanların toplam pazar payları %15'i geçmiyorsa, ticareti etkilemeleri söz konusu olsa dahi, bunlar arasında yapılmış anlaşmalar, ABİHA 101 anlamında rekabeti sınırlıyor olarak kabul edilmeyecektir (par. 8). Tarafların rakip olup olmadıklarının tespit edilemediği veya anlaşmayı rakip olanlar veya rakip olmayanlar arasında sınıflandırmanın zor olduğu durumlarda %10'luk sınır uygulanacaktır (par. 9). Bununla birlikte, benzer nitelikteki anlaşmaların oluşturdu-

<sup>4</sup> De Minimis Bildirisinde de söylendiği üzere, bu eşikler Komisyonun 81 ve 82. maddelerde Yer Alan Ticarete Etki Kavramı Hakkındaki Kılavuzu par. 52 vd.da geçmektedir.

ğu paralel ağlar, rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuruyorsa, bu durumda rakip olanlar ve olmayanlar fark etmeksizin %5'lik kriter uygulanacaktır. %30'un altında kalan paralel ağların, piyasada topluca rekabeti sınırlandırdığı, engellediği sonucuna varılamayacağı da belirtilmiştir (par. 10).

De minimis bildirisinde, rekabetin etkilenmeyeceğine ilişkin 8, 9, 10. paragrafların amacı itibarıyla kısıtlayan, rekabete aykırılıkları noktasında tereddüt uyandırmayan anlaşmalara uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre özellikle rakipler arasında tarafların üçüncü kişilere satış fiyatlarının belirlenmesi, satışların veya arzın kısıtlanması, piyasanın veya müşterilerin paylaşılması sonucunu doğuran anlaşmalar yine ABİHA 101/ I kapsamında yasak olarak değerlendirilecektir. Aynı şekilde anlaşmaları, uyumlu eylemleri grup muafiyeti tebliğleri kapsamından çıkaran anlaşmalara da De minimis Bildirisi tatbik edilmeyecektir (par. 13).

Ancak grup muafiyetinden yararlanan anlaşmalar için zaten Bildiri kapsamında bir inceleme yapılması gerekmeyecektir (par. 14).

RKHK'nın değişiklikten önceki hâlinde, ABİHA 101'de olduğu üzere ticaretin etkilenmesi kriteri yer almadığından, de minimis kuralı çerçevesinde bir düzenleme getirilmemiştir. Danıştay 13. Dairesi, RKHK 4'te de minimis kuralına, bir başka deyişle bu maddenin uygulanmasına yönelik bir pazar payı eşiğine yer verilmediğinden, anlaşma, eylem veya kararın bu madde kapsamına girip girmediğinin tespitinde taraf teşebbüslerin pazar gücüne bakılmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir<sup>5</sup>. Kurulun bazı kararlarında, Kanun'un 4. maddesinde, rekabeti "önemli ölçüde" ve/veya "hissedilir derecede" etkileyen ifadesinin bulunmaması nedeniyle, anılan kuralın uygulanmayacağı belirtilmiştir<sup>6</sup>.

Kanunun 7246 sayılı Kanunla değişik 41. maddesinde de minimis ilkesinin dayanağı bulunmaktadır. Kurula aynı zamanda bu maddenin uygulanması bakımından tebliğ çıkarma yükümlülüğü de getirilmiştir.

### III. Değerlendirme ve Öneriler

Rekabet hukuku, piyasa ekonomisi üzerine kurgulanmış, rekabetin tesisi ve bozulmaması amaçlanmıştır. Rekabet, piyasa, ekonomik ilişkiler kavramlarının gri, yani belirliliği tartışmalı alanlar olmasından rekabet hukuku da etkilenmektedir. İşte bu noktada, bu belirsizliği gidermek bakımından rekabet otoritelerinin varlığı önem arz eder. Ancak rekabet otoritelerini tek belirleyici güç hâline geti-

<sup>5</sup> Danıştay 13. Dairesi'nin 25.11.2008 tarih ve 2006/ 4724 E., 2008/ 7418; 25.11.2008 tarih ve 2006/ 5324 E., 2008/7419 sayılı kararları için bkz. [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr).

<sup>6</sup> Örnek olarak 18.03.2010 tarih ve 10-24/338-122; 16.06.2009 tarih ve 09-28/600-141; 05.04.2007 tarih ve 07-30/297-113; 30.05.2006 tarih ve 06-37/ 477-129 sayılı kararları için bkz. [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr).

rip, teşebbüsleri pasifleştirmek, piyasanın işleyişi bakımından da elverişli değildir; bilakis olumsuz yönde etkisi söz konusu olabilir.

Bu sebeple Tüzük'e bakıldığında; bir denge oluşturulmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu dengede, Komisyonun yetkileri dağıtılırken, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine de etkinlik kazandırılmıştır. 4054 sayılı RKHK'da ise bu konularda eksiklikler söz konusuydu. Ancak 7246 sayılı Kanunla RKHK'da önemli değişiklikler yapılmıştır. Konumuz açısından bunlar; muafiyet kararının gerekmemesi, Kurulun piyasada rekabeti kayda değer kısıtlamayan ihlallerde soruşturma başlatmayabileceği, soruşturmalarda ilgili teşebbüslerden taahhüt alınabilmesi, uzlaşma prosedürü gibi değişikliklerdir. RKHK m. 5, 9, 41 ve 43'te yapılan bu değişikliklerin AB mevzuatıyla uyumlu olduğu söylenebilecektir.

Bununla birlikte, idari para cezaları, Kurulun mahkemelerle ilişkileri bağlamında gerekli düzenlemelerin yapılmadığı görülmektedir.

Kanaatimizce Tüzükteki rekabet otoriteleri ile mahkemeler arasındaki işbirliği düzenlemeleri, HMK hükümleri bağlamında çözüme kavuşturulabilir. Bununla birlikte, konuya açıklık getirmek adına RKHK'da özel düzenlemelerin yer almasında da fayda görmekteyiz. Keza, Kurulun ihlal değerlendirmeleri bakımından daha geniş imkânlarla sahip olması, özel hukuk mahkemelerinin ise mevzuat gereğince daha kısıtlı ispat vasıtalarıyla sorunu çözme zorunluluğu gerekçeleriyle, Kurulun mahkemelerle işbirliği de önem arz etmektedir. Bu konuda, her ne kadar Yargıtay kararlarıyla Kurul kararının mahkemelerce bağlayıcılığı yönünde içtihat gelişmişse de, Tüzük'te yer alan düzenlemelere uygun olarak çelişkili kararların önlenmesi mekanizmasının da Kanuna getirilmesinde fayda mülhaza etmekteyiz.

Teşebbüs birliği üyelerine uygulanacak cezalar konusunda RKHK, Tüzükle tam olarak uyuşmamaktadır. Bu eksiklik dolayısıyla doktrinde farklı görüşler de ileri sürülmektedir. Ancak AB mevzuatına uyum bakımından bu konuda da ek düzenlemeler ihtiyacı vardır.

Bu bağlamda Kanunda değişiklik yapılması gereken maddelere ilişkin önerilerimiz aşağıdaki madde numaraları ile yer almıştır. Altı çizili yerler, değişiklik önerilerimizdir.

### **1. Kurulla Mahkemeler Arasındaki İşbirliği Konusunda Madde Önerilerimiz**

RKHK m. 27/1-b:

“İlgililerin muafiyet ve menfi tespit taleplerini değerlendirerek, uygun olan anlaşmalara muafiyet ve menfi tespit belgeleri vermek; mahkemelerin yazısı üzerine uyuşmazlıkla ilgili muafiyet değerlendirmeleri yaparak görüş bildirmek”.

RKHK m. 27'ye ek fıkra:

“Kurul, mahkemelerin gördüğü uyuşmazlıklar için ihlalin varlığı konusundaki yönelttiği sorulara, bağlayıcı olmayan yazılı görüş vermek zorundadır. Bunun için gerekli ise, mahkemeden uyuşmazlıkla ilgili belgelerin gönderilmesi istenebilir. Uyuşmazlığa konu rekabet ihlali hakkında Kurul tarafından daha önceden verilmiş kararlar bulunmakta ise, kararlar mahkemeye bir ön bilgilendirme yazısı ile birlikte gönderilir. Konu hakkında Kurul bir ön araştırma yahut soruşturma başlatmışsa, RKHK m. 59 gözetilmek kaydıyla elde edilen deliller ve bulgularla birlikte gelen süreç hakkında bir yazı hazırlanıp mahkemeye gönderilir”.

RKHK m. 59'a ek fıkra:

“Kurul, soruşturmanın etkinliğini sağlamak, ticari sırların gizliliğini gözetmek kaydıyla soruşturma veya ön araştırma dosyası içeriğindeki belgeleri, bilgileri, talimatı üzerine mahkemelere göndermek zorundadır. Soruşturma devam ettiği sürece, pişmanlık başvurularına, taraflarına, içeriklerine ilişkin yazışmalar, durum belirtmek kaydıyla mahkemelere gönderilmez. Kurul kararının kesinleşmesi hâlinde, sadece ticari sırlar gözetilir.

“Kurulun, bu Kanunda düzenlenen rekabetin ihlaline ilişkin kesinleşen kararları, tazminat davasına bakan mahkemelerce kesin delil olarak kabul edilir. Kurulca henüz karar verilmemiş yahut karar kesinleşmemişse, davanın soruşturmaya veya ön araştırmaya konu rekabet ihlali ile ilgisi gözetilerek mahkemelerce HMK m. 165 hükmü uyarınca Kurul kararının kesinleşmesi bekletici mesele yapılıır”.

## 2. Yerinde İnceleme Konusunda Madde Önerimiz

RKHK m. 15'e ek fıkra:

“Yerinde inceleme, bilgilerin, belgelerin farklı yerlerde ya da teşebbüs veya teşebbüs birliğinin yahut birlik üyesi teşebbüslerin yöneticilerinin, müdürlerinin veya diğer çalışanlarının evlerinde olduğu konusunda kabul edilebilir ciddi şüphelerin bulunması hâlinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesi uyarınca hâkimin veya cumhuriyet başsavcılığının yazılı emri ile Kurul uzmanları tarafından yerine getirilebilir”.

## 3. İdari Para Cezası Konusunda Önerimiz

RKHK m. 16'ya ek fıkra:

“Teşebbüs birliklerine üçüncü fıkrada belirtilen idari para cezası verilmesi hâlinde, ödeme gücü olmayan teşebbüs birliği, üyelerinden cezanın ödenmesini

katılmasını istemek zorundadır. Her bir üye, teşebbüs birliğine kesilen idari para cezasını, kendisinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun tespitinin mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirin oranlanması suretiyle ödeme yükümlülüğü altındadır. Teşebbüs birliğince süre en fazla bir ay olacak şekilde belirlenir. Bu süre içerisinde üyeler tarafından teşebbüs birliğine ödeme yapılmadığı takdirde durum derhâl Kurula bildirilir. Bu takdirde Kurul, bu maddede belirtilen oranlarla sınırlı olmak kaydıyla teşebbüs birliği üyelerine idari para cezası verir. Bununla birlikte, rekabet ihlali teşkil eden teşebbüs birliği kararını ve eylemini uygulamadığını yahut bunlardan haberdar olmadığını veya Kurulun soruşturma başlatmasından sonra bunlara son verdiğini ispatlayan teşebbüs birliği üyelerine idari para cezası verilemez”.